



Original : **anglais**

N° : ICC-01/09-02/11

Date : 23 janvier 2012

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***

Version publique expurgée

**Décision relative à la confirmation des charges rendue
en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome**

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 Khan
M^e Essa Faal
M^e Kennedy Ogetto
M^e Shyamala Alagendra

Le conseil d'Uhuru Muigai Kenyatta

M^e Steven Kay
M^e Gillian Higgins

Le conseil de Mohammed Hussein Ali

M^e Evans Monari
M^e John Philpot
M^e Gershom Otachi Bw'omanwa

Les représentants légaux des victimes

M^e Morris Azuma Anyah

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

TABLE DES MATIÈRES

I.	RAPPEL DE LA PROCÉDURE	5
A.	Exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par le Gouvernement kényan..	6
B.	Communication des éléments de preuve.....	6
C.	Participation des victimes à la procédure	8
D.	Préparation aux fins de l'audience de confirmation des charges.....	8
E.	Audience de confirmation des charges	9
F.	Autres questions judiciaires	10
II.	LES CHARGES	11
III.	COMPÉTENCE ET RECEVABILITÉ.....	15
A.	Compétence	15
B.	Recevabilité.....	21
IV.	QUESTIONS DE PROCÉDURE.....	26
A.	Objet et portée de la présente décision.....	26
i)	Norme d'administration de la preuve prévue à l'article 61-7 du Statut.....	26
ii)	Étendue de l'examen des faits.....	28
iii)	Contestations de la Défense relatives à la conduite de l'enquête	30
B.	Admissibilité, pertinence et valeur probante des éléments de preuve.....	32
i)	Admissibilité des éléments de preuve	35
ii)	Pertinence et valeur probante des éléments de preuve.....	36
a)	Déclarations de témoins anonymes, résumés de déclarations.....	40
b)	Incohérences dans les éléments de preuve	41
c)	Contestation de la crédibilité des témoins OTP-11 et OTP-12	42
V.	ÉLÉMENTS CONTEXTUELS DES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ	45
A.	Allégations du Procureur	45
B.	Droit applicable.....	48
C.	Constatations de la Chambre.....	50
i)	Les faits survenus à Nakuru et Naivasha ou alentour	51
a)	Nakuru – 24-27 janvier 2008.....	51
b)	Naivasha – 27-28 janvier 2008.....	57
ii)	La population prise pour cible.....	61
iii)	Le caractère planifié et coordonné de l'attaque menée à Nakuru et Naivasha ou alentour.....	62
iv)	L'organisation des Mungiki	76
v)	L'allégation d'implication de la police dans l'attaque.....	90
vi)	Conclusions de la Chambre.....	91
VI.	ACTES CONSTITUTIFS DE CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ	92
A.	Meurtre.....	92
B.	Déportation ou transfert forcé de population	95
C.	Viol et autres formes de violences sexuelles.....	99
i)	Viol.....	100
ii)	Autres formes de violences sexuelles	101
D.	Autres actes inhumains	103
E.	Persécution	107

VII. RESPONSABILITÉ PÉNALE INDIVIDUELLE.....	109
A. Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta	109
i) Allégations du Procureur	109
ii) Droit applicable.....	111
iii) Conclusions de la Chambre.....	112
a) Contacts préalables entre les intermédiaires de Francis Muthaura et d'Uhuru Kenyatta et les Mungiki.....	113
b) Participation de Francis Muthaura et d'Uhuru Kenyatta à des réunions avec des membres des Mungiki	116
1) Palais présidentiel de Nairobi – 26 novembre 2007	116
2) Palais présidentiel de Nairobi – 30 décembre 2007	128
3) Nairobi Club – 3 janvier 2008	131
c) Accord de Maina Njenga avec Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta	140
d) Rôle de Francis Muthaura et d'Uhuru Kenyatta dans les événements ayant abouti à la commission des crimes à Nakuru et Naivasha ou alentour	146
e) Conclusions de la Chambre.....	153
1) Éléments objectifs	154
a. Le plan commun entre Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta et d'autres personnes visant la commission des crimes à Nakuru et Naivasha	154
b. La contribution essentielle apportée par Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta à la commission des crimes à Nakuru et Naivasha ou alentour	155
c. Le contrôle exercé par Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta sur les Mungiki aux fins de la commission des crimes à Nakuru et Naivasha ou alentour – Les Mungiki, appareil de pouvoir hiérarchique et organisé – Exécution des crimes assurée par l'obéissance automatique aux ordres	157
2) Éléments subjectifs	158
B. Mohammed Ali.....	162
VIII. CONCLUSIONS GÉNÉRALES DE LA CHAMBRE	164

LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II (« la Chambre ») de la Cour pénale internationale (« la Cour » ou « la CPI ») rend, à la majorité de ses membres, la présente décision relative à la confirmation des charges en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome (« le Statut »).

I. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

1. Le 26 novembre 2009, le Procureur a déposé une demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya¹. Le 31 mars 2010, la Chambre a autorisé, à la majorité de ses membres, l'ouverture d'une enquête sur la situation en République du Kenya relativement aux crimes contre l'humanité relevant de la compétence de la Cour commis entre le 1^{er} juin 2005 et le 26 novembre 2009 (« la Décision du 31 mars 2010 »)².

2. Le 15 décembre 2010, le Procureur a demandé à la Chambre de délivrer des citations à comparaître à Francis Kirimi Muthaura (« Francis Muthaura »), Uhuru Muigai Kenyatta (« Uhuru Kenyatta ») et Mohammed Hussein Ali (« Mohammed Ali ») (ci-après désignés collectivement « les suspects »)³.

3. Le 8 mars 2011, la Chambre a conclu, à la majorité de ses membres, qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que les suspects étaient pénalement responsables de crimes de meurtre, de transfert forcé de population, de viol, d'autres actes inhumains et de persécution, constitutifs de crimes contre l'humanité, et les a cités à comparaître devant la Cour (« la Décision relative aux citations à comparaître »)⁴.

4. Les suspects se sont exécutés et ont volontairement comparu devant la Cour lors de l'audience de comparution initiale tenue le 8 avril 2011. Au cours de cette

¹ ICC-01/09-3 et annexes.

² 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.

³ ICC-01/09-31-Conf-Exp et annexes.

⁴ 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, p. 24 et 25.

audience, conformément aux articles 60 et 61 du Statut ainsi qu'à la règle 121 du Règlement de procédure et de preuve (« le Règlement »), la Chambre a notamment vérifié que les suspects avaient été informés des charges portées contre eux et des droits que leur reconnaît le Statut, et a fixé la date d'ouverture de l'audience de confirmation des charges au 21 septembre 2011⁵.

5. Depuis la comparution initiale des suspects, la Chambre a été saisie de plusieurs questions juridiques et de procédure, dont seules les plus importantes sont exposées ci-après. Au total, la Chambre a reçu plus de 280 documents et a rendu 90 décisions, y compris la présente.

A. Exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par le Gouvernement kényan

6. Le 31 mars 2011, en vertu de l'article 19 du Statut, le Gouvernement kényan a demandé à la Chambre de déclarer irrecevable l'affaire portée contre les suspects⁶. Le 21 avril 2011, en vue d'étayer son exception d'irrecevabilité, le Gouvernement kényan a déposé 22 annexes comptant plus de 900 pages et comportant des informations supplémentaires⁷.

7. Le 30 mai 2011, la Chambre a rendu la Décision relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par le Gouvernement kényan en vertu de l'article 19-2-b du Statut, par laquelle elle a conclu à la recevabilité de l'affaire portée contre les suspects⁸. La Chambre d'appel a confirmé cette décision le 30 août 2011⁹.

B. Communication des éléments de preuve

8. Dans le but de superviser de façon proactive la divulgation des éléments de preuve et leur communication à la Chambre avant l'audience de confirmation des charges, la Chambre a rendu, le 6 avril 2011, une décision établissant un régime de

⁵ ICC-01/09-02/11-T-1-ENG, p. 7 et 12 à 14.

⁶ ICC-01/09-02/11-26 et annexes.

⁷ ICC-01/09-02/11-67 et annexes.

⁸ Chambre préliminaire II, ICC-01/09-02/11-96-tFRA.

⁹ Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par la République du Kenya contre la Décision relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par le Gouvernement kényan en vertu de l'article 19-2-b du Statut rendue par la Chambre préliminaire II le 30 mai 2011, ICC-01/09-02/11-274-tFRA.

communication des éléments de preuve et concernant d'autres questions connexes¹⁰. Elle a retenu une approche axée sur le principe selon lequel les parties sont encouragées à communiquer les éléments de preuve avant les délais prévus aux dispositions 3 à 6 et 9 de la règle 121 du Règlement. Partant, le 20 avril 2011, la Chambre a rendu une décision établissant un calendrier pour la communication des pièces¹¹. Elle y fixait plusieurs délais, lesquels tenaient compte du volume estimé des éléments de preuve que les parties devraient communiquer, ainsi que du droit des suspects de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de leur défense, conformément à l'article 67-1-b du Statut.

9. Dans le cadre du processus de communication des pièces, la Chambre a rendu plusieurs décisions relatives aux demandes d'expurgation formulées par le Procureur en vertu des règles 81-2 et 81-4 du Règlement. Dans la première décision relative aux demandes d'expurgation du Procureur et aux demandes connexes, rendue le 8 juillet 2011¹², la Chambre a notamment décrit l'approche de principe qu'elle a retenue s'agissant des propositions d'expurgation du Procureur ainsi que des expurgations ordonnées d'office en vertu de la règle 81-4 du Règlement. Entre le 3 juin et le 23 août 2011, le Procureur a déposé sept demandes dans lesquelles il proposait l'expurgation d'éléments de preuve¹³. Les équipes de la Défense n'ont demandé aucune expurgation pour leurs éléments de preuve. À la suite de la première décision relative aux expurgations, la Chambre a rendu cinq autres décisions à cet égard entre le 19 juillet et le 20 septembre 2011¹⁴.

¹⁰ Chambre préliminaire II, ICC-01/09-02/11-48 et annexes.

¹¹ Chambre préliminaire II, *Decision on the "Prosecution's application requesting disclosure after a final resolution of the Government of Kenya's admissibility challenge" and Establishing a Calendar for Disclosure Between the Parties*, ICC-01/09-02/11-64.

¹² Chambre préliminaire II, ICC-01/09-02/11-165-Conf-Red.

¹³ ICC-01/09-02/11-101-Conf-Exp ; ICC-01/09-02/11-136-Conf-Exp ; ICC-01/09-02/11-174-Conf-Exp ; ICC-01/09-02/11-191-Conf-Exp ; ICC-01/09-02/11-203-Conf-Exp ; ICC-01/09-02/11-225-Conf-Exp ; ICC-01/09-02/11-337-Conf-Exp.

¹⁴ Chambre préliminaire II, *Second Decision on the Prosecutor's Requests for Redactions*, ICC-01/09-02/11-178-Conf-Exp ; Chambre préliminaire II, *Third Decision on the Prosecutor's Requests for Redactions*, ICC-01/09-02/11-205-Conf-Exp ; Chambre préliminaire II, *Fourth Decision on the Prosecutor's Requests for Redactions*, ICC-01/09-02/11-236-Conf-Exp ; Chambre préliminaire II, *Fifth Decision on the Prosecutor's*

10. Le 19 août 2011, le Procureur a déposé le document de notification des charges et l'inventaire des preuves¹⁵, dont il a présenté une version modifiée le 2 septembre 2011 (« le Document modifié de notification des charges »)¹⁶. Le 5 septembre 2011, les équipes de la Défense ont déposé chacune leur inventaire des preuves¹⁷. Les parties ont présenté à la Chambre en tout 14 640 pages d'éléments de preuve afin qu'elle puisse statuer conformément à l'article 61-7 du Statut.

C. Participation des victimes à la procédure

11. Le 30 mars 2011, la Chambre a rendu la première décision relative à la participation des victimes à l'affaire¹⁸, dans le but de fixer les modalités de présentation à la Chambre des demandes de participation à la procédure.

12. La Chambre a reçu et examiné 249 demandes de participation à la procédure présentées par des victimes¹⁹. Le 26 août 2011, elle a rendu une décision par laquelle elle a notamment autorisé 233 victimes à participer à l'audience de confirmation des charges ainsi qu'aux procédures y afférentes, désigné un représentant légal commun des victimes et précisé l'étendue des droits de participation que les victimes pourront exercer, par l'intermédiaire du représentant légal, au cours de l'audience de confirmation des charges²⁰.

D. Préparation aux fins de l'audience de confirmation des charges

13. Dans le cadre de la préparation de l'audience de confirmation des charges, la Chambre a rendu plusieurs décisions relatives à la gestion de l'affaire. Si le Procureur a choisi de ne pas faire comparaître de témoins à l'audience, les équipes de la

Request for Redactions, ICC-01/09-02/11-254-Conf-Exp ; Chambre préliminaire II, *Sixth Decision on the Prosecutor's Request for Redactions*, ICC-01/09-02/11-341-Conf-Exp.

¹⁵ ICC-01/09-02/11-257 et annexes confidentielles.

¹⁶ ICC-01/09-02/11-280 et annexes confidentielles.

¹⁷ ICC-01/09-02/11-293 et annexes confidentielles ; ICC-01/09-02/11-300 et annexe confidentielle ; ICC-01/09-02/11-301 et annexes confidentielles.

¹⁸ Chambre préliminaire II, ICC-01/09-02/11-23.

¹⁹ ICC-01/09-02/11-98 et annexes ; ICC-01/09-02/11-199 et annexes.

²⁰ Chambre préliminaire II, ICC-01/09-02/11-267.

Défense ont dans un premier temps proposé de citer un maximum de 24 témoins²¹. La Chambre, compte tenu de la portée et de l'objet limités de l'audience de confirmation des charges, a enjoint aux équipes de la Défense de ne pas citer plus de deux témoins par suspect²². Le 13 septembre 2011, en tenant compte des observations formulées par les parties, la Chambre a fixé le calendrier de l'audience de confirmation des charges en vue de définir les modalités relatives à la présentation des éléments de preuve et des observations, et à la comparution des témoins²³.

14. Le 19 septembre 2011, à la suite de la décision relative au calendrier, la Défense d'Uhuru Kenyatta a déposé ses observations relatives à la compétence²⁴, et la Défense de Mohammed Ali a déposé un document dans lequel elle soulevait une exception d'incompétence et d'irrecevabilité et faisait valoir que le Procureur n'avait pas satisfait aux exigences de l'article 54 du Statut²⁵.

15. Le 14 octobre 2011, conformément aux instructions²⁶ données oralement par la Chambre, le Procureur²⁷ et le représentant légal des victimes²⁸ ont soumis par écrit leurs observations respectives relatives aux documents déposés par la Défense le 19 septembre 2011.

E. Audience de confirmation des charges

16. L'audience de confirmation des charges s'est ouverte le 21 septembre 2011 et s'est terminée le 5 octobre 2011. Les parties ont d'abord présenté leurs observations concernant les questions de procédure, puis leurs moyens respectifs. Les équipes de la Défense ont chacune cité deux témoins à comparaître. Le premier jour de

²¹ ICC-01/09-02/11-215 et annexe confidentielle ; ICC-01/09-02/11-216 et annexe confidentielle ; ICC-01/09-02/11-219 et annexes confidentielles.

²² Chambre préliminaire II, *Order to the Defence to Reduce the Number of Witnesses to Be Called to Testify at the Confirmation of Charges Hearing and to Submit an Amended List of Viva Voce Witnesses*, ICC-01/09-02/11-226.

²³ Chambre préliminaire II, *Decision on the Schedule for the Confirmation of Charges Hearing*, ICC-01/09-02/11-321 et annexe.

²⁴ ICC-01/09-02/11-339.

²⁵ ICC-01/09-02/11-338.

²⁶ ICC-01/09-02/11-T-4-ENG, p. 16, lignes 13 à 17.

²⁷ ICC-01/09-02/11-356.

²⁸ ICC-01/09-02/11-357.

l'audience, au cours de la déclaration liminaire de l'équipe chargée d'assurer sa défense, Francis Muthaura a exercé le droit que lui confère l'article 67-1-h du Statut de faire une déclaration orale sans prêter serment. Au cours de la présentation de ses moyens, Uhuru Kenyatta a fait une déclaration sous serment et a été interrogé par les parties et le représentant légal des victimes. En outre, comme elle l'avait prévu dans sa première décision relative aux victimes, la Chambre a examiné et accueilli les demandes présentées oralement par le représentant légal des victimes en vue d'interroger des témoins.

17. En outre, au terme de l'audience de confirmation des charges, la Chambre a offert aux parties et au représentant légal des victimes la possibilité de présenter des observations écrites finales, et a fixé les délais pour ce faire²⁹.

18. Conformément aux instructions de la Chambre, le représentant légal des victimes³⁰ et le Procureur³¹ ont déposé leurs observations écrites finales le 28 octobre 2011. La Défense d'Uhuru Kenyatta a déposé ses observations écrites finales le 17 novembre 2011³². Le 21 novembre 2011, les équipes de la Défense de Mohammed Ali³³ et de Francis Muthaura³⁴ ont déposé chacune leurs observations écrites finales.

F. Autres questions judiciaires

19. Durant le stade initial de la procédure, la Chambre a reçu³⁵ trois demandes d'autorisation de déposer des observations en qualité d'*amicus curiae*, qu'elle a rejetées³⁶. En outre, elle s'est prononcée à deux reprises sur les préoccupations de la

²⁹ ICC-01/09-02/11-T-15-Red-ENG, p. 88, lignes 14 à 19.

³⁰ ICC-01/09-02/11-360-Corr.

³¹ ICC-01/09-02/11-361.

³² ICC-01/09-02/11-372.

³³ ICC-01/09-02/11-373-Red et annexes.

³⁴ ICC-01/09-02/11-374-Red et annexes confidentielles.

³⁵ ICC-01/09-02/11-45 ; ICC-01/09-02/11-75 ; ICC-01/09-02/11-112.

³⁶ Chambre préliminaire II, *Decision on the "Request by Ms. Moraa Gesicho to Appear as Amicus Curiae"*, ICC-01/09-02/11-54 ; Chambre préliminaire II, *Decision on the "Request for leave to submit Amicus Curiae Observations on behalf of the Kenyan Section of the International Commission of Jurists Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence"*, ICC-01/09-02/11-87 ; Chambre préliminaire II, *Decision on the "Request for leave to submit Amicus Curiae observations pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence"*, ICC-01/09-02/11-118.

Défense au sujet de déclarations publiques du Procureur³⁷ ; à cet égard, même si elle a rejeté les demandes en question, la Chambre a mis en garde les parties, leur enjoignant de s'abstenir de toute déclaration publique qui pourrait porter atteinte à l'intégrité de la procédure³⁸.

20. Le 28 juin 2011, la Chambre a invité le Procureur et le Greffe à présenter des observations relativement aux préoccupations liées à un éventuel empêchement à représentation concernant M^e Essa Faal, membre de l'équipe de la Défense de Francis Muthaura³⁹. Après avoir examiné les observations des parties et du Greffe, la Chambre a décidé, le 20 juillet 2011, qu'il n'y avait pas de tel empêchement⁴⁰. Le Procureur a demandé⁴¹ et obtenu⁴² l'autorisation d'interjeter appel de cette décision. Par un arrêt rendu le 10 novembre 2011, la Chambre d'appel a infirmé la décision attaquée et renvoyé la question devant la Chambre préliminaire⁴³.

II. LES CHARGES

21. Dans le Document modifié de notification des charges, le Procureur reproche ce qui suit à Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta et Mohammed Ali :

³⁷ ICC-01/09-02/11-20 ; ICC-01/09-02/11-359.

³⁸ Chambre préliminaire II, *Decision on the Defence "Application for Order to the Prosecutor Regarding Extrajudicial Comments to the Press"*, ICC-01/09-02/11-83 ; Chambre préliminaire II, *Decision on the "Application by the Defence of Ambassador Francis K. Muthaura in Relation to Public Statement of the Prosecutor"*, ICC-01/09-02/11-370.

³⁹ 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.

⁴⁰ Chambre préliminaire II, Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense, ICC-01/09-02/11-185-tFRA.

⁴¹ ICC-01/09-02/11-195.

⁴² 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.

⁴³ 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.

Chef 1 (MUTHAURA et KENYATTA)**Meurtre constitutif de crime contre l'humanité**

(article 7-1-a et article 25-3-a du Statut)

Du 30 décembre 2007, ou vers cette date, jusqu'au 31 janvier 2008, FRANCIS KIRIMI MUTHAURA et UHURU MUIGAI KENYATTA, en tant que coauteurs, ont commis ou contribué à la commission de crimes contre l'humanité au regard de l'article 7-1-a et de l'article 25-3-a du Statut, à savoir le meurtre de civils soutenant le parti politique du Mouvement démocratique orange (*Orange Democratic Movement*), dans différentes localités ou alentour, notamment 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), en République du Kenya.

Chef 2 (ALI)**Meurtre constitutif de crime contre l'humanité**

(article 7-1-a et article 25-3-d du Statut)

Du 30 décembre 2007, ou vers cette date, jusqu'au 31 janvier 2008, MOHAMMED HUSSEIN ALI, en tant que membre d'un groupe de personnes agissant de concert, parmi lesquelles FRANCIS KIRIMI MUTHAURA et UHURU MUIGAI KENYATTA, a commis ou contribué à la commission de crimes contre l'humanité au regard de l'article 7-1-a et de l'article 25-3-d du Statut, à savoir le meurtre de civils soutenant le parti politique du Mouvement démocratique orange (*Orange Democratic Movement*), dans différentes localités ou alentour, notamment 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), en République du Kenya.

Chef 3 (MUTHAURA et KENYATTA)**Déportation ou transfert forcé de population
constitutif de crime contre l'humanité**

(article 7-1-d et article 25-3-a du Statut)

Du 30 décembre 2007, ou vers cette date, jusqu'au 31 janvier 2008, FRANCIS KIRIMI MUTHAURA et UHURU MUIGAI KENYATTA, en tant que coauteurs, ont commis ou contribué à la commission de crimes contre l'humanité au regard de l'article 7-1-d et de l'article 25-3-a du Statut, à savoir la déportation ou le transfert forcé de membres de la population civile soutenant le parti politique du Mouvement démocratique orange (*Orange Democratic Movement*), dans différentes localités ou alentour, notamment 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), en République du Kenya.

Chef 4 (ALI)

Déportation ou transfert forcé de population constitutif de crime contre l'humanité

(article 7-1-d et article 25-3-d du Statut)

Du 30 décembre 2007, ou vers cette date, jusqu'au 31 janvier 2008, MOHAMMED HUSSEIN ALI, en tant que membre d'un groupe de personnes agissant de concert, parmi lesquelles FRANCIS KIRIMI MUTHAURA et UHURU MUIGAI KENYATTA, a commis ou contribué à la commission de crimes contre l'humanité au regard de l'article 7-1-d et de l'article 25-3-d du Statut, à savoir la déportation ou le transfert forcé de membres de la population civile soutenant le parti politique du Mouvement démocratique orange (*Orange Democratic Movement*), dans différentes localités ou alentour, notamment 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), en République du Kenya.

Chef 5 (MUTHAURA et KENYATTA)

Viol et autres formes de violences sexuelles constitutifs de crimes contre l'humanité

(article 7-1-g et article 25-3-a du Statut)

Du 30 décembre 2007, ou vers cette date, jusqu'au 31 janvier 2008, FRANCIS KIRIMI MUTHAURA et UHURU MUIGAI KENYATTA ont commis ou contribué à la commission de crimes contre l'humanité au regard de l'article 7-1-g et de l'article 25-3-a du Statut, à savoir le viol et d'autres formes de violences sexuelles contre des civils soutenant le parti politique du Mouvement démocratique orange (*Orange Democratic Movement*), dans différentes localités ou alentour, notamment 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), en République du Kenya.

Chef 6 (ALI)

Viol et autres formes de violences sexuelles constitutifs de crimes contre l'humanité

(article 7-1-g et article 25-3-d du Statut)

Du 30 décembre 2007, ou vers cette date, jusqu'au 31 janvier 2008, MOHAMMED HUSSEIN ALI, en tant que membre d'un groupe de personnes agissant de concert, parmi lesquelles FRANCIS KIRIMI MUTHAURA et UHURU MUIGAI KENYATTA, a commis ou contribué à la commission de crimes contre l'humanité au regard de l'article 7-1-g et de l'article 25-3-d du Statut, à savoir le viol et d'autres formes de violences sexuelles contre des civils soutenant le parti politique du Mouvement démocratique orange (*Orange Democratic Movement*), dans différentes localités ou alentour, notamment 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), en République du Kenya.

Chef 7 (MUTHAURA et KENYATTA)

Autres actes inhumains constitutifs de crimes contre l'humanité

(article 7-1-k et article 25-3-a du Statut)

Du 30 décembre 2007, ou vers cette date, jusqu'au 31 janvier 2008, FRANCIS KIRIMI MUTHAURA et UHURU MUIGAI KENYATTA, en tant que coauteurs, ont commis ou contribué à la commission de crimes contre l'humanité au regard de l'article 7-1-k et de l'article 25-3-a du Statut, à savoir des actes inhumains ayant causé à des civils soutenant le parti politique du Mouvement démocratique orange (*Orange Democratic Movement*) de grandes souffrances et des atteintes graves à leur intégrité physique ou à leur santé physique ou mentale, dans différentes localités ou alentour, notamment 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), en République du Kenya.

Chef 8 (ALI)

Autres actes inhumains constitutifs de crimes contre l'humanité

(article 7-1-k et article 25-3-d du Statut)

Du 30 décembre 2007, ou vers cette date, jusqu'au 31 janvier 2008, MOHAMMED HUSSEIN ALI, en tant que membre d'un groupe de personnes agissant de concert, parmi lesquelles FRANCIS KIRIMI MUTHAURA et UHURU MUIGAI KENYATTA, a commis ou contribué à la commission de crimes contre l'humanité au regard de l'article 7-1-k et de l'article 25-3-d du Statut, à savoir des actes inhumains ayant causé à des civils soutenant le parti politique du Mouvement démocratique orange (*Orange Democratic Movement*) de grandes souffrances et des atteintes graves à leur intégrité physique ou à leur santé physique ou mentale, dans différentes localités ou alentour, notamment 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), en République du Kenya.

Chef 9 (MUTHAURA et KENYATTA)

Persécution constitutive de crime contre l'humanité

(article 7-1-h et article 25-3-a du Statut)

Du 30 décembre 2007, ou vers cette date, jusqu'au 31 janvier 2008, FRANCIS KIRIMI MUTHAURA et UHURU MUIGAI KENYATTA, en tant que coauteurs, ont commis ou contribué à la commission de crimes contre l'humanité au regard de l'article 7-1-h et de l'article 25-3-a du Statut, à savoir des actes de persécution, lorsque des coauteurs et/ou des personnes appartenant à leur groupe ont, intentionnellement et de façon discriminatoire, pris pour cible des civils en raison de leurs opinions politiques, commettant des meurtres, des viols et d'autres formes de violences sexuelles, d'autres actes inhumains et des déportations ou des transferts forcés de population, dans différentes localités ou alentour, notamment 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), en République du Kenya.

Chef 10 (ALI)

Persécution constitutive de crime contre l'humanité

(article 7-1-h et article 25-3-d du Statut)

Du 30 décembre 2007, ou vers cette date, jusqu'au 31 janvier 2008, MOHAMMED HUSSEIN ALI, en tant que membre d'un groupe de personnes agissant de concert, parmi lesquelles FRANCIS KIRIMI MUTHAURA et UHURU MUIGAI KENYATTA, a commis ou contribué à la commission de crimes contre l'humanité au regard de l'article 7-1-h et de l'article 25-3-d du Statut, à savoir des actes de persécution, lorsque des coauteurs et/ou des personnes appartenant à leur groupe ont, intentionnellement et de façon discriminatoire, pris pour cible des civils en raison de leurs opinions politiques, commettant des meurtres, des viols et d'autres formes de violences sexuelles, d'autres actes inhumains et des déportations ou des transferts forcés de population, dans différentes localités ou alentour, notamment 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), en République du Kenya.

III. COMPÉTENCE ET RECEVABILITÉ

22. L'article 19-1 du Statut dispose que « [l]a Cour s'assure qu'elle est compétente pour connaître de toute affaire portée devant elle. Elle peut d'office se prononcer sur la recevabilité de l'affaire conformément à l'article 17 ».

A. Compétence

23. En application de l'article 19 du Statut, la Chambre doit déterminer si elle est compétente pour connaître de l'affaire concernant Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta et Mohammed Ali avant de pouvoir décider, conformément à l'article 61-7 du Statut, de confirmer ou non les charges portées contre ces suspects. De plus, la Chambre considère que l'expression « s'assure qu'elle est compétente » signifie également que la Cour doit « acquérir la certitude » que les conditions relatives à la compétence fixées dans le Statut sont remplies⁴⁴.

⁴⁴ 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. 9 ; Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des

24. À cet égard, la Chambre rappelle qu'elle a conclu précédemment :

Dans la Décision du 31 mars 2010, la Chambre a examiné les différents aspects de la compétence, en termes territoriaux (*ratione loci*, République du Kenya), temporels (*ratione temporis*, crimes qui auraient été commis après le 1^{er} juin 2005) et matériels (*ratione materiae*, crimes contre l'humanité). Elle a également défini le cadre autorisé pour l'enquête du Procureur sur la situation considérée en fonction des trois paramètres de compétence susmentionnés, à savoir les paramètres territoriaux, temporels et matériels. Ayant conclu que toutes les conditions étaient réunies, elle a autorisé le Procureur à ouvrir une enquête sur la situation en République du Kenya relativement aux « crimes contre l'humanité relevant de la compétence de la Cour commis entre le 1^{er} juin 2005 et le 26 novembre 2009 ». [...] [L]a Chambre estime que, le Procureur ayant respecté les paramètres territoriaux, temporels et matériels par lesquels la Cour a défini la situation en République du Kenya dans la Décision du 31 mars 2010, point n'est besoin qu'elle réitère sa conclusion et fasse à ce stade une nouvelle analyse détaillée de la question de la compétence, cette fois-ci à l'égard des affaires découlant de cette situation⁴⁵.

25. La Chambre relève que les équipes de la Défense n'ont pas contesté la compétence territoriale ou la compétence temporelle de la Cour en l'espèce. Par conséquent, et au vu des charges telles que présentées par le Procureur dans le Document modifié de notification des charges, elle estime que, les paramètres territoriaux et temporels fixés par la Cour étant encore respectés, il n'y a pas lieu qu'elle réitère sa conclusion concernant ces deux aspects de sa compétence.

26. Pour ce qui est de la compétence matérielle de la Cour, la Chambre rappelle que les équipes de la Défense de Mohammed Ali et d'Uhuru Kenyatta s'emploient à la contester en particulier dans les écritures qu'elles ont déposées le 19 septembre 2011⁴⁶.

27. La Défense d'Uhuru Kenyatta soutient que la Cour n'est pas compétente pour connaître de la présente affaire « [TRADUCTION] car, au vu des éléments de preuve produits par [le Procureur], il n'y a pas eu d'attaque lancée contre une population civile en application de la politique d'un État ou de la "politique d'une

alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 24.

⁴⁵ 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. 10 et 11.

⁴⁶ ICC-01/09-02/11-338 ; ICC-01/09-01/11-339.

organisation”⁴⁷ ». Elle soutient en particulier que l’interprétation faite par la Chambre dans la Décision du 31 mars 2010 du terme « organisation » figurant à l’article 7-2-a du Statut est erronée parce que non conforme à l’intention des auteurs du Statut et au droit international coutumier⁴⁸. Elle demande donc à la Chambre i) de conclure qu’une « organisation » telle que visée à l’article 7-2-a du Statut doit posséder des caractéristiques d’un État ; et, ii) étant donné cette définition plus restrictive, d’apprécier à l’issue de l’audience de confirmation des charges la totalité des preuves présentées et de « [TRADUCTION] refuser d’exercer sa compétence » en l’espèce⁴⁹. Elle ajoute que, même si la Chambre n’est pas convaincue qu’une « organisation » devrait posséder certaines caractéristiques d’un État, les critères énoncés dans la Décision du 31 mars 2010 ne sont pas remplis et la Chambre devrait, après avoir examiné les preuves, se déclarer incompétente⁵⁰. Au vu des arguments présentés, la Défense d’Uhuru Kenyatta conclut que, quelle que soit la définition, traditionnelle ou « [TRADUCTION nouvelle et large⁵¹ » du terme « organisation » que la Chambre adopte en définitive, « [TRADUCTION] [le Procureur] n’a pas produit de preuves suffisantes [donnant] des motifs substantiels de croire à l’existence d’une “politique d’une organisation” à l’origine des crimes reprochés⁵² », et que, par conséquent, la Cour n’a pas compétence matérielle pour connaître de la présente affaire⁵³.

28. La Défense de Mohammed Ali conteste la compétence de la Cour pour connaître de la présente affaire en arguant que « [TRADUCTION] [le Procureur] n’a pas [...] allégué ou établi les éléments requis par l’article 7 » du Statut⁵⁴. Plus précisément, elle fait valoir que « [TRADUCTION] [p]uisque [le Procureur] reproche à [Mohammed] Ali des crimes contre l’humanité visés à l’article 7 [du Statut], il lui incombe de prouver que de tels crimes ont été commis ; or il n’y parvient pas⁵⁵ ». S’appuyant sur

⁴⁷ ICC-01/09-02/11-339, par. 12.

⁴⁸ ICC-01/09-02/11-339, par. 15 à 58.

⁴⁹ ICC-01/09-02/11-339, par. 74.

⁵⁰ ICC-01/09-02/11-339, par. 12.

⁵¹ ICC-01/09-02/11-339, par. 23.

⁵² ICC-01/09-02/11-339, par. 72.

⁵³ ICC-01/09-02/11-339, par. 12.

⁵⁴ ICC-01/09-02/11-338, par. 1.

⁵⁵ ICC-01/09-02/11-338, par. 12.

les éléments que la Chambre a jugés pertinents pour déterminer si un groupe donné peut être considéré comme une « organisation » au sens du Statut, elle avance en particulier que le Procureur « [TRADUCTION] n'a pas présenté d'éléments factuels permettant de conclure que [ce] prétendu groupe avait les moyens de mener une attaque généralisée et systématique contre la population civile⁵⁶ ».

29. Le Procureur répond que ni l'une ni l'autre des exceptions soulevées par les équipes de la Défense ne peut être considérée comme une contestation de la compétence de la Cour telle qu'envisagée par les textes, car « [TRADUCTION] [l]a question de la compétence est une question préliminaire que les juridictions doivent trancher avant d'entreprendre l'examen au fond de l'affaire » ; or, en l'occurrence, la Défense « [TRADUCTION] inverse ce processus », c'est-à-dire qu'elle « [TRADUCTION] argumente sur le fond de l'affaire pour établir que les éléments requis pour l'exercice de la compétence ne sont pas réunis⁵⁷ ». Le Procureur en conclut que les exceptions soulevées par les deux équipes de la Défense devraient être rejetées dans leur intégralité et demande en outre à la Chambre de « [TRADUCTION] dire clairement qu'on ne saurait avancer de tels arguments en les faisant passer pour une contestation de la [...] compétence afin de contourner la limitation du nombre de pages autorisé pour les mémoires postérieurs à l'audience de confirmation des charges ou de s'assurer un droit automatique d'interjeter appel⁵⁸ ».

30. La Chambre convient avec le Procureur que la manière dont les exceptions soulevées par les deux équipes de la Défense sont formulées montre clairement que ce n'est pas en soi la compétence de la Cour qui est contestée mais le bien-fondé de la thèse du Procureur concernant les faits.

31. En particulier, l'exception soulevée par la Défense de Mohammed Ali est fondée sur l'argument selon lequel le Procureur n'aurait pas établi au regard de la norme

⁵⁶ ICC-01/09-02/11-338, par. 31.

⁵⁷ ICC-01/09-02/11-356, par. 3.

⁵⁸ ICC-01/09-02/11-356, par. 4.

d'administration de la preuve applicable que les crimes auraient été commis en application ou dans la poursuite d'une politique imputable à une « organisation » au sens de l'article 7-2-a du Statut. En fait, on l'a dit plus haut, la Défense de Mohammed Ali analyse les preuves produites en l'espèce de façon à démontrer que l'« organisation » dont le Procureur allègue l'existence ne présente pas les éléments que la Chambre a précédemment jugés pertinents aux fins de déterminer si un groupe donné peut être considéré comme une « organisation » au sens de l'article-7-2-a du Statut⁵⁹. À cet égard, la Chambre estime qu'en avançant cet argument, la Défense ne fait qu'exercer les droits que lui confèrent les articles 61-5 et 61-6 du Statut. Par conséquent, s'il ne peut être qualifié de moyen de contestation de la compétence de la Cour en l'espèce, cet argument sera néanmoins examiné au regard de la norme énoncée à l'article 61-7 du Statut dans la section pertinente de la présente décision, consacrée aux éléments contextuels des crimes contre l'humanité reprochés aux suspects.

32. La Chambre estime que la même conclusion s'applique à l'argument avancé par la Défense de Mohammed Ali, selon lequel la Cour n'aurait pas compétence pour connaître de la présente affaire parce que le Procureur n'aurait pas prouvé que les éléments prescrits par l'article 25-3-d du Statut sont réunis⁶⁰.

33. De même, la Chambre est d'avis que l'exception soulevée par la Défense d'Uhuru Kenyatta ne constitue pas en soi une exception d'incompétence. De fait, la Défense conteste la compétence de la Cour en s'appuyant sur deux points : i) la définition juridique de ce qu'est une « organisation » ; et ii) le manque de preuves suffisantes pour établir l'existence d'une « organisation ». Or la Chambre relève que la Défense ne présente pas ces deux points comme des arguments indépendants dont chacun, s'il était retenu, pourrait suffire à établir l'incompétence matérielle en l'espèce. Au contraire, la Défense lui demande clairement d'adopter une définition plus restrictive de la notion d'« organisation » et d'appliquer cette définition aux faits

⁵⁹ ICC-01/09-02/11-338, par. 22 à 42.

⁶⁰ ICC-01/09-02/11-338, par. 1, 9 et 43 à 51.

de l'espèce tels qu'établis par les éléments de preuve. Pour la Défense, ce n'est qu'une fois ces deux opérations accomplies que la Chambre devrait refuser d'exercer sa compétence en l'espèce⁶¹. Dans ces circonstances, la Chambre estime que, vu la manière dont la contestation est formulée, la question de la définition du terme « organisation » ne peut être considérée comme un argument indépendant de nature à établir l'incompétence matérielle. En fait, même si la Chambre devait retenir cet argument concernant la définition d'une « organisation », il lui faudrait examiner le deuxième volet de la contestation de la Défense, c'est-à-dire apprécier les éléments de preuve et conclure que le Procureur n'a pas produit de preuves suffisantes pour établir que l'organisation présumée présente certaines des caractéristiques d'un État. En pareil cas, cependant, la Chambre n'abandonnerait pas les poursuites à raison de l'incompétence matérielle de la Cour : elle refuserait de confirmer les charges. Par conséquent, étant donné qu'il est impossible de statuer sur l'exception soulevée par la Défense sans apprécier les faits de l'espèce au regard de l'interprétation que celle-ci fait du terme « organisation » employé dans le Statut, la Chambre n'est pas convaincue qu'il s'agisse en soi d'une exception d'incompétence.

34. La Chambre considère que la même conclusion devrait s'appliquer *a fortiori* à l'autre demande que la Défense d'Uhuru Kenyatta formule pour le cas où la Chambre viendrait à confirmer l'interprétation qu'elle a précédemment faite du terme « organisation » tel qu'employé à l'article 7-2-a du Statut. Sur ce point, la Défense d'Uhuru Kenyatta avance que « [TRADUCTION] même si la [Chambre] n'est pas convaincue qu'une organisation au sens de l'article 7-2-a doive posséder des éléments caractéristiques d'un État, la [Cour] n'est pas compétente pour juger cette affaire car les éléments de preuve produits par [le Procureur] n'établissent pas l'existence d'une politique d'une organisation ayant pour but les crimes allégués, que la Chambre retienne l'une ou l'autre définition⁶² ». Cette autre demande et les arguments avancés pour l'étayer ne peuvent pas, eux non plus, être considérés comme un moyen de contestation de la compétence de la Cour relevant de l'article 19

⁶¹ ICC-01/09-02/11-339, par. 73.

⁶² ICC-01/09-02/11-339, par. 59.

du Statut, mais peuvent en revanche être considérés comme une contestation du caractère suffisant des éléments de preuve pour établir de manière satisfaisante, au regard de l'article 61-7 du Statut, l'existence d'un des éléments constitutifs des crimes reprochés, et ils seront donc traités en conséquence.

35. Au vu de ce qui précède, la Chambre considère que les contestations présentées par la Défense d'Uhuru Kenyatta et celle de Mohammed Ali comme des exceptions d'incompétence doivent être rejetées d'emblée dans leur intégralité.

36. Elle estime toutefois que, vu les circonstances, les arguments développés par les équipes de la Défense dans leurs contestations doivent être pris en considération dans la section de la présente décision consacrée à l'examen au fond en application de l'article 61-7 du Statut. Elle fait d'ailleurs observer que lorsqu'elle a reçu les écritures des équipes de la Défense, elle a invité le Procureur et le représentant légal des victimes à lui présenter leurs observations à ce sujet, conformément à la règle 58 du Règlement. Bien que cette invitation ait pour but de lui permettre de recevoir toutes les informations nécessaires pour pouvoir statuer en connaissance de cause, y compris sur la véritable nature des contestations présentées comme des exceptions d'incompétence matérielle, elle estime que le principe d'équité de la procédure commande que les arguments avancés par les équipes de la Défense dans les écritures en question soient non pas écartés mais analysés dans la section de la présente décision consacrée à l'examen au fond.

37. En conséquence, et sur la base des charges portées par le Procureur, la Chambre conclut que la condition relative à la compétence matérielle est également remplie en l'espèce et que l'affaire concernant les suspects relève de la compétence de la Cour.

B. Recevabilité

38. Pour ce qui est de la recevabilité de l'affaire, la deuxième phrase de l'article 19-1 du Statut implique que, si aucune des parties mentionnées à l'article 19-2 ne la conteste, toute décision à ce sujet revêt en principe un caractère

discrétionnaire, et non pas obligatoire. La Chambre fait observer que, selon le Statut, l'appréciation de la recevabilité d'une affaire doit se faire à la lumière de deux éléments distincts, le premier ayant trait à l'existence d'une procédure nationale, et le second à la gravité de l'affaire.

39. Pour ce qui est du premier élément, la Chambre relève qu'aucune équipe de la Défense n'a contesté la recevabilité de l'affaire au motif que des poursuites auraient été engagées au niveau national. Elle ne juge donc pas nécessaire d'examiner la recevabilité de l'affaire au regard de cet élément du critère applicable.

40. Quant à la gravité de l'affaire, second élément du critère de la recevabilité, énoncée à l'article 17-1-d du Statut, la Chambre constate que la Défense de Francis Muthaura et celle d'Uhuru Kenyatta ne l'ont pas contestée. Par contre, la Défense de Mohammed Ali prétend que l'affaire concernant celui-ci n'est pas suffisamment grave au regard du critère applicable et, de ce fait, affirme qu'elle doit être déclarée irrecevable⁶³.

41. La Défense de Mohammed Ali affirme en particulier que « [TRADUCTION] [s]i le "comportement en question" est défini comme une inaction policière qui serait imputable à [Mohammed] Ali ou aux personnes sous son commandement, alors cette affaire n'est pas "suffisamment grave" », ni du point de vue du droit, ni du point de vue des faits. Du premier point de vue, la Défense déclare que « [TRADUCTION] il est très douteux que l'inaction puisse, en droit, engager la responsabilité et atteindre un degré de gravité suffisant » parce que, dans ce sens, le « [TRADUCTION] traitement de l'omission par la Cour [...] est un traitement prudent »⁶⁴. La Défense ajoute que, du point de vue des faits, l'inaction policière pour laquelle la responsabilité pénale de Mohammed Ali serait engagée ne constitue pas un comportement suffisamment grave au regard du critère énoncé en la matière par la Chambre préliminaire I dans le cadre de l'affaire *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, et ce, parce que : i) le Procureur n'a présenté aucune preuve à l'appui de son

⁶³ ICC-01/09-02/11-338, par. 56 à 71.

⁶⁴ ICC-01/09-02/11-338, par. 63.

allégation selon laquelle la police kényane se serait volontairement abstenue d'agir et donc qu'une telle abstention aurait été « [TRADUCTION] systématique ou [...] à grande échelle⁶⁵ » ; ii) Mohammed Ali n'avait pas de contrôle sur les politiques gouvernementales kényanes pendant la période considérée et, par conséquent, il ne faisait pas partie des « [TRADUCTION] plus hauts dirigeants⁶⁶ » ; et iii) Mohammed Ali n'entre pas dans la catégorie des personnes portant la responsabilité la plus lourde des crimes commis car il ne lui a pas été reproché d'en être un auteur principal ou direct⁶⁷.

42. Le Procureur répond que l'exception d'irrecevabilité de l'affaire doit être rejetée parce qu'elle « [TRADUCTION] mêle, d'une part, une appréciation inexacte de la gravité [de l'affaire] et, d'autre part, des arguments quant au caractère suffisant des éléments de preuve⁶⁸ ». Il affirme que la Défense de Mohammed Ali « [TRADUCTION] se fonde entièrement sur un critère de gravité que la Chambre d'appel a rejeté comme vicié et erroné en droit⁶⁹ ». Il ajoute que la Défense de Mohammed Ali semble essayer d'utiliser les règles relatives à la recevabilité pour limiter la responsabilité envisagée par le Statut à celle des auteurs principaux et des auteurs directs, sans aucune base légale pour ce faire⁷⁰. Enfin, il déclare que la Défense de Mohammed Ali, comme deuxième argument pour contester la recevabilité de l'affaire, formule à tort des allégations d'insuffisance des preuves présentées à l'appui des charges ; il affirme que de telles allégations débordent le cadre de l'exception d'irrecevabilité proprement dite et devraient donc être rejetées⁷¹.

43. Dans ses observations écrites finales, la Défense de Mohammed Ali reconnaît que la décision de la Chambre préliminaire I a été infirmée en appel mais souligne que « [TRADUCTION] le Bureau du Procureur omet de préciser que c'est pour d'autres

⁶⁵ ICC-01/09-02/11-338, par. 65.

⁶⁶ ICC-01/09-02/11-338, par. 66.

⁶⁷ ICC-01/09-02/11-338, par. 67.

⁶⁸ ICC-01/09-02/11-356, par. 43.

⁶⁹ ICC-01/09-02/11-356, par. 44.

⁷⁰ ICC-01/09-02/11-356, par. 49.

⁷¹ ICC-01/09-02/11-356, par. 52.

motifs que la décision a été infirmée⁷² ». Selon la Défense, « [TRADUCTION] le Bureau du Procureur doit admettre que la Chambre d'appel n'a proposé aucun autre critère » et que, « [TRADUCTION] dans l'intervalle, aucune chambre n'a déterminé le seuil de gravité à retenir⁷³ ». Elle ajoute que même si la Cour applique les « [TRADUCTION] indications données pour la fixation de la peine [...] dans sa décision du 31 mars 2010 », l'une de ces indications, qui porte sur « la nature du comportement illicite ou des crimes allégués » n'est pas respectée⁷⁴.

44. La Chambre fait d'emblée observer que le critère de gravité énoncé par la Chambre préliminaire I dans la Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance de mandats d'arrêt en vertu de l'article 58⁷⁵ et sur lequel s'appuie la Défense de Mohammed Ali a été jugé « erroné » par la Chambre d'appel⁷⁶. La Chambre ne peut donc se fonder sur ce critère tel qu'il a été initialement énoncé pour déterminer si l'affaire concernant Mohammed Ali atteint le degré de gravité voulu. Néanmoins, il n'y a pas lieu qu'elle rejette automatiquement l'exception soulevée et elle doit examiner au fond les arguments présentés par la Défense de Mohammed Ali, à la lumière d'une interprétation appropriée de l'article 17-1-d du Statut.

45. La Chambre relève que la Défense de Mohammed Ali soutient, dans l'abstrait, que l'affaire concernant celui-ci n'est pas suffisamment grave i) parce qu'elle porte sur une omission alléguée et, indépendamment de cela, ii) parce qu'il n'est pas reproché à l'intéressé d'avoir agi en qualité d'auteur principal ou d'auteur direct. La Chambre n'est convaincue par aucun de ces arguments, pour les raisons ci-après.

46. La Chambre juge intenable le premier argument, selon lequel une affaire portant sur une omission ne saurait, en droit, atteindre un degré de gravité suffisant. En effet, aucune disposition du Statut ne peut être interprétée comme excluant du champ de

⁷² ICC-01/09-02/11-373-Red, par. 125, note de bas de page 275.

⁷³ ICC-01/09-02/11-373-Red, par. 125.

⁷⁴ ICC-01/09-02/11-373-Red, par. 126.

⁷⁵ Chambre préliminaire I, ICC-01/04-520-Anx2, par. 64.

⁷⁶ Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de mandats d'arrêt en vertu de l'article 58 », ICC-01/04-169-tFRA, par. 82.

la compétence de la Cour les actes par omission, et il serait contraire à l'objet et au but de l'article 17-1-d du Statut d'interpréter cette disposition d'une manière qui réduise, en droit, la compétence matérielle de la Cour. Du reste, la Chambre constate qu'il est principalement reproché à Mohammed Ali d'avoir pris des mesures concrètes pour garantir l'inaction de la police kényane au cours et aux fins de la commission des crimes reprochés⁷⁷ ; il n'y a donc là aucune allégation d'omission formulée à son encontre.

47. Quant à l'argument selon lequel seules les affaires concernant des auteurs principaux ou directs sont suffisamment graves pour que la Cour y donne suite, la Chambre le juge dénué de tout fondement juridique car s'il en était autrement, l'article 25-3-d du Statut s'en trouverait en principe vidé de son sens.

48. La Chambre fait en outre observer que l'argument de la Défense de Mohammed Ali s'appuie largement sur le manque de preuves étayant les allégations du Procureur selon lesquelles la police kényane se serait volontairement abstenue d'agir pendant les attaques menées à Nakuru et à Naivasha et que cette abstention devrait être attribuée à Mohammed Ali, justifiant que sa responsabilité pénale individuelle soit engagée sur le fondement de l'article 25-3-d du Statut. Si tant est que ce soit le cas, cet argument ne se rapporte pas à la recevabilité de l'affaire mais à son bien-fondé. En conséquence, la Chambre ne l'examinera pas dans la présente section mais dans le cadre de l'examen approfondi qu'elle fera du caractère suffisant des preuves présentées à l'appui des charges portées contre Mohammed Ali.

49. Ayant répondu à ces arguments, la Chambre en vient à la question de savoir si l'affaire concernant Mohammed Ali est suffisamment grave pour que la Cour y donne suite. Elle observe que les crimes reprochés à Mohammed Ali, en sa qualité officielle de chef de la police, auraient été commis dans deux lieux différents et sur plusieurs jours, auraient fait de nombreux morts et blessés graves et seraient à

⁷⁷ Document modifié de notification des charges, par. 99.

l'origine de déplacements et de violences sexuelles en masse⁷⁸. Les allégations concernant la manière dont les crimes auraient été commis font état d'une extrême sauvagerie, rapportant par exemple que des victimes auraient été décapitées et d'autres brûlées vives⁷⁹.

50. Étant donné que, pour déterminer la gravité de l'affaire, des facteurs tels que l'ampleur et la nature des crimes allégués, la manière dont ils auraient été commis, leur impact sur les victimes et l'existence de toute circonstance aggravante, de même que d'autres facteurs énumérés à la règle 145-1-c du Règlement portant sur la fixation de la peine, sont particulièrement pertinents⁸⁰, la Chambre est convaincue que les crimes allégués atteignent le seuil de gravité requis par l'article 17-1-d du Statut.

IV. QUESTIONS DE PROCÉDURE

A. *Objet et portée de la présente décision*

i) Norme d'administration de la preuve prévue à l'article 61-7 du Statut

51. Dans la présente décision, la Chambre déterminera, conformément à l'article 61-7 du Statut, s'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que les suspects ont commis chacun des crimes allégués dans le Document modifié de notification des charges.

52. La Chambre relève que les auteurs du Statut ont fixé aux articles 15, 58-1, 61-7 et 66-3 des normes d'administration de la preuve progressivement plus exigeantes⁸¹. La norme d'administration de la preuve applicable au stade actuel de la procédure (à savoir celle fondée sur l'existence de « motifs substantiels de croire ») est plus exigeante que celle fixée pour la délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à

⁷⁸ Document modifié de notification des charges, par. 32, 33, 59, 60, 62 à 64, 68 à 71 et 74.

⁷⁹ Document modifié de notification des charges, par. 59 et 70.

⁸⁰ Voir Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, par. 32 ; 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, par. 188.

⁸¹ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 27.

comparaître, mais moins exigeante que celle nécessaire pour se prononcer de manière définitive sur la culpabilité ou l'innocence d'un accusé. La Chambre souscrit à la définition du terme « substantiel » figurant à l'article 61-7 du Statut telle qu'elle a été arrêtée dans la jurisprudence de la Cour, à savoir que pour satisfaire à la norme requise, le Procureur « doit apporter des éléments de preuve concrets et tangibles, montrant une direction claire dans le raisonnement supportant ses allégations spécifiques⁸² ». La Chambre souscrit en outre à la jurisprudence de la Cour selon laquelle l'examen prévu à l'article 61-7 vise principalement à protéger un suspect contre des poursuites abusives et à réaliser une économie des moyens judiciaires en distinguant les affaires qui doivent être renvoyées en jugement de celles qui ne devraient pas l'être⁸³.

53. Pour statuer, la Chambre s'appuiera sur le principe *in dubio pro reo* en tant que composante de la présomption d'innocence et principe général de procédure pénale qui s'applique, *mutatis mutandis*, à tous les stades de la procédure, y compris au stade préliminaire.

54. Lorsque la Chambre aura déterminé s'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que les suspects ont commis chacun des crimes en cause, elle décidera : i) de confirmer les charges en application de l'article 61-7-a ; ii) de ne pas confirmer les charges en application de l'article 61-7-b ; ou iii) d'ajourner l'audience et de demander au Procureur, conformément à l'article 61-7-c, d'envisager a) d'apporter des éléments de preuve supplémentaires ou de procéder à de nouvelles

⁸² Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 29 ; Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 65 ; Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06-803, par. 39.

⁸³ Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, par. 41 ; Chambre préliminaire I, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red-tFRA, par. 31 ; Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, par. 39 ; Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 28 ; Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 63 ; Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06-803, par. 37.

enquêtes relativement à une charge particulière ou b) de modifier une charge si les éléments de preuve produits semblent établir qu'un crime différent, relevant de la compétence de la Cour, a été commis.

55. Pour s'acquitter des tâches qui lui incombent en vertu de l'article 61-7 du Statut, la Chambre s'appuie sur les éléments de preuve échangés entre les parties, qui lui ont été communiqués par application de la règle 121-2-c du Règlement et des décisions qu'elle a rendues⁸⁴.

ii) Étendue de l'examen des faits

56. La présente décision a pour seul objet de déterminer si les éléments de preuve produits devant la Chambre sont suffisants, conformément à la norme applicable, pour confirmer les charges portées. À cet égard, la Chambre relève que, d'après l'article 74-2 du Statut, une « charge » s'entend des faits et des circonstances sous-tendant le crime allégué, ainsi que de leur qualification juridique. Afin de déterminer l'étendue de l'examen des faits requis dans le cadre d'une décision relative à la confirmation des charges, la Chambre souhaite préciser qu'elle conçoit cette décision comme définissant le cadre factuel du procès. Ainsi, les charges confirmées fixent et délimitent, dans une certaine mesure, la portée de l'affaire aux fins du procès ultérieur⁸⁵.

