

## Panel 1 : En quête d'une impossible légitimité / A (Vain) Quest for Legitimacy

Par Marie-Laurence Hébert-Dolbec, Vaios Koutroulis, Damien Scalia  
e-legal, Volume n°3

Pour citer l'article :

Marie-Laurence Hébert-Dolbec, Vaios Koutroulis, Damien Scalia, « Panel 1 : En quête d'une impossible légitimité / A (Vain) Quest for Legitimacy », in *e-legal, Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, Volume n°3, avril 2019.

Adresse de l'article :

<http://e-legal.ulb.be/volume-n03/debats-2/panel-1-en-quete-d-une-impossible-legitimite-a-vain-quest-for-legitimacy>

La reproduction, la communication au public en ce compris la mise à la disposition du public, la distribution, la location et le prêt de cet article, de manière directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie, ainsi que toute autre utilisation qui pourrait être réservée à l'auteur ou à ses ayants droits par une législation future, sont interdits, sauf accord préalable et écrit de l'Université libre de Bruxelles, en dehors des cas prévus par la législation sur le droit d'auteur et les droits voisins applicable en Belgique.

© Université libre de Bruxelles - avril 2019 - Tous droits réservés pour tous pays - ISSN 2593-8010





# Introduction

Éric David

§13 Bienvenue à tous, en particulier aux membres de ce panel. Je vais tout de suite donner la parole et suivre l'ordre indiqué dans le programme. Je vais commencer par Monsieur Julian Fernandez, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas et Directeur du Centre Thucydide. Comme je n'avais pas de notice biographique, on m'a remis votre *curriculum vitae*. Je vais passer un quart d'heure à le lire, donc je vais vous épargner cela. J'ai rapidement vu, en le lisant, que vous avez assez souvent étudié la question de la relation des États-Unis avec la Cour pénale internationale, ce qui est intéressant parce que si on parle des critiques adressées à la Cour pénale internationale, ça pourrait aussi être des critiques adressées aux États-Unis eux-mêmes. Ce n'est pas ce qui manque, surtout avec le président actuel, bien sûr. J'espère que c'est enregistré tout ça, j'y tiens tout particulièrement. D'emblée, je vous donne la parole, Monsieur Fernandez.

# Les contretemps récents de la Cour pénale internationale

Julien Fernandez

§14 Monsieur le Président, je voudrais d'abord remercier la puissance invitante, l'Université libre de Bruxelles, en particulier Vaios et Damien pour m'avoir associé à ce beau colloque interdisciplinaire—ce n'est pas si fréquent—et pleinement international—c'est encore plus rare. Le Statut de Rome a 20 ans. C'est un anniversaire, ce n'est pas un procès. Enfin, on a droit quand même de proposer, à ce stade, un bilan qui ne saurait être définitif, mais qui peut être un peu critique, et en tout cas qui se veut réaliste. Je crois qu'il faut bien prendre en compte trois données. La première, la Cour pénale internationale est une juridiction jeune, on trouve logiquement des tâtonnements qui sont inhérents à la mise en place d'une telle organisation internationale. La deuxième, c'est que le contexte actuel lui est, à l'évidence, défavorable. Partout, les droits de l'homme, la démocratie, l'État de droit, reculent, stagnent. Tous les indices le confirment, tous les rapports onusiens le constatent. Ça ne peut pas ne pas toucher la Cour pénale internationale dans ces circonstances. La troisième, c'est peut-être le plus sensible, c'est l'objet même de la Cour pénale internationale, la lutte contre l'impunité des crimes de masse. Cela met nécessairement en rapport avec des puissants, car ces crimes sont, non pas exclusivement, mais pour l'essentiel des crimes du pouvoir.

§15 Au-delà je voudrais brièvement, pour lancer nos échanges à la suite de ce qu'ont dit Vaios et Damien, revenir sur quelques difficultés récentes dans la pratique judiciaire de la Cour pénale internationale ou dans la vie institutionnelle du Statut de Rome, pour essayer de proposer des leçons plus générales sur les potentialités et les limites de la première juridiction pénale internationale permanente. Une pratique judiciaire contrariée, d'abord : en 15 ans d'exercice, la Cour a ouvert 11 enquêtes, a été saisie de 27 affaires, et délivré, publiquement, 33 mandats d'arrêt. Les juges ont rendu 10 verdicts, deux acquittements et huit condamnations, mais cinq au titre de l'infraction à l'administration de la justice, atteinte à l'administration de la justice, dont trois seulement pour la participation à l'un des crimes qui relèvent de la compétence de la Cour. Le bilan est plutôt maigre et il n'est pas lié à la complémentarité réussie de la Cour pénale internationale, mais bien à l'adversité qu'a dû affronter cette juridiction. D'ailleurs, à chaque fois qu'une situation lui a été renvoyée par le Conseil de sécurité ou par son propre Procureur, la Cour n'a pu compter sur le soutien des États directement concernés. À ce jour, aucune affaire, dans ces situations, n'a été jusqu'au stade du verdict de culpabilité. Mais, chaque fois qu'une situation a été renvoyée par l'État concerné auto-référé, elle a dû accepter de se limiter aux opposants ou déchus des régimes en place. Finalement, les rares fois où elle s'est intéressée, où elle s'est autorisée à s'intéresser à des personnalités proches du pouvoir ou à des

puissances tierces, la Cour pénale internationale s'est heurtée à de telles oppositions—*real justice* peut-être—qu'elle a dû revoir à la baisse ses prétentions.

§16 Deux exemples significatifs des contretemps récents ou potentiels dans les affaires ou les enquêtes de la Cour. Premièrement, l'affaire contre Laurent Gbagbo. Le procès s'est ouvert le 28 janvier 2016. Il semble aujourd'hui, pour le moins, mal engagé. 82 témoins amenés par le Bureau du Procureur n'ont pas pleinement répondu à ses attentes, c'est le moins qu'on puisse dire : peu d'éléments compromettants sur les réunions de crise dirigées par l'ancien président, sur la structure parallèle de commandement dénoncée par le Procureur. À ce stade du procès, l'avantage est nettement à l'accusé, 73 ans, que l'on sait malade et qui est surtout détenu par la Cour depuis sept ans, sept ans de détention. La Défense a donc demandé fin septembre à la Chambre de première instance de prononcer un non-lieu total, voire de prononcer un acquittement et d'ordonner la libération immédiate de Laurent Gbagbo. Bref, le plus important procès que la Cour pénale internationale ait jusqu'ici connu, le plus clivant également, se trouve donc à un tournant. Un échec de l'accusation s'ajouterait à celui déjà enregistré contre le président et vice-président Kényan et serait indéniablement un révélateur de l'incapacité, au moins du Bureau du Procureur (et en particulier du premier titulaire du poste), à monter les dossiers solides et à poursuivre certainement les principaux responsables étatiques. Deuxièmement, et pour l'avenir, c'est le sort d'une éventuelle enquête sur la situation en Afghanistan qui pourrait achever l'idée encore haute que l'on peut se faire de la Cour. Les attentes relatives à cette situation sont particulièrement élevées, ne serait-ce que parce qu'elles visent certaines pratiques de la guerre contre le terrorisme initiées par l'administration Bush ou parce que des milliers de victimes ont voulu être représentées et participer aux procédures. La politique pénale du Procureur a été très prudente ici. Elle n'a retenu que peu d'incidents datés. On n'a pas pris Kunduz (attaque contre un centre piloté par l'ONG Médecins sans frontières), par exemple. Quoi qu'il en soit, si la Chambre préliminaire accède à la demande d'ouverture d'une enquête portée par le Procureur, l'Administration Trump pourrait revenir à une posture très offensive et, *a minima*, faire pression sur les différents acteurs pour empêcher toute coopération avec la Cour. La gravité des faits reprochés sera également au cœur du contentieux sur la recevabilité. Au demeurant, prioriser les affaires impliquant des talibans ou d'autres Afghans ne serait pas nécessairement plus simple pour le Bureau du Procureur et pour la Cour, tant la scène politique locale est marquée par le retour, au premier plan, de seigneurs de guerre, de personnalités certainement impliquées dans de nombreux crimes. Justice et puissance d'un côté, justice et paix de l'autre, l'évolution judiciaire de la situation en Afghanistan promet d'être une épreuve sans précédent ici pour la Cour pénale internationale.

§17 Une pratique judiciaire contrariée, on l'a dit, donc en parallèle, des évolutions institutionnelles. Plusieurs amendements au Statut de Rome furent activés au

cours des dernières années, mais dans un sens que certains jugent très restrictifs, et dans le même temps, plusieurs États signataires ou partie du Statut ont exprimé leur intention de ne pas se rendre opposables à ce texte ou de s'en retirer. À titre d'illustration, la seizième Assemblée des États Parties au Statut de Rome a été dominée par l'activation de la compétence de la Cour pour crime d'agression. On le sait, les conditions étaient enfin réunies pour que l'Assemblée se prononce, un nombre suffisant d'États ayant ratifié les amendements adoptés à Kampala et le verrou temporel de 2017 étant désormais levé (articles 15*bis* et 15*ter* du Statut). Mais les discussions sur la résolution de l'activation furent beaucoup plus animées que prévu, en raison des positions antagonistes défendues par deux groupes d'États : Suisse et Liechtenstein d'un côté, et d'autres, France et Royaume-Uni, de l'autre. La question était simple, *quid* de la compétence de la Cour pour crime d'agression au regard des États parties au Statut qui n'ont pas accepté les amendements relatifs au crime d'agression, soit près de 90 d'entre eux, l'immense majorité des parties. Je passe rapidement sur le débat, mais ce qui est intéressant, c'est le résultat. c'est la lecture restrictive qui l'a finalement emporté sur la lecture extensive puisque la résolution adoptée tardivement énonce qu'en cas de renvoi par un État ou d'enquêtes ouvertes *proprio motu*, la Cour n'exerce pas sa compétence à l'égard d'un crime d'agression s'il a été commis par un ressortissant ou sur le territoire d'un État partie qui n'aurait pas ratifié ou accepté les amendements relatifs. En somme, la compétence de la Cour, pour crime d'agression, est limitée aux actes d'agression commis entre les 37—à ce stade—États qui en ont accepté le principe, qui ont accepté les amendements. C'est une avancée symbolique forte, mais en pratique ça reste beaucoup de bruit pour rien. C'est une lecture assez restrictive du Statut qui en dit long sur l'état actuel de la Cour pénale internationale. Sur un autre plan, la vie institutionnelle de la Cour a été marquée par une série d'actes juridiques qui éloignent leurs auteurs du cercle des parties. Précisément, la Russie a d'abord rejoint les États-Unis, Israël ou le Soudan, dans la catégorie des États qui ont privé d'effet leur signature au Statut de Rome. Les incidences juridiques sont faibles, mais la signification politique de ce qu'on appelle rapidement des dé-signatures est forte. En l'espèce, la Russie entendait ainsi protester contre l'orientation de l'examen préliminaire de la situation en Ukraine et annoncer *urbi* et *orbi* son opposition à la suite de la procédure. Toutes les grandes puissances du moment—États-Unis, Russie, Chine—rejetent donc la Cour pénale internationale pour ce qu'elle est ou pour ce qu'elle fait. Par ailleurs, quatre États ont ensuite notifié, au depositaire du Statut, leur volonté de s'en retirer, trois États africains—Afrique du Sud, Gambie, Burundi—et un des rares États parties d'Asie, les Philippines. Ce qui signifie que depuis 2015, davantage d'États ont exprimé leur volonté de se retirer du Statut de Rome que d'en rejoindre le cercle des parties. Les motivations sont plurielles. Certains États sont revenus sur leur retrait, mais chacun a voulu réagir à une volonté, une prétention de la Cour pénale internationale qui les concernait. Il y a l'ombre du mandat d'arrêt contre Omar el-Béchir, c'est-à-dire contre un chef d'État en exercice, contre un puissant qui est derrière l'ensemble.

