

# International Criminal Justice in Africa, 2020



Bernard Ntahiraja  
Gerhard Kemp  
(eds)

 KONRAD  
ADENAUER  
STIFTUNG

# **INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE IN AFRICA, 2020**

**Bernard Ntahiraja  
Gerhard Kemp  
(eds)**





**INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE IN AFRICA, 2020**

Copyright © Konrad-Adenauer-Stiftung

ISBN: 978-9966-021-23-6

Year of Publication 2021

***Layout and Printing by:***

Lino Typesetters (K) Ltd.

Email: [info@linotype.co.ke](mailto:info@linotype.co.ke)

---

## CONTENTS

List of abbreviations .....	v
List of cases .....	vii
List of legal instruments .....	xii
Editor's note .....	xiv
Preface.....	xviii
1. AFRICA AND INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE IN 2020: AN OVERVIEW .....	1
2. REPARATION DES ACTES COMMIS PAR LES ENFANTS-SOLDATS : UNE MARCHE PERILLEUSE DES VICTIMES A LA LUMIERE DU DROIT CONGOLAIS <i>BAHATI MUJINYA</i> .....	35
3. TOWARDS AN EFFECTIVE ICC ASSISTANCE PROGRAM IN KENYA FOR THE VICTIMS OF 2007-2008 POST ELECTION VIOLENCE <i>EVELYNE OWIYE ASAALA</i> .....	67
4. THE LAURENT GBAGBO AND BLÉ GOUDÉ CASE AND THE POLITICS OF ONE-SIDED PROSECUTIONS AT THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT <i>PHOEBE OYUGI</i> .....	87
5. CRY WOLF: DO AFRICAN STATES HAVE JUST CAUSE TO WITHDRAW FROM THE ICC? <i>SORETHA VENTERS &amp; JEANNE-MARI RETIEF</i> .....	109
6. LE PROTOCOLE DE MALABO SUR LA COUR AFRICAINE DE JUSTICE ET DES DROITS DE L'HOMME : VÉRITABLE ENGAGEMENT OU FEUILLE DE CHANTAGE ? <i>AIMÉ-PARFAIT NIYONKURU</i> .....	128
7. THE AFRICAN UNION TRANSITION JUSTICE POLICY: HAVE PRINCIPLES SUBSTITUTED RULES IN LEGAL SYLLOGISM? <i>STEVEN WILLIAM KAYUNI</i> .....	143

---

8. LE BILAN MITIGÉ DE L'ACTION PRÉVENTIVE ET DISSUASIVE DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE À TRAVERS L'EXEMPLE DE LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO <i>EUGÈNE BAKAMA BOPE</i> .....	158
9. LA JUSTICE TRANSITIONNELLE EN RÉPUBLIQUE CENTRAFRICAINE (RCA) : DÉFIS ET CHANCES DE RÉUSSITE <i>EUGÈNE BAKAMA BOPE</i> .....	193
BIBLIOGRAPHY.....	217

## LIST OF ABBREVIATIONS

<b>ACJHR</b>	African Court of Justice and Human Rights
<b>ASP</b>	Assembly of States Parties
<b>AU</b>	African Union
<b>AUTJP</b>	African Union Transitional Justice Policy
<b>CAR</b>	Central African Republic
<b>CEI</b>	<i>Commission Electorale Indépendante</i>
<b>CEP</b>	Committee on the Election of the Prosecutor
<b>CIA</b>	Central Intelligence Agency
<b>DCC</b>	Document Containing Charges
<b>DRC</b>	Democratic Republic of Congo
<b>EAC</b>	Extraordinary African Chambers
<b>FDLR</b>	<i>Forces démocratiques de libération du Rwanda</i>
<b>FDS</b>	<i>Forces de Défense et de Sécurité (Ivorian Defence and Security Forces)</i>
<b>FNCI</b>	<i>Forces Nouvelles de Côte d'Ivoire</i>
<b>HIV</b>	Human Immunodeficiency Virus
<b>AIDS</b>	Acquired Immunodeficiency Syndrome
<b>ICC</b>	International Criminal Court
<b>ICCPR</b>	International Covenant on Civil and Political Rights
<b>ICTR</b>	International Criminal Tribunal for Rwanda
<b>ICTY</b>	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
<b>ICJ</b>	International Court of Justice
<b>IDPs</b>	Internally Displaced Persons
<b>IO</b>	International Organisation
<b>IRMCT</b>	International Residual Mechanism for Criminal Tribunals
<b>KNCHR</b>	Kenya National Commission on Human Rights
<b>LRA</b>	Lord Resistance Army

<b>NDC</b>	Nduma Defence of Congo
<b>OTP</b>	Office of the Prosecutor
<b>PE</b>	Preliminary Examination
<b>PEV</b>	Post-Election Violence of Kenya
<b>PTC</b>	Pre-Trial Chamber
<b>REC</b>	Regional Economic Communities
<b>RPE</b>	Rules of Procedure and Evidence
<b>RPF</b>	Rwandan Patriotic Front
<b>RTL</b>	<i>Radio Television des Milles Collines</i>
<b>SGBC</b>	Sexual and Gender-Based Crimes
<b>SGBV</b>	Sexual and Gender Based Violence
<b>TFV</b>	Trust Fund for the Victims
<b>TJRC</b>	Truth Justice and Reconciliation Commission
<b>UNSC</b>	United Nations Security Council
<b>UNSCR</b>	United Nations Security Council Resolution
<b>UPDF</b>	Uganda People's Defence Force
<b>VCLT</b>	Vienna Convention on the Law of Treaties
<b>WWII</b>	World War II

## International Courts and Tribunals

### International Courts and Tribunals

Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 June 2018, ICC-01/05-01/08-3636-Conf.

Case concerning the arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) Judgment of 14 February 2002.

Décision fixant les principes et procédures applicables en matière de réparation, ICC-01/04-01/06-2904, Ordonnance 7 août 2012

Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06-803-tFRA, Décision, 29 janvier 2007.

Décision sur la confirmation des charges, ICC-01/04-01/06-803-tFRA, Décision, 29 janvier 2007 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I). Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Judgment, ICC-02/04-01/15, 4 February 2021.

Décision sur les demandes de participation à la procédure a/0001/06, a/0002/06 et a/0003/06 dans le cadre de l'affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo et de l'enquête en République démocratique du Congo, n° ICC-01/04-01/06.

Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6, ICC-01/04-101, Décision, 17 janvier 2006 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I).

Decision on the confirmation of charges against Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona', ICC-01/14-01/18, 14 May 2020.

Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-138 05-03-2020 1/35 NM PT OA4, International Criminal Court, The Appeals Chamber.



---

Judgment on the appeals against the “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations” No. ICC-01/04-01/06 AA2A3, 3 March 2015.

Le Procureur c Taylor, TSSL 2003-01, Transcript (8 janvier 2008) (Tribunal Spécial pour le Sierra Leone).

Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-1/649, Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut, 14 mars 2012 (Cour pénale internationale, Chambre de première instance I).

Magana v Zaire (Human Rights Committee Communication 90/1981); UN Human Rights Council Resolution A/HRC/RES/18/7 of 29 September 2011 establishing the mandate of the Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-Reoccurrence.

Ordonnance de réparation (modifiée), ICC-01/04-01/06-3129, Ordonnance 1er août 2016 (Cour pénale internationale, La Chambre Première Instance I).

Prosecutor vs. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaissoma ICC-01/14-01/18, 14 May 2020

Prosecutor vs. Bosco Ntaganda, Trust Fund for Victims’ observations on the impact of COVID-19 on operational capacity, ICC-01/04-02/06-2517 21-04-2020 2/11 NM, 21.4.2020.

Prosecutor v Charles Blé Goudé (Warrant of Arrest for Charles Blé Goudé) ICC-02/11-02/11-1 (21 December 2011)

The Prosecutor v Charles Blé Goudé (Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé) ICC-02/11-02/11-186 (11 December 2014) [184–192].

Prosecutor v Charles Ghankay Taylor (2014) Case No SCSL-2003-01-I Appeals Chamber of the SCSL.

Prosecutor vs. Dominic Ongwen, Sentence, Situation in Uganda, 6 May 2021, ICC-02/04-01/15-1819-Red 06-05-2021 131/139 EC T.

Prosecutor v Duško Tadić (Opinion and Judgment), IT-94-1-T (7 May 1997) ICTY Trial Chamber.

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Mr Bemba's claim for compensation and damages, ICC-01/05-01/08-3694 18-05-2020 8/34 NM.

Prosecutor v Laurent Gbagbo (Letter from Alassane Ouattara to the President of the ICC dated 14 December 2010) ICC-02/11-01/11-129-Anx14-tENG (14 December 2010).

Prosecutor v Laurent Gbagbo (Corrigendum to 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire') ICC-02/11-14-Corr (15 November 2011).

Prosecutor v Laurent Gbagbo (Warrant of Arrest for Laurent Koudou Gbagbo) ICC-02/11 (23 November 2011)

Prosecutor v Laurent Gbagbo (Decision on the 'Requête de la Défense demandant la mise en liberté provisoire du président Gbagbo') ICC-02/11-01/11-180-Red (13 July 2012).

Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé (Decision on Prosecution requests to join the cases of The Prosecutor v Laurent Gbagbo and The Prosecutor v Charles Blé Goudé and related matters) ICC-02/11-01/15 (11 March 2015)

Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé (Dissenting opinion of Judge Cuno Tarfusser) ICC-02/11-01/15-846-Anx (10 March 2017).

Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé (Decision on Mr Gbagbo's Request for Interim Release) ICC-02/11-01/15-1156-Red (20 April 2018).

Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé ICC-02/11-01/15-1263-AnxC-Red (16 July 2019)

Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé (Judgment on the Prosecutor's appeal against the oral decision of Trial Chamber I pursuant to article 81(3)(c)(i) of the Statute) ICC-02/11-01/15-1251-Red2 (21 February 2019).

---

Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé (Décision relative à la requête présentée par le conseil de Laurent Gbagbo aux fins de reconsidération de l'Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance I en application de l'article 81-3-c-i du Statut et de réexamen des conditions de mise en liberté de Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé) ICC-02/11-01/15-1355-Red-tFRA (28 May 2020).

Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal ICC-02/05-01/09 OA2, Date: 6 May 2019

Prosecutor v Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi (Decision on the Request for Disqualification of the Prosecutor) ICC-01/11-01/11-175 (12 June 2012) [30].

Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision on the "Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute"' of 5 April 2019.

Prosecutor v Simone Gbagbo (Warrant of Arrest for Simone Gbagbo) ICC-02/11-01/12-1 (29 February 2012).

Prosecutor v Uhuru Muigai Kenyatta (Decision on Prosecution's application for a finding of non-compliance under Article 87(7) of the Statute) ICC-01/09-02/11-982 (3 December 2014)

Prosecutor v Uhuru Muigai Kenyatta (Notice of withdrawal of the charges against Uhuru Muigai Kenyatta) ICC-01/09-02/11-983 (5 December 2014) Trial Chamber V(B).

Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta, Notice of withdrawal of the charges against Uhuru Muigai Kenyatta, ICC-01/09-02/11-983, 18 March 2015

Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang, Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal, ICC-01/09-01/11-2027-Red-Corr, 5 April 2016.

## **National Courts**

### **Kenya**

Coalition on Violence Against Women & 11 others v Attorney General of the Republic of Kenya & 5 others; Kenya Human Rights Commission (Interested Party); Kenya National Commission on Human Rights & 3 others (Amicus Curiae) [2020] eKLR

FIDA Kenya & Others versus the Attorney General & Others Petition Number 273 of 2011

---

## LIST OF LEGAL INSTRUMENTS

### International Instruments

African Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR).

AU Policy on Post-Conflict Reconstruction and Development (PCRD) in its chapter on Human Rights, Justice and Reconciliation.

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment and Punishment, 1984

Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. 1949

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948

Draft African Union transitional justice framework (November 2018).

International Covenant of Civil and Political Rights

International Criminal Court, Rules of Procedure and Evidence

Organisation of the African Union Charter

Protocol Relating to the Establishment of Peace and Security Council of the AU

Regulations of the Trust Fund for Victims, Resolution ICC-ASP/4/Res.3

Rome Statute of the International Criminal Court (Rome Statute)

UN Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power

UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (as amended on 17 May 2002), 25 May 1993.

UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (as last amended on 13 October 2006), 8 November 1994.

## **National Legislation**

Code électoral ivoirien

Kenya Public Finance Management Act, Act No. 18 of 2012, Laws of Kenya

Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant, in Journal Officiel de la République démocratique du Congo, 50e année, Numéro spécial du 25 mai 2009,

Prevention, Protection and Assistance to Internally Displaced Persons and affected Communities Act No. 56 of 2012, Laws of Kenya

---

## EDITOR'S NOTE

The KAS '*African Group of Experts on International Criminal Justice in Africa*' is in existence since 2010. '*International Criminal Justice in Africa, 2000*' is its eighth annual publication. From the beginning, the publication has strived to cover the main developments in the fields of international criminal law/justice taking place in Africa in the year under consideration. It also includes developments taking place at the global level but with an impact on the life and discourse on those fields in Africa. This year's edition remains faithful to that tradition. In other words, this book comprises chapters discussing developments at the global, regional and national levels.

One of the strengths of the group is that it comprises Anglophone and Francophone experts, almost in equal numbers. This is reflected almost perfectly in this year's edition. Four chapters are written in English and four others in French. Abstracts of contributions written in English are translated into French and vice-versa. That way, the readership only comfortable in one language can also have access at least to the main idea discussed in chapters written in the other language.

Since the entry into force of the Rome Statute, one of the hottest topics of discussion in the field of international criminal justice, as far as Africa is concerned, is how African states interact with or position themselves with regard to the International Criminal Court (ICC). In the most difficult moments of the relationship, collective withdrawal from the Rome Statute has been discussed within the African Union (AU). There seems to be no sign that the policy will ever be implemented. However, one country - Burundi - has already taken the exit door of the Rome Statute for its own reasons, not at all related with AU's policy on that matter.<sup>1</sup> In this year's edition, our colleagues Jeanne-Mari Retief and Soretha Venters reassess the merit (or lack thereof) of the arguments put forward by African states to withdrawal from that treaty.<sup>2</sup>

One of the reasons ICC's action in Africa is passionately discussed - and often divisive - is because it significantly affects the internal political dynamics of the state in which the Court intervenes. This can hardly be avoided since the crimes the Court is concerned with are usually committed in heavily

---

<sup>1</sup> Burundi withdrew from the Rome Statute by written notification addressed to the Secretary-General of the United Nations on 27 October 2016. The withdrawal took effect on October 27th, 2017 according to article 127 of the Rome Statute. South Africa and Gambia initiated withdrawal processes but they were not conducted to completion.

<sup>2</sup> Jeanne-Mari Retief & Soretha Venters: 'Cry wolf: Do African states have just cause to withdraw from the ICC' in Bernard Ntahiraja & Gerhard Kemp, *International Criminal Justice in Africa, 2020*, Konrad Adenauer Stiftung, p.109.

charged political contexts. Added to this is the fact that the Court prioritises - as it should - the prosecution of the most responsible at the highest levels of the political and military leaderships, the so-called 'big fishes'. Put together, the two factors increase the perception of politicisation of the Court. This perception becomes even bigger when the same internal political dynamics do not allow the investigation and prosecution of crimes committed by all the sides of the conflict. Phoebe Oyugi discusses this issue in the context of Cote d'Ivoire.<sup>3</sup>

In this edition-as in some others for that matter-, ICC's action in Africa is not only discussed from the viewpoint of its influence on the political leadership of the situation-country. Its impact on the ground is also assessed. In that regard, Eugène Bakama asks the question whether the ICC prosecution of Congolese suspects has had any preventive effect in that country.<sup>4</sup>

In this publication, the ICC is not just an object of retrospective analysis. Studies do not focus exclusively on what the Court has done. Prospectively, they also investigate and advise on what it should do. In that regard, Evelyne Asaala discusses how the Court could set up an effective assistance programme for the victims of the 2017/2018 post-election violence in Kenya.<sup>5</sup> Discussions on assistance are highly opportune because reparations are technically not available after the collapse of the cases.

Regular readers of this publication would be familiar with contributions discussing African regional initiatives aiming at setting up legal instruments and judicial mechanisms to fight against impunity. One of them is the Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, most commonly referred to as the Malabo Protocol. There has always been a discussion on what the genuine motives of AU leaders were at the adoption of that protocol that not a single state has ratified seven years after its adoption.<sup>6</sup> Aimé Parfait NIYONKURU adds his voice (in French) to this

---

<sup>3</sup> Phoebe Oyugi, 'The Laurent Gbagbo and Blé Goudé case and the politics of one-sided prosecutions at the International Criminal Court' in Bernard Ntahiraja & Gerhard Kemp, *International Criminal Justice in Africa, 2020*, Konrad Adenauer Stiftung, p. 87

<sup>4</sup> Bakama Eugène : 'Le bilan mitigé de l'action préventive et dissuasive de la Cour pénale internationale à travers l'exemple de la République démocratique du Congo', in Bernard Ntahiraja & Gerhard Kemp, *International Criminal Justice in Africa, 2020*, Konrad Adenauer Stiftung, p. 158

<sup>5</sup> Evelyne Owiye Asaala: 'Towards an effective ICC assistance program in Kenya for the victims of 2007/8 post-election violence' in Bernard Ntahiraja & Gerhard Kemp, *International Criminal Justice in Africa, 2020*, Konrad Adenauer Stiftung, p. 67

<sup>6</sup> The Malabo Protocol was adopted on June 27, 2014. It has so far been signed by fifteen states but not ratified by a single one. See the status list here: <https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-s1-PROTOCOL%20ON%20AMENDMENTS%20TO%20THE%20PROTOCOL%20ON%20THE%20STATUTE%20OF%20THE%20AFRICAN%20COURT%20OF%20JUSTICE%20AND%20HUMAN%20RIGHTS.pdf>



discussion.<sup>7</sup> It is a very welcome contribution as most discussions on the topic had so far been authored in English. Within the African Union, discussions around the imperative to fight against impunity also include debates on alternatives to retributive criminal justice. Transitional justice is such an alternative. In that regard, Steven William Kayuni discusses the recent policy adopted by the continental organisation.<sup>8</sup>

Proceedings related to crimes of mass atrocity also take place at the national level. In many occasions, this publication has discussed legislations, case law and policies of specific African countries on specific issues. This edition includes a chapter on an intriguing question, i.e. the reparation of injuries caused by child soldiers. From a legal perspective, one of the difficulties is that those children are criminally irresponsible; in most instances. Bahati Mujinya discusses it from the perspective of Congolese law, highlighting the limitations of the legislation and reflecting on possible solutions.<sup>9</sup>

It is slowly becoming customary that peace agreements in African countries emerging from deadly conflicts comprise a transitional justice component. Eugène Bakama dedicates his second chapter in this edition to the newly established transitional justice mechanism in the Central African Republic.<sup>10</sup>

With those eight chapters preceded by a general overview, it is fair to say that this year's edition is a rich collection of essays touching upon different aspects of the international criminal justice project in Africa.

I want to wholeheartedly thank Prof. Gerhard Kemp, the external reviewer, for his precious guidance throughout the writing and editing processes.

Like previous editions, *International Criminal Justice in Africa, 2020* was made possible by the support of the Rule of Law Program for Sub Saharan

---

<sup>7</sup> Aimé-Parfait NIYONKURU : 'Le protocole de Malabo sur la Cour africaine de justice et des droits de l'homme : véritable engagement ou feuille de chantage ?' in Bernard Ntahiraja & Gerhard Kemp, *International Criminal Justice in Africa, 2020*, Konrad Adenauer Stiftung, p. 128

<sup>8</sup> Steven William Kayuni: 'The African Union transitional justice policy: Have principles substituted rules in legal syllogism?' in Bernard Ntahiraja & Gerhard Kemp, *International Criminal Justice in Africa, 2020*, Konrad Adenauer Stiftung, p. 143

<sup>9</sup> Bahati Mujinya : 'Réparation des actes commis par les enfants-soldats : une marche périlleuse des victimes à la lumière du droit congolais', in Bernard Ntahiraja & Gerhard Kemp, *International Criminal Justice in Africa, 2020*, Konrad Adenauer Stiftung, p. 35

<sup>10</sup> Eugène Bakama : 'La justice transitionnelle en République Centrafricaine (RCA) : Défis et chances de réussite' in Bernard Ntahiraja & Gerhard Kemp, *International Criminal Justice in Africa, 2020*, Konrad Adenauer Stiftung, p. 193

Africa of the Konrad Adenauer Stiftung. Special thanks are owed to Dr. Stefanie Rothenberger, Director of KAS' Rule of Law Program Sub Saharan Africa (Anglophone countries) and Peter Wendoh, the Project Advisor for their support. Their contribution to this publication is highly appreciated. It is an eloquent testimony to their dedication to the rule of law in Africa.