57. C'est ce qui ressort clairement de l'article 74-2 du Statut, qui dispose que la décision de la Chambre de première instance « ne peut aller au-delà des faits et des circonstances décrits *dans les charges* et les modifications apportées à celles-ci » [non souligné dans l'original]. Dans le même ordre d'idées, la norme 55 du Règlement de la Cour confère à la chambre de première instance le pouvoir de modifier la qualification juridique des faits « [s]ans dépasser le cadre des faits et circonstances

⁸⁴ Chambre préliminaire II, *Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters*, ICC-01/09-02/11-48 ; Chambre préliminaire II, *Decision on the "Prosecution's application requesting disclosure after a final resolution of the Government of Kenya's admissibility challenge" and Establishing a Calendar for Disclosure Between the Parties*, ICC-01/09-02/11-64.

⁸⁵ Voir Chambre préliminaire I, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red-tFRA, par. 34.

décrits *dans les charges* et dans toute modification qui y aurait été apportée » [non souligné dans l'original].

58. La Chambre d'appel a défini les « faits décrits dans les charges » comme étant les « allégations factuelles étayant chacun des éléments juridiques du crime faisant l'objet des charges⁸⁶ ». En outre, pour la Chambre d'appel, les faits décrits dans les charges « se distinguent, d'une part, des éléments de preuve produits par le Procureur à l'audience de confirmation pour étayer une charge (article 61-5 du Statut) et, d'autre part, des informations éclairant le contexte et autres informations générales qui, bien qu'elles figurent dans le document de notification des charges ou dans la décision relative à la confirmation des charges, n'étaient pas les éléments juridiques du crime faisant l'objet des charges⁸⁷ ».

59. Compte tenu de ce qui précède, la Chambre relève que, parmi les différents faits qui lui ont été présentés pour examen, il faut distinguer ceux sur lesquels se fondent les charges — à savoir les « faits décrits dans les charges », qui, en tant que tels, sont les seuls dont la Chambre de première instance ne peut dépasser le cadre une fois qu'ils ont été confirmés par la Chambre préliminaire — et les faits ou les preuves revêtant un caractère subsidiaire par rapport aux faits décrits dans les charges, qui ont pour objectif de démontrer ou d'accréditer l'existence des premiers. Ces faits subsidiaires, bien que figurant dans le document de notification des charges ou dans la décision relative à la confirmation des charges, ne sont pertinents que dans la mesure où ils permettent d'établir les faits décrits dans les charges⁸⁸.

⁸⁶ Chambre d'appel, Arrêt relatif aux appels interjetés par Thomas Lubanga Dyilo et par le Procureur contre la Décision informant les parties et les participants que la qualification juridique des faits peut être modifiée conformément à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, ICC-01/04-01/06-2205-tFRA, par. 90, note de bas de page 163.

⁸⁷ Chambre d'appel, Arrêt relatif aux appels interjetés par Thomas Lubanga Dyilo et par le Procureur contre la Décision informant les parties et les participants que la qualification juridique des faits peut être modifiée conformément à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, ICC-01/04-01/06-2205-tFRA, par. 90, note de bas de page 163.

⁸⁸ Voir Chambre préliminaire I, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red-tFRA, par. 36.

60. Pour confirmer les charges conformément à l'article 61-7-a du Statut, la Chambre doit être convaincue que chaque fait décrit dans les charges a été suffisamment établi au regard de la norme d'administration de la preuve applicable. Si les charges sont alors confirmées, il ressort clairement de l'article 74-2 du Statut et de la norme 55 du Règlement de la Cour, comme indiqué ci-dessus, que le cadre factuel de l'affaire sera fixé aux fins du procès en fonction des charges confirmées et, par conséquent, en fonction des faits et des circonstances décrits dans les charges. Inversement, étant donné la nature des faits subsidiaires, la Chambre ne procédera pas à l'examen de chacun de ceux qui sont mentionnés dans le document de notification des charges et sur lesquels le Procureur s'appuie pour prouver l'existence d'un ou plusieurs faits décrits dans les charges. Il sera plus opportun que la Chambre se contente d'analyser les faits subsidiaires dans la mesure nécessaire, en fonction des observations des parties ou de son propre examen, pour s'assurer que les faits décrits dans les charges sont suffisamment établis au regard de la norme d'administration de la preuve applicable au stade actuel de la procédure. La Chambre considère que cela n'empêchera pas le Procureur de s'appuyer par la suite sur ces faits subsidiaires ou sur d'autres faits subsidiaires, de la même façon que les parties peuvent s'appuyer au procès sur des éléments de preuve nouveaux ou supplémentaires par rapport à ceux produits au stade préliminaire de l'affaire.

iii) Contestations de la Défense relatives à la conduite de l'enquête

61. À ce stade, la Chambre estime qu'il convient d'examiner un argument soulevé par les trois équipes de la Défense qui concerne directement la portée et l'objet de la présente décision. En particulier, les équipes de la Défense ont affirmé que le Procureur aurait manqué aux obligations qui lui incombent en matière d'enquêtes en application de l'article 54-1 du Statut⁸⁹.

62. Dans ses observations écrites finales, le Procureur a répondu que l'audience de confirmation des charges n'a pas pour objet de déterminer s'il a respecté ou non les

⁸⁹ ICC-01/09-02/11-338, par 72 à 83 ; ICC-01/09-02/11-T-4-ENG, p. 88, lignes 15 à 22 ; ICC-01/09-02/11-T-15-Red-ENG, p. 58, ligne 8, à p. 59, ligne 6 ; p. 65, lignes 9 à 17 ; ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 69 à 72.

obligations qui lui incombent en application de l'article 54-1 du Statut⁹⁰, et qu'en tout état de cause, il a pris toutes les mesures raisonnables pour étudier des pistes d'enquête à décharge, notamment en interrogeant ses témoins en vue d'obtenir des informations à décharge⁹¹.

63. La Chambre accueille l'argument du Procureur selon lequel elle n'a pas, dans le cadre de l'examen auquel elle procède en application de l'article 61-7 du Statut, à se prononcer sur ce manquement allégué du Procureur à ses obligations en matière d'enquêtes. En effet, la Chambre rappelle que le Statut délimite clairement les rôles et les fonctions des différents organes de la Cour. Ainsi, le rôle de la Chambre au stade actuel de la procédure est de déterminer s'il a été produit des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que les suspects ont commis les crimes en cause⁹². La production de tels éléments est en fait le résultat des enquêtes du Procureur. S'il n'a pas enquêté convenablement, la qualité et le caractère suffisant des éléments de preuve présentés en seront certainement affectés et la Chambre se prononcera après avoir examiné lesdits éléments conformément à l'article 61-7. Par conséquent, le fait que le Procureur n'ait pas enquêté convenablement ne peut en aucune circonstance justifier automatiquement que la Chambre refuse de confirmer les charges sans avoir examiné les éléments de preuve produits. En d'autres termes, la décision prévue à l'article 61-7 porte sur l'évaluation des éléments de preuve disponibles et non sur la façon dont le Procureur a mené ses enquêtes.

64. Cette démarche est conforme à l'opinion exprimée par la Chambre préliminaire I, qui explique :

[À] ce stade de la procédure, les objections de la Défense quant à la façon dont l'enquête a été menée ne peuvent être prises en compte que dans le contexte de l'objet de l'audience de confirmation des charges et, à ce titre, devraient être considérées comme un moyen de demander à la Chambre de ne pas confirmer les charges. Par conséquent, les objections soulevées par la Défense à ce stade ne peuvent, en soi, amener la Chambre à ne pas confirmer les charges au motif que l'Accusation n'aurait pas bien enquêté ; en revanche, elles peuvent influencer sur

⁹⁰ ICC-01/09-02/11-361, par. 29.

⁹¹ ICC-01/09-02/11-361, par. 31 ; ICC-01/09-02/11-T-4-ENG, p. 45, lignes 4 à 9.

⁹² Voir Chambre préliminaire II, *Decision on the "Request by the Victims' Representative for authorisation to make a further written submission on the views and concerns of the victims"*, ICC-01/09-01/11-371, par. 16.

l'appréciation par la Chambre des éléments de preuve à charge et lui permettre de déterminer si, dans l'ensemble, le critère fondé sur les « motifs substantiels de croire » est rempli⁹³.

65. Par conséquent, la Chambre ne donnera pas suite aux griefs formulés à cet égard et se contentera de procéder à l'examen des preuves présentées par les parties pour déterminer s'il est satisfait à la norme d'administration de la preuve requise par l'article 61-7 pour la confirmation des charges portées contre les suspects.

B. Admissibilité, pertinence et valeur probante des éléments de preuve

66. Dans cette partie, la Chambre exposera un certain nombre de principes généraux d'administration de la preuve qui, au regard des articles 21, 64, 67 et 69 du Statut et des règles 63, 64, 68, 70, 71, 76 à 78, 121 et 122 du Règlement, sous-tendent la présente décision. La Chambre rappelle l'interprétation qu'elle a précédemment donnée des principes d'administration de la preuve⁹⁴, ainsi que les normes internationalement reconnues en matière de droits de l'homme, telles qu'énoncées aux articles 21-2 et 21-3 du Statut.

67. Tout d'abord, la Chambre relève que le Procureur a affirmé :

[TRADUCTION] [A]ux fins de la confirmation des charges, la Chambre préliminaire devrait considérer les éléments de preuve produits par l'Accusation comme suffisants pour se prononcer, dès lors qu'ils sont pertinents. Elle devrait éviter d'essayer de résoudre les contradictions entre les preuves produites par l'Accusation et celles produites par la Défense, cela n'étant possible qu'une fois que toutes les preuves émanant des deux parties auront été présentées et que la crédibilité des témoins aura été soigneusement évaluée. Cette détermination aura lieu au procès⁹⁵.

68. À l'appui de cet argument, le Procureur se fonde également sur la jurisprudence des tribunaux ad hoc relative à l'examen des demandes d'acquiescement déposées en cours de procès, affirmant qu'un tel examen constitue « [TRADUCTION] une analyse comparable, quoique plus approfondie, de l'affaire », et explique que les tribunaux

⁹³ Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, par. 48.

⁹⁴ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 32 à 62.

⁹⁵ ICC-01/09-02/11-361, par. 5.

ad hoc, « [TRADUCTION] lorsqu'ils examinent une demande d'acquiescement présentée en vertu de l'article 98 *bis*, n'évaluent pas la fiabilité ou la crédibilité des éléments de preuve produits à l'appui des moyens principaux, ni n'accordent un poids moindre aux éléments [qu'ils considèrent comme] "suspects, contradictoires ou peu fiables pour toute autre raison" »⁹⁶.

69. La Défense d'Uhuru Kenyatta répond que « [TRADUCTION] la démarche du Procureur est fondamentalement contraire à l'esprit et à la lettre de l'article 69-4 du Statut⁹⁷ » et « [TRADUCTION] n'est étayée ni par la règle 63-2 ni par la règle 64 du Règlement⁹⁸ ». Elle affirme en outre que « [TRADUCTION] [l]e Procureur n'a pas tenu compte du fait que la fiabilité est une composante essentielle de l'évaluation de l'admissibilité des preuves en vertu de l'article 69-4 » du Statut⁹⁹. Enfin, elle fait valoir que « [TRADUCTION] [l']objet fondamental de la procédure prévue à l'article 98 *bis* du Règlement de procédure et de preuve du TPIY et de celui du TPIR n'est pas semblable à celui de l'audience de confirmation des charges à la CPI¹⁰⁰ ».

70. La Défense de Mohammed Ali soutient que « [TRADUCTION] le Bureau du Procureur verse manifestement dans l'erreur¹⁰¹ » et que « [TRADUCTION] [ses] affirmations [...] sont erronées en droit¹⁰² ». Elle ajoute que « [TRADUCTION] l'audience de confirmation des charges ne "correspond [pas] aux procédures prévues dans d'autres juridictions internationales"¹⁰³ » et que « [TRADUCTION] [p]our déterminer s'il existe des "motifs substantiels" de confirmer les charges, la Chambre doit examiner la pertinence et la valeur probante des éléments de preuve présentés aussi bien par le Bureau du Procureur que par la Défense, ainsi que le poids à leur accorder¹⁰⁴ ».

⁹⁶ ICC-01/09-02/11-361, par. 6.

⁹⁷ ICC-01/09-02/11-372, par. 3.

⁹⁸ ICC-01/09-02/11-372, par. 7.

⁹⁹ ICC-01/09-02/11-372, par. 7.

¹⁰⁰ ICC-01/09-02/11-372, par. 16.

¹⁰¹ ICC-01/09-02/11-373-Red, par. 6.

¹⁰² ICC-01/09-02/11-373-Red, par. 10.

¹⁰³ ICC-01/09-02/11-373-Red, par. 11.

¹⁰⁴ ICC-01/09-02/11-373-Red, par. 10.

71. La Défense de Francis Muthaura affirme que l'argument du Procureur « [TRADUCTION] n'a aucun fondement en droit », qu'il « [TRADUCTION] est incompatible avec l'article 69-4 » du Statut et « [TRADUCTION] contredit la jurisprudence constante de cette Chambre »¹⁰⁵. Elle soutient en outre que « [TRADUCTION] les arguments avancés par le Bureau du Procureur à cet égard constituent une tentative de rendre moins stricte la norme d'examen applicable à ce stade de la procédure¹⁰⁶ ».

72. La Chambre n'accepte pas l'argument du Procureur. Elle souligne d'emblée, comme l'a précédemment conclu la Chambre préliminaire I, que pour définir la portée de l'analyse des éléments de preuve aux fins de la confirmation des charges, elle ne saurait se laisser guider par la jurisprudence des tribunaux ad hoc relative aux demandes d'acquiescement déposées en cours de procès puisqu'il s'agit là de deux régimes procéduraux qui, fondamentalement, ne sont pas comparables¹⁰⁷.

73. La Chambre rappelle également le principe fondamental de la libre évaluation des éléments de preuve consacré à l'article 69-4 du Statut et à la règle 63-2 du Règlement et observe que ces dispositions s'appliquent aussi bien au stade préliminaire qu'à celui du procès¹⁰⁸. Comme l'a indiqué la Chambre préliminaire I, ce principe est « un élément essentiel de l'action judiciaire, tant au stade préliminaire d'une affaire que lors du procès¹⁰⁹ ».

74. Dans le même temps, la Chambre rappelle que l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le principe de la libre évaluation des éléments de preuve se limite à la détermination, conformément aux articles 69-4 et 69-7 du Statut,

¹⁰⁵ ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 10.

¹⁰⁶ ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 5.

¹⁰⁷ Voir aussi Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/10-465-Red-tFRA, par. 45.

¹⁰⁸ Voir la règle 122-9 du Règlement et l'intitulé du chapitre 4 du Règlement.

¹⁰⁹ Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la Décision relative à la confirmation des charges, ICC-02/05-02/09-267-tFRA, par. 8.

de l'admissibilité, de la pertinence et de la valeur probante des preuves qui lui sont présentées¹¹⁰.

75. Ainsi, pour déterminer s'il y a des motifs substantiels de croire que les suspects ont commis chacun des crimes en cause, la Chambre n'est pas liée par la manière dont les parties ont classé les éléments de preuve en différentes catégories. Elle procèdera à sa propre évaluation indépendante de chacun d'eux¹¹¹. En outre, la Chambre évaluera leur pertinence et leur valeur probante indépendamment de leur catégorie et de la partie qui les produit.

i) Admissibilité des éléments de preuve

76. Concernant l'admissibilité des éléments de preuve, la Chambre relève que ni le Statut ni le Règlement ne dispose que certaines catégories d'éléments de preuve sont inadmissibles en soi. En fonction des circonstances, la Chambre est soit investie d'un pouvoir discrétionnaire soit mandatée par les textes pour se prononcer sur l'admissibilité des éléments de preuve. D'un côté, elle *peut*, conformément à l'article 69-4 du Statut, « se prononcer sur [...] l'admissibilité de tout élément de preuve ». D'un autre côté, elle *doit*, en application de l'article 69-7 du Statut et de la règle 63-3 du Règlement, se prononcer sur l'admissibilité d'un élément de preuve à la requête d'une partie ou d'office s'il semble y avoir des motifs d'inadmissibilité.

77. La Chambre fait observer que les équipes de la Défense de Francis Muthaura et d'Uhuru Kenyatta ont contesté à l'audience l'admissibilité de résumés de déclarations de témoins entendus devant des entités autres que la Cour (« les témoins extérieurs à la CPI »), arguant que les intéressés n'avaient pas consenti à ce que leurs déclarations soient utilisées dans le cadre des procédures devant la

¹¹⁰ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 61 et 62.

¹¹¹ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 42.

Cour¹¹². À l'appui de cette affirmation, la Défense invoque une décision rendue par la Chambre préliminaire I, selon laquelle « la première et la plus importante mesure imposée par l'article 68-1 du Statut et par la règle 86 du Règlement est d'informer chaque témoin potentiel du fait qu'une partie entend, aux fins de l'audience de confirmation des charges dans le cadre d'une affaire spécifique, se fonder sur sa déclaration », faute de quoi, « leurs déclarations [...] doivent être déclaré[e]s inadmissibles »¹¹³.

78. La Chambre considère que la jurisprudence sur laquelle se fonde la Défense ne s'applique pas en l'espèce car elle concerne les « témoins de la Cour ». Or, en l'occurrence, la Défense conteste l'utilisation de résumés de déclarations faites par des personnes qui n'ont pas été interrogées par le Procureur. La Chambre estime que rien dans les textes fondamentaux de la Cour n'exclut l'utilisation de telles preuves documentaires et que rien n'indique non plus qu'elles seraient inadmissibles pour d'autres raisons. La Chambre conclut par conséquent que les résumés de déclarations de témoins extérieurs à la CPI sont admissibles comme éléments de preuve en l'espèce.

ii) Pertinence et valeur probante des éléments de preuve

79. Pour qu'un élément de preuve particulier soit pertinent, il faut établir qu'il a un lien avec une charge ou un fait à prouver dans l'affaire, au sens où un élément de preuve revêt une pertinence pour statuer sur un fait donné s'il tend à rendre plus ou moins probable l'existence de ce fait¹¹⁴. Par conséquent, pour évaluer la pertinence

¹¹² ICC-01/09-02/11-T-4-ENG, p. 33, ligne 14, à p. 34, ligne 24 ; ICC-01/09-02/11-372, par. 15 ; ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 11.

¹¹³ Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06-803, par. 59.

¹¹⁴ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 41.

d'un élément de preuve, la Chambre détermine dans quelle mesure il est logiquement relié au fait qu'il tend à prouver ou à infirmer¹¹⁵.

80. Par ailleurs, la Chambre évaluera également la valeur probante de chaque élément de preuve. La détermination de cette valeur probante nécessite un examen qualitatif. À cet égard, la Chambre rappelle le principe général de la libre évaluation des éléments de preuve consacré à l'article 69-4 du Statut et à la règle 63-2 du Règlement. Par conséquent, la Chambre accorde à chaque élément de preuve le poids qu'elle juge approprié.

81. C'est au cas par cas que la Chambre évalue la pertinence et la valeur probante de chaque preuve¹¹⁶. Pour ce faire, elle tient compte de divers éléments, tels que la nature des preuves, leur crédibilité, leur fiabilité, leur source ainsi que le contexte dans lequel elles ont été obtenues et leur lien avec les charges portées en l'espèce ou avec l'auteur présumé des faits. Les indices de fiabilité tels que le caractère volontaire, véridique et digne de foi des éléments de preuve sont pris en considération¹¹⁷. À cet égard, la Chambre souhaite préciser que ce n'est pas le volume des éléments de preuve présentés mais leur valeur probante qu'elle considérera comme essentielle pour se prononcer sur les charges portées par le Procureur¹¹⁸.

82. La Chambre fait la distinction entre les éléments de preuve directs et indirects. Les éléments de preuve indirects regroupent les témoignages par ouï-dire, les rapports d'organisations internationales, d'organisations non gouvernementales (ONG), d'organismes nationaux et de services de renseignements nationaux, ainsi que les informations diffusées par les médias. En vertu de la règle 76 du Règlement,

¹¹⁵ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 41.

¹¹⁶ Voir Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 58.

¹¹⁷ Chambre de première instance I, Décision relative à l'admissibilité de quatre documents, ICC-01/04-01/06-1399-tFRA, par. 28 et 29.

¹¹⁸ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 60.

les éléments de preuve peuvent également être oraux, en particulier lorsqu'ils émanent d'un témoin appelé à déposer, ou écrits, tels que des exemplaires de déclarations de témoin, ou les pièces visées à la règle 77 du Règlement, comme des livres, des documents émanant de sources diverses, des photographies et d'autres objets tangibles, notamment, mais pas exclusivement, des éléments sur support vidéo ou audio.

83. Quant aux éléments de preuve directs, ils donnent des renseignements de première main. Indépendamment de la partie qui les présente, les éléments de preuve directs qui sont à la fois pertinents et fiables ont une forte valeur probante. Il s'ensuit que même un seul élément de preuve direct peut s'avérer décisif pour les conclusions de la Chambre dans la présente décision¹¹⁹.

84. À cet égard, la Chambre relève qu'en l'espèce, toutes les parties ont notamment produit des témoignages émanant de témoins oculaires identifiés ou anonymes, parfois sous forme de résumés de déclarations de témoin. Les équipes de la Défense ont également fait comparaître des témoins à l'audience de confirmation des charges.

85. S'agissant des témoins entendus à l'audience, cités en l'espèce par les trois équipes de la Défense, la Chambre rappelle ses conclusions précédentes, dans lesquelles elle a précisé que « [TRADUCTION] le fait que les dépositions de témoin soient obtenues en posant oralement des questions n'implique pas en soi qu'il leur sera accordé une valeur probante plus élevée que si elles avaient été obtenues par écrit¹²⁰ ». À cet égard, la Chambre souligne qu'une déposition orale peut se voir accorder une valeur probante importante ou faible après évaluation, notamment en fonction des questions posées, de la crédibilité du témoin, ainsi que de la fiabilité, de

¹¹⁹ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 49.

¹²⁰ Chambre préliminaire II, *Decision on the Defence Applications for Leave to Appeal the Single Judge's Order to Reduce the Number of Viva Voce Witnesses*, ICC-01/09-02/11-275, par. 26 et 27. Voir aussi Chambre préliminaire II, *Order to the Defence to Reduce the Number of Witnesses to Be Called to Testify at the Confirmation of Charges Hearing and to Submit an Amended List of Viva Voce Witnesses*, ICC-01/09-02/11-226, par. 18.

l'exactitude, de la vraisemblance et de la sincérité de son témoignage. L'appréciation finale de la valeur probante d'une déposition à l'audience dépend donc de l'évaluation faite par la Chambre au cas par cas et au vu des preuves dans leur ensemble.

86. S'agissant des éléments de preuve indirects, la Chambre est d'avis que, en règle générale, il faut leur accorder une valeur probante moindre qu'aux éléments de preuve directs. Elle souligne que, bien que la jurisprudence de la Cour montre que les éléments de preuve indirects sont fréquemment acceptés, la décision relative à la confirmation des charges ne saurait se fonder uniquement sur un seul élément de cette catégorie¹²¹.

87. Dans son examen des éléments de preuve indirects, la Chambre suit une méthode en deux étapes. Premièrement, comme pour les éléments de preuve directs, elle évalue leur pertinence et leur valeur probante. Deuxièmement, elle vérifie s'il existe des éléments permettant de les corroborer, indépendamment de leur catégorie ou de leur source. La Chambre garde à l'esprit la règle 63-4 du Règlement, mais elle considère que pour prouver une allégation conformément à la norme fondée sur les « motifs substantiels de croire », il est préférable de disposer de plus d'un élément de preuve indirect ayant une faible valeur probante. À l'issue de cet examen, la Chambre détermine si les éléments de preuve indirects en question, remis dans le contexte de l'ensemble des preuves, doivent se voir accorder une valeur probante suffisante pour fonder ses conclusions dans le cadre de la décision relative à la confirmation des charges¹²².

88. Au présent stade de la procédure, la Chambre se penchera sur un certain nombre de questions soulevées par les parties et concernant directement la valeur probante à accorder à certains éléments de preuve produits en l'espèce.

¹²¹ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 51.

¹²² Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 52.

a) Déclarations de témoins anonymes, résumés de déclarations

89. La Chambre constate que les équipes de la Défense soutiennent qu'il convient d'accorder une valeur probante moindre aux éléments de preuve émanant d'une source anonyme et/ou produits sous la forme d'un résumé de déclaration de témoin¹²³.

90. La Chambre fait observer que l'utilisation de déclarations de témoins anonymes et de résumés est autorisée au stade préliminaire, en vertu des articles 61-5 et 68-5 du Statut et de la règle 81-4 du Règlement. Elle partage toutefois l'avis émis dans d'autres décisions rendues au stade préliminaire¹²⁴, selon lequel l'utilisation d'éléments de preuve émanant d'une source anonyme ou produits sous la forme d'un résumé de déclaration de témoin — qu'ils soient directs ou indirects — peut avoir des incidences sur la capacité de la Défense de contester la crédibilité de la source et la valeur probante des éléments en question. Par conséquent, pour compenser le désavantage qui peut en résulter pour la Défense, ces éléments de preuve sont considérés comme ayant une valeur probante moindre que celle accordée aux déclarations de témoins dont la Défense connaît l'identité et qui lui ont été communiquées dans leur intégralité. La Chambre analysera donc les déclarations de témoins anonymes et les résumés au cas par cas et les évaluera aux fins de la présente décision en tenant compte du fait qu'ils sont corroborés ou non par d'autres éléments de preuve¹²⁵.

¹²³ ICC-01/09-02/11-T-4-ENG, p. 19, lignes 5 à 9 ; p. 85, ligne 24, à p. 86, ligne 1 ; ICC-01/09-02/11-T-10-ENG, p. 27, ligne 12, à p. 28, ligne 21 ; ICC-01/09-02/11-T-13-ENG, p. 22, lignes 1 et 2 ; ICC-01/09-02/11-372, par. 9 à 14 ; ICC-01/09-02/11-373-Red, par. 86 à 89 ; ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 7 à 9.

¹²⁴ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 50 ; Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 119 ; Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06-803, par. 106.

¹²⁵ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 50 et 51 ; Chambre préliminaire I, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red-tFRA, par. 41 ; Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-02/05-02/09-243-Red-tFRA, par. 52 ;

b) Incohérences dans les éléments de preuve

91. La Chambre fait observer que les équipes de la Défense ont à plusieurs reprises appelé l'attention sur des incohérences qui apparaîtraient dans certains éléments de preuve sur lesquels le Procureur s'est fondé à l'audience de confirmation des charges, notamment dans les déclarations du témoin OTP-4¹²⁶.

92. La Chambre sait qu'il peut y avoir des incohérences dans un même élément de preuve ou entre plusieurs d'entre eux et considère que ces incohérences peuvent avoir une incidence sur la valeur probante à accorder à l'élément de preuve en question. Toutefois, elles n'entraînent pas automatiquement le rejet de l'élément considéré et n'empêchent donc pas la Chambre de l'utiliser¹²⁷. La Chambre déterminera si les éventuelles incohérences jettent le doute sur la crédibilité et la fiabilité générales de l'élément et si, par conséquent, elles affectent la valeur probante à lui accorder¹²⁸. Cet examen doit être mené en tenant compte de la nature et de l'importance de chaque incohérence ainsi que du point spécifique auquel elle se rapporte. En effet, les incohérences que présente un élément de preuve peuvent être si importantes que la Chambre s'en trouvera empêchée de le prendre en considération pour établir un point spécifique, mais peuvent se révéler sans importance aucune au regard d'un autre point, qu'elle pourra donc considérer comme prouvé sur la base de ce même élément de preuve.

Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 160.

¹²⁶ ICC-01/09-02/11-T-15-Red-ENG, p. 50, lignes 18 à 22 ; ICC-01/09-02/11-T-10-ENG, p. 21, lignes 12 à 14, p. 47, lignes 18 à 22 ; ICC-01/09-02/11-T-13-ENG, p. 6, lignes 3 à 7 ; p. 10, lignes 13 à 19 ; ICC-01/09-02/11-372, par. 26 à 33 ; ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 25, 31, 32, 39, 49 et 50 ; ICC-01/09-02/11-373-Red, par. 63 à 74 et 79 à 82.

¹²⁷ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 55 ; Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 116.

¹²⁸ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 55.

c) Contestation de la crédibilité des témoins OTP-11 et OTP-12

93. La Chambre relève que lors de l'audience de confirmation des charges, la Défense d'Uhuru Kenyatta a largement contesté la crédibilité des témoins OTP-11 et OTP-12, et demandé que la Chambre écarte l'intégralité de leurs déclarations¹²⁹. En substance, la Défense d'Uhuru Kenyatta affirme que les deux témoins, qui ont été en contact avec elle, sont des « [TRADUCTION] criminels » et des « [TRADUCTION] extorqueurs » qui ont livré « [TRADUCTION] au Procureur un récit entièrement à charge après avoir livré à la Défense un récit entièrement à décharge »¹³⁰. Elle présente à l'appui de cet argument une série de documents retraçant ses contacts avec deux personnes qui seraient, selon elle, les témoins anonymes OTP-11 et OTP-12.

94. La Chambre rappelle que, comme l'a dit la Chambre d'appel, il n'est pas nécessaire en principe de mettre totalement à l'épreuve la fiabilité de chacun des éléments de preuve sur lesquels le Procureur se fonde aux fins de l'audience de confirmation des charges¹³¹. Par exemple, de l'avis de la Chambre, il résulte directement des mesures de protection visées à la règle 81-4 du Règlement que soient limitées, dans certains cas justifiés individuellement, la possibilité pour la Défense de soulever des questions tenant à la fiabilité des témoins et la possibilité pour la Chambre d'examiner ces questions dans sa décision.

95. Ayant établi ce point d'ordre général, la Chambre considère néanmoins que la contestation de la crédibilité des témoins OTP-11 et OTP-12 peut être examinée en substance, sur la base des éléments de preuve disponibles. Comme expliqué ci-après, la Chambre n'est pas convaincue par l'argument avancé par la Défense, puisque les éléments de preuve présentés n'étaient manifestement pas les allégations de celle-ci.

¹²⁹ ICC-01/09-02/11-T-10-ENG, p. 15, ligne 11, à p. 21, ligne 8 ; ICC-01/09-02/11-372, par. 21 à 25.

¹³⁰ ICC-01/09-02/11-T-10-ENG, p. 17, lignes 13 et 14.

¹³¹ Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Deuxième décision relative aux requêtes et aux requêtes modifiées aux fins d'expurgations introduites par l'Accusation en vertu de la règle 81 du Règlement de procédure et de preuve », ICC-01/04-01/06-774-tFRA, par. 47.

96. Premièrement, la Chambre relève que si la Défense d'Uhuru Kenyatta affirme être en possession de déclarations antérieures entièrement à décharge qu'elle attribue aux témoins OTP-11 et OTP-12, elle n'en a présenté aucune. La Défense d'Uhuru Kenyatta se fonde plutôt sur des notes non datées, non signées, non vérifiées et incomplètes qui semblent à première vue être des notes prises au cours de réunions avec des personnes qu'elle prétend être les témoins OTP-11 et OTP-12¹³². En outre, une analyse de ces notes et d'autres documents pertinents invoqués par la Défense d'Uhuru Kenyatta montre que ces deux personnes ne lui ont pas livré des informations « [TRADUCTION] entièrement à décharge », puisque les documents mentionnent qu'elles lui ont dit avoir connaissance de l'implication des Mungiki dans les crimes visés en l'espèce¹³³, de liens entre Uhuru Kenyatta et les Mungiki¹³⁴, et même directement de l'implication d'Uhuru Kenyatta dans les crimes considérés¹³⁵.

97. Deuxièmement, la Chambre constate que les documents susmentionnés ne révèlent aucune extorsion ou tentative d'extorsion. Dans le langage courant, l'extorsion s'entend de « [TRADUCTION] la pratique consistant à obtenir quelque chose, en particulier de l'argent, par la force ou la menace¹³⁶ ». Après un examen attentif et détaillé des documents pertinents, notamment des extraits cités durant l'audience¹³⁷, la Chambre conclut qu'il n'y a eu aucune tentative d'extorsion, les éléments de preuve présentés ne faisant état d'aucune demande d'argent ou autre exigence, ni d'une quelconque menace. De plus, la Défense se fonde sur la déposition de Lewis Nguyai (D13-26), qui a déclaré devant la Chambre avoir reçu de la part de l'une des personnes en question des messages menaçants exigeant de l'argent¹³⁸. Cependant, puisque ce que la Chambre doit déterminer ici, c'est s'il y a eu tentative d'extorsion à l'égard de la Défense d'Uhuru Kenyatta, elle considère que le

¹³² KEN-D13-0006-0013 ; KEN-D13-0007-0001.

¹³³ KEN-D13-0006-0065, p. 0070 ; KEN-D13-0007-0001, p. 0004 ; KEN-D13-0007-0027, p. 0036, 0037 et 0043.

¹³⁴ KEN-D13-0006-0003, p. 0006 ; KEN-D13-0006-0013, p. 0015 ; KEN-D13-0007-0001, p. 0002.

¹³⁵ KEN-D13-0007-0027, p. 0029.

¹³⁶ *Oxford Dictionary of English*, OUP, 3^e édition, 2010.

¹³⁷ ICC-01/09-02/11-T-10-ENG, p. 17, ligne 19, à p. 18, ligne 5.

¹³⁸ ICC-01/09-02/11-T-12-Red-ENG, p. 44, lignes 6 à 10.

témoignage de Lewis Nguyai (D13-26) n'est pas pertinent. En tout état de cause, la Chambre juge que le témoignage de ce dernier est incohérent sur ce point compte tenu de ses liens confirmés avec l'une des personnes concernées, à laquelle il a volontairement transféré de l'argent¹³⁹.

98. Troisièmement, la Chambre estime important que, contrairement à ce que la Défense d'Uhuru Kenyatta a laissé entendre lors de l'audience¹⁴⁰, ce n'est pas elle qui a rompu le contact avec les deux personnes qu'elle dit être les témoins OTP-11 et OTP-12. En effet, même sur la base des notes de la Défense elle-même, prises lors des réunions qu'elle aurait eues avec ces deux personnes après avoir obtenu, en mars 2011, un document qui, selon elle, révèle des attentes possibles de rémunération pour leurs services¹⁴¹, il est clair qu'elle n'a pas interrogé les témoins à ce propos et ne les a pas écartés. Bien au contraire, elle a expliqué à l'une de ces personnes comment entrer en contact avec elle à l'avenir¹⁴². L'intention de la Défense d'Uhuru Kenyatta de poursuivre sa coopération avec les personnes en question ressort également des notes d'une réunion tenue le 14 avril 2011 entre elle et des représentants de l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins¹⁴³.

99. Quatrièmement, la Chambre juge important aussi le fait que Lewis Nguyai (D13-26) a déclaré à l'audience que c'était lui-même qui, au départ, avait mis les témoins en contact avec la Défense¹⁴⁴. En outre, les documents sur lesquels la Défense s'est fondée montrent clairement qu'elle a utilisé les deux personnes en question pour organiser des entretiens avec au moins quatre autres témoins¹⁴⁵. Autant de circonstances qui, selon la Chambre, plaident contre la conclusion que ces deux personnes étaient des extorqueurs aux sombres desseins, qui ont exploité la Défense d'Uhuru Kenyatta.

¹³⁹ ICC-01/09-02/11-T-12-Red-ENG, p. 41, lignes 18 à 23.

¹⁴⁰ ICC-01/09-02/11-T-10-ENG, p. 19, lignes 2 à 7.

¹⁴¹ KEN-D13-0006-0039 ; KEN-D13-0007-0052.

¹⁴² KEN-D13-0007-0052, p. 0056.

¹⁴³ KEN-D13-0006-0062.

¹⁴⁴ ICC-01/09-02/11-T-12-Red-ENG, p. 43, ligne 24, à p. 44, ligne 5.

¹⁴⁵ KEN-D13-0007-0052, p. 0058 ; KEN-D13-0006-0065, p. 0065 et 0066.

100. Compte tenu de ces failles dans l'argument avancé par la Défense, la Chambre juge inutile d'examiner la question plus avant. Elle n'écartera donc pas dans leur intégralité les déclarations des témoins OTP-11 et OTP-12. Elle souligne néanmoins qu'après avoir dûment examiné chaque élément de preuve pris individuellement et considéré au vu de l'ensemble structuré des preuves produites, il lui incombe de déterminer la pertinence et la valeur probante de chacun des éléments de preuve, y compris ceux fournis par les témoins OTP-11 et OTP-12.

V. ÉLÉMENTS CONTEXTUELS DES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

101. La Chambre examinera ci-après la question de savoir si le Procureur a produit des éléments de preuve suffisants donnant des motifs substantiels de croire que les éléments contextuels communs à l'ensemble des crimes contre l'humanité sont réunis. Ce n'est que dans l'affirmative qu'elle procédera à l'examen des éléments spécifiques propres à chacun des crimes reprochés aux suspects.

A. *Allégations du Procureur*

102. Le Procureur allègue que « [TRADUCTION] à différents endroits de Nakuru et de Naivasha, les Mungiki et des jeunes sympathisants du Parti de l'unité nationale (PNU) ont mené des attaques coordonnées, encouragées et favorisées par la non-intervention de la police kényane¹⁴⁶ ». Selon le Procureur, « [TRADUCTION] [c]es attaques n'étaient pas fortuites : elles étaient dirigées contre des personnes tenues pour des partisans du Mouvement démocratique orange (ODM), identifiées de diverses manières, notamment au moyen de listes et de barrages routiers, par leurs caractéristiques physiques et par la langue¹⁴⁷ ». Il affirme que « [TRADUCTION] [c]es attaques ont fait un grand nombre de victimes civiles dans une zone géographique étendue¹⁴⁸ ». Il allègue en outre que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta, « [TRADUCTION] avec Mohammed Ali, des chefs mungiki et d'autres partisans de premier plan du PNU, étaient convenus de mener une politique

¹⁴⁶ Document modifié de notification des charges, par. 31.

¹⁴⁷ Document modifié de notification des charges, par. 31.

¹⁴⁸ Document modifié de notification des charges, par. 32.

d'organisation visant à maintenir le PNU au pouvoir par tous les moyens nécessaires, y compris en veillant à ce que la police s'abstienne d'intervenir pour empêcher la perpétration de crimes¹⁴⁹ ».

103. Le Procureur avance que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont « [TRADUCTION] mobilisé et utilisé des structures existantes telles que les Mungiki pour perpétrer des attaques généralisées et systématiques, et la police kényane pour s'assurer que les opérations des Mungiki se déroulent sans entraves¹⁵⁰ ». Il présente les Mungiki comme une organisation criminelle, dirigée par Maina Njenga¹⁵¹ et divisée en branches locales et régionales¹⁵². Selon le Procureur, pour que règne la discipline, les dissidents de l'organisation étaient traités avec sévérité¹⁵³. Il affirme que « [TRADUCTION] [j]usqu'à la période des violences postélectorales, les Mungiki contrôlaient le système de transport public, fournissaient de l'électricité au moyen de branchements illégaux, faisaient payer l'accès aux toilettes publiques et vendaient de l'eau aux habitants des zones les plus pauvres de la province Centrale et de Nairobi. Ils offraient également des services de protection aux commerces et étaient recrutés par des hommes politiques pour intimider des opposants¹⁵⁴ ».

104. Concernant Nakuru, le Procureur affirme que « [TRADUCTION] [l]a vague de violence la plus grave [...] a éclaté dans la nuit du 24 janvier et a duré jusqu'au 27 janvier 2008¹⁵⁵ ». Il précise que « [TRADUCTION] cette vague de violence a été déclenchée par les Mungiki et des jeunes sympathisants du PNU¹⁵⁶ », qui ont lancé leur attaque de manière organisée et structurée¹⁵⁷. Le Procureur affirme également que, « [d]ans le cadre de sa contribution aux attaques, la police kényane a permis à des véhicules transportant des membres des Mungiki et des jeunes sympathisants du

¹⁴⁹ Document modifié de notification des charges, par. 35.

¹⁵⁰ Document modifié de notification des charges, par. 36.

¹⁵¹ Document modifié de notification des charges, par. 39.

¹⁵² Document modifié de notification des charges, par. 39.

¹⁵³ Document modifié de notification des charges, par. 40.

¹⁵⁴ Document modifié de notification des charges, par. 41.

¹⁵⁵ Document modifié de notification des charges, par. 59.

¹⁵⁶ Document modifié de notification des charges, par. 59.

¹⁵⁷ Document modifié de notification des charges, par. 60.

PNU en provenance d'autres provinces d'entrer librement dans la ville de Nakuru. La réaction de la police kényane aux attaques était particulièrement molle et inadaptée¹⁵⁸ ».

105. En ce qui concerne Naivasha, le Procureur affirme que les attaques ont été lancées de manière méthodique et planifiée le matin du 27 janvier 2008¹⁵⁹. Il ajoute que « [TRADUCTION] [l]es membres des Mungiki étaient à l'œuvre avec des jeunes sympathisants du PNU, brûlant, détruisant et/ou pillant les biens et les commerces de personnes tenues pour des partisans de l'ODM¹⁶⁰ ». Selon le Procureur, « [TRADUCTION] [l]es attaques ont duré jusqu'au 28 janvier 2008¹⁶¹ ». Il conclut que « [TRADUCTION] [l]es éléments de preuve montrent que la police kényane, sous la direction de Mohammed Ali, a obéi aux instructions qui lui avaient été données de veiller à ne pas intervenir lorsque des jeunes sympathisants du PNU étaient transportés vers la vallée du Rift », et que, « [TRADUCTION] [c]omme lors des faits survenus à Nakuru, la réponse de la police a été inadaptée [...], alors même qu'elle savait à l'avance que des attaques se produiraient et était bien informée de la situation sur le terrain¹⁶² ».

106. Au vu de la totalité des allégations formulées par le Procureur dans le Document modifié de notification des charges et lors de l'audience de confirmation des charges, la Chambre ne pense pas que l'expression « [TRADUCTION] dans différentes localités ou alentour, notamment Nakuru et Naivasha », employée dans le Document modifié de notification des charges doive être interprétée comme couvrant tout autre lieu que « Nakuru ou alentour » et « Naivasha ou alentour ». Par conséquent, la Chambre n'évaluera que les éléments de preuve se rapportant aux faits qui, selon le Procureur, se sont déroulés dans ces lieux (ci-après « à Nakuru et Naivasha ou alentour »).

¹⁵⁸ Document modifié de notification des charges, par. 61.

¹⁵⁹ Document modifié de notification des charges, par. 64.

¹⁶⁰ Document modifié de notification des charges, par. 68.

¹⁶¹ Document modifié de notification des charges, par. 71.

¹⁶² Document modifié de notification des charges, par. 71.

107. En outre, indépendamment du cadre temporel large dans lequel s'inscrivent les charges, les faits pertinents en l'espèce sont exclusivement ceux pour lesquels le Procureur met en cause la responsabilité pénale individuelle des suspects, à savoir ceux qui font partie de l'attaque lancée par les Mungiki à Nakuru et Naivasha ou alentour, entre le 24 et le 28 janvier 2008, contre des personnes tenues pour des partisans de l'ODM¹⁶³.

B. Droit applicable

108. Aux termes de l'article 7-1 du Statut, un crime contre l'humanité est un acte commis « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque ». L'article 7-2-a précise que 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 ».

109. La Chambre ne se lancera pas dans une analyse approfondie de l'interprétation des éléments contextuels des crimes contre l'humanité, car elle estime que ceux-ci sont bien établis dans la jurisprudence de la Cour¹⁶⁴. Elle n'analysera que les aspects de cette interprétation qui font l'objet d'un différend entre les parties ou qui sont de toute autre manière importants aux fins de la présente décision.

110. Tout d'abord, la Chambre fait observer que l'expression « toute population civile » a déjà été interprétée comme signifiant « des groupes de personnes que peuvent distinguer leur nationalité, leur appartenance ethnique ou d'autres attributs

¹⁶³ Document modifié de notification des charges, par. 31 à 33 et 58 à 75 ; ICC-01/09-02/11-T-5-Red-ENG, p. 49, lignes 10 à 14.

¹⁶⁴ Voir 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, par. 77 à 99 ; Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 73 à 88 ; Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA, par. 390 à 402.

distinctifs¹⁶⁵ ». Elle est d’avis que la population civile prise pour cible peut être un groupe défini par son affiliation (supposée) à un parti politique.

111. S’agissant du critère selon lequel l’attaque doit avoir été perpétrée en application d’une « politique », la Chambre rappelle qu’il a déjà été dit qu’« [u]ne attaque doit [...] être planifiée, dirigée ou organisée, et non constituée d’actes de violence spontanés ou isolés, pour répondre à ce critère¹⁶⁶ ».

112. En outre, en ce qui concerne l’interprétation qu’il convient de faire du terme « organisation », la Chambre a estimé précédemment que « le caractère structuré d’un groupe et son degré d’organisation ne devraient pas être considérés comme des critères essentiels à cet égard. Il convient plutôt [...] de déterminer si un groupe a la capacité d’accomplir des actes qui violent les valeurs humaines fondamentales¹⁶⁷ ». La Chambre avait alors précisé que « si les auteurs du Statut avaient souhaité exclure du terme “organisation” les acteurs non étatiques, ils n’auraient pas employé ce terme dans l’article 7-2-a du Statut¹⁶⁸ ».

113. La Défense d’Uhuru Kenyatta affirme que cette interprétation « [TRADUCTION] est incorrecte et ne rend pas compte de l’intention des auteurs du Statut¹⁶⁹ ». Elle soutient en particulier qu’en vertu du principe *nullum crimen sine lege*,

¹⁶⁵ 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, par. 81 ; Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l’article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l’encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 76 ; Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 399.

¹⁶⁶ 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, par. 84 et 85 ; Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l’article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l’encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 81 ; Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 396.

¹⁶⁷ 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, par. 90.

¹⁶⁸ 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, par. 92.

¹⁶⁹ ICC-01/09-02/11-339, par. 12.

consacré à l'article 22 du Statut, l'expression « politique d'une organisation » est d'interprétation stricte¹⁷⁰. Selon elle, les auteurs du Statut « [TRADUCTION] entendaient établir une limite claire entre les crimes contre l'humanité et les crimes nationaux, cette limite devant être déterminée sur la base non pas du caractère odieux des crimes commis, mais de l'entité et de la politique à l'origine des crimes¹⁷¹ ». La Défense ajoute que si le Statut mentionne une « organisation » et non des « [TRADUCTION] "groupes", "organes" ou autres entités moins clairement définies », c'est parce que les auteurs du Statut « [TRADUCTION] entendaient clairement que le caractère structuré du groupe et son degré d'organisation soient des critères essentiels¹⁷² ». En conséquence, la Défense d'Uhuru Kenyatta prie la Chambre d'adopter une interprétation plus restrictive du terme « organisation » et de conclure, après avoir examiné les éléments de preuve au regard de cette définition restrictive, que le critère énoncé par le Statut n'est pas rempli en l'espèce.

114. La Chambre fait observer que, dans la Décision du 31 mars 2010¹⁷³, elle a déjà longuement analysé des arguments juridiques allant dans le même sens que ceux avancés par la Défense aux fins de l'audience de confirmation des charges. En conséquence, étant donné que les arguments de la Défense restent entièrement dans le cadre de l'analyse des éléments contextuels des crimes contre l'humanité déjà effectuée, la Chambre ne juge pas nécessaire de refaire cette analyse aux fins de la présente décision et examinera donc les éléments de preuve présentés pour déterminer si l'organisation alléguée peut effectivement être considérée comme telle à la lumière de l'interprétation faite précédemment du terme « organisation ».

C. Constatations de la Chambre

115. La Chambre constate qu'il existe des motifs substantiels de croire qu'entre le 24 et le 28 janvier 2008, les Mungiki ont mené contre la population civile de

¹⁷⁰ ICC-01/09-02/11-339, par. 17, 18, 29 et 30.

¹⁷¹ ICC-01/09-02/11-339, par. 20.

¹⁷² ICC-01/09-02/11-339, par. 21.

¹⁷³ Voir 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, par. 89 à 93.

Nakuru et Naivasha ou alentour une attaque qui visait particulièrement les habitants identifiés comme appartenant à des groupes ethniques tenus pour être favorables à l'ODM. La Chambre juge qu'il a été établi, au regard de la norme d'administration de la preuve applicable, que l'attaque était généralisée et systématique.

116. La Chambre exposera ci-après son analyse des éléments de preuve qu'elle juge suffisants pour établir, au regard de la norme d'administration de la preuve applicable, les éléments contextuels des crimes reprochés aux suspects. Compte tenu des particularités de la présente espèce, la Chambre ne juge pas utile d'effectuer son analyse sur la base de la classification par le Procureur des éléments de preuve comme étayant tel ou tel argument juridique ; elle exposera plutôt de manière structurée les faits pertinents dont elle estime, sur la base d'une analyse complète des éléments de preuve disponibles, qu'ils sont établis de manière satisfaisante. À la suite de cette analyse, la Chambre formulera ses conclusions relatives aux différents éléments contextuels des crimes.

i) Les faits survenus à Nakuru et Naivasha ou alentour

a) Nakuru – 24-27 janvier 2008

117. D'emblée, la Chambre note que les éléments de preuve produits montrent que des violences de grande ampleur ont été commises à Nakuru ou alentour dans la période qui a suivi l'annonce des résultats de l'élection présidentielle le 30 décembre 2007. Ces violences semblent avoir été déclenchées par des personnes de toutes appartenances politiques et ethniques¹⁷⁴. Toutefois, comme précisé plus haut, les faits pertinents en l'espèce ne concernent que l'attaque lancée par les Mungiki contre des personnes tenues pour des partisans de l'ODM entre le 24 et le 27 janvier 2008. Par conséquent, la Chambre n'examinera aucun élément de preuve se rapportant à des actes de violence qui ne s'inscrivent pas dans les charges.

118. La Chambre est d'avis que les éléments de preuve qui lui ont été présentés montrent que des violences ont éclaté à Nakuru ou alentour le 24 janvier 2008 et ont

¹⁷⁴ KEN-OTP-0001-0002, p. 0093 ; KEN-OTP-0001-0248, p. 0299 à 0302 ; KEN-OTP-0001-0364, p. 0476.

duré jusqu'au 27 janvier 2008. Les actes de violence commis peuvent être imputés aux Mungiki et étaient dirigés contre des personnes tenues pour des partisans de l'ODM, résidant à Nakuru ou alentour. La conclusion de la Chambre est fondée sur les considérations exposées ci-après.

119. Le témoin OTP-12 était membre des Mungiki et se trouvait à Nakuru pendant l'attaque¹⁷⁵. Il indique clairement que les assaillants étaient des Mungiki¹⁷⁶, et leurs cibles, des personnes qui étaient « [TRADUCTION] contre les Kikuyu », à savoir les Kalenjin et les Luo¹⁷⁷. Les témoins OTP-4 et OTP-11 affirment également que l'attaque à Nakuru a été menée par les Mungiki¹⁷⁸.

120. De plus, un témoin extérieur à la CPI, dont la déclaration a été présentée à la Chambre sous la forme d'un résumé, a indiqué que « [TRADUCTION] les violences [à Nakuru] ont commencé après l'élection du 25 janvier 2008¹⁷⁹ », et qu'elles ont été « [TRADUCTION] planifiées et commises par des personnes extérieures à la région¹⁸⁰ ». Il a expliqué que « [TRADUCTION] la plupart des personnes tuées pendant les violences étaient [d']origine ethnique luo ou luhya¹⁸¹ ». Un autre témoin extérieur à la CPI a mentionné la présence des Mungiki à Nakuru pendant les combats¹⁸².

121. Le rapport de situation établi pour le 28 janvier 2008 par le service de renseignements kényan (*National Security Intelligence Service*, NSIS), fait état « [TRADUCTION] d'allégations selon lesquelles des membres armés de la secte mungiki vêtus d'uniformes de la police administrative se rend[aient] d'une maison à

¹⁷⁵ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0112, p. 0127 ; KEN-OTP-0060-0511, p. 0514.

¹⁷⁶ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0112, p. 0126.

¹⁷⁷ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0405, p. 0407.

¹⁷⁸ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0041, 0043 et 0044. Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1312 ; KEN-OTP-0052-1469, p. 1481.

¹⁷⁹ KEN-OTP-0053-0040, p. 0040.

¹⁸⁰ KEN-OTP-0053-0040, p. 0040.

¹⁸¹ KEN-OTP-0053-0040, p. 0040.

¹⁸² KEN-OTP-0053-0158, p. 0158.

l'autre à Nakuru en se faisant passer pour des fonctionnaires de police à la recherche de membres de certaines communautés, puis attaqu[ai]ent/tu[ai]ent ces derniers¹⁸³ ».

122. Ces récits sont également corroborés par le rapport final de la Commission d'enquête sur les violences postélectorales (« le rapport de la CIPEV »), qui mentionne « [TRADUCTION] une deuxième vague de violence » à Nakuru, laquelle a « [TRADUCTION] débuté le 24 janvier 2008 et avait un caractère plus planifié et plus systématique¹⁸⁴ », et qui indique également que les Mungiki ont participé aux combats¹⁸⁵. Le rapport final de la Commission kényane des droits de l'homme, (« le rapport de la KNCHR ») mentionne également la participation des Mungiki à une vague de violence qui a éclaté le 25 janvier 2008¹⁸⁶. En outre, la Chambre relève que le rapport de Human Rights Watch (HRW) intitulé « Ballots to Bullets » (« le rapport de HRW ») mentionne « [TRADUCTION] des attaques coordonnées menées du 24 au 26 janvier » à Nakuru, et les attribue aux Mungiki¹⁸⁷. Cette information est également corroborée par le rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur la mission d'enquête effectuée au Kenya du 6 au 28 février 2008¹⁸⁸ et par le rapport de l'International Crisis Group (ICG) intitulé « Kenya in Crisis¹⁸⁹ ».

123. Au vu de ce qui précède, la Chambre est convaincue que les éléments de preuve présentés établissent, au regard de la norme d'administration de la preuve applicable, que l'attaque menée à Nakuru ou alentour a été perpétrée par des membres des Mungiki. À cet égard, la Chambre relève que le Document modifié de notification des charges contient de nombreuses références aux « [TRADUCTION] jeunes sympathisants du PNU » lorsqu'il mentionne la mobilisation, le recrutement et la rémunération des participants à l'attaque¹⁹⁰. Cependant, après examen des

¹⁸³ KEN-OTP-0002-0015, p. 0043.

¹⁸⁴ KEN-OTP-0001-0364, p. 0473.

¹⁸⁵ KEN-OTP-0001-0364, p. 0476.

¹⁸⁶ KEN-OTP-0001-0002, p. 0093.

¹⁸⁷ KEN-OTP-0001-0248, p. 0299 et 0300.

¹⁸⁸ KEN-OTP-0001-1057, p. 1066.

¹⁸⁹ KEN-OTP-0001-1076, p. 1089.

¹⁹⁰ Voir p. ex. Document modifié de notification des charges, par. 52.

arguments et des éléments de preuve présentés, et comme elle l'explique plus loin de façon détaillée¹⁹¹, la Chambre estime que les personnes mobilisées et nouvellement recrutées étaient des membres à part entière de l'organisation des Mungiki à l'époque et dans le contexte des faits à l'examen en l'espèce. Pour cette raison, la Chambre juge inutile de faire une distinction et estime qu'il convient de désigner simplement par le terme « Mungiki » l'organisation ayant perpétré l'attaque en cause. Elle précise que cette conclusion s'applique également aux faits qui se sont produits à Naivasha ou alentour, au sujet desquels le Document modifié de notification des charges contient les mêmes références à l'implication de « [TRADUCTION] jeunes sympathisants du PNU » dans l'attaque¹⁹².

124. La Chambre fait observer que, lors de l'audience de confirmation des charges, la Défense de Francis Muthaura a contesté l'imputation aux Mungiki des violences commises à Nakuru ainsi que le caractère planifié de l'attaque¹⁹³. Pour étayer son argument, la Défense de Francis Muthaura a cité les déclarations des témoins Wilson Wanyanga (D12-38), [REDACTED] (D12-9) et Edward Mutahi (D12-23). Cependant, pour les raisons qu'elle expose dans les paragraphes suivants, la Chambre n'est pas convaincue par les éléments de preuve produits par la Défense.