§18 En conclusion, la pratique de la Cour a donc signé un peu la fin d'une certaine innocence de son statut constitutif. Pour ce faire, la Cour pénale internationale a dû se placer dans une logique du possible, pas du souhaitable. On remarque d'ailleurs que cette logique a été intégrée par son Procureur puisque plus de dix ans après l'entrée en vigueur du Statut, le Bureau du Procureur a publié un document qui, je cite : « Compte tenu de l'expérience acquise, adopte une politique officielle de hiérarchisation des enquêtes et des poursuites qui fait primer, au-delà des critères juridiques, la faisabilité des opérations », une faisabilité qui dépendent de la bonne volonté des États et des puissances concernées. Le Procureur a assumé sa condition politique, sa dépendance aux puissants, le fait que son glaive ne puisse pas être aveugle. Dès lors, la Cour a surtout eu la capacité, jusqu'à présent, de mener à leur terme des procédures contre des individus de second rang et membres de groupes non-étatiques. Les trois condamnations obtenues jusqu'ici visent toutes des responsables, parfois secondaires, de milices non gouvernementales : Al Mahdi, Thomas Lubanga, Germain Katanga. Les procès actuels de Dominic Ongwen et Bosco Ntaganda, de même que les deux suspects en phase de confirmation des charges, Alfred Yekatom ou Al Hassan, correspondent au profil de l'individu rattaché à un groupe non-étatique, tombé en disgrâce et arrêté parfois pour d'autres faits dans son pays. Des suspects que la Cour avait plus ou moins dans son radar et qu'elle a su pouvoir—avant même parfois qu'elle ne délivre formellement un mandat d'arrêt—opportunément arrêter. C'est donc une logique de poursuites opportunes en fonction des réalités de terrain. Pour terminer, à l'avenir, c'est une équipe, en grande partie renouvelée, qui devra trouver un nouveau *modus vivendi* avec les États ou les puissances qui font, l'expérience le montre, la vie et l'œuvre de la Cour pénale internationale. Six nouveaux juges, un nouveau Greffier, une nouvelle équipe présidentielle, bientôt un nouveau Procureur, la campagne a déjà commencé. Mais il y a peut-être quelque chose d'irréparable ici, c'est le lien entre puissance et justice. On peut certainement faire que l'ingérence du puissant soit plus rare, plus coûteuse médiatiquement, politiquement, mais en l'état, on ne pourra certainement pas surmonter, au regard de l'objet même de la Cour pénale internationale, cette difficulté-là, cet obstacle-là. Il reste une seule question, est-ce qu'une justice partielle, c'est mieux que pas de justice du tout ? On peut le penser, mais il faut, dans ces cas-là, réviser un peu les attentes que l'on peut avoir à l'égard de la Cour pénale internationale. En vous remerciant.

## Éric David

§19 Merci beaucoup Monsieur Fernandez pour votre intervention extrêmement intéressante. D'emblée, nous sommes plutôt dans le champ de la critique si je regarde le titre du colloque. Oui, la critique. Ça ne me dérange pas du tout. Après tout, sur la liberté de blâmer, il n'est pas d'éloge flatteur, comme chacun sait, Beaumarchais, épigraphe du Figaro. Parmi les membres du panel, est-ce que quelqu'un souhaite réagir ? Non, je ne vois pas de main qui se lève. Je voudrais

quand même vous poser une petite question. Laurent Gbagbo est arrêté depuis quelle année exactement ?

Julian Fernandez

§20 Ça fait sept ans, bientôt huit.

Éric David

§21 Il a donc été arrêté en 2011. Effectivement, ça pose un problème sur le plan des droits de la défense.

Julian Fernandez

§22 Les juges se sont divisés d'ailleurs sur la possibilité de le libérer à ce stade.

Éric David

§23 D'accord. Merci beaucoup. S'il n'y a pas de question, je vais tout de suite passer au deuxième orateur, le Professeur Charles Khamala qui nous vient du Kenya, Visiting Scholar at the Faculty of Law at Leuven in 2008. For the time being, he's lecturing in the university in Kenya which—I have to check my paper—is the Africa Nazarene University. He's going to speak with us about: "*Evaluating the International Criminal Court's morality in the Kenya cases.*" Ce sont des affaires hautement intéressantes auxquelles le Professeur Fernandez a déjà fait allusion. You have the floor.



# Evaluating the International Criminal Court's Morality in the Kenya Cases

Charles A. Khamala

§24 Merci beaucoup, Professor Éric David and thank you very much, distinguished audience, organisers for hosting us and colleagues on the panel. Maybe I'll make a disclaimer first because of the criticism that was given to the International Criminal Court, I am a counsel on the list of the International Criminal Court, and I have appeared in cases for the Residual Mechanism in Rwanda, so I am actually a defence counsel as well as a teacher, but I will try to criticise it according to its performance in the Kenyan case as according to a particular parameter. Because as was explained in the opening speech, I won't stick to the slides so much, I'll go through them but I'll only try and impart five very clear points and I'll try and create some discussion. What I will try to problematize is how to evaluate perceptions that the Court failed or was ineffective in the Kenya cases, because there were a lot of conflicting appraisals. Different stakeholders evaluate the International Criminal Court's performance from different perspectives. Some people are in the Kenya government, alternatively if you're civil society, if you're the president or deputy president who are being prosecuted, if it was Luis Moreno Ocampo who was prosecuting it, one's goals, and in turn criteria for assessing a tribunal's effectiveness, vary. So, there are divergent perceptions, some people have felt that there were some successes, including myself, from a bystander's perspective, some successes.

§25 So, to what degree was the International Criminal Court perceived as illegitimate or ineffective? And the standard of evaluation that I want to propose is one put forward originally by Lon Fuller, a United States scholar from Harvard, but more recently by Jutta Brunnée and Stephen Toope who work in Canada, and it's called the « internal morality of law » as a parameter to determine whether law is legitimate or not. And I apply that to the Kenyan cases and maybe be able to tease out some of the reasons why the Kenyan cases were perceived as illegitimate according to that criteria. So, I'll begin by stating very briefly what Lon Fuller's work was about and then explaining how it is being applied in international law by Brunnée and Toope's « interactional account » and then try to apply it to the Kenyan cases in the International Criminal Court using concrete examples, and finally I'll try and explain why I think international criminal law is problematic at the moment, it's having a hard time.

§26 Lon Fuller basically wrote about Nazi Germany and why German law could not be construed as law because it departed to a significant degree from what we expect from a legal system, and he's not speaking about substantive law, he's talking about procedural morality. So, he looks at eight criteria that if any legal

system does not conform with, it loses what he calls fidelity of law. People do not generate a sense of obligation or a sense of responsibility. You don't want to comply with that law. Beginning from the position that Lon Fuller is not a positivist, he's not a realist. Most people think that in international law, there is no way of enforcing it, so, it's simply countries pursuing their self-interest and if their material interests are not attained they will not comply with a particular rule. Lon Fuller rejects that and he rejects the notion that law needs to have any enforcement. You don't need to have a sovereign and a threat of sanction. That's not what is the essential criteria of what law is. Law emerges from an interaction between the ruler and the people who are obedient to the rules, so that if there is interaction between them, and reasonable people are able to reason about norms and then accept why norms should be obeyed. That is where the obligation of law comes from. If it's merely a commander threatening to punish people about disobeying laws, that's simply force. It is not what law is. So, purposiveness, communication, and responsiveness are the essence of law from Lon Fuller's perspective. In a paper I can elaborate more deeply about it, but there are eight criteria which, if these procedures are obeyed, then we can speak of a valid legal system which would be obeyed regardless of what the substantive norms are. All laws should be general. A rule should be promulgated, it should not be kept secret. When I say general, it should apply to everybody, not a single person. When Lon Fuller says it should be promulgated, it should not remain secret, it should not be retroactive, if it should be about prospective things to happen in future, it should be clear, non-contradictory, possible to perform, constant, and there should be congruency between the actions of the administrators and the laws themselves. Administrators should not contradict what the laws actually say. Basically, Fuller puts out these eight procedural criteria of the internal morality of law which if complied with by a legal system will tend to attract obedience by whomever they are directed at, because they are then made morally. In the international legal system, Jutta Brunnée and Stephen Toope explain that therefore international law not having a sovereign is a horizontal system, and essentially, they apply the interactional notion of how social norms then become legal norms because they create responsibility and a sense of fidelity among States.

§27 Now, did the Rome Statute and the Assembly of States Parties comply with those criteria of law so as to attract fidelity? Kenya, at the end of the Kenya cases, was starting to be non-compliant or accused to be non-compliant with the Rome Statute and its co-operation obligations under the Rome Statute, and was being referred to the Assembly of States Parties for such non-compliance. So, the question became as to what evaluative measure is being applied. I'll give five examples respecting which the Assembly of States Parties, the judges, and the Prosecutor did not comply with Fuller's eight criteria.

§28 First, it was mentioned at the very beginning during the Symposium's opening speeches, that there's the issue of selectivity, about how you determine that a

particular case—for example, notorious atrocities in Gaza or Georgia—will not be prosecuted or you can slow down on those prosecutions, but when a comparatively less serious incident like 1,000 people lose their lives in Kenya, that case must be prosecuted. So, there's a large question of selectivity. Even within the Kenyan cases, who was prosecuted? It was not the then President, Mwai Kibaki, and the then leader of the official opposition, Raila Odinga. Instead, it was lower ranking but significant actors including Uhuru Kenyatta and William Ruto who are now the President and Deputy President. Therefore, there's an issue as to whether you can choose convenient subordinate suspects and exonerate their seniors, and that will problematize whether the criminal law applies to everybody generally or it is made specifically for certain actors.

§29 Secondly, there is the issue of the curious circumstances under which the African Union's Panel of Eminent Persons Kofi Annan, who chaired the Panel which was brokering a mediation between the warring factions, gave a secret envelope to Luis Moreno Ocampo to base his prosecutions on. Because the contents of that envelope were never made public, the identities of all suspected perpetrators remain unknown. This defeated Fuller's publicity requirement.

§30 Thirdly, and most problematically for me was the amendment of rule 68 in the Rules of Evidence and Procedure under the Rome Statute in 2013 to make it retroactive. In other words, before 2013, if witnesses had been eliminated during a case, their prior recorded statements would basically not be admissible because the witness is not there to testify and be cross-examined by the defence. But since then, now in future, if a witness is intimidated or eliminated, the Court may rely on their statements, in the absence of that witness. Nonetheless, there was an attempt to apply the amended rule 68 to the Kenyan cases which was offending Lon Fuller's principle of non-retroactivity.

§31 Fourthly, the Prosecutor started asking Kenya to give information about the documents or state of the President's bank statements and mobile phone records, amount of land, and companies he owns. It was a vague request. It was not a specific question of, can you tell us who owns that piece of land? Or that motor vehicle, or that particular company. But really the International Criminal Court Office of the Prosecution was outsourcing its investigation function and saying: « can you ascertain the wealth of Mr. Kenyatta and reveal his mobile telephone records during the post-election violence? » Kenya basically didn't comply on the basis of the vagueness of that request, and that offends Lon Fuller's criterion on clarity. And there are few other aspects in which the International Criminal Court failed to satisfy Fuller's eight criteria for the inner morality of law. But basically, there's a situation: a situation emerged where there was incongruence between the actions of the Kenyan authorities on the ground and the International Criminal Court authorities in The Hague, and that incongruence between what the Statute is saying and what the officials are doing again offends a criterion of Fuller.