**Bernard NTAHIRAJA, Editor.**

---

## PREFACE

KAS African Group of Experts on International Criminal Justice comprises academics, researchers and legal practitioners drawn from various parts of Sub-Saharan Africa with keen interest and expertise in the field of International Criminal Law. The primary focus of this Group is to produce a regular edited publication that serves as an Annual Compendium of International Criminal Justice developments in Sub Saharan Africa.

Since its creation in 2011, the Group has published seven editions. This eighth edition, just like the previous publications, offers our distinguished readers an interesting piece of literature that addresses diverse issues of International Criminal Law as perceived and narrated by Africans themselves. It is our modest contribution to the promotion, understanding and embracing of International Criminal Law norms and standards on the continent.

The broader objective of this publication is to provide contemporaneous, diverse and critical perspectives from within Africa regarding important developments and issues relating to the prosecution of international and transnational crimes on the continent. It seeks to achieve this by reflecting the character of the modern, complementarity-centered international criminal justice system, which focuses not only on supranational (continental and regional) developments, but also on developments at state level within Sub-Saharan Africa.

Furthermore, the publication aims to reflect both legal and extra-legal developments in order to provide a holistic understanding of the project of international criminal justice as it affects Africa and Africans.

Considering the numerous challenges arising in 2020 largely due to the global Coronavirus Disease (COVID-19) pandemic, it is gratifying to note the resilience of this Group that has yielded such an interesting publication. Just like all sectors had to innovate and adopt the new way of life, the work and interaction of this Group was not spared and for the first time, it held its annual workshop virtually.

It is befitting to acknowledge and appreciate the efforts of many people who made it possible to have this publication in such unprecedented times. I thank the authors namely, Aimé-Parfait Niyonkuru, Bahati Mujinya, Eugène Bakama, Evelyne Asaala, Jeanne-Mari Retief, Phoebe Oyugi, Soretha Venters and Steven Kayuni for their contributions, which make this book worth reading.

Special thanks go to Dr. Bernard Ntahiraja and Professor Gerhard Kemp for supporting the authors and editing this publication, as well as the KAS team, especially Peter Wendoh, Project Advisor of the KAS Rule of Law Program for Sub-Saharan Africa for coordinating the work of this Group and for the tireless efforts of ensuring that the work of this Group is showcased and sustained. I also wish to thank Elvis Cosmos, legal intern from Strathmore Law School for his contribution.

**Dr. Stefanie Rothenberger**

**Director**

**Rule of Law Program for Anglophone Sub-Saharan Africa**



---

## **AFRICA AND INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE IN 2020: AN OVERVIEW**

The KAS annual publication on International Criminal Justice in Africa is usually made of two parts. One is an overview of the major developments in the field of international criminal law/ justice with a level of significance for Africa. The other is a selection of essays (book chapters) authored by members of the KAS Experts Group.

As for previous editions, this overview includes developments at the global level (e.g. in the International Criminal Court or ICC) directly or indirectly affecting African countries or organisations or, more fundamentally, resonating with the general discourse on international criminal law/justice in Africa. It also discusses developments at the continental (e.g. within the African Union) and the state levels (i.e. in domestic courts). African sub regional organisations (so-called Regional Economic Communities, REC) are not particularly active in the area covered by this publication. This edition's overview does not report on their activities in that area in 2020 because they do not exist.

Selectivity is inevitable. This section is not expected - and does not pretend - to be an exhaustive report of everything that happened in the field in 2020. It is even open to debate whether such an enterprise would be of any relevance and meaning. Only the developments considered to be significant are reported. The purpose is to help the reader make an informed opinion on the state of affairs in Africa as far as international criminal justice is concerned in the year covered by the publication.

### **I. Covid-19 and International Criminal Justice**

In 2020, there is no way the Covid-19 pandemic could have spared the administration of international criminal justice in concrete ways. Just to mention a few examples, the International Criminal Court (ICC) revised its working methods, as many other organisations, and started holding some proceedings online.<sup>11</sup> Partly related to that, the ICC Trust Fund for Victims announced that its operational capacity would be seriously affected, especially in the Democratic Republic of Congo.<sup>12</sup> African judicial institutions were not left untouched in their

---

<sup>11</sup> ICC Presidency publishes 'Guidelines for the Judiciary Concerning the Holding of Court Hearings during the COVID-19 Pandemic', 23 June 2020.: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1529>.

<sup>12</sup> Situation in the Democratic Republic of Congo in the case Prosecutor vs. Bosco Ntaganda, Trust Fund for Victims' observations on the impact of COVID-19 on operational capacity, ICC-01/04-02/06-2517 21-04-2020 2/11 NM, 21.4.2020(available here: <https://www.icc->

functioning. For instance, the Tribunal of first instance of Dakar released one of the most (in) famous in-mates although for a short time, on the ground that his health condition would probably deteriorate in prison.<sup>13</sup>

Indeed, on 6 April 2020, Hissène Habré was released from prison and placed under home surveillance. He returned in detention after two months.<sup>14</sup>

## **II. Developments in global International Criminal justice in 2020 with an impact on Africa**

### **1. The ICC Appeals Chamber's decision on the situation in the Islamic Republic of Afghanistan and the ICC targeting/selectivity debate.**

On 5 March 2020, the Appeals Chamber of the International Criminal Court (ICC) authorised the opening of an investigation into the situation in Afghanistan.<sup>15</sup> By that decision, the Appeals Chamber was reverting the ruling of Pre-Trial Chamber II of 12 April 2019 which had rejected the Prosecutor's request for authorisation of an investigation. At the time the Pre-Trial Chamber took its decision, the argument was that the commencement of an investigation in Afghanistan would not be in the interests of justice.<sup>16</sup> In the Appeals Chamber's view, the Pre-Trial Chamber should have limited itself to examining whether there was a reasonable factual basis for the Prosecutor to proceed with an investigation, in the sense of whether crimes had been committed and whether the potential case(s) arising from such investigation would appear to fall within the Court's jurisdiction. By going beyond that, the Pre-Trial Chamber erred in Law.<sup>17</sup> Procedurally, the Appeals Chamber decided itself to authorise the opening of the investigation, rather than to send the matter back to the Pre-Trial Chamber for a new decision. It did so to save time because there was little left for the Pre-trial Chamber to do. Indeed, the first decision contained all the necessary factual

---

[cpi.int/CourtRecords/CR2020\\_01638.PDF](https://www.cpi.int/CourtRecords/CR2020_01638.PDF)).

<sup>13</sup> Coronavirus : au Sénégal, Hissène Habré se voit accorder une sortie de prison de 60 jours : <https://www.france24.com/fr/20200407-coronavirus-au-s%C3%A9n%C3%A9gal-hiss%C3%A8ne-habr%C3%A9-se-voit-accorder-une-sortie-de-prison-de-60-jours>

<sup>14</sup> L'ancien leader tchadien Hissène Habré retourne en prison à Dakar, 7 June, 2020 : <https://www.voafrique.com/a/senegal-tchad-coronavirus-l-ancien-leader-tchadien-hiss%C3%A8ne-habr%C3%A9-/5452863.html>.

<sup>15</sup> Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan, ICC-02/17-138 05-03-2020 1/35 NM PT OA4, International Criminal Court, The Appeals Chamber, [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020\\_00828.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00828.PDF)

<sup>16</sup> Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, para 96, a., <https://www.legal-tools.org/doc/2fb1f4/>

<sup>17</sup> Judgment on the appeal, para 46.

findings and had even confirmed that there was a reasonable basis to consider that crimes within the ICC jurisdiction had been committed in Afghanistan.<sup>18</sup> The only problem had been the ‘interest of justice’ question.

From a legal perspective, the Appeals Chamber’s decision is very important, mainly because it confirms the large extent of the Prosecutor’s discretion in matters of investigation. Politically speaking, though, the importance of the decision is its effect on the mega-discourse on international criminal justice in relation to Africa, especially on the claim that the ICC could be ‘targeting’ Africa and Africans inappropriately. In a speech which resonated with the audience during the 2013 AU Summit, former Ethiopian Prime Minister had even stated that the ICC was engaged in a ‘race hunt’ against Africans.<sup>19</sup> What seemed to back that claim up - although only half convincingly given the number of self-referrals - was the fact that at that time, only African situations were under investigation or already at the trial stage before the ICC. It is also worth mentioning that the reformed decision – the one refusing to authorise the investigation - had already been heavily criticised in deliberations within the African Union as evidence of ‘double standards’ applied by the ICC in the selection of situations to investigate.<sup>20</sup>

After the Appeals Chamber’s decision, the situation in Afghanistan is indeed the first in which investigations could even cover presumably criminal acts committed by citizens of the most powerful country in the world. If it prospers, the investigation would cover, among other incidents, suspected criminal acts committed by members of the United States of America’s Army and Intelligence Services (Central Intelligence Agency - CIA).<sup>21</sup> The claim that the ICC *exclusively targets* Africans became more factually fragile after the decision of the ICC Appeals Chamber. To be accurate, it was actually not sound even before because investigations in non - African situations existed before and are even slowly increasing in number.<sup>22</sup> However, it is extremely important for the debate above mentioned that the investigation will also cover acts presumably committed by citizens of a major power, not a party to the Rome Statute and outside any resolution of the United Nations’ Security Council - which by the

---

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> African leaders accuse ICC of ‘race hunt’: <https://www.aljazeera.com/news/2013/5/28/african-leaders-accuse-icc-of-race-hunt>

<sup>20</sup> See, for instance, African Union, 36th Ordinary Session of the Executive Council, 6- 7 February 2020, Addis Ababa, Ethiopia, ‘ Decision on the International Criminal Court’ (Doc. EX.CL/1218(XXXVI), para 3, 1.

<sup>21</sup> Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15, para. 187.