125. La Chambre fait observer que Wilson Wanyanga (D12-38), qui était commissaire du district de Nakuru à l'époque considérée¹⁹⁴, affirme que l'attaque lancée par « [TRADUCTION] des jeunes sympathisants de l'ODM de diverses origines ethniques » contre des partisans du PNU à Githima a été le détonateur des « [TRADUCTION] violences généralisées » qui ont été commises le 25 janvier 2008¹⁹⁵. Selon le témoin, « [TRADUCTION] après que la nouvelle de l'attaque lancée à Githima s'est répandue, il y a eu une riposte spontanée des Kikuyu. [...] Ce n'était pas un groupe organisé. [...] Certains étaient armés de bâtons et de pierres, et

¹⁹¹ Voir *infra*, par. 164 à 167.

¹⁹² Document modifié de notification des charges, par. 52.

¹⁹³ ICC-01/09-02/11-T-7-ENG, p. 85, ligne 13, à p. 87, ligne 19.

¹⁹⁴ Déclaration de Wilson Wanyanga (D12-38), KEN-D12-0001-0386, p. 0388.

¹⁹⁵ Déclaration de Wilson Wanyanga (D12-38), KEN-D12-0001-0386, p. 0393 et 0395.

auraient été incapables de préparer la moindre attaque¹⁹⁶ ». Le témoin affirme également que, d'après ce qu'il a vu et observé, les Mungiki n'ont pas participé aux actes de violence¹⁹⁷.

126. Aux yeux de la Chambre, les faits relatés par Wilson Wanyanga (D12-38) ne semblent pas se rapporter directement à la présente affaire. En effet, le témoin mentionne des groupes de Kikuyu formés spontanément, dont certains étaient armés de bâtons et de pierres. Or les éléments de preuve dont dispose la Chambre montrent qu'un certain nombre de victimes luo, luhya et kalenjin ont été tuées par balle¹⁹⁸ et que de nombreux membres de ces communautés résidant à Nakuru ont été déplacés du fait de l'attaque¹⁹⁹. L'absence de toute explication et même de toute mention de ces faits dans la déclaration du témoin remet en cause le souvenir qu'il a des faits survenus à Nakuru.

127. La Défense de Francis Muthaura s'appuie ensuite sur la déclaration [REDACTED] (D12-9), un Kikuyu résidant à Nakuru, qui a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Les Kikuyu et les Kisii qui participaient aux combats étaient des civils qui résidaient à Nakuru et dans les localités de Kaptembwa et de Githima. À ma connaissance, on n'a fait venir personne d'ailleurs pour se battre pour les Kikuyu. Je défendais les miens. Je lançais des pierres²⁰⁰.

128. Pour la Chambre, la déclaration de ce témoin, qu'elle se rapporte ou non aux faits à l'examen, ne dément pas en soi la participation des Mungiki à l'attaque ou le caractère planifié de cette attaque, puisque le témoin affirme uniquement que, à sa connaissance, aucun des assaillants n'a été amené à Nakuru en provenance d'ailleurs. En tout état de cause, la Chambre estime que l'absence de ce fait n'a aucune incidence sur la conclusion portant sur l'attribution aux Mungiki de l'attaque perpétrée à Nakuru ou sur le caractère planifié de cette attaque.

¹⁹⁶ Déclaration de Wilson Wanyanga (D12-38), KEN-D12-0001-0386, p. 0395.

¹⁹⁷ Déclaration de Wilson Wanyanga (D12-38), KEN-D12-0001-0386, p. 0396.

¹⁹⁸ KEN-OTP-0041-0679, p. 0681 à 0690.

¹⁹⁹ Voir *infra*, par. 245 à 248.

²⁰⁰ Déclaration [REDACTED] (D12-9), KEN-D12-0002-0009, p. 0012.

129. Enfin, la Chambre en vient à la déclaration d'Edward Mutahi (D12-23), qui a effectué une visite à Nakuru les 24 et 25 janvier 2008 en sa qualité de secrétaire permanent au Ministère de l'éducation, de la science et de la technologie²⁰¹. Le témoin a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Partis de la dernière école, nous avons tourné à l'angle d'une rue et poursuivi sur notre droite pour remonter jusqu'à la route principale qui va de Nyahururu à Nakuru ; à environ deux kilomètres du centre-ville de Nakuru, alors que nous approchions la route principale, nous avons aperçu une foule. Certaines personnes criaient, d'autres marchaient simplement, mais d'après ce que j'ai pu observer, il y en avait qui portaient des armes rudimentaires. Alors que nous commençons à remonter la route, un vieil homme nous a arrêtés et nous a dit de ne pas aller dans cette direction. Je lui ai demandé pourquoi, et il a répondu que ces gens étaient très en colère. Il a dit qu'il s'agissait de Kikuyu qui allaient venger les personnes qui avaient été tuées²⁰².

130. De l'avis de la Chambre, la déclaration d'Edward Mutahi (D12-23) ne se rapporte pas non plus à la question de l'attribution aux Mungiki de l'attaque menée à Nakuru ou à celle du caractère planifié des violences commises à cette occasion. En réalité, même si le groupe de Kikuyu « en colère », munis d'armes rudimentaires et cherchant à se venger faisait effectivement partie des auteurs de l'attaque visée en l'espèce, cela ne montrerait pas que tous les actes de violence commis à Nakuru étaient spontanés ou qu'aucun de ces actes n'a été commis par les Mungiki, comme le soutient pourtant la Défense de Francis Muthaura.

131. En outre, lors de l'audience de confirmation des charges, la Défense de Francis Muthaura s'est appuyée sur la liste des décès portés à la connaissance de la CIPEV pour faire valoir que les allégations du Procureur sont contredites par le fait que la majorité des personnes tuées à Nakuru étaient des Kikuyu, et en conclure que les violences commises à Nakuru ne pouvaient être attribuées aux Mungiki et n'avaient pas été planifiées²⁰³.

²⁰¹ Déclaration d'Edward Mutahi (D12-23), KEN-D12-0002-0081, p. 0089.

²⁰² Déclaration d'Edward Mutahi (D12-23), KEN-D12-0002-0081, p. 0090.

²⁰³ ICC-01/09-02/11-T-7-ENG, p. 83, lignes 7 à 14.

132. La Chambre estime que la Défense de Francis Muthaura tire des conclusions erronées à partir de cet élément de preuve. En effet, tous les épisodes de violence qui se sont produits à Nakuru pendant la période postélectorale ne sont pas liés aux charges en l'espèce et, par extension, tous les décès recensés sur la liste susmentionnée ne sont pas pertinents. Le fait que la majorité des personnes tuées pendant les violences postélectorales, voire le 24 janvier 2008 ou vers cette date, étaient des Kikuyu est sans incidence pour déterminer si une attaque a été perpétrée par les Mungiki. Les faits suivants sont importants aux fins de la présente espèce : i) 43 victimes luo, luhya et kalenjin ont été recensées pour la période allant du 24 au 27 janvier, et on constate que, pour ces groupes ethniques, le nombre de meurtres a culminé au moment précis où les Mungiki auraient perpétré leur attaque ; ii) les blessures causées par des objets tranchants et des armes à feu sont les deux causes de décès les plus fréquemment recensées pour les victimes luo, luhya et kalenjin pendant la période considérée ; et iii) toutes les personnes tuées par balle pendant la période considérée étaient d'origine luo, luhya et kalenjin²⁰⁴.

b) Naivasha – 27-28 janvier 2008

133. S'agissant des faits qui se sont produits à Naivasha, la Chambre constate que les Mungiki ont attaqué des personnes tenues pour des partisans de l'ODM à Naivasha ou alentour le matin du 27 janvier 2008, et que cette attaque a duré jusqu'au 28 janvier 2008.

134. La Chambre note en particulier les déclarations faites par OTP-2, qui a été un témoin direct des faits au moment où ils se produisaient sur le terrain. Selon ce témoin, les violences ont éclaté le matin du 27 janvier 2008²⁰⁵, lorsque des groupes de jeunes hommes armés de *pangas* (machettes) ont parcouru la ville à la recherche de membres des communautés luo, luhya et kalenjin²⁰⁶. Le témoin ajoute que les assaillants étaient conduits par des guides locaux jusqu'au domicile de leurs

²⁰⁴ KEN-OTP-0041-0679, p. 0681 à 0690.

²⁰⁵ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0003, p. 0010 à 0012.

²⁰⁶ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0030, p. 0036 et 0037. Voir aussi une photographie fournie par le témoin, KEN-OTP-0027-0020, p. 0025.

victimes, où ils pillaient les maisons et brûlaient les biens des habitants²⁰⁷. À l'extérieur du centre-ville, des maisons appartenant à des membres des communautés luo et kalenjin ont été brûlées et des habitants ont été mutilés ou tués²⁰⁸. De même, selon le témoin OTP-2, les assaillants arrêtaient des personnes dans la rue, déterminaient leur appartenance ethnique, tuaient sur le champ des personnes tenues pour des partisans de l'ODM²⁰⁹ et circoncisaient de force les hommes luo²¹⁰. Le témoin ajoute que des milliers d'habitants de Naivasha ont fui leur domicile et ont cherché refuge au poste de police de la ville et dans l'enceinte du centre pénitentiaire voisin²¹¹.

135. Le récit du témoin OTP-2 est corroboré par d'autres déclarations de témoins sur lesquelles s'est appuyé le Procureur. Les témoins OTP-4, OTP-11 et OTP-12, tous (anciens) membres des Mungiki, confirment qu'une attaque a été lancée par les Mungiki à Naivasha²¹². De surcroît, le témoin OTP-10, également ancien membre des Mungiki, affirme avoir été conduit de Nairobi à Naivasha pour participer à l'attaque²¹³.

136. La Chambre prend également note du rapport de la CIPEV, qui indique que « [TRADUCTION] les attaques contre les membres des communautés luo, kalenjin et luhya ont débuté le 27 janvier 2008 et ont été exécutées de manière organisée et planifiée par un groupe coordonné²¹⁴ ». Ces faits sont de surcroît corroborés par les rapports respectifs de la KNCHR²¹⁵, de HRW²¹⁶ et du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme²¹⁷.

²⁰⁷ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0167, p. 0203 et 0204 ; Voir aussi KEN-OTP-0042-0044, p. 0058 et 0060.

²⁰⁸ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0044, p. 0077 ; KEN-OTP-0042-0228, p. 0256.

²⁰⁹ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0078, p. 0099.

²¹⁰ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0078, p. 0084.

²¹¹ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0044, p. 0047, 0066 et 0071.

²¹² Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0050. Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1312, KEN-OTP-0052-1469, p. 1481. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0377, 0379 et 0380.

²¹³ Résumé de la déclaration du témoin OTP-10, KEN-OTP-0060-0550, p. 0552.

²¹⁴ KEN-OTP-0001-0364, p. 0491.

²¹⁵ KEN-OTP-0001-0002, p. 0094 et 0095.

137. Le Procureur invoque également les résumés de déclarations de cinq témoins extérieurs à la CPI, qui contiennent des informations corroborant les faits susmentionnés²¹⁸, lesquels sont aussi corroborés par le résumé d'un rapport d'enquête sur les violences sexistes pendant la période postélectorale²¹⁹.

138. La Chambre observe que la Défense de Francis Muthaura tente de contester les allégations du Procureur en s'appuyant sur le témoignage de Lucas Katee Mwanza (D12-25), commissaire du district de Naivasha au moment des faits. Celui-ci a dit ne pas avoir connaissance de la présence des Mungiki à Naivasha pendant les violences²²⁰ et a présenté les faits comme une manifestation de la population locale qui a tourné à la violence²²¹.

139. La Chambre estime cependant que les faits relatés par le témoin diffèrent de ceux s'inscrivant dans le cadre de l'attaque lancée par les Mungiki à Naivasha. De fait, cette attaque s'est déroulée essentiellement dans les quartiers d'habitation où vivaient les communautés luo, luhya et kalenjin, et non dans le centre-ville de Naivasha ni aux intersections hors des zones d'habitation, où le témoin faisait face aux manifestants le 27 janvier 2008. Il importe de souligner que le témoin lui-même a déclaré s'être rendu ce jour-là à plusieurs endroits de Naivasha où des manifestations avaient lieu²²², mais n'a pas dit être allé dans le quartier d'habitation où, selon son propre témoignage, les pires actes de violence ont été commis²²³. En réalité, la Chambre fait observer que les éléments de preuve contiennent plusieurs références indépendantes et concordantes au fait que les manifestations de la population locale

²¹⁶ KEN-OTP-0001-0248, p. 0295 et 0296.

²¹⁷ KEN-OTP-0001-1057, p. 1066.

²¹⁸ KEN-OTP-0053-0042, p. 0042 ; KEN-OTP-0053-0152, p. 0152 ; KEN-OTP-0053-0154, p. 0154 ; KEN-OTP-0053-0166, p. 0166 ; KEN-OTP-0053-0174, p. 0174 ; KEN-OTP-0053-0231, p. 0231.

²¹⁹ KEN-OTP-0052-2176, p. 2176 à 2179.

²²⁰ ICC-01/09-02/11-T-8-Red-ENG, p. 56, lignes 5 à 7 et lignes 20 à 23.

²²¹ ICC-01/09-02/11-T-8-Red-ENG, p. 36, lignes 6 à 9 ; p. 38, lignes 23 à 25 ; p. 39, lignes 2 à 9 ; p. 40, ligne 25, à p. 45, ligne 7 ; p. 56, lignes 9 à 17.

²²² ICC-01/09-02/11-T-8-Red-ENG, p. 39, lignes 2 à 12 ; p. 40, ligne 25, à p. 44, ligne 1.

²²³ ICC-01/09-02/11-T-8-Red-ENG, p. 44, lignes 2 à 6.

étaient exploitées par les assaillants mungiki pour détourner l'attention des autorités de l'attaque menée dans les zones d'habitation²²⁴.

140. En outre, la Chambre estime que l'interprétation que Lucas Katee Mwanza (D12-25) donne des événements de Naivasha est contredite par les faits suivants : i) lors de sa déposition, le témoin a lui-même reconnu avoir reçu des informations indiquant que les violences avaient été organisées par certaines personnes, dont [REDACTED]²²⁵ ; et, ii) sous la présidence du témoin, le comité chargé de la sécurité et du renseignement au niveau du district (*District Security and Intelligence Committee*) de Naivasha a recommandé le 31 janvier 2008 l'arrestation [REDACTED] et de certaines autres personnes dont [REDACTED], qui, selon les témoins sur lesquels s'appuie le Procureur, auraient participé à l'organisation de l'attaque lancée par les Mungiki à Naivasha²²⁶.

141. Enfin, lors de l'audience de confirmation des charges, la Défense de Francis Muthaura a appelé l'attention de la Chambre sur une incohérence qu'il y aurait dans les éléments de preuve présentés par le Procureur. Selon elle, il est allégué que des *pangas* ont été achetés pour l'attaque, mais aucun élément de preuve ne montre que des *pangas* neufs ont été utilisés pendant l'attaque, et plus précisément, le témoin OTP-2 n'a pas vu de *pangas* neufs²²⁷. La Chambre fait cependant observer que, contrairement à ce qu'a affirmé la Défense, le témoin OTP-2, qui a vu des assaillants utiliser ces armes, ne dit pas qu'aucun *panga* neuf n'a été utilisé, mais plutôt que depuis son point d'observation du déroulement de l'attaque, on ne pouvait distinguer l'état de ces armes²²⁸. Plusieurs autres éléments de preuve font explicitement référence à l'utilisation de *pangas* par les assaillants²²⁹, et la Chambre ne

²²⁴ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0167, p. 0181. Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1312. KEN-OTP-0001-0364, p. 0492.

²²⁵ ICC-01/09-02/11-T-8-Conf-ENG, p. 71, lignes 18 à 24.

²²⁶ KEN-OTP-0012-0196, p. 0197.

²²⁷ ICC-01/09-02/11-T-7-ENG, p. 62, ligne 21, à p. 63, ligne 6.

²²⁸ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0167, p. 0196.

²²⁹ Résumé de la déclaration du témoin OTP-10, KEN-OTP-0060-0550, p. 0552. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0511, p. 0519. KEN-OTP-0001-0364, p. 0493 et 0498.

juge pas déterminant que ceux qui ont été utilisés soient ou non décrits comme neufs dans les éléments de preuve.

ii) La population prise pour cible

142. Ayant examiné les éléments de preuve, la Chambre estime que la description que fait le Procureur de la population civile prise pour cible, à savoir « [TRADUCTION] des personnes tenues pour des partisans de l'ODM » rend bien compte de la nature de l'attaque lancée par les Mungiki à Nakuru et Naivasha.

143. En premier lieu, des éléments de preuve étayaient la conclusion selon laquelle l'attaque menée à Nakuru et à Naivasha répondait à des motivations politiques et était dirigée contre les opposants de la coalition formée par le PNU. Le témoin OTP-2 déclare que les violences à Naivasha répondaient à des motivations politiques²³⁰. De même, le témoin OTP-11 affirme que « [TRADUCTION] c'[étaient] des représailles qui [étaient] planifiées [...] pour combattre toute personne qui [n'apportait] pas son soutien aux Kikuyu²³¹ ». De surcroît, le témoin OTP-12 explique :

[TRADUCTION] [L'attaque a eu lieu] parce que les Kikuyu ne voulaient pas céder le fauteuil, le fauteuil présidentiel. [...] [E]n effet, la victoire de Kibaki aux élections avait été annoncée. Alors, les opposants à la victoire des Kikuyu, c'est-à-dire les Kalenjin et les Luo, ont commencé à crier à l'injustice. Les Kikuyu ont tenu à se venger et étaient prêts à riposter parce qu'eux aussi revendiquaient la victoire ; c'était donc une réaction à l'annonce de l'issue de l'élection présidentielle, à l'annonce des résultats²³².

144. En deuxième lieu, de l'avis de la Chambre, les éléments de preuve indiquent également que les assaillants ont choisi chacune de leurs cibles sur la base de la sensibilité politique présumée de certains groupes ethniques. Comme il a été expliqué dans la section précédente, les éléments de preuve établissent que les personnes tenues pour des partisans de l'ODM étaient principalement les Luo, les Luhya et les Kalenjin résidant à Nakuru et Naivasha. Toutefois, la Chambre estime

²³⁰ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0405, p. 0451 et 0452.

²³¹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1303.

²³² Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0405, p. 0407.

que cela n'enlève rien au fait que l'identification de la population prise pour cible répondait essentiellement à des motivations politiques.

145. Enfin, la Chambre constate qu'il existe des motifs substantiels de croire que l'attaque menée à Nakuru et Naivasha ou alentour a fait de nombreux morts, entraîné le déplacement de milliers de personnes, donné lieu à des viols, causé des blessures physiques graves et des souffrances morales, et entraîné la destruction de biens. La Chambre renvoie à son analyse des éléments de preuve et aux conclusions exposées plus loin, dans les parties consacrées aux différents crimes reprochés²³³ aux suspects.

iii) Le caractère planifié et coordonné de l'attaque menée à Nakuru et Naivasha ou alentour

146. La Chambre considère qu'il existe des motifs substantiels de croire que l'attaque perpétrée à Nakuru et Naivasha ou alentour a été planifiée et coordonnée, comme le montrent les éléments de preuve analysés ci-dessous.

147. La Chambre examinera tout d'abord les éléments de preuve qui révèlent l'existence d'activités spécifiques de planification avant l'attaque. À cet égard, le témoin OTP-12 affirme [REDACTED] et [REDACTED] étaient chargés de coordonner l'attaque à Nakuru, avec certains autres coordonnateurs des Mungiki nommément cités²³⁴. Il mentionne une réunion de planification tenue dans « [TRADUCTION] un certain hôtel²³⁵ ». Il explique que des dispositions avaient été prises en vue de la fourniture d'armes et d'uniformes provenant du palais présidentiel de Nakuru, et donne par la même occasion des détails sur la manière dont l'acquisition d'armes en provenance d'Olmoran avait été planifiée²³⁶. Il ajoute que les personnes chargées de la planification au niveau local avaient organisé la prestation de serment de nouveaux membres des Mungiki « [TRADUCTION] dans la

²³³ Voir *infra*, section VI.

²³⁴ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0112, p. 0126 à 0128.

²³⁵ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0385, p. 0389 ; Voir aussi KEN-OTP-0060-0093, p. 0096.

²³⁶ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0385, p. 0389 et 0390.

forêt du cratère de Menengar » dans le but précis de renforcer la capacité de combat sur le terrain²³⁷. Selon le témoin OTP-12, [REDACTED] et [REDACTED] étaient des associés d'Uhuru Kenyatta et suivaient ses instructions²³⁸. Enfin, le témoin affirme au sujet de la planification à Nakuru qu'Uhuru Kenyatta a conseillé [REDACTED] sur « [TRADUCTION] la manière d'obtenir de l'argent » pour organiser l'attaque sur le terrain²³⁹.

148. De même, concernant la planification de l'attaque à Naivasha, le témoin OTP-12 déclare que, pour cette attaque en particulier, des Mungiki avaient été mobilisés à partir de Thika et Limuru dans la province Centrale, à l'aide de l'argent apporté à cette fin par [REDACTED] et reçu d'Uhuru Kenyatta²⁴⁰. Le témoin explique que des hommes ont été « [TRADUCTION] recrutés pour aller tuer les Luo à Naivasha » et ont été placés sous le commandement [REDACTED]²⁴¹. Selon lui, peu avant l'attaque, les assaillants se sont rassemblés à Naivasha et une réunion a eu lieu dans un hôtel local²⁴², au cours de laquelle [REDACTED] a ordonné aux participants « [TRADUCTION] d'attaquer les Luo qui sont contre notre Gouvernement²⁴³ ». Le témoin ajoute [REDACTED] a dit en particulier : « [TRADUCTION] il y a un village où [...] habitent des Luo et ils ont soutenu Raila²⁴⁴ », et « [TRADUCTION] nous devons nous débarrasser d'eux²⁴⁵ ».

149. En outre, le témoin OTP-11 affirme lui aussi que l'attaque a été planifiée. S'agissant de Nakuru, il mentionne expressément [REDACTED] comme principal coordonnateur sur le terrain, qui avait des liens avec Uhuru Kenyatta²⁴⁶. De plus, il

²³⁷ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0385, p. 0390.

²³⁸ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0385, p. 0389 et 0390.

²³⁹ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0112, p. 0126.

²⁴⁰ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0112, p. 0118 ; KEN-OTP-0060-0365, p. 0371 et 0378.

²⁴¹ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0373.

²⁴² Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0376 et 0377.

²⁴³ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0377.

²⁴⁴ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0376.

²⁴⁵ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0378.

²⁴⁶ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1314 ; KEN-OTP-0052-1469, p. 1482 ; KEN-OTP-0052-1487, p. 1488 et 1489.

donne les noms de plusieurs autres coordonnateurs des Mungiki à Nakuru qui ont participé à la planification de l'attaque²⁴⁷.

150. Quant à Naivasha, le témoin OTP-11 affirme également que les assaillants mungiki venant de Thika et Limuru ont retrouvé à Naivasha des personnes qui avaient été recrutées localement et que, ensemble, ils ont lancé l'attaque²⁴⁸. Il rapporte aussi que des réunions préparatoires ont eu lieu à Naivasha sous la direction [REDACTED]²⁴⁹, à qui Uhuru Kenyatta avait donné de l'argent pour coordonner l'attaque à Naivasha²⁵⁰.

151. La déclaration du témoin OTP-4, qui porte essentiellement sur la planification de l'attaque par Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta et d'autres personnes à Nairobi, corrobore les informations fournies par les témoins OTP-12 et OTP-11²⁵¹. En particulier, le témoin OTP-4 affirme qu'au cours d'une réunion avec des membres des Mungiki, Uhuru Kenyatta a mentionné [REDACTED] comme étant leur « [TRADUCTION] point de contact à Nakuru, [qui] organisait les siens sur place²⁵² ».

152. Un autre témoin, OTP-9, également ancien membre des Mungiki, affirme que lors de rassemblements organisés dans la province Centrale, les jeunes hommes qui « [TRADUCTION] voulaient aller » notamment à Nakuru et à Naivasha pouvaient s'inscrire à cette fin dans les locaux appartenant à la *Kenya African National Union*²⁵³. De surcroît, le témoin confirme explicitement que des personnes ont été payées et déployées à Naivasha²⁵⁴.

153. Le témoignage d'OTP-2 corrobore, de façon indépendante, les éléments de preuve se rapportant à la planification des violences à Naivasha. Le témoin, qui avait été informé le 26 janvier 2008 qu'une réunion se déroulait à l'hôtel La Belle Inn, au

²⁴⁷ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1469, p. 1481 et 1482.

²⁴⁸ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1312.

²⁴⁹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1469, p. 1481 et 1483.

²⁵⁰ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1469, p. 1485 ; KEN-OTP-0052-1487, p. 1494.

²⁵¹ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0039 à 0041.

²⁵² Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0041.

²⁵³ Déclaration du témoin OTP-9, KEN-OTP-0059-0177, p. 0188 et 0189.

²⁵⁴ Déclaration du témoin OTP-9, KEN-OTP-0059-0265, p. 0285.

cours de laquelle une attaque était planifiée²⁵⁵, a dit expressément [REDACTED] a assisté à cette réunion en compagnie de plusieurs autres personnes dont il donne les noms²⁵⁶.

154. Un certain nombre de rapports de situation établis par le NSIS viennent également corroborer les témoignages relatifs à la planification de l'attaque. Le 9 janvier 2008, le NSIS a fait état de « [TRADUCTION] spéculations selon lesquelles des membres des Mungiki allaient attaquer » les communautés kalenjin, luhya et luo résidant à Nakuru²⁵⁷. Le même rapport mentionne des SMS prévenant les membres de ces communautés d'une attaque imminente de la part de « [TRADUCTION] membres des Mungiki vêtus d'uniformes de police²⁵⁸ ». Le 10 janvier 2008, le NSIS écrivait :

[TRADUCTION] Selon les informations disponibles, des éléments des Mungiki sont réunis/rassemblés au Stem Hotel, à Nakuru, dans le but d'attaquer des partisans/bastions de l'ODM à Eldoret, Kisumu, Kakamega, Kericho et Nakuru, et ce, à partir du 10 janvier 2008. Ils se livreront à des actes de violence contre leurs victimes, se faisant passer pour des policiers²⁵⁹.

155. Le 14 janvier 2008, le NSIS a de nouveau pris acte de plans des Mungiki visant à lancer une attaque à Nakuru²⁶⁰. Enfin, le rapport de situation du NSIS pour le 23 janvier 2008 mentionne explicitement que « [TRADUCTION] [REDACTED], organiserait des membres des Mungiki en vue d'une attaque contre les non-Kikuyu résidant dans la ville de Nakuru²⁶¹ ».

156. De même, le 21 janvier 2008, le NSIS a signalé que « [TRADUCTION] des jeunes Kikuyu à Naivasha prévo[yaient] également de venger les violences perpétrées contre les leurs dans la ville de Narok en attaquant les Maasai, les Luhya

²⁵⁵ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0167, p. 0169.

²⁵⁶ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0078, p. 0107 à 0109.

²⁵⁷ KEN-OTP-0002-0015, p. 0065.

²⁵⁸ KEN-OTP-0002-0015, p. 0065.

²⁵⁹ KEN-OTP-0002-0015, p. 0064.

²⁶⁰ KEN-OTP-0002-0015, p. 0059.

²⁶¹ KEN-OTP-0002-0015, p. 0048 et 0049.

et les Luo à Naivasha²⁶² ». Bien que ce rapport fasse référence à des « [TRADUCTION] jeunes Kikuyu » et ne mentionne pas explicitement les Mungiki, la Chambre estime qu'il corrobore les autres éléments de preuve établissant le caractère planifié de l'attaque menée à Naivasha.

157. Enfin, les éléments de preuve présentés ci-dessus concernant les activités de planification de l'attaque à Nakuru et à Naivasha sont corroborés par le rapport de la KNCHR et celui de HRW²⁶³.

158. En outre, la Chambre est d'avis que plusieurs autres faits subsidiaires allégués par le Procureur étayent également la conclusion selon laquelle l'attaque menée par les Mungiki à Nakuru et Naivasha ou alentour n'était pas une éruption spontanée de violence, mais revêtait un caractère organisé et systématique. En particulier, la Chambre juge les faits suivants pertinents aux fins de cette conclusion : i) le transport, spécialement pour l'attaque, d'assaillants venant d'ailleurs²⁶⁴ ; ii) le recrutement de nouveaux membres au sein de l'organisation des Mungiki spécialement pour les faire participer à l'attaque²⁶⁵ ; iii) la distribution d'uniformes et d'armes aux assaillants²⁶⁶ ; et iv) la désignation précise des cibles de l'attaque²⁶⁷.

159. La Chambre souhaite préciser que si ces faits subsidiaires donnent certaines indications, ils ne sont pas indispensables aux fins de sa conclusion générale sur le caractère planifié et coordonné de l'attaque, compte tenu en particulier des éléments de preuve relatifs aux activités de planification examinés plus haut. En conséquence, la Chambre ne juge pas décisif le fait que certaines des constatations qu'elle fait ci-dessous ne se rapportent qu'aux événements survenus à Nakuru ou à ceux survenus à Naivasha.

²⁶² KEN-OTP-0002-0015, p. 0052.

²⁶³ KEN-OTP-0001-0248, p. 0295 ; KEN-OTP-0001-0002, p. 0094, 0099 et 0227.

²⁶⁴ Voir *infra*, par. 160 et 161.

²⁶⁵ Voir *infra*, p. 164 à 167.

²⁶⁶ Voir *infra*, p. 168 à 175.

²⁶⁷ Voir *infra*, p. 176 à 179.

160. Tout d'abord, la Chambre examinera l'allégation selon laquelle les assaillants ont été amenés d'ailleurs. À cet égard, le témoin OTP-2 affirme que « [TRADUCTION] des personnes venant d'ailleurs », et pas uniquement des membres de la population locale, ont participé à l'attaque menée à Naivasha²⁶⁸. Selon ce témoin, dans le quartier de Kabati en particulier, les assaillants étaient inconnus de leurs victimes²⁶⁹. En outre, le rapport de HRW cite une victime qui a déclaré avoir vu trois camions transportant des hommes armés arriver à Naivasha « [TRADUCTION] dans la nuit du samedi 26 janvier²⁷⁰ ».

161. De l'avis de la Chambre, ces récits corroborent suffisamment les éléments de preuve examinés plus haut concernant la planification dans la province Centrale, suivie de l'organisation et du transport jusqu'à Naivasha de membres des Mungiki pour participer à l'attaque²⁷¹. La Chambre est donc convaincue que parmi les assaillants à Naivasha se trouvaient des personnes étrangères à la ville, spécialement transportées sur place pour participer à l'attaque.

162. Concernant Nakuru, la Chambre relève que le Procureur affirme que des assaillants venant d'ailleurs y ont été amenés²⁷². Lors de l'audience de confirmation des charges, la Défense de Francis Muthaura a contesté ce point précis²⁷³.

163. Bien que les éléments de preuve contiennent des références au fait que certains assaillants venaient d'ailleurs²⁷⁴, la Chambre estime que, considérés dans leur ensemble, ils établissent que la majorité des assaillants à Nakuru étaient des Mungiki locaux²⁷⁵. Toutefois, la Chambre rappelle ce qu'elle a dit plus haut, à savoir

²⁶⁸ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0167, p. 0201.

²⁶⁹ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0167, p. 0202.

²⁷⁰ KEN-OTP-0001-0248, p. 0296.

²⁷¹ Voir *supra*, par. 148 et 150.

²⁷² Document modifié de notification des charges, par. 59.

²⁷³ ICC-01/09-02/11-T-7-ENG, p. 80, ligne 21, à p. 81, ligne 11.

²⁷⁴ KEN-OTP-0053-0040, p. 0040.

²⁷⁵ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0385, p. 0397. Voir aussi KEN-OTP-0001-0248, p. 0299 et 0300.

que ce fait n'est pas en soi requis aux fins de sa conclusion générale sur le caractère organisé et systématique de l'attaque²⁷⁶.

164. La Chambre juge également pertinents les éléments de preuve indiquant qu'avant l'attaque, les Mungiki menaient des activités de recrutement à Nakuru et à Naivasha, en particulier la prestation de serment de nouveaux membres. L'importance de la prestation de serment comme outil pour garantir l'obéissance au sein de la hiérarchie des Mungiki est expliquée ailleurs dans la présente décision²⁷⁷.

165. Le témoin OTP-12 affirme qu'en préparation de l'attaque à Nakuru, de nouveaux membres des Mungiki ont prêté serment²⁷⁸.

166. Le témoin OTP-11 fait une description très détaillée du déroulement des activités de recrutement à Naivasha. Il affirme [REDACTED] un chef mungiki, avait reçu de l'argent à cette fin ainsi que le « [TRADUCTION] feu vert » d'Uhuru Kenyatta²⁷⁹. Selon ce témoin, des hommes en uniforme militaire recherchaient des jeunes hommes et leur faisaient prêter serment « [TRADUCTION] dans une forêt »²⁸⁰. Le témoin dit expressément que ces nouveaux membres ont rejoint ceux en provenance de Thika et Limuru et ont participé à l'attaque à Naivasha²⁸¹. Le témoin OTP-12 fournit des informations similaires, affirmant [REDACTED] [REDACTED] est entré en contact avec un *mzebu* (personne chargée des prestations de serment chez les Mungiki) à Naivasha « [TRADUCTION] pour qu'ils recrutent d'autres Kikuyu qui se conduiraient comme les Mungiki²⁸² ».

167. Outre ces déclarations de témoin, la Chambre dispose également, comme élément de preuve corroborant, du rapport de situation établi par le NSIS pour le 7 janvier 2008, dans lequel on peut lire : « [TRADUCTION] John Maina Njenga, chef

²⁷⁶ Voir *supra*, par. 159.

²⁷⁷ Voir *infra*, par. 208 et 209.

²⁷⁸ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0385, p. 0390 et 0392.

²⁷⁹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1303 et 1304.

²⁸⁰ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1306 ; KEN-OTP-0052-1451, p. 1460 ; KEN-OTP-0052-1487, p. 1492.

²⁸¹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1312.

²⁸² Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0376 ; KEN-OTP-0060-0405, p. 0422.

de la secte mungiki, a ordonné à des coordonnateurs de la secte de procéder à des recrutements et à des cérémonies de prestation de serment en vue de la participation aux échauffourées en cours dans certaines parties du pays²⁸³ ». En outre, le 21 janvier 2008, le NSIS a rapporté que les Mungiki envisageaient une campagne de prestations de serment sous la supervision [REDACTED] dans le but de relancer leurs activités dans la vallée du Rift²⁸⁴. La participation [REDACTED] à l'organisation et à la préparation de l'attaque menée à Naivasha est en outre confirmée par le compte rendu de la réunion tenue le 31 janvier 2008 par le comité chargé de la sécurité et du renseignement au niveau du district (District Security and Intelligence Committee) de Naivasha, dans lequel il est cité parmi les personnes considérées comme responsables des crimes commis à Naivasha²⁸⁵.

168. Les éléments de preuve présentés à la Chambre établissent également, au regard de la norme d'administration de la preuve applicable, que les assaillants à Nakuru ont utilisé des uniformes de police et des armes à feu provenant du palais présidentiel de Nakuru et distribués à cette fin. Le témoin OTP-12 explique que des membres des Mungiki ont été « [TRADUCTION] invités à se rendre au palais présidentiel », où « [TRADUCTION] ils ont reçu des uniformes et des armes à feu », et que le lendemain, ils étaient prêts à « [TRADUCTION] contre-attaquer », autrement dit à lancer une attaque à Nakuru²⁸⁶.

169. Le récit du témoin OTP-12 est corroboré par le témoignage d'OTP-11, qui affirme que des uniformes militaires et des fusils provenant du palais présidentiel de Nakuru ont été distribués²⁸⁷. Le témoin OTP-11 explique que les Mungiki ont reçu des uniformes sur initiative du « [TRADUCTION] Gouvernement », pour dissimuler l'identité des assaillants et désorienter la police²⁸⁸.

²⁸³ KEN-OTP-0002-0015, p. 0069 et 0070.

²⁸⁴ KEN-OTP-0002-0015, p. 0053.

²⁸⁵ KEN-OTP-0012-0196, p. 0197.

²⁸⁶ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0093, p. 0096 ; KEN-OTP-0060-0385, p. 0392 et 0393.

²⁸⁷ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1469, p. 1481.

²⁸⁸ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1451, p. 1468.

170. De plus, le rapport de situation établi par le NSIS pour le 28 janvier 2008 mentionne explicitement l'utilisation d'uniformes de la police administrative par les assaillants à Nakuru²⁸⁹. En outre, l'utilisation d'armes à feu par les assaillants est étayée par le grand nombre de décès par balle parmi les Luo, les Luhya et les Kalenjin à Nakuru entre le 24 et le 27 janvier 2008²⁹⁰.

171. Lors de l'audience de confirmation des charges, la Défense a produit des éléments de preuve pour contester les allégations du Procureur selon lesquelles des armes et des uniformes provenant du palais présidentiel de Nakuru ont été distribués²⁹¹. La Défense de Francis Muthaura reprend cet argument dans ses observations écrites finales²⁹².

172. La Défense s'appuie sur la déclaration de Kinuthia Mbugua (D12-17), le chef de la police administrative, qui a déclaré que « [TRADUCTION] [i]l serait inimaginable, au regard des procédures et de la pratique de [la police administrative], que des armes à feu puissent être distribuées à des gangs criminels », et aussi que dans la police administrative, « [TRADUCTION] la distribution d'armes à feu est très strictement réglementée »²⁹³. La Chambre fait cependant observer qu'il n'est pas allégué que des armes ont été distribuées aux assaillants mungiki en application des procédures et de la pratique officielles établies à cette fin au sein de la police administrative. Elle considère par conséquent que la déclaration d'ordre général faite par le témoin ne saurait infirmer les éléments de preuve spécifiques présentés par le Procureur sur la question.

173. Un autre témoin sur lequel s'appuie la Défense, [REDACTED] (D12-48), membre des Mungiki à l'époque considérée, a déclaré ce qui suit : « [TRADUCTION] Il est inexact que les Mungiki ont reçu des uniformes et des armes à feu de la police administrative pour aller attaquer Nakuru et Naivasha. Cette

²⁸⁹ KEN-OTP-0002-0015, p. 0043.

²⁹⁰ KEN-OTP-0041-0679, p. 0681 à 0690.

²⁹¹ ICC-0109-02/11-T-7-ENG, p. 60, ligne 25, à p. 62, ligne 20.

²⁹² ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 80 à 83.

²⁹³ Déclaration de Kinuthia Mbugua (D12-17), KEN-D12-0002-0164, p. 0171.

allégation est totalement fausse. Cela relève de la folie²⁹⁴ ». La Chambre observe néanmoins que, selon les témoins-clés du Procureur, [REDACTED] aurait participé à la commission des crimes visés en l'espèce ; on doit donc considérer qu'il a intérêt à nier l'allégation en question²⁹⁵. En revanche, la Chambre ne voit pas, chez les témoins qui allèguent que des uniformes et des armes à feu provenant du palais présidentiel de Nakuru ont été distribués, d'intérêt personnel qui jetterait le doute sur la fiabilité de leur témoignage. Par conséquent, la Chambre conclut que cette déclaration [REDACTED] (D12-48) n'a pas une valeur telle qu'elle exclurait l'existence de motifs substantiels de croire en ce qui concerne le fait spécifique à l'examen.

174. Enfin, la Chambre précise que les éléments de preuve n'établissent l'utilisation d'armes et d'uniformes que dans le cadre des faits survenus à Nakuru. Par contre, elle juge qu'il n'y a pas, au stade actuel de la procédure, d'éléments de preuve suffisants pour étayer l'allégation du Procureur selon laquelle des armes et des uniformes ont été utilisés à Naivasha. Le témoin OTP-12 affirme clairement qu'il n'a pas été utilisé d'armes²⁹⁶, et Lucas Katee Mwanza (D12-25) a déclaré à la barre que les morts par balle à Naivasha étaient imputables à la police²⁹⁷. En ce qui concerne les uniformes, même si le témoin OTP-11 affirme qu'ils ont été distribués aux assaillants à Thika sur instruction de Francis Muthaura²⁹⁸, aucun élément de preuve n'atteste que des uniformes ont bien été utilisés lors de l'attaque à Naivasha. Toutefois, la Chambre rappelle qu'elle considère que sa conclusion sur ce fait ne revêt pas une

²⁹⁴ Déclaration [REDACTED] (D12-48), KEN-D12-0010-0072, p. 0077.

²⁹⁵ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0030, 0031 et 0039 ; déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1307 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0093, p. 0103. La Chambre relève que le nom de cette personne n'est pas écrit de la même manière dans les différents éléments de preuve. Toutefois, le surnom [REDACTED] étant constamment utilisé par les témoins et ayant été confirmé par l'intéressé, la Chambre est convaincue que les différentes références renvoient à la même personne.

²⁹⁶ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0379.

²⁹⁷ ICC-01/09-02/11-T-8-ENG, p. 81, lignes 11 et 12.

²⁹⁸ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1317, p. 1327 et 1328 ; KEN-OTP-0052-1451, p. 1468 ; KEN-OTP-0052-1469, p. 1470.

importance telle qu'elle affaiblit la conclusion générale sur le caractère organisé de l'attaque menée à Nakuru et à Naivasha²⁹⁹.

175. Autre fait que la Chambre juge instructif au sujet de sa conclusion relative à la planification des actes de violence à Nakuru : les démarches en vue de l'achat d'armes ont été entreprises avant l'attaque par les principaux organisateurs locaux. À cet égard, la Chambre relève que selon le témoin OTP-11, deux voies ont été suivies pour s'approvisionner en armes à feu aux fins de l'attaque à Nakuru, la première étant la fourniture de fonds à des députés locaux — sous la conduite d'Uhuru Kenyatta — et la seconde, la distribution des armes provenant du palais présidentiel de Nakuru — rendue possible par l'intervention de Francis Muthaura³⁰⁰. Le témoin OTP-12 confirme ce récit et précise que des armes à feu ont été achetées à Olmoran et [REDACTED] les a ensuite distribuées aux Mungiki, avec les armes reçues du palais présidentiel, juste avant l'attaque à Nakuru³⁰¹.

176. De plus, la Chambre considère que l'identification précise des cibles par les assaillants est révélatrice du caractère planifié et systématique des violences commises.

177. Le témoin OTP-2 affirme que dans le quartier de Kabati à Naivasha, des vendeurs d'eau locaux ont guidé les assaillants³⁰². Le témoin, qui a visité les lieux attaqués, affirme également que les assaillants « [TRADUCTION] savaient quelles maisons attaquer [...], et n'allaient donc pas dans n'importe quelle parcelle³⁰³ ». De même, le témoin OTP-10 affirme qu'à Naivasha, les assaillants ont utilisé des Kikuyu vivant sur place pour identifier leurs cibles³⁰⁴. Le témoin OTP-11 confirme que des membres de la population locale ont été utilisés pour identifier individuellement des cibles à Naivasha³⁰⁵. Cette information figure également dans le résumé d'un rapport

²⁹⁹ Voir *supra*, par. 159.

³⁰⁰ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1451, p. 1462 à 1464.

³⁰¹ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0385, p. 0390 à 0400.

³⁰² Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0167, p. 0203.

³⁰³ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0044, p. 0058 ; voir aussi p. 0060.

³⁰⁴ Résumé de la déclaration du témoin OTP-10, KEN-OTP-0060-0550, p. 0552.

³⁰⁵ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1312 ; KEN-OTP-0052-1574, p. 1577.

d'enquête sur les violences sexistes commises dans le cadre des violences postélectorales³⁰⁶. En outre, un témoin extérieur à la CPI a déclaré que les assaillants « [TRADUCTION] allaient de maison en maison, à la recherche de Luo³⁰⁷ ». Un autre témoin extérieur à la CPI a affirmé que les assaillants « [TRADUCTION] avaient une liste des numéros de parcelles où habitaient des Luo³⁰⁸ ».

178. La Chambre prend également note du rapport de la KNCHR qui a conclu qu'à Naivasha, les assaillants étaient « [TRADUCTION] allés de maison en maison à la recherche des membres de la communauté Luo, et ce, d'une manière qui donn[ait] à penser qu'ils savaient où ceux-ci vivaient³⁰⁹ ». De même, le rapport de HRW cite un témoin de Naivasha qui affirme que « [TRADUCTION] une foule de Kikuyu conduite par un homme bien habillé [...] est venue dans son bâtiment avec une liste de trois noms Luo. Ces personnes voulaient savoir quels appartements appartenaient à des Luo³¹⁰ ».

179. Le rapport de l'ICG indique lui aussi que « [TRADUCTION] [à] Naivasha et Nakuru, les membres des Mungiki avaient pour guides des jeunes de la population locale qui identifiaient les maisons des non-Kikuyu, en particulier celles des Luo et des Kalenjin³¹¹ ».

180. Lors de l'audience de confirmation des charges, la Défense de Francis Muthaura a contesté le caractère planifié de l'attaque menée à Nakuru, en s'appuyant sur les déclarations d'un certain nombre de témoins³¹². À cette fin, elle a cité en particulier les déclarations des témoins Wilson Wanyanga (D12-38), [REDACTED] (D12-9) et Edward Mutahi (D12-23), ainsi qu'une liste des décès à Nakuru communiquée à la CIPEV. La Chambre observe que, selon la Défense de Francis Muthaura, ces éléments de preuve démontrent à la fois que l'attaque à Nakuru n'a

³⁰⁶ KEN-OTP-0052-2176, p. 2179.

³⁰⁷ KEN-OTP-0053-0152, p. 0152.

³⁰⁸ KEN-OTP-0053-0166, p. 0166.

³⁰⁹ KEN-OTP-0001-0002, p. 0095.

³¹⁰ KEN-OTP-0001-0248, p. 0298.

³¹¹ KEN-OTP-0001-1076, p. 1093.

³¹² ICC-01/09-02/11-T-7-ENG, p. 85, ligne 13, à p. 87, ligne 19.

pas été menée par les membres des Mungiki et qu'elle n'était pas planifiée mais spontanée. La Chambre rappelle qu'elle a déjà analysé la pertinence de ces éléments de preuve relativement à l'attribution aux Mungiki de l'attaque de Nakuru³¹³. La même conclusion s'appliquant ici, la Chambre ne juge pas nécessaire de refaire son analyse.

181. La Chambre observe en outre que, pour dire que l'attaque à Nakuru était spontanée, la Défense de Francis Muthaura se fonde également sur les propos [REDACTED] (D12-29), un prêtre de Nakuru. Au sujet des actes de violence à l'examen, le témoin affirme qu'il n'a « [TRADUCTION] jamais cru » que des dispositions avaient été prises délibérément à Nairobi ou ailleurs pour organiser la communauté kikuyu en vue des attaques³¹⁴. La Chambre est d'avis que la déclaration de ce témoin constitue, sur ce point particulier, la simple expression d'une opinion et n'est pas fondée sur une observation des faits en cause. Cette déclaration ne peut donc être pertinente aux fins des conclusions de la Chambre sur ce point précis.

182. Enfin, la Chambre observe que la Défense de Francis Muthaura soutient dans ses observations écrites finales que, contrairement à ce que prétend le Procureur : i) les Mungiki n'avaient pas de chef au plan national assurant la coordination de leurs activités en tant que groupe³¹⁵ ; ii) les membres des Mungiki ont participé à l'attaque à titre individuel et non en tant que membres de cette organisation³¹⁶ ; et iii) les Mungiki ne disposaient d'aucun forum national pour planifier l'attaque³¹⁷. Pour étayer son argument, la Défense de Francis Muthaura s'appuie sur le témoignage d'OTP-11, faisant valoir que ce témoin a déclaré que : i) depuis que Maina Njenga était en prison, les Mungiki « [TRADUCTION] avaient du mal à obtenir le "feu vert" de leurs chefs³¹⁸ » ; ii) « [TRADUCTION] seul un petit groupe de Mungiki — de 17 à 20 personnes — allait d'un endroit à un autre pour aider d'autres

³¹³ Voir *supra*, par. 124 à 132.

³¹⁴ Déclaration [REDACTED] (D12-29), KEN-D12-0001-0350, p. 0353.

³¹⁵ ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 106.

³¹⁶ ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 107.

³¹⁷ ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 108.

³¹⁸ ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 106.

personnes³¹⁹ » ; et iii) « [TRADUCTION] il n’existait pas de forum national où les chefs mungiki pouvaient se réunir autour d’une table pour planifier les attaques, et ce sont plutôt de petits groupes de Mungiki qui organisaient ces représailles à leur manière³²⁰ ».

183. La Chambre relève que les passages de la déclaration du témoin OTP-11 cités par la Défense sont extraits d’une seule et même réponse donnée par celui-ci, et doivent à ce titre être replacés dans leur contexte et non être lus isolément. Tout d’abord, il est clair que le témoin explique comment les personnes agissant au nom de Francis Muthaura et d’Uhuru Kenyatta ont essayé au début d’obtenir le soutien des Mungiki. Le témoin affirme que les intéressés pensaient que, Maina Njenga étant en prison, il leur serait difficile d’obtenir une réponse claire à leur demande de soutien³²¹. C’est pourquoi « [TRADUCTION] ils se sont résolus à obtenir l’aide de membres des Mungiki qui leur semblaient [être] mieux placés pour la leur apporter » ; le témoin cite en particulier les noms de 17 chefs mungiki au plan national (dont Charles Ndungu Wagacha, [REDACTED] et [REDACTED]), à qui une demande de soutien a été adressée, et de chefs mungiki au plan local, qui ont reçu l’ordre de mobiliser dans leurs zones respectives des membres de l’organisation pour participer à l’attaque³²². En outre, il est clair que, pris dans leur contexte, les propos du témoin relatifs à l’absence de « [TRADUCTION] plate-forme nationale » ou au fait que les Mungiki « [TRADUCTION] étaient divisés » renvoient à l’exécution de l’attaque sur le terrain, qui avait été déléguée aux chefs mungiki au plan local.

184. L’interprétation que fait la Défense de Francis Muthaura des extraits qu’elle cite de la déclaration du témoin OTP-11 n’est étayée ni par les termes clairs employés par le témoin ni par leur contexte immédiat, et de surcroît est mise à mal par d’autres informations fournies par le même témoin dans d’autres parties de sa déclaration.

³¹⁹ ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 107.

³²⁰ ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 108.

³²¹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1307.

³²² Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1307 et 1308.

Par exemple, dans un passage, le témoin déclare que lorsque Maina Njenga était en prison, « [TRADUCTION] le Gouvernement se demandait qui, en l'absence de Maina, pourraient être les chefs des Mungiki, capables de les contrôler. C'est que le PNU voulait obtenir le soutien des Mungiki³²³ ». Le témoin relate ensuite par le menu comment les personnes agissant au nom de Francis Muthaura et d'Uhuru Kenyatta ont activé plusieurs réseaux pour établir des contacts avec l'organisation des Mungiki, ce qui leur a finalement permis de joindre Maina Njenga afin d'obtenir son accord pour la participation des membres des Mungiki à l'attaque dans la vallée du Rift³²⁴. Dans un autre passage, le témoin redit que « [TRADUCTION] les Mungiki en tant que groupe ne se sont pas réunis autour d'une table pour planifier ces représailles », mais précise que, par contre, « [TRADUCTION] ces attaques étaient parfaitement planifiées par le PNU et par Uhuru Kenyatta et ses hommes »³²⁵.

185. Sur la base des considérations exposées plus haut, la Chambre conclut que, lue dans son intégralité, la déclaration du témoin OTP-11 n'étaye pas l'argument de la Défense de Francis Muthaura. Au contraire, elle tend à confirmer la conclusion générale de la Chambre, fondée sur tous les éléments de preuve examinés plus haut, selon laquelle l'attaque lancée par les Mungiki à Nakuru et Naivasha était planifiée et organisée.

iv) L'organisation des Mungiki

186. Dans la présente section, la Chambre analysera les éléments de preuve se rapportant à une série de faits qui étayaient sa conclusion selon laquelle, au moment des événements en cause, les Mungiki pouvaient être considérés comme une organisation au sens de l'article 7-2-a du Statut. En particulier, la Chambre considère que les faits suivants sont pertinents aux fins de sa conclusion : i) les Mungiki étaient une organisation dotée d'une structure hiérarchique, placée sous le contrôle de

³²³ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1262, p. 1270.

³²⁴ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1278 à 1289.

³²⁵ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1314.

Maina Njenga³²⁶ ; ii) il existait un système efficace garantissant l'obéissance des membres aux règles et aux ordres venant de plus hauts échelons de commandement³²⁷ ; iii) les Mungiki étaient une vaste organisation dotée d'une branche quasi militaire composée de personnes entraînées³²⁸ ; et, iv) dans certaines parties du Kenya, l'organisation contrôlait et fournissait des services sociaux de base, dont la sécurité³²⁹.

187. Les conclusions de la Chambre reposent essentiellement sur le récit de témoins qui sont des anciens membres des Mungiki. C'est pourquoi elle estime qu'il convient, à titre liminaire, d'examiner une question soulevée par la Défense de Francis Muthaura au sujet d'un de ces témoins privilégiés, à savoir le témoin OTP-4. Lors de l'audience de confirmation des charges, la Défense a déclaré que le témoin OTP-4 n'était pas un membre des Mungiki et qu'il avait « [TRADUCTION] tout bonnement fabriqué son témoignage de toutes pièces, à des fins personnelles³³⁰ ».

188. À l'appui de cet argument, la Défense a cité les déclarations des témoins [REDACTED] (D12-37) et [REDACTED] (D12-48). Selon [REDACTED] (D12-37), le témoin OTP-4 « [TRADUCTION] n'a jamais fait partie des Mungiki³³¹ ». [REDACTED] (D12-48), un autre membre des Mungiki³³², affirme pour sa part ne même pas connaître le témoin OTP-4³³³. La Chambre fait cependant observer [REDACTED] (D12-37)³³⁴ et [REDACTED] (D12-48)³³⁵ sont tous deux décrits par les témoins-clés du Procureur comme ayant eu un rôle important dans l'organisation des violences à Nakuru et à Naivasha.

³²⁶ Voir *infra*, par. 191 à 206.

³²⁷ Voir *infra*, par. 208 à 213.

³²⁸ Voir *infra*, par. 204 à 215.

³²⁹ Voir *infra*, par. 217 à 219.

³³⁰ ICC-01/09-02/11-T-7-ENG, p. 53, lignes 4 à 7.

³³¹ Déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0416.

³³² Déclaration [REDACTED] (D12-48), KEN-D12-0010-0072, p. 0074.

³³³ Déclaration [REDACTED] (D12-48), KEN-D12-0010-0072, p. 0075.

³³⁴ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0030, par. 144 ; p. 0031, par. 149 ; p. 0033, par. 157 à 159 ; p. 0034, par. 163 ; p. 0038, par. 190. Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1307. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0299, p. 0307 ; KEN-OTP-0060-0426, p. 0451.

³³⁵ Voir *supra*, par. 173.

Si ces témoins sont naturellement enclins à nier les allégations portées contre eux, on ne perçoit chez le témoin OTP-4 aucun intérêt personnel à les mettre en cause. Par conséquent, la Chambre, tenant également compte du fait que les informations détaillées fournies par le témoin OTP-4 sur la nature des Mungiki sont corroborées par plusieurs autres sources indépendantes, ne juge pas convaincante la contestation de la Défense de Francis Muthaura ; elle estime au contraire que le témoin OTP-4 était bien un membre des Mungiki à l'époque considérée et que son témoignage doit être dûment pris en compte.

189. Ayant résolu cette question préliminaire, la Chambre va à présent analyser les éléments de preuve utiles pour démontrer qu'à l'époque visée, les Mungiki pouvaient être considérés comme une organisation au sens de l'article 7-2-a du Statut.

190. Tout d'abord, la Chambre fait observer que plusieurs sources indépendantes citées dans les éléments de preuve présentés montrent qu'à l'époque considérée, les Mungiki fonctionnaient comme une organisation dotée d'une structure hiérarchique, dont les membres avaient des rôles définis à différents échelons. Les éléments de preuve indiquent également que Maina Njenga exerçait un contrôle exclusif sur l'organisation des Mungiki.

191. Le témoin OTP-4 explique que « [TRADUCTION] la hiérarchie des Mungiki s'organise autour d'un centre de pouvoir principal : Maina Njenga³³⁶ ». Il précise que, bien que « Ndungu » fût le Président de l'organisation, il était soumis à l'autorité de Maina Njenga et ne pouvait prendre seul des décisions importantes³³⁷. Dans sa deuxième déclaration au Procureur, le témoin OTP-4 confirme que « [TRADUCTION] [c]'est Maina Njenga qui détient réellement le pouvoir. Les autres

³³⁶ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0012.