§32 Let me say just two more things. When Kenya domesticated the Rome Statute, it basically did so without saying that witnesses are compellable, so that Kenya will only facilitate the attendance of witnesses at The Hague if those witnesses consent to attending, but that was different from what was the expectation of the Prosecution, as well as the Appeals Chamber, under the Rome Statute. But that's basically a contradiction.

§33 Finally, let me conclude with one point. International criminal law is different from domestic law to the extent that the Rome Statute is punishing a suspect who committed an atrocity in the absence of a legal system, you are going to an individual and saying: « look the international community abhors individuals who perpetrate atrocities because they imagine that no one would ever investigate or be held accountable. » In other words, there's an issue of vindicating the rule of law, restoring the rule of law from the perspective of victims and that makes the Rome Statute have to do certain instrumental functions over and above what a domestic system would have to do. A domestic system will simply restrict its purpose to retribution. But there are extra functions that an international court has in terms of letting victims be heard, writing a historical record, and vindicating the rule of law, which is an extra instrumental function for international criminal law, which to my mind contributes to accusations that it does not appear to be functioning legitimately. That's a conclusion which I'd like to hear from the audience about, that I am working on. Thank you very much.

## Éric David

§34 Thank you very much Professor Khamala. I am going to ask you a question. I didn't really catch what you meant. It seems to me that the Rome Statute allows the Court to punish suspects, to judge a suspect in the absence of a law system. Maybe I'm wrong and I didn't really catch what you said. Could you explain what you meant in that way?

## Charles A. Khamala

§35 The Rome Statute is a (formal) statute that has been alluded to by the parties to the Rome Statute, but a formal law in itself does not in Lon Fuller's estimation, first of all, it does not change behaviour and it does not mean that any of the actors are going to obey it, simply by enacting a formal law or even by enforcing that law. What makes a statute binding, whether it's a treaty, whether it's custom or international law, is if actors are permitted an opportunity to reason about the norms and therefore accept them so that there has to be more than simply an enactment by a commander. So, if an Assembly of States Parties makes a norm, that in itself will not change the behaviour of States, if States do not accept it. Maybe I can put it in this context, you hear that Africa wants to withdraw from the

Rome Statute and the African Union is rejecting the Statute, that is suggesting that unless the Rome Statute or the judges, they accept certain histories and situations on the ground, the politics going on underground, it will become harder to enforce the norms of the Statute. International law has to accept the peculiarities and it's not a universal system that can be applied because there are certain divergences and diversities among all the member States and the international court must accept that, it must accept some instrumental goals which are targeted by the States and it cannot simply apply a uniform standard of law. That is the argument I'm trying to make. Do you agree?

Érid David

§36 I'm not sure, but I don't want to start a discussion because we have other speakers that have to take the floor, we can go on with the discussion a little later. Thank you very much, Professor Khamala.

§37 Nous avons un long programme. Nous allons passer à Madame Artemis Chatzistavrou. Madame Chatzistavrou, je la connais un petit mieux parce qu'elle m'a dit qu'elle était une ancienne lauréate du concours Pictet, ce qui fait évidemment un magnifique CV déjà à ce titre seul. Ensuite, elle est conseil de la défense auprès du Tribunal spécial pour le Liban qui, pour l'instant, est un tribunal pour la plupart, des internationalistes, un tribunal étrange venu d'ailleurs, qu'on ne connaît pas très bien. Nous allons donc vous écouter avec intérêt à propos de la défense à la Cour pénale internationale. Vous allez présenter en anglais, je répète le titre de votre exposé : "*Defending the International Criminal Court Defence: An Empirical Analysis.*"

# Defending the International Criminal Court Defence: An Empirical Analysis

Artemis Chatzistavrou

§38 Maud and I are both happy to present our contribution and our thanks to the scientific committee for giving us this opportunity. Unfortunately, Maud could not present with us today. She's in Colombia doing research on International Criminal Justice and Climate Change. However, this presentation is on her behalf too. Another preliminary matter I wish to clarify: we are not defence counsel. We work in one of the defence teams of the Special Tribunal for Lebanon and we need to make the usual disclaimer that the views expressed are our own and do not reflect those of the Special Tribunal for Lebanon.

§39 Now, we would like to begin with the question addressed to all of you, so please raise your hands. How many of you consider that the defence counsel and support staff working in their teams, representing an accused person of the International Criminal Court are able to conduct an efficient and effective defence, in full equality with the prosecution? So, feel free to raise your hands, those that think that they can do that. Okay, interesting. As this symposium is being transcribed then let us put on the record that there was no hand raised, this result is exactly the point of our contribution. Twenty years ago, the Rome Statute was adopted, establishing the International Criminal Court. A new chapter was about to begin in what has been controversially called fight against impunity.

§40 The idea of « fighting impunity » has been interpreted in various ways. Fighting impunity primarily means ensuring that those responsible for the most serious atrocities are held accountable. It also means that justice is provided to the victims. That being said, justice without a fair trial cannot be done. And a trial cannot be fair without effective defence representation. The Defence is there to represent and protect the rights of the accused, as listed in article 67 of the Rome Statute. Some argue that international criminal law and human rights law involve a paradox. I quote in French, « les droits de l'Homme sont, par nature, un droit des victimes, mais c'est dans la défense des accusés, fussent-ils coupables, qu'ils trouvent leur application la plus élevée ». The role of the Defence is essential to ensure that justice is done through a fair trial. That being said, the Defence is not here to ensure the legitimacy of the court.

§41 Defence representation has evolved a lot. The first defence teams in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia had access only to the courtroom or the lobby. The creation of the Office of the Public Counsel for Defence in the International Criminal Court is an innovation in relation to the *ad hoc* tribunals. But the way the representation of the accused is structured and

managed within the Court is still a challenge for any Defence Counsel. In addition, no Defence team can compare to the powers, resources, and weight of the Office of the Prosecution, regardless of the case at hand. On one side of the bench, the Prosecution is a powerful judicial organ with political leverage and employees that are staff members of the Court and enjoy considerable financial advantages and benefits. On other side of the bench, Defence Counsel and their teams are not integrated in the court structure, and given their role, they should not be, if only to ensure and protect their independence. Defence Counsel and their teams remain an institutional outsider, as opposed to the Office of the Public Counsel for Defence and to the Counsel Support Section. The Office of the Public Counsel for Defence is an independent office, but within the Registry. It assists Counsels and their teams on their legal research and other substantive issues. The Counsel Support Section—also within the Registry—provides administrative support and handles the legal aid.

§42 As a result, Defence Counsel and teams face practical and substantial challenges every day. What are they? We conducted a survey that we addressed to the Defence Counsel and the support staff of the teams. I can give you more details for the technicalities, but I'll go straight to the results. We're going to be presenting mainly the tendencies of the survey, starting with the basic rights of the accused.

§43 The majority disagrees that the presumption of innocence has always been respected. Many comments speak about presumption of guilt, not only from media, but from the Judges and from the Prosecution. The majority also considers that there are issues of expeditiousness and half of the respondents mentioned that it was not easy to balance preparedness and undue delay, characterizing this as a struggle.

§44 Responses about whether the right to examine witnesses was fully respected were divided, but apparently for the majority it was very difficult to acquire the cooperation of the other organs of the International Criminal Court and of the State. This has been described as a nightmare. Approximately a third of the respondents did not have an opinion but a third also found it difficult to conduct field investigations, not even to mention difficulties about non-governmental organisations cooperation, as non-governmental organisations have apparently an anti-defence prejudice. The majority was also not able to obtain translations on a timely manner. Legal certainty: the results are compelling. Three fourths of the respondents disagree that the various chambers are applying a consistent interpretation of the procedure. Examples are witness preparation, admission of evidence, no case to answer motions. The vast majority also disagrees that there is legal certainty in relation to the applicable law. Examples such as the interpretation of the law regarding child soldiers, complementarity, co-perpetration.

§45 The structure of the defence-related mechanisms: the majority can see that the Office of the Public Counsel for Defence offers them effective support while the Counsel Support Section does not. One of the biggest issues is also the legal aid system, so the majority of the teams receives funding from that. The teams have an average of two counsels and usually three support staff; in exceptional cases they might have five, six or eight. Half of the respondents said that the current composition of the teams is not sufficient to provide an effective defence, and they also consider, almost all of them, that the remuneration provided to them is not equivalent to that provided to their Prosecution counterparts. The majority also has issues about how the system of legal aid is being administered. Apparently, it's not fair, is not expeditious, it is not efficient, is not effective. While there is a legal aid reform ongoing, half of the respondents think that it is not transparent and it is not expeditious.

§46 Basic employment rights: all disagree that there are clear policies on working hours or leave days. The majority disagrees that there is a clear policy against harassment. We're talking about basic employment rights now. Overall, defence team support staff don't consider that they enjoy the basic employment rights as their prosecution counterparts. It's easy, apparently, for the defence to access the International Criminal Court facilities, but it is quite difficult to have access to software or hardware or IT logistics, more so on an equal basis as all the other International Criminal Court staff members. Let's speak about training. Defence Counsel and team don't receive training regularly on an equal basis or even at all. Outreach: Defence Counsel and team are not included in any outreach, they're not participating in the Assembly of States Parties.

§47 Now I guess if I were to ask again the question I asked before I started my intervention, we would probably be getting the same result: none of you thinks this is an efficient and effective defence. We still believe that Defence Counsel must be independent. However, they need to be better defended and represented institutionally. Some have argued that the Defence Office of the Special Tribunal for Lebanon can be used as a model as it is the only example in the international criminal justice where we have an independent Defence Office as an organ in the Tribunal. It has functions as administration, support for defence counsel, effective protection of the right of the Defence and of the Accused. Maybe it's not perfect but it provides better conditions and resources for Defence representation and plays an important institutional role. There is a pressing need also at the International Criminal Court for policies regarding the basic employment rights and there is an institutional responsibility to ensure women working in Defence are treated equally and are represented at all levels of hierarchy. Training is also another issue to work on. Most importantly, the Defence needs to be included in the Court's outreach activities towards States, in the Assembly of States Parties, in exchanges with Non-Governmental Organisations and civil society in general. This would not only facilitate cooperation and field investigations, it would raise



awareness about the importance of a good quality and effective Defence in order to achieve fair trials with legitimate outcomes. The Assembly of States Parties starts in two days, with 50 side events being organized. Can you guess how many about the defence? Only one! So, thank you and I'm really looking forward to the discussion.

## Eric David

§48 Thank you very much Madame Chatzistavrou. Any questions from the board, from the panel?