<sup>22</sup> See the situation in Bangladesh/Myanmar, <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/19-27>. See also, for now, the situation in the State of Palestine, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=210303-prosecutor-statement-investigation-palestine> and the situation in Georgia, <https://www.icc-cpi.int/georgia>



way would have never been adopted given that the USA holds a veto power -. It is worth mentioning that ICC's jurisdiction in that situation is based only on Afghanistan being a party to the Rome Statute.

It would be an exaggeration to state that the decision ended the debate on selectivity. It is true, however, that it factually changed its terms.

## 2. Hostility to the International Criminal Court

As almost expected, unfortunately, the ICC's courage would have a price. On September, 2, 2020, the USA's State Secretariat announced sanctions against two high ICC officials, i.e. the Prosecutor Fatou Bensouda and M. Phakiso Mochochoko, the head of the Jurisdiction, Complementarity and Cooperation Division. Through the two officials, the Court was sanctioned for its « *illegitimate attempts to subject Americans to its jurisdiction* ». <sup>23</sup> In openly undiplomatic terms, the former US Secretary of State, Michael Richard Pompeo described the Court as “*a thoroughly broken and corrupted institution*”<sup>24</sup> or as a ‘*kangaroo court*’.<sup>25</sup>

The sanctions consisted of asset freezes and entry bans in the United States of America imposed not only against the officials but also against their family members.<sup>26</sup> The ICC Prosecutor's visa had been revoked one year before, in 2019.<sup>27</sup> Those sanctions attracted strong wave of condemnations, both from within and outside the Court.<sup>28</sup>

As of this time of writing, the sanctions have been lifted.<sup>29</sup> The decision was taken by the new administration in the United States of America on September, 2, 2021.<sup>30</sup>

<sup>23</sup> ‘Trump Administration Sanctions ICC Prosecutor Investigating Alleged U.S. War Crimes’, <https://www.npr.org/2020/09/02/908896108/trump-administration-sanctions-icc-prosecutor-investigating-alleged-u-s-war-crim?t=1623343961712>

<sup>24</sup> Ibid

<sup>25</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=m9vkU404ecs>

<sup>26</sup> <https://www.hrw.org/news/2020/09/02/us-sanctions-international-criminal-court-prosecutor>

<sup>27</sup> <https://www.hrw.org/news/2020/09/02/us-sanctions-international-criminal-court-prosecutor>

<sup>28</sup> International Criminal Court condemns US economic sanctions, 2, September, 2020, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1535>. See also US under fire over sanctions on top ICC officials: <https://www.ft.com/content/f21c253e-5d1f-48ea-9b35-a71c3d111290>

<sup>29</sup> ‘The ICC welcomes the decision by the US Government ending sanctions and visa restrictions against ICC personnel’, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1585>

<sup>30</sup> Ibid.

### 3. Partial renewal of the ICC bench and election of a new Prosecutor

#### A. The electoral process of the new Prosecutor

On 12 February 2021, M. Karim A.A. Khan was elected for a nine years term as the new Chief Prosecutor of the International Criminal Court. He was sworn in on June, 16, 2021 and became the third Prosecutor to hold the office after Fatou Bensouda (2012-2021) and Luis Moreno Ocampo (2003-2012).

While the election itself did not take place in the year covered by this report, the electoral process started in 2019 and the most important steps were reached in 2020. The terms of reference were published in December 2019.<sup>31</sup> The actual procedure started by the designation of a Committee on the Election of the Prosecutor (CEP) and of a panel of experts by the Bureau of the Assembly of States Parties. With the assistance of the panel of experts, the CEP received applications from individual candidates and interviewed them. On 30 June 2020, it submitted a report containing an unranked shortlist of four of the most highly qualified candidates.<sup>32</sup> They were Morris A. Anyah from Nigeria, Fergal Gaynor from Ireland, Susan Okalany from Uganda and Richard Roy from Canada.<sup>33</sup> On July, 6, 2020, the Secretariat of the Assembly of States Parties(ASP) issued a note outlining the electoral process.<sup>34</sup>

The consultation process to identify a consensus candidate was inconclusive.<sup>35</sup> As a way forward, it was decided to expand the list of candidates.<sup>36</sup> This meant adding the remaining individuals who were originally interviewed by the CEP on the only condition that they were still willing to be considered in the consultation process to identify a consensus candidate.<sup>37</sup> Five new names were therefore added to the list of four. These are Carlos Castresana Fernández from Spain, Karim A. A. Khan from the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Francesco Lo Voi from Italy, Robert Petit from Canada and

---

<sup>31</sup> Bureau of the Assembly of States Parties: Election of the Prosecutor - Terms of Reference Eighteenth session The Hague, 2-7 December 2019, [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP18/ICC-ASP-18-INF2-ENG-11Apr19-1600.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/ICC-ASP-18-INF2-ENG-11Apr19-1600.pdf)

<sup>32</sup> [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP19/Prosecutor%20election%20-%20BN.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/Prosecutor%20election%20-%20BN.pdf)

<sup>33</sup> ICC ASP, Report of the Committee on the Election of the Prosecutor Addendum, Candidate reference material, ICC-ASP/19/INF.2/Add.2, [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP19/ICC-ASP-19-INF2-Add2-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/ICC-ASP-19-INF2-Add2-ENG.pdf)

<sup>34</sup> [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP19/Prosecutor%20election%20-%20BN.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/Prosecutor%20election%20-%20BN.pdf)

<sup>35</sup> [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP19/ICC-ASP-19-INF2-Add3-ENG-CEP-additional-appraisals.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/ICC-ASP-19-INF2-Add3-ENG-CEP-additional-appraisals.pdf)

<sup>36</sup> Bureau of the Assembly of States Parties, Election of the Prosecutor - Way Forward-, 13 November 2020, [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP19/Election%20of%20the%20Prosecutor%20-%20Way%20Forward%20-%20ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/Election%20of%20the%20Prosecutor%20-%20Way%20Forward%20-%20ENG.pdf)

<sup>37</sup> Ibid.

Brigitte Raynaud from France.<sup>38</sup> Four sessions of hearings with the expanded list were held on 9-10 December, 2020.<sup>39</sup>

Because the statute requires states parties to strive for a consensual candidate, nomination periods are usually long or extended multiple times. In these specific elections, the nomination period was extended nine times, until 10 February 2021.<sup>40</sup> On that date, four candidates were nominated: Carlos CASTRESANA FERNANDEZ (Spain); Fergal GAYNOR (Ireland); Karim A.A. KHAN (United Kingdom) and Francesco LO VOI (Italy).<sup>41</sup> Karim A.A. KHAN was elected from that list by the Assembly of States Parties on 12 February 2021.<sup>42</sup>

The new Prosecutor's vision of the Court's mission is slightly different from his predecessors'. In his inaugural speech, he articulated a vision most African governments would feel comfortable with. While it is not prudent to speculate, his background as a defense lawyer- listing African leaders among his famous former clients - might be part of the explanation. In his speech, there is an emphasis on complementarity, cooperation and burden sharing between states parties and the Court. He promised to engage states '*in noble and imaginative ways*'.<sup>43</sup>

Symbolism is also important for him - and he is right -. In his own words, not only the ICC needs to really be the Court of last resort, but the Hague itself should be the city of last resort, as far as international criminal justice is concerned.<sup>44</sup> This is an endeavour to hold ICC trials in the country or region where crimes were committed, whenever and wherever possible. Advantages of that approach do not need to be highlighted anymore. They include the ease for victims and survivors to follow proceedings, the perception of ownership of the

<sup>38</sup> ICC-ASP/19/INF.2/Add.3, Report of the Committee on the Election of the Prosecutor Addendum Appraisals of additional candidates, 25 November 2020, [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP19/ICC-ASP-19-INF2-Add3-ENG-CEP-additional-appraisals.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/ICC-ASP-19-INF2-Add3-ENG-CEP-additional-appraisals.pdf)

<sup>39</sup> Checkout: [https://www.dropbox.com/s/rpig74sfyizdcci/09122020\\_ASP\\_Public\\_Hearings\\_Candidates\\_for\\_Prosecutor\\_session\\_1\\_FLOOR.mp4?dl=0](https://www.dropbox.com/s/rpig74sfyizdcci/09122020_ASP_Public_Hearings_Candidates_for_Prosecutor_session_1_FLOOR.mp4?dl=0) (session I)  
[https://www.dropbox.com/s/fx8awg36psoa2y3/09122020\\_ASP\\_Public\\_Hearings\\_Candidates\\_for\\_Prosecutor\\_session\\_2\\_FLOOR.mp4?dl=0](https://www.dropbox.com/s/fx8awg36psoa2y3/09122020_ASP_Public_Hearings_Candidates_for_Prosecutor_session_2_FLOOR.mp4?dl=0) (Session II)  
[https://www.dropbox.com/s/rheeqt451zotc4/10122020\\_ASP\\_Public\\_Hearings\\_Candidates\\_for\\_Prosecutor\\_session\\_1\\_FLOOR.mp4?dl=0](https://www.dropbox.com/s/rheeqt451zotc4/10122020_ASP_Public_Hearings_Candidates_for_Prosecutor_session_1_FLOOR.mp4?dl=0) (Session III)  
[https://www.dropbox.com/s/dh42k8sbwniwzf0/10122020\\_ASP\\_Public\\_Hearings\\_Candidates\\_for\\_Prosecutor\\_session\\_2\\_FLOOR.mp4?dl=0](https://www.dropbox.com/s/dh42k8sbwniwzf0/10122020_ASP_Public_Hearings_Candidates_for_Prosecutor_session_2_FLOOR.mp4?dl=0) (Session IV)

<sup>40</sup> ICC Assembly of States parties: ICC-ASP/R19/SP/22, 8 February 2021, [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP19/NV%20Prosecutor%20election%209th%20extension%20ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/NV%20Prosecutor%20election%209th%20extension%20ENG.pdf)

<sup>41</sup> [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/elections/prosecutor/Pages/Prosecutor2020.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/elections/prosecutor/Pages/Prosecutor2020.aspx)

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> His statement can be found here: <https://www.youtube.com/watch?v=tDldr2ma1S0>

<sup>44</sup> Ibid.

processes by the communities, etc... Most importantly, the new Prosecutor insisted on restraint in opening preliminary examinations and requesting authorisation to open investigation. He believes that such moves should only be made when there are reasons to believe that sufficient evidence will be collected, allowing to reasonably hope to convince trial judges ‘*beyond reasonable doubt*’. Again, restraint as policy will certainly be welcome by the African Union.