³³⁷ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0013.

chefs peuvent avoir toutes sortes de titres, mais toutes les décisions et tous les pouvoirs viennent de Maina Njenga³³⁸ ».

192. Le témoignage d'OTP-9 corrobore cette description de la structure des Mungiki et présente Maina Njenga comme étant au « [TRADUCTION] sommet³³⁹ », à la tête d'une structure de commandement hiérarchique³⁴⁰. Le témoin confirme que pendant les violences postélectorales, même en étant en prison, Maina Njenga continuait de prendre des décisions au nom des Mungiki³⁴¹.

193. Le témoin OTP-11 présente Maina Njenga comme le « [TRADUCTION] numéro un des Mungiki, le chef suprême », expliquant que lorsqu'il a été emprisonné, Maina Njenga a délégué la présidence à Charles Ndungu Wagacha³⁴².

194. Le témoin OTP-12 présente Maina Njenga comme « [TRADUCTION] l'homme le plus puissant du mouvement³⁴³ ». Il ajoute que lorsque Maina Njenga était en prison, Charles Ndungu Wagacha le représentait et recevait ses ordres soit en allant lui rendre visite en prison soit par téléphone³⁴⁴. Le témoin OTP-12 poursuit :

[TRADUCTION] Seul Maina peut dicter des ordres. Les ordres importants, comme ceux qui concernent les questions d'ordre national, sont donnés par Maina. Personne d'autre ne peut le faire. Les questions mineures peuvent être traitées au niveau local, mais pas les questions d'ordre national. Celles-ci relèvent de l'autorité d'un seul homme. Si une personne extérieure au mouvement veut obtenir que les Mungiki fassent quelque chose, elle commence par s'adresser aux chefs mungiki au plan local. Si ceux-ci sont d'accord, ils lui donnent accès à l'échelon supérieur, et la personne peut finalement parvenir jusqu'à Maina Njenga³⁴⁵.

³³⁸ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0051-1045, p. 1051.

³³⁹ Déclaration du témoin OTP-9, KEN-OTP-0059-0097, p. 0123.

³⁴⁰ Déclaration du témoin OTP-9, KEN-OTP-0059-0200, p. 0203.

³⁴¹ Déclaration du témoin OTP-9, KEN-OTP-0059-0200, p. 0209.

³⁴² Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1433, p. 1444.

³⁴³ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0074, p. 0088.

³⁴⁴ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0226, p. 0242 à 0244.

³⁴⁵ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0250, p. 0260 à 0262.

195. Les témoins OTP-4 et OTP-12 affirment l'un et l'autre que Maina Njenga et le Président étaient suivis, dans la hiérarchie des Mungiki, d'un organe national qui rendait compte à Maina Njenga³⁴⁶.

196. Concernant plus spécifiquement certains chefs mungiki qui, comme il est précisé ci-après³⁴⁷, auraient joué un rôle-clé dans la perpétration des crimes reprochés aux suspects en l'espèce, la Chambre commence par relever que, selon le témoin OTP-4, Maina Diambo, [REDACTED] et [REDACTED] appartenaient au « [TRADUCTION] haut cabinet », le groupe le plus haut placé dans la hiérarchie des Mungiki après Maina Njenga et Charles Ndungu Wagacha, et qu'à ce titre ils étaient « [TRADUCTION] très proches de Maina Njenga »³⁴⁸ et « [TRADUCTION] chargés de transmettre les informations émanant de celui-ci aux branches locales des Mungiki³⁴⁹ ».

197. Le témoin OTP-11 confirme que Maina Kangethe Diambo était l'une des personnes de confiance de Maina Njenga³⁵⁰. Le témoin OTP-12 déclare plus précisément que Maina Kangethe, surnommé « Diambo », était l'ancien garde du corps de Maina Njenga³⁵¹.

198. Le témoin OTP-12 explique [REDACTED], communément appelé [REDACTED], était le coordonnateur des Mungiki pour Nairobi³⁵². De même, le témoin OTP-11 déclare [REDACTED] était un des hauts dirigeants mungiki³⁵³. De plus, dans sa présentation des informations relatives à la planification des attaques de représailles par les Mungiki,

³⁴⁶ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0013 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0226, p. 0237. À cet égard, si la Chambre relève une divergence concernant le nom anglais de cet organe tel que donné par les deux témoins dans leurs déclarations, elle ne la juge pas déterminante étant donné que les Mungiki sont une organisation qui ne repose pas sur des règles écrites et dont la langue principale est le kikuyu.

³⁴⁷ Voir *infra*, par. 301 à 374.

³⁴⁸ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0013.

³⁴⁹ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0013.

³⁵⁰ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1295.

³⁵¹ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0299, p. 0307.

³⁵² Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0093, p. 0103.

³⁵³ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1331, p. 1342.

le rapport de situation établi par le NSIS pour le 21 janvier 2008 le décrit comme le « [TRADUCTION] coordonnateur national par intérim³⁵⁴ ». La Chambre tient à souligner que l'intéressé lui-même, lorsqu'il a été interrogé par la Défense de Francis Muthaura, a confirmé qu'il était le « [TRADUCTION] coordonnateur des Mungiki pour Nairobi³⁵⁵ ».

199. En outre, selon le témoin OTP-11, [REDACTED] [REDACTED] était le trésorier de l'organisation et un confident de Maina Njenga³⁵⁶. Le témoin OTP-12 présente [REDACTED] comme le « [TRADUCTION] directeur général » et le point de contact avec [REDACTED], l'avocat représentant les intérêts des Mungiki³⁵⁷. L'intéressé, qui dit s'appeler [REDACTED], est également le témoin D12-37. Il déclare avoir été membre des Mungiki de 1999 à 2006³⁵⁸, mais nie toute implication dans la planification des violences à Naivasha et à Nakuru³⁵⁹. La Chambre rappelle cependant que, vu le degré d'implication [REDACTED] [REDACTED] tel qu'il ressort des éléments de preuve, elle ne juge pas déterminant, aux fins de ses conclusions sur la question examinée, le fait que cette personne nie toute association avec les Mungiki au moment des crimes allégués³⁶⁰.

200. Enfin, les éléments de preuve présentés à la Chambre montrent que, même s'il n'occupait plus de fonctions officielles de direction au sein des Mungiki, [REDACTED] [REDACTED]³⁶¹, était *de facto* un chef mungiki important à l'époque considérée, travaillant sous la direction de Maina Njenga. Ce fait ressort des déclarations des témoins OTP-4³⁶² et OTP-11³⁶³.

³⁵⁴ KEN-OTP-0002-0015, p. 0053.

³⁵⁵ Déclaration [REDACTED] (D12-48), KEN-D12-0010-0072, p. 0074.

³⁵⁶ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1557, p. 1562.

³⁵⁷ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0299, p. 0307.

³⁵⁸ Déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0415.

³⁵⁹ Déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0420.

³⁶⁰ Voir *supra*, par. 188.

³⁶¹ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0012.

³⁶² Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0012, 0013 et 0014.

³⁶³ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1433, p. 1444 à 1449.

201. En outre, les éléments de preuve montrent que les Mungiki sont organisés sur le plan territorial. Le témoin OTP-4 déclare ce qui suit :

[TRADUCTION] Les Mungiki sont organisés en branches locales et régionales. Chaque secteur local a un président, qui a son propre bureau et son propre personnel. Il y a un président pour chaque région. Les présidents de région occupent le même rang hiérarchique. Ils viennent après le haut cabinet, dont ils reçoivent leurs ordres, et qui lui-même reçoit les siens de Maina Njenga. À l'échelon local, les présidents pouvaient prendre certaines décisions de manière indépendante étant donné qu'ils y étaient perçus comme « les yeux » de Maina Njenga sur le terrain. Toutefois, les présidents étaient liés par des règles générales ou communes de l'organisation, dont je ne pense pas qu'elles soient écrites. Néanmoins, les présidents doivent suivre les instructions données par [Maina Njenga]³⁶⁴.

202. Le témoin OTP-4 affirme également que « [TRADUCTION] [l]es informations circulaient bien au sein de l'organisation [...] ; on communiquait et on donnait des ordres par téléphone portable³⁶⁵ ». Le témoin OTP-11 confirme ce point précis lorsqu'il déclare que « [TRADUCTION] [ce]la se fait par téléphone et le message peut parvenir à la base en quinze minutes³⁶⁶ ».

203. Le témoin OTP-11 confirme également qu'à l'époque considérée, les Mungiki étaient territorialement organisés en régions, dotées de leurs propres coordonnateurs³⁶⁷. Le témoin OTP-12 fait un récit similaire, expliquant que les Mungiki étaient organisés en unités territoriales bien définies, à l'échelon des villages, des localités et des divisions³⁶⁸.

204. La Chambre considère que même si les estimations du nombre de membres des Mungiki données par les témoins divergent³⁶⁹, la totalité des éléments de preuve étayent néanmoins la conclusion selon laquelle, à l'époque considérée, les Mungiki

³⁶⁴ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0015.

³⁶⁵ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0016.

³⁶⁶ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1451, p. 1456.

³⁶⁷ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1451, p. 1453.

³⁶⁸ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0226, p. 0235 et 0236.

³⁶⁹ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0015. Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1433, p. 1440. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0093, p. 0095. KEN-OTP-0033-0297, p. 0303 et 0304.

étaient une vaste organisation, capable de mener des opérations complexes sans dépendre de la volonté de chacun de ses membres.

205. La Chambre note l'argument de la Défense d'Uhuru Kenyatta selon lequel les Mungiki sont « [TRADUCTION] loin de disposer d'un commandement responsable avec une hiérarchie établie », car « [TRADUCTION] ce n'est qu'un groupe informel, aux objectifs disparates et dont la ligne politique varie au gré de ses aspirations changeantes³⁷⁰ ». Dans ses observations écrites finales, la Défense d'Uhuru Kenyatta répète que les Mungiki n'ont pas d'idéologie cohérente, comme le montre le soutien éphémère apporté par leurs membres à différents mouvements religieux³⁷¹. La Défense souligne que les alliances politiques des membres des Mungiki ont changé avec le temps, ce qui montre leur incapacité à agir de manière uniforme dans la poursuite d'un objectif cohérent et dans le cadre d'une hiérarchie établie³⁷².

206. Ayant examiné l'argument de la Défense, la Chambre considère que les éléments de preuve montrant les changements d'alliances politiques des Mungiki — point auquel le Procureur semble souscrire³⁷³ — ne contredisent ni leur nature d'organisation dotée d'une structure hiérarchique ni le fait qu'à l'époque considérée, celle-ci était sous le contrôle d'un seul chef, Maina Njenga. Pour cette raison, la Chambre juge que l'argument de la Défense n'est pas concluant.

207. De l'avis de la Chambre, les éléments de preuve montrent également l'existence, à l'époque considérée, d'un système efficace garantissant l'obéissance des membres des Mungiki aux règles de l'organisation.

208. Un élément de ce système était la prestation de serment, qui est décrite de manière détaillée par les témoins qui sont des (anciens) membres des Mungiki. À cet égard, le témoin OTP-4 explique, en relatant sa propre expérience de membre recruté de force au sein des Mungiki, que les membres faisaient le serment de

³⁷⁰ ICC-01/09-02/11-339, par. 66.

³⁷¹ ICC-01/09-02/11-372, par. 46.

³⁷² ICC-01/09-02/11-372, par. 46.

³⁷³ Document modifié de notification des charges, par. 87.

« [TRADUCTION] respecter les règles de l'organisation kikuyu » et de ne jamais « [TRADUCTION] trahir la communauté kikuyu »³⁷⁴. Le témoin affirme qu'il avait été prévenu qu'il serait tué s'il ne respectait pas ce serment³⁷⁵.

209. Le témoin OTP-9, qui a volontairement prêté serment en tant que membre des Mungiki, décrit ce serment comme une promesse de garder le secret³⁷⁶. Le témoin OTP-10 confirme également avoir prêté serment comme membre des Mungiki³⁷⁷. Le témoin OTP-11 déclare qu'il s'agit d'un serment « [TRADUCTION] dégradant » destiné à « [TRADUCTION] instiller la peur » chez les nouveaux membres³⁷⁸, et il confirme que le serment inclut un engagement à garder le secret³⁷⁹. Le témoin OTP-12 confirme également que les Mungiki observaient des rituels de prestation de serment³⁸⁰. Ce point est en outre corroboré par des membres des Mungiki interrogés par les équipes de la Défense. [REDACTED] (D12-37) affirme avoir été soumis à un « [TRADUCTION] rituel de purification » afin de devenir membre des Mungiki³⁸¹. [REDACTED] (D12-48) dit quant à lui avoir été « [TRADUCTION] baptisé » à cette fin³⁸².

210. Sur la question plus générale de la discipline au sein des Mungiki, le témoin OTP-4 déclare :

[TRADUCTION] Les Mungiki ne tolèrent pas la dissidence. Ceux qui désobéissaient aux Mungiki et au Président disparaissaient. [...] La situation est encore pire pour les membres. Lorsqu'un membre désobéit, il est décapité et sa tête exposée en public à l'endroit même où les Mungiki ont eu un problème avec lui³⁸³.

³⁷⁴ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0009.

³⁷⁵ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0009.

³⁷⁶ Déclaration du témoin OTP-9, KEN-OTP-0059-0032, p. 0049.

³⁷⁷ Résumé de la déclaration du témoin OTP-10, KEN-OTP-0060-0550, p. 0550.

³⁷⁸ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1228, p. 1230.

³⁷⁹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1228, p. 1230.

³⁸⁰ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0026, p. 0032 à 0045.

³⁸¹ Déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0415.

³⁸² Déclaration [REDACTED] (D12-48), KEN-D12-0010-0072, p. 0074.

³⁸³ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0018.

211. De même, le témoin OTP-12 affirme que ne pas exécuter les ordres était « [TRADUCTION] un crime au sein du mouvement³⁸⁴ ».

212. La Chambre est également informée par les déclarations des témoins OTP-9 et OTP-10, qui présentent un témoignage indépendant sur leur propre hésitation à quitter les Mungiki parce qu'ils craignaient d'être tués³⁸⁵. Les témoins OTP-11 et OTP-12 confirment que les déserteurs étaient tués³⁸⁶.

213. En outre, les témoins sur lesquels s'appuie le Procureur décrivent de manière détaillée un système quasi judiciaire d'application des règles des Mungiki. Le témoin OTP-4 explique que, « [TRADUCTION] avant qu'une personne ne soit tuée, elle est traduite devant le système judiciaire des Mungiki, où le Président siège en tant que juge³⁸⁷ ». Le témoin OTP-11 fait une déclaration similaire au sujet des tribunaux des Mungiki, affirmant que les juges de ces tribunaux (également appelés *mzebu/wazebu*) avaient leurs « [TRADUCTION] propres policiers qui pouvaient venir vous arrêter » et même « [TRADUCTION] leurs propres cellules où ils pouvaient vous enfermer »³⁸⁸. Enfin, le témoin OTP-12 mentionne également ce qu'il appelle des « [TRADUCTION] tribunaux fantoches » administrés par les Mungiki³⁸⁹, et décrit lui aussi les sanctions appliquées, dont la peine de mort³⁹⁰.

214. Par ailleurs, la Chambre juge pertinents les éléments de preuve qui établissent qu'à l'époque considérée, l'organisation des Mungiki était dotée de capacités quasi militaires.

215. Le témoin OTP-4 mentionne l'existence de « [TRADUCTION] membres radicaux » ou « [TRADUCTION] militants », à savoir « [TRADUCTION] ceux qui

³⁸⁴ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0368.

³⁸⁵ Déclaration du témoin OTP-9, KEN-OTP-0059-0017, p. 0026 ; résumé de la déclaration du témoin OTP-10, KEN-OTP-0060-0550, p. 0553.

³⁸⁶ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1433, p. 1449 ; KEN-OTP-0052-1557, p. 1567. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0250, p. 0254 et 0255.

³⁸⁷ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0018.

³⁸⁸ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1244, p. 1249 ; KEN-OTP-0052-1419, p. 1427.

³⁸⁹ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0210, p. 0217.

³⁹⁰ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0210, p. 0220.

tuent » et « [TRADUCTION] ceux qui contrôlent les gens dans les bidonvilles »³⁹¹. Ceux-ci étaient au cœur des opérations des Mungiki et se livraient à des violences et à des meurtres³⁹². Selon ce témoin, Maina Diambo exerçait un contrôle sur les militants³⁹³. Le témoignage d'OTP-9 confirme l'existence d'une catégorie spéciale de membres des Mungiki, qui étaient utilisés pour commettre les meurtres et étaient formés aux arts martiaux, à l'autodéfense et au tir³⁹⁴. Le témoin OTP-11 explique qu'il existait un « [TRADUCTION] groupe militaire³⁹⁵ » au sein des Mungiki. Il ajoute qu'il existait un système de gestion des armes et que certains membres étaient formés au maniement de ces armes³⁹⁶. En outre, le témoin OTP-12 mentionne l'existence d'une branche militaire au sein des Mungiki³⁹⁷. Selon lui, les membres de cette branche recevaient une formation spéciale aux compétences militaires, à la marche au pas, aux arts martiaux et au maniement des armes à feu³⁹⁸.

216. De plus, la Chambre a pris connaissance d'éléments de preuve montrant que les activités des Mungiki étaient comparables à celles d'une autorité publique dans certains bidonvilles de Nairobi et dans la province Centrale.

217. À cet égard, la Chambre renvoie tout d'abord à l'analyse faite ci-dessus des éléments de preuve se rapportant à un système de tribunaux administrés par les Mungiki³⁹⁹ et fait observer que ces éléments montrent que ledit système s'appliquait non seulement aux membres de l'organisation mais aussi à l'ensemble de la population des bidonvilles où les Mungiki étaient présents⁴⁰⁰.

218. De plus, le témoin OTP-4 explique que les Mungiki fournissaient aux bidonvilles des services de base tels que la sécurité, l'électricité, l'eau et les toilettes

³⁹¹ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0017.

³⁹² Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0017.

³⁹³ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0039.

³⁹⁴ Déclaration du témoin OTP-9, KEN-OTP-0059-0017, p. 0024 ; KEN-OTP-0059-0097, p. 0100 et 0108.

³⁹⁵ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1433, p. 1440.

³⁹⁶ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1451, p. 1461 et 1462.

³⁹⁷ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0210, p. 0221 et 0222.

³⁹⁸ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0226, p. 0228 à 0233.

³⁹⁹ Voir *supra*, par. 213.

⁴⁰⁰ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0018 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0210, p. 0217 et 0220.

publiques⁴⁰¹. Le témoin OTP-11 donne, de manière indépendante, des informations identiques montrant que les Mungiki assuraient la sécurité et l'approvisionnement en eau et en électricité dans certains bidonvilles⁴⁰². De même, le témoin OTP-12 affirme que dans les bidonvilles, les Mungiki assuraient la sécurité en échange de petites sommes d'argent, convenues avec la population locale ou imposées à celle-ci⁴⁰³.

219. Les éléments de preuve montrent également que les Mungiki offraient à des chauffeurs de *matatu* (minibus) une protection contre des cartels concurrents en échange de frais imposés. Ce fait est expressément confirmé par les témoins OTP-4⁴⁰⁴, OTP-11⁴⁰⁵ et OTP-12⁴⁰⁶, par George Thuo (D12-34)⁴⁰⁷, ainsi que par des preuves documentaires⁴⁰⁸. Le témoin OTP-10 affirme plus généralement qu'à Nairobi, les Mungiki généraient des revenus en imposant les commerces locaux⁴⁰⁹.

220. La Défense d'Uhuru Kenyatta soutient que les Mungiki ont cherché à réduire la criminalité dans les bidonvilles de Nairobi, ont investi dans des programmes sociaux et mené campagne contre « [TRADUCTION] l'ivresse, les augmentations de loyer, la consommation de drogues et la prostitution⁴¹⁰ ». Sur cette base, la Défense affirme que, n'ayant pas pour but principal de mener des activités criminelles au préjudice de la population civile, les Mungiki ne peuvent être considérés comme une organisation au sens de l'article 7-2-a du Statut⁴¹¹. La Chambre n'accepte pas cet argument. Premièrement, il repose sur une interprétation erronée des considérations exposées précédemment par la Chambre, qui pourraient la guider pour décider si

⁴⁰¹ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0019.

⁴⁰² Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1433, p. 1438.

⁴⁰³ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0210, p. 0217.

⁴⁰⁴ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0019.

⁴⁰⁵ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1262, p. 1271.

⁴⁰⁶ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0210, p. 0217 et 0218.

⁴⁰⁷ Déclaration de George Thuo (D12-34), KEN-D12-0001-0365, p. 0367 ; KEN-D13-0005-0859, p. 0867.

⁴⁰⁸ KEN-OTP-0046-0128, p. 0144.

⁴⁰⁹ Résumé de la déclaration du témoin OTP-10, KEN-OTP-0060-0550, p. 0550.

⁴¹⁰ ICC-01/09-02/11-372, par. 50.

⁴¹¹ ICC-01/09-02/11-372, par. 50.

une organisation donnée répond aux critères de l'article 7-2-a du Statut⁴¹². La Chambre a souligné que « si ces considérations sont susceptibles [de l']aider [...] à se déterminer, elles ne constituent pas une définition juridique stricte et n'ont pas besoin d'être intégralement remplies⁴¹³ ». Deuxièmement, les éléments de preuve montrent clairement que les activités des Mungiki doivent être généralement considérées comme criminelles, parce qu'elles comprennent des actes de violence et d'extorsion de la population dans les zones où ils étaient actifs⁴¹⁴. De fait, c'est également ce que dit la Défense d'Uhuru Kenyatta⁴¹⁵.

221. Une conclusion similaire doit être tirée de l'argument de la Défense selon lequel les Mungiki n'exercent pas de contrôle sur une partie du territoire d'un État. La Défense d'Uhuru Kenyatta soutient que les activités des Mungiki « [TRADUCTION] restent limitées par leur nature et restreintes géographiquement, en particulier aux bidonvilles de Nairobi⁴¹⁶ ». Plus précisément, elle affirme que ces activités doivent être qualifiées « [TRADUCTION] d'extorsion criminelle et ne sauraient être considérées comme prouvant que l'entité exerçait sur le territoire un contrôle *de facto* permettant de dire qu'elle avait la capacité de mener la politique d'une organisation⁴¹⁷ ». La Défense de Mohammed Ali avance le même argument⁴¹⁸. La Chambre fait observer que le Procureur n'allègue nulle part que les Mungiki exercent un contrôle sur une partie du territoire kényan. En effet, dans la Décision du 31 mars 2010, la Chambre a précisé que si le contrôle d'un territoire est un des éléments susceptibles de l'aider à se prononcer sur l'existence d'une « organisation »,

⁴¹² 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, par. 93.

⁴¹³ 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, par. 93.

⁴¹⁴ Voir *supra*, par. 212, 213, 215 et 217 à 219.

⁴¹⁵ ICC-01/09-02/11-372, par. 49.

⁴¹⁶ ICC-01/09-02/11-372, par. 49.

⁴¹⁷ ICC-01/09-02/11-339, par. 70 ; ICC-01/09-02/11-372, par. 49.

⁴¹⁸ ICC-01/09-02/11-338, par. 33 et 34.

il ne s'agit pas d'un critère juridique strict⁴¹⁹. Pour cette raison, la Chambre n'est pas convaincue par l'argument des équipes de la Défense d'Uhuru Kenyatta et de Mohammed Ali.

222. En outre, la Chambre prend note de l'affirmation de la Défense d'Uhuru Kenyatta selon laquelle « [TRADUCTION] les Mungiki ne disposaient pas des moyens nécessaires pour lancer une attaque de grande envergure contre la population civile », comme le montre l'allégation du Procureur selon laquelle ce groupe était tributaire de fonds et d'une logistique extérieurs⁴²⁰. À cet égard, la Défense d'Uhuru Kenyatta renvoie dans ses observations écrites finales à la déposition de Lewis Nguyai (D13-26), qui a affirmé que deux membres des Mungiki lui demandaient régulièrement des petites sommes d'argent⁴²¹. Cependant, compte tenu de l'analyse des éléments de preuve faite plus haut et de la conclusion selon laquelle les Mungiki étaient une vaste organisation, dotée d'une structure hiérarchique, disposant d'une branche militaire composée de personnes entraînées, et ayant accès à un revenu régulier⁴²², la Chambre considère que la question de savoir si les Mungiki étaient tributaires de fonds extérieurs pour la commission des crimes allégués en l'espèce, ou celle de savoir si deux membres des Mungiki ont chacun demandé une aide financière à Lewis Nguyai, n'est pas pertinente aux fins de déterminer si les Mungiki peuvent être considérés comme une organisation au sens de l'article 7-2-a du Statut.

223. Enfin, la Chambre rappelle que la Défense d'Uhuru Kenyatta cherche à contester que les Mungiki puissent être considérés comme une organisation au sens de l'article 7-2-a du Statut, en affirmant qu'il n'existe aucun lien entre Uhuru Kenyatta et eux⁴²³. La Chambre rappelle toutefois que, aux fins de la détermination

⁴¹⁹ 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, par. 93.

⁴²⁰ ICC-01/09-02/11-339, par. 68.

⁴²¹ ICC-01/09-02/11-372, par. 48.

⁴²² Voir *supra*, par. 191 à 204 et 215.

⁴²³ ICC-01/09-02/11-372, par. 42 et 43.

des éléments contextuels des crimes contre l'humanité, il n'est pas nécessaire en droit que l'attaque au sens de l'article 7-2-a du Statut soit attribuée à la personne visée par les charges, ni que cette personne soit le chef, ou même un membre, de l'organisation au sens de la même disposition⁴²⁴. En effet, le libellé de l'article 7-1 du Statut érige la « connaissance de [l']attaque » en condition juridique applicable aux crimes contre l'humanité, exprimant ainsi clairement qu'il n'est pas nécessaire d'examiner s'il existe un lien plus étroit entre la personne visée par les charges et l'organisation qui applique la politique visant à commettre une attaque généralisée ou systématique. Par conséquent, la Chambre n'examinera pas plus avant cet aspect particulier des objections formulées par la Défense contre les charges.

v) L'allégation d'implication de la police dans l'attaque

224. Concernant l'allégation du Procureur selon laquelle la police aurait participé à l'attaque en s'abstenant délibérément d'agir ou en créant une « [TRADUCTION] zone franche⁴²⁵ », la Chambre conclut que les éléments de preuve qui lui ont été présentés ne permettent pas de la retenir.

225. À l'appui de son allégation, le Procureur a produit notamment des récits selon lesquels des fonctionnaires de police ont refusé de porter assistance à des victimes de l'attaque menée par les Mungiki⁴²⁶, et des éléments de preuve montrant que, par la suite, la police n'a ni dûment enquêté sur les crimes commis pendant l'attaque ni poursuivi les responsables de celle-ci⁴²⁷. En outre, le Procureur se fonde sur des rapports et des conclusions ultérieurs de la CIPEV et de la KNCHR qui indiquent que la réponse de la police aux violences était inadaptée⁴²⁸.

⁴²⁴ Voir aussi Chambre préliminaire II, *Decision on the "Prosecution's Application for Leave to Appeal the 'Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali'"*, ICC-01/09-02/11-27, par. 18.

⁴²⁵ Document modifié de notification des charges, par. 31 ; ICC-01/09-02/11-T-5-Red-ENG, p. 11, lignes 10 à 13.

⁴²⁶ KEN-OTP-0053-0040, p. 0040 ; KEN-OTP-0053-0054, p. 0054 ; KEN-OTP-0053-0221, p. 0221.

⁴²⁷ KEN-OTP-0053-0038, p. 0038 ; KEN-OTP-0053-0040, p. 0040 ; KEN-OTP-0053-0166, p. 0166.

⁴²⁸ KEN-OTP-0001-0364, p. 0494 ; KEN-OTP-0001-0002, p. 0100 à 0102.

226. La Chambre juge ces éléments de preuve fiables et pertinents au regard de l'allégation du Procureur. Toutefois, ils révèlent que le manquement de la police était essentiellement dû à un parti pris ethnique de la part de certains de ses fonctionnaires⁴²⁹ ainsi qu'à l'ineptie des officiers supérieurs qui, n'appréciant pas correctement l'ampleur des actes de violence à Nakuru et à Naivasha, ont laissé les policiers présents sur le terrain souvent submergés et dépassés en nombre par les assaillants⁴³⁰. En fait, la Chambre estime que les éléments de preuve présentés ne permettent pas de conclure qu'il existait dans les services de police en activité à Nakuru et à Naivasha à l'époque considérée un comportement identifiable valant participation, par inaction, à l'attaque menée par les Mungiki.

vi) Conclusions de la Chambre

227. L'analyse des éléments de preuve exposée plus haut donne des motifs substantiels de croire que les Mungiki ont mené une attaque planifiée et coordonnée contre des personnes tenues pour des partisans de l'ODM à Nakuru et Naivasha ou alentour entre le 24 et le 28 janvier 2008⁴³¹, attaque au cours de laquelle un certain nombre de crimes ont été commis sur une grande échelle⁴³².

228. La Chambre conclut en outre qu'il existe des motifs substantiels de croire que les Mungiki constituaient à l'époque considérée une « organisation » au sens de l'article 7-2-a du Statut. Ce fait est établi par des éléments de preuve suffisants qui confirment que i) les Mungiki étaient une organisation dotée d'une structure hiérarchique⁴³³ ; ii) il existait un système efficace garantissant l'obéissance des membres aux règles et aux ordres venant de plus hauts échelons de commandement⁴³⁴ ; iii) les Mungiki étaient une vaste organisation dotée d'une branche quasi militaire composée de personnes entraînées⁴³⁵ ; et, iv) dans certaines

⁴²⁹ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0078, p. 0097 ; KEN-OTP-0001-0002, p. 0101.

⁴³⁰ KEN-OTP-0001-0248, p. 0299 ; KEN-OTP-0001-0002, p. 0095.

⁴³¹ Voir *supra*, par. 117 à 185.

⁴³² Voir *supra*, par. 145, et *infra*, section VI.

⁴³³ Voir *supra*, par. 191 à 206.

⁴³⁴ Voir *supra*, par. 208 à 213.

⁴³⁵ Voir *supra*, par. 204 à 215.

parties du Kenya, l'organisation contrôlait et fournissait des services sociaux de base, dont la sécurité⁴³⁶.

229. Au vu de ce qui précède, la Chambre est par conséquent convaincue qu'il existe des motifs substantiels de croire que les faits survenus à Nakuru et Naivasha ou alentour entre le 24 et le 28 janvier 2008 constituent une attaque au sens de l'article 7-2-a du Statut, car ils peuvent être considérés comme un comportement consistant en la commission multiple d'actes visés à l'article 7-1 du Statut à l'encontre d'une population civile, en application de la politique d'une organisation ayant pour but une telle attaque. En outre, la Chambre conclut qu'il existe des motifs substantiels de croire que cette attaque était généralisée et systématique.

VI. ACTES CONSTITUTIFS DE CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

230. Dans la présente section, la Chambre va exposer ses conclusions au sujet des éléments objectifs des différents actes constitutifs de crimes contre l'humanité décrits dans les charges. L'analyse se limite ici au comportement des auteurs directs des crimes. L'imputation de ce comportement aux suspects et les éléments subjectifs des crimes seront examinés plus loin⁴³⁷.

A. *Meurtre*

231. Aux chefs 1 et 2 du Document modifié de notification des charges, le Procureur allègue que des meurtres constitutifs de crimes contre l'humanité visés à l'article 7-1-a du Statut ont été commis contre des civils soutenant l'ODM, à Nakuru et Naivasha ou alentour. Plus précisément, le Procureur allègue, concernant les événements de Nakuru :

[TRADUCTION] Durant toute la période des violences postélectorales, entre 161 et 213 personnes ont été tuées à Nakuru, dont 48 dans la seule nuit du 26 janvier. [...] La plupart des décès ou des blessures ont été causés par des objets ou instruments tranchants. Selon une liste des décès signalés établie par la

⁴³⁶ Voir *supra*, par. 217 à 219.

⁴³⁷ Voir *infra*, section VI.

CIPEV, sur environ 112 personnes, au moins 90, tenues pour des partisans de l'ODM, ont été tuées dans la ville de Nakuru entre le 24 et le 27 janvier⁴³⁸.

232. En ce qui concerne Naivasha, le Procureur affirme :

[TRADUCTION] Dès le 31 janvier 2008, au moins 50 personnes avaient été tuées dans le cadre des violences postélectorales à Naivasha. La majorité d'entre elles étaient des partisans de l'ODM. Vingt-trois victimes, dont 13 enfants, ont péri brûlées vives. Six ont été tuées par balle et 16 au moyen d'armes rudimentaires, essentiellement des machettes mais aussi des sortes de gourdins appelés *rungus*, des morceaux de métal et des massues cloutées⁴³⁹.

233. La Chambre constate que les éléments de preuve donnent des motifs substantiels de croire que les assaillants mungiki ont tué des civils dans le cadre de l'attaque lancée contre les personnes tenues pour des partisans de l'ODM, entre le 24 et le 27 janvier 2008 à Nakuru ou alentour, et les 27 et 28 janvier 2008 à Naivasha ou alentour.

234. Le témoin OTP-2 fournit des éléments de preuve détaillés en ce qui concerne les meurtres commis à Naivasha, notamment des photographies⁴⁴⁰. Il [REDACTED] et déclare que 45 corps y ont été amenés à la suite des violences⁴⁴¹. Il explique que 23 personnes sont décédées des suites de brûlures, dont 19 dans un seul et même incendie allumé dans le quartier de Kabati⁴⁴². Quant aux autres décès, le témoin déclare qu'ils sont dus à des coups de machette⁴⁴³. Compte tenu de l'ensemble des éléments de preuve relatifs aux événements de Naivasha, la Chambre considère que les décès causés par des brûlures ou des coups de machette sont imputables aux assaillants mungiki.

235. Le témoin OTP-12 déclare lui aussi que des meurtres ont eu lieu dans le cadre de l'attaque⁴⁴⁴. Il le confirme explicitement, tant pour Nakuru⁴⁴⁵ que pour Naivasha⁴⁴⁶,

⁴³⁸ Document modifié de notification des charges, par. 62.

⁴³⁹ Document modifié de notification des charges, par. 74.

⁴⁴⁰ KEN-OTP-0027-0020, p. 0022, 0023, 0037, 0038, 0040, 0041 et 0042.

⁴⁴¹ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0044, p. 0074.

⁴⁴² Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0078, p. 0082.

⁴⁴³ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0078, p. 0083.

⁴⁴⁴ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0453, p. 0455 et 0456.

⁴⁴⁵ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0112, p. 0127.

et fait état en particulier de faits survenus à Naivasha, où un cocktail Molotov a été lancé à l'intérieur d'une maison, dans laquelle plusieurs personnes ont été brûlées vives⁴⁴⁷.

236. La Chambre relève qu'à un autre moment de son témoignage, comme la Défense de Francis Muthaura l'a également fait observer lors de l'audience de confirmation des charges⁴⁴⁸, le témoin OTP-12 contredit sa déclaration et nie que les Mungiki aient commis des meurtres⁴⁴⁹. Toutefois, après avoir analysé l'ensemble de la déclaration, elle considère que cette incohérence et la réticence du témoin à admettre, lorsque l'enquêteur du Bureau du Procureur lui a directement posé la question, que des crimes particuliers aient été commis (ce qui contraste manifestement avec le reste du témoignage) pourraient s'expliquer par l'association de ce témoin avec les Mungiki et son implication dans les événements en question. Par conséquent, elle estime qu'il convient de ne pas prendre en considération ces dénégations et de se fonder plutôt, aux fins de ses conclusions, sur les déclarations spécifiques de ce témoin mentionnées au paragraphe précédent. Elle précise que la même conclusion s'applique aux dénégations catégoriques similaires formulées par le témoin OTP-12 concernant d'autres crimes⁴⁵⁰.

237. La Chambre relève également qu'un des témoins sur lesquels s'appuie la Défense de Francis Muthaura, Lucas Katee Mwanza (D12-25), a déclaré devant elle que 42 à 50 personnes ont été tuées à Naivasha le 27 janvier 2008 ou peu après⁴⁵¹, parmi lesquelles 19 ont trouvé la mort dans l'incendie allumé dans le quartier de Kabati⁴⁵².

⁴⁴⁶ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0074, p. 0089 ; KEN-OTP-0060-0365, p. 0373 et 0380 ; KEN-OTP-0060-0405, p. 0422.

⁴⁴⁷ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0112, p. 0119 ; voir aussi KEN-OTP-0060-0365, p. 0379.

⁴⁴⁸ ICC-01/09-02/11-T-15-ENG, p. 48, lignes 11 à 13.

⁴⁴⁹ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0385, p. 0395.

⁴⁵⁰ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0385, p. 0398 et 0399.

⁴⁵¹ ICC-01/09-02/11-T-8-Red-ENG, p. 81, lignes 3 à 5.

⁴⁵² ICC-01/09-02/11-T-8-Red-ENG, p. 81, lignes 7 à 10.

238. En outre, le Procureur s'appuie sur la liste des décès signalés pendant les violences postélectorales⁴⁵³. Il en ressort que dans le district de Nakuru, 43 personnes d'origine luo, luhya et kalenjin ont été tuées entre le 24 et le 27 janvier 2008, décédées des suites de blessures causées par des objets tranchants, des objets contondants, des brûlures ou des armes à feu⁴⁵⁴. Pour le district de Naivasha, il est fait état de 39 décès de membres des communautés luo, luhya et kalenjin⁴⁵⁵.

239. Ces informations sont de plus corroborées par le résumé de la déclaration d'un témoin extérieur à la CPI, qui indique que des membres des communautés luo et luhya ont été tués lors de l'attaque à Nakuru⁴⁵⁶. De la même manière, deux résumés de déclarations de témoins extérieurs à la CPI étayaient la conclusion que des personnes ont été tuées dans le cadre de l'attaque menée par les Mungiki à Naivasha⁴⁵⁷.

240. La commission, à Nakuru et à Naivasha, de meurtres ayant un lien avec l'attaque menée par les Mungiki est aussi confirmée par les rapports respectifs de la CIPEV⁴⁵⁸, de la KNCHR⁴⁵⁹, de HRW⁴⁶⁰ et de l'ICC⁴⁶¹.

B. Déportation ou transfert forcé de population

241. Aux chefs 3 et 4 du Document modifié de notification des charges, le Procureur allègue que des actes de déportation ou de transfert forcé de population constitutifs de crimes contre l'humanité visés à l'article 7-1-d du Statut ont été commis contre des membres de la population civile soutenant l'ODM, à Nakuru et Naivasha ou alentour. Il allègue qu'à Nakuru, les assaillants mungiki ont « [TRADUCTION] déplacé de force des milliers [de partisans de l'ODM], les contraignant à quitter leur logement pour se réfugier dans des camps de déplacés ».

⁴⁵³ KEN-OTP-0041-0679.

⁴⁵⁴ KEN-OTP-0041-0679, p. 0681 à 0690.

⁴⁵⁵ KEN-OTP-0041-0679, p. 0679 à 0681.

⁴⁵⁶ KEN-OTP-0053-0040, p. 0040.

⁴⁵⁷ KEN-OTP-0053-0154, p. 0154 ; KEN-OTP-0053-0166, p. 0166.

⁴⁵⁸ KEN-OTP-0001-0364, p. 0476, 0480, 0481 et 0494.

⁴⁵⁹ KEN-OTP-0001-0002, p. 0093, 0094, et 0095.

⁴⁶⁰ KEN-OTP-0001-0248, p. 0296, 0298, 0300 et 0301.

⁴⁶¹ KEN-OTP-0001-1076, p. 1092.

S'agissant de Naivasha, il affirme que « [TRADUCTION] environ 9 000 personnes tenues pour des partisans de l'ODM ont été forcées de chercher refuge au poste de police de Naivasha⁴⁶² ».

242. Aux termes de l'article 7-2-d du Statut, on entend par « déportation ou transfert forcé de population » le fait de « déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international ».

243. La Chambre constate qu'il existe des motifs substantiels de croire que les assaillants mungiki ont déplacé des civils dans le cadre de l'attaque lancée contre les personnes tenues pour des partisans de l'ODM, entre le 24 et le 27 janvier 2008 à Nakuru ou alentour et les 27 et 28 janvier 2008 à Naivasha ou alentour. Elle est en outre convaincue que ces civils se trouvaient légalement dans cette région et qu'ils ont été transférés sans motifs admis en droit international.

244. De l'avis de la Chambre, les éléments de preuve établissent que la destruction de logements dans des zones d'habitation⁴⁶³, la brutalité des meurtres et des atteintes à l'intégrité physique⁴⁶⁴, le viol de personnes tenues pour des partisans de l'ODM⁴⁶⁵ et les déclarations publiques proclamant que « [TRADUCTION] tous les Luo doivent partir⁴⁶⁶ » constituent des moyens coercitifs ayant poussé les habitants de Nakuru et de Naivasha attaqués à quitter leur logement et à chercher refuge dans des camps de déplacés.

245. Les éléments de preuve établissent que du fait de l'attaque menée par les Mungiki, les habitants de Nakuru appartenant à des groupes ethniques tenus pour

⁴⁶² Document modifié de notification des charges, par. 75.

⁴⁶³ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0167, p. 0190 et 0203. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0379. KEN-OTP-0053-0042, p. 0042. KEN-OTP-0053-0152, p. 0152.

⁴⁶⁴ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0030, p. 0034 ; KEN-OTP-0042-0167, p. 0194. KEN-OTP-0052-2176, p. 2177 et 2178. KEN-OTP-0053-0154, p. 0154. KEN-OTP-0001-0002, p. 0094. KEN-OTP-0001-0331, p. 0345. KEN-OTP-0001-0364, p. 0494 et 0495.

⁴⁶⁵ Voir *infra*, par. 258 et 259.

⁴⁶⁶ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0030, p. 0034, 0035 et 0037. KEN-OTP-0001-0248, p. 0301.

être favorables à l'ODM ont été déplacés jusqu'au stade Afraha. Ces preuves sont notamment des résumés de déclarations de deux témoins extérieurs à la CPI ayant affirmé avoir été chassés de chez eux par les assaillants⁴⁶⁷, et le rapport de la KNCHR indique spécifiquement que « [TRADUCTION] [l]a communauté Luo campait au stade Afraha, à Nakuru⁴⁶⁸ ».

246. Lors de sa déposition devant la Chambre, Mohamed Amin a confirmé le déplacement des « [TRADUCTION] Luo en particulier » à Nakuru⁴⁶⁹. Un autre témoin, [REDACTED], qui était fonctionnaire de police à Nakuru pendant la période considérée, confirme que les habitants Luo de Nakuru fuyaient vers le stade Afraha en raison des violences⁴⁷⁰ et déclare que la police y a escorté au moins 100 personnes par jour⁴⁷¹.

247. Ces informations sont en outre corroborées, notamment, par un résumé de déclaration d'un témoin extérieur à la CPI, aux dires duquel un nombre important de personnes ont fui leur logement en raison des violences et se sont réfugiées dans le stade Afraha et au champ de foire⁴⁷². De plus, selon le rapport de la CIPEV :

[TRADUCTION] Entre les 25, 26 et 27 janvier, la *Law Society Rift Valley Chapter* a porté secours à environ 300 à 400 personnes venues des régions de Ponda Mali, Kaptembwa, Githima et Mwariki, qui ont été conduites au stade Afraha et au champ de foire (*Nakuru ASK Showground*)⁴⁷³.

248. De plus, le rapport de HRW indique qu'à Nakuru, « [TRADUCTION] des milliers de maisons appartenant à des personnes de tous les bords ont été incendiées et des milliers de personnes ont été déplacées⁴⁷⁴ ».

249. S'agissant de Naivasha, le témoin OTP-2 déclare que 9 000 personnes ont trouvé refuge au poste de police de la ville⁴⁷⁵ tandis que d'autres fuyaient et se

⁴⁶⁷ KEN-OTP-0053-0158, p. 0158 ; KEN-OTP-0053-0168, p. 0168.

⁴⁶⁸ KEN-OTP-0001-0002, p. 0092.

⁴⁶⁹ ICC-01/09-02/11-T-14-Red-ENG, p. 17, lignes 1 et 2.

⁴⁷⁰ Déclaration [REDACTED], KEN-D14-0004-0043, p. 0044.

⁴⁷¹ Déclaration [REDACTED], KEN-D14-0004-0043, p. 0044.

⁴⁷² KEN-OTP-0053-0040, p. 0040.

⁴⁷³ KEN-OTP-0001-0364, p. 0484.

⁴⁷⁴ KEN-OTP-0001-0248, p. 0302.

rassemblaient dans l'enceinte du centre pénitentiaire voisin⁴⁷⁶. Le témoin, qui s'est rendu au poste de police à l'époque⁴⁷⁷, explique que les personnes déplacées étaient d'origine ethnique luo, luhya et kalenjin⁴⁷⁸. Elles « [TRADUCTION] insistaient pour rentrer dans leur village d'origine » dans la province de Nyanza⁴⁷⁹, car elles « [TRADUCTION] sentaient qu'elles ne pouvaient pas rester [à Naivasha], ... qu'elles n'y seraient plus en sécurité⁴⁸⁰ ». Le témoin OTP-2 explique qu'au cours des trois semaines qui ont suivi l'attaque, de nombreuses personnes ont été transportées du poste de police et du centre pénitentiaire jusqu'à la province de Nyanza, et que les autres ont finalement été réinstallées dans les « [TRADUCTION] fermes floricoles de Kedong Ranch⁴⁸¹ ».

250. Outre ce témoignage, les éléments de preuve présentés à la Chambre incluent le résumé d'une déclaration d'un témoin extérieur à la CPI, lequel affirme que lors de l'attaque qui a commencé le 27 janvier 2008, il a été forcé de quitter son logement et est allé au poste de police de Naivasha⁴⁸².

251. Lucas Katee Mwanza (D12-25) a confirmé devant la Chambre que, le 27 janvier 2008, des gens « [TRADUCTION] ont commencé à quitter les maisons qu'ils louaient, fuyant vers le poste de police [et] le centre pénitentiaire⁴⁸³ ». Il a indiqué qu'il y avait environ 8 000 personnes déplacées au poste de police et 10 000 à 12 000 autres au centre pénitentiaire⁴⁸⁴. Selon ce témoin, les personnes déplacées qui se trouvaient dans ces camps étaient principalement des Luo et des Kalenjin, et, dans

⁴⁷⁵ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0044, p. 0047 et 0066. Voir aussi une photographie fournie par le témoin, KEN-OTP-0027-0020, p. 0045.

⁴⁷⁶ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0044, p. 0071 ; KEN-OTP-0042-0115, p. 0117 et 0151.

⁴⁷⁷ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0030, p. 0039.

⁴⁷⁸ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0044, p. 0058.

⁴⁷⁹ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0044, p. 0069 et 0070.

⁴⁸⁰ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0044, p. 0070.

⁴⁸¹ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0044, p. 0071.

⁴⁸² KEN-OTP-0053-0174, p. 0174.

⁴⁸³ ICC-01/09-02/11-T-8-Red-ENG, p. 47, lignes 5 à 8.

⁴⁸⁴ ICC-01/09-02/11-T-8-Red-ENG, p. 53, lignes 20 à 22.

une certaine mesure, des Kisii et des Luhya⁴⁸⁵. Mohamed Amin a fait des déclarations similaires devant la Chambre⁴⁸⁶.

252. ██████████, qui était fonctionnaire de police à Naivasha pendant la période considérée, confirme qu'à la fin du mois de janvier, leurs logements ayant été attaqués, des habitants de Naivasha appartenant aux communautés luo, kalenjin et luhya, et, dans une certaine mesure, kisii, ont cherché refuge au poste de police et au centre pénitentiaire⁴⁸⁷.

253. La Chambre relève enfin que les parties ne contestent pas le fait que les personnes déplacées en raison de l'attaque lancée par les Mungiki se trouvaient légalement à Nakuru et à Naivasha, et elle considère que ce fait n'est remis en cause par aucun des éléments de preuve dont elle dispose. De même, elle constate que les faits établis ne mettent pas en évidence de motifs de déplacer ces personnes qui soient admis en droit international.

C. Viol et autres formes de violences sexuelles

254. Aux chefs 5 et 6 du Document modifié de notification des charges, le Procureur allègue que des viols et d'autres formes de violences sexuelles constitutifs de crimes contre l'humanité visés à l'article 7-1-g du Statut ont été commis contre des civils soutenant l'ODM, à Nakuru et à Naivasha. En ce qui concerne les événements de Nakuru, le Procureur allègue :

[TRADUCTION] Quarante-cinq cas de violences sexuelles ont été signalés pendant la période [considérée], dont des circoncisions forcées et des viols. Six personnes ont été traitées à l'hôpital général provincial de Nakuru pour circoncision traumatique et amputation du pénis, ainsi que 29 victimes de viol. À Nakuru, un certain nombre de femmes ont subi des viols collectifs, souvent en présence de leur mari, et ont été mutilées et tuées⁴⁸⁸.

255. Pour ce qui est de Naivasha, le Procureur affirme :

[TRADUCTION] Quatre cas de circoncision forcée ont été signalés. Il semblerait que de nombreux autres cas de viol et d'autres formes de violences sexuelles

⁴⁸⁵ ICC-01/09-02/11-T-8-Red-ENG, p. 80, lignes 1 à 3.

⁴⁸⁶ ICC-01/09-02/11-T-14-Red-ENG, p. 16, ligne 24, à p. 17, ligne 1.

⁴⁸⁷ Déclaration ██████████, KEN-D14-0003-0010, p. 0011.

⁴⁸⁸ Document modifié de notification des charges, par. 63.

n'aient pas été signalés, à cause du traumatisme causé par ces crimes et de la stigmatisation sociale⁴⁸⁹.

256. Étant donné que ces allégations reposent sur des faits distincts, la Chambre examinera d'abord l'allégation de viol, puis celle d'autres formes de violences sexuelles.

i) Viol

257. La Chambre constate qu'il existe des motifs substantiels de croire que les assaillants mungiki ont violé des civils dans le cadre de l'attaque lancée contre les personnes tenues pour des partisans de l'ODM, entre le 24 et le 27 janvier 2008 à Nakuru ou alentour, et les 27 et 28 janvier 2008 à Naivasha ou alentour.

258. La Chambre dispose des résumés de déclarations de deux témoins extérieurs à la CPI qui ont dit avoir été violés à Nakuru dans des circonstances qui, à ses yeux, montrent l'existence d'un lien avec l'attaque lancée par les Mungiki⁴⁹⁰. De plus, elle retient le résumé de la déclaration du témoin OTP-7, qui a rapporté « [TRADUCTION] le cas d'une Luo de Nakuru qui a été victime d'un viol collectif en janvier 2008. Ses agresseurs répétaient le slogan du PNU [...]. Ils étaient Kikuyu⁴⁹¹ ».

259. S'agissant de Naivasha, la Chambre prend acte d'un enregistrement vidéo sur les violences postélectorales produit par une ONG kényane, dans lequel une femme raconte avoir été violée dans cette ville par cinq hommes qui parlaient le kikuyu⁴⁹². Ces informations sont corroborées par un document vidéo émanant d'une autre ONG, lequel fait état de viols collectifs commis pendant l'attaque menée par les Mungiki à Naivasha⁴⁹³. Enfin, la Chambre prend acte d'un rapport établi par une troisième ONG, qui fait lui aussi état de viols à Naivasha pendant la période considérée⁴⁹⁴. La Chambre estime que, pris dans leur ensemble, les éléments de

⁴⁸⁹ Document modifié de notification des charges, par. 74.

⁴⁹⁰ KEN-OTP-0053-0158, p. 0158 ; KEN-OTP-0053-0168, p. 0168.

⁴⁹¹ KEN-OTP-0054-0036, p. 0037.

⁴⁹² KEN-OTP-0049-0052, à 20:35.

⁴⁹³ KEN-OTP-0038-0864, à 5:10.

⁴⁹⁴ KEN-OTP-0001-1516, p. 1519 et 1520.

preuve susmentionnés satisfont à la norme d'administration de la preuve applicable à ce stade de la procédure.

ii) Autres formes de violences sexuelles

260. La Chambre constate, au vu des faits, qu'il existe des motifs substantiels de croire que les assaillants mungiki ont réalisé des circoncisions forcées et des amputations pénienues sur des Luo dans le cadre de l'attaque lancée contre les personnes tenues pour des partisans de l'ODM entre le 24 et le 27 janvier 2008 à Nakuru ou alentour, et les 27 et 28 janvier 2008 à Naivasha ou alentour.

261. Le témoin OTP-2 rapporte avoir rencontré à l'hôpital local deux hommes qui avaient été circoncis de force dans le quartier de Kayole lors de l'attaque à Naivasha⁴⁹⁵. Un médecin d'un hôpital de Naivasha a lui aussi rapporté avoir eu à traiter des cas de circoncision forcée⁴⁹⁶. De même, le témoin OTP-7 a entendu dire qu'à Naivasha, des hommes étaient forcés à enlever leurs sous-vêtements pour confirmer leur appartenance ethnique, et ceux identifiés comme Luo étaient circoncis de force⁴⁹⁷. Le rapport de la KNCHR corrobore ce fait⁴⁹⁸.

262. En ce qui concerne Nakuru, le rapport de la KNCHR indique que, lors de l'attaque, des Luo ont été « [TRADUCTION] rassemblés et circoncis de force au moyen de *pangas* et de tessons de bouteille⁴⁹⁹ ». De même, sur la base de registres médicaux, le rapport de la CIPEV indique que « [TRADUCTION] sept personnes ont été admises à l'hôpital général provincial de Nakuru, où elles ont été traitées pour circoncision traumatique ou amputation du pénis. Cinq de ces sept circoncisions ont eu lieu le 25 janvier 2008⁵⁰⁰ ». Ce document rapporte aussi les propos du responsable de la santé pour Nakuru, qui a confirmé que six cas de circoncision forcée s'étaient

⁴⁹⁵ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0078, p. 0084.

⁴⁹⁶ KEN-OTP-0052-2176, p. 2177.

⁴⁹⁷ KEN-OTP-0054-0036, p. 0037.

⁴⁹⁸ KEN-OTP-0001-0002, p. 0095.

⁴⁹⁹ KEN-OTP-0001-0002, p. 0093.

⁵⁰⁰ KEN-OTP-0001-0364, p. 0481 ; voir aussi p. 0476.

présentés⁵⁰¹. Dans un cas, un homme de 22 ans avait été entièrement amputé du pénis⁵⁰². Le rapport de la CIPEV mentionne quatre cas de circoncision forcée infligée à des Luo à Naivasha⁵⁰³.

263. Le rapport de HRW indique qu'à Nakuru, les assaillants circoncisaient de force les Luo, et cite les propos d'un témoin luhya ayant été contraint à accompagner un groupe de 50 personnes qui ont circoncis de force deux Luo⁵⁰⁴. Concernant Naivasha, ce rapport relate que quatre hommes victimes de circoncision forcée ont été soignés à l'hôpital⁵⁰⁵.

264. Pour en venir à la qualification juridique de ces actes, la Chambre rappelle que pour qu'un acte soit considéré comme une autre forme de violence sexuelle au sens de l'article 7-1-g du Statut, il est essentiel que cet acte soit de nature sexuelle⁵⁰⁶. Elle relève que lors de l'audience de confirmation des charges, le Procureur a fait valoir que « [TRADUCTION] il ne s'agissait pas que d'atteintes aux organes sexuels en soi, mais plutôt d'atteintes à l'identité de ces hommes en tant qu'hommes au sein de leur société, destinées à détruire leur masculinité⁵⁰⁷ ».

265. La Chambre estime que tous les actes de violence visant des parties du corps communément associées à la sexualité ne devraient pas être considérés comme des actes de violence sexuelle. À cet égard, elle considère que la nature sexuelle ou non d'un acte dépend fondamentalement des faits.

266. La Chambre considère que les éléments de preuve dont elle dispose n'établissent pas la nature sexuelle des actes de circoncision forcée et d'amputation pénienne infligés aux Luo. Il ressort plutôt de ces preuves que les actes en cause étaient motivés par des préjugés ethniques et visaient à démontrer la supériorité

⁵⁰¹ KEN-OTP-0001-0364, p. 0632.

⁵⁰² KEN-OTP-0001-0364, p. 0632.

⁵⁰³ KEN-OTP-0001-0364, p. 0493.

⁵⁰⁴ KEN-OTP-0001-0248, p. 0300 et 0301.