## Public (Julie Goffin)

§49 Merci. Plus qu'une question, c'est une forme d'ajout, de complément à ce qui a été dit. Je crois que personne n'a une vision—et je ne vais pas aborder la question dans mon intervention, c'est pour ça que je me permets de prendre deux secondes—claire de la situation réelle des avocats, côté victimes et côté défense, devant la Cour pénale internationale. Le Tribunal spécial pour le Liban, effectivement, est une grande avancée, parce qu'il y a un organe, en tant que tel, qui représente les avocats des accusés et des victimes. La question du statut des avocats devant la Cour pénale internationale est très particulière, parce que ce ne sont pas des membres du *staff*, ce ne sont pas des employés de la Cour, et ça a un double effet. Ça a pour effet qu'il y a toute une série de protections, dont vous avez parlées, que l'on n'a pas, mais à partir du moment où, en tant qu'avocats, nous devons être indépendants, c'est un statut d'indépendance qu'on doit absolument conserver. Et c'est un statut qui, en réalité, fait très peur à la Cour et aux organes de la Cour. Les avocats sont craints à la Cour parce que ce sont des empêcheurs de tourner en rond, parce qu'on se plaint de nos conditions de travail, qui sont absolument scandaleuses et que dans beaucoup de pays européens on n'accepterait jamais. Et pour revenir très vite, parce que je ne veux pas prendre plus de temps, sur la question de l'aide légale, aujourd'hui même le Greffier est en train de tenir des consultations—entre guillemets parce que ça n'a en réalité rien d'une consultation—avec une série de barreaux et d'organisations d'avocats, dans l'optique de réduire encore les fonds qui sont accordés aux avocats au titre de l'aide légale. Depuis que la Cour existe, chaque année, les fonds qui sont octroyés aux avocats sont réduits. L'Assemblée des États Parties se tient bientôt et l'objectif du Greffier est, de nouveau, de réduire les fonds. Alors, les fonds, ce ne sont pas que les honoraires des avocats, ce sont aussi les fonds pour mener les missions sur le terrain, parce que l'avocat est totalement dépendant de ce qui lui accorde le greffe. Donc, quand il n'a pas les fonds, il ne peut pas aller sur le terrain mener les enquêtes, il ne peut pas aller voir les victimes et on a évidemment, par définition, des violations graves au procès équitable, et donc à tout le fonctionnement de la

Cour. Et la Cour, si on peut en parler de façon globale, n'a pas encore compris à quel point il était fondamental pour elle d'avoir un procès équitable, d'avoir une défense forte. Je viendrai après sur la question des victimes, mais la question de la défense, effectivement, est fondamentale ici. Merci.

Éric David

§50 Merci. Vous voulez ajouter quelque chose, Madame Chatzistavrou, puisque c'est quand même une réaction par rapport à votre exposé ?

Artemis Chatzistavrou

§51 Merci. Actually, I'm really happy I've been seconded and I think we really need some practical examples and we need to understand the reality. I mean academic discussions are great, but I hope and I invite you all to visit and see what's really happening and the conditions under which these people are working to contribute to this mission of justice. I'm not going to go into the impunity discussion but for me this is an issue of justice.

Éric David

§52 Merci. Je voudrais simplement dire une chose, c'est que je me demande—mais ne répondez pas—dans quelle mesure c'est tellement différent dans l'ordre juridique interne. C'est une vieille question que celle de l'égalité entre les procureurs d'une part et les avocats de la défense. Depuis le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, on la soulève régulièrement, mais je ne suis pas sûr que ce soit très différent finalement au plan de la justice interne. Quand vous voyez tous les moyens dont dispose—je parle bien sûr de la justice pénale—le procureur par rapport aux avocats de la défense, ça ne me paraît pas tellement différent. Maintenant je vais appeler, non pas à la barre, mais au micro... I think it's Mrs. Kirsten Bowman. She is currently working to complete her PhD at Uppsala University in the field of public international law and she's looking more especially at the relationship between the United Nations Security Council and the International Criminal Court from the perspective of international judicial independence and perception of legitimacy. I shall not go further, I give you the floor.

# The International Criminal Court and the Security Council: A Complex Relationship as Seen Through the Exercise of the Referral Mechanism of the Rome Statute

Kirsten Bowman

§53 Thank you so much for having me and thank you to the organisers and my co-panellists. I'm happy to be here today and I'm speaking on the relationship between the Security Council and the International Criminal Court, in particular, and the use of the Security Council's Article 13 power to refer.

§54 The Security Council has issued two situation referrals in the Darfur and Libya situations to the International Criminal Court since the Court opened its doors in 2002. They also failed to pass a resolution which would have sent referral to Syria to the International Criminal Court, with vetoes from China and Russia shielding Syria from international judicial accountability. My focus for today's purpose will remain on the referral process and the Security Council's capacity to both refer and to influence the direction of the referred situation. Thus far, the actions and inaction of the Security Council seem to raise serious questions of global power and influence as for legitimacy of the International Criminal Court is placed in jeopardy. I attempt to address these issues, comparing the treatment of the three situations by the Security Council and looking into the relationship between international political power and international justice and accountability. The questions which frame the issues can be organised as such: How is the relationship between the Security Council and the International Criminal Court, with particular regard to the article 13 Referral Mechanism, affecting the judicial independence and legitimacy of the Court? What changes or improvements could be made to assist in a stronger relationship which would ensure the Court's independence and help promote legitimacy for the institution?

§55 As we know, Article 13(b) allows that the Security Council is one of the three mechanisms that will trigger the jurisdiction of the Court. This is, in and of itself, an enormous amount of influence for a political body to be given in a judicial institution. A referral from the Security Council is the only mechanism by which the Court can gain access to investigate and prosecute a non-State Party member. It is worth noting that the wording within the Rome Statute allows the Security Council to refer a situation rather than a case. This was a deliberate choice of the drafters. Thus, not only can the Security Council political body trigger the judicial process as it did with the *ad hoc* tribunals, in the case of the International Criminal Court, in the Rome Statute, the Security Council can also intervene significantly in the judicial process itself. This takes a peculiar turn when we consider that three

of the five permanent members of the Security Council are not parties of the Rome Statute. A situation is created, in which non-State Party members are initiating a process which could lead to the prosecution of individuals coming from other non-State Parties. In other words, a treaty-based regime built on consent has been linked with the mandatory Security Council decision, which has been argued against, both as an encroachment on third-party treaty rights and as an inequality of a treatment of the nationals of different non-State Parties, where some would be held accountable within the purview of international justice and others escape with complete impunity.

§56 So, turning now to the first referral case from the Security Council to the International Criminal Court. From the beginning there was concern regarding the Darfur referral and whether the United States would veto any referral attempt due to their strong opposition to the Court. In the end, the resolution was adopted, but there were several concerning aspects included within the resolution, which required further consideration. In order to take the concern of the United States into account, France reluctantly included paragraph 6 in the resolution, which would exempt non-State Party members from International Criminal Court jurisdiction. Comments from Security Council members expressed concerns about the debate and veto threats by the United States. Beyond the controversial paragraph 6 in the resolution, another important aspect of the Darfur referral, paragraph 2, states that only those parties involved directly in the conflict are under international obligation to cooperate. All other States are not required, only urged to cooperate with the Court, and it is specifically noted that those States not party to the Rome Statute are not under any obligation to cooperate. Though this arrangement is within legal norms of the Rome Statute, it is worth noting that Article 87(5) of the Rome Statute allows that States not party to the Rome Statute might also be legally required to cooperate with the Court in certain circumstances. It is possible therefore that within the confines of a United Nations Security Council referral to the Court, it would be incumbent upon all States to cooperate with the Court's investigations and any following prosecution. In fact, one might even argue that an implication of the Security Council referral would be that all States would be automatically under international obligation to comply with cooperation requests from the Court. In another sign of a lack of support for the Court, the resolution places the full financial responsibility of the investigation and prosecution in the hands of the International Criminal Court. All this is within the legal bounds between the two institutions. It can be noted that Article 115 of the Rome Statute certainly envisions that the financial burden for referrals might be borne by the United Nations.

§57 The issue of non-cooperation has been raised in the context of the Darfur situation, both in relation to the lack of cooperation by Sudan and the lack of cooperation by various States, both State Parties and non-State Parties to the Rome Statute who have continuously refused to arrest President Al-Bashir when he

has travelled to their territories. In fact, from 2009 to 2018, the Sudanese President clocked over 80 trips to 22 countries, non-State Party and State Party members alike. And as time goes on and countries become more and more secure that there will be no repercussions for non-compliance, Al-Bashir's ability to travel without limit increases. Meanwhile, in May of 2010, the Security Council was informed of the non-cooperation of Sudan and the matter of the Security Council has not responded to the Court's filing. Since 2011, International Criminal Court judges have issued non-cooperation findings against Sudan, Malawi, Uganda, Chad, Djibouti, and the Democratic Republic of the Congo. No response. While it is clear that issues surrounding non-cooperation have overtaken the Darfur situation and made it impossible to proceed further, this non-cooperation was not arrived at without support. The Prosecutor lays the blame on both the State Party members who have refused to comply with International Criminal Court warrants of arrest and on Security Council's unwillingness to provide support for cooperation efforts to hold accountable a head of State.

§58 While these are fair assessments, it does not cover the entirety of the problem, which have plagued the Darfur referral. Resolution 1593 itself and its asymmetric cooperation scheme should be looked upon as a core source of the problem. A lack of judicial independence or authority is written into the very document which provides the Court authority over the matter. It cannot be a great shock then that States do not take their responsibility seriously when the document, providing the Court's jurisdictional and judicial authority in a case, provides the cover to do so. Countries are now well aware that their defiance of the United Nations Security Council resolution and of the International Criminal Court itself will have no negative consequences for them globally and may in fact provide them with greater respect regionally.

§59 Unfortunately, the Libya referral, while structured slightly differently than the Darfur referral, maintains all the controversial elements, and one notable difference: the United Nations Security Council removed the paragraph which had been contained in the Darfur resolution inviting the African Union to work with the International Criminal Court in practical matters to facilitate the work of the Court. The Darfur resolution considered the possibility of the Court conducting some proceedings in the region. By 2011, when the Libya resolution was drafted and voted on, the entire reference to the African Union working with the International Criminal Court had been removed. That's perhaps the United Nations Security Council was not in definite understanding of the cooperation within the challenges the Court was experiencing within the African continent, rather the Security Council did not feel driven to assist the working relationship in any determined way.

§60 Turning very briefly to Syria and the debates on the draft resolution to refer the situation to the International Criminal Court, for the United States, one of the

main concerns was that granting the International Criminal Court jurisdiction in Syria would result in an investigation by the Court into Israel and the Golan Heights. After receiving assurances that the jurisdiction would not include an International Criminal Court investigation of the Golan Heights, the United States decided to go ahead and back the resolution. However, Russia and China provided too great a hurdle for this serious situation to overcome. Other members of the Security Council became quite vocal in the debate on the resolution, expressing deep frustration in the power of a few to veto the ability to act in cases of serious violations to humanitarian law. So, concern that the judicial independence of the International Criminal Court is being eroded and that the Court is being manipulated by the global elite of the Security Council permanent members is strongly felt.

§61 Without the ability to obtain jurisdiction to prosecute atrocity crimes committed outside the State Party boundaries, the International Criminal Court loses a key source of its ability to apply objective justice and accountability. On the other hand, it is difficult to argue that placing the determination of whether a situation should be investigated or prosecuted into the hands of a small number of powerful global actors provides legitimate accountability. It's important to question why the International Criminal Court has not stood up to the Security Council concerning the sections of the two referrals, which are so damning to the Court's ability to work without political interference. Scholars have commented on this curiosity without offering much in the way of an answer but in unbalanced power relationships, such as that of the International Criminal Court and the Security Council, the likely answer is that the International Criminal Court is afraid to risk alienating those countries whose support it needs in order to carry out its mandate. In the realist tradition, it suggests that international institutions are essentially arenas for acting out power relationships, motional rights, the cause of war and peace are mainly a function of the balance of power, and institutions largely mirror the distribution of power in the system. In short, the balance of power is the independent variable that explains war. Institutions are merely an intervening variable in the process. Within this power dynamic, the Catch-22 holds strong. Without the assistance of the P5, or at least with the hope of less obstruction from the P5, the Court will continue to struggle to work effectively. But in order to keep the powerful content, the International Criminal Court ends up compromising much of its integrity, placing the judicial independence of the Court in grave jeopardy. It is a lose-lose situation.