It will be interesting to see how this vision translates into concrete policies and everyday work of the OTP and see the dynamics it will create in the interactions with African stakeholders.

## **B. Election of new judges**

On December, 22, 2020, six new ICC judges were elected. They are Joanna KORNER from the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Gocha LORDKIPANIDZE from Georgia, Miatta Maria SAMBA from Sierra Leone, María del Socorro FLORES LIERA from Mexico, Sergio Gerardo UGALDE GODINEZ from Costa Rica as well as Althea Violet ALEXIS-WINDSOR from Trinidad and Tobago.<sup>45</sup> They replaced six other judges whose terms were coming to end and these are: Judge Chile Eboe-Osuji from Nigeria, Judge Robert Fremr from the Czech Republic, Judge Howard Morrison from the United Kingdom, Judge Olga Herrera-Carbuccia from the Dominican Republic, Judge Geoffrey Henderson from Trinidad and Tobago, and Judge Raul Cano Pangalangan from the Philippines.<sup>46</sup> The geographic balance seems to have been kept. As far as Africa is concerned, one judge finished his term of office and a new one started hers.

This was a closely monitored process. From the beginning, civil society organisations had campaigned for a process that would put merit and integrity first. Indeed, political alliances and vote trading between states parties do not always allow for this to be the case.<sup>47</sup> It might come as a surprise but it is actually true that even towards the end of the electoral process, a number of candidates were classified by the selection committee as “*only formally qualified*” and with a very limited understanding and knowledge of the Rome Statute and the practices, procedures and jurisprudence of the Court.<sup>48</sup> Others were considered to only have ‘*extremely insufficient experience on victims’ rights and participation.*’<sup>49</sup>

<sup>45</sup> <https://www.coalitionfortheicc.org/judicial-election-2020-page>

<sup>46</sup> <https://www.coalitionfortheicc.org/judicial-election-2020-page>

<sup>47</sup> International federation for human rights: 20 candidates under full scrutiny: ICC judges must be elected on merit alone, Press Release, 06/10/2020, <https://www.fidh.org/en/issues/international-justice/international-criminal-court-icc/20-candidates-under-full-scrutiny-icc-judges-must-be-elected-on-merit>

<sup>48</sup> Ibid

<sup>49</sup> Ibid

#### **4. September 2020: The report of the Group of Independent Experts is welcome by the Assembly President.**

On 6 December 2019, by its Resolution ICC-ASP/18/Res, the Assembly of States Parties to the Rome Statute appointed nine Experts to carry out an Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System.<sup>50</sup> Three from the nine experts were from the African Continent.<sup>51</sup>

For the ICC, it was not a comfortable exercise to submit to in the beginning. Despite the growing criticism against the Court, there was a concern that it was not beneficial for the institution to show itself as criticised. Debates in the Assembly of States Parties (ASP) clearly showed that behind that hesitation was a fear of damaging the Court or playing to its enemies. There were also principled objections based on understanding of judicial independence.<sup>52</sup> These hesitations were later overcome. In concrete terms, issues complained about calling for reforms included State cooperation, questions of equitable geographic representation and gender balance in staffing; the need for a culture change to improve the Registry's functions, staffing practices, office structure (in the OTP), the process of investigation and case building, challenges posed by witness evidence in complex cases, etc.<sup>53</sup> The need for such an exercise was however real. An independent review by experts had even been called for by four former ASP Presidents one year before.<sup>54</sup>

The mandate given to the Experts was to reflect and make recommendations on complex and technical issues around three clusters: Governance (1), Judiciary and the judicial process (2) as well as preliminary investigations, investigations and Prosecutions (3). The Experts understood their mandate to consist in

<sup>50</sup> The text of the resolution can be found here: [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP18/ICC-ASP-18-Res7-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/ICC-ASP-18-Res7-ENG.pdf). Here are the names and countries of origin of the nine experts: Mr. Nicolas Guillou (France), Ms. Mónica Pinto (Argentina), Mr. Mike Smith (Australia); Ms. Anna Bednarek (Poland), Mr. Iain Bonomy (United Kingdom), Mr. Mohamed Chande Othman (Tanzania); Mr. Richard Goldstone (South Africa), Mr. Hassan Jallow (The Gambia), and Ms. Cristina Schwanssee Romano (Brazil).

<sup>51</sup> Judge Goldstone from South Africa, Judge Mohamed Chande Othman from Tanzania. Mr. Hassan Bubacar Jallow from the Gambia.

<sup>52</sup> Douglas Guilfoyle, *The International Criminal Court Independent Expert Review: reforming the Court: Part I*, <https://www.ejiltalk.org/the-international-criminal-court-independent-expert-review-reforming-the-court-part-i/>

<sup>53</sup> Douglas Guilfoyle, *The International Criminal Court Independent Expert Review*, <https://www.ejiltalk.org/the-international-criminal-court-independent-expert-review-questions-of-accountability-and-culture/>

<sup>54</sup> *The International Criminal Court needs fixing*, Wednesday, April 24 2019, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/the-international-criminal-court-needs-fixing/> Its authors are Prince Zeid Raad Al Hussein (ASP President 2002-2005); Bruno Stagno Ugarte (2005 -2008); Christian Wenaweser (2008- 2011); and Tiina Intelman (2011 to 2014).

identifying ways to strengthen the Court and the Rome Statute System.<sup>55</sup> That is why their findings in the report are focused only on areas in need of improvement.<sup>56</sup> Practically, the expectation was that the Independent Review would make recommendations going to working practices, the judicial code of ethics, the Chambers Practice Manual, the Court's rules and regulations, and the rules of procedure and evidence.<sup>57</sup> On 30 September, 2020, the Experts' Group presented its report. It is a 348 pages long document with 384 recommendations, 76 of which are prioritised.<sup>58</sup>

It is impossible to present/discuss all the findings and recommendations in this overview. Selectivity, again, is inevitable. On the Governance, the report recalls that the ICC is both a judicial entity (ICC/Court) and an international organisation (ICC/IO).<sup>59</sup> This situation creates for the Court two seemingly contradictory imperatives. As a judicial entity, the Court must, obviously, benefit from judicial independence. However, as an international organisation, States Parties reasonably expect to be able to guide and shape the institution.<sup>60</sup> They also expect the Court to be somewhat accountable to them. In other words, as the representative of Denmark put it in the negotiation that led to the creation of the review mechanism, independence and accountability must go hand in hand.<sup>61</sup>

As far as the Governance of the Court is concerned, in line with the provisions of the Rome Statute, the Experts identified a three-layered model of governance of the ICC. The distinction between the ICC as a Court and the ICC as an international organisation shapes the level of independence and accountability required. Layer I is made of Judicial and prosecutorial activity; Layer 2 is on the Administration of justice and Layer 3 on the administration of the international organisation itself.<sup>62</sup> For Layer 1, the Experts recognise that judicial and prosecutorial work require absolute independence. Judges and prosecutors must be able to carry out such activity free from any interference. States Parties shall not use their role in the ICC/IO to influence judicial and prosecutorial work. Accountability for judicial and prosecutorial work is ensured through the judicial remedies foreseen by the Rome Statute.<sup>63</sup> Therefore, it makes

---

<sup>55</sup> Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System, Final Report 30 September 2020, p.10.

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Douglas Guilfoyle, The International Criminal Court Independent Expert Review: reforming the Court: Part II. <https://www.ejiltalk.org/the-international-criminal-court-independent-expert-review-reforming-the-court-part-ii/>

<sup>58</sup> [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP19/IER-Final-Report-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/IER-Final-Report-ENG.pdf)

<sup>59</sup> Para 26.

<sup>60</sup> Ibid

<sup>61</sup> [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP18/GD.DEN.2.12.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/GD.DEN.2.12.pdf)

<sup>62</sup> Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System, Final Report 30 September 2020, Para 31.

<sup>63</sup> Ibid, para 28

sense that there can be no auditing of the activities of the Chambers' or of the Office of Prosecutor(OTP) by the Assembly of States Parties. However, the OTP can - and should-independently carry out 'Lessons Learnt' exercises to review and improve internal practices.<sup>64</sup>

As for the administration of justice, the degree of independence required is somewhat lower. As well put by the Experts, confidentiality and independence should not be used as a way of deflecting accountability and preventing oversight.<sup>65</sup> This layer (Layer II) is in the hands of the Prosecutor and the ICC President. They cannot receive orders from the ASP on how to manage their offices. Auditing by peers from States Parties can however be carried out. The Experts actually recommended the creation of a Judicial auditing Committee made up of outside judges and prosecutors.<sup>66</sup> Furthermore, efficiency in the administration of justice at the ICC can be monitored through performance indicators, just as administration of justice is audited in national systems.<sup>67</sup> The Registrar is in charge of the third layer, i.e. the administration of the ICC as an international organisation. The Experts encourage him/her to consult other principals. The Registrar is obviously responsible to the Assembly of State Parties.<sup>68</sup> An important part of what is to be improved with regard to the international administration is the working culture within the Court. There is an encouragement to strengthen internal trust and re-shape the working culture at the Court. Specific areas of focus in that regard are the efforts to move away from a highly litigious, adversarial atmosphere in a human resources management context. This can be achieved, for example, through more transparent and regular communication from leadership to staff.<sup>69</sup>

The cluster on preliminary examinations, investigations and prosecutions is probably the most important for African states. The entirety of the findings and recommendations cannot be discussed here, either. The treatment of the principle of complementarity by the Experts is however worth highlighting. According to the experts, the starting point is to remember that the ICC is a court of last resort. Therefore, it cannot be expected to prosecute each individual responsible for the commission of Rome Statute crimes. It is indispensable for the Prosecutor to enjoy considerable discretion over the selection and prioritisation of both the situations and the cases within situations during preliminary examinations (PEs) and investigations.<sup>70</sup> For instance, it is indispensable that he/she enjoy complete discretion in the selection of situation prior to the opening of a preliminary

---

<sup>64</sup> Ibid, p.33.

<sup>65</sup> Ibid, para 29.

<sup>66</sup> Ibid, para 34.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System, Final Report 30 September 2020, Para 36.

<sup>69</sup> IER Report, p.26.