⁵⁰⁵ KEN-OTP-0001-0248, p. 0298.

⁵⁰⁶ Éléments des crimes, article 7-1-g-6, par. 1.

⁵⁰⁷ ICC-01/09-02/11-T-5-Red-ENG, p. 88, lignes 9 à 15.

culturelle d'une tribu sur l'autre⁵⁰⁸. Par conséquent, la Chambre conclut que ces actes ne peuvent pas être considérés comme d'autres formes de violences sexuelles au sens de l'article 7-1-g du Statut. Elle considère toutefois, comme on le verra au point suivant, qu'ils font partie des actes ayant causé des atteintes graves à l'intégrité physique allégués par le Procureur, et elle les traitera en conséquence.

D. *Autres actes inhumains*

267. Aux chefs 7 et 8 du Document modifié de notification des charges, le Procureur allègue qu'ont été commis d'autres actes inhumains constitutifs de crimes contre l'humanité visés à l'article 7-1-k du Statut, à savoir des actes inhumains qui ont causé à des civils soutenant l'ODM de grandes souffrances et des atteintes graves à leur intégrité physique ou à leur santé physique ou mentale, à Nakuru et Naivasha ou alentour. Dans le Document modifié de notification des charges, il mentionne plus spécifiquement des blessures corporelles⁵⁰⁹, des personnes forcées à regarder les assaillants tuer leurs mari et enfants⁵¹⁰ et des actes de destruction ou de vandalisme sur des biens et des commerces⁵¹¹.

268. À l'audience de confirmation des charges, le Procureur a affirmé :

[TRADUCTION] [L]es assaillants ont infligé à ceux qu'ils tenaient pour des partisans de l'ODM de grandes souffrances ainsi que des atteintes graves à l'intégrité physique et à la santé physique et mentale en les frappant violemment, en les taillant en pièces et en leur coupant des membres. L'Accusation ajoute que les assaillants ont infligé de grandes souffrances et des atteintes graves à la santé physique et mentale en mutilant les corps de personnes devant les membres de leur famille, en détruisant par le feu des logements et des commerces, et en pillant des biens. Ces actes constituaient une violation grave du droit international relatif aux droits de l'homme et une atteinte grave à la dignité humaine affectant la santé physique et mentale des victimes⁵¹².

269. L'article 7-1-k du Statut vise les « [a]utres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves

⁵⁰⁸ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0024 ; déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1574, p. 1579.

⁵⁰⁹ Document modifié de notification des charges, par. 62 et 74.

⁵¹⁰ Document modifié de notification des charges, par. 63.

⁵¹¹ Document modifié de notification des charges, par. 68.

⁵¹² ICC-01/09-02/11-T-5-Red-ENG, p. 94, ligne 18, à p. 95, ligne 2.

à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale ». La Chambre comprend ces autres actes inhumains comme une catégorie supplétive à l'intérieur du système de l'article 7-1 du Statut. Par conséquent, si un comportement peut être reproché comme étant constitutif de l'un des crimes spécifiques visés par cet article, il ne saurait être reproché en tant qu'« autre acte inhumain ». De surcroît, la Chambre est d'avis qu'il ressort clairement du libellé des dispositions pertinentes du Statut et des Éléments des crimes ainsi que des principes fondamentaux du droit pénal que cette catégorie supplétive de crimes contre l'humanité doit être interprétée avec prudence et ne doit pas être utilisée pour élargir inconsidérément la notion de crimes contre l'humanité.

270. En premier lieu, la Chambre va examiner les allégations d'actes ayant causé des atteintes graves à l'intégrité physique. À ce stade, elle rappelle avoir déjà conclu que les éléments de preuve donnent des motifs substantiels de croire que des actes de circoncision forcée et d'amputation pénienne ont été réalisés par les Mungiki dans le cadre de l'attaque menée à Nakuru et à Naivasha. Comme elle l'a indiqué plus haut, elle estime que les éléments de preuve présentés n'établissent pas que ces actes étaient de nature sexuelle. Néanmoins, elle considère que lesdits actes entrent également dans la catégorie factuelle des atteintes graves à l'intégrité physique, lesquelles, selon le Procureur, constituent d'autres actes inhumains tels que visés à l'article 7-1-k du Statut.

271. Outre les circoncisions forcées et les amputations péniennes, la Chambre considère également qu'il existe des preuves suffisantes établissant que, dans le cadre de l'attaque, nombre des victimes survivantes ont subi des mutilations et d'autres atteintes graves à leur intégrité physique.

272. Le témoin OTP-2 fournit des preuves de telles atteintes, en particulier de blessures à la tête causées par un objet tranchant⁵¹³. Le témoin OTP-10 déclare avoir vu des hommes luos non armés être poursuivis et frappés à coups de machette,

⁵¹³ KEN-OTP-0027-0020, p. 0028, 0030 et 0032.

pleurant et suppliant qu'on leur laisse la vie sauve⁵¹⁴. Il est en outre mentionné dans les éléments de preuve qu'un médecin de Naivasha a rapporté que des cas de lésions, incluant des coupures, des blessures par balle et des lésions causées par des objets contondants, ont été traités à l'hôpital pendant la période considérée⁵¹⁵.

273. La Chambre considère que ces atteintes graves à l'intégrité physique ont causé aux victimes de grandes souffrances, du même ordre que celles causées par les autres actes mentionnés à l'article 7-1 du Statut.

274. En second lieu, la Chambre en vient aux allégations du Procureur faisant état de souffrances mentales infligées aux victimes ayant vu des membres de leur famille être tués sous leurs yeux.

275. Le témoin OTP-2 affirme avoir rencontré au poste de police de Naivasha un garçon qui était « [TRADUCTION] apathique [...], qui ne riait même pas [et] était juste très, très figé⁵¹⁶ ». Le témoin relate que lorsqu'il lui a parlé, le garçon a répondu abruptement : « [TRADUCTION] Les... les Kikuyu ont tué mon père, ils ... lui ont coupé la tête⁵¹⁷ ».

276. De plus, la Chambre prend acte des éléments de preuve contenus dans le rapport de la CIPEV, concernant un témoin qui a déclaré devant cette commission que son frère avait été tué et mutilé devant son fils de cinq ans, le 28 janvier 2008 à Naivasha. Selon ce témoin, le fils de la victime en est « [TRADUCTION] devenu fou⁵¹⁸ ».

277. La Chambre considère que les actes brutaux consistant à tuer et à mutiler des personnes sous les yeux de membres de leur famille ont causé de graves souffrances mentales et sont d'une nature et d'une gravité comparables à celles d'autres actes constitutifs de crimes contre l'humanité.

⁵¹⁴ Résumé de la déclaration du témoin OTP-10, KEN-OTP-0060-0550, p. 0553.

⁵¹⁵ KEN-OTP-0052-2176, p. 2177.

⁵¹⁶ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0078, p. 0101.

⁵¹⁷ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0078, p. 0101.

⁵¹⁸ KEN-OTP-0001-0364, p. 0494 et 0495.

278. Enfin, la Chambre va examiner l'allégation du Procureur selon laquelle il y a eu destruction de biens lors des événements sous-tendant les charges, et que ces actes de destruction peuvent être considérés comme d'autres actes inhumains constitutifs de crimes contre l'humanité.

279. Bien que convaincue, conformément à la norme applicable, que les actes de destruction de biens ont effectivement été commis comme l'allègue le Procureur, la Chambre estime que les éléments de preuve présentés n'établissent pas que ces comportements aient causé des « atteintes graves à la santé mentale » répondant à la définition des autres actes inhumains énoncée à l'article 7-1-k du Statut. De fait, les preuves présentées révèlent (seulement) que des logements et des commerces appartenant à des personnes tenues pour des partisans de l'ODM ont été détruits par les Mungiki dans le cadre de l'attaque⁵¹⁹, et que ces actes de destruction ont été utilisés, entre autres moyens coercitifs, pour garantir le transfert forcé ou la déportation d'une population⁵²⁰. En revanche, aucun élément de preuve n'a été présenté permettant d'établir la réalité, le type et l'intensité des souffrances mentales qu'aurait causées, en soi, la perte de biens. Par conséquent, la Chambre considère que les éléments requis pour établir la commission d'autres actes inhumains constitutifs de crimes contre l'humanité ayant pris la forme d'actes de destruction de biens n'ont pas été prouvés.

280. Au vu de l'analyse qui précède, la Chambre conclut qu'il existe des motifs substantiels de croire que les éléments objectifs des autres actes inhumains constitutifs de crimes contre l'humanité visés à l'article 7-1-k du Statut sont réalisés en ce que des atteintes graves à l'intégrité physique de personnes tenues pour des partisans de l'ODM ont été commises et que de graves souffrances mentales leur ont été infligées du fait qu'elles ont été contraintes d'assister au meurtre et à la mutilation de leurs proches, à Nakuru ou alentour entre le 24 et le 27 janvier 2008, et à Naivasha ou alentour les 27 et 28 janvier 2008.

⁵¹⁹ Déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0167, p. 0190 et 0203 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0379 ; KEN-OTP-0053-0042, p. 0042 ; KEN-OTP-0053-0152, p. 0152.

⁵²⁰ Voir *supra*, par. 244.

E. Persécution

281. Aux chefs 9 et 10 du Document modifié de notification des charges, le Procureur allègue qu'ont été commis des actes de persécution constitutifs de crimes contre l'humanité visés à l'article 7-1-h du Statut, à savoir que des civils ont été pris pour cible, intentionnellement et de façon discriminatoire, en raison de leurs opinions politiques, et ont été victimes de meurtres, de viols et d'autres formes de violences sexuelles, d'autres actes inhumains et d'actes de déportation ou de transfert forcé de population, à Nakuru et Naivasha ou alentour⁵²¹.

282. La persécution en tant que crime contre l'humanité est définie à l'article 7-2-g du Statut comme étant « le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ». Aux termes de l'article 7-1-h du Statut, la persécution est commise à l'encontre « de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ».

283. La Chambre réitère ici les constatations qu'elle a faites plus haut concernant le meurtre⁵²², le déplacement⁵²³, le viol⁵²⁴, les atteintes graves à l'intégrité physique⁵²⁵ et les actes ayant causé de graves souffrances mentales⁵²⁶, et elle considère que tous ces actes constituent des dénis graves de droits fondamentaux. En outre, elle renvoie à l'analyse et aux conclusions exposées aux paragraphes 142 à 144 et 177 à 179 de la présente décision, et conclut sur cette base que les victimes étaient prises pour cible en raison de leur identité de partisans supposés de l'ODM, ce qui représente une distinction pour des motifs d'ordre politique au sens de l'article 7-1-h du Statut. Par

⁵²¹ Document modifié de notification des charges, p. 42 et 43.

⁵²² Voir *supra*, par. 233.

⁵²³ Voir *supra*, par. 243.

⁵²⁴ Voir *supra*, par. 257.

⁵²⁵ Voir *supra*, par. 270 et 271.

⁵²⁶ Voir *supra*, par. 275 à 277.

conséquent, elle est convaincue que les éléments objectifs de la persécution constitutive de crime contre l'humanité alléguée aux chefs 9 et 10 sont suffisamment établis.

284. Dans ce contexte, la Chambre relève que le représentant légal des victimes lui demande d'exercer le pouvoir que lui confère l'article 61-7-c-ii du Statut d'ajourner l'audience et de demander au Procureur « [TRADUCTION] d'envisager de modifier la qualification juridique des faits car les éléments de preuve produits [...] donnent des motifs substantiels de croire qu'ont été commis des actes de destruction, de pillage et/ou de vol de biens, actes qui sous-tendent la persécution en tant que crime contre l'humanité⁵²⁷ ».

285. L'article 61-7-c-ii du Statut permet à la Chambre de demander au Procureur, à l'issue de l'audience de confirmation des charges, d'envisager de modifier une charge, c'est-à-dire de modifier la qualification juridique de faits sous-tendant les charges. En revanche, eu égard au principe du pouvoir discrétionnaire du Procureur, la Chambre n'a pas le pouvoir de demander à celui-ci d'envisager d'ajouter une nouvelle charge, en d'autres termes d'élargir le cadre des faits sur lesquels reposent les charges telles que présentées initialement.

286. Comme exposé plus haut, en l'espèce, le Procureur a décidé de ne retenir comme acte de persécution que la destruction de biens ayant causé de telles souffrances mentales qu'elle pourrait être considérée comme un autre acte inhumain au sens de l'article 7-1-k du Statut, et non la destruction de biens et le pillage en tant que tels. Aux yeux de la Chambre, le Procureur a, ce faisant, exercé son pouvoir discrétionnaire de formuler les charges, puisqu'il aurait pu choisir de procéder autrement et de retenir comme actes de persécution la destruction de biens en tant que telle et le pillage. Dans ces circonstances, la Chambre considère qu'ajourner l'audience, comme le lui demande le représentant légal des victimes, reviendrait à dépasser le cadre des faits sur lesquels reposent les charges en l'espèce et, par

⁵²⁷ ICC-01/09-02/11-360, par. 49.

conséquent, à demander au Procureur d'envisager d'ajouter une nouvelle charge. Partant, elle ne juge pas approprié, dans les circonstances de l'espèce, d'ajourner l'audience en vertu de l'article 61-7-c du Statut.

VII. RESPONSABILITÉ PÉNALE INDIVIDUELLE

A. *Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta*

i) Allégations du Procureur

287. Il est reproché à Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta d'avoir, en tant que coauteurs indirects au sens de l'article 25-3-a du Statut, commis des crimes à Nakuru et Naivasha ou alentour.

288. Le Procureur allègue que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta, avec d'autres personnes, « [TRADUCTION] étaient convenus de mener une politique d'organisation visant à maintenir le PNU au pouvoir par tous les moyens nécessaires, y compris en veillant à ce que la police s'abstienne d'intervenir pour empêcher la perpétration de crimes⁵²⁸ ». Selon lui, Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont, « [TRADUCTION] [p]our mettre en œuvre cette politique, conçu un plan commun visant à commettre des attaques généralisées et systématiques contre des personnes tenues pour des partisans de l'ODM : i) en les sanctionnant au moyen d'attaques de représailles ; et ii) en s'abstenant délibérément de prendre des mesures pour empêcher ou faire cesser les attaques de représailles⁵²⁹ ».

289. En particulier, le Procureur soutient qu'avant l'élection, Uhuru Kenyatta, « [TRADUCTION] jouant le rôle de médiateur entre le PNU et l'organisation criminelle des Mungiki, a facilité à compter de novembre 2007 la tenue d'une série de réunions auxquelles ont pris part Francis Muthaura, d'autres hauts fonctionnaires membres du PNU, des personnalités politiques, des hommes d'affaires et des chefs

⁵²⁸ Document modifié de notification des charges, par. 18.

⁵²⁹ Document modifié de notification des charges, par. 19.

mungiki. Au départ, les réunions visaient à demander aux Mungiki d'aider le Gouvernement en le soutenant lors des élections de décembre 2007⁵³⁰ ».

290. De plus, le Procureur affirme que « [TRADUCTION] [a]près l'élection, Uhuru Kenyatta, conjointement avec Francis Muthaura, a facilité les réunions avec les Mungiki en vue d'organiser des attaques de représailles contre les personnes tenues pour des partisans de l'ODM dans la vallée du Rift. Le but premier des attaques était de renforcer la mainmise du PNU sur le pouvoir après la prestation de serment du Président⁵³¹ ».

291. Le Procureur soutient en outre qu'Uhuru Kenyatta et Francis Muthaura ont mobilisé les Mungiki et les jeunes sympathisants du PNU pour attaquer les personnes tenues pour des partisans de l'ODM à Nakuru et Naivasha ou alentour⁵³².

292. Dans le Document modifié de notification des charges, il est également allégué que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta « [TRADUCTION] ont fourni aux Mungiki et aux jeunes sympathisants du PNU des fonds, des moyens de transport, un hébergement, des uniformes, des armes et un appui logistique pour mener des attaques coordonnées en des lieux spécifiques⁵³³ ».

293. Le Procureur allègue de surcroît que Francis Muthaura, « [TRADUCTION] en sa qualité de Président du Comité national de sécurité, avec le soutien de Mohammed Ali qui, en tant que chef de la police, était membre de ce comité, a fourni un passage sûr pour que les attaques puissent être menées » et « [TRADUCTION] s'est assuré que la police kényane n'interviendrait pas avant, pendant ou après les attaques, alors qu'elle en avait eu connaissance à l'avance »⁵³⁴.

294. De plus, le Procureur soutient que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont contribué à la mise en œuvre du plan commun, notamment : i) en adoptant ledit

⁵³⁰ Document modifié de notification des charges, par. 20.

⁵³¹ Document modifié de notification des charges, par. 21.

⁵³² Document modifié de notification des charges, par. 22.

⁵³³ Document modifié de notification des charges, par. 23.

⁵³⁴ Document modifié de notification des charges, par. 25.

plan ; ii) en demandant l'aide et la contribution de personnalités politiques et d'hommes d'affaires locaux ; iii) en mobilisant les Mungiki et les jeunes sympathisants du PNU et en les autorisant à mettre en œuvre le plan commun ; et iv) en fournissant aux Mungiki et aux jeunes sympathisants du PNU un appui, notamment logistique⁵³⁵.

295. Enfin, le Procureur soutient que Francis Muthaura a en outre contribué à la mise en œuvre du plan commun en veillant à ce que la police kényane s'abstienne d'intervenir et en omettant de sanctionner les auteurs principaux des attaques⁵³⁶.

ii) Droit applicable

296. La Chambre rappelle que dans la décision relative à la confirmation des charges qu'elle a rendue dans l'affaire *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba*, elle a conclu que, directe ou indirecte, la coaction (commission conjointe) consacrée à l'article 25-3-a du Statut à travers l'expression « [commet] conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne », va nécessairement de pair avec la notion de « contrôle exercé sur le crime »⁵³⁷.

297. La Chambre rappelle également que le mode de responsabilité associé à la notion de coaction indirecte comprend les éléments suivants : i) un plan commun ou un accord doit lier le suspect à une ou plusieurs autres personnes ; ii) le suspect et les autres coauteurs doivent apporter une contribution essentielle et coordonnée aboutissant à la réalisation des éléments matériels du crime ; iii) le suspect doit exercer un contrôle sur l'organisation ; iv) l'organisation doit être un appareil de pouvoir organisé et hiérarchique ; v) l'exécution des crimes doit être assurée par une obéissance quasi automatique aux ordres donnés par le suspect ; vi) le suspect doit satisfaire aux éléments subjectifs des crimes ; vii) le suspect et les autres coauteurs doivent, de manière partagée, savoir et admettre que la réalisation des éléments

⁵³⁵ Document modifié de notification des charges, par. 26.

⁵³⁶ Document modifié de notification des charges, par. 26.

⁵³⁷ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 346 et 347.

matériels des crimes résultera de la mise en œuvre du plan commun ; et viii) le suspect doit connaître les circonstances de fait qui lui permettent d'exercer conjointement un contrôle sur la commission du crime par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs autres personnes⁵³⁸.

iii) Conclusions de la Chambre

298. À la lumière des éléments de preuve présentés, la Chambre conclut qu'il existe des motifs substantiels de croire que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta sont pénalement responsables, en tant que coauteurs indirects au sens de l'article 25-3-a du Statut, des crimes contre l'humanité ayant pris la forme de meurtre (article 7-1-a du Statut), de déportation ou transfert forcé de population (article 7-1-d du Statut), de viol (article 7-1-g du Statut), d'autres actes inhumains (article 7-1-k du Statut) et de persécution (article 7-1-h du Statut), comme exposé plus haut⁵³⁹.

299. La Chambre exposera ci-après son analyse des éléments de preuve qui révèlent selon elle un certain nombre de faits pertinents aux fins de l'établissement de la responsabilité pénale individuelle de Francis Muthaura et d'Uhuru Kenyatta. Compte tenu des particularités de la présente espèce et de la pertinence de ces faits au regard de différents éléments du mode de responsabilité au titre duquel Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta sont mis en cause, la Chambre ne juge pas utile de s'en tenir, pour son analyse, à la classification desdits faits par le Procureur comme prouvant qu'il est satisfait à l'une ou l'autre des conditions du mode de responsabilité considéré. Elle exposera plutôt, dans l'ordre chronologique (et logique), les faits pertinents qu'elle estime, après analyse exhaustive des preuves dont elle dispose, dûment établis. Dans le cadre de cette évaluation, la Chambre

⁵³⁸ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 350 et 351 ; Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges (rendue à l'encontre de Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui), ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 500 à 514 et 527 à 539 ; Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3-tFRA, par. 209 à 213.

⁵³⁹ Voir *supra*, section VI.

examinera les éléments de preuve présentés par les parties et les arguments avancés par les équipes de la Défense pour réfuter les allégations du Procureur.

300. À l'issue de son analyse, la Chambre exposera ses conclusions relatives aux différents faits qui sous-tendent les éléments objectifs et subjectifs de la coaction indirecte, tels que rappelés plus haut.

a) Contacts préalables entre les intermédiaires de Francis Muthaura et d'Uhuru Kenyatta et les Mungiki

301. Comme expliqué ci-après, la Chambre constate que les éléments de preuve présentés donnent des motifs substantiels de croire que dès le mois de novembre 2007 au moins, il y a eu une série de contacts entre des représentants des Mungiki et des personnes agissant au nom de Francis Muthaura et d'Uhuru Kenyatta. D'après les éléments de preuve, ces contacts visaient à obtenir l'appui des Mungiki dans la perspective des élections présidentielles, et ce, après une période de répression intense menée par les autorités contre l'organisation, période qui avait débuté en 2006 au moins⁵⁴⁰.

302. Les déclarations des témoins OTP-11 et OTP-12 montrent que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont confié [REDACTED] la responsabilité de prendre contact avec les chefs mungiki et de coordonner l'appui des Mungiki à la campagne de la coalition du PNU⁵⁴¹. Selon ces témoins, Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta se sont servis [REDACTED] pour assurer la liaison avec les Mungiki pendant toute la période qui a abouti à la commission des crimes à Nakuru et Naivasha ou alentour⁵⁴².

⁵⁴⁰ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0024 à 0028. Déclaration du témoin OTP-9, KEN-OTP-0059-0265, p. 0276. Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1298 ; KEN-OTP-0052-1469, p. 1477. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0047, p. 0060 ; KEN-OTP-0060-0078, p. 0102.

⁵⁴¹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1288 ; KEN-OTP-0052-1292, p. 1298 ; KEN-OTP-0052-1451, p. 1464 et 1465 ; KEN-OTP-0052-1506, p. 1520. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0272, p. 0297, et KEN-OTP-0060-0299, p. 0304.

⁵⁴² Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1288 ; KEN-OTP-0052-1451, p. 1464 et 1465 ; KEN-OTP-0052-1506, p. 1520 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0272, p. 0297, et KEN-OTP-0060-0299, p. 0304.

303. En particulier, les témoins déclarent [REDACTED] — avec un certain nombre d'autres personnes, dont [REDACTED] qui aurait représenté « le palais présidentiel »⁵⁴³ — a assuré aux membres des Mungiki qu'en échange de leur soutien à la coalition du PNU, les exécutions extrajudiciaires cesseraient et les Mungiki seraient autorisés à pratiquer leurs rituels ouvertement et sans que la police n'intervienne⁵⁴⁴.

304. De fait, en novembre 2007, comme l'ont confirmé les témoins OTP-4, OTP-11 et OTP-12, les exécutions extrajudiciaires ont cessé en raison de l'accord conclu entre les Mungiki et le Gouvernement⁵⁴⁵, et les Mungiki ont été autorisés à pratiquer leurs rituels ouvertement, avec la participation d'un grand nombre de membres des Mungiki, dans des lieux publics et sans que la police n'intervienne⁵⁴⁶.

305. Les témoins OTP-11 et OTP-12 font également état d'une réunion que les Mungiki ont convoquée à Murang'a en novembre 2007⁵⁴⁷. Selon eux, lors de cette réunion, deux membres des Mungiki dont ils précisent les noms ont été arrêtés par la police et Francis Muthaura est intervenu pour obtenir leur libération⁵⁴⁸ après avoir été informé de l'incident par [REDACTED], et, surtout, après que les Mungiki « [TRADUCTION] se furent plaints [...] [car] ils n'étaient pas censés être arrêtés [puisqu'] ils [collaboraient] avec le Gouvernement et qu'ils avaient toute latitude pour tenir de telles réunions⁵⁴⁹ ».

⁵⁴³ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1278 et 1284 ; KEN-OTP-0052-1292, p. 1298. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0047, p. 0060 ; KEN-OTP-0060-0093, p. 0102 à 0104.

⁵⁴⁴ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1278 à 1284 ; KEN-OTP-0052-1292, p. 1294 et 1298 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0047, p. 0060 ; KEN-OTP-0060-0093, p. 0103.

⁵⁴⁵ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1298 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0453, p. 0465 ; déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0028, par. 130 et 131. Voir aussi KEN-OTP-0001-1076, p. 1093, KEN-OTP-0033-0297, p. 0310.

⁵⁴⁶ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1279 à 1286 ; KEN-OTP-0052-1523, p. 1526. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0093, p. 0103.

⁵⁴⁷ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1469, p. 1476 ; KEN-OTP-0052-1523, p. 1524 et 1525. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0272, p. 0294 ; KEN-OTP-0060-0299, p. 0304 à 0310.

⁵⁴⁸ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1469, p. 1476 ; KEN-OTP-0052-1523, p. 1525. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0272, p. 0294 ; KEN-OTP-0060-0299, p. 0304 à 0310.

⁵⁴⁹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1523, p. 1525.

306. [REDACTED] (D12-47) confirme que le 10 novembre 2007, au deuxième jour d'une tournée organisée pour soutenir la coalition du PNU, deux des organisateurs de l'événement ont été arrêtés à Murang'a, au motif qu'ils seraient membres des Mungiki, puis immédiatement libérés⁵⁵⁰. Cependant, il dément que cette réunion ait été une réunion des Mungiki et que Francis Muthaura soit intervenu pour obtenir la libération des personnes arrêtées⁵⁵¹. Étant donné que [REDACTED] [REDACTED] aurait été un intermédiaire-clé entre Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta d'une part et les Mungiki d'autre part⁵⁵², il est tout naturellement enclin à nier son implication. C'est pourquoi la Chambre considère que sa déclaration ne peut se voir accorder une valeur probante telle qu'elle exclurait l'existence de motifs substantiels de croire les faits établis par les déclarations concordantes des témoins OTP-11 et OTP-12, pour lesquels rien n'indique quelque intérêt personnel susceptible de remettre en cause leur témoignage sur le fait considéré.

307. La Chambre juge également pertinent le fait que les deux chefs mungiki qui étaient, selon les témoins OTP-11 et OTP-12, les principaux contacts [REDACTED] [REDACTED] et [REDACTED] pendant la phase initiale des négociations (respectivement, [REDACTED] et [REDACTED]) aient fait partie, comme l'a affirmé le témoin OTP-4⁵⁵³ et comme expliqué ci-après⁵⁵⁴, de ceux qui ont ensuite rencontré Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta au nom de Maina Njenga pour préparer les crimes à Nakuru et Naivasha.

308. La Chambre est d'avis que ces contacts préalables ont permis à Francis Muthaura et à Uhuru Kenyatta de redéfinir la relation entre la coalition du PNU et les Mungiki, ce qui a finalement conduit à l'obtention du soutien des Mungiki

⁵⁵⁰ Déclaration [REDACTED] (D12-47), KEN-D12-0013-0013, p. 0018 et 0019.

⁵⁵¹ Déclaration [REDACTED] (D12-47), KEN-D12-0013-0013, p. 0018 et 0019.

⁵⁵² Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1288 ; KEN-OTP-0052-1292, p. 1294 et 1298 ; KEN-OTP-0052-1451, p. 1464 et 1465 ; KEN-OTP-0052-1469, p. 1475 et 1476 ; KEN-OTP-0052-1506, p. 1520 ; KEN-OTP-0052-1523, p. 1525. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0272, p. 0294 et 0297 ; KEN-OTP-0060-0299, p. 0304 à 0310.

⁵⁵³ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0030 à 0041.

⁵⁵⁴ Voir *infra*, par. 310 à 359.

pendant la campagne électorale de 2007 et à leur utilisation dans le cadre de l'attaque à Nakuru et Naivasha ou alentour.

b) Participation de Francis Muthaura et d'Uhuru Kenyatta à des réunions avec des membres des Mungiki

309. Comme indiqué ci-dessous, les éléments de preuve présentés donnent des motifs substantiels de croire que, à la suite de ces contacts préalables, Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont directement participé à plusieurs réunions avec des chefs mungiki.

1) Palais présidentiel de Nairobi – 26 novembre 2007

310. En particulier, la Chambre est convaincue qu'il existe des motifs substantiels de croire que le 26 novembre 2007, une réunion s'est tenue au palais présidentiel de Nairobi entre Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta, des représentants des Mungiki, le Président Mwai Kibaki, et d'autres personnes.

311. La tenue, le but et l'objet de cette réunion sont établis au regard de la norme d'administration de la preuve applicable et de façon très détaillée par la déclaration du témoin OTP-4, lequel a assisté à cette réunion en qualité de représentant des Mungiki. Le témoin donne le nom de plusieurs personnes présentes à la réunion, dont ceux⁵⁵⁵ de Maina Diambo, [REDACTED] et [REDACTED] pour les Mungiki, et de Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta, Mwai Kibaki, [REDACTED], Hyslop Ipu, Isaiya Kabira et Stanley Murage pour la coalition du PNU⁵⁵⁶. Il déclare que pendant cette réunion, qui s'est déroulée sous une tente au palais présidentiel, Francis Muthaura a présenté les membres des Mungiki au Président — les appelant « les jeunes » tout au long de la réunion — et les a encouragés à dire à ce dernier ce qu'ils demandaient en échange de leur soutien à sa campagne présidentielle⁵⁵⁷. L'un des représentants des Mungiki ([REDACTED]) a alors présenté plusieurs exigences à la coalition du PNU

⁵⁵⁵ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0035.

⁵⁵⁶ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0032.

⁵⁵⁷ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0032.

au nom de Maina Njenga⁵⁵⁸, dont i) la cessation des exécutions extrajudiciaires de membres des Mungiki, ii) la libération de Maina Njenga, alors emprisonné, et iii) l'incorporation de jeunes Kikuyu dans les forces armées et de sécurité⁵⁵⁹. Le témoin OTP-4 affirme qu'après avoir entendu les exigences des Mungiki, le Président s'est tourné vers Francis Muthaura et lui a dit « [TRADUCTION] quelque chose comme : "Vous avez entendu ce que veulent les jeunes, à vous d'agir maintenant"⁵⁶⁰ ». Pendant cette réunion, Uhuru Kenyatta a également pris la parole et dit aux Mungiki d'apporter leur soutien total au « Président », invoquant leur allégeance à la même communauté⁵⁶¹. Le témoin OTP-4 déclare également qu'Uhuru Kenyatta a dit aux représentants des Mungiki qu'il prendrait contact avec [REDACTED] et qu'ils organiseraient d'autres réunions⁵⁶². Il ajoute qu'à la fin de la réunion, Francis Muthaura a remis de l'argent aux représentants des Mungiki⁵⁶³.

312. La déclaration du témoin OTP-4 est corroborée de manière indépendante par celle du témoin OTP-11 qui fait état d'une réunion au palais présidentiel le 26 novembre 2007, au cours de laquelle [REDACTED], Maina Kangethe Diambo, [REDACTED] et d'autres membres des Mungiki nommément désignés ont rencontré le Président et accepté d'apporter leur soutien à la coalition du PNU pour les élections à venir⁵⁶⁴. Le témoin OTP-11 explique que la réunion avait également été organisée pour rassurer les Mungiki sur le fait que les personnes avec lesquelles ils avaient été en contact jusqu'alors, en particulier [REDACTED], agissaient bien au nom de la coalition du PNU⁵⁶⁵. Ces récits sont également corroborés par la déclaration du témoin OTP-12, qui indique pour sa part que dans le cadre de « Operation Kibaki Again », un groupe conduit par [REDACTED], plusieurs membres des Mungiki dont il donne les noms, parmi lesquels [REDACTED], se sont rendus

⁵⁵⁸ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0033.

⁵⁵⁹ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0033.

⁵⁶⁰ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0034.

⁵⁶¹ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0034.

⁵⁶² Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0034.

⁵⁶³ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0034.

⁵⁶⁴ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1283 ; KEN-OTP-0052-1506, p. 1513 et 1519.

⁵⁶⁵ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1283 ; KEN-OTP-0052-1506, p. 1513 et 1519.

au palais présidentiel⁵⁶⁶. De surcroît, le témoin OTP-11 déclare que « Operation Kibaki Again » était un groupe de pression créé par les Mungiki pour faire campagne sans que soit révélée leur identité de Mungiki⁵⁶⁷.

313. La décision selon laquelle l'organisation des Mungiki apporterait son soutien à la coalition du PNU en échange de plusieurs concessions, ainsi que la nature du groupe « Operation Kibaki Again » qui servait de couverture aux opérations des Mungiki, apparaissent également dans le rapport de situation du NSIS pour le 28 novembre 2007, aux termes duquel :

[TRADUCTION] Certains représentants nationaux des Mungiki [...] ont décidé de faire campagne pour le Président par l'intermédiaire d'un groupe de pression appelé « Operation Kibaki Again » (OKA), mais à condition que ses membres soient recrutés dans l'armée/la police, que les véhicules du groupe confisqués par la police soient restitués et qu'ils soient autorisés à rouvrir leurs bureaux/bases opérationnelles⁵⁶⁸.

314. Le résumé de la déclaration du témoin OTP-6 vient également corroborer les preuves relatives à la tenue d'une réunion au palais présidentiel le 26 novembre 2007. Il y est dit qu'une réunion a rassemblé des membres des Mungiki et le « gouvernement » au palais présidentiel avant les élections, et qu'à cette occasion le Président Kibaki a promis aux Mungiki des récompenses pécuniaires ainsi que des emplois dans les forces armées en échange de leur soutien⁵⁶⁹. Enfin, la Chambre relève que dans le résumé de la déclaration du témoin OTP-1, il est dit qu'une réunion s'est tenue entre les Mungiki et des représentants du Gouvernement « [TRADUCTION] avant les élections, réunion au cours de laquelle les Mungiki ont été recrutés pour soutenir le PNU » et à laquelle Uhuru Kenyatta comme Francis Muthaura ont participé⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0426, p. 0449.

⁵⁶⁷ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1294.

⁵⁶⁸ KEN-OTP-0002-0015, p. 0088.

⁵⁶⁹ Résumé de la déclaration du témoin OTP-6, KEN-OTP-0053-0015, p. 0019.

⁵⁷⁰ Résumé de la déclaration du témoin OTP-1, KEN-OTP-0053-0026, p. 0026.

315. La Défense de Francis Muthaura comme celle d'Uhuru Kenyatta contestent qu'une réunion avec des membres des Mungiki se soit tenue au palais présidentiel le 26 novembre 2007 en présence de leurs clients.

316. Tout d'abord, les deux équipes de la Défense appellent l'attention de la Chambre sur un certain nombre d'incohérences entre le récit fait par le témoin OTP-4 dans sa déclaration au Procureur et celui que ce même témoin a livré à la CIPEV. D'après la Défense, les principales incohérences portent sur le fait que le témoin n'a pas dit à la CIPEV qu'Uhuru Kenyatta était présent à la réunion, ainsi que sur l'heure à laquelle la réunion se serait tenue, qui diffère d'une déclaration à l'autre⁵⁷¹. De plus, la Défense de Francis Muthaura affirme que les déclarations du témoin ne sont pas cohérentes quant à la somme qu'il aurait reçue à la fin de la réunion au palais présidentiel et quant à son propre rôle dans la préparation du document contenant les exigences des Mungiki en échange de leur soutien à la coalition du PNU⁵⁷².

317. La Chambre observe que ce qui est présenté comme une incohérence concernant la participation d'Uhuru Kenyatta à la réunion doit plutôt être qualifié d'omission, le témoin n'ayant pas dit à la CIPEV qu'Uhuru Kenyatta n'était pas présent à la réunion du 26 novembre 2007 au palais présidentiel. S'agissant de l'écart portant sur l'heure à laquelle la réunion aurait commencé (11 heures au lieu de 11 h 45), la Chambre considère qu'il est minime et donc négligeable. De même, elle juge sans importance les incohérences alléguées quant à la somme reçue par le témoin et au rôle de celui-ci dans la préparation de la déclaration contenant les exigences des Mungiki en vue de la réunion. Pour ces raisons, et étant donné que la déclaration du témoin OTP-4 est corroborée par des éléments extérieurs pour ce qui est de la réunion du 26 novembre 2007, la Chambre considère que les incohérences alléguées n'affectent pas la fiabilité du récit de ce témoin.

⁵⁷¹ ICC-01/09-02/11-T-10-ENG, p. 23, lignes 2 à 6 ; ICC-01/09-02/11-372, par. 31 ; ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 25.

⁵⁷² ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 25.

318. La Défense de Francis Muthaura affirme également que le récit du témoin OTP-11 ne saurait corroborer celui du témoin OTP-4, puisqu'il s'agit « [TRADUCTION] d'un récit par ouï-dire d'une réunion qui se serait déroulée au palais présidentiel, qui ne fait mention ni [du témoin OTP-4] ni du fait qu'une réunion avec des Mungiki s'est tenue sous une tente au palais présidentiel⁵⁷³ ». La Chambre note que le témoin OTP-11, qui n'affirme pas avoir assisté à la réunion au palais présidentiel, ne donne pas de liste exhaustive des participants. En revanche, il donne des noms de participants dont celui [REDACTED]⁵⁷⁴ — qui a bien confirmé sa présence au palais présidentiel ce jour-là⁵⁷⁵ — ainsi que ceux d'un certain nombre de membres des Mungiki⁵⁷⁶, y compris ceux mentionnés par le témoin OTP-4⁵⁷⁷ et dont la présence est aussi attestée par la liste de participants fournie par la Défense de Francis Muthaura⁵⁷⁸ et confirmée par deux témoins sur lesquels s'appuie la Défense⁵⁷⁹. Concernant l'omission du témoin de mentionner que la réunion au palais présidentiel s'était déroulée sous une tente, la Chambre considère qu'elle n'est d'aucune utilité pour contester le caractère corroborant du récit du témoin OTP-11 sur les faits disputés. La Chambre est de cet avis puisque, comme il a déjà été précisé, le témoin n'affirme pas avoir été présent à la réunion et pouvait donc légitimement en ignorer les détails. Cela ne permet pas pour autant de contester que la déclaration du témoin OTP-11 corrobore le témoignage d'OTP-4.

319. La Défense de Francis Muthaura produit en outre un certain nombre de déclarations de témoin pour démontrer que la réunion tenue au palais présidentiel le 26 novembre 2007 au matin rassemblait autour du Président des responsables des jeunes qui soutenaient la campagne du Président Kibaki⁵⁸⁰. La Chambre relève que

⁵⁷³ ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 53.

⁵⁷⁴ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1283.

⁵⁷⁵ Déclaration [REDACTED] (D12-47), KEN-D12-0013-0013, p. 0016 et 0017.

⁵⁷⁶ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1283.

⁵⁷⁷ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0032.

⁵⁷⁸ KEN-D12-0010-0069, p. 0069 et 0070.

⁵⁷⁹ Déclaration [REDACTED] (D12-47), KEN-D12-0013-0013, p. 0016 et 0017 ; déclaration [REDACTED]

[REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0417.

⁵⁸⁰ Déclaration de Mwai Kibaki (D12-13), KEN-D12-0001-0444, p. 0448 ; déclaration d'Yvonne Khamati (D12-11), KEN-D12-0001-0276, p. 0282 à 0287 ; déclaration de Cyrus Gituai (D12-5), KEN-D12-0002-

plusieurs témoins de la Défense ont confirmé la présence de Francis Muthaura à cette réunion⁵⁸¹. Cependant, un certain nombre de témoins de la Défense qui auraient assisté à la réunion ont déclaré qu'aucun des jeunes présents n'était venu pour représenter les Mungiki⁵⁸².

320. La Chambre observe que certains témoins de la Défense font état d'une réunion avec le Président le matin du 26 novembre 2007, mais apparemment avant l'heure mentionnée par le témoin OTP-4, soit 11 h 45. Yvonne Khamati (D12-11) déclare que ce jour-là, elle a assisté dans la salle du conseil du palais présidentiel à une réunion avec le Président qui a débuté vers 9 h 45-10 heures pour se terminer environ une heure plus tard⁵⁸³. Dans le même sens, [REDACTED] (D13-23) déclare que la réunion à laquelle il a participé avec le Président et, entre autres, Francis Muthaura, a débuté vers 10 h 30 et duré environ une heure et 20 minutes⁵⁸⁴. Nonobstant l'incohérence apparente de ces deux récits sur l'heure à laquelle la ou les réunions avec le Président ont commencé, la Chambre estime qu'ils ne permettent pas de conclure au manque de fiabilité du témoignage d'OTP-4, puisqu'ils semblent faire état d'une réunion autre que celle à laquelle les Mungiki ont participé et à laquelle fait référence le témoin OTP-4.

321. S'agissant des personnes qui, selon le témoin OTP-4, ont assisté à la réunion pour le compte de la coalition du PNU, la Chambre relève que deux d'entre elles,

0001, p. 0006 ; déclaration d'Hyslop Ipu (D12-46), KEN-D12-0010-0001, p. 0012 et 0013 ; déclaration de Benson Githinji (D12-43), KEN-D12-0011-0015, p. 0020 et 0021.

⁵⁸¹ Déclaration de Mwai Kibaki (D12-13), KEN-D12-0001-0444, p. 0448 ; déclaration d'Yvonne Khamati (D12-11), KEN-D12-0001-0276, p. 0282 ; déclaration de Cyrus Gituai (D12-5), KEN-D12-0002-0001, p. 0006 ; déclaration d'Hyslop Ipu (D12-46), KEN-D12-0010-0001, p. 0012 et 0013 ; déclaration de Benson Githinji (D12-43), KEN-D12-0011-0015, p. 0020 et 0021, par. 24 et 31 ; déclaration [REDACTED] (D13-23), KEN-D13-0005-0779, p. 0802 ; déclaration [REDACTED] (D13-08), KEN-D13-0005-0524, p. 0539.

⁵⁸² Déclaration de Mwai Kibaki (D12-13), KEN-D12-0001-0444, p. 0450 ; déclaration d'Yvonne Khamati (D12-11), KEN-D12-0001-0276, p. 0285 ; déclaration [REDACTED] (D12-47), KEN-D12-0013-0013, p. 0017 ; déclaration d'Hyslop Ipu (D12-46), KEN-D12-0010-0001, p. 0014 ; déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0418 ; déclaration [REDACTED] (D13-23), KEN-D13-0005-0779, p. 0807 ; déclaration [REDACTED] (D13-08), KEN-D13-0005-0524, p. 0540.

⁵⁸³ Déclaration d'Yvonne Khamati (D12-11), KEN-D12-0001-0276, p. 0282 et 0285.

⁵⁸⁴ Déclaration [REDACTED] (D13-23), KEN-D13-0005-0779, p. 0802.

Mwai Kibaki (D12-13) et Hyslop Ipu (D12-46), ont confirmé avoir participé ce jour-là à la réunion avec les représentants des jeunes, mais ont démenti que des Mungiki y aient assisté⁵⁸⁵. Néanmoins, puisque le témoin OTP-4 a directement désigné ces personnes comme ayant participé à la réunion avec des représentants des Mungiki, la Chambre se montre réservée à l'égard de leurs déclarations et considère que leurs dénégations ne sauraient s'avérer décisives pour se prononcer sur ce fait, compte tenu en particulier de la corroboration des informations relatives à cette réunion par des éléments extérieurs.

322. [REDACTED] (D12-47), qui, selon les témoins OTP-11 et OTP-12, était le coordonnateur de « Operation Kibaki Again » et a amené les membres des Mungiki au palais présidentiel le 26 novembre 2007, confirme qu'un certain nombre de personnes ont participé à ses côtés à la réunion qui s'y est tenue ce jour-là avec le Président et Francis Muthaura⁵⁸⁶. En particulier, [REDACTED] indique [REDACTED], [REDACTED] et Maina Kangethe Diambo représentaient « Operation Kibaki Again » à la réunion⁵⁸⁷. Toutefois, [REDACTED] dément que des questions concernant les Mungiki aient été discutées pendant la réunion⁵⁸⁸.

323. Tout d'abord, la Chambre relève que les personnes [REDACTED] (D12-47) désigne comme étant des membres du groupe « Operation Kibaki Again » — lequel, selon les différentes sources mentionnées plus haut⁵⁸⁹, semble avoir servi de couverture aux activités des Mungiki pendant la campagne électorale — sont les mêmes que celles désignées par les témoins OTP-4 et OTP-11 comme étant des représentants des Mungiki lors de la réunion au palais présidentiel. [REDACTED] [REDACTED] (D12-47) déclare également que les questions concernant les Mungiki n'ont pas été discutées lors de cette réunion⁵⁹⁰, et plus généralement qu'il n'y a eu

⁵⁸⁵ Déclaration de Mwai Kibaki (D12-13), KEN-D12-0001-0444, p. 0450 ; déclaration d'Hyslop Ipu (D12-46), KEN-D12-0010-0001, p. 0014.

⁵⁸⁶ Déclaration [REDACTED] (D12-47), KEN-D12-0013-0013, p. 0016 et 0017.

⁵⁸⁷ Déclaration [REDACTED] (D12-47), KEN-D12-0013-0013, p. 0016 et 0017.

⁵⁸⁸ Déclaration [REDACTED] (D12-47), KEN-D12-0013-0013, p. 0017.

⁵⁸⁹ Voir *supra*, par. 312 et 313.

⁵⁹⁰ Déclaration [REDACTED] (D12-47), KEN-D12-0013-0013, p. 0017.

« [TRADUCTION] aucune autre réunion de jeunes » ni de tente montée dehors, dans les jardins du palais présidentiel⁵⁹¹. Cependant, la Chambre accorde une valeur probante faible à ces déclarations en particulier, sachant que des éléments de preuve concordants les contredisent et qu'un certain nombre de sources indiquent [REDACTED] [REDACTED] a joué un rôle important pendant la réunion et, plus généralement, dans les événements qui ont conduit à la commission des crimes à Nakuru et Naivasha ou alentour⁵⁹².

324. Un autre témoin de la Défense, [REDACTED] (D12-37), confirme avoir participé à la réunion au palais présidentiel en tant que représentant, avec Maina Diambo et [REDACTED], de « Operation Kibaki Again »⁵⁹³. Il confirme également que les personnes mentionnées par le témoin OTP-4 ont participé à ladite réunion et que Maina Kangethe Diambo était membre des Mungiki à l'époque considérée⁵⁹⁴, comme l'ont indiqué les témoins OTP-4, OTP-11 et OTP-12⁵⁹⁵. De plus, le témoin déclare qu'à la fin de la réunion, ils ont reçu une enveloppe contenant de l'argent⁵⁹⁶. Cependant, il affirme i) qu'il n'a appartenu aux Mungiki que jusqu'en 2006 et n'en faisait donc plus partie lorsqu'il a assisté à la réunion du 26 novembre 2007 au palais présidentiel⁵⁹⁷ ; ii) que le témoin OTP-4 n'était pas présent à cette réunion⁵⁹⁸ ; et iii) que rien de ce qui concerne les Mungiki n'a été débattu pendant la réunion⁵⁹⁹. La Chambre considère cependant que ces dénégations ne sont pas décisives pour se prononcer sur le fait en question, et elle renvoie à l'analyse qu'elle a faite de la valeur probante qu'il convient d'accorder à la déclaration [REDACTED]

⁵⁹¹ Déclaration [REDACTED] (D12-47), KEN-D12-0013-0013, p. 0017.

⁵⁹² Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1283 et 1288 ; KEN-OTP-0052-1292, p. 1295 et 1298 ; KEN-OTP-0052-1451, p. 1464 et 1465 ; KEN-OTP-0052-1469, p. 1475 et 1476 ; KEN-OTP-0052-1506, p. 1512 et 1520 ; KEN-OTP-0052-1523, p. 1525. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0093, p. 0105 et 0106 ; KEN-OTP-0060-0272, p. 0294 et 0297 ; KEN-OTP-0060-0299, p. 0304 à 0310 ; KEN-OTP-0060-0325, p. 0333 et 0334 ; KEN-OTP-0060-0426, p. 0449 à 0451. KEN-OTP-0002-0015, p. 0088.

⁵⁹³ Déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0417 à 0419.

⁵⁹⁴ Déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0417 et 0418.

⁵⁹⁵ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0013 ; déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1295 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0299, p. 0307.

⁵⁹⁶ Déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0418.

⁵⁹⁷ Déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0416.

⁵⁹⁸ Déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0418.

⁵⁹⁹ Déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0418.

██████████ (D12-37) pour ce qui est des questions spécifiques de l'implication des Mungiki dans la commission des crimes à Nakuru et Naivasha ou alentour⁶⁰⁰.

325. La Chambre souligne que, pour ce qui est des participants à la réunion au palais présidentiel, les preuves de la Défense corroborent le témoignage d'OTP-4. En effet, comme indiqué ci-dessus, un certain nombre de participants mentionnés par OTP-4 sont des témoins sur lesquels s'appuient les équipes de la Défense et qui ont personnellement confirmé avoir participé à une réunion au palais présidentiel le 26 novembre 2007⁶⁰¹. De plus, la Chambre relève que la présence à cette réunion de Stanley Murage — témoin sur lequel aucune équipe de la Défense ne s'appuie — est confirmée par trois témoins de la Défense⁶⁰².

326. La Défense de Francis Muthaura a présenté à la Chambre la liste des visiteurs qui se sont rendus au palais présidentiel le 26 novembre 2007, telle que dressée par Hyslop Ipu (D12-46), contrôleur auprès du palais présidentiel⁶⁰³. La Défense soutient que cette liste contredit le récit du témoin OTP-4⁶⁰⁴. Cependant, la Chambre relève qu'Hyslop Ipu (D12-46) reconnaît que la liste est incomplète et que des noms de responsables des jeunes ayant assisté à la réunion n'y figurent pas⁶⁰⁵. Ce point est confirmé par deux témoins de la Défense d'Uhuru Kenyatta, à savoir ██████████ (D13-08) et ██████████ (D13-23), qui déclarent avoir assisté à la réunion au palais présidentiel et qui, lorsque la liste fournie par Hyslop Ipu (D12-46) leur a été présentée, ont expliqué qu'un certain nombre de personnes s'étant rendues à la réunion en question au palais présidentiel ce jour-là n'y figuraient pas⁶⁰⁶. Puisqu'il n'est pas exclu que des personnes dont les noms ne figurent pas sur la liste des

⁶⁰⁰ Voir *supra*, par. 188.

⁶⁰¹ Déclaration de Mwai Kibaki (D12-13), KEN-D12-0001-0444, p. 0448 ; déclaration d'Hyslop Ipu (D12-46), KEN-D12-0010-0001, p. 0012 ; déclaration ██████████ (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0417 ; déclaration d'Isaiya Kabira (D12-53), KEN-D12-0016-0001, p. 0004 et 0005.

⁶⁰² Déclaration de Benson Githinji (D12-43), KEN-D12-0011-0015, p. 0020 ; déclaration ██████████ (D13-23) KEN-D13-0005-0779, p. 0802 ; déclaration ██████████ (D13-08) KEN-D13-0005-0524, p. 0539.

⁶⁰³ KEN-D12-0010-0069.

⁶⁰⁴ ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 54.

⁶⁰⁵ Déclaration d'Hyslop Ipu (D12-46), KEN-D12-0010-0001, p. 0012.

⁶⁰⁶ Déclaration ██████████ (D13-08) KEN-D13-0005-0524, p. 0539 ; déclaration ██████████ (D13-23), KEN-D13-0005-0779, p. 0800 et 0801.

visiteurs aient été présentes, cette liste n'est par conséquent d'aucune aide à la Chambre pour trancher cette question.

327. La Défense de Francis Muthaura produit également un enregistrement vidéo et un article de presse consacrés à la réunion⁶⁰⁷, contenant une photographie des participants à la réunion tenue au palais présidentiel le matin du 26 novembre 2007, afin de démontrer que le témoin OTP-4 n'était pas au palais présidentiel ce jour-là⁶⁰⁸. Cependant, la Chambre relève, comme le Procureur l'a fait remarquer à juste titre⁶⁰⁹, qu'un enregistrement vidéo et une photographie ne sauraient rendre compte de manière exhaustive de tout ce qui s'est passé ce jour-là au palais présidentiel. Ces éléments de preuve, sur lesquels s'appuie la Défense de Francis Muthaura, sont donc peu concluants et ne permettent pas d'exclure qu'une réunion se soit tenue avec des membres des Mungiki, comme l'affirme le témoin OTP-4.

328. La Défense de Francis Muthaura s'appuie également sur la déclaration de Michael Kagika (D12-8) qui, à l'époque considérée, était un agent administratif « [TRADUCTION] chargé de la gestion des événements et de l'hospitalité⁶¹⁰ » au palais présidentiel. Ce témoin déclare que le 26 novembre 2007, aucune réunion ne s'est tenue et aucune tente n'a été montée dans les jardins du palais présidentiel⁶¹¹. Cependant, la Chambre observe que ce jour-là, le témoin n'est arrivé au palais présidentiel que l'après-midi, et qu'il n'a pas expliqué d'où il tenait les informations qu'il dit avoir sur cette question⁶¹². Compte tenu de ce qui précède, et étant donné que le témoin n'occupait pas un poste élevé et qu'on peut donc présumer qu'il n'avait pas connaissance de tout ce qui se passait au palais présidentiel, surtout en son absence, la Chambre considère que la déclaration de Michael Kagika (D12-8) ne saurait être décisive pour trancher la question à l'examen.

⁶⁰⁷ KEN-D12-0009-0003, KEN-D12-0016-0007.

⁶⁰⁸ ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 26.

⁶⁰⁹ ICC-01/09-02/11-361, par. 49.

⁶¹⁰ Déclaration de Michael Kagika (D12-8), KEN-D12-0002-0202, p. 0203.

⁶¹¹ Déclaration de Michael Kagika (D12-8), KEN-D12-0002-0202, p. 0207.

⁶¹² Déclaration de Michael Kagika (D12-8), KEN-D12-0002-0202, p. 0207.

329. Enfin, la Défense de Francis Muthaura s'appuie également sur la déclaration de Michael Gichangi (D12-4), directeur général du NSIS, pour contester qu'une réunion se soit tenue avec des chefs mungiki au palais présidentiel le 26 novembre 2007⁶¹³. Le témoin affirme que si Francis Muthaura avait assisté à une réunion au palais présidentiel avec des membres des Mungiki, le NSIS l'aurait su⁶¹⁴. Cependant, la Chambre estime que ce témoignage n'est pas étayé et repose sur des conjectures, et, partant, qu'il ne saurait mettre en cause les récits relatifs à la réunion contenus dans les témoignages particuliers analysés plus haut. En effet, comme l'a souligné le Procureur dans ses observations finales⁶¹⁵, bien que Lewis Nguyai (D13-26) ait admis avoir eu des liens avec des chefs mungiki pendant les violences postélectorales⁶¹⁶, cette information ne figure nulle part dans les rapports du NSIS.

330. La Défense d'Uhuru Kenyatta soutient que le 26 novembre 2007 au matin, Uhuru Kenyatta se trouvait au centre international de conférences Kenyatta (KICC), en compagnie de candidats du PNU aux élections législatives, et qu'il ne pouvait donc assister au même moment à une réunion au palais présidentiel⁶¹⁷. Pendant l'audience de confirmation des charges, Uhuru Kenyatta a déclaré qu'il était arrivé au KICC vers 9 heures et en était reparti vers 12 heures-12 h 30 pour se rendre à l'hôtel Intercontinental afin d'y déjeuner avec le Président⁶¹⁸. Pour étayer cette allégation, la Défense d'Uhuru Kenyatta s'appuie sur i) une séquence vidéo montrant Uhuru Kenyatta qui entre dans le KICC le 26 novembre 2007⁶¹⁹ ; ii) une photographie de personnalités politiques se rendant à pied du KICC à l'hôtel Intercontinental⁶²⁰ ; et iii) un article de presse consacré à la réunion tenue au KICC, indiquant que le Président n'y avait pas assisté⁶²¹. La Chambre juge qu'aucune de ces pièces ne permet de conclure qu'Uhuru Kenyatta n'a pas assisté à la réunion avec des membres des

⁶¹³ ICC-01/09-02/11-T-7-ENG, p. 12, ligne 17, à p. 15, ligne 2.