§62 If we follow the ideas of Thomas Franck, Abram Chayes and Antonia Chayes, who among others claimed that people perceive as legitimate rules or institutions that they believe are fair, the work of the Security Council and the International Criminal Court thus far, and the behaviour of the States tasked with compliance, suggests that the International Criminal Court—and perhaps through association international justice—is dealing with a legitimacy problem. In considering fairness

as a key component of legitimation, Abram Chayes' work tells us that fairness creates the perception of legitimacy, while Thomas Franck suggests that legitimacy in the institution creates a belief in the fairness of its outputs. By either measure, the interaction of the Security Council within the realm of the International Criminal Court has proven to States that international justice, as applied by the International Criminal Court, lacks in fairness and in legitimacy.

Éric David

§63 Est-ce que les panélistes souhaitent intervenir, dire quelque chose ?

Public

§64 In the last year, we've seen also before the International Criminal Court these amazing hearings with Jordan on the same issue, about not arresting Bashir. So, the international law issues have been now brought before the International Criminal Court, that has to somehow decide on questions of public international law as well. So, the whole debate, in the end, becomes much more complicated than pure international criminal law and the relationship with the Security Council. But we can discuss that...

Éric David

§65 Merci. J'ai envie de dire, comme Galilée : « Et pourtant, elle tourne ». La Cour est là, même si elle est pleine de défauts, comme on va encore revoir certainement, mais pourtant, elle tourne. Voilà, c'est la formule qui me vient à l'esprit. Vous n'êtes pas là pour entendre mes réactions métaphysiques et je vais donc donner la parole à présent à Madame Julie Goffin, qui est avocate, qui travaille comme avocate de la défense—si je ne dis pas de bêtises, corrigez-moi—aux côtés des victimes à la Cour pénale internationale, et qui va donc nous parler d'un sujet qu'elle connaît parfaitement bien, qui est « La perception des victimes : légitimité et attente ». Vous avez la parole, Maître Goffin.

# Perceptions des victimes : légitimité et attentes

Julie Goffin

§66 Merci. Je voudrais quand même prendre quelques secondes dans le très court délai qui nous est imparti pour remercier les organisateurs de m'avoir permis d'être parmi vous aujourd'hui ici et de partager mon profond bonheur d'être ici, à ce panel, sous la présidence du Professeur David, qui est en fait la personne qui m'a inoculé le virus du droit pénal international et qui est très grandement responsable de mon engagement auprès des victimes de crimes de masse depuis que j'ai quitté cette université, qui est l'année de l'adoption du Statut de Rome. Ce que je vais vous dire vient vraiment directement de mon expérience comme avocate engagée aux côtés des victimes, notamment dans le dossier Katanga, qui est le deuxième dossier qui s'est tenu devant la Cour pénale internationale. C'est un dossier dont on n'a pas tant entendu parler que ça—c'est peut-être la raison—parce que les choses se sont relativement bien passées, en tout cas comparé au dossier Lubanga notamment. C'est donc vraiment la perception des victimes que je vais essayer de vous faire passer sur cette question de la légitimité. Déjà, en guise de remarques d'introduction, la question de la légitimité va dans les deux sens pour moi, c'est-à-dire : quelle est la légitimité que les victimes donnent à la Cour, quelle est la perception qu'elle a de son activité et de sa légitimité éventuelle, et quelle légitimité la Cour—et quand je dis la Cour, ce sont à la fois les juges, mais aussi le Bureau du Procureur et le Greffier—donne à la participation des victimes à cette procédure et comment ils reconnaissent leur statut et la place qui doit leur être donnée dans la procédure, et pas que dans les réparations ? Je reviendrai brièvement sur ce point.

§67 Trois points me semblent essentiels dans cette perception de la légitimité à double sens. Le premier point important, c'est que les victimes se retrouvent, dans la compréhension qu'elles ont des activités de la Cour, et donc dans l'image qu'elles en ont et dans la légitimité qu'elles vont lui donner, au centre de toute une série de discours. C'est-à-dire que dès que s'ouvre une situation devant la Cour pénale internationale, vous avez une multitude d'organes et sous-organes qui s'activent sur le terrain, notamment autour des victimes. Il y a toute une série d'organes, au sein du Greffe de la Cour en particulier, qui sont compétents autour des victimes. Vous avez la Section de la participation et de la réparation des victimes qui est là, dès l'origine, pour aider les victimes dans tout le processus de participation à la procédure, et vous avez tous les organes qui travaillent sur la communication. On a parlé de l'*outreach* tout à l'heure, mais vous avez toute une série d'organes qui travaillent sur la communication de la Cour. Tous ces organes ont finalement des discours qui sont parfois problématiques parce qu'ils n'ont pas nécessairement l'intérêt des victimes comme premier objectif, parce que les discours parfois se percutent entre eux et ils sont parfois réellement



contradictoires aux discours de ceux qui sont finalement les seuls à défendre un intérêt, qui n'est que l'intérêt des victimes et pas l'intérêt de l'institution. Ce sont les avocats. Et donc là, il y a tout un travail que les avocats doivent faire, d'éclaircissements de ce que la Cour va réellement leur apporter. Ce n'est pas évident parce qu'on peut avoir des discours extrêmement optimistes où les victimes sont mises face à des attentes qui sont complètement irréalistes. On leur présente les choses de façon complètement irréaliste, là où l'avocat devra avoir un discours beaucoup plus réaliste, avec toutes les réalités d'une procédure devant la Cour qui se passe sur un certain nombre d'années. c'est un travail très important qui se crée sur les années, sur le temps qu'on passe sur le terrain auprès des victimes, les semaines, les mois, où il y a une relation de confiance qui permet aux victimes d'avoir une perception réelle de ce qu'est la Cour et de faire la part des choses avec d'autres discours qui sont parfois extrêmement problématique parce qu'ils ne sont pas en phase avec l'intérêt des victimes et la réalité de ce qu'elles peuvent attendre de la Cour.

§68 Un deuxième point, je n'ai pas exactement fait le compte, mais dans les trois dossiers dans lesquels j'ai eu l'occasion d'intervenir, la plupart des victimes sont relativement familières au processus de justice parce que beaucoup sont victimes déjà devant les juridictions nationales pour des faits similaires à ceux qui sont traités par la Cour pénale internationale. Ce ne sont pas nécessairement les mêmes auteurs, mais ce sont aussi des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, et éventuellement de génocide. Il y a déjà une perception du mécanisme de justice. Il faut arriver à travailler avec ces victimes, surtout sur les notions de complémentarité. Pour moi, c'est un travail très important pour les avocats et effectué avec le Bureau du Procureur, c'est de faire en sorte que quand la Cour ouvre un dossier, les procédures nationales ne soient pas étouffées, qu'on puisse assurer qu'il y ait vraiment un processus de complémentarité. C'est un peu difficile de s'étendre là-dessus, mais qu'il y ait un processus de complémentarité complet et qui ne se fasse pas au détriment l'un de l'autre. Souvent, les victimes ont attendu depuis de nombreuses années dans le cadre des procédures nationales et le fait qu'un dossier s'ouvre devant la Cour pénale internationale apporte énormément d'espoirs qui peuvent être fortement déçus à un moment.

§69 Le troisième élément important et même extrêmement fondamental, notamment dans tout ce qui concerne l'approche des victimes par les organisations internationales qui est un autre acteur extrêmement important dans toute cette dynamique autour des victimes, c'est le fait que les victimes sont à la fois des groupes, des communautés, mais aussi des individus. Vous entendez beaucoup parler des victimes, notamment dans tout ce qui tourne autour des réparations. Dans le dossier Katanga, on a commencé les réparations de façon effective et directe. Je ne peux malheureusement pas encore vous en dire beaucoup, mais la confidentialité sera levée dans les prochains jours sur toute une série de documents. Je pense que ce sera enfin très intéressant pour vous d'y avoir accès

et, pour nous, de pouvoir communiquer là-dessus. Il y a un discours qui tourne autour des victimes, les communautés de victimes et les groupes de victimes. Évidemment, on est obligé d'identifier une sorte de langage commun, de langage de groupe, sur ce que les victimes attendent, sur ce qu'elles reconnaissent de la Cour, sur la légitimité qu'elles reconnaissent à la Cour, mais il ne faut jamais oublier que les victimes sont aussi des individus. c'est extrêmement important de garder ça à l'esprit parce que ces individualités peuvent avoir un impact assez important sur leur vision de la Cour et sur la façon dont les choses peuvent dévier dans la façon dont elles veulent participer au procès, dans ce qu'elles réclament des réparations et sur toute une série de choses qui vont faire que la procédure évoluera dans un sens ou dans l'autre. Je vous donne un exemple. Quand on va sur le terrain, on a systématiquement des réunions collectives avec les victimes. On les voit toutes ensemble. On vient avec ce qu'on a apporté comme information de ce qui s'est passé devant la Cour, de la façon dont la procédure a évolué. Dernièrement, c'était ce que les juges leur ont accordé comme réparation. On a un discours dans leur sens. Évidemment, on veut les entendre sur leur reconnaissance, la légitimité qu'elles accordent à la Cour. On a eu des retours extrêmement gratifiants de personnes qui nous disaient, de façon globale : « On n'y croyait plus. c'est fantastique. La Cour finalement nous accorde des réparations. C'est extraordinaire. Merci à la Cour ». On a un discours global qui peut être extrêmement positif. Quand on les voit individuellement, le discours peut être relativement ou très différent parce que chacun a un vécu propre, chacun a vécu son traumatisme de façon extrêmement personnelle. Vous avez parfois, quelques semaines ou quelques mois après ces rencontres sur le terrain, la survenance d'un cas type, par exemple le décès d'une personne influente dans la communauté, le décès d'un des chefs de la communauté. Et alors là, c'est la panique absolue. Toutes les victimes nous contactent en nous disant : « Qu'est-ce qui se passe, ça fait x semaines qu'on n'a plus de nouvelles. Le processus de réparation est au ralenti. Après tout, ça fait dix ans qu'on est en procès. Il n'y a plus rien. Cette Cour ne fait rien. C'est la catastrophe ». C'est important de garder vraiment à l'esprit le fait que rien n'est uniforme dans la perception que vous avez du discours des victimes vis-à-vis de la Cour et de sa légitimité.

§70 Deux choses pour terminer. Je voudrais répondre à votre question, Monsieur Fernandez. Vous disiez, est-ce qu'il faut une justice partielle, pas partielle, mais quoique, partielle ou pas. Du point de vue des victimes, c'est évident que la réponse est positive. Je vous donne une vision de la Cour extrêmement positive parce que c'est ma vision via mon expérience avec les victimes. C'est quelque chose extrêmement porteur. En même temps, je suis probablement une des plus grosses critiques de la Cour dans son fonctionnement institutionnel, mais je reste extrêmement optimiste parce que j'ai cette vision des victimes et parce que la Cour, en soi, est un miracle et je veux continuer à croire à ce miracle.