<sup>70</sup> IER Report, para 633.

investigation. The Experts believe that having fewer situations could impact positively on active investigations and result in a more comprehensive approach regarding the number of cases and accused per situation. This would lead to a more consistent implementation of outreach strategies; and increase the potential for achieving a more meaningful impact on the victims.<sup>71</sup> This is however to be understood correctly. It is common to hear voices calling for realism (too much of it, sometimes) in the selection of situations and to take into account, for instance, the feasibility of an investigation. The Experts do not share that view. They believe that weighing feasibility as a separate factor could prejudice the consistent application of the Statute, and might encourage obstructionism to dissuade Court intervention.<sup>72</sup> The result would be the exact opposite of what complementarity is supposed to mean. In other words, situations in the strongest need of intervention - countries where the rule of law does not function correctly and where by implication domestic prosecutions are the least likely - would be the least likely to receive it.

As far as the African debates on the OTP's work are concerned, perhaps one of the most important thematic areas for preliminary examinations and investigations addressed by the independent experts is the treatment of complementarity and positive complementarity. On complementarity, the Experts are of the view that the Prosecutor conducting a complementarity assessment should only satisfy himself/herself by national proceedings when there is convincing demonstration that '*concrete, tangible and progressive*' steps were or are being taken in the national investigation.<sup>73</sup> In other words, the Experts' view is that the Office of the Prosecutor should not take into consideration *prospective proceedings*, as suggested by a few scholars.<sup>74</sup> It should rather focus on the question whether there are completed or ongoing investigations. It is obvious therefore that the group of experts agrees with the Appeals Chamber that a correct reading of article 17 of the Rome Statute shows that a non-admissibility decision is subordinated to a prior finding that tangible measures have been taken.

The experts criticised the OTP for sometimes conducting admissibility assessments prospectively or on a continuing basis.<sup>75</sup> One example they gave is that the OTP has conducted eighteen missions to Guinea since the opening of the preliminary examination in 2009. She has observed that no trials of those her office considers the most responsible are being seriously envisaged in domestic courts but she has not (yet) required the start of a formal investigation.<sup>76</sup> The Experts highlighted that there are states parties holding the view that the OTP exceeds

---

<sup>71</sup> IER Report, para 644.

<sup>72</sup> Para 653.

<sup>73</sup> IER Report, para 723.

<sup>74</sup> R262.

<sup>75</sup> IER Report, para 723.

<sup>76</sup> Ibid.



its mandate when it applies the admissibility test prospectively. Furthermore, prospective admissibility tests tend to change the OTP's nature. They make it look like a kind of 'human rights monitoring' body playing a 'watchdog' role<sup>77</sup>. This is not something to just ignore, especially because the view seems to be informed by a correct reading of article 17 of the Rome Statute. Two African situations were cited in the examples the Experts gave: Nigeria and Guinea. In Nigeria, the OTP has undertaken continuing assessments of the domestic proceedings thereby extending the duration of the preliminary examination for a number of years. In Guinea, the OTP has been monitoring the national proceedings for many years, without being able to conclude on their genuineness or sufficiency.<sup>78</sup> One way suggested to deal with that is for the OTP to establish time limits for states to produce evidence of concrete, tangible, and progressive steps being taken during the preliminary examination stage.<sup>79</sup> Put in simple terms, the Expert's finding is that the OTP engages with domestic authorities unnecessarily too much in a way that limits the volumes of investigations. This would sound counter-intuitive to a number AU member states' legal advisers.

The Experts also found out that the OTP's approach to positive complementarity is problematic. The concept of positive complementarity is already familiar to the International Criminal Law/Justice communities. In quite simple terms, it describes the OTP's engagement with domestic authorities in order to promote domestic proceedings. Based on their analysis of the OTP's strategic plan and policy, the Experts concluded that the OTP appears to consider that positive complementarity is exclusive to the preliminary examination stage. However, nothing precludes the OTP from engaging states in the same manner during the investigation stage.<sup>80</sup> Indeed, if the OTP reaches an advanced stage of investigation and begins preparing for prosecutions, it could and should find ways to engage with other jurisdictions, including, if possible and appropriate, the situation country. Sharing information and evidence could be used to catalyse additional prosecutions, beyond the limited scope of the OTP.<sup>81</sup> Therefore, positive complementarity is to be broadly conceived. According to the Experts, preliminary examinations should only be undertaken with the sole aim of determining whether to proceed with an investigation.<sup>82</sup> It is therefore the Experts' belief that positive complementarity activities should not delay the opening of an investigation or the closure of a preliminary enquiry.<sup>83</sup>

Touching upon the last cluster, the Experts made important findings and recommendations to improve the efficiency and effectiveness of judicial

---

<sup>77</sup> IER Report, para 724.

<sup>78</sup> IER Report, para 725.

<sup>79</sup> R263.

<sup>80</sup> IER Report, para 734.

<sup>81</sup> IER, Report, para 734.

<sup>82</sup> IER Report, para 730.

<sup>83</sup> IER, R264.

processes. From the start, the main issues identified are the lack of consistency in the way different Chambers deal with the same issues, the failure to apply agreed procedures, the delays in the delivery of decisions and judgments, fractured decisions, and the acceptance of applications through procedures not provided for under the Rome Statute. Some of those issues concern all the stages while others only affect particular stages.<sup>84</sup> Some details are necessary.

The average length of a pre-trial procedure is of 362 days.<sup>85</sup> Some of the major reasons behind that state of affairs are the frequent requests of the OTP for postponement or amending the Document Containing Charges(DCC); frequent requests for extension of page limits and the quantity of documents submitted by the Prosecutor even after the confirmation.<sup>86</sup> The OTP is not always the one to take the blame for that, according to the Independent Experts. Some of those practices are developed to respond to inconsistent requirements of pre-trial chambers.<sup>87</sup> As remarked by the Experts, trial non-readiness by the OTP is one of the main reasons for the lengthy pre-trial phase.<sup>88</sup>

There are many issues related to the trial stage which the Experts thought are controversial. They are too many to be discussed in detail here.<sup>89</sup> As far as the length of proceedings is concerned, the Experts saluted the ingenuity of the Court in elaborating procedural solutions to address that issue. The introduction of the motion of ‘*no case no answer*’ is an example of such initiatives. The motion is indeed a product of creativity because it has no literal basis, neither in the Rome Statute nor in the Court’s Rules of Procedure and Evidence (RPE). The procedure is inspired by Common Law. It consists of a motion of acquittal after the prosecution’s case is closed but is too weak, i.e., the evidence presented is considered not sufficient to entitle the Court to convict.<sup>90</sup> When the Court grants the motion, the accused is acquitted but the decision cannot form a basis for *non bis in idem*. In other words, new proceedings can take place when the prosecution has managed to collect enough evidence. The wording used by the Court in *Ruto and Sang* clarifies the nature of the procedure. It said: ‘*The charges against*

<sup>84</sup> IER Report, para 474.

<sup>85</sup> IER Report, para 490.

<sup>86</sup> IER Report, para 491.

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> IER Report, para 494.

<sup>89</sup> These are, for instance, the introduction of practice for which there is no specific authority in the Statute, i.e. the motions of ‘no case to answer’; the issue of written reasons for a decision being produced simultaneously or shortly after the oral decision on the matter; the practice of inviting and authorising *amici curiae* to appear in proceedings; inconsistent practices such as those pertaining to the submission or admission of evidence and preparing or not preparing witnesses; the proper management of a trial by the Presiding Judge; prior recorded statements and the relaying of evidence by technological means; activities of the Court *in situ* and site visits; the brief absence of a Judge and the use of technology in the judicial process(IER Report, para 509).

<sup>90</sup> IE Report, para 518.

*the accused are vacated and the accused discharged without prejudice to their prosecution afresh in future.*<sup>91</sup> The motion is of course moved by the defense. Its effects are comparable to a withdrawal of charges by the Prosecution, a more common procedure used in the *Kenyatta* case, for example.<sup>92</sup>

Evaluating the procedure, the Experts recognised that, if successful, the procedure is beneficial. They found out that, on average, it allows for cases to be terminated at or before half-time. However, if unsuccessful, it results in the trial being significantly extended in time.<sup>93</sup> Therefore, the Experts recommended that there should be judicial control of the procedure.<sup>94</sup>

On appeal procedures, the Experts expressed concern on interlocutory appeals. An interlocutory appeal is an appeal which occurs while other aspects of the case are still proceeding. In the case of the ICC, these are, for instance, the appeals against the decisions confirming charges. The Experts found that entertaining a lengthy interlocutory phase between the close of pre-trial proceedings and the opening of a trial affects the length of the preparation of the trial in terms of duration.<sup>95</sup> To address this, the Experts recommended that the Chambers Practice Manual should provide guidelines on instances in which the proceedings should be stayed for the time necessary to adjudicate interlocutory appeals.

The decision to grant leave for an interlocutory appeal is in the Chamber's discretion. There is therefore a little perception of unfairness. Indeed, the Experts' enquiry revealed a perception that the Chambers tend to grant leave for interlocutory appeals upon the Prosecutor's request rather than at the instance of the Defence.<sup>96</sup> Grounded in fact or not, that perception is to be faced and dealt with. The Experts' recommendation is to introduce into the Chambers Practice Manual guidelines regarding decisions on substantive and procedural issues which may be subject to interlocutory appeal.<sup>97</sup>

It is indisputable that the Experts' work was necessary and that the report contains well-thought recommendations to improve the Court's work in its many aspects. It can only be hoped that they will be followed.

---

<sup>91</sup> *The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal, ICC-01/09-01/11-2027-Red-Corr, 5 April 2016, p. 6.

<sup>92</sup> *The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, Notice of withdrawal of the charges against Uhuru Muigai Kenyatta, ICC-01/09-02/11-983, 18 March 2015.

<sup>93</sup> IER Report, para 525.

<sup>94</sup> *Ibid.*, para 528.

<sup>95</sup> IER, para 592.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> IER, para R213.

## 5. Evolution of ICC ‘situations’ regarding African countries

This overview will not follow the ICC’s classification of preliminary examinations, investigations and cases (trials in first instance and appeals). Instead, it adopts a country or ‘situation’ perspective. In other words, it will highlight the major developments that took place in 2020 in each situation, indicating wherever relevant, of course, what is under investigation and what is already on trial. The reason behind the choice of that approach is to avoid repetition. Indeed, when a situation enters the investigation stage, parts of it can lead to the opening of cases and sometimes even reach completion while there are other incidents still under investigation. The Democratic Republic of Congo is the best example of that.