⁶¹⁴ Déclaration de Michael Gichangi (D12-4), KEN-D12-0001-0401, p. 0409.

⁶¹⁵ ICC-01/09-02/11-361, par. 51.

⁶¹⁶ ICC-02/09-02/11-T-12-Red-ENG, p. 56, lignes 7 à 16.

⁶¹⁷ ICC-01/09-02/11-T-10-ENG, p. 75, ligne 24, à p. 77, ligne 25.

⁶¹⁸ ICC-01/09-02/11-T-11-Red-ENG, p. 25, lignes 7 à 18.

⁶¹⁹ KEN-D13-0001-0358.

⁶²⁰ KEN-D13-0001-0357.

⁶²¹ KEN-D13-0001-0356.

Mungiki au palais présidentiel. Indépendamment du fait qu'il ne figure pas sur les photographies de l'événement qui ont été présentées, la Chambre estime que les preuves produites établiraient seulement qu'Uhuru Kenyatta s'est rendu au KICC à un moment et pour une durée indéterminés. Ces preuves ne permettent donc pas de réfuter les allégations, puisqu'elles n'établissent pas qu'Uhuru Kenyatta était physiquement éloigné du palais présidentiel où s'est tenue la réunion avec des membres des Mungiki. De fait, les éléments de preuve présentés par la Défense laissent ouverte la possibilité qu'Uhuru Kenyatta ait assisté à la réunion au palais présidentiel après avoir quitté le bâtiment du KICC et qu'il ait ensuite déjeuné avec le Président.

331. La Défense s'appuie également sur la déclaration [REDACTED] (D13-6) qui affirme qu'Uhuru Kenyatta a assisté à la réunion des personnes affiliées au PNU, tenue au KICC dans la matinée, avant d'aller déjeuner à l'hôtel Intercontinental⁶²². La Chambre relève que le témoin ne désigne pas clairement la source de ses informations et ne précise pas s'il se trouvait avec Uhuru Kenyatta le matin du 26 novembre 2007. Après analyse de la déclaration de ce témoin, il apparaît que celui-ci s'est appuyé sur les documents médiatiques que la Chambre, comme il est exposé plus haut, a jugés non concluants.

332. Enfin, la Chambre relève que pendant l'audience de confirmation des charges, la Défense de Francis Muthaura et celle d'Uhuru Kenyatta ont soutenu que l'idée même que des membres des Mungiki entrent au palais présidentiel était « [TRADUCTION] inconcevable »⁶²³. Les équipes de la Défense s'appuient sur plusieurs déclarations de témoin en ce sens⁶²⁴. Cet argument ne convainc pas la Chambre. Premièrement, l'avis des témoins ne repose que sur des conjectures et non sur leur souvenir des événements, et il n'a donc en soi aucune valeur probante. Deuxièmement, la Chambre observe qu'au moins une personne, Maina Kangethe

⁶²² Déclaration [REDACTED] (D13-6), KEN-D13-0005-0408, p. 0430 et 0431.

⁶²³ ICC-01/09-02/11-T-4-ENG, p. 75, lignes 3 à 7 ; ICC-01/09-02/11-T-10-ENG, p. 96, lignes 7 à 11.

⁶²⁴ Déclaration de Mwai Kibaki (D12-13), KEN-D12-0001-0444, p. 0447 et 0450 ; déclaration d'Yvonne Khamati (D12-11) KEN-D12-0001-0276, p. 0284 ; déclaration d'Hyslop Ipu (D12-46), KEN-D12-0010-0001, p. 0014 et 0015 ; déclaration de Benson Githinji (D12-43), KEN-D12-0011-0015, p. 0021 et 0022.

Diambo, dont l'appartenance aux Mungiki est même confirmée par des témoins sur lesquels s'appuie la Défense⁶²⁵, était bien présente à la réunion qui s'est déroulée au palais présidentiel le 26 novembre 2007, comme le prouve la liste des visiteurs⁶²⁶ et comme le confirment plusieurs témoins, tant du Procureur que de la Défense⁶²⁷. Troisièmement, la Chambre relève qu'un grand nombre de témoins sur lesquels s'appuient les parties ont tous déclaré qu'il était impossible d'identifier de vue un membre des Mungiki, ceux-ci n'arborant aucun signe distinctif qui le permette⁶²⁸. Enfin, il convient de noter que, d'après le témoignage d'OTP-4, les membres des Mungiki qui ont assisté à la réunion au palais présidentiel ont été présentés comme un groupe de jeunes Kikuyu invités par Uhuru Kenyatta et soutenant la campagne du Président Kibaki, sans être désignés par le terme « Mungiki »⁶²⁹.

2) Palais présidentiel de Nairobi – 30 décembre 2007

333. Les éléments de preuve présentés à la Chambre donnent également des motifs substantiels de croire qu'une deuxième réunion s'est tenue le 30 décembre 2007 au palais présidentiel, en présence de membres des Mungiki et de plusieurs parlementaires, et qu'Uhuru Kenyatta y était également présent. Ce fait est établi, au regard de la norme d'administration de la preuve applicable, par le témoignage d'OTP-11, qui est corroboré par celui d'OTP-12 et d'OTP-6.

334. Le témoin OTP-11 déclare qu'il s'agissait d'une réunion « [TRADUCTION] urgente » au cours de laquelle Uhuru Kenyatta a déclaré être en mesure d'organiser

⁶²⁵ Déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0417 ; déclaration [REDACTED] (D12-48), KEN-D12-0010-0072, p. 0075.

⁶²⁶ KEN-D12-0010-0069, p. 0070.

⁶²⁷ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0031. Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1283 ; KEN-OTP-0052-1506, p. 1513. Déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0417.

⁶²⁸ Déclaration [REDACTED], KEN-D14-0003-0010, p. 0012 ; déclaration [REDACTED], KEN-D14-0003-0013, p. 0014 ; déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0414 ; déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0013 ; déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1312 ; déclaration du témoin OTP-9, KEN-OTP-0059-0200, p. 0206 et 0207 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0486, p. 0495 ; ICC-01/09-02/11-T-8-Red-ENG, p. 56, lignes 5 à 7.

⁶²⁹ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0031.

et de mobiliser ses gens pour parer à toute éventualité⁶³⁰. D'après lui, pendant cette réunion, Uhuru Kenyatta a également remis à certains parlementaires et aux coordonnateurs des Mungiki la somme de 3,3 millions de shillings kényans chacun⁶³¹. En particulier, le témoin déclare [REDACTED] était de ceux qui ont reçu de l'argent pour coordonner l'attaque des Mungiki à Naivasha⁶³², et que l'argent distribué à cette réunion a été ensuite dépensé notamment pour acheter les armes à feu qui ont servi lors de l'attaque à Nakuru⁶³³.

335. Le témoignage d'OTP-12 corrobore le récit d'OTP-11, déclarant qu'une réunion s'est tenue au palais présidentiel, au cours de laquelle l'aspect logistique de l'attaque à Naivasha a été préparé⁶³⁴. Le témoin OTP-12 ajoute que c'est pendant cette réunion qu'Uhuru Kenyatta a remis 3,3 millions de shillings kényans à des personnalités politiques locales pour mobiliser des personnes sur le terrain⁶³⁵.

336. Enfin, la tenue et l'objet de la réunion, ainsi que la présence d'Uhuru Kenyatta à celle-ci, sont confirmés par le témoignage d'OTP-6, selon lequel une deuxième réunion avec des membres des Mungiki s'est déroulée au palais présidentiel pendant les violences postélectorales, au cours de laquelle la logistique des attaques de représailles et le financement des activités des Mungiki à cette fin ont été examinés⁶³⁶. Le témoin affirme également qu'une source proche des Mungiki l'a informé qu'Uhuru Kenyatta a assisté à cette réunion⁶³⁷.

337. La Chambre observe qu'il n'est pas allégué que Francis Muthaura était présent à cette réunion au palais présidentiel, et elle juge par conséquent inutile d'examiner les preuves que son équipe de défense a produites pour démontrer qu'il ne pouvait pas y avoir assisté.

⁶³⁰ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1506, p. 1514.

⁶³¹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1451, p. 1463 ; KEN-OTP-0052-1469, p. 1485 ; KEN-OTP-0052-1506, p. 1514.

⁶³² Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1469, p. 1485.

⁶³³ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1451, p. 1463.

⁶³⁴ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0405, p. 0408.

⁶³⁵ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0405, p. 0419.

⁶³⁶ Résumé de la déclaration du témoin OTP-6, KEN-OTP-0053-0015, p. 0019.

⁶³⁷ Résumé de la déclaration du témoin OTP-6, KEN-OTP-0053-0015, p. 0019.

338. La Chambre observe que Godhard Kamau (D12-52), l'un des témoins sur lesquels s'appuie la Défense de Francis Muthaura, déclare qu'il n'y avait pas de membres des Mungiki présents au palais présidentiel le 30 décembre 2007⁶³⁸. Le témoin précise que lui-même ne se trouvait pas au palais présidentiel de Nairobi du 29 au 31 décembre 2007, et qu'il ne tire donc ses informations que de la liste des visiteurs du palais présidentiel⁶³⁹ jointe à sa déclaration⁶⁴⁰. La Chambre rappelle cependant qu'elle a conclu, à propos d'une autre date, que toutes les personnes présentes au palais présidentiel n'apparaissent pas nécessairement sur une liste de visiteurs⁶⁴¹. Par conséquent, la Chambre considère que cet élément, ajouté au fait que la déclaration de Godhard Kamau (D12-52) ne repose pas sur son observation personnelle, empêche d'accorder à cette déclaration de témoin une importance décisive au regard de la question examinée.

339. Pendant l'audience de confirmation des charges, Uhuru Kenyatta a affirmé que le 30 décembre 2007, il se trouvait au KICC jusqu'à l'annonce des résultats des élections et que, vers 17 heures, il s'était rendu au palais présidentiel pour assister à la cérémonie de prestation de serment du Président, qui a duré une heure environ, avant de rentrer se coucher⁶⁴². Pour étayer ces affirmations, son équipe de défense s'appuie sur deux enregistrements vidéo⁶⁴³ et sur la déclaration [REDACTED] (D13-20)⁶⁴⁴. Le premier enregistrement vidéo montre la cérémonie de prestation de serment du cabinet, qui s'est en fait déroulée le 17 avril 2008 et n'est donc pas pertinente⁶⁴⁵. Quant au second, montrant Uhuru Kenyatta au KICC⁶⁴⁶, la Chambre observe que nonobstant l'incohérence apparente entre l'heure qui y figure et les propres déclarations d'Uhuru Kenyatta à l'audience, cet enregistrement ne permet absolument pas d'exclure que celui-ci ait rencontré des membres des Mungiki au

⁶³⁸ Déclaration de Godhard Kamau (D12-52), KEN-D12-0012-0019, p. 0022.

⁶³⁹ Déclaration de Godhard Kamau (D12-52), KEN-D12-0012-0019, p. 0022.

⁶⁴⁰ KEN-D12-0012-0014, p. 0015 à 0017.

⁶⁴¹ Voir *supra*, par. 326.

⁶⁴² ICC-01/09-02/22-T-11-Red-ENG, p. 28, ligne 8, à p. 30, ligne 8.

⁶⁴³ KEN-D13-0001-0151, KEN-D13-0001-0348.

⁶⁴⁴ Déclaration [REDACTED] (D13-20), KEN-D13-0005-0755.

⁶⁴⁵ KEN-D13-0001-0348.

⁶⁴⁶ KEN-D13-0001-0151.

palais présidentiel le 30 décembre 2007, puisqu'il montre seulement que l'intéressé était aussi au KICC ce jour-là.

340. Examinant ensuite les affirmations [REDACTED] (D13-20), la Chambre relève que sa déclaration écrite contient une ambiguïté sur les dates. En effet, à première vue, il ressort de cette déclaration que i) le témoin ne dit pas qu'il se trouvait avec Uhuru Kenyatta le 30 décembre au moment où les résultats des élections ont été annoncés ; et ii) le 31 décembre, le témoin et Uhuru Kenyatta se sont rendus au palais présidentiel pour la cérémonie de prestation de serment de Kibaki, après quoi ils sont allés au domicile d'Uhuru Kenyatta⁶⁴⁷. Toutefois, la Chambre estime que la date indiquée pour la cérémonie de prestation de serment du Président, à savoir le 31 décembre 2007 au lieu du 30 décembre 2007, pourrait être une erreur typographique et qu'il est possible que le témoin, dans son récit, fasse référence à une seule et même date, celle du 30 décembre 2007. En tout état de cause, la Chambre fait observer que le témoin se montre extrêmement vague quant à la chronologie des allées et venues d'Uhuru Kenyatta, et que ses dires n'excluent pas que l'intéressé ait rencontré des membres des Mungiki au palais présidentiel le 30 décembre 2007.

3) Nairobi Club – 3 janvier 2008

341. La Chambre est en outre convaincue qu'il existe des motifs substantiels de croire que, le 3 janvier 2008, Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont rencontré des membres des Mungiki au Nairobi Club et leur ont ordonné de commettre les crimes reprochés.

342. La tenue de cette réunion est établie, au regard de la norme d'administration de la preuve applicable, par le témoignage d'OTP-4, qui y a assisté en qualité de représentant des Mungiki et qui en a donné un compte rendu détaillé. En particulier, ce témoin déclare que la réunion a commencé vers 9 heures, en présence de 12 personnes environ⁶⁴⁸. Le témoin mentionne spécifiquement la présence de Francis

⁶⁴⁷ Déclaration [REDACTED] (D13-20), KEN-D13-0005-0755, p. 0758 et 0759.

⁶⁴⁸ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0039.

Muthaura, d'Uhuru Kenyatta et de George Saitoti pour la coalition du PNU, et celle [REDACTED] Maina Diambo et [REDACTED] pour les Mungiki⁶⁴⁹. D'après lui, au début de la réunion, Francis Muthaura a dit aux Mungiki, en kikuyu, que puisque « [TRADUCTION] notre communauté » était prise pour cible dans la vallée du Rift, ils devaient « [TRADUCTION] se venger ou user de représailles »⁶⁵⁰. Ensuite, Uhuru Kenyatta a pris la parole pour demander à Maina Diambo si les Mungiki « [TRADUCTION] avaient des plans⁶⁵¹ ». Maina Diambo a confirmé que « [TRADUCTION] les “jeunes” étaient prêts » et que tout dépendait des « [TRADUCTION] représentants du Gouvernement »⁶⁵², avant de demander si la police contrecarrerait l'opération des Mungiki dans la vallée du Rift⁶⁵³. Le témoin déclare qu'à ce moment, Francis Muthaura a appelé Mohammed Ali et lui a dit en kiswahili sur un ton qui laissait penser qu'il lui donnait des instructions : « [TRADUCTION] Nos jeunes vont se rendre dans la vallée du Rift et nous ne voulons pas qu'ils soient dérangés⁶⁵⁴ ». Le témoin ajoute qu'Uhuru Kenyatta a dit aux représentants des Mungiki que des plans étaient en préparation et qu'une autre réunion se tiendrait à l'hôtel Blue Springs plus tard ce jour-là, pour discuter de la logistique des attaques que les Mungiki lanceraient dans la vallée du Rift et pour apporter l'argent à remettre aux Mungiki à cette fin⁶⁵⁵. En outre, selon le témoin, Uhuru Kenyatta a dit aux Mungiki [REDACTED] serait l'interlocuteur des Mungiki en charge de l'organisation des attaques à Nakuru⁶⁵⁶.

343. La Chambre observe que le 7 janvier 2008, quelques jours après la réunion au Nairobi Club, le NSIS a enregistré des mouvements spécifiques de la part des Mungiki. En effet, le rapport de situation du NSIS indique ce qui suit :

⁶⁴⁹ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0038 et 0039.

⁶⁵⁰ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0039.

⁶⁵¹ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0039.

⁶⁵² Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0039.

⁶⁵³ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0040.

⁶⁵⁴ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0040.

⁶⁵⁵ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0040 et 0041.

⁶⁵⁶ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0041.

[TRADUCTION] John Maina Njenga, chef de la secte mungiki, a ordonné aux coordonnateurs de la secte de procéder à des recrutements et à des cérémonies de prestation de serment en vue de préparer la participation aux échauffourées en cours dans certaines parties du pays. Parallèlement, des membres de la secte ont intensifié les achats d'armes avec lesquelles ils projettent d'exécuter la machination. Des membres des Mungiki ont été employés à [...] Nakuru [...] pour des missions de vengeance. [...] La secte semble avoir été revitalisée pour des missions de vengeance, d'où l'importance de mesures de répression prolongées⁶⁵⁷.

344. Enfin, la Chambre prend note du résumé de la déclaration du témoin OTP-1 qui affirme qu'après l'éclatement des violences, il y a eu une réunion des Mungiki avec des représentants du Gouvernement pour recruter les Mungiki « [TRADUCTION] en vue d'exercer des représailles contre les personnes tenues pour des partisans de l'ODM dans la vallée du Rift », et qu'Uhuru Kenyatta et Francis Muthaura étaient impliqués dans cette réunion⁶⁵⁸.

345. L'équipe de la Défense de Francis Muthaura comme celle d'Uhuru Kenyatta affirment qu'aucune réunion avec des membres des Mungiki n'a eu lieu le 3 janvier 2008 au Nairobi Club.

346. Tout d'abord, les deux équipes de la Défense contestent la crédibilité du témoin OTP-4 en relevant un certain nombre d'incohérences entre les informations données au Procureur et celles données auparavant à la CIPEV. En particulier, à l'instar de la Défense de Francis Muthaura⁶⁵⁹ et de celle d'Uhuru Kenyatta⁶⁶⁰, la Chambre relève que le témoin a affirmé dans sa déclaration à la CIPEV que la réunion avec des membres des Mungiki le 3 janvier 2008 s'était tenue au « Nairobi Safari Club » vers 11 heures, alors qu'il a déclaré au Procureur que la réunion s'était déroulée au « Nairobi Members' Club » à l'heure du petit-déjeuner et avait commencé vers 9 heures. La Chambre fait observer que le témoin donne une explication sur l'incohérence quant au nom du lieu de la réunion et qu'il confirme que celle-ci s'est bien tenue au « Nairobi Members' Club », dont il décrit

⁶⁵⁷ KEN-OTP-0002-0015, p. 0069 et 0070.

⁶⁵⁸ Résumé de la déclaration du témoin OTP-1, KEN-OTP-0053-0026, p. 0026.

⁶⁵⁹ ICC-01/09-02/11-374-Red, p. 14, par. 25.

⁶⁶⁰ ICC-01/09-02/11-372, p. 15, par. 30.

l'emplacement précis dans Nairobi⁶⁶¹ et l'intérieur⁶⁶². Elle observe également que le témoin OTP-4 a donné de nombreux détails sur l'heure de la réunion dans la déclaration faite au Procureur, comme des informations précises sur ce qu'il avait fait avant d'arriver à la réunion et sur le fait qu'il avait pris un « petit-déjeuner » dans la salle de réunion juste avant que celle-ci ne commence⁶⁶³. À l'inverse, sa déclaration à la CIPEV ne contient qu'une seule référence à l'heure de la réunion, à savoir l'heure à laquelle celle-ci devait commencer et dont il avait été informé la veille. Compte tenu de ce qui précède, la Chambre conclut qu'il n'existe pas d'incohérence qui remettrait en cause la déclaration du témoin pour ce qui est de la réunion en question.

347. La Chambre observe en outre que, comme l'a relevé la Défense de Mohammed Ali à l'audience, le témoin OTP-4 a déclaré à la CIPEV que « [TRADUCTION] l'assistante personnelle du Président » avait téléphoné à Mohammed Ali pendant la réunion du 3 janvier 2008⁶⁶⁴, alors qu'il a affirmé au Procureur que c'était Francis Muthaura qui avait passé cet appel⁶⁶⁵. La Chambre relève cependant que la déclaration à la CIPEV ne contient qu'une brève référence à l'appel téléphonique, tandis que celle au Procureur contient une description détaillée de la manière dont s'est déroulé l'appel, de ce qui a été discuté et de ce qui s'est passé avant et après. La Chambre conclut par conséquent qu'il n'existe pas d'incohérence qui l'empêcherait d'utiliser la déclaration du témoin OTP-4 pour se prononcer sur ce fait.

348. Pour contester qu'une réunion se soit tenue avec des membres des Mungiki au Nairobi Club, la Défense de Francis Muthaura s'appuie également sur i) plusieurs déclarations émanant de membres du personnel du club qui nient qu'une réunion s'y soit tenue dans la matinée du 3 janvier 2008, et ii) des éléments de preuve qui

⁶⁶¹ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0038. La Chambre appellera ce lieu le « Nairobi Club », puisqu'il s'agit de son nom exact, comme l'audience a permis de l'établir.

⁶⁶² Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0039.

⁶⁶³ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0038 et 0039.

⁶⁶⁴ KEN-OTP-0005-0484, p. 0494.

⁶⁶⁵ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0040.

indiqueraient que Francis Muthaura se trouvait ailleurs qu'au Nairobi Club au moment de la réunion.

349. S'agissant des membres du personnel du Nairobi Club, la Chambre observe que la Défense de Francis Muthaura produit les déclarations de David Waters (D12-39), [REDACTED] (D12-41) et [REDACTED] (D12-51). David Waters (D12-39), ancien président et actuel secrétaire du Nairobi Club, déclare avoir consulté les registres disponibles concernant le jour en question, qui indiquent que 11 personnes ont passé la nuit du 2 janvier 2008 au club⁶⁶⁶. La Chambre est d'avis que ce témoignage ne contredit pas le récit du témoin OTP-4 puisque David Waters (D12-39) admet qu'il n'était pas présent au club ce jour-là et qu'il fonde ses propos sur i) les registres dans lesquels sont inscrites les personnes qui ont passé la nuit au club – et non celles qui y ont pris leur petit-déjeuner et dont il semble n'exister aucune liste ; et ii) le fait qu'aucun des membres de son personnel « [TRADUCTION] ne se rappelle la présence d'un groupe d'environ 16 personnes, avec Uhuru Kenyatta, Francis Muthaura et George Saitoti prenant leur petit-déjeuner et parlant à un groupe de jeunes au restaurant le 3 janvier⁶⁶⁷ ».

350. [REDACTED] (D12-41), alors serveur, et [REDACTED] (D12-51), [REDACTED], sont l'un et l'autre toujours employés par le Nairobi Club et déclarent qu'ils étaient présents le matin du 3 janvier 2008⁶⁶⁸. Les deux témoins se souviennent que ce matin-là, le petit-déjeuner n'a été servi qu'à un groupe de 10 ou 11 personnes, et que ni Francis Muthaura ni Uhuru Kenyatta n'étaient de la partie⁶⁶⁹. La Chambre relève que les témoins ne donnent pas le nom des personnes qui d'après leurs souvenirs ont pris leur petit-déjeuner ce matin-là, « [TRADUCTION] en raison de la politique du club⁶⁷⁰ » qui, aux dires de David Waters (D12-39),

⁶⁶⁶ Déclaration de David Waters (D12-39), KEN-D12-0003-0111, p. 0112.

⁶⁶⁷ Déclaration de David Waters (D12-39), KEN-D12-0003-0111, p. 0112.

⁶⁶⁸ Déclaration [REDACTED] (D12-41), KEN-D12-0008-0039, p. 0041 ; déclaration [REDACTED] (D12-51), KEN-D12-0012-0001, p. 0003.

⁶⁶⁹ Déclaration [REDACTED] (D12-41), KEN-D12-0008-0039, p. 0041 ; déclaration [REDACTED] (D12-51), KEN-D12-0012-0001, p. 0003.

⁶⁷⁰ Déclaration [REDACTED] (D12-51), KEN-D12-0012-0001, p. 0003.

« [TRADUCTION] n'autorise pas la divulgation à des tiers de la moindre information sur les activités des membres⁶⁷¹ ». Ce point est confirmé par la lettre de nomination [REDACTED] (D12-41), laquelle contient une clause contractuelle lui interdisant de divulguer toute information confidentielle à quiconque ne serait pas habilité à la recevoir⁶⁷². Compte tenu de ce qui précède, la Chambre est d'avis que les déclarations de ces témoins n'ont pas d'incidence décisive sur l'appréciation des faits considérés.

351. La Défense de Francis Muthaura se propose également de démontrer que le 3 janvier 2008 au matin, Francis Muthaura se trouvait à Harambee House pour une réunion du comité consultatif sur la sécurité nationale (*National Security Advisory Committee*, NSAC). Pour ce faire, elle s'appuie sur le procès-verbal de ladite réunion⁶⁷³. La Chambre observe que, contrairement à ce qu'affirme la Défense, le procès-verbal montre que la réunion du NSAC était prévue pour 9 h 15, mais n'a commencé qu'à 9 h 50⁶⁷⁴, ce qui laissait à Francis Muthaura le temps d'assister d'abord à la réunion avec les Mungiki au Nairobi Club, qui selon le témoin OTP-4, aurait commencé vers 9 heures et n'aurait duré que le temps du petit-déjeuner.

352. La Défense de Francis Muthaura s'appuie également sur la déclaration d'Alfred Mutua (D12-2), qui affirme que Francis Muthaura n'aurait pu participer à la réunion au Nairobi Club le matin du 3 janvier 2008. La Chambre observe qu'Alfred Mutua déclare avoir vu Francis Muthaura vers 8 h 30 ce jour-là et se souvenir que celui-ci est entré dans la salle de réunion du NSAC vers 9 heures⁶⁷⁵. Étant donné que le témoin explique se souvenir de ces circonstances particulières « [TRADUCTION] parce qu'[il] voyait [Francis Muthaura] presque chaque jour⁶⁷⁶ », et que, même s'il déclare expressément avoir vu Francis Muthaura entrer dans la salle de réunion du

⁶⁷¹ Déclaration de David Waters (D12-39), KEN-D12-0003-0111, p. 0113.

⁶⁷² Déclaration [REDACTED] (D12-41), KEN-D12-0008-0043, p. 0044.

⁶⁷³ KEN-D12-0001-0055.

⁶⁷⁴ KEN-D12-0001-0055, p. 0056.

⁶⁷⁵ Déclaration d'Alfred Mutua (D12-2), KEN-D12-0001-0330, p. 0331.

⁶⁷⁶ Déclaration d'Alfred Mutua (D12-2), KEN-D12-0001-0330, p. 0331.

NSAC à 9 heures, il ne se souvient pas s'il a lui-même assisté à cette réunion⁶⁷⁷, la Chambre conclut que la déclaration d'Alfred Mutua, en ce qu'elle porte sur ses souvenirs des événements survenus le matin du 3 janvier 2008, est sélective et repose sur des conjectures, et qu'elle ne remet donc pas en cause le récit du témoin OTP-4 concernant la réunion au Nairobi Club, tel que corroboré par d'autres sources indépendantes.

353. La Défense de Francis Muthaura s'appuie en outre sur les déclarations d'Hyslop Ipu (D12-46), Isaiya Kabira (D12-53) et Alfred Mutua (D12-2), qui déclarent que le 3 janvier 2008, ils préparaient avec l'intéressé un discours pour le Président⁶⁷⁸. Cependant, la Chambre relève que, comme l'ont expliqué expressément deux de ces témoins — Hyslop Ipu (D12-46) et Alfred Mutua (D12-2) — le discours a été rédigé l'après-midi, après 13 heures⁶⁷⁹. La Chambre fait observer que si le troisième témoin — Isaiya Kabira (D12-53) — ne donne pas d'heure, il confirme cependant que lorsqu'il préparait le discours du Président avec Francis Muthaura, Hyslop Ipu (D12-46) était également présent, ce qui indique que cette activité s'est bien déroulée l'après-midi du 3 janvier 2008⁶⁸⁰. Par conséquent, aucun de ces témoignages ne fait référence au matin, soit le moment où la réunion au Nairobi Club s'est déroulée selon le témoin OTP-4. Partant, ils ne permettent pas d'exclure que Francis Muthaura ait assisté à la réunion.

354. La Défense de Francis Muthaura présente également à la Chambre les déclarations faites par Frederick Mbogoh (D12-16), conseiller pour la sécurité/chauffeur de Francis Muthaura, et par Daniel Mumira (D12-22), chef de la sécurité de Francis Muthaura. Les deux témoins déclarent qu'aucun agent de sécurité ou chauffeur de Francis Muthaura ne les a informés que ce dernier s'était rendu au

⁶⁷⁷ Déclaration d'Alfred Mutua (D12-2), KEN-D12-0001-0330, p. 0331.

⁶⁷⁸ Déclaration d'Hyslop Ipu (D12-46), KEN-D12-0010-0001, p. 0017 ; déclaration d'Isaiya Kabira (D12-53), KEN-D12-0016-0001, p. 0005 ; déclaration d'Alfred Mutua (D12-2), KEN-D12-0001-0330, p. 0331 et 0332.

⁶⁷⁹ Déclaration d'Hyslop Ipu (D12-46), KEN-D12-0010-0001, p. 0017 ; déclaration d'Alfred Mutua (D12-2), KEN-D12-0001-0330, p. 0331.

⁶⁸⁰ Déclaration d'Isaiya Kabira (D12-53), KEN-D12-0016-0001, p. 0005.

Nairobi Club⁶⁸¹. Indépendamment du fait que Daniel Mumira (D12-22) évoque clairement le Nairobi Safari Club, et non le Nairobi Club⁶⁸², la Chambre conclut que ces deux témoignages reposent sur des conjectures, et non sur les souvenirs précis que les témoins ont des faits litigieux. De fait, la Chambre ne peut admettre que ces deux témoins aient eu en permanence connaissance de tous les faits et gestes de Francis Muthaura.

355. De plus, la Chambre fait observer que pendant l'audience de confirmation des charges, la Défense de Francis Muthaura a contesté le récit du témoin OTP-4 en affirmant qu'aucun appel téléphonique n'avait été passé entre Francis Muthaura et Mohammed Ali⁶⁸³. La Défense s'appuie sur des relevés téléphoniques et des informations obtenus auprès de deux témoins, [REDACTED] (D12-40) et Beatrice Muriithi (D12-42). La Chambre n'a pas identifié de circonstances susceptibles de mettre en doute l'authenticité des relevés téléphoniques communiqués. Néanmoins, elle fait observer que les preuves sur lesquelles s'appuie le Procureur ne contiennent pas de référence spécifique au numéro de téléphone à partir duquel Francis Muthaura aurait passé son appel ; par conséquent, il n'est guère utile d'établir que, au vu des relevés téléphoniques, Francis Muthaura n'aurait passé aucun appel téléphonique à Mohammed Ali depuis ce seul numéro de téléphone. De fait, la Chambre juge possible que Francis Muthaura ait utilisé d'autres numéros de téléphone, comme le laisse supposer le fait que le numéro de téléphone dont les relevés ont été produits par la Défense de Francis Muthaura n'est pas enregistré au nom de ce dernier⁶⁸⁴ et que ces relevés ne font apparaître qu'un nombre relativement faible d'appels. Dans le cadre de l'appréciation de ce fait, la Chambre n'est pas convaincue par ce que déclare Beatrice Muriithi (D12-42), à savoir que « [TRADUCTION] Francis Muthaura n'a qu'un seul téléphone portable⁶⁸⁵ », vu que cette déclaration n'exclut pas la possibilité qu'il ait utilisé un autre numéro de

⁶⁸¹ Déclaration de Frederick Mbogoh (D12-16), KEN-D12-0002-0026, p. 0027 ; déclaration de Daniel Mumira (D12-22), KEN-D12-0001-0324, p. 0326.

⁶⁸² Déclaration de Daniel Mumira (D12-22), KEN-D12-0001-0324, p. 0326.

⁶⁸³ ICC-01/09-02/11-T-7, p. 30, ligne 16, à p. 31, ligne 9.

⁶⁸⁴ Déclaration [REDACTED] (D12-40), KEN-D12-0008-0031, p. 0032.

⁶⁸⁵ Déclaration de Beatrice Muriithi (D12-42), KEN-D12-0011-0001, p. 0002.

téléphone sans qu'elle le sache et vu également la position de pouvoir de l'intéressé vis-à-vis d'elle.

356. Enfin, la Défense de Francis Muthaura conteste le récit du témoin OTP-4, en affirmant que Francis Muthaura est meru et que, par conséquent, i) il ne parle pas kikuyu⁶⁸⁶, et ii) il est impossible qu'il ait parlé des Kikuyu en disant « [TRADUCTION] notre communauté⁶⁸⁷ ». Pour étayer le premier argument, la Défense s'appuie sur la déclaration de Beatrice Muriithi (D12-42). Cependant, la Chambre fait observer que celle-ci dit clairement n'avoir jamais *entendu* Francis Muthaura parler kikuyu, et ne suggère absolument pas qu'il n'est pas capable de le parler⁶⁸⁸. De surcroît, la Chambre fait observer que, d'après les éléments de preuve, les Kikuyu et les Meru se comprennent⁶⁸⁹.

357. S'agissant du second argument soulevé par la Défense de Francis Muthaura, la Chambre considère que les preuves spécifiques se rapportant à la participation de Francis Muthaura à la réunion du 3 janvier 2008 au Nairobi Club, et plus généralement à la commission par lui des crimes reprochés, doivent l'emporter sur l'argument générique selon lequel son appartenance ethnique ne cadre pas avec l'animosité ethnique qui sous-tendrait les violences postélectorales et la présente espèce.

358. Pendant l'audience de confirmation des charges, Uhuru Kenyatta a déclaré qu'il n'avait assisté à aucune réunion avec des membres des Mungiki au Nairobi Club le 3 janvier 2008, et que ce jour-là il était « [TRADUCTION] essentiellement » et « [TRADUCTION] principalement » à son domicile pour des raisons de sécurité⁶⁹⁰. Pour étayer cette affirmation, la Défense d'Uhuru Kenyatta s'appuie sur les déclarations de deux témoins. [REDACTED] (D13-20) déclare que le matin du 3 janvier, il se trouvait avec Uhuru Kenyatta dans le « [TRADUCTION] périmètre »

⁶⁸⁶ ICC-01/09-02/11-T-7, p. 48, lignes 10 à 12.

⁶⁸⁷ ICC-01/09-02/11-T-7, p. 48, lignes 8 à 11.

⁶⁸⁸ Déclaration de Beatrice Muriithi (D12-42), KEN-D12-0011-0001, p. 0002.

⁶⁸⁹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1387, p. 1388 et 1389 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0426, p. 0433.

⁶⁹⁰ ICC-01/09-02/11-T-11-Red-ENG, p. 34, lignes 14 à 21.

de la maison de celui-ci, « [TRADUCTION] attendant de voir ce qui se dégagerait du meeting [annoncé de l'ODM] » et qu'en milieu de matinée, trois autres personnes les avaient rejoints⁶⁹¹. Cependant, la Chambre relève que la déclaration [REDACTED] (D13-20) a un caractère très général et qu'elle n'exclut pas en soi la possibilité qu'Uhuru Kenyatta se soit absenté brièvement de la maison pour participer à la réunion au Nairobi Club tôt le matin. Le second témoin, [REDACTED] (D13-6) déclare s'être rendu au domicile d'Uhuru Kenyatta à l'heure du déjeuner⁶⁹², et donc pas à l'heure à laquelle se serait tenue la réunion avec les Mungiki au Nairobi Club. Par conséquent, de l'avis de la Chambre, les preuves sur lesquelles s'appuie Uhuru Kenyatta n'excluent pas qu'il ait assisté à la réunion au Nairobi Club mentionnée par le témoin OTP-4.

359. Enfin, la Chambre relève que la Défense d'Uhuru Kenyatta comme celle de Mohammed Ali déclarent que le Nairobi Club est un club exclusif réservé à ses membres⁶⁹³. La Chambre note cependant que, comme l'ont indiqué les témoins sur lesquels s'appuie la Défense de Francis Muthaura, les membres peuvent faire entrer des visiteurs⁶⁹⁴. De plus, il est important de relever que le témoin OTP-4 n'affirme pas qu'ils ont été présentés comme des membres des Mungiki.

c) Accord de Maina Njenga avec Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta

360. La Chambre note que les éléments de preuve montrent que pendant les réunions susmentionnées — que ce soit avec Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ou avec des personnes agissant comme leurs intermédiaires — des membres des Mungiki étaient présents au nom de leur chef suprême, Maina Njenga. En particulier, les témoins OTP-4, OTP-11 et OTP-12 donnent les noms de plusieurs personnes qui ont participé aux préparatifs ayant abouti au plan commun visant à commettre les

⁶⁹¹ Déclaration [REDACTED] (D13-20), KEN-D13-0005-0755, p. 0760.

⁶⁹² Déclaration [REDACTED] (D13-6), KEN-D13-0005-0408, p. 0412.

⁶⁹³ ICC-01/09-02/11-T-10-ENG, p. 82, lignes 9 à 23 ; ICC-01/09-02/11-T-13-ENG, p. 19, lignes 10 à 17.

⁶⁹⁴ Déclaration [REDACTED] (D12-41), KEN-D12-0008-0039, p. 0040 ; déclaration [REDACTED] [REDACTED] (D12-51), KEN-D12-0012-0001, p. 0002. La Chambre fait observer qu'à l'audience, Uhuru Kenyatta a déclaré qu'il était membre du Nairobi Club, voir ICC-01/09-02/11-T-11-Red-ENG, p. 34, ligne 8.

crimes à Nakuru et Naivasha ; ils ont invariablement déclaré que ces personnes agissaient comme mandataires de Maina Njenga et qu'elles étaient en contact permanent avec lui pour recevoir des instructions⁶⁹⁵.

361. La Chambre renvoie ici à sa précédente conclusion selon laquelle, à l'époque considérée, Maina Njenga exerçait un contrôle exclusif sur l'organisation des Mungiki⁶⁹⁶.

362. Comme indiqué plus haut, la Chambre relève que les éléments de preuve montrent que la coalition du PNU a consenti ou promis un certain nombre de concessions à Maina Njenga, lequel a finalement donné son accord au plan commun avec Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta en échange de celles-ci.

363. En particulier, les preuves présentées montrent que, par deux fois au moins, une somme d'argent considérable a été remise à Maina Njenga pour qu'il accepte le plan commun et mette les services des Mungiki à la disposition de la coalition du PNU aux fins de la commission des crimes. À cet égard, OTP-11 déclare que, vers la mi-décembre 2007, Maina Njenga a reçu 8 millions de shillings kényans du « [TRADUCTION] palais présidentiel », c'est-à-dire d'Uhuru Kenyatta, selon le témoin⁶⁹⁷. Il explique en outre que, sur cette somme, 2 millions étaient censés être partagés entre les chefs mungiki en contact direct avec la coalition du PNU (c'est-à-dire « [TRADUCTION] les chefs mungiki qui savaient ce qui se passait ce jour-là, car Uhuru Kenyatta n'était pas seul là-bas »)⁶⁹⁸. Le témoin OTP-12 fait le même récit, confirmant que 8 millions de shillings kényans ont été portés à Maina Njenga en prison et que la personne qui lui a remis cet argent était envoyée par Uhuru Kenyatta⁶⁹⁹.

⁶⁹⁵ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0013. Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1278 et 1279 ; KEN-OTP-0052-1292, p. 1295 et 1296 ; KEN-OTP-0052-1557, p. 1562 et 1563 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0272, p. 0294 ; KEN-OTP-0060-0299, p. 0304 à 0310 ; KEN-OTP-0060-0325, p. 0333 et 0334.

⁶⁹⁶ Voir *supra*, par. 191 à 194.

⁶⁹⁷ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1296 ; KEN-OTP-0052-1523, p. 1528.

⁶⁹⁸ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1296 ; KEN-OTP-0052-1523, p. 1528.

⁶⁹⁹ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0272, p. 0297.

364. Le témoin OTP-12 déclare que, fin janvier 2008, avant que les crimes ne soient perpétrés à Naivasha, Maina Njenga a reçu la somme supplémentaire de 20 millions de shillings kényans, qui lui a été remise là encore en prison par Maina Diambo et [REDACTED], accompagnés [REDACTED], envoyé à cette fin par Uhuru Kenyatta⁷⁰⁰. Il affirme également que c'est après avoir reçu cet argent que les Mungiki ont attaqué « [TRADUCTION] les Luo » à Naivasha⁷⁰¹. Le témoin OTP-11 confirme lui aussi que 20 millions de shillings kényans ont bien été remis à Maina Njenga⁷⁰².

365. Les éléments de preuve présentés montrent en outre que Maina Njenga a accepté le plan commun en échange non seulement de concessions financières, mais aussi de la promesse que les exécutions extrajudiciaires de membres des Mungiki cesseraient et que lui-même sortirait de prison.

366. En ce qui concerne la cessation des exécutions extrajudiciaires de membres des Mungiki, la Chambre rappelle que, selon le témoin OTP-4, il s'agit de l'une des demandes formulées le 26 novembre 2007 par les représentants des Mungiki en échange de leur soutien à la campagne de la coalition du PNU⁷⁰³. Le même témoin ajoute que les exécutions extrajudiciaires ont en effet cessé en novembre 2007, après la réunion au palais présidentiel, pour reprendre vers le mois de février 2008⁷⁰⁴. La promesse de mettre un terme aux exécutions extrajudiciaires afin d'obtenir le soutien des Mungiki et le fait qu'elles ont bien cessé entre novembre 2007 et février 2008 sont confirmés par les déclarations des témoins OTP-11 et OTP-12⁷⁰⁵.

367. De plus, selon le témoin OTP-4, la libération de Maina Njenga figurait au nombre des demandes formulées par les représentants des Mungiki à la réunion

⁷⁰⁰ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0074, p. 0089 ; KEN-OTP-0060-0272, p. 0297 ; KEN-OTP-0060-0325, p. 0333 et 0334.

⁷⁰¹ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0074, p. 0089 ; KEN-OTP-0060-0272, p. 0297 ; KEN-OTP-0060-0325, p. 0333 et 0334.

⁷⁰² Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1295 ; KEN-OTP-0052-1523, p. 1527.

⁷⁰³ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0033.

⁷⁰⁴ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0028 ; KEN-OTP-0051-1045, p. 1055.

⁷⁰⁵ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1284 ; KEN-OTP-0052-1292, p. 1298. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0453, p. 0465.

tenue au palais présidentiel le 26 novembre 2007⁷⁰⁶. Les témoins OTP-11 et OTP-12 confirment tous deux que la coalition du PNU, par l'intermédiaire [REDACTED], avait promis aux chefs mungiki que Maina Njenga serait libéré s'il acceptait ce qui était exigé des Mungiki⁷⁰⁷. De fait, selon le témoin OTP-11, une somme importante a été remise à Maina Njenga après qu'il se fut plaint que la coalition du PNU n'avait pas respecté l'accord conclu sur sa libération⁷⁰⁸.

368. Les éléments de preuve montrent qu'en échange de ces concessions, Maina Njenga a accepté le plan commun et mis les Mungiki à la disposition de Francis Muthaura et d'Uhuru Kenyatta⁷⁰⁹. À cet égard, la Chambre rappelle, comme exposé plus haut, que les Mungiki sont une organisation dotée d'une structure hiérarchique et que Maina Njenga en est le chef absolu⁷¹⁰. Les témoignages d'OTP-4, OTP-9, OTP-11 et OTP-12 révèlent également que Maina Njenga a continué d'agir en tant que chef suprême des Mungiki pendant sa détention⁷¹¹ et qu'il a ordonné aux membres des Mungiki de coopérer avec Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta⁷¹², lesquels ont alors obtenu le contrôle des Mungiki aux fins de la commission des crimes à Nakuru et Naivasha et pour la durée de celle-ci. Comme exposé plus haut, ce contrôle a ensuite été exercé lorsque Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont activé les Mungiki et leur ont ordonné de commettre les crimes à Nakuru et Naivasha⁷¹³.

⁷⁰⁶ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0033.

⁷⁰⁷ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1287 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0453, p. 0467.

⁷⁰⁸ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1295 et 1296.

⁷⁰⁹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1276, p. 1287 ; KEN-OTP-0052-1331, p. 1333 ; KEN-OTP-0052-1469, p. 1480, KEN-OTP-0052-1523, p. 1526. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0074, p. 0089 ; KEN-OTP-0060-0365, p. 0368 ; KEN-OTP-0060-0426, p. 0437.

⁷¹⁰ Voir *supra*, par. 190 à 204.

⁷¹¹ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0012 ; déclaration du témoin OTP-9, KEN-OTP-0059-0200, p. 0209 ; déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1295 ; KEN-OTP-0052-1523, p. 1526. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0226, p. 0242 à 0244 ; KEN-OTP-0060-0250, p. 0252 ; KEN-OTP-0060-0426, p. 0436 et 0437.

⁷¹² Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1295 ; KEN-OTP-0052-1433, p. 1449, KEN-OTP-0052-1469, p. 1480. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0074, p. 0089, KEN-OTP-0060-0325, p. 0334 ; KEN-OTP-0060-0365, p. 0368, KEN-OTP-0060-0426, p. 0437.

⁷¹³ Voir *supra*, par. 333 à 359.

369. La Chambre relève que l'équipe de la Défense de Francis Muthaura comme celle d'Uhuru Kenyatta affirment que, contrairement à ce que montrent les preuves présentées par le Procureur, les Mungiki ont en réalité soutenu l'ODM lors des élections générales de 2007⁷¹⁴. Pour étayer cette affirmation, la Défense de Francis Muthaura s'appuie sur i) une interview vidéo de Maina Njenga⁷¹⁵, ii) le rapport du NSIS daté du 14 janvier 2008⁷¹⁶, iii) la déclaration du témoin OTP-12⁷¹⁷, et iv) la déclaration [REDACTED] (D12-37)⁷¹⁸.

370. Tout d'abord, la Chambre fait observer que l'enregistrement vidéo de l'interview dans laquelle Maina Njenga a déclaré avoir personnellement soutenu la candidature de Raila Odinga à la présidentielle en 2007 est daté du 29 octobre 2009, soit près de deux ans après les faits. Par conséquent, aucune conclusion ne saurait être tirée de cet enregistrement concernant la question à l'examen⁷¹⁹.

371. S'agissant de la déclaration du témoin OTP-12, la Chambre observe que la Défense s'appuie sur un certain nombre de phrases dans lesquelles le témoin dit qu'en général, les membres des Mungiki, lui compris, ont voté pour Raila Odinga aux élections de 2007⁷²⁰. Mais le témoin explique dans le même temps que les Mungiki favorables au PNU étaient ceux qui avaient été « [TRADUCTION] payés et engagés⁷²¹ ». De plus, le témoin OTP-11 déclare que les membres des Mungiki, bien que divisés quant au vote proprement dit, souhaitent en tout état de cause manifester leur soutien au PNU⁷²². De même, les témoins OTP-11 et OTP-12 font des récits concordants quant à au moins un événement remontant à novembre 2007, où plus de 10 000 Mungiki ont fait campagne pour une personnalité politique de la

⁷¹⁴ ICC-01/09-02/11-T-6-ENG, p. 67, lignes 20 à 25 ; ICC-01/09-02/11-T-10-ENG, p. 50, lignes 10 à 15.

⁷¹⁵ KEN-D12-0009-0005.

⁷¹⁶ KEN-OTP-0002-0015, p. 0058.

⁷¹⁷ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0112, p. 0115 ; KEN-OTP-0060-0171, p. 0191, KEN-OTP-0060-0453, p. 0458.

⁷¹⁸ Déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0420.

⁷¹⁹ KEN-D12-0009-0005.

⁷²⁰ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0112, p. 0115 ; KEN-OTP-0060-0171, p. 0191, KEN-OTP-0060-0453, p. 0458.

⁷²¹ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0453, p. 0458.

⁷²² Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1469, p. 1480.

coalition du PNU, uniquement parce que Maina Njenga le leur avait ordonné et en dépit de l'animosité générale que les Mungiki et cette personne se témoignaient. En retour, Maina Njenga a reçu de cette personnalité 3 millions de shillings kényans⁷²³.

372. La Chambre estime que les opinions politiques personnelles des membres des Mungiki ne sont pas pertinentes. Il est uniquement nécessaire d'établir si Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont utilisé les Mungiki aux fins de la commission des crimes. En effet, pour que les crimes commis par les Mungiki soient imputés à Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta, il n'est pas nécessaire que les membres des Mungiki aient partagé le dessein ou les motivations des suspects ; bien au contraire, dans le cadre de la coaction indirecte, les personnes par l'intermédiaire desquelles les crimes sont commis sont de simples instruments aux mains des auteurs principaux. Par conséquent, que certains membres des Mungiki aient commis les crimes en question contre les personnes tenues pour des partisans de l'ODM, tout en ayant supposément voté pour l'ODM et non pour le PNU, ne fait que confirmer que les attaques de représailles n'étaient pas une « [TRADUCTION] cause mungiki », mais que des membres des Mungiki ont été mobilisés moyennant finances et parce qu'ils en avaient reçu l'ordre de leur chef, Maina Njenga.

373. La même considération s'applique en ce qui concerne le rapport du NSIS invoqué par la Défense de Francis Muthaura, dans lequel il est écrit que certains membres des Mungiki « [TRADUCTION] soutiendraient l'appel à une action massive lancé par l'ODM⁷²⁴ ».

374. De même, la Chambre estime que l'affirmation [REDACTED] (D12-37) selon laquelle « [TRADUCTION] pendant la période électorale de 2007-2008, les Mungiki étaient entièrement du côté de l'ODM⁷²⁵ », n'est guère utile pour se prononcer sur la question considérée. Elle a en outre déjà précisé qu'il ne serait accordé qu'une valeur probante faible aux déclarations faites par ce témoin à

⁷²³ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0272, p. 0294 ; KEN-OTP-0060-0299, p. 0304 à 0310.

⁷²⁴ KEN-OTP-0002-0015, p. 0058.

⁷²⁵ Déclaration [REDACTED] (D12-37), KEN-D12-0001-0412, p. 0420.

propos de la participation des Mungiki aux violences postélectorales⁷²⁶, et elle relève ici que le témoin prétend connaître les opinions politiques des membres des Mungiki alors même qu'il nie avoir fait partie de l'organisation à l'époque considérée.

d) Rôle de Francis Muthaura et d'Uhuru Kenyatta dans les événements ayant abouti à la commission des crimes à Nakuru et Naivasha ou alentour

375. Comme exposé plus haut, il ressort des éléments de preuve qu'au cours de la réunion du 3 janvier 2008 au Nairobi Club, Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont ordonné aux Mungiki de commettre les crimes à Nakuru et Naivasha⁷²⁷. La commission des crimes a donc été déclenchée par une instruction précise donnée par Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta, en vertu de l'autorité que leur conférait l'accord conclu avec Maina Njenga. Comme le témoin OTP-4 l'a déclaré à ce propos, les Mungiki étaient en fait prêts à agir et attendaient seulement que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta leur en donnent l'ordre, ce qui a fini par se produire⁷²⁸.

376. Néanmoins, autant la Chambre est d'avis que l'activation du mécanisme ayant conduit à la commission physique des crimes est la contribution la plus importante que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont apportée aux crimes, autant elle est convaincue que les preuves présentées montrent d'autres formes de contribution.

377. En particulier, s'agissant du rôle de Francis Muthaura dans la commission des crimes, la Chambre considère, comme expliqué plus haut, que la contribution de l'intéressé a principalement consisté à obtenir le soutien des Mungiki et à leur ordonner de commettre les crimes à Nakuru et Naivasha. Elle garde toutefois à l'esprit les preuves qui établissent, au regard de la norme d'administration de la preuve applicable, que Francis Muthaura a également fourni au nom de la coalition du PNU un appui institutionnel à la perpétration des crimes, en recourant aux outils dont il disposait en vertu de son autorité de fait.

⁷²⁶ Voir *supra*, par. 190 à 204.

⁷²⁷ Voir *supra*, par. 341 à 359.

⁷²⁸ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0039.

378. En particulier, la Chambre rappelle qu'il ressort des éléments de preuve qu'en novembre 2007, Francis Muthaura est intervenu pour faire libérer des membres des Mungiki arrêtés lors d'un meeting à Murang'a⁷²⁹. Alors qu'une relation se mettait en place entre les Mungiki et la coalition du PNU, celui-ci a reçu les exigences formulées au nom des Mungiki et a été chargé d'en assurer le suivi⁷³⁰. En outre, des éléments de preuve montrent qu'il était en définitive chargé de veiller à ce que les assaillants à Nakuru reçoivent des armes et des uniformes provenant du palais présidentiel de Nakuru⁷³¹. Sur ce point, la Chambre rappelle qu'elle a conclu plus haut que pendant l'attaque à Nakuru, les Mungiki avaient utilisé des uniformes et des armes de la police administrative, provenant du palais présidentiel de Nakuru et distribués à cette fin⁷³².

379. De plus, bien que la Chambre n'ait pas conclu que la police kényane avait participé à l'attaque des Mungiki à Nakuru et Naivasha ou alentour, elle considère que la déclaration du témoin OTP-4, lequel a affirmé que Francis Muthaura avait téléphoné à Mohammed Ali pendant la réunion du 3 janvier 2008 pour lui ordonner de veiller à ce que la police ne vienne pas contrecarrer les assaillants⁷³³, est révélatrice du rôle général joué par Francis Muthaura dans la commission des crimes.

380. La Défense de Francis Muthaura a contesté toutes les allégations selon lesquelles celui-ci avait une quelconque autorité sur une partie du Gouvernement kényan, quelle qu'elle soit, faisant valoir qu'il n'était tout simplement pas en position d'exécuter les actions que lui attribue le Procureur⁷³⁴.

381. La Défense s'appuie tout d'abord sur une série de témoignages dont il ressort que le NSAC était un organe consultatif et non un organe décisionnel⁷³⁵. Sur cette

⁷²⁹ Voir *supra*, par. 305 et 306.

⁷³⁰ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0033 et 0034.

⁷³¹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1469, p. 1470.

⁷³² Voir *supra*, par. 168 à 173.

⁷³³ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0040.

⁷³⁴ ICC-01/09-02/11-T-7, p. 63, ligne 7, à p. 71, ligne 5. ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 86 à 98.

⁷³⁵ Déclaration de Mwai Kibaki (D12-13), KEN-D12-0001-0444, p. 0446 ; déclaration d'Amos Wako (D12-35), KEN-D12-0003-0093, p. 0096 et 0097 ; déclaration de Michael Gichangi (D12-4), KEN-D12-0001-0401, p. 0405 et 0406 ; déclaration de Jeremiah Kianga (D12-12), KEN-D12-0001-0291, p. 0293 ;

base, elle soutient que Francis Muthaura n'aurait pas pu commettre de crimes en qualité de Président du NSAC⁷³⁶. La Chambre accueille ces témoignages comme crédibles, mais considère qu'ils ne sont pas déterminants, puisque le Procureur n'affirme pas que Francis Muthaura a commis les crimes allégués dans l'exercice de ses fonctions officielles de Président du NSAC.

382. La Défense s'appuie également sur des témoins offrant des informations plus générales concernant l'absence alléguée d'autorité de Francis Muthaura dans le Gouvernement kényan⁷³⁷. Cependant, compte tenu de la nature de la présente espèce et plus particulièrement de l'implication alléguée de la coalition du PNU, la Chambre considère que les déclarations desdits témoins ne sont pas déterminantes pour cette question, étant donné qu'elles émanent de personnes actuellement ou précédemment affiliées au Gouvernement kényan, lesquelles ont naturellement un intérêt dans l'issue de la présente affaire.

383. Au contraire, la Chambre est d'avis que les preuves établissent, au regard de la norme d'administration de la preuve applicable, que Francis Muthaura possédait une autorité de fait suffisante qui lui a permis de garantir un appui institutionnel à la commission des crimes, comme il est dit plus haut. Cette conclusion est étayée par la déclaration des témoins OTP-4 et OTP-11⁷³⁸.

384. En ce qui concerne plus particulièrement le rôle joué par Uhuru Kenyatta dans la phase d'exécution du plan commun, les preuves présentées montrent que l'intéressé était chargé de fournir un appui logistique et financier aux auteurs directs des crimes, comme expliqué ci-dessous.

déclaration de Cyrus Gituai (D12-5), KEN-D12-0002-0001, p. 0003 ; déclaration de Titus Gateere (D12-3), KEN-D12-0002-0210, p. 0212 et 0213 ; ICC-01/09-02/11-T-9-Red, p. 29, ligne 20, à p. 31, ligne 5.