§71 Une dernière chose pour terminer, sur le mécanisme en sens inverse, c'est-à-

dire la légitimité que les juges donnent à la participation des victimes au processus judiciaire. J'insiste sur le processus judiciaire et pas que les réparations parce que c'est un point extrêmement important. Il y a eu un peu un changement d'équilibre et de balance à la Cour avec l'arrivée d'un certain nombre de nouveaux juges, la sortie de la juge belge qui était résolument opposée à la participation des victimes et une série de décisions qui visent, à l'occasion d'un conflit plus ou moins ouvert avec le Procureur, à accorder une place aux victimes qui est vraiment extrêmement importante. Pour moi, il y a quelque chose qui se joue. Je pense qu'il y a matière à l'étudier. Je me réfère à une décision du 15 novembre dernier dans la Situation des navires battant pavillon comorien, cambodgien et grec. C'est une affaire d'un intérêt extrême pour toutes les questions techniques qu'elle pose. Je ne vais pas rentrer là-dedans, mais je vous invite à aller voir la décision du 15 novembre, c'est la décision numéro 62. C'est la Chambre préliminaire I qui est extrêmement favorable à la position des victimes dans toute la participation. Elle est très, très, très favorable à la participation des victimes de façon générale, même au stade préliminaire. Les juges ont sanctionné, à plusieurs reprises, le Procureur qui avait ouvert un examen préliminaire sur ce dossier. Je ne sais pas si je dois revenir brièvement sur les faits. Ce sont des navires battant pavillon comorien, cambodgien et grec. C'étaient des flottilles qui amenaient une aide humanitaire à Gaza et qui ont été attaquées par les forces israéliennes. Le Procureur se refuse à ouvrir un dossier sur ces faits, les Comores ayant saisi la Cour puisque les Comores sont parties au Statut. Je vais passer sur tous les déboires de cette procédure, mais dans la dernière décision rendue, les juges ont très clairement dit au Procureur : « Vous avez ouvert un examen préliminaire depuis plusieurs années. Cela fait maintenant deux ans qu'on vous demande de répondre précisément à certaines questions auxquelles vous ne répondez pas, que vous détournez. En attendant, les victimes qui n'ont pas la possibilité d'introduire une demande, restent sans réponse. Tout cela est absolument contraire et une violation des droits des victimes qui ont le droit, dans un certain délai, d'obtenir une réponse sur la question de savoir si le Procureur va ouvrir un dossier ou pas ». c'est un mouvement des juges qui se marque très fort, notamment via cette chambre, aussi sur le dossier palestinien et sur le dossier des Rohingyas. C'est de dire que les victimes n'ont pas de possibilité d'ouvrir un dossier, pas de constitution de partie civile en tant que telle, mais ça ne veut pas dire qu'elles n'ont pas quelque chose à faire quand rien n'est fait pour les écouter et pour leur donner voix. Merci.

## Éric David

§72 Merci beaucoup Maître Goffin pour cette présentation extrêmement intéressante. Elle m'apprend des choses, notamment sur le caractère positif de la perception de la Cour sur le plan des réparations collectives. Je trouve que votre expérience personnelle est tout à fait intéressante. Est-ce qu'il y a des réactions parmi les membres du panel, avant que je prenne la parole parce que je suis prêt à

mobiliser tout le temps ?

## Artemis Chatzistavrou

§73 One more short intervention, also because for us in defence this is an issue. You know recently this summer we had the acquittal of Mr Bemba and there was this big discussion, and understandably so, by the victims' side because he's acquitted. So, I was wondering how in practice you prepare their expectations that this might happen, and not because they did not suffer something, but because here we're judging individual criminal responsibility and how do they understand these terminologies and you know?

## Julie Goffin

§74 C'est une question évidemment très intéressante et fondamentale. Je l'ai vécue dans le dossier Katanga parce qu'au départ c'était Katanga et Ngudjolo. Ngudjolo a été acquitté et Katanga n'a pas été condamné sur la question des enfants soldats. À l'époque, je représentais 11 enfants soldats à qui il a fallu expliquer cela. Effectivement, il y a tout un travail préparatoire à faire, mais quand on a annoncé à ces enfants soldats, sur le terrain, qu'on a passé des heures et des heures pour essayer de leur faire comprendre la décision qu'il y avait eu, tous, je vous assure, je vous le dis, ce n'est pas de la blague, tous nous ont dit que le fait qu'il n'ait pas été condamné et le fait qu'on n'ait pas de réparation au bout, n'est pas si important. Le plus important, c'est que vous ayez porté notre voix en salle d'audience. C'est vraiment sincère. C'est ce que les victimes m'ont dit parce qu'il y a toute une position de la défense, de certaines défenses, pas toutes, et de certains magistrats, pas tous, qui est de dire que les victimes doivent être reléguées à la phase de réparation, ça ne sert à rien qu'elles participent au procès, mais ce n'est pas vrai. Indépendamment de ce qui se passe au bout, c'est un des challenges de l'avocat que d'accompagner les victimes dans le procès en lui-même. Si à un moment, elles ont l'impression qu'elles ont participé à la manifestation de la vérité, même si au final il y a une décision qui est extrêmement douloureuse, c'est un événement important pour eux et ça reste quelque chose d'important. Après, il y a toute la question effectivement de la position du Fonds au profit des victimes, mais je crois qu'on ne va pas rentrer dans ce débat. La simple participation des victimes au procès est déjà une première chose. Après, c'est le boulot de l'avocat d'être honnête avec les victimes et de dire qu'il se peut que ça se termine par un acquittement, et vous devez y être préparé. C'est un discours qu'il doit tenir tout le long du procès et ne jamais mettre de côté.

## Éric David

§75 En réalité, je crois vraiment que les avocats sont des professeurs. Ils doivent

enseigner le droit d'abord à leurs clients ou victimes si c'est le cas, puis au Procureur qui, souvent, ne le connaît que très médiocrement, et enfin aux juges qui, eux-mêmes, ne le connaissent guère mieux. C'est assez remarquable. C'est quelque chose que l'on connaît aussi au droit interne.

## Discussion

### Éric David

§76 À présent, le public peut intervenir lui aussi et interroger qui il souhaite, en le précisant simplement et en précisant également son identité lorsqu'il prend la parole.

### Public (Eugène Bakama)

§77 Merci. Je réponds au nom d'Eugène Bakama. Je suis le président du Club des amis du droit du Congo. J'ai deux petites questions. La première est adressée au Professeur Julian Fernandez. Comment peut-on résoudre la question de non-coopération des États parties dans l'exécution de mandat de la Cour ? Est-ce possible d'envisager la possibilité de criminaliser la non-coopération active ? Je prends l'exemple de l'Afrique du Sud qui a pratiquement fait fuir un suspect qui était demandé ou attendu à la Cour. Merci.

§78 Deux petites questions pour Madame Julie Goffin sur les victimes. Est-ce que le Fonds au profit des victimes a la capacité d'exécuter les ordonnances sur les réparations ? Pensez-vous que les réparations de la Cour pénale internationale peuvent contribuer à la réconciliation des communautés en Ituri, entre les Hema et les Lendu ? Merci.

### Éric David

§79 Merci beaucoup Monsieur Bakaba pour ces questions extrêmement pertinentes. On va tout de suite permettre aux panélistes de répondre, Monsieur Fernandez, vous avez le gant.

### Julian Fernandez

§80 Merci pour cette intervention. Sur la non-coopération des États Parties, il ne faut pas oublier que, d'une manière générale, les États Parties coopèrent avec la Cour pénale internationale et coopèrent bien. Ce n'est pas toujours le cas des États de situation, mais pour les États Parties, en particulier la France et d'autres, sans leur concours, la Cour pénale internationale n'aurait pas pu avoir tout ce qu'elle a eu jusqu'à présent. Il ne faut pas dresser un tableau ou un panorama trop sombre en l'espèce. Évidemment, il y a des situations et des crispations. Je pense à celle que vous mentionnez, c'est-à-dire la non-coopération d'États Parties, en l'espèce l'Afrique du Sud, au regard de l'exécution du mandat d'arrêt contre Omar el-Béchir. Il y a là une question de droit. Premièrement, est-ce que l'Afrique du Sud

était tenue de coopérer en l'espèce ? Ce n'est pas si simple. Tout dépend de l'interprétation qu'on aura de la résolution 1593 du Conseil de sécurité. On sait qu'à la Cour pénale internationale, trois chambres de première instance se sont prononcées de façon différente. On attend ce que va dire la Chambre d'appel par rapport à la situation en Jordanie qui pose les mêmes questions, c'est-à-dire le rapport entre l'article 27 et l'article 98-2 des immunités, le fait que le Soudan ne soit pas un État Partie et les immunités, en droit international général, auxquelles peuvent prétendre les chefs d'État. Il y a un premier point : l'Afrique du Sud est-elle tenue de coopérer ? c'est un peu pour lancer le débat, mais ce n'est pas si évident. Il y a des arguments, à la lecture de la résolution du Conseil de sécurité et au regard de la pratique subséquente du Conseil de sécurité depuis 2005, au soutien d'une position qui serait de dire que l'Afrique du Sud n'avait pas nécessairement à coopérer avec la Cour. À supposer qu'elle soit tenue d'exécuter ici la demande de la Cour pénale internationale, qu'est-ce que l'on peut faire ? Il y a un certain nombre de voies qui sont possibles, que ce soit auprès de l'Assemblée des États Parties, que ce soit auprès du Conseil de sécurité. Des voies de droit sont possibles, pas de criminalisation possible d'un État. On pourrait mettre en cause un individu en particulier pour atteinte à l'administration de la justice (article 70 du Statut), mais pas un État à ce stade. Toute la question renverrait à l'effectivité de ces moyens de contrainte. Je suis plus sceptique. On verra bien ce que dit, dans un premier temps, la Chambre d'appel dans l'affaire Jordanie et si jamais il y a un avis de la Cour internationale de Justice sur cette question d'immunité qui a été demandée par les États africains, par l'Afrique du Sud en particulier, à l'Assemblée générale.

## Éric David

§81 Merci Monsieur Fernandez. Madame Goffin, le Fonds au profit des victimes, est-ce qu'il contribue à la réconciliation ? C'est une question qui mobilise particulièrement Monsieur Bakaba.

## Julie Goffin

§82 Le Fonds au profit des victimes est un organe qui a un double mandat. Il a un mandat qu'on appelle le mandat d'assistance dans lequel il opère comme une espèce d'énorme organisation non gouvernementale, avec des projets qui touchent plusieurs centaines de victimes dans les régions concernées par les différentes situations ouvertes par la Cour. Il a un mandat spécifique lié à la réparation dans des dossiers dans lesquels il y a eu des condamnations. Il se trouve que le Fonds a eu beaucoup, beaucoup de problèmes à envisager ce second mandat. Ça a été très, très complexe pour lui de se mettre en marche sur les réparations dans le cadre des condamnations Lubanga, Katanga, et maintenant Al Mahdi. Sa conception des choses reste fondamentalement celle qu'il a dans son mandat d'assistance. La

configuration des différents dossiers dans lesquels il y a des réparations, donc intervention du Fonds au profit des victimes—j’ai cité les trois—sont fondamentalement différentes parce que les chambres n’ont pas adopté des ordonnances de réparation dans lesquelles respectivement le rôle des avocats des victimes et le rôle du Fonds au profit des victimes, sont les mêmes. Pour l’instant, c’est très complexe de s’y retrouver parce qu’on a des procédures un peu multiformes, dans lesquelles le Fonds au profit des victimes a un rôle plus ou moins important. Dans le dossier Katanga, dans lequel je suis, on a réussi à préserver le rôle des avocats. On a lutté pour. On a eu la chance d’avoir une chambre qui était extrêmement attentive au rôle des avocats des victimes, aux côtés des victimes, jusqu’au bout du processus de réparation, et à l’injonction de ne rien faire sans notre intervention. Ce qui est très important, parce que comme je l’ai dit, les avocats sont les seuls qui n’ont d’autre intérêt que celui des victimes. Le Fonds reste une institution qui a des intérêts qui sont les siens, qui priment sur les intérêts des victimes. Le dossier Lubanga s’est configuré complètement différemment. Le Fonds a un mandat beaucoup plus large. Il a un mandat presque judiciaire. Les juges ont abandonné littéralement une partie de leur fonction de leurs tâches judiciaires pour les confier au Fonds, ce qui pose de grands problèmes aussi au regard des droits de la Défense, pour moi. C’est extrêmement problématique. Les avocats des victimes doivent rester jusqu’au bout des réparations aux côtés des victimes, et les avocats de la défense doivent rester jusqu’au bout présents et être entendus. Parce que les condamnés sont indigents et que c’est le Fonds qui va payer ne veut pas dire que les avocats de la défense et la défense n’ont pas quelque chose à dire dans le processus. C’est très important.