### A. The Situation in Guinea

The situation in Guinea has been under preliminary examination (PE) since October, 14, 2009. The PE is about what is commonly known as the ‘28 September massacre’ at the Conakry stadium. On 28 September 2009, in the context of demonstrations against the candidacy of Captain Moussa Datis Camara for presidential elections, the then military coup leader, more than a hundred of persons are alleged to have been killed - 159 according to a UN fact finding committee - and similar number of women raped/sexually abused.<sup>98</sup> Technically, the examination looks into allegations of crimes against humanity of murder; imprisonment or other severe deprivation of liberty; torture; rape and other forms of sexual violence; persecution; and enforced disappearances.<sup>99</sup>

The year 2020 started with the hope that domestic authorities would conduct the prosecutions and trials. This would have led the Prosecutor to stop her preliminary examination in accordance with the complementarity principle. The construction of the building of the Court expected to host the proceedings in Conakry started officially on January 1, 2020.<sup>100</sup> The building was supposed to be quickly completed to allow proceedings to start in June of the same year, according to the Guinean Minister of Justice.<sup>101</sup> This sounded unrealistic from the beginning. However, the ICC Prosecutor congratulated the Guinean authorities and encouraged them to respect the agreed deadlines to the best of their ability.<sup>102</sup> This did not materialise. In a statement she made on October, 9, 2020,

<sup>98</sup> Office of the Prosecutor, 2020 report on Guinea (only so far available in French: Rapport sur les activités menées en 2020 en matière d’examen préliminaire), 14 december, 2020.

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> Report, para 164.

<sup>101</sup> Ibid, Para 163.

<sup>102</sup> Bureau du Procureur de la CPI, Déclaration de Fatou Bensouda, Procureur de la CPI, au sujet de la situation en Guinée : « La construction d’un nouveau prétoire à Conakry est une étape importante vers la tenue d’un procès tant attendu et l’accomplissement de la justice

the ICC Prosecutor remarked that no concrete steps had been taken for the proceedings to take place.<sup>103</sup> It remains to be seen what the new Prosecutor will do with that situation, for instance, whether or not he will go ahead and request from the pre-trial chamber the authorisation to open a formal investigation. It is worth recalling that, as mentioned earlier in this overview, according to independent experts, Guinea is the typical situation in which the OTP's approach to positive complementarity is the least well throughout.

## B. The situation in Nigeria

The OTP concluded its preliminary examination of the situation in Nigeria on 11 December 2020. The conclusion was that there was a reasonable basis to believe that war crimes and crimes against humanity were being/had been committed.<sup>104</sup> In her statement made on the same date, the Prosecutor indicated that the statutory criteria for opening an investigation into the situation in Nigeria had been met.<sup>105</sup>

There is a long list of crimes against humanity and war crimes for which the Prosecution argues there is a reasonable basis to believe they have been committed by Boko Haram. They include murder; rape, sexual slavery, including forced pregnancy and forced marriage; enslavement; torture; cruel treatment; outrages upon personal dignity; taking of hostages; intentionally directing attacks against the civilian population or against individual civilians not taking direct part in hostilities etc.<sup>106</sup>

The prosecution believes that there is also a basis to believe that the Nigerian Security Forces have committed acts constituting crimes against humanity and war crimes. These include murder, rape, torture, and cruel treatment; enforced disappearance; forcible transfer of population; outrages upon personal dignity; intentionally directing attacks against the civilian population as such and against individual civilians not taking direct part in hostilities unlawful imprisonment; conscripting and enlisting children under the age of fifteen years into armed forces and using them to participate actively in hostilities; persecution on gender and political grounds; and other inhumane acts.<sup>107</sup>

---

», 23 janvier 2020, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201009-otp-statement-guinea&ln=fr>

<sup>103</sup> Report, para 173.

<sup>104</sup> Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the situation in Nigeria: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201211-prosecutor-statement>

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> Ibid.

The preliminary examination of the situation in Nigeria is among the longest in that category. It started in 2010.<sup>108</sup> Judging by the OTP's statement, the length of this procedure at this stage is not due to the situation's complexity. As early as in 2013, sufficient findings on the crimes had been made. The OTP's approach to complementarity is the explanation. The OTP spent a significant amount of time engaging the Nigerian judicial system to help it address the alleged crimes. While some proceedings have taken place, mostly against minor suspects in the ranks of Boko Haram, on multiple occasions, the OPT has stated that the proceedings in question do not relate, even indirectly, to the forms of conduct or categories of persons that would likely form the focus of its investigation.<sup>109</sup>

### **C. The situation in Darfur, Sudan**

When Bashir was removed from power on 11 April 2019, the relationship between the Republic of Sudan and the International Criminal Court entered a new era.

During the year 2020, Khartoum sent some positive signs. A possibility of proceedings against the ICC suspects in Sudan, including an ICC trial or a hybrid court was raised and reported in the press in Khartoum. The OTP stated it would welcome initiatives in that regard because they would be in full conformity with resolution UNSCR 1593 (2005).<sup>110</sup>

Meanwhile, the main ICC suspect in the situation, i.e. former President Omar Al Bashir has been condemned for charges related to financial corruption in December 2019. His conviction was upheld by the Sudanese High Court of Appeal on 8 April 2020.<sup>111</sup> Just before the confirmation of that conviction, the Public Prosecutor announced new charges in March 2020.<sup>112</sup> They are related to the 1989 coup and include a charge of undermining the constitutional order.<sup>113</sup>

There are efforts to organise trials of some Darfur suspects in Sudan. The OTP supports them. However, it has made clear that the warrants of arrest for the five suspects in the Darfur situation remain in force. The OTP has rightly indicated that regardless of the domestic proceedings which concern some of the same suspects, Sudan remains under an obligation to surrender them to the

---

<sup>108</sup> <https://www.icc-cpi.int/nigeria>

<sup>109</sup> <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201211-prosecutor-statement>

<sup>110</sup> ICC Office of The Prosecutor, Thirty-first report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005), para 11.

<sup>111</sup> *Ibid*, para 7.

<sup>112</sup> *Ibid*

<sup>113</sup> *Ibid*

Court for trial pursuant to UNSCR 1593 (2005) and subsequent orders of the ICC judges.<sup>114</sup> It is worth mentioning that the domestic proceedings in question are so far based on charges other than those in ICC proceedings.

On the same note, it is worth recalling that on June, 9, 2020, Ali Muhammad Ali Abd–Al-Rahman (“Ali Kushayb”) surrendered himself in CAR and was afterwards transferred to The Hague. He is held in detention in the custody of the International Criminal Court (ICC). The ICC Had issued an arrest warrant against Ali Kushayb on 27 April 2007. He is suspected of war crimes and crimes against humanity allegedly committed in Darfur (Sudan).

#### D. The situation in the Central African Republic

After his final acquittal by the Appeals Chamber on 8 June 2018<sup>115</sup>, Mr. Bemba filed a claim for ‘*compensation and damages*’.<sup>116</sup> It should be recalled that he had been deprived of liberty from May 2008.<sup>117</sup> The first component of the claim was based on article 85 of the Rome Statute. This provides for three scenarios in which compensation should be granted. The first is unlawful arrest and detention.<sup>118</sup> The second is a miscarriage of justice leading to a wrongful conviction and an undue punishment as a result.<sup>119</sup> The third is a ‘*grave and manifest miscarriage of justice*’ concerning a detained suspect when the trial ends by an acquittal or a termination of proceedings. Contrary to the two first scenarios, the third ground for compensation has no other basis in International Law than the Rome Statute.<sup>120</sup> It is a form of compensation exceptionally granted in case of grave and manifest miscarriage of justice and only to suspects who have been detained prior to trial and judgment.<sup>121</sup> It is therefore a compensation for deprivation of liberty. It does not repair a potential reputational damage resulting from an unfounded prosecution. The second component of Bemba’s claim was a request to be awarded compensation as a remedy to the damage he allegedly suffered as a result of his property being seized and assets frozen in

---

<sup>114</sup> Ibid, para 13.

<sup>115</sup> Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 June 2018, ICC-01/05-01/08-3636-Conf (public redacted version notified on the same day, ICC-01/05-01/08-3636-Red).

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> Ibid.

<sup>118</sup> Ibid, para 1.

<sup>119</sup> Ibid, para 2.

<sup>120</sup> Compensation for unlawful arrest and detention is provided for by article 9,5 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the right to compensation for wrongful conviction is consecrated by article 14,4 of the ICCPR, as well.

<sup>121</sup> Ibid, para 3.

---

the implementation of Court orders. He also argued that the Court had failed in properly managing and preserving those assets and property.<sup>122</sup>

On 18 May 2020, ICC Pre-Trial Chamber II issued its decision on the claim in its entirety. On the first component, the Chamber considered that Mr. Bemba failed to establish that he had suffered a grave and manifest miscarriage of justice within the meaning of article 85 of the ICC Rome Statute. It therefore declined to exercise its discretion to award him compensation.<sup>123</sup> On the second component, the Chamber found that the matter fell outside the scope of article 85 of the ICC Rome Statute and of its competence.<sup>124</sup> It also noted that, since the responsibility for the proper execution of a cooperation request emanating from the Court rests primarily with the requested States, with the role of the Registry limited to facilitating their communication with the Court, its decision is without prejudice to Mr. Bemba's right to pursue other procedural remedies and avenues which might otherwise be open to him for alleged damages to his assets as a consequence of measures taken in connection with the implementation of the Court's orders.<sup>125</sup>

It is interesting to note that, although the Court did not grant Bemba with compensation, it recognised that his trial had been worryingly long. According to ICC Pre-Trial Chamber II, it is not reasonable that, in a case with a single accused, one form of liability and facts spanning a five-month period, a trial could last more than a decade.<sup>126</sup> The Court found problematic that no time limits exist in the Rome Statute, either with regard to the different phases of the proceedings or, more critically, in respect of the duration of custodial detention, whether in respect of each phase of the proceedings or overall.<sup>127</sup> It remarked that the approach taken by the Rome Statute in article 85(3) is actually more restrictive than the one followed by several domestic systems, some of which might have inspired its adoption. The Court therefore made a call to States Parties to urgently embark on a review of the Statute on that issue if the Court is to serve as '*a beacon at the forefront of all matters pertaining to individual human rights*'<sup>128</sup>.

---

<sup>122</sup> Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Mr Bemba's claim for compensation and damages, ICC-01/05-01/08-3694 18-05-2020 8/34 NM, page 8.