⁷³⁶ ICC-01/09-02/11-T-7, p. 63, ligne 7, à p. 71, ligne 5. ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 86, 95, 96 et 98.

⁷³⁷ Déclaration d'Amos Wako (D12-35), KEN-D12-0003-0093, p. 0098 et 0099 ; déclaration de Mwai Kibaki (D12-13), KEN-D12-0001-0444, p. 0446 ; déclaration de Michael Gichangi (D12-4), KEN-D12-0001-0401, p. 0405 ; déclaration de Jeremiah Kianga (D12-12), KEN-D12-0001-0291, p. 0294 ; déclaration de Titus Gateere (D12-3), KEN-D12-0002-0210, p. 0212 ; déclaration de Daniel Arap Moi (D12-18), KEN-D12-0002-0195, p. 0199 ; déclaration de Francis Kimemia (D12-14), KEN-D12-0001-0301, p. 0302 et 0303.

⁷³⁸ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0034 et 0040. Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1451, p. 1466 ; KEN-OTP-0052-1451-1469, p. 1470.

385. En particulier, s'agissant de l'attaque à Nakuru, le témoin OTP-11 affirme qu'Uhuru Kenyatta a donné [REDACTED] la somme de 3,3 millions de shillings kényans, dont une partie a par la suite été consacrée à l'achat d'armes à feu pour cette attaque⁷³⁹. Il ajoute [REDACTED] a coordonné les Mungiki à Nakuru, sous la direction d'Uhuru Kenyatta⁷⁴⁰. Ce point est confirmé par la déclaration du témoin OTP-12, lequel affirme qu'Uhuru Kenyatta a chargé [REDACTED] de coordonner les Mungiki en vue de l'attaque à Nakuru⁷⁴¹, et qu'il l'a aussi conseillé sur la manière d'obtenir les fonds nécessaires à l'achat des armes destinées aux assaillants à Nakuru⁷⁴². De surcroît, comme exposé plus haut, le témoin OTP-4 a déclaré qu'Uhuru Kenyatta a expressément dit aux représentants des Mungiki lors de la réunion du 3 janvier 2008 au Nairobi Club que le coordonnateur de l'attaque à Nakuru serait [REDACTED]⁷⁴³. Sur ce point, la Chambre rappelle qu'elle a précédemment conclu que l'attaque des Mungiki à Nakuru était bien coordonnée par [REDACTED], qui avait, dans le cadre des préparatifs de l'attaque, acheté des armes à distribuer aux Mungiki en même temps que celles reçues du palais présidentiel de Nakuru⁷⁴⁴.

386. Quant à Naivasha, le témoin OTP-11 déclare qu'Uhuru Kenyatta a remis 3,3 millions de shillings kényans [REDACTED] afin qu'elle y coordonne la commission des crimes⁷⁴⁵. Cette remise de fonds est également corroborée par la déclaration du témoin OTP-12⁷⁴⁶. Les éléments de preuve montrent que le commandement logistique des Mungiki en vue de la commission des crimes à Naivasha avait été confié [REDACTED]⁷⁴⁷.

⁷³⁹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1451, p. 1463.

⁷⁴⁰ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1469, p. 1482.

⁷⁴¹ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0385, p. 0389 et 0390.

⁷⁴² Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0112, p. 0126.

⁷⁴³ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0041.

⁷⁴⁴ Voir *supra*, par. 147, 149, 155 et 175.

⁷⁴⁵ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1469, p. 1485 ; KEN-OTP-0052-1487, p. 1494.

⁷⁴⁶ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0112, p. 0118.

⁷⁴⁷ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1469, p. 1483 à 1485 ; KEN-OTP-0052-1487, p. 1494. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0373 et 0375 à 0378 ; KEN-OTP-0060-0426, p. 0448.

387. Les éléments de preuve révèlent également [REDACTED], un autre auteur de rang intermédiaire, était chargé de coordonner les préparatifs des Mungiki à Naivasha conformément aux instructions d'Uhuru Kenyatta, à qui il rendait compte directement, comme exposé ci-dessous.

388. Tout d'abord, la Chambre rappelle que, d'après le témoin OTP-4, [REDACTED] a assisté à la réunion du 26 novembre 2007 qui s'est tenue au palais présidentiel de Nairobi entre Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta et des chefs mungiki⁷⁴⁸.

389. De plus, les témoins OTP-11 et OTP-12 ont tous deux déclaré de manière concordante que l'argent utilisé par [REDACTED] pour les opérations menées en préparation de l'attaque à Naivasha lui avait été donné par Uhuru Kenyatta⁷⁴⁹.

390. La Chambre rappelle qu'elle a conclu plus haut que les Mungiki qui ont commis les crimes à Naivasha avaient été transportés jusque-là, depuis Thika et Limuru⁷⁵⁰. Les éléments de preuve montrent [REDACTED] s'était vu confier la responsabilité de mobiliser les membres des Mungiki de Thika et de coordonner leur acheminement à Naivasha.

391. À ce propos, les témoins OTP-11 et OTP-12 déclarent [REDACTED] a mobilisé un groupe de 30 membres des Mungiki de la ville de Thika et que, immédiatement avant l'attaque à Naivasha, [REDACTED] a tenu une réunion avec eux à l'hôtel Blue Post de Thika, qui appartient à Uhuru Kenyatta⁷⁵¹. Selon ces témoins, la réunion en question avait pour objet de discuter de la logistique et du financement de l'attaque à Naivasha⁷⁵².

⁷⁴⁸ Déclaration du témoin OTP-4, KEN-OTP-0043-0002, p. 0032.

⁷⁴⁹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1309 ; KEN-OTP-0052-1487, p. 1494. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0371 et 0378.

⁷⁵⁰ Voir *supra*, par. 148, 150 et 161.

⁷⁵¹ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1308 et 1309. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0112, p. 0118 et 0119 ; KEN-OTP-0060-0365, p. 0371 à 0375.

⁷⁵² Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1308 à 1310 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0112, p. 0118 ; KEN-OTP-0060-0365, p. 0371, 0372, 0374 et 0376.

392. Les témoins OTP-11 et OTP-12 ajoutent que lors de cette réunion, certains membres des Mungiki ont refusé de suivre les instructions [REDACTED]⁷⁵³. Selon le témoin OTP-11, ce n'est qu'après avoir reçu confirmation [REDACTED] agissait sur les instructions d'Uhuru Kenyatta que les Mungiki se sont finalement résolus à obéir à ses ordres⁷⁵⁴.

393. En outre, selon les témoins OTP-11 et OTP-12, avec l'argent reçu d'Uhuru Kenyatta, [REDACTED] a loué un camion qui a servi à transporter les Mungiki de Thika à Limuru — où ils ont été rejoints, au Manga Corner, par un autre groupe de 30 Mungiki — puis à Naivasha⁷⁵⁵. Les témoins déclarent qu'une fois à Naivasha, les membres des Mungiki ont été conduits à l'hôtel La Belle Inn, où des membres des Mungiki mobilisés localement les ont rejoints ; [REDACTED] à eux et leur a donné des instructions précises pour l'attaque⁷⁵⁶. Les témoins ont en outre précisé que ce troisième groupe de Mungiki avait été mobilisé par [REDACTED], qui avait reçu à cet effet une partie de l'argent remis [REDACTED] par Uhuru Kenyatta, en plus des 3,3 millions de shillings kényans qu'elle avait auparavant obtenus directement de ce dernier⁷⁵⁷.

394. La Chambre observe [REDACTED], qui est un témoin en l'espèce, réfute les allégations le concernant en déclarant : i) qu'il « [TRADUCTION] n'[a] jamais reçu d'importantes sommes d'argent de la part d'Uhuru Kenyatta pendant les violences en vue de financer des combattants Mungiki⁷⁵⁸ » ; ii) qu'il « [TRADUCTION] n'[a] jamais loué de camion ou de poids lourd pour transporter des Mungiki à Naivasha en vue d'y commettre des actes de violence, et n'[a] pas

⁷⁵³ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1487, p. 1490. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0405, p. 0408 et 0409.

⁷⁵⁴ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1487, p. 1490.

⁷⁵⁵ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1308 à 1312 ; KEN-OTP-0052-1487, p. 1490. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0371 à 0373.

⁷⁵⁶ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0112, p. 0118 et 0119 ; KEN-OTP-0060-0371, p. 0376 à 0378. Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1469, p. 1483. Voir aussi déclaration du témoin OTP-2, KEN-OTP-0042-0167, p. 0173.

⁷⁵⁷ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1469, p. 1485 ; KEN-OTP-0052-1487, p. 1494. Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0370 et 0375.

⁷⁵⁸ Déclaration [REDACTED] (D13-25), KEN-D13-0005-0859, p. 0867.

transporté de Mungiki de Thika ou Limuru⁷⁵⁹ » ; et iii) qu'il « [TRADUCTION] est insensé de laisser entendre qu'[il] serait un intermédiaire entre les Mungiki, Uhuru Kenyatta ou le Gouvernement, compte tenu de [son] opposition à leur égard⁷⁶⁰ ». Toutefois, la Chambre n'accorde pas aux dénégations [REDACTED] une valeur probante plus élevée qu'aux allégations détaillées des témoins OTP-11 et OTP-12, étant donné [REDACTED] a naturellement intérêt à nier sa participation aux crimes.

395. Les témoins OTP-11 et OTP-12 déclarent en outre que certains membres des Mungiki venus de Thika et Limuru ont quitté le groupe avant qu'il n'arrive à Naivasha et qu'il a fallu les remplacer⁷⁶¹. Ils expliquent qu'à cette fin, Uhuru Kenyatta a directement contacté une personne appelée [REDACTED] un coordonnateur des Mungiki dans la province Centrale⁷⁶². Le témoin OTP-12 déclare qu'Uhuru Kenyatta a remis 6 millions de shillings kényans [REDACTED] afin que celui-ci constitue un autre groupe de Mungiki de Thika pour participer à l'attaque à Naivasha⁷⁶³. Ce récit est corroboré par la déclaration du témoin OTP-11⁷⁶⁴.

396. La Chambre rappelle que plus haut, elle a conclu qu'en plus des membres des Mungiki mobilisés à Thika, Limuru et Naivasha, de jeunes Kikuyu avaient été recrutés localement et incorporés aux Mungiki dans le but précis de leur participation à la commission des crimes à Naivasha⁷⁶⁵. Il ressort des éléments de preuve que la personne chargée des prestations de serment était [REDACTED], un chef mungiki qui était en contact depuis novembre 2007 avec la coalition du PNU⁷⁶⁶ et à qui il avait été demandé, depuis janvier 2008 au moins, de recruter des

⁷⁵⁹ Déclaration [REDACTED] (D13-25), KEN-D13-0005-0859, p. 0867.

⁷⁶⁰ Déclaration [REDACTED] (D13-25), KEN-D13-0005-0859, p. 0868.

⁷⁶¹ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0375 ; déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1312.

⁷⁶² Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0405, p. 0408 à 0412 ; déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1308.

⁷⁶³ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0405, p. 0408 à 0412.

⁷⁶⁴ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1308.

⁷⁶⁵ Voir *supra*, par. 165 à 167.

⁷⁶⁶ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1299 ; KEN-OTP-0052-1433, p. 1444 à 1449.

membres des Mungiki pour les attaques⁷⁶⁷. À cet égard, le témoin OTP-11 déclare que dans le cadre de ces opérations, ██████████ rendait compte directement à Uhuru Kenyatta, qui lui avait spécifiquement confié la tâche de recruter « [TRADUCTION] autant de personnes que possible pour les attaques de représailles⁷⁶⁸ ». Le témoin OTP-12 précise pour sa part que le processus de prestation de serment s'est accéléré après qu'un certain nombre de membres des Mungiki de Thika et Limuru eurent quitté le groupe avant d'arriver à Naivasha⁷⁶⁹. Ce récit est également confirmé par le témoin OTP-11⁷⁷⁰.

397. Enfin, la Chambre note que la Défense d'Uhuru Kenyatta conteste l'allégation du Procureur selon laquelle le suspect a financé la perpétration des crimes à Nakuru et Naivasha, et déclare qu'en réalité, il a participé à plusieurs réunions de collecte de fonds pour aider les victimes des violences postélectorales⁷⁷¹. La Chambre n'estime pas nécessaire d'analyser par le menu la tenue et l'objet des différentes réunions de collecte de fonds auxquelles Uhuru Kenyatta a participé, puisque ce fait, même s'il était accepté, n'aurait pas d'incidence majeure sur la conclusion en l'espèce. De fait, pour la Chambre, une telle activité d'Uhuru Kenyatta est compatible avec les allégations du Procureur.

e) Conclusions de la Chambre

398. À la lumière de l'analyse des éléments de preuve réalisée ci-dessus, la Chambre considère qu'il existe des motifs substantiels de croire que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta sont pénalement responsables, en tant que coauteurs indirects au sens de l'article 25-3-a du Statut, des crimes perpétrés à Nakuru et Naivasha ou alentour.

⁷⁶⁷ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1304 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0376.

⁷⁶⁸ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1304.

⁷⁶⁹ Déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0365, p. 0376 ; KEN-OTP-0060-0405, p. 0422.

⁷⁷⁰ Déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1305, p. 1312.

⁷⁷¹ ICC-01/09-02/11-T-10-ENG, p. 86, ligne 11, à p. 94, ligne 25.

1) Éléments objectifs

a. *Le plan commun entre Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta et d'autres personnes visant la commission des crimes à Nakuru et Naivasha*

399. Comme exposé plus haut, le premier critère de la coaction indirecte est l'existence d'un plan commun visant à commettre les crimes reprochés. La Chambre rappelle que d'après la jurisprudence de la Cour, le plan commun doit comporter un élément de criminalité, ce qui signifie qu'il doit impliquer la commission d'un crime reproché au suspect⁷⁷². De plus, il n'est pas nécessaire que l'accord soit explicite ; son existence peut être déduite des actions concertées menées ultérieurement par les coauteurs⁷⁷³.

400. La Chambre estime qu'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire qu'un plan commun visant à commettre les crimes à Nakuru et Naivasha a été convenu entre Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta et Maina Njenga. Comme exposé plus haut, cette conclusion est établie, au regard de la norme d'administration de la preuve applicable, par les éléments de preuve montrant : i) les contacts noués entre Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta et Maina Njenga à travers leurs intermédiaires respectifs afin que la coalition du PNU obtienne les services des Mungiki⁷⁷⁴ ; ii) l'accord conclu entre Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta et Maina Njenga en vue d'utiliser des membres des Mungiki pour l'attaque à Nakuru et Naivasha⁷⁷⁵ ; iii) l'ordre donné par Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta aux chefs mungiki de commettre les crimes à Nakuru et Naivasha⁷⁷⁶ ; et iv) les activités menées

⁷⁷² Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 523 ; Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06-803, par. 344.

⁷⁷³ Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 523 ; Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06-803, par. 345.

⁷⁷⁴ Voir *supra*, par 301 à 359.

⁷⁷⁵ Voir *supra*, par. 341 à 374.

⁷⁷⁶ Voir *supra*, par. 333 à 359.

par Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta au stade de l'exécution du plan visant à commettre ces crimes⁷⁷⁷.

b. La contribution essentielle apportée par Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta à la commission des crimes à Nakuru et Naivasha ou alentour

401. Comme précisé plus haut, le deuxième critère de la coaction indirecte est que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta doivent avoir apporté une contribution essentielle et coordonnée ayant abouti à la réalisation des éléments matériels des crimes reprochés.

402. La Chambre rappelle qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que, lorsque les coauteurs commettent les crimes par l'intermédiaire d'autres personnes, leur contribution essentielle peut consister en l'activation des mécanismes aboutissant à l'exécution automatique des ordres qu'ils ont donnés et, donc, à la commission des crimes⁷⁷⁸. De plus, le Statut n'exige pas que le caractère essentiel d'une tâche soit lié à son accomplissement au stade de l'exécution⁷⁷⁹. À cet égard, la Chambre rappelle la conclusion suivante qu'a tirée la Chambre préliminaire I dans l'affaire *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui* :

La conception de l'attaque, la fourniture d'armes et de munitions, [...] la coordination et [le redéploiement] des activités [des auteurs directs] peuvent constituer des contributions qui doivent être considérées comme essentielles, quel que soit le moment où elles sont apportées (avant l'exécution du crime ou pendant celle-ci)⁷⁸⁰.

403. La Chambre est convaincue qu'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont apporté des contributions essentielles à la mise en œuvre du plan commun visant à commettre les crimes à Nakuru et Naivasha.

⁷⁷⁷ Voir *supra*, par. 375 à 397.

⁷⁷⁸ Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 525.

⁷⁷⁹ Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 526.

⁷⁸⁰ Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 526.

404. En particulier, la Chambre est d'avis qu'il existe des motifs substantiels de croire que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta, exerçant l'autorité qu'ils avaient obtenue sur les Mungiki en vertu de leur accord avec Maina Njenga⁷⁸¹, ont expressément ordonné aux Mungiki de commettre les crimes à Nakuru et Naivasha, activant ainsi les mécanismes aboutissant à la commission des crimes⁷⁸². La Chambre considère qu'en l'absence de cette action, le plan commun visant à commettre les crimes aurait échoué ; en ce sens, il faut considérer que la contribution de Francis Muthaura et d'Uhuru Kenyatta est « essentielle » au sens de l'élément pertinent de la coaction indirecte.

405. Comme exposé plus haut, la Chambre est en outre convaincue qu'il existe des motifs substantiels de croire que la contribution de Francis Muthaura a également consisté à apporter un appui institutionnel, au nom de la coalition du PNU, en vue d'obtenir : i) la conclusion avec Maina Njenga d'un accord en vertu duquel Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont obtenu le contrôle des Mungiki aux fins de la commission des crimes⁷⁸³ ; et ii) l'exécution par les Mungiki du plan commun sur le terrain, à Nakuru et Naivasha⁷⁸⁴.

406. De plus, comme elle l'a conclu plus haut, la Chambre est également convaincue qu'il existe des motifs substantiels de croire que la contribution d'Uhuru Kenyatta a également consisté à : i) établir des liens, par l'entremise d'intermédiaires, entre la coalition du PNU et les Mungiki aux fins de la commission des crimes⁷⁸⁵ ; ii) mettre des fonds à la disposition des personnalités politiques et des chefs mungiki au plan local pour l'organisation des crimes sur le terrain⁷⁸⁶ ; iii) mobiliser, par l'entremise d'auteurs de rang intermédiaire, les membres des Mungiki pour qu'ils mènent l'attaque à Nakuru et Naivasha⁷⁸⁷ ; et iv) placer les membres des Mungiki

⁷⁸¹ Voir *supra*, par. 310 à 374.

⁷⁸² Voir *supra*, par. 333 à 359.

⁷⁸³ Voir *supra*, par. 305, 306, 310 à 332 et 341 à 359.

⁷⁸⁴ Voir *supra*, par. 377 à 383.

⁷⁸⁵ Voir *supra*, par. 301 à 308 et 310 à 332.

⁷⁸⁶ Voir *supra*, par. 333 à 340, 385, 386, 389 et 393 à 395.

⁷⁸⁷ Voir *supra*, par. 333 à 359, 385 et 387 à 396.

sous le commandement opérationnel d'hommes politiques locaux aux fins de la commission des crimes et pour la durée de celle-ci⁷⁸⁸.

c. Le contrôle exercé par Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta sur les Mungiki aux fins de la commission des crimes à Nakuru et Naivasha ou alentour – Les Mungiki, appareil de pouvoir hiérarchique et organisé – Exécution des crimes assurée par l'obéissance automatique aux ordres

407. Les trois derniers éléments objectifs de la coaction indirecte sont les suivants : i) le suspect doit exercer un contrôle sur l'organisation ; ii) l'organisation doit être un appareil de pouvoir organisé et hiérarchique ; et iii) l'exécution des crimes doit être assurée par une obéissance quasi automatique aux ordres donnés par le suspect. La Chambre traitera ces éléments collectivement, étant donné la nature des faits de l'espèce et l'interdépendance des trois éléments.

408. Comme il ressort des éléments de preuve examinés plus haut, la Chambre estime qu'il existe des motifs substantiels de croire qu'en vertu de l'accord conclu avec Maina Njenga, Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont obtenu le contrôle de l'organisation des Mungiki aux fins de la commission des crimes à Nakuru et Naivasha ou alentour, et pour la durée de celle-ci⁷⁸⁹. En effet, les preuves établissent, au regard de la norme d'administration de la preuve applicable, que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta se sont appuyés sur la structure préexistante de l'organisation des Mungiki pour assurer la commission des crimes reprochés⁷⁹⁰. À cet égard, la Chambre renvoie également aux conclusions qu'elle a précédemment tirées quant à la structure hiérarchique de l'organisation des Mungiki⁷⁹¹ et aux mécanismes utilisés au sein de l'organisation pour garantir l'obéissance des membres aux ordres donnés par leurs chefs⁷⁹². Il est également significatif que les crimes commis à Nakuru et Naivasha ou alentour l'aient en fait été en exécution d'ordres donnés par

⁷⁸⁸ Voir *supra*, par. 342, 385 et 386.

⁷⁸⁹ Voir *supra*, par. 301 à 374.

⁷⁹⁰ Voir *supra*, par. 333 à 359.

⁷⁹¹ Voir *supra*, par. 191 à 206.

⁷⁹² Voir *supra*, par. 208 à 213.

Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta, ce qui constitue une indication supplémentaire du contrôle nécessaire qu'ils exerçaient sur les Mungiki.

409. La Chambre juge en outre particulièrement pertinent, aux fins de la présente conclusion, que les preuves montrent que, quand des membres des Mungiki mobilisés à Thika ont quitté le groupe avant d'arriver à Naivasha, l'exécution du plan commun n'a pas été compromise puisqu'ils ont été rapidement remplacés⁷⁹³. À cet égard, elle ne partage pas l'avis de la Défense de Francis Muthaura pour qui ce fait montre que celui-ci « [TRADUCTION] ne pouvait pas exercer un contrôle sur ce groupe informe dont l'identité, la composition ainsi que le départ pour Naivasha et l'arrivée dans cette localité sont fortement sujets à caution⁷⁹⁴ ». Comme expliqué plus haut, il ressort des éléments de preuve que pour la commission des crimes reprochés, Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta se sont appuyés sur les Mungiki en tant qu'organisation plutôt que sur ses membres pris individuellement⁷⁹⁵. Par conséquent, contrairement à ce qu'affirme la Défense de Francis Muthaura, ce fait montre que les auteurs directs étaient totalement remplaçables et que, partant, la commission des crimes ne dépendait pas de leur volonté mais était garantie par le recours de Francis Muthaura et d'Uhuru Kenyatta à une structure hiérarchique et organisée préexistante. Cela concorde avec l'idée sous-tendant le modèle de coaction indirecte, à savoir que le suspect doit exercer un « contrôle sur le crime commis » au sens où il contrôle ou dirige la commission de ce crime parce qu'il décide si et comment l'infraction sera commise par des auteurs directs qui ne sont que de simples exécutants anonymes et interchangeable⁷⁹⁶.

2) *Éléments subjectifs*

410. Comme rappelé plus haut, outre les éléments de nature objective, le mode de responsabilité associé à la coaction indirecte requiert les éléments subjectifs suivants :

⁷⁹³ Voir *supra*, par. 395 et 396.

⁷⁹⁴ ICC-01/09-02/11-374-Red, par. 105.

⁷⁹⁵ Voir *supra*, par. 333 à 359.

⁷⁹⁶ Voir Chambre préliminaire I, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 485, 515 et 516.

i) les suspects doivent satisfaire aux éléments subjectifs des crimes ; ii) les suspects doivent, de manière partagée, savoir et admettre que la réalisation des éléments matériels des crimes résultera de la mise en œuvre du plan commun ; et iii) les suspects doivent connaître les circonstances de fait qui leur permettent d'exercer conjointement un contrôle sur la commission du crime par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs autres personnes.

411. La Chambre note les dispositions de l'article 30 du Statut, qui définit la *mens rea* requise pour qu'une personne soit tenue pénalement responsable d'un crime relevant de la compétence de la Cour. En particulier, l'article exige que les éléments matériels des crimes soient commis avec intention et connaissance. Cette disposition précise qu'il y a intention au sens de l'article 30 lorsque le suspect entend adopter le comportement en cause. S'agissant des conséquences du comportement, deux options sont en revanche proposées : i) la personne entend causer ces conséquences (dol direct de premier degré) ; ou ii) la personne est consciente que la conséquence adviendra « dans le cours normal des événements » (dol direct de second degré). Par conséquent, si dans le premier cas, le suspect entend faire survenir les éléments matériels du crime, dans le second, il suffit qu'il sache que les éléments matériels des crimes seront le résultat presque inévitable de ses actes ou omissions⁷⁹⁷. S'agissant de la « connaissance » requise, l'article 30 dispose qu'il faut que la personne soit « consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements ».

412. Au vu des éléments de preuve présentés et appréciés plus haut, la Chambre conclut qu'il existe des motifs substantiels de croire que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta satisfont aux éléments subjectifs des crimes visés aux chefs 1, 3, 5, 7 et 9 du Document modifié de notification des charges.

⁷⁹⁷ Voir Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 358 et 359.

413. Cette conclusion de la Chambre repose sur les preuves qui suffisent à démontrer que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta : i) ont conclu un accord avec Maina Njenga dans le but précis d'utiliser l'organisation des Mungiki pour l'attaque à Nakuru et Naivasha⁷⁹⁸ ; ii) ont ordonné expressément aux Mungiki de commettre les crimes⁷⁹⁹ ; et iii) ont donné des instructions à une série d'auteurs de rang intermédiaire pour garantir la perpétration des crimes conformément au plan⁸⁰⁰. De plus, les preuves donnent des motifs substantiels de croire que Francis Muthaura a apporté un appui institutionnel en vue de la commission des crimes à Nakuru et Naivasha ou alentour⁸⁰¹ et qu'Uhuru Kenyatta a fourni des fonds à cette même fin⁸⁰².

414. Par conséquent, la Chambre est d'avis qu'il existe des motifs substantiels de croire que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta entendaient que les Mungiki, en groupes coordonnés et au moyen d'armes rudimentaires et d'armes à feu, attaquent des civils non armés résidant à Nakuru et Naivasha ou alentour. Par conséquent, la Chambre conclut qu'il existe des motifs substantiels de croire que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta entendaient que les meurtres, les actes de déplacement et les atteintes graves à l'intégrité physique et à la santé mentale soient commis à Nakuru et Naivasha ou alentour, c'est-à-dire qu'ils entendaient adopter le comportement et causer les conséquences (dol direct de premier degré).

415. S'agissant maintenant du chef de viol, la Chambre répète qu'il ressort des éléments de preuve que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont ordonné à un groupe de membres armés des Mungiki d'exercer des représailles à l'encontre de civils résidant à Nakuru et Naivasha, en pleine connaissance de la haine ethnique des assaillants envers leurs victimes et en exploitant celle-ci⁸⁰³. Dans ces circonstances, la Chambre considère que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta savaient que le viol

⁷⁹⁸ Voir *supra*, par. 301 à 374.

⁷⁹⁹ Voir *supra*, par. 341 à 359.

⁸⁰⁰ Voir *supra*, par. 341 à 359 et 385 à 396.

⁸⁰¹ Voir *supra*, par. 305, 306, 310 à 332, 341 à 359 et 377 à 383.

⁸⁰² Voir *supra*, par. 384 à 386, 389 et 393 à 395.

⁸⁰³ Déclaration du témoin OTP-9, KEN-OTP-0059-0222, p. 0229, ligne 270, à p. 0230, ligne 274 ; déclaration du témoin OTP-11, KEN-OTP-0052-1292, p. 1303 ; déclaration du témoin OTP-12, KEN-OTP-0060-0325, p. 0328.

était une conséquence virtuellement certaine de la mise en œuvre du plan commun. Par conséquent, elle conclut qu'il existe des motifs substantiels de croire que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta étaient animés de l'intention requise pour le crime de viol, c'est-à-dire qu'ils entendaient adopter le comportement en cause et qu'ils avaient conscience que la conséquence adviendrait dans le cours normal des événements, constituant le résultat presque inévitable de leur comportement, au sens de l'article 30-2-b du Statut (dol direct de second degré).

416. De plus, les preuves établissent suffisamment l'existence de motifs substantiels de croire que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont défini la population prise pour cible de l'attaque sur la base de motifs politiques, c'est-à-dire en raison de son affiliation politique supposée à l'ODM⁸⁰⁴. Partant, la Chambre est également convaincue que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont eu l'intention de commettre le crime de persécution.

417. Sur la base de ce qui précède, la Chambre conclut également qu'il existe des motifs substantiels de croire que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta savaient que les crimes étaient commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique lancée contre une population civile, au sens de l'article 7-1 du Statut.

418. La Chambre considère que compte tenu de sa conclusion précédente selon laquelle Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont participé au plan commun visant à commettre les crimes reprochés et qu'ils satisfont aux éléments subjectifs des crimes, il est inutile d'examiner plus avant la condition selon laquelle le suspect doit savoir et admettre que la réalisation des éléments matériels des crimes résultera de la mise en œuvre du plan commun.

419. De plus, sur la base de l'analyse des preuves qui précède, la Chambre conclut qu'il existe des motifs substantiels de croire que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta savaient que leurs rôles respectifs étaient essentiels pour la mise en œuvre du plan commun et qu'en raison du caractère essentiel de leurs tâches, ils auraient pu faire

⁸⁰⁴ Voir *supra*, par. 341 à 359.

obstacle à sa mise en œuvre en refusant d'activer les mécanismes qui ont débouché sur la commission des crimes.

B. Mohammed Ali

420. Le Procureur reproche à Mohammed Ali, sur le fondement de l'article 25-3-d-i du Statut, la commission des crimes perpétrés à Nakuru et Naivasha ou alentour.

421. Ce mode de responsabilité exige que les conditions précises suivantes soient remplies : i) il y a eu tentative de commission ou commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ii) la commission ou tentative de commission de ce crime était le fait d'un groupe de personnes agissant de concert dans la poursuite d'un dessein commun ; iii) l'intéressé a contribué au crime d'une manière autre que celles énoncées aux alinéas a) à c) de l'article 25-3 du Statut ; iv) la contribution était intentionnelle ; et v) la contribution visait à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe⁸⁰⁵.

422. Le Procureur allègue que Mohammed Ali a contribué à la commission des crimes à Nakuru et Naivasha ou alentour ainsi qu'il suit : i) en « [TRADUCTION] donn[ant] pour instruction à la police kényane et aux autres forces de sécurité placées sous son contrôle effectif de ne pas entraver la circulation des Mungiki et des jeunes sympathisants du PNU entrant dans la vallée du Rift en préparation de l'attaque contre les personnes tenues pour des partisans de l'ODM » ; ii) en « [TRADUCTION] veill[ant] à ce que la réponse de la police aux attaques menées à Naivasha et Nakuru soit inadaptée » ; et iii) en « [TRADUCTION] s'absten[ant] d'arrêter l'un quelconque des auteurs principaux des attaques à Nakuru et Naivasha ou d'engager des poursuites contre eux »⁸⁰⁶.

⁸⁰⁵ 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. 47.

⁸⁰⁶ Document modifié de notification des charges, par. 99.

423. Le Procureur allègue donc que Mohammed Ali est pénalement responsable de l'inaction de la police kényane qui, à son tour, a rendu possible et a renforcé l'attaque des Mungiki à Nakuru et Naivasha ou alentour.

424. Aussi, pour que Mohammed Ali soit tenu pénalement responsable, au sens du Statut, des crimes qui auraient été commis *par l'intermédiaire* de la police kényane, il est essentiel qu'il soit d'abord conclu que la police kényane a bien réalisé les éléments objectifs des crimes reprochés, que ce soit en adoptant un comportement actif ou en s'abstenant d'agir. Ce préalable repose sur des principes fondamentaux de droit pénal, qui imposent de constater d'abord que les faits allégués sont effectivement survenus puis, si ceux-ci sont suffisamment établis, de déterminer s'il existe un lien entre eux et le suspect. Ce n'est que lorsque l'existence d'un lien entre les faits survenus et le suspect a été démontrée (*imputatio facti*) qu'il est possible d'apprécier si ce lien engage la responsabilité pénale du suspect (*imputatio juris*).

425. La Chambre rappelle qu'elle a précédemment conclu que les éléments de preuve présentés ne donnent pas de motifs substantiels de croire que la police kényane a participé à l'attaque à Nakuru et Naivasha ou alentour, c'est-à-dire qu'il y a eu un comportement identifiable de la police kényane valant participation, par inaction, à l'attaque menée par les Mungiki à Nakuru et Naivasha ou alentour⁸⁰⁷.

426. La Chambre n'étant pas convaincue que les faits allégués par le Procureur se soient produits, il n'est pas possible d'examiner plus avant la question de savoir si un quelconque comportement de la police kényane peut être imputé à Mohammed Ali ni, *a fortiori*, d'examiner la question de sa responsabilité pénale individuelle.

427. Partant, la Chambre considère qu'il n'existe pas de preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que Mohammed Ali a commis les crimes reprochés.

⁸⁰⁷ Voir *supra*, par. 224 à 226.

VIII. CONCLUSIONS GÉNÉRALES DE LA CHAMBRE

428. En résumé, la Chambre est convaincue qu'il existe des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta sont, à titre individuel, pénalement responsables en tant que coauteurs indirects au sens de l'article 25-3-a du Statut :

- a. de meurtre constitutif de crime contre l'humanité au sens de l'article 7-1-a du Statut, à savoir le meurtre de personnes tenues pour des partisans de l'ODM, à Nakuru ou alentour entre le 24 et le 27 janvier 2008, et à Naivasha ou alentour les 27 et 28 janvier 2008 (chef 1) ;
- b. de déportation ou transfert forcé de population constitutif de crime contre l'humanité au sens de l'article 7-1-d du Statut, à savoir le déplacement de personnes tenues pour des partisans de l'ODM, à Nakuru ou alentour entre le 24 et le 27 janvier 2008, et à Naivasha ou alentour les 27 et 28 janvier 2008 (chef 3) ;
- c. de viol constitutif de crime contre l'humanité au sens de l'article 7-1-g du Statut, à savoir le viol de personnes tenues pour des partisans de l'ODM, à Nakuru ou alentour entre le 24 et le 27 janvier 2008, et à Naivasha ou alentour les 27 et 28 janvier 2008 (chef 5) ;
- d. d'autres actes inhumains constitutifs de crimes contre l'humanité au sens de l'article 7-1-k du Statut, à savoir i) des atteintes graves à l'intégrité physique de personnes tenues pour des partisans de l'ODM, et ii) de graves souffrances mentales infligées à des personnes tenues pour des partisans de l'ODM du fait qu'elles ont été contraintes d'assister au meurtre et à la mutilation de leurs proches, à Nakuru ou alentour entre le 24 et le 27 janvier 2008, et à Naivasha ou alentour les 27 et 28 janvier 2008 (chef 7) ;
- e. de persécution constitutive de crime contre l'humanité au sens de l'article 7-1-h du Statut, à savoir les actes suivants commis contre des personnes tenues pour des partisans de l'ODM, en raison de leur affiliation politique supposée : i) meurtre, ii) déplacement, iii) viol, iv) atteintes graves

à l'intégrité physique, et v) infliction de graves souffrances mentales aux victimes du fait qu'elles ont été contraintes d'assister au meurtre et à la mutilation de leurs proches, à Nakuru ou alentour entre le 24 et le 27 janvier 2008, et à Naivasha ou alentour les 27 et 28 janvier 2008 (chef 9).

429. Partant, en application de l'article 61-7-a du Statut, la Chambre conclut que les charges portées contre Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta doivent être confirmées dans les limites précisées au paragraphe précédent, et que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta doivent être renvoyés devant une chambre de première instance pour y être jugés sur la base des charges confirmées.

430. En revanche, la Chambre conclut qu'il n'existe pas de preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que Mohammed Ali a commis l'un quelconque des crimes reprochés. Par conséquent, en vertu de l'article 61-7-b du Statut, la Chambre refuse de confirmer les charges portées contre Mohammed Ali.

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE, À LA MAJORITÉ,

- a) **DÉCIDE** que l'affaire relève de la compétence de la Cour,
- b) **CONFIRME** les charges portées contre Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta aux chefs 1, 3, 7, 9 et la charge portée au chef 5 (viol) du Document modifié de notification des charges,
- c) **REFUSE** de confirmer les charges portées contre Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta au chef 5 (autres formes de violences sexuelles) du Document modifié de notification des charges,
- d) **REFUSE** de confirmer les charges portées contre Mohammed Ali aux chefs 2, 4, 6, 8 et 10 du Document modifié de notification des charges,

- e) **DÉCIDE** de renvoyer Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta devant une chambre de première instance pour y être jugés sur la base des charges confirmées,
- f) **DÉCIDE** que les conditions imposées à Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta dans la Décision relative aux citations à comparaître restent en vigueur,
- g) **DÉCIDE** que les conditions imposées à Mohammed Ali dans la Décision relative aux citations à comparaître cessent d'avoir effet.

M. le juge Hans-Peter Kaul joint une opinion dissidente à la présente décision.

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

/signé/

Mme la juge Ekaterina Trendafilova
Juge président

/signé/

M. le juge Hans-Peter Kaul

M. le juge Cuno Tarfusser

Fait le lundi 23 janvier 2012

À La Haye (Pays-Bas)

Opinion dissidente du juge Hans-Peter Kaul

I. Introduction

1. Aujourd'hui, se fondant sur l'audience qui s'est déroulée du 21 septembre au 5 octobre 2011 et sur les éléments de preuve produits, la majorité des juges de la Chambre préliminaire II (respectivement « la majorité » et « la Chambre ») a déclaré la Cour compétente pour connaître de l'affaire *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, a confirmé les charges à l'encontre de Francis Kirimi Muthaura (« Francis Muthaura ») et d'Uhuru Muigai Kenyatta (« Uhuru Kenyatta ») et les a renvoyés en jugement. La Chambre a refusé de confirmer les charges à l'encontre de Mohammed Hussein Ali (« Mohammed Ali »).

2. Je ne peux me rallier ni à la décision de la majorité (« la Décision de la majorité ») ni à l'analyse qui la sous-tend. Je continue de croire — et après avoir entendu les arguments de tous les parties et participants à l'audience, j'en suis encore plus fermement convaincu — que la situation en République du Kenya — y compris la présente espèce — ne relève pas de la compétence *ratione materiae* de la Cour pénale internationale (« la CPI » ou « la Cour »). Contrairement à la majorité, je ne suis pas convaincu que les crimes qu'auraient commis Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont été perpétrés en application ou dans la poursuite de la politique d'une *organisation* au sens de l'article 7-2-a du Statut de Rome (« le Statut »). Je ne suis donc pas convaincu que les crimes reprochés constituent des crimes contre l'humanité tels que décrits à l'article 7 du Statut.

3. Par conséquent, eu égard à l'article 19-1 du Statut (première phrase), je livrerai tout d'abord ma propre conclusion s'agissant de la compétence *ratione materiae* en mettant l'accent sur la notion d'« organisation », qui fait l'objet de ma différence d'opinion avec la majorité (voir les sections II.1 à II.3 ci-après). Je traiterai ensuite de

l'exception d'incompétence soulevée par Uhuru Kenyatta (voir la section II.4 ci-après)¹.

4. Ayant siégé à l'audience de confirmation des charges (« l'audience ») nonobstant ma position de principe selon laquelle la situation en République du Kenya — y compris la présente espèce — ne relève pas de la compétence *ratione materiae* de la Cour, je souhaite formuler d'autres observations (voir la section III ci-après) sur certains points soulevés lors de l'audience, à savoir les incidences du respect par le Procureur de l'article 54-1-a du Statut, lors de son enquête, sur les procédures menées par les chambres de la Cour, et les droits dont jouit la Défense au cours de l'audience de confirmation des charges en vertu de l'article 61-6.

II. Question de la compétence *ratione materiae*

1. Charges présentées par le Procureur

5. Je constate que pour l'essentiel², dans le Document modifié de notification des charges et à l'audience, le Procureur a présenté la même thèse et la même argumentation³ que lorsqu'il a demandé à la Chambre la délivrance de citations à comparaître à Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta et Mohammed Ali en l'espèce : il maintient que des crimes contre l'humanité ont été commis du 30 décembre 2007, ou vers cette date, jusqu'au 31 janvier 2008⁴ à Nakuru et Naivasha, dans la province de la vallée du Rift, en application ou dans la poursuite de la politique d'une organisation adoptée par Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta en tant qu'auteurs principaux, avec Mohammed Ali, les chefs mungiki et d'autres partisans de premier plan du Parti de l'unité nationale (PNU), pour maintenir ce parti au pouvoir à tout

¹ ICC-01/09-02/11-339. La majorité ayant refusé de confirmer toutes les charges portées contre Mohammed Ali, il ne m'apparaît pas nécessaire d'examiner les observations formulées par celui-ci à cet égard (ICC-01/09-02/11-338).

² Je prends note des ajustements auxquels le Procureur a procédé dans la présentation de sa thèse après la décision rendue par la majorité le 8 mars 2011, notamment s'agissant des lieux, des dates, du comportement de la police kényane et de la responsabilité de Mohammed Ali.

³ ICC-01/09-02/11-280-AnxA.

⁴ ICC-01/09-02/11-280-AnxA, par. 29.

prix⁵. Afin de mettre en œuvre ladite politique, les auteurs principaux auraient conçu le plan commun visant à lancer une attaque généralisée et systématique contre des civils tenus pour des partisans du Mouvement démocratique orange (ODM)⁶, « [TRADUCTION] 1) en les sanctionnant au moyen d'attaques de représailles et 2) en s'abstenant délibérément de prendre des mesures pour empêcher ou faire cesser les attaques de représailles⁷ ». Pour parvenir à cet objectif, les auteurs principaux auraient utilisé i) les Mungiki pour mener les attaques généralisées et systématiques⁸, et ii) la police kényane pour veiller à ce que rien ne perturbe les opérations menées par les Mungiki⁹. Les Mungiki auraient été envoyés dans la vallée du Rift pour commettre les crimes en question¹⁰, tandis que la police kényane fournissait une protection sous la forme d'une « [TRADUCTION] zone franche » en s'abstenant d'intervenir¹¹. Ensemble, ils auraient constitué « [TRADUCTION] une organisation unique ad hoc¹² ».

6. S'agissant des caractéristiques de l'organisation et de l'implication des auteurs principaux, le Procureur affirme qu'Uhuru Kenyatta exerçait un contrôle sur les Mungiki¹³, organisation criminelle¹⁴ structurée en branches locales et régionales¹⁵ et dotée d'une aile politique et d'une aile militaire¹⁶, qui contrôlerait le système de transports publics en plus de fournir de l'électricité au moyen de branchements illégaux, l'accès aux toilettes publiques et à l'approvisionnement en eau, et d'offrir

⁵ ICC-01/09-02/11-280-AnxA, par. 35 ; ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 12, lignes 1 à 5 ; p. 16, lignes 16 et 17 ; p. 37, lignes 20 et 21.

⁶ ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 49, lignes 10 à 14 ; p. 50, lignes 9 à 16.

⁷ ICC-01/09-02/11-280-AnxA, par. 35 ; ICC-01/09-02/11-T-4-ENG ET, p. 53, lignes 22 à 25 ; p. 58, lignes 3 à 14 ; ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 22, lignes 7 à 9 ; p. 37, lignes 1 à 5.

⁸ ICC-01/09-02/11-T-4-ENG ET, p. 52, lignes 9 à 12.

⁹ ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG ET, p. 17, lignes 18 à 24.

¹⁰ ICC-01/09-02/11-T-4-ENG ET, p. 54, lignes 21 à 23 ; p. 57, lignes 10 et 11 ; ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 45, ligne 2, à p. 46, ligne 1 ; p. 53, lignes 15 et 16 ; p. 54, ligne 3.

¹¹ ICC-01/09-02/11-T-4-ENG ET, p. 53, lignes 8 à 18 ; p. 54, lignes 12 à 15 ; ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 11, lignes 12 et 13.

¹² ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 10, ligne 2 ; p. 22, lignes 3 à 5 ; p. 35, ligne 19.

¹³ ICC-01/09-02/11-280-AnxA, par. 37.

¹⁴ ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 10, lignes 3 à 5.

¹⁵ ICC-01/09-02/11-280-AnxA, par. 39 ; ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 19, lignes 7 à 11.

¹⁶ ICC-01/09-02/11-280-AnxA, par. 40 ; ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 15, lignes 17 et 18.

des services de protection dans les zones les plus pauvres de la province Centrale et de Nairobi¹⁷. Le Procureur soutient qu'Uhuru Kenyatta a mobilisé les Mungiki¹⁸ et, avec Francis Muthaura, leur a « [TRADUCTION] fourni des fonds¹⁹, des moyens de transport, un hébergement, des uniformes, des armes²⁰ et un appui logistique²¹ » ; les Mungiki ont à leur tour mobilisé au niveau local d'autres jeunes sympathisants du PNU aux fins des attaques²². Avant les événements visés en l'espèce, les Mungiki auraient exigé que les forces gouvernementales cessent les exécutions extrajudiciaires de leurs membres. Les forces gouvernementales ont temporairement accédé à cette exigence²³. En sa qualité de Président du Comité national de sécurité et de secrétaire du Comité de sécurité du cabinet²⁴, Francis Muthaura aurait exercé une autorité *de jure* et *de facto* sur les divers organismes de sécurité kényans, notamment sur la police kényane et par conséquent sur Mohammed Ali²⁵ qui, à son tour, aurait eu un contrôle *de jure* et *de facto* sur la police kényane²⁶. Francis Muthaura aurait ordonné à Mohammed Ali de ne pas contrecarrer les activités des Mungiki²⁷, ordre que celui-ci aurait exécuté²⁸. Ensemble, Uhuru Kenyatta et Francis Muthaura auraient exercé un contrôle sur l'organisation ad hoc²⁹.

¹⁷ ICC-01/09-02/11-280-AnxA, par. 41 ; ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 19, ligne 25, à p. 20, ligne 4.

¹⁸ ICC-01/09-02/11-280-AnxA, par. 37 ; ICC-01/09-02/11-T-4-ENG ET, p. 52, lignes 7 à 15 ; ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 18, lignes 1 et 2 ; ICC-01/09-02/11-361, par. 59.

¹⁹ ICC-01/09-02/11-T-4-ENG ET, p. 52, lignes 9 à 15 ; p. 54, lignes 21 à 23 ; ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 14, lignes 6 à 10 ; p. 37, ligne 8 ; p. 42, lignes 1 à 5 ; p. 53, lignes 21 à 24 ; ICC-01/09-02/11-361, par. 59.

²⁰ ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 44, lignes 9 à 25 ; p. 54, lignes 3 et 4.

²¹ ICC-01/09-2/11-280-AnxA, par. 23.

²² ICC-01/09-02/11-280-AnxA, par. 42 ; ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 43, lignes 16 à 22 ; p. 44, lignes 4 à 7.

²³ ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 22, lignes 22 à 25.

²⁴ ICC-01/09-02/11-280-AnxA, par. 38.

²⁵ ICC-01/09-02/11-280-AnxA, par. 38 ; ICC-01/09-02/11-T-4-ENG ET, p. 56, lignes 14 et 15 ; ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 20, lignes 10 à 18.

²⁶ ICC-01/09-02/11-280-AnxA, par. 43 ; ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 32, lignes 24 et 25.

²⁷ ICC-01/09-02/11-T-4-ENG ET, p. 56, ligne 18, à p. 57, ligne 6 ; ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 16, lignes 5 à 13 ; p. 20, ligne 10 ; p. 21, lignes 6 à 8 ; p. 40, lignes 19 et 20 ; ICC-01/09-02/11-361, par. 79 et 87.

²⁸ ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT p. 11, lignes 10 à 13 ; p. 33, lignes 16 à 19 ; p. 46, lignes 16 à 20 ; p. 47, lignes 8 à 14 ; ICC-01/09-02/11-361, par. 79 et 87.

²⁹ ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 18, lignes 2 à 4 ; p. 35, lignes 18 à 23.

2. Droit applicable

7. Mon désaccord fondamental avec la majorité tient à notre interprétation différente de la notion d'« organisation » au sens de l'article 7-2-a du Statut. Il faut rappeler qu'aux termes du Statut, les crimes qui seraient commis dans le cadre d'une attaque contre une population civile doivent l'être en application de la politique d'un État ou d'une « organisation ». Dans mon opinion dissidente du 31 mars 2010 jointe à 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, rendue par la majorité des juges (« l'Opinion dissidente du 31 mars 2010 »), j'ai exposé en détail ma lecture du droit applicable à cet élément contextuel³⁰. Faute de définition dans le Statut³¹, je me devais de donner un sens au terme juridique indéterminé « politique d'une organisation » et de l'expliquer par une interprétation *lege artis* conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités³². Je rappelle brièvement ci-dessous les parties pertinentes de mon interprétation de cette condition juridique fixée par le Statut :

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

³⁰ 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, p. 84 et suiv.

³¹ Voir Décision de la majorité, par. 114 (« [TRADUCTION] Il suffit de rappeler qu'il n'est mentionné nulle part dans l'article 7-2-a du Statut que l'organisation devrait posséder les caractéristiques d'un État. Toute autre intention des auteurs du Statut aurait trouvé son expression dans le libellé de l'article »).

³² Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée le 22 mai 1969 par la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 1155, p. 331. Voir l'analyse faite par la 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, p. 101 à 120.

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 internationale³³.

8. Dans mon opinion dissidente du 15 mars 2011 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 (respectivement « l'Opinion dissidente du 15 mars 2011 » et « la Décision relative aux citations à comparaître »)³⁴, j'ai également rappelé cette interprétation du droit, sur laquelle j'ai fondé mon examen des faits de l'espèce.

9. J'examinerai ci-après les faits, tels que présentés par le Procureur, à la lumière de mon interprétation de l'article 7-2-a du Statut telle qu'exposée ci-dessus. Dans cette démarche, je m'appuie sur la norme établie par la présente Chambre pour « s'assure[r] qu'elle est compétente pour connaître de toute affaire portée devant elle », conformément à l'article 19-1 du Statut. Je rappelle l'interprétation que fait la

³³ Notes de bas de page non reproduites.

³⁴ Chambre préliminaire II, ICC-01/09-02/11-3-tFRA.

Chambre de cette disposition, à savoir « que la Cour doit “acquérir la certitude” que les conditions relatives à la compétence fixées dans le Statut sont remplies³⁵ ». Je reviendrai plus en détail sur cette norme lorsque je traiterai de l’exception d’incompétence soulevée par la Défense³⁶.

3. Conclusions

10. Comme je l’ai résumé plus haut aux paragraphes 5 et 6, dans la thèse présentée dans le Document modifié de notification des charges, le Procureur part du principe que l’« organisation » en question repose principalement sur deux piliers : les Mungiki (auxquels s’ajoutent d’autres personnes) et la police kényane. Ils auraient joué des rôles différents dans les événements tragiques qui se sont produits dans les villes de Naivasha et de Nakuru. Il est allégué que si les Mungiki, avec l’aide de jeunes sympathisants du PNU, commettaient les crimes, la police kényane, croit-on, s’abstenait délibérément d’intervenir, garantissant ainsi aux Mungiki une « [TRADUCTION] zone franche » pour mener leurs opérations. Dans le Document modifié de notification des charges ainsi que tout au long de l’audience, le Procureur a soutenu que l’attaque généralisée et systématique avait été rendue possible par cette « [TRADUCTION] alliance » des deux parties, lesquelles formaient une « organisation » *unique*.

11. Connaissant les allégations et les arguments du Procureur, et ayant entendu les arguments de la Défense et assisté à la présentation de ses éléments de preuve pendant l’audience, je ne suis toujours pas convaincu par le portrait que le Procureur brosse des Mungiki *et* de la police kényane, qu’il considère comme une « organisation » *unique* avec une répartition des rôles prédéfinie, apparemment unis autour de l’objectif d’attaquer des civils tenus pour des partisans de l’ODM (voir la sous-section a) ci-dessous). Je continue également de croire que le rôle de la police

³⁵ Voir Décision de la majorité, par. 23. Voir aussi Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l’article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l’encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 24 ; Chambre préliminaire II, Décision relative aux citations à comparaître, ICC-01/09-02/11-1-tFRA, par. 9.

³⁶ Voir *infra*, par. 33.

kényane ne saurait se réduire au comportement qu'a décrit le Procureur (voir la sous-section b) ci-après) et que les Mungiki seuls ne peuvent être considérés comme une « organisation » au sens de l'article 7-2-a du Statut (voir la sous-section c) ci-après).

a) La police kényane et les Mungiki comme une organisation *unique*

12. Dans la continuité de l'Opinion dissidente du 15 mars 2011, je ne suis toujours pas convaincu que la police kényane et les Mungiki, pris ensemble, avaient les propriétés d'une organisation *unique* présentant les caractéristiques d'un État en termes d'adhérents, de durée, de capacité d'imposer une politique à ses membres, et de capacité et de moyens d'attaquer une population civile :

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 principaux. 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 « 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 2007-2008. 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 existé³⁷.

b) Le rôle de la police kényane

13. En outre, ayant entendu les arguments des parties lors de l'audience, je suis d'avis que le rôle de la police kényane (et d'autres organismes de sécurité kényans) lors des violences postélectorales de 2007-2008 ne saurait être réduit au comportement décrit de façon simpliste par le Procureur dans le Document modifié

³⁷ Chambre préliminaire II, Opinion dissidente du 15 mars 2011, ICC-01/09-02/11-3-tFRA, par. 31 [notes de bas de page non reproduites] ; voir aussi ICC-01/09-02/11-T-7-ENG ET, p. 14, lignes 10 à 13 ; p. 26, lignes 7 à 12.

de notification des charges. À cet égard, je suis pleinement d'accord avec la conclusion de la majorité³⁸. Comme je l'ai dit précédemment, au vu de l'ensemble des éléments de preuve présentés, j'admets que des fonctionnaires de police kényans aient pu par moments faire un usage excessif de la force ou s'abstenir, à tort, d'agir³⁹. Cependant, d'autres fonctionnaires de police kényans se sont aussi acquittés de leur devoir avec diligence⁴⁰, ont aidé des victimes de violences⁴¹ ou ont tout simplement été débordés⁴², de sorte que l'armée kényane a parfois dû intervenir⁴³. Lorsqu'on l'envisage dans son ensemble, l'action de la police kényane lors des événements de 2007-2008 révèle une situation bien plus complexe. Dans ma première opinion dissidente, qui remonte au 31 mars 2010, j'avais dit ce qui suit :

152. [...] Les réactions de la police au cours des « violences postélectorales » vont de la simple observation passive à l'aide aux civils, en passant par un complet débordement et par une participation active aux violences. Dans de nombreuses régions du Kenya, la police a dû être aidée par l'armée pour reprendre le contrôle de la situation. L'action de la police a par ailleurs revêtu un autre aspect, celui de sa participation à la lutte contre le crime organisé ainsi que contre des mouvements qui n'étaient pas forcément liés aux « violences postélectorales ». [...]

153. En définitive, la situation générale s'est caractérisée par le chaos, l'anarchie, un effondrement de l'autorité de l'État dans la plupart des régions du pays et une carence quasi totale des services chargés de l'application des lois⁴⁴.

³⁸ Voir Décision de la majorité, par. 224 à 226.

³⁹ ICC-01/09-02/11-T-8-RED-ENG WT, p. 44, lignes 7 et 8 ; p. 49, lignes 15 à 18 ; p. 81, lignes 11 à 14 ; p. 112, lignes 14 à 25 ; ICC-01/09-02/11-T-14-RED-ENG CT, p. 74, lignes 21 à 23.

⁴⁰ ICC-01/09-02/11-T-8-RED-ENG WT, p. 28, lignes 6 à 10 ; p. 37, lignes 14 à 20 ; p. 43, lignes 17, 18 et 24 ; p. 44, lignes 6 à 10 ; p. 45, lignes 12 à 14 ; p. 106, ligne 13 ; ICC-01/09-02/11-T-13-ENG ET, p. 32, lignes 11 à 20 ; p. 37, lignes 23 et 24 ; p. 65, lignes 15 à 17 et 19 à 25 ; ICC-01/09-02/11-T-14-RED-ENG CT, p. 26, ligne 17, à p. 27, ligne 9.