§83 Est-ce que les réparations peuvent travailler à la réconciliation ? Je vais à nouveau partir d’exemples, de ce que je reçois comme impressions, comme retours et comme sentiments des victimes. Quand les victimes, dans le dossier Katanga, ont été informées de l’ordonnance de réparation, de ce qui leur était accordé comme réparations, à la fois individuelles et collectives, beaucoup sur les réparations collectives ont insisté, puisque c’était une des options prévues par les juges sur notre demande, sur l’importance de l’éducation. Toutes les mères de famille nous disent « Si on envoie nos enfants à l’école, on a une chance pour qu’il y ait moins de conflits ». C’est très bateau, mais ça reste une vérité. Dans cette optique, je pense qu’un travail doit partir des victimes. Beaucoup d’organisations et institutions ont distribué des vaches qui n’étaient pas les bonnes vaches. Elles sont mortes parce que ce n’étaient pas les vaches que les éleveurs avaient l’habitude d’élever. Elles ont construit des maisons qui n’étaient pas les bonnes maisons pour plein de raisons. Il faut que ça parte des victimes, que ce soient les victimes, les premières, qui identifient les réparations qui feront sens pour elles, qui leur permettront de perpétuer une forme d’activités qui leur permettront d’acquérir des revenus. Tous disent qu’ils veulent être aidés dans des formations pour acquérir des revenus qui leur permettront d’envoyer les enfants à l’école, et ça fait boule de neige. L’autre chose complexe à comprendre, c’est notre



perception et notre compréhension du conflit, je parle du conflit en Ituri et dans toute la région de Bunia. Quand on est retourné après l'ordonnance de réparation auprès des victimes pour leur expliquer les ordonnances de réparation et ce qui allait leur être octroyé, c'était en novembre, il y a presque un an maintenant, c'était au moment où les conflits ont recommencé de façon extrêmement violente. Les victimes nous ont dit : « C'est super, la Chambre et les juges nous ont accordé des réparations, mais c'est en train de recommencer. Nos familles sont de nouveau massacrées. Nous supposons que les juges vont à nouveau se saisir du dossier et vont rouvrir des dossiers ». Ce n'est pas évident d'expliquer aux victimes les limites de la procédure. D'un autre côté, on avait ce discours, et d'un autre côté, on avait tous les chefs communautaires, à la fois Lendu et Hema, qui se réunissaient pour trouver des solutions au conflit. On est au milieu avec des victimes qui nous disent le conflit recommence et certains enfants qui nous disaient : « Mais moi, quand je vais à l'école, j'ai un problème, parce que, étant Hema, mon professeur est Lendu, je ne peux pas apprendre de ce professeur, donc comment est-ce qu'on va faire ? ». Ils se retournent vers l'avocat pour essayer de trouver une solution. Mais d'un autre côté, on a des chefs communautaires d'ethnies dites complètement opposées et en guerre qui se réunissent pour trouver des solutions. On est dans un contexte particulier. L'origine de ce qui s'est passé en Ituri dernièrement est un peu complexe dans la perspective des élections et de tout ce qui se passe en République démocratique du Congo. Donc voilà, c'est une multitude d'informations, et dans tout ça, il faut essayer de s'y retrouver et de ne jamais perdre la voix des victimes et ce qu'elles demandent profondément. On a toujours eu ce message en filigrane qui était de dire, tant que ça travaille à l'éducation, à la mise en œuvre d'une acquisition d'activités génératrices de revenus, on sait que tout ça conduira, d'une façon ou d'une autre, à une forme de paix. Je ne sais pas si j'ai répondu à votre question.

## Éric David

§84 Je crois que vous avez bien répondu. c'est vrai, Maître Goffin, que ce que vous avez dit est très important. Il y a deux choses que je retiens. C'est l'éducation effectivement, et ces programmes d'éducation, ces programmes culturels qui sont prévus effectivement dans le jugement ... C'est Katanga, je crois. Le jugement de réparation est remarquablement important évidemment. Je ne dis pas que ça va vraiment réconcilier. Je ne suis pas sûr que la justice ait une fonction réconciliatrice. C'est quelque chose qu'on a beaucoup dit, mais, qui, à mon avis, est un peu une sorte de rêve, une sorte de mirage. Il faut parfois croire au mirage. Par contre, ce que j'ai beaucoup aimé dans ce que vous avez dit, Maître Goffin, c'est quand même le fait que les victimes de l'affaire Bemba aient pu s'exprimer. Que Bemba soit acquitté finalement pour de très mauvaises raisons—quand on lit le jugement d'appel, moi, personnellement, je suis absolument scandalisé par rapport au jugement de première instance. Au jugement de première instance, il y avait un tas de choses auxquelles le jugement d'appel ne répond absolument pas.

Malgré tout, c'est positif, c'est le jugement. Et comme vous l'avez dit très justement, le fait que les victimes aient pu s'exprimer. Mais, en fait, je parle trop. Qui veut prendre la parole ? Je vous en prie

## Public

§85 Merci. Je me réfère au principe de complémentarité qui sera traité demain. Mais, je ne suis pas sûr que Maître Goffin sera là. Ayant vécu tous les événements de la mise en œuvre de la Cour au niveau de la Commission européenne, on parlait à l'époque de complémentarité dans le sens que le succès de la Cour se mesurait dans la mesure où il n'y aurait pas de travail parce que les États membres du Statut de Rome feraient leur devoir. En fait, ils prendraient leurs responsabilités et ce sont ces États qui poursuivraient les coupables. Moi, j'ai une question très précise. Dans le cadre de la collaboration entre la Cour pénale et l'État membre, est-ce qu'il y a des situations telles qui se sont produites en Ouganda où on a poursuivi les grands criminels, mais, pour les petits, c'était la justice locale qui s'appliquait—Gacaca, je me rappelle bien ? Est-ce que ce phénomène-là peut se produire dans les relations entre la Cour et l'État qui, dans le cadre de la complémentarité, est obligé de collaborer et même de prendre en main la poursuite des coupables et en même temps la protection des victimes ? Je voudrais savoir s'il y a un relais comparable à ce qui s'est passé au Rwanda ?

## Éric David

§86 Merci pour ces questions. Alors, la première question sur la complémentarité et l'exemple de la justice Gacaca, les ordonnances sur les réparations. Qui va répondre à cette question ? Julie, vous voulez ?

## Julie Goffin

§87 Je veux bien dire deux mots de la complémentarité. c'est un sujet qui, absolument, me passionne, parce qu'au plus je travaille à la Cour pénale internationale, au plus, je crois en la nécessité d'avoir une complémentarité qui fonctionne, et je pense que ce sera une des raisons du succès de la Cour. C'est d'arriver effectivement à pouvoir mettre en place un système de complémentarité qui fonctionne. Alors, le cas du Congo est très intéressant parce que le Congo applique directement le Statut de Rome. La loi de mise en œuvre a été adoptée récemment. Mais, vous avez au Congo toute une série de procès devant les juridictions nationales pour des crimes de guerre notamment, et j'interviens aux côtés des avocats congolais dans ces procédures-là. C'est absolument passionnant d'ailleurs de faire les deux parce qu'on se rend compte qu'il y a des arguments qu'on invoque devant la Cour pénale internationale, qui, finalement, servent bien aussi aux avocats congolais et inversement. Donc, c'est aussi une forme de

complémentarité finalement. Mais, je peux parler brièvement du cas du Mali parce que j'ai commencé à travailler sur le Mali, qui est une situation qui a été ouverte à la Cour pénale internationale avec un dossier avec une condamnation avec un plaidé coupable dans Al Mahdi. Puis, il y a un dossier Al Hassan qui vient de s'ouvrir. Les victimes sont à Tombouctou, qui est un endroit où très peu d'entre nous auraient accès. En tout cas, moi je n'y ai pas accès. Ce qui veut dire que pour aller voir les victimes qu'on représente c'est évidemment impossible. Ce qui est intéressant, c'est que toutes ces victimes sont déjà demanderesses, parties civiles dans des procédures nationales. Donc, c'est ce que je disais tout à l'heure. C'est qu'il y a une familiarité avec un processus de justice qui est fondamentalement différent de la Cour pénale internationale. Ma grande crainte maintenant, c'est qu'évidemment, le fait que ce dossier à la Cour pénale internationale s'ouvre soit une excuse à la fois pour les autorités, et pour la Cour pénale internationale aussi d'arrêter son soutien aux procédures nationales, ce qui serait évidemment dramatique parce que d'abord, la Cour pénale internationale n'aura pas les moyens et ne voudra pas évidemment poursuivre tous les auteurs, mais, aussi, parce qu'à nouveau, on renonce à ce principe de complémentarité et que le scénario idéal pour moi, ce serait vraiment à la limite d'avoir des procédures en parallèle vis-à-vis d'auteurs. Alors, dans le schéma idéal, ce serait effectivement les gros poissons à la Cour pénale internationale, et puis, les auteurs d'un niveau un petit peu inférieur, plus bas devant les juridictions nationales à la limite. Mais, vraiment, la complémentarité prendrait tout son sens ici. Or, j'ai peur que, effectivement, ça ne fonctionne pas parce que ces procédures nationales, qui, de toute façon, sont au point mort depuis des années, on risque de trouver encore une autre excuse au fait que rien n'avance parce qu'il y aura les procédures à la Cour pénale internationale. Or, je l'ai dit, victimes à Tombouctou qui est un endroit où on ne peut pas aller. Donc, cet aspect de distance à la fois au propre et au figuré entre les premières concernées, c'est-à-dire les victimes et ceux qui rendent la justice, évidemment, va apparaître de façon extrêmement dure et difficile, je trouve, et cruelle même pour les victimes.

## Éric David

§88 Merci. D'un point de vue théorique, est-ce que, vraiment, on peut dire que la complémentarité ferait obstacle, d'un point de vue purement théorique ? Est-ce que la complémentarité ferait obstacle à l'octroi de réparations par la Cour, sachant qu'il y a également des procédures en réparations devant les juridictions internes ?

## Julie Goffin

§89 Non, à partir du moment où les faits et les auteurs ne seraient pas identiques, non.

## Public

§90 Thank you very much. I want to speak a little bit about the complementarity issue and how the Court applies it? I'll only take a minute. Complementarity under article 17 says that when the domestic system is either unwilling or unable to prosecute, genuinely, then the international court prosecutes. But there is also article 53 which allows the Court to look at the gravity of the crime, the satisfaction of victims, and the interest of justice. I want to suggest that it is very important that the Court and the judges invoke article 53 to let local concept of justice be considered and not one particular kind of justice which is what many communities are complaining about. In other words, yes, Gacaca seems like an oppressive way of concluding mass atrocities, because it's not the same way that may be in the west mass atrocities are concluded, and other traditional forms of reconciliation can mass atrocities be settled through amnesties. But, unless... Well, if all mass atrocities are settled at The Hague, communities will never own the process, and they will never come to healing and they will always think that justice is something that comes from elsewhere. So, the International Criminal Court should consider that its function is to restore societies autonomy and let those societies then function afterwards. And to conclude, our colleagues were organising the conference, I find that if International Criminal Court's effectiveness is assessed only by said convictions, then it does not consider like, say, in the Kenyan case, a new constitution was made, new elections were done which were peaceful, they are other ways in which the International Criminal Court may have succeeded in creating peace and security which are instrumental, a goal of International Criminal Court. So, I think your question is very important in how complementarity is assessed and is it only from the International Criminal Court's perspective or the judges' perspective and not from the community's perspective and the civil society perspective. There are many perspectives within which to assess that complementarity has been effective. I don't know if that was the specific question, but, thank you for creating the opportunity to say that.

## Eric David

§91 Thank you for these precisions. Prochaine question, oui ?

## Public (Rogier Bartels)

§92 Hi, thank you. Roger Bartels, I'm in Chambers at the International Criminal Court and even though it's not my task to defend or represent the Court here today, given that it is a bit on trial if you look at the topics of the first session, I will, in addition to asking two questions, also offer a response maybe on behalf of the Court, at least when it comes to certain facts, to make sure that their... because the principle of equality of arms are at least properly on the record.

§93 First, in relation to Charles's presentation. Charles, thank you for your presentation. There are a couple of factual comments that I have when it comes to the points that you specifically raised in response to, or in your query whether Lon Fuller's eight elements are fulfilled, the first being that the envelope, of course, the envelope with the 10 names actually came from the Chief Justice of Kenya itself, and Kofi Annan passed this envelope unopened to the International Criminal Court and Luis Moreno-Ocampo. But the Prosecution has been doing its own investigations. It had been doing its own investigations, and at least reportedly the names of the suspects that the Prosecution came up with only partially overlap with those in the envelope. So, these are two parallel processes, and the whole point of investigations is that they're done of course in secret so you don't notify the suspect. So, the fact that there is no knowledge in advance as to who's going to be eventually charged, I think is a logical consequence of criminal law *per se*, of course. As to the vagueness of the requests, this was of course the submission of Kenya on the non-cooperation issue, this was of course a submission of the Kenyan government, and this is normal in any kind of criminal case, not criminal also civil suit cases on the domestic level, you will always oppose such requests for information saying that it's a fishing expedition, but the requests were not actually vague, they were precise enough and the Kenyan government had not given a reason why despite the preciseness it could not comply with the request, which was the reason why it was ultimately referred.

§94 Then on to other points and this leads to my question to you, with respect to retroactivity which was rule 68 when the new form was adopted, a month after the case against Ruto had started in September 2014, I believe it was 2015, and then the new rule was adopted, and the compellability of witnesses, the issue of whether you can *subpoena* them, both of these things you can do under a Kenyan national law, *Kenyan Act on Law of Evidence* I believe, if I remember correctly, it was article 33 of that Act specifically allows for the admission of statements of witnesses who are deceased or who have otherwise become unavailable. So my question then is when it's not only, if you look also at articles 22, 23, 24 of the Rome Statute which relate to the principle of legality and seem to focus more on substantive issues rather than procedural issues, when it comes to the kind of procedural matters and you look at the morality question from the perspective of Lon Fuller, why would you separate out international criminal law, look at it in isolation whilst for the person accused, the matter is that the law was known and is not new as such, and if the Kenyan law allowed for this to happen, would that not be an argument to say that it was known to the relevant accused at the time.

§95 Also, two comments to Artemis and then a question to you, in relation to that as well. I did not raise my hand because you asked your question rather broadly and as a good lawyer, my answer would have been « it depends ». So that's why I couldn't then raise my hand, because there are some cases where the Defence actually had far more resources than the prosecution, the Kenya case is being a

case in point there, and the Defence had a far better ability to investigate. Even in cases where that was not the case, it sometimes depends also in the situation on the ground, of course, where the relevant location by now, where at the time that the investigations are conducted, has become hostile to the accused or hostile to the Prosecution so to say. In the Katanga situation, the Ituri situation, so David Hooper, a counsel for Mr Katanga, famously said during the closing arguments that this must have been the first case where the judges beat the Prosecution to the crime site, because when they went on a site visit, it was actually the judges who went first and then the Prosecution, and the Prosecution had never been in the village of Bogoro because they'd never been able to get there because the village of Bogoro had become hostile to at least the Prosecution of prisoners on trial, because of ethnicity issues.

§96 Leading to my question, I am with you when it comes to these issues for the Defence, and the labour rights and all this, I have been associated with the Defence for many years and I am married to a former defence team member. But many of those questions that you ask, if you'd ask them to staff members, you would not get any different answer. So, the issue of labour rights may just be a problem of international criminal law *per se*, the lack of job security, etc., access to software. It's something that we all struggle with, also when you are an International Criminal Court staff member. So then my question which comes from this: what would be your solution for the International Criminal Court if we know that the Special Tribunal for Lebanon is often held as an example where it's better because you have the defence integrated, but how would this relate to the right of an accused to have freedom to choose his or her counsel, when you're otherwise kind of forced to pick someone from the defence office, and if this would not be a requirement then what do you do with the persons in that office otherwise if they're not selected? At the Special Tribunal for Lebanon, this was never an issue because the person represented ... the counsels were assigned to person represented, these counsellors have never been in contact or at least allegedly never been in contact with the prisoners they represent. So, there's no issue there. But how would this work for the International Criminal Court? Is your solution a Special Tribunal for Lebanon like system or a bit of a hybrid? To solve these issues. Thank you.

## Charles A. Khamala

§97 I'll try to be short, but I think I have an answer to just about everything you said. The first thing is that, directly, the suspects in the Kenya cases were never interviewed by Luis Moreno Ocampo before bringing their charges. This is a basic tenet of natural justice incumbent on any Prosecutor, it's a fundamental omission amounting to a tardy, negligent and shoddy investigation that doesn't take a statement from anybody who is being accused. Just ask a suspect to explain certain allegations levelled against him. If he declines to remain silent, after being

cautioned that any response may be used against him in a court of law, then probe further. For example: so, where were you at this or that particular time? In fairness to a suspect, the availing of an early opportunity to provide an exonerating account should precede the laying of the charges, so that secrecy by Annan and the Prosecutor's ambush, was highly prejudicial and political. But anyway, just to at least answer that the statement should have been taken from the suspects. Indeed, the prosecution's belated request to engage in post-confirmation investigations was harshly criticized by one Trial Chamber Judge before she withdrew from the Kenyatta case. Secondly, you say that the prosecution's request for Kenyatta's property records was precise enough. I've written here that it's a matter of interpretation whether Kenya complied or not with its cooperation obligations. Basically, what the Statute says is that a Party must comply with its obligations, but then a Party physically on the ground does certain things and says: « We think we have complied. » Kenya was referred to the Assembly of States Parties but that's the way it fizzled out, it was never really taken up by the Member States Parties. But I'd just leave it at that, it's a matter of interpretation what constitutes compliance in any situation, not just the Kenyan one. So, I leave it at that. In terms of what to being asked and whether they felt that this amounts to compliance is what he asked for. I wasn't privy to specifics. Coming to the retroactivity, that was a blatant attempt by the Ruto Trial Chamber to admit prior recorded statements of intimidated and eliminated witnesses. In fact, it was blocked ultimately by the Appeals Chamber after the Trial Chamber judges prevaricated and said: « Yes, you can apply the rules retroactively either because the inherent power of the court allows it or because a request was made after November 2013, » they determined in August 2015 upon the Prosecutor making that request, so he says that it's not retroactive, but ultimately the Appeals Chamber in February 2016 says: « No, this rule cannot be applied retroactively because of the gentlemen's agreement made between Kenya and the Assembly of States Parties in 2013, » and it was blatant to me. In fact, that's where the paper originates from, notice that after the Trial Chamber determined that rule 68 was to apply retroactively, then at the Assembly of States Parties' Assembly General Meeting in November 2015, Kenya threatened to withdraw from the Rome Statute complaining that since the Trial Chamber ignored the 2013 gentleman's agreement, insisting it violates the principle of retroactivity. And I think that's what torpedoed the Ruto and Sang case ultimately, that the political statement was taken by the Assembly of State Parties, « let's not proceed with the case, » and then the Appeals Chamber judges took their cue from that. But I won't say it at length here. Okay, the final point. Kenyan law does not permit the attorney general, in fact English law does not permit any creature of statute to do that which is not specifically delegated by the statute. So, the attorney general is created by statute and International Crimes Act tells the attorney general, you can only facilitate attendance before the International Criminal Court for witnesses who have volunteered to go there. You can only facilitate appearance of witnesses who have accepted to go. And if he goes beyond that, for example, if he abducts

witnesses and forcibly transfers them to The Hague without following laid down domestic extradition procedures, I think clear excess of jurisdiction can be struck out using judicial review as a matter of administrative law. The executive's priority is to secure its citizens. Subjecting witnesses to risk of harm may also attract liability to compensate them. The International Crimes Act 2008 in Kenya was not enacted until after those mass atrocity conflicts were already in place. Since it regulates specific subject matter, I think that its application supersedes the provisions of the Evidence Act pertaining to domestication of Rome Statute law and procedure. Just to say that I've heard the objections you have made, I think they are interesting, and also thanks for giving me the opportunity to simply speak to them, I appreciate your being here and you raising those points.

## Artemis Chatzistavrou

§98 I'll be very brief and thank you for addressing these two points, and also in response to your previous comment that maybe the situation is not different from what we face in domestic jurisdictions. So, the imbalance between defence and prosecution, it is true, although at least from the experience I've had back home and the experience I hear very often from the International Criminal Court is that actually, it is really worse, and let's say it's not even worse if compared to other countries. Still it does not mean that it reaches the level of a fair trial because this is our issue. Now, of course, there are teams that had more resources, but probably this is the only defence team that had more resources. And I can assure you from the budgets every year, all defence teams receive legal aid funds, most of the accused are indigent. And for me, this is also a matter of the structure of how we thought of this Court; probably we thought we're going to target rich accused. Okay. This system is probably built on the assumption that the accused will have money to pay for their defence, practically this is not happening. So probably the example you mentioned is the only example where the defence teams had more resources. Going back to what we suggest is yes, the Special Tribunal for Lebanon has a defence office that has a list of counsel, it is the same functioning as the International Criminal Court. So, the International Criminal Court also has a list of counsel, lawyers apply as long as they fulfil certain criteria. They are added to that list and then when the accused shows up, they can choose from that list. While our case, the main case is in absentia and I can assure you there has been no contact with the accused, we had two cases of contempt. And in one of the two contempt cases where the accused actually chose their own lawyers from that list, everything worked perfectly. I don't think they were really restricted in any aspect of their freedom of choosing their lawyer. So, what we think is that the Special Tribunal for Lebanon model works well, and while we are appointed, I can tell you that lead counsel and co-counsel are very independent in the way they're functioning, and while we're on the same floor as the Defence Office, our independence is not being threatened at all. However, for the International Criminal Court, this is a big structural reform and I'm not really sure how, when, if



it will occur.