⁴¹ ICC-01/09-02/11-T-7-ENG ET, p. 89, lignes 18 à 22 ; ICC-01/09-02/11-T-8-RED-ENG WT, p. 47, lignes 3 à 13 ; p. 53, ligne 20, à p. 54, ligne 1 ; p. 80, lignes 1 à 3 ; p. 104, lignes 15 et 16 ; p. 115, lignes 13 à 15 ; ICC-01/09-02/11-T-12-RED-ENG WT, p. 17, lignes 21 à 24 ; ICC-01/09-02/11-T-13-ENG ET, p. 133, lignes 23 à 25 ; p. 134, lignes 1 à 6 ; p. 139, lignes 21 à 23 ; p. 142, lignes 2 à 4.

⁴² ICC-01/09-02/11-T-8-RED-ENG WT, p. 46, lignes 8 à 11 ; p. 50, lignes 15 et 16 ; ICC-01/09-02/11-T-13-ENG ET, p. 34, lignes 8, 9 et 14 à 21 ; p. 36, lignes 4 à 7, 14 et 17 ; p. 147, lignes 5 à 10 ; ICC-01/09-02/11-T-14-RED-ENG CT, p. 16, lignes 1 à 3.

⁴³ ICC-01/09-02/11-T-7-ENG ET, p. 87, lignes 11 et 12 ; ICC-01/09-02/11-T-8-RED-ENG WT, p. 53, lignes 7 à 11 ; p. 54, lignes 10 à 14 ; ICC-01/09-02/11-T-14-RED-ENG CT, p. 29, lignes 21 et 22.

⁴⁴ 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, p. 88 [notes de bas de page non reproduites].

c) Les Mungiki

14. Bien que la majorité considère à juste titre que la police kényane ne faisait pas partie intégrante de l'« organisation », elle modifie et redéfinit fondamentalement les faits présentés par le Procureur en affirmant que pendant la période considérée, l'« organisation » se composait des seuls Mungiki. La majorité est d'avis que les Mungiki remplissent toutes les conditions qui en font une « organisation », pour les raisons suivantes : 1) ils sont une organisation dotée d'une structure hiérarchique, placée sous le contrôle exclusif de Maina Njenga et dont les membres ont des rôles définis à différents échelons⁴⁵ ; 2) il existe un système efficace garantissant l'obéissance des membres aux règles de l'organisation, incluant notamment la prestation de serment et l'application de sanctions⁴⁶ ; 3) l'organisation est dotée de « capacités quasi militaires⁴⁷ » ; et 4) « les activités des Mungiki [sont] comparables à celles d'une autorité publique dans certains bidonvilles de Nairobi et dans la province Centrale⁴⁸ ».

15. Je ne suis pas de cet avis. Je ne vois toujours pas comment les Mungiki peuvent être considérés globalement comme une « organisation » au sens de l'article 7-2-a du Statut. Comme je l'ai dit dans mon Opinion dissidente du 15 mars 2011 :

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 Nairobi. 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 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

⁴⁵ Décision de la majorité, par. 190 à 206.

⁴⁶ Décision de la majorité, par. 207 à 213.

⁴⁷ Décision de la majorité, par. 214 et 215.

⁴⁸ Décision de la majorité, par. 216 à 219.

pas que le gang des Mungiki, organisation criminelle, pouvait être considéré comme une « organisation » au sens de l'article 7-2-a du Statut⁴⁹.

16. Il n'a été présenté à l'audience aucun argument, fait ou élément de preuve nouveau et suffisamment convaincant pour que je reconsidère mon analyse des faits de l'espèce. Quand bien même je suivrais les conclusions factuelles de la majorité concernant les Mungiki (voir le paragraphe 14 ci-dessus), je ne peux tout simplement pas conclure que ceux-ci atteignent le niveau d'une « organisation » présentant les caractéristiques d'un État au sens de l'article 7-2-a du Statut. Je reste convaincu que les Mungiki, gang criminel violent et organisé⁵⁰ opérant principalement dans les bidonvilles de Nairobi⁵¹, sont avant tout engagés dans des activités économiques illégales et le crime organisé⁵², comme n'importe quelle organisation criminelle notoire dans d'autres pays. Le fait qu'ils fournissent, dans certains bidonvilles, des branchements illégaux au réseau électrique ainsi que des services d'assainissement et de protection ne les rend pas pour autant comparables à un État qui fournit une large gamme de services à sa population. Par ailleurs, les « tribunaux des Mungiki » ne sauraient aucunement être assimilés à l'appareil judiciaire d'un État, qui couvre tous les aspects de la procédure judiciaire, et ce, pour l'ensemble de la population. En outre, les Mungiki font en temps normal l'objet de fortes mesures répressives de la part de la police kényane. Indépendamment de la question de leur légalité, il s'agit d'opérations de police telles qu'elles sont menées contre n'importe quel gang criminel. Dans ce contexte, les Mungiki ont, semble-t-il, exigé la cessation des exécutions extrajudiciaires et des arrestations de leurs membres pour pouvoir opérer en dehors du périmètre très limité de leur sphère d'influence (principalement les bidonvilles de Nairobi). C'est là une autre indication claire du fait que leur capacité d'action est bien plus restreinte que celle d'un État. Toutes les considérations qui

⁴⁹ Chambre préliminaire II, Opinion dissidente du 15 mars 2011, ICC-01/09-02/11-3-tFRA, par. 32 [notes de bas de page non reproduites].

⁵⁰ ICC-01/09-02/11-T-12-RED-ENG WT, p. 37, lignes 18 à 20.

⁵¹ ICC-01/09-02/11-T-13-ENG ET, p. 46, lignes 24 et 25.

⁵² ICC-01/09-02/11-T-13-ENG ET, p. 45, lignes 9 à 18.

précédent militent donc contre l'hypothèse selon laquelle les Mungiki forment une « organisation » présentant les caractéristiques d'un État.

17. Lors de l'audience, j'ai également relevé un autre point de la présentation des faits par le Procureur, à savoir que les Mungiki auraient apparemment eu besoin d'une aide extérieure substantielle pour commettre les crimes à Naivasha et Nakuru⁵³ : ils auraient reçu des fonds, des uniformes et des armes, et auraient été transportés à différents endroits du pays. D'après le Procureur, les Mungiki auraient bénéficié, aux fins de l'attaque, d'une « zone franche » créée par la police, ce qui était vital — voire une condition *sine qua non* — pour la réussite de leurs opérations. À cet égard, il convient de relever que les Mungiki ont apparemment réussi à négocier une cessation temporaire des exécutions extrajudiciaires de leurs membres par les forces gouvernementales, de manière à mener leurs activités sans entraves.

18. Ce qui précède m'amène à conclure que si la police kényane ne s'était pas abstenue d'intervenir, si les Mungiki n'avaient reçu ni argent, ni uniformes, ni armes, et n'avaient pas été transportés à différents endroits du pays, ils n'auraient pas été en mesure de lancer l'attaque alléguée, menée sur une grande échelle à l'encontre de civils kényans et couvrant une zone géographique étendue. À supposer même que les Mungiki aient été « tributaires de fonds extérieurs pour la commission des crimes⁵⁴ », le fait qu'ils aient eu besoin d'un appui financier, de quelque importance que ce soit, montre qu'ils ne disposaient pas de moyens suffisants pour commettre des crimes sur une grande échelle. J'ai donc peine à comprendre comment cette « organisation », fortement dépendante d'un soutien logistique externe, pourrait satisfaire aux critères que j'ai exposés dans mon Opinion dissidente du 31 mars 2010⁵⁵, au point de pouvoir être considérée comme une « organisation » présentant

⁵³ « [TRADUCTION] Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont fourni à cette organisation ad hoc un accès à des ressources publiques et privées considérables et, *ce faisant, lui ont donné les moyens de mener les attaques contre la population civile* » [non souligné dans l'original], ICC-01/09-02/11-T-5-RED-ENG CT, p. 10, lignes 12 à 15.

⁵⁴ Voir Décision de la majorité, par. 222.

⁵⁵ Voir *supra*, par. 7.

les caractéristiques d'un État ou comme toute autre « organisation » *ayant la capacité, y compris les moyens*, de prendre pour cible la population civile sur une grande échelle. Plus important, au vu de la conclusion de la majorité excluant la police kényane de l'« organisation », j'ai beaucoup de mal à croire que, ainsi privés du second pilier de la structure formant l'« organisation », les Mungiki auraient pu, seuls, lancer une attaque généralisée ou systématique contre des civils, comme le soutient le Procureur. En l'absence de cet élément indispensable et essentiel de la structure de l'« organisation », je continue de douter que cette thèse, ainsi amputée, soit même plaidable et défendable.

19. Je maintiens par conséquent la conclusion à laquelle je suis précédemment parvenu, à savoir que les Mungiki, à l'instar de nombreux autres gangs criminels au Kenya ou ailleurs, demeurent un gang criminel violent, plus ou moins structuré et hors la loi, dont les activités relèvent du crime organisé et qui tire des revenus de la fourniture illégale de certains services publics à la population locale, principalement dans les bidonvilles de Nairobi. À la lumière de ce qui précède, j'estime que les Mungiki ne sauraient être considérés comme une « organisation » au sens de l'article 7-2-a du Statut. Par conséquent, ils ne relèvent pas des dispositions du Statut.

20. En conclusion, je ne suis pas convaincu, c'est-à-dire que je n'ai pas « acquis la certitude », que les crimes ont été commis en application de la politique d'une « organisation » présentant les caractéristiques d'un État, ce qui est un élément contextuel indispensable et une caractéristique intrinsèque des crimes contre l'humanité visés à l'article 7 du Statut. Les crimes allégués ne s'inscrivant pas dans la « politique d'une organisation », je reste d'avis que la Cour n'a pas la compétence *ratione materiae* pour connaître de la situation en République du Kenya, y compris en l'espèce.

21. Enfin, outre mon désaccord sur des questions fondamentales de droit, je souhaite formuler quelques réflexions sur la conclusion de la majorité concernant le gang des

Mungiki. Je tiens à souligner ma profonde préoccupation quant au malheureux précédent, lourd de conséquences, qu'a créé la majorité en considérant que les activités d'un gang criminel de type mafieux relèvent de l'article 7-2-a du Statut. Puisque les gangs criminels qui ont la capacité d'accomplir des actes qui violent les valeurs humaines fondamentales opèrent non seulement en République du Kenya mais aussi dans la plupart des régions du globe, toutes leurs activités, d'après la majorité, relèveraient de la compétence *ratione materiae* de la Cour. Était-ce là l'intention des auteurs du Statut de Rome ? Et si ce malheureux précédent est maintenu, quelles seraient les conséquences pour les activités futures de la Cour pénale internationale ? J'ai expliqué dès le 31 mars 2010 mon approche, mûrement réfléchie, en ces termes :

[...] Il n'est ni opportun ni possible d'analyser et d'expliquer dans le cadre de la présente opinion tous les inconvénients et les risques qu'il pourrait y avoir à progressivement rabaisser les crimes contre l'humanité au rang des crimes, même graves, de droit commun. Je me sens toutefois tenu, en tant que juge de la CPI, de souligner au moins ce qui suit : une telle orientation pourrait porter atteinte à la souveraineté des États et empiéter sur l'action des juridictions nationales relativement à des crimes qui ne devraient pas entrer dans le champ d'application du Statut. Elle élargirait presque à l'infini les possibilités d'intervention de la CPI et ferait de celle-ci, qui dépend entièrement de la coopération des États, une juridiction internationale totalement débordée et inefficace, dont le prestige et la crédibilité seraient alors en péril. Compte tenu des moyens financiers et matériels limités dont dispose l'institution, elle pourrait se trouver dans l'incapacité de faire face à toutes les situations susceptibles de relever de sa compétence, et le choix des situations devant faire l'objet d'une enquête pourrait être tout à fait arbitraire, au grand dam des nombreuses victimes des situations qu'elle aurait ignorées, qui se verraient privées de tout accès à la justice sans motif convaincant⁵⁶.

4. Exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense

22. Je relève que, le 19 septembre 2011, la Défense d'Uhuru Kenyatta a soulevé en l'espèce une exception d'incompétence de la Cour en vertu de l'article 19-2-a du Statut⁵⁷. Le premier jour de l'audience, la Chambre a rendu oralement une décision relative au déroulement de l'instance en vertu de la règle 58-2 du Règlement de

⁵⁶ 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, p. 88, par. 10.

⁵⁷ ICC-01/09-02/11-339 ; Mohamed Ali, pour lequel la majorité a finalement refusé de confirmer toutes les charges, a lui aussi contesté la compétence de la Cour, voir ICC-01/09-02/11-338.

procédure et de preuve, et a ordonné aux parties et aux victimes de déposer leurs observations écrites dans le délai imparti⁵⁸.

23. La Défense d'Uhuru Kenyatta a demandé à la Chambre ce qui suit :

[TRADUCTION] 73. [...] i) [D]'adopter la définition de la politique d'une organisation telle qu'exposée dans [l'Opinion dissidente du 15 mars 2011]; ii) d'évaluer l'intégralité des éléments de preuve au terme de l'audience de confirmation des charges ; et, iii) en temps voulu, de refuser d'exercer sa compétence dans l'affaire concernant Uhuru Kenyatta.

74. À titre subsidiaire, même si [la Chambre] décidait de ne pas retenir la définition de la politique d'une organisation telle qu'exposée dans [l'Opinion dissidente du 15 mars 2011], la Défense demande [à la Chambre] i) d'évaluer l'intégralité des éléments de preuve au terme de l'audience de confirmation des charges ; et, iii) en temps voulu, de refuser d'exercer sa compétence dans l'affaire concernant Uhuru Kenyatta⁵⁹.

24. La Défense d'Uhuru Kenyatta demande à la Chambre de refuser d'exercer sa compétence en l'espèce, en faisant valoir essentiellement deux points : i) une révision de la définition que donne la majorité de la « politique d'une organisation » (« critère des valeurs humaines fondamentales »), que la Défense considère comme incorrecte, recommandant plutôt l'adoption de la définition donnée dans l'Opinion dissidente du 15 mars 2011 (question de droit)⁶⁰ ; et ii) une évaluation des éléments de preuve, car la Défense maintient que ceux présentés par le Procureur n'établissent pas l'existence d'une « organisation », que ce soit selon l'interprétation de la majorité ou selon le juge dissident (question de fait)⁶¹.

25. Le Procureur demande à la Chambre de rejeter sans examen au fond l'exception d'incompétence soulevée par la Défense, au motif que cette contestation n'est pas dûment présentée⁶². Il explique que « [TRADUCTION] la question de la compétence doit être tranchée au préalable par les juges, avant tout examen de l'affaire sur le fond⁶³ », alors qu'en fait, d'après lui, la Défense présente déjà des arguments sur le

⁵⁸ ICC-01/09-02/11-T-4-ENG ET, p. 16, lignes 4 à 20.

⁵⁹ ICC-01/09-02/11-339.

⁶⁰ ICC-01/09-02/11-339, par. 15 à 58.

⁶¹ ICC-01/09-02/11-339, par. 59 à 71.

⁶² ICC-01/09-02/11-356.

⁶³ ICC-01/09-02/11-356, par. 3.

fond de l'affaire dans l'exception qu'elle a soulevée⁶⁴. Il soutient en outre que la Cour est compétente en l'espèce puisqu'Uhuru Kenyatta est mis en cause pour crimes contre l'humanité⁶⁵. Il ajoute que la question de savoir si l'article 7 du Statut s'applique ou non est une question d'interprétation du Statut ou de caractère suffisant des éléments de preuve, et non de compétence⁶⁶. Pour étayer cet argument, il renvoie à une décision rendue par la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)⁶⁷. En réponse aux deux points mis en avant par la Défense d'Uhuru Kenyatta, il affirme d'abord que l'interprétation que la majorité fait de la notion d'« organisation » est correcte⁶⁸. Quant au deuxième point de l'exception soulevée par la Défense, à savoir l'insuffisance alléguée des éléments de preuve, le Procureur affirme que cette question « [TRADUCTION] n'a pas sa place dans le cadre d'une exception d'incompétence » et que son examen doit être reporté au moment où sera rendue la décision prévue à l'article 61-7 du Statut⁶⁹.

26. Les victimes participant à l'affaire demandent le rejet de l'exception d'incompétence⁷⁰. Elles avancent, pour l'essentiel, que le critère des valeurs humaines fondamentales adopté par la majorité est correct. Elles sont d'avis que « [TRADUCTION] [l]'existence de la politique d'une organisation est inhérente au fait de prendre pour cible un groupe donné, mais [que] cette politique n'a pas à être adoptée par un type d'organisation en particulier⁷¹ ». Elles affirment que « [TRADUCTION] des preuves en abondance » montrent qu'un grand nombre de civils ont été pris pour cible⁷².

⁶⁴ ICC-01/09-02/11-356, par. 3.

⁶⁵ ICC-01/09-02/11-356, par. 13 et 14.

⁶⁶ ICC-01/09-02/11-356, par. 14 et 16.

⁶⁷ ICC-01/09-02/11-356, par. 15. Le nom complet du tribunal est « Tribunal pénal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 », document de l'ONU, S/RES/827 (1993).

⁶⁸ ICC-01/09-02/11-356, par. 17 à 34.

⁶⁹ ICC-01/09-02/11-356, par. 35 à 37.

⁷⁰ ICC-01/09-02/11-357.

⁷¹ ICC-01/09-02/11-357, par. 40.

⁷² ICC-01/09-02/11-357, par. 34.

27. En l'espèce, la majorité souscrit aux arguments du Procureur, puisqu'elle rejette d'emblée l'exception d'incompétence soulevée par Uhuru Kenyatta en expliquant que « ce n'est pas en soi la compétence de la Cour qui est contestée mais le bien-fondé de la thèse du Procureur concernant les faits⁷³ ». S'agissant des deux points soulevés par la Défense d'Uhuru Kenyatta, à savoir la définition de ce qu'est une « organisation » et l'insuffisance des preuves, la majorité conclut, sur la base de la formulation choisie par la Défense, que ce sont non pas des « arguments indépendants » mais des arguments si inextricablement liés qu'ils doivent être traités simultanément⁷⁴. La majorité explique que « ce n'est qu'une fois ces deux opérations accomplies que la Chambre devrait refuser d'exercer sa compétence en l'espèce⁷⁵ ». Elle ne considère donc pas que la définition du terme « organisation » soit une question distincte soulevée par la Défense, mais souligne néanmoins que, même si elle devait retenir la question de la définition du terme « organisation », elle devrait toujours examiner le second point de l'exception, à savoir l'insuffisance des preuves. Puisqu'il est « impossible de statuer sur l'exception soulevée par la Défense sans apprécier les faits de l'espèce », la majorité conclut que ces questions doivent être examinées dans la partie de la décision rendue en application de l'article 61-7 du Statut consacrée aux éléments contextuels des crimes contre l'humanité⁷⁶. La majorité estime que la même conclusion vaut *a fortiori* pour l'autre point soulevé par la Défense⁷⁷.

28. Je ne souscris pas à cette interprétation de l'exception soulevée par la Défense. Je ne saurais convenir que les points susvisés sont formulés de telle façon que la Chambre ne peut se prononcer sur l'exception d'incompétence soulevée par la Défense. Contrairement à la majorité, je considère les deux points soulevés par la

⁷³ Voir Décision de la majorité, par. 30.

⁷⁴ Voir Décision de la majorité, par. 33.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Voir Décision de la majorité, par. 33 et 34. L'exception d'incompétence soulevée par Mohammed Ali est rejetée d'emblée par la majorité pour des motifs similaires, voir Décision de la majorité, par. 31 et 32.

⁷⁷ Voir Décision de la majorité, par. 34.

Défense comme étant suffisamment indépendants l'un de l'autre. La Défense, à mon avis, ne fait pas de l'examen des faits une condition préalable à l'interprétation de la notion de « politique d'une organisation ». Elle demande plutôt qu'une interprétation correcte soit adoptée au regard de laquelle les faits seront évalués, dans l'optique d'une déclaration d'incompétence. Quoi qu'il en soit, tout examen des faits implique logiquement que la Cour interprète d'abord le droit. À cet égard, j'observe que dans sa décision, la majorité traite les arguments de la Défense dans le contexte du droit applicable à la notion d'« organisation » sans examiner la question de l'insuffisance des preuves, et dissocie ainsi les arguments de la Défense⁷⁸. Le même traitement indépendant des points soulevés par la Défense se trouve dans la décision relative à la confirmation des charges rendue ce jour par la majorité dans l'affaire *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*. Dans cette décision, alors que la Défense a soulevé des exceptions pour les mêmes motifs que ceux avancés par Uhuru Kenyatta, la majorité semble reconnaître de manière implicite qu'en droit une exception peut soulever la question de l'interprétation d'un élément contextuel, comme la notion d'« organisation », puisqu'elle a rejeté cette partie de l'exception sur le fond⁷⁹. Dans le même temps, elle a rejeté d'emblée le point relatif à l'insuffisance des preuves⁸⁰. Je suis donc d'avis que la même approche, consistant à disjoindre les deux points, aurait au moins pu être adoptée en l'espèce.

29. S'agissant du fond de l'exception, je suis fondamentalement en désaccord avec la position adoptée par la majorité en l'espèce, pour les raisons exposées plus loin. D'emblée, je tiens à préciser que je ne souhaite pas reprendre le débat sur l'interprétation qu'il convient de donner à la notion d'« organisation ». J'ai déjà exposé de manière suffisamment détaillée la façon dont j'entends le droit, à l'occasion des deux opinions dissidentes dans lesquelles j'ai analysé les faits tels que

⁷⁸ Voir Décision de la majorité, par. 112 à 114.

⁷⁹ Voir le paragraphe 34 de la décision rendue par la majorité relativement à la confirmation des charges dans l'affaire *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*.

⁸⁰ Voir les paragraphes 35 et 36 de la décision rendue par la majorité relativement à la confirmation des charges dans l'affaire *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*.

présentés par le Procureur. Je ne répondrai donc ici qu'aux nouveaux arguments avancés relativement aux deux questions préliminaires suivantes :

a) en droit, l'interprétation de l'élément contextuel de « politique d'une organisation » s'effectue-t-elle dans le cadre de l'examen de l'exception d'incompétence ? et

b) une appréciation des faits et, par extension, des preuves, peut-elle (et, si oui, dans quelle mesure) être effectuée dans le cadre de l'examen d'une exception d'incompétence ?

a) Question de droit : l'interprétation correcte de la notion de « politique d'une organisation » s'effectue dans le cadre de l'examen de l'exception d'incompétence

30. Comme je l'ai fait observer plus haut, la majorité, dans la décision qu'elle a rendue relativement à la confirmation des charges dans l'affaire *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, semble reconnaître qu'en droit cette question peut relever de l'examen de l'exception d'incompétence (voir le paragraphe 28 ci-dessus). Si je suis d'accord avec le principe sur lequel se fonde l'approche suivie par la majorité, je vais préciser ci-après pour quelles raisons.

31. La jurisprudence constante de la Cour, y compris celle de la présente Chambre, montre clairement que la compétence est soumise à quatre conditions, qui sont la compétence matérielle (*ratione materiae*), la compétence temporelle (*ratione temporis*), la compétence personnelle (*ratione personae*) et la compétence territoriale (*ratione loci*), les deux dernières conditions n'ayant pas à être cumulées⁸¹. La compétence *ratione*

⁸¹ Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision du 3 octobre 2006 relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut, ICC-01/04-01/06-772-tFRA, par. 21 et 22 ; 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, par. 38 et 39 ; Chambre préliminaire III, Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-14, par. 12 ; Chambre préliminaire III, Décision relative à la demande de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Laurent Koudou Gbagbo, déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, ICC-02/11-01/11-9-Red-tFRA, par. 9 ; Chambre préliminaire I, Décision concernant les éléments de preuve et les renseignements fournis par l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de

materiae renvoie aux crimes qui relèvent de la compétence de la Cour — énumérés aux articles 6, 7 et 8 du Statut, ainsi qu'à l'article 8 *bis* qui n'est pas encore entré en vigueur — et recouvre les éléments contextuels constitutifs dans lesquels s'inscrivent les crimes spécifiques. Ainsi, la condition contextuelle d'« organisation » au sens de l'article 7-2-a du Statut relève pleinement de la « détermination de la compétence ». Bien entendu, celle-ci inclut toute question d'interprétation qui pourrait avoir une incidence sur l'applicabilité des éléments contextuels.

32. L'argument selon lequel les éléments contextuels, tels que l'« organisation » au sens de l'article 7-2-a du Statut, ne relèvent pas du tout de la « détermination de la compétence » mais concernent des points de substance relevant du fond de l'affaire, est aussi stupéfiant que fallacieux. Cet argument méconnaît le caractère indissociable et double des éléments contextuels, ceux-ci étant à la fois des éléments des crimes (ainsi que précisé dans les *Éléments des crimes*)⁸² qui se rapportent au fond *et* qui sont liés par nature à la compétence, puisque la Cour ne peut exercer de compétence sur les actes constitutifs de crimes contre l'humanité en l'absence de ces éléments contextuels. La présence d'éléments contextuels différencie les crimes relevant de la compétence de la Cour des crimes ordinaires. Ainsi que je l'ai expliqué dans l'Opinion dissidente du 31 mars 2010 :

Il est d'autant plus essentiel d'établir [...] que les éléments contextuels des crimes contre l'humanité sont constitués que cet aspect décisif est celui qui déclenche la compétence de la Cour, qui érige en crimes internationaux les actes concernés — lesquels, autrement, relèveraient exclusivement de la compétence des juridictions nationales — et qui écarte les considérations relatives à la souveraineté des États⁸³.

33. L'article 19-1 du Statut (première phrase) fait obligation aux juges de la Cour, dans des termes sans équivoque, de s'assurer qu'ils sont compétents pour connaître

Germain Katanga, ICC-01/04-01/07-4-tFRA, par. 11 ; Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3-tFRA, par. 36.

⁸² Il convient de rappeler à ce propos le deuxième paragraphe d'introduction aux crimes contre l'humanité dans les *Éléments des crimes*, qui confirme que « [l]es deux derniers éléments de chaque crime contre l'humanité décrivent le contexte dans lequel les actes doivent avoir été commis ».

⁸³ 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, p. 93, par. 18.

d'une affaire : « La Cour s'assure qu'elle est compétente pour connaître de toute affaire portée devant elle » [non souligné dans l'original]. Comme expliqué précédemment, la présente Chambre a interprété cette disposition comme voulant dire que « la Cour "doit acquérir la certitude" que les conditions relatives à la compétence fixées dans le Statut sont remplies⁸⁴ ». J'en tire deux conclusions. Premièrement, la réponse à la question de savoir si la Cour est compétente n'est pas en principe soumise aux normes d'administration de la preuve de plus en plus exigeantes qui s'appliquent aux différents stades de la procédure. Deuxièmement, une réponse affirmative à cette question est une condition préalable à l'examen au fond par la Chambre⁸⁵. Par conséquent, la question ne peut pas être reportée à l'examen sur le fond ; elle doit être tranchée définitivement *ab initio*. Autrement dit, la Cour n'a pas une compétence limitée au moment de la délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître, puis un peu plus de compétence lors de la confirmation des charges, et enfin une compétence « au-delà de tout doute raisonnable » au procès, après avoir statué pleinement sur le fond. La Cour est compétente ou ne l'est pas.

34. Cela dit, je suis pleinement conscient que les questions de compétence peuvent être étroitement liées au fond de l'affaire. Afin d'éviter de prolonger inutilement la procédure relative à la question de la compétence, j'estime qu'une appréciation minutieuse des éléments contextuels — qui sont décisifs pour déclencher l'intervention de la Cour — ne devrait ou ne doit être menée que s'il apparaît que la « certitude » voulue pourrait ne pas être acquise. Pareilles situations méritent d'être réglées immédiatement, sans que soit examiné ou préjugé le fond de l'affaire, et elles

⁸⁴ Chambre préliminaire II, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424-tFRA, par. 24 ; 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. 9 ; Chambre préliminaire II, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11-1-tFRA, par. 9 ; voir aussi Décision de la majorité, par. 23.

⁸⁵ Voir aussi Décision de la majorité, par. 23.

ne peuvent être appréciées qu'au cas par cas. Dans les circonstances de l'espèce, j'ai estimé à la fois opportun et nécessaire d'apprécier plus avant les éléments contextuels des crimes contre l'humanité, qui font partie de la compétence *ratione materiae*, au moment de l'examen de la compétence et au stade précoce de la procédure d'ouverture de l'enquête sur la situation en République du Kenya. Si j'étais de cet avis, c'était parce que la certitude voulue ne semblait pas avoir été acquise. Dans le même temps, j'ai jugé nécessaire d'éviter à la Cour de poursuivre des procédures longues et coûteuses si elle n'était pas compétente en l'espèce.

35. À l'appui de son argument selon lequel les questions soulevées par la Défense ne constituent pas de véritables contestations de la compétence de la Cour, le Procureur se réfère à une décision récente de la Chambre d'appel du TPIY⁸⁶, faisant valoir que ce tribunal, « [TRADUCTION] devant un argument de la Défense quasiment identique dans l'affaire *Gotovina*, a refusé de considérer que le recours portait sur la compétence⁸⁷ ». Un examen attentif de la décision de la Chambre d'appel en question me pousse à conclure que le Procureur déforme les questions en jeu. Dans cette décision, la question soulevée par la Défense d'Ante Gotovina était celle de savoir si les éléments objectifs des crimes d'expulsion et transfert forcé et de traitement cruel et actes inhumains avaient été établis. En effet, l'appréciation de l'élément matériel d'un crime spécifique, l'acte constitutif de crime, est une question se rapportant au fond de l'affaire, qui ne devrait pas, en principe, être préjugée lors de l'examen de la compétence mais devrait être tranchée lors de l'examen au fond de l'affaire. La question qui se pose en l'espèce est entièrement différente : les éléments *contextuels* des crimes contre l'humanité ont-ils été établis ? Comme expliqué plus haut, j'estime que cette question relève clairement de la « détermination de la compétence », puisqu'une fois établis, ces éléments contextuels confèrent sa compétence à la Cour.

⁸⁶ TPIY, *Le Procureur c/ Ante Gotovina et consorts*, affaire n° IT-06-90-AR72.1, Décision relative à l'appel interlocutoire formé par Ante Gotovina contre la décision relative à plusieurs exceptions d'incompétence, 6 juin 2007.

⁸⁷ ICC-01/09-02/11-356, par. 15.

36. La nécessité de dûment déterminer si elle est compétente va dans le sens de la jurisprudence de la Cour, qui a fréquemment affirmé sa compétence après s'être assurée que les conditions y relatives, dont les éléments contextuels des crimes allégués, avaient été remplies⁸⁸. Il est vrai qu'aucune chambre n'a encore mené une analyse approfondie des faits dans le contexte de la détermination de la compétence *ratione materiae*. Cela peut cependant s'expliquer par le fait qu'aucune chambre ne s'est trouvée jusqu'à présent face à une nécessité aussi claire de déterminer si la Cour avait ou non compétence *ratione materiae*.

37. Le Procureur lui-même suit exactement la même approche. Il apprécie clairement la compétence *ratione materiae*, dont les éléments contextuels des crimes qui auraient été commis, pour déterminer l'existence d'« une base raisonnable pour croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été commis ou est en voie d'être commis », conformément à l'article 53-1-a du Statut. Fait remarquable, le Procureur a refusé d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation au Venezuela au motif qu'il ne semblait pas que des crimes contre l'humanité y aient été commis. Il a précisé ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] Pour constituer un crime contre l'humanité, les actes en question doivent, aux termes de l'article 7-1 du Statut de Rome, avoir été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile. Ce critère établit une norme stricte. Même à l'issue d'une évaluation large des informations communiquées, les renseignements disponibles n'ont pas fourni une base raisonnable pour croire que la condition d'*attaque généralisée ou systématique contre toute population civile* avait été remplie [non souligné dans l'original]⁸⁹.

⁸⁸ Voir par exemple : Chambre préliminaire I, Décision relative à la décision de la Chambre préliminaire I du 10 février 2006 et à l'inclusion de documents dans le dossier de l'affaire concernant M. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-8-Corr-tFR, par. 25, où sont examinés les éléments contextuels de crimes de guerre ; Chambre préliminaire I, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3-tFRA, par. 39, où il est fait référence explicitement aux éléments contextuels des crimes contre l'humanité ; Chambre préliminaire III, Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-14, par. 13, où il est fait référence explicitement aux éléments contextuels des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre ; Chambre préliminaire III, Décision relative à la demande de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Laurent Koudou Gbagbo, déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, ICC-02/11-01/11-9-Red-tFRA, par. 11, où il est fait référence explicitement aux éléments contextuels des crimes contre l'humanité.

⁸⁹ Voir les pages 3 et 4 de la réponse du Procureur aux communications reçues concernant la situation au Venezuela, disponible à l'adresse suivante : <http://www.icc->

38. Je ne vois aucune raison logique ou juridique justifiant que le Procureur puisse refuser d'ouvrir une enquête en alléguant la non-compétence *ratione materiae* en raison de l'absence des éléments contextuels requis des crimes contre l'humanité, tandis que la Chambre se verrait tout simplement empêchée de connaître de cette question ou de procéder à l'examen de l'analyse préliminaire du Procureur concernant la compétence. J'estime plutôt que la Chambre est tout à fait compétente pour examiner les questions relatives à la compétence, de manière à s'acquitter pleinement de l'obligation qui lui est imposée par l'article 19-1 du Statut.

39. L'argument supplémentaire du Procureur, selon lequel la Cour *est* compétente parce qu'il est *reproché* au suspect des crimes contre l'humanité sur la base de l'article 7 du Statut, est indéfendable sur le plan juridique et procédural. Les charges, dont l'existence implique que la Cour est compétente, sont simplement *présentées* par le Procureur. Là encore, c'est aux juges de la Cour et non au Procureur qu'il revient en dernier ressort de trancher la question de la compétence. Autrement, le Procureur pourrait cataloguer tout crime comme relevant de la compétence de la Cour, retirant ainsi la compétence *ratione materiae* du champ d'application de l'article 19-1 (première phrase) et limitant à la compétence *ratione temporis* et à la compétence *ratione loci/ratione personae* tout recours formé ou toute question soulevée respectivement en vertu des articles 19-2 et 19-3. À mon avis, une telle interprétation rendrait les articles 19-1, 19-2 et 19-3 largement inopérants.

40. À cet égard, je tiens compte de l'interprétation qu'a faite la Chambre préliminaire I de l'article 19 du Statut dans l'affaire *Mbarushimana*. La Chambre

[cpi.int/NR/rdonlyres/4E2BC725-6A63-40B8-8CDC-ADBA7BCAA91F/143684/OTP letter to senders re Venezuela 9 February 2006.pdf](http://cpi.int/NR/rdonlyres/4E2BC725-6A63-40B8-8CDC-ADBA7BCAA91F/143684/OTP_letter_to_senders_re_Venezuela_9_February_2006.pdf) (consulté pour la dernière fois le 10 janvier 2012). Je relève en outre que, dans cette réponse, le Procureur semble même être allé jusqu'à examiner, sur la base des communications reçues, les éléments spécifiques du crime de persécution au sens de l'article 7-1-h du Statut, concluant que « [TRADUCTION] nombre des actes de persécution allégués ne semblaient pas réaliser les éléments du crime de persécution », voir p. 3.

préliminaire I a clairement souligné l'importance du recours qu'accorde cette disposition au suspect :

[TRADUCTION] La Chambre fait observer que le droit du suspect de contester la compétence de la Cour est un recours spécial inscrit à l'article 19 du Statut, et qu'il est en soi autonome et indépendant de tout autre recours dont pourrait jouir le suspect en vertu d'autres dispositions du Statut⁹⁰.

Cette conclusion souligne l'importance générale des contestations de la compétence en vertu de l'article 19, qui ne devrait pas être diminuée. La fonction de l'article 19 ne doit donc pas être considérablement réduite par l'exclusion des questions relatives à la compétence *ratione materiae*.

b) Question de fait : une appréciation des faits et, par extension, des preuves s'effectue dans le cadre de l'examen de l'exception d'incompétence

41. Une autre question préliminaire liée à l'exception soulevée par la Défense est celle de savoir si — et dans quelle mesure — les faits et, par extension, les preuves peuvent être appréciés au regard de la compétence *ratione materiae*, qui, ainsi que démontré plus haut, fait partie intégrante de la « détermination de la compétence ». La majorité refuse de mener pareil examen portant sur des questions de preuve, car il implique une appréciation des faits qui ne peut avoir lieu qu'au stade de l'examen au fond. Je ne partage pas cette position, pour les deux raisons exposées ci-après.

42. Premièrement, je fais observer qu'en général, lorsqu'un tribunal est amené à traiter de questions juridiques telles que celles portant sur la compétence, ce n'est pas aux seules fins de théoriser, mais pour interpréter le droit en vue d'apprécier les faits de l'espèce au regard de celui-ci. La détermination des faits de l'espèce pouvant être controversée, des questions relatives aux éléments de preuve peuvent se poser à tout stade de la procédure⁹¹.

⁹⁰ Chambre préliminaire I, *Decision on the "Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court"*, ICC-01/04-01/10-451, par. 11.

⁹¹ Voir aussi Chambre d'appel, Arrêt relatif aux appels interjetés par la Défense contre les décisions rendues par la Chambre préliminaire II relativement aux demandes de participation des victimes a/0010/06, a/0064/06 à a/0070/06, a/0081/06, a/0082/06, a/0084/06 à a/0089/06, a/0091/06 à a/0097/06, a/0099/06, a/0100/06, a/0102/06 à a/0104/06, a/0111/06, a/0113/06 à a/0117/06, a/0120/06, a/0121/06 et a/0123/06 à a/0127/06, ICC-02/04-01/05-371-tFRA, par. 36 : « La Chambre d'appel fait observer que la

43. Deuxièmement, je relève l'obligation qu'a la Chambre de se prononcer sur la compétence après avoir acquis la « certitude » qu'elle ne peut logiquement atteindre qu'en évaluant les faits présentés par le Procureur. Étant donné que la « détermination de la compétence » repose sur quatre conditions (voir paragraphe 31 plus haut), une évaluation des faits doit nécessairement couvrir l'ensemble de ces quatre conditions, y compris la compétence *ratione materiae*.

44. Au vu de ce qui précède, il m'est difficile d'accepter qu'une appréciation des faits — et, par extension, des preuves — ne puisse pas être menée pour déterminer la compétence *ratione materiae* et doive être reportée à l'examen sur le fond. À mon avis, la question de fait soulevée par la Défense relève, en principe, de cette exception.

45. En conclusion, je suis d'avis que l'exception soulevée par la Défense doit être examinée dans son intégralité. Au regard des conclusions que j'ai tirées précédemment concernant la compétence, j'estime que l'exception soulevée par la Défense devrait être accueillie et que la Cour devrait se déclarer non compétente en l'espèce. Je considère en outre que les questions soulevées par la Défense sont susceptibles d'appel au titre de l'article 82-1-a du Statut et que, par conséquent, il n'est pas nécessaire de demander l'autorisation d'interjeter appel en application de l'article 82-1-d.

III. Observations supplémentaires

46. Nonobstant mon opinion quant à l'absence de compétence *ratione materiae* de la Cour dans le cadre de la situation en République du Kenya, et par conséquent en

primauté du droit repose sur le principe essentiel selon lequel les décisions judiciaires doivent être fondées sur des faits établis. Fournir des éléments de preuve à l'appui des allégations formulées constitue une caractéristique particulière des procédures judiciaires ; les juges des tribunaux ne se prononcent pas de manière impulsive ou en se fiant à leur intuition, ou encore en se fondant sur des conjectures, pas davantage qu'ils ne le font en fonction de la sympathie que leur inspire une partie ou sous l'empire de l'émotion. Agir de la sorte conduirait à l'arbitraire et irait à l'encontre de la primauté du droit ».

l'espèce, j'ai suivi attentivement l'intégralité de la procédure de confirmation des charges. Dans la présente partie de mon opinion dissidente, je souhaite traiter de deux points méritant une attention particulière. Premièrement, je ferai part de mes réflexions concernant les incidences du respect par le Procureur de l'article 54-1-a du Statut, au cours de son enquête, sur les procédures menées par les chambres de la CPI. Deuxièmement, j'exposerai mes vues sur les droits dont jouit la Défense au cours de l'audience de confirmation des charges en vertu de l'article 61-6.

1. Respect de l'article 54-1-a du Statut par le Procureur

47. À l'audience de confirmation des charges, le Procureur doit, conformément à l'article 61-5 du Statut, étayer chacune des charges avec « des éléments de preuve suffisants » recueillis au cours de son enquête.

48. Compte tenu de mon expérience à la Cour et de ce que j'ai pu y observer à ce jour, je saisis cette occasion pour préciser et résumer mes vues et mes attentes s'agissant des enquêtes menées par le Bureau du Procureur au nom de la Cour. Je le fais en tant que juge pleinement conscient de la responsabilité considérable que représente le fait de rendre une décision aux répercussions importantes concernant la confirmation ou non des charges sur la base desquelles le Procureur entend renvoyer en jugement les personnes visées. Je fais observer qu'une décision de cette importance et tout le processus qui y mène aura, dans tous les cas de figure, et donc en l'espèce, des conséquences notables non seulement pour les personnes concernées mais aussi pour la Cour elle-même et pour l'exécution de son mandat consistant à promouvoir durablement le respect de la justice internationale et sa mise en œuvre.

49. Ceci étant dit, il est à mon avis absolument indispensable que ces enquêtes soient menées de la façon la plus exhaustive, professionnelle, rapide et, par conséquent, la plus efficace possible. À ce sujet, je rappelle tout d'abord l'article 54-1-a du Statut, qui dispose ce qui suit :

Article 54**Devoirs et pouvoirs du Procureur en matière d'enquêtes**

1. Le Procureur :

- a) Pour établir la vérité, étend l'enquête à tous les faits et éléments de preuve qui peuvent être utiles pour déterminer s'il y a responsabilité pénale au regard du présent Statut et, ce faisant, enquête tant à charge qu'à décharge [non souligné dans l'original].

50. Je comprends cette disposition essentielle comme impliquant en particulier les points suivants, pour toute procédure devant la Cour :

- 1) L'enquête, dès son ouverture dans le cadre de la situation jusqu'à la confirmation des charges, a pour objectif ultime d'établir la vérité et de fournir une base solide à un examen judiciaire ultérieur visant à déterminer s'il y a effectivement responsabilité pénale individuelle, ce qui, conformément à l'article 66-3 du Statut, exigera des juges qu'ils soient « convaincu[s] de [l]a culpabilité [de l'accusé] au-delà de tout doute raisonnable » ;
- 2) La portée de l'enquête doit être *étendue* à *tous* les faits et éléments de preuve pour que l'examen judiciaire mentionné au point 1) soit possible ;
- 3) L'enquête doit porter aussi bien sur les éléments à charge que sur ceux à décharge, le rôle du Procureur tel que défini par le Statut consistant à établir objectivement la vérité et non à prendre parti.

51. Ce sont là, à mon avis, des exigences fondamentales fixant des normes qui sont claires — sans être élevées —, normes que le Procureur doit observer pour mener dûment ses enquêtes au nom de la Cour, en prenant, conformément à l'article 54-1-b du Statut, les mesures propres à en assurer l'efficacité tout en respectant les droits des personnes concernées, comme l'exige l'article 54-1-c.

52. J'en conclus aisément que toute enquête qui ne respecte pas ces normes n'est pas conforme à l'esprit et à la lettre de l'article 54-1 du Statut. De même, je n'ai aucun mal à présumer que toute enquête qui ne les respecte que de manière partielle et inadéquate entraînera probablement des problèmes et des difficultés qui non seulement mettront à mal l'efficacité et le succès des poursuites, mais affecteront les

travaux de la Chambre concernée et la Cour en général. Tel peut être le cas, par exemple, si l'enquête portant sur une affaire concrète ne couvre pas *de facto* tous les faits et éléments de preuve en l'espèce, ou si toutes les mesures propres à assurer l'efficacité de l'enquête ne sont pas prises ; il pourrait en conséquence y avoir une quantité d'éléments de preuve limitée ou même, dans un cas extrême, insuffisante. Un autre exemple de lacune en matière d'enquêtes serait d'avoir *de facto* pour objectif, dans un premier temps, de recueillir assez d'éléments de preuve pour satisfaire (seulement) à la norme des « preuves suffisantes » au sens de l'article 61-7 du Statut, peut-être dans l'attente ou dans l'espoir qu'il soit possible, à un stade ultérieur, après la procédure de confirmation des charges, de recueillir des éléments de preuve supplémentaires et plus convaincants afin de satisfaire à la norme d'administration de la preuve « au-delà de tout doute raisonnable », exigée par l'article 66-3. Je crois qu'une telle approche, aussi tentante qu'elle puisse être pour le Procureur, serait risquée, voire irresponsable : s'il apparaît après la confirmation des charges qu'il est impossible de rassembler d'autres éléments de preuve pour satisfaire à la norme décisive « au-delà de tout doute raisonnable », l'affaire en question peut devenir très difficile et même s'effondrer au procès, avec alors des conséquences graves et nombreuses, notamment pour la Cour et pour les victimes qui ont placé de grands espoirs en cette institution.

53. J'estime qu'il est par conséquent du devoir du Procureur de mener ses enquêtes dès le début aussi efficacement que possible, avec l'objectif sans équivoque de rassembler aussi rapidement que faire se peut des éléments de preuve pertinents et convaincants qui permettront en définitive à la Chambre de première instance de déterminer si la responsabilité pénale est établie « au-delà de tout doute raisonnable ». Il importe que le Procureur mène ses enquêtes avec détermination et sans délai en raison également du fait — l'expérience l'a bien montré — que les chances d'efficacité et de réussite de celles-ci s'amenuisent avec le temps après la perpétration des crimes visés. Par ailleurs, eu égard à l'article 21-3 du Statut, qui impose à la Cour d'interpréter et d'appliquer le Statut, entre autres, d'une façon

compatible avec « les droits de l'homme internationalement reconnus », je constate que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme établit clairement que la nécessité de mener « [TRADUCTION] avec promptitude et une diligence raisonnable » les enquêtes criminelles est une condition *sine qua non* de leur efficacité⁹².

54. Dans ce contexte, j'estime que mon opinion telle que je l'ai résumée ci-dessus se situe, de façon générale, dans le droit fil de l'arrêt rendu par la Chambre d'appel le 13 octobre 2006⁹³. Je relève que cette décision portait sur la question particulière de savoir si, et dans quelle mesure, le Statut autorisait que des enquêtes soient menées après la confirmation des charges ; elle ne portait pas sur la question générale, et différente, des devoirs du Procureur, qui doit, conformément à l'article 54-1, veiller à ce que les enquêtes soient menées de la façon la plus appropriée, la plus rapide et la plus efficace possible.

55. Je n'ignore pas que la Chambre d'appel a permis (uniquement) « dans certaines circonstances » qu'une enquête se poursuive après l'audience de confirmation des charges, en particulier « lorsqu'en raison de la poursuite du conflit, des éléments de preuve plus convaincants ne peuvent devenir enfin disponibles qu'après l'audience de confirmation des charges [...] »⁹⁴. Je relève, s'agissant de la présente espèce, que d'après les renseignements disponibles il n'y a pas de conflit en cours en République du Kenya.

56. Si je n'ai rien à redire concernant ce raisonnement de la Chambre d'appel, je vois la possibilité — si ce n'est le risque — que, dans la pratique, le Procureur considère

⁹² Cour européenne des droits de l'homme, *Bazorkina c. Russie*, Judgment, 27 juillet 2006, requête n° 69481/01, par. 119 ; *Tanrikulu c. Turquie*, Arrêt, 8 juillet 1999, requête n° 23763/94, par. 109.

⁹³ Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision fixant les principes généraux applicables aux demandes de restriction à l'obligation de communication introduites en vertu des règles 81-2 et 81-4 du Règlement de procédure et de preuve », ICC-01/04-01/06-568-tFRA.

⁹⁴ *Ibid.*, par. 54.

cette permission limitée d'enquêter après la phase de confirmation des charges comme une sorte de « permis » d'enquêter à n'importe quel moment, même après la confirmation des charges, ce qui lui permettrait également d'adopter une approche graduelle pour recueillir des éléments de preuve, comme dans l'exemple exposé plus haut. Ce serait là, à mon avis, une interprétation gravement erronée de l'arrêt du 13 octobre 2006.

57. En conséquence, je souligne encore une fois la nécessité absolue que le Procureur épuise tous les moyens de mener son enquête dès le début d'une façon aussi exhaustive, rapide et donc aussi efficace que possible, comme l'exige l'article 54-1 du Statut. J'estime qu'il est non seulement souhaitable mais nécessaire que l'enquête soit terminée, si possible, au moment où s'ouvre l'audience de confirmation des charges, à moins que le Procureur n'en justifie la poursuite après cette phase par des motifs impérieux tels que ceux mentionnés au paragraphe 55. Si une chambre préliminaire n'est pas convaincue que l'enquête est terminée, elle peut utiliser les pouvoirs que lui confèrent les articles 61-7-c et 69-3 du Statut pour imposer au Procureur de la mener à son terme avant d'envisager de renvoyer tout suspect en jugement. Je considère cette question comme étant de la plus haute importance pour que la Cour puisse mener ses travaux avec succès.

2. Droits de la Défense

58. Je vais d'abord traiter de la demande persistante du Procureur visant à ce que la Chambre préliminaire ne se lance pas dans un examen approfondi des éléments de preuve, et en particulier de la fiabilité et de la crédibilité de ceux qu'il a produits. La Chambre devrait plutôt, d'après le Procureur, « [TRADUCTION] considérer les éléments de preuve [produits par le Procureur] comme suffisants pour se prononcer, dès lors qu'ils sont pertinents », et laisser à la Chambre de première instance le soin de les analyser⁹⁵.

⁹⁵ ICC-01/09-01/11-345, par. 5 ; ICC-01/09-02/11-361, par. 5.

59. Si je conviens avec la majorité que cet argument n'est pas acceptable puisque la Chambre est habilitée, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, à évaluer librement tous les éléments de preuve disponibles⁹⁶, j'estime toutefois qu'il est nécessaire d'apporter quelques précisions sur les droits de la Défense lors de la procédure de confirmation des charges. Je suis fermement convaincu qu'il est capital de bien comprendre ces droits, eu égard en particulier à l'objet de la phase préliminaire, non seulement aux fins de la présente espèce mais aussi pour les procédures préliminaires à venir. Il est à mon avis indispensable de bien les comprendre pour que les décisions relatives à la confirmation des charges, rendues conformément à l'article 61 du Statut, soient judicieuses et équitables.

60. Je maintiens que c'est principalement l'article 61-6 du Statut qui définit les droits de la Défense au stade de la confirmation des charges. Je relève en particulier la formulation très claire de ses alinéas b) et c), qui disposent que la personne peut « b) [c]ontester les éléments de preuve produits par le Procureur ; et c) [p]réserver des éléments de preuve ». Par conséquent, je ne doute pas que la Défense puisse, en vertu de cette disposition, non seulement présenter des éléments de preuve en réponse à ceux du Procureur, mais également contester la pertinence, la fiabilité et la crédibilité de tous les éléments de preuve produits par celui-ci⁹⁷. Si tel n'était pas le cas, les droits énoncés à l'article 61-6 du Statut n'auraient aucun sens.

61. J'ajoute que ces droits dont jouit la Défense et la nécessité connexe d'évaluer correctement tous les éléments de preuve présentés sont pleinement conformes à l'objet de la procédure de confirmation des charges. Il est incontesté que l'un des principaux objectifs de cette procédure est de distinguer les affaires qui doivent être

⁹⁶ Voir Décision de la majorité, par. 60.

⁹⁷ Cette vue a également été exprimée par le juge Georghios M. Pikis dans son opinion individuelle : Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative aux conséquences de la non-communication de pièces à décharge couvertes par les accords prévus à l'article 54-3-e du Statut, à la demande de suspension des poursuites engagées contre l'accusé et à certaines autres questions soulevées lors de la conférence de mise en état du 10 juin 2008, rendue par la Chambre de première instance I, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, p. 60 et 61, et par. 43.

renvoyées en jugement de celles qui n'ont pas à l'être. Étant donné les conséquences considérables qu'engendre un procès pour la personne accusée, cette fonction de filtre non seulement assure l'équité de la procédure mais permet d'éviter, lorsqu'il ne peut être satisfait à la norme des « preuves suffisantes », une inutile stigmatisation publique et d'autres conséquences négatives pour l'intéressé pendant toute la durée d'un procès inévitablement long. De surcroît, une procédure longue et injustifiée entraînerait des dépenses colossales qui iraient à l'encontre de la nécessité de veiller autant que possible à l'économie judiciaire, et ce, dans l'intérêt de la justice. Il va sans dire que c'est à la Chambre que revient la responsabilité de veiller à ce que la nature et l'objet de la procédure de confirmation des charges ne soient pas indûment déformés ou dévoyés, en particulier par d'éventuelles tentatives de la Défense de transformer cette procédure en un « procès avant le procès ».

62. En somme, pour exercer efficacement et véritablement sa fonction de filtre, la Chambre ne peut se contenter d'éléments de preuve que l'Accusation dit pertinents et fiables. La conséquence insupportable d'une telle approche générale serait, à mon avis, que les éléments de preuve de l'Accusation soient considérés comme crédibles presque par défaut, de par le seul fait d'avoir été officiellement présentés. De même, cette approche aurait pour conséquence tout aussi insupportable de voir le rôle et les droits de la Défense considérablement et injustement réduits.

IV. Conclusion

63. Je suis toujours convaincu, et ce plus que jamais, que la présente espèce ne relève pas de la compétence *ratione materiae* de la Cour, ce qui m'empêche, du moins en principe, d'émettre un avis sur le fond de l'affaire, et plus précisément sur la question de savoir s'il existe des motifs substantiels de croire que Francis Muthaura et Uhuru Kenyatta ont commis les crimes qui leur sont imputés, comme l'exige l'article 61-7 du Statut. Cela m'empêche aussi, dans un deuxième temps, d'examiner si le Procureur a présenté des « preuves suffisantes » au sens de cette disposition, et enfin, de déterminer si les nombreuses contestations présentées par la Défense pour réfuter les

éléments de preuve produits par le Procureur, comme l’y autorise l’article 61-6-b du Statut, sont fondées et pertinentes.

64. Mon opinion dissidente ne saurait être faussement interprétée comme une conclusion de ma part concernant la commission de crimes en République du Kenya lors des violences postélectorales de 2007-2008. En fait, les arguments de la Défense et les éléments de preuve qu’elle a présentés lors de l’audience de confirmation des charges n’ont pas ébranlé l’avis que j’avais émis dans l’Opinion dissidente du 15 mars 2011. À l’intention de tous les citoyens kényans qui ont suivi la procédure jusqu’à ce jour, je tiens à réaffirmer 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 nationales⁹⁸.

65. Cela dit, et même si je ne remets pas en cause le fait que des crimes ignobles, tels que décrits dans le Document modifié de notification des charges, ont été commis, j’ai des doutes quant à la qualification qu’il convient de leur attribuer. D’où mon désaccord de principe avec la majorité, qui repose sur la question de savoir si la CPI est bien l’*instance* devant laquelle il faut ouvrir des enquêtes et lancer des poursuites concernant ces crimes.

66. Je reste convaincu et réaffirme que les crimes et les atrocités décrits par le Procureur dans le Document modifié de notification des charges concernant Francis

⁹⁸ 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, par. 8 et 65.

Muthaura et Uhuru Kenyatta relèvent de la compétence des juridictions pénales kényanes et que les enquêtes et les poursuites y afférentes doivent être immédiatement entreprises en vertu de la législation pénale kényane. Je m'associe aux victimes participant à la procédure en l'espèce dans leur désir de voir la justice rendue⁹⁹.

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

/signé/ */date manuscrite : 23/1/12/*

M. le juge Hans-Peter Kaul

Fait le lundi 23 janvier 2012

À La Haye (Pays-Bas)

⁹⁹ ICC-01/09-02/11-T-4-ENG ET, p. 63, lignes 3 à 7.