<sup>123</sup> Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on Mr Bemba's claim for compensation and damages, ICC-01/05-01/08-3694 18-05-2020 8/34 NM, page 52.

<sup>124</sup> Para 61.

<sup>125</sup> Para 62.

<sup>126</sup> Para 65.

<sup>127</sup> Para 67.

<sup>128</sup> Paras 68-69.



Other developments in the situation in the Central African Republic in 2020 include the confirmation of charges against Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona<sup>129</sup> and the launch, by the Trust Fund for Victims, of its assistance pilot programme.<sup>130</sup> With a €250,000 budget, the project has six major elements, i.e. medical care for pathological diseases associated with HIV/Aids; access to food security and nutritional support; access to psychological care; access to education for dependants; access to housing for homeless victims as well as assistance with income-generating activities.<sup>131</sup>

### **E. Situation in the Democratic Republic of Congo**

The year 2020 was the first to see former ICC convicts released after completion of their sentences. Two men, Thomas Lubanga and Germain KATANGA, were released from prison in 2020. They both happened to be Congolese and both condemned in relation to the situation in Ituri. In 2015, the two men had been transferred from The Hague to a detention facility in their home country to serve the remainder of their sentence.<sup>132</sup> It is interesting to observe that some commentators presented their liberation as a gesture for peace by the authorities of the Democratic Republic of Congo while it was a legally expected outcome after having served their respective times in prison.<sup>133</sup>

Thomas Lubanga had made history by being the first person to be convicted by the ICC in 2012. He was convicted for child's conscription and enrolment in armed conflicts and sentenced to fourteen years of imprisonment. As he had been detained since 2006, he completed his sentence on March, 15, 2020. He was released the same day from the Makala prison.<sup>134</sup> Germain Katanga on his part was condemned for complicity in war crimes and crimes against humanity in relation to the destruction of the village of Bogoro (Ituri) and was sentenced in 2014 to twelve (12) years of imprisonment in 2014.<sup>135</sup> Katanga should have been

<sup>129</sup> Situation in the Central African Republic II, in the case of Prosecutor vs. Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssoma, Corrected version of 'Decision on the confirmation of charges against Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona', ICC-01/14-01/18, 14 May 2020.

<sup>130</sup> Trust Fund for Victims : Situation in the Central African Republic II, Notification by the Board of Directors in accordance with regulation 50 (a) of the Regulations of the Trust Fund for Victims of its conclusion to undertake further specified activities in the Central African Republic, ICC-01/14-126, 15 September 2020: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/14-126>

<sup>131</sup> <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201008-tfv-press-release-central-african-republic>

<sup>132</sup> ICC Press Release: Thomas Lubanga Dyilo and Germain Katanga transferred to the DRC to serve their sentences of imprisonment, ICC-CPI-20151219-PR1181, 19 December 2015.

<sup>133</sup> DRC: LUBANGA AND KATANGA FREED FOR PEACE IN ITURI, <https://www.justiceinfo.net/en/44065-drc-lubanga-and-katanga-freed-for-peace-in-ituri.html>

<sup>134</sup> Ibid

<sup>135</sup> Ibid.

released in January 2016, thanks to a reduced sentence granted by the ICC for his good conduct and the regrets he expressed to victims. However, he remained behind bars because the Congolese military justice had also decided to prosecute him for “*war crimes, crimes against humanity and participation in an insurgent movement.*”<sup>136</sup> He was finally released on March, 16, 2020.<sup>137</sup>

## F. The situation in Libya

On 9 March 2020, the ICC Appeals Chamber unanimously confirmed the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi before the Court and rejected his appeal against the Pre-Trial Chamber I’s decision dismissing his challenge to the admissibility of this case.<sup>138</sup>

In the initial challenge, Saif Gaddafi had argued that proceedings against him had taken place in Libya and had actually resulted in his condemnation to death on 28 July 2015.<sup>139</sup> He was also arguing that he had eventually been granted an amnesty on the same crimes.<sup>140</sup> The Pre-trial chamber did not follow those arguments. The amnesty argument does not necessitate comments here because the Libyan law invoked by the suspect clearly excludes the kinds of crimes Gaddafi was suspect of.<sup>141</sup>

On a broader legal issue, the Appeals Chamber brought nuance to a finding of the Pre-Trial Chamber on the (il)legality of amnesties. The Pre-Trial Chamber had indeed ruled that amnesties for international crimes had been radically outlawed in international law. The Appeals Chamber considers the affirmation a little excessive. In its own words, ‘*international law is still in the developmental stage on the question of acceptability of amnesties.*’<sup>142</sup>

---

<sup>136</sup> Ibid.

<sup>137</sup> Ibid.

<sup>138</sup> Situation in Libya in the case of the *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi*, Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute”’ of 5 April 2019.

<sup>139</sup> Ibid, para 3.

<sup>140</sup> Ibid, para 3.

<sup>141</sup> According to article 3 of Law No. 6 of 2015 in respect of amnesty (libyan law), the crimes involving murders and corruption attributed to Saif al-Islam Gaddafi are excluded from the application of law provisions. (See also Impugned Decision, para. 57. See also Para 59 of the Pre-trial chamber’s decision. It states as follows: ‘*the crimes of identity-based murder, kidnapping, enforced disappearance and torture are excluded from the amnesty and/or pardon provided by virtue of this law*’.).

<sup>142</sup> Appeals Judgment, para 96.

On the point of the condemnation in Libya, the Appeals Chamber ruled that for a case to be inadmissible under articles 17(1)(c)<sup>143</sup> and 20(3) of the Statute,<sup>144</sup> the concerned person must have been the subject of a completed trial, resulting in a final conviction or acquittal.<sup>145</sup> In other words, that judgment must be final and have a *res judicata* effect.<sup>146</sup> The Appeals Chamber agreed with the Pre-trial Chamber in considering that the wording of article 17(1)(c) suggests that the person has been the subject of a completed trial with a final conviction or acquittal and not merely a trial with a verdict on the merits or a mere decision on conviction or acquittal by a trial court. According to the Appeals Chamber, requiring finality of domestic proceedings, pursuant to article 17(1)(c) of the Statute, is in line with the Court's complementarity framework as a whole, as set out in the Rome Statute.<sup>147</sup> However, it so happens that the national judgment that Gaddafi was referring to was not a final one. The Tripoli Court is indeed a Court of first instance. According to Libyan Law, an appeal before the Court of cassation was therefore possible.<sup>148</sup> In addition, according to Libyan Law, Gaddafi was entitled to a retrial as he had been tried in absentia.<sup>149</sup> The Tripoli Court Judgment was therefore not final.

Beyond Saif Gaddafi's case, the Court's understanding of what a final decision means in the domestic context could be problematic. The Court should have been more elaborate to clarify its position. From a comparative law perspective, finality is achieved in two ways. First, it is achieved when the highest court in the land has decided on the matter by way of appeals or other kinds of review. Second, finality is achieved when it is/has become impossible to attempt any appeal or review, given rules on time bars, for instance. The Appeals Chamber seems to have overlooked that second path to finality. It was however

<sup>143</sup> Under articles 17(1)(c), the ICC shall declare a case inadmissible if the concerned person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3. See next note for the text of article 20(3).

<sup>144</sup> 'No person who has been tried by another court for conduct also proscribed under article 6, 7, 8 or 8 bis shall be tried by the Court with respect to the same conduct unless the proceedings in the other court:

(a) Were for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court; or

(b) Otherwise were not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process recognized by international law and were conducted in a manner which, in the circumstances, was inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice.'

<sup>145</sup> Impugned decision, paras 36, 48 and 79.

<sup>146</sup> Decision on the 'Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute'

<sup>147</sup> Appeals Judgment, para 61.

<sup>148</sup> Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision on the "Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute"' of 5 April 2019, para 35.

<sup>149</sup> Impugned decision, para. 48.

clear that it was putting forward a theory of finality on the basis of article 17(1), beyond the facts of Gaddafi's case.

The situation in Libya is not limited to Gaddafi's case. In a statement she made on May 5, 2020 before the United Nations Security Council, the Prosecutor mentioned that her office was working on new warrants of arrest.<sup>150</sup> While these warrants of arrest would be based on the ongoing investigation in its current parameters, the OTP has never excluded the possibility of expanding the scope of that investigation. This is obviously reasonable given that violence continued after the start of the investigation, creating a context in which crimes in the ICC's jurisdiction are likely to be committed. Indeed, in June 2020, eleven mass graves containing men, women and children were discovered in the city of Tarhuna. The OTP's initial assessment was that those findings might constitute evidence of war crimes and crimes against humanity.<sup>151</sup> The Prosecutor warned the Libyan authorities that unless they faced their responsibility in holding the actors involved to account, she would possibly expand the scope of her investigations and prosecutions to cover the new crimes.<sup>152</sup> The OTP eventually sent an investigative team in Tarhuna in December 2020.<sup>153</sup>

### G. The situation in Cote d'Ivoire

It is in the year 2020 that began hearings in the appeals against the judgment rendered on 15 January 2019 in the case of Prosecutor vs. Laurent Gbagbo and Charles Ble Goude.<sup>154</sup> The Trial Chamber had found that there was no case to answer. The finding has resulted in the acquittal of the two accused.<sup>155</sup>

The Appeals Chamber eventually reached its decision on 31 March 2021.<sup>156</sup> It confirmed the first judgment. At the time of writing of this overview,

---

<sup>150</sup> Statement to the United Nations Security Council on the Situation in Libya, pursuant to UNSCR 1970 (2011): <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=200505-statement-prosecutor-UNSC-libya>

<sup>151</sup> Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the discovery of multiple alleged mass graves and continued violence in Libya: "*I will not hesitate to expand my investigations and potential prosecutions to cover any new instances of crimes*"

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> <https://www.aa.com.tr/en/africa/icc-to-send-team-to-libya-to-investigate-mass-graves/2071679#>

<sup>154</sup> <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=ma253>.

<sup>155</sup> Situation in Cote d'Ivoire, *Prosecutor vs. Laurent Gbagbo and Charles Ble Goude*, Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I's decision on the no case to answer motions, ICC-02/11-01/15 A.

<sup>156</sup> Situation in Cote d'Ivoire, *Prosecutor vs. Laurent Gbagbo and Charles Ble Goude*, Judgment in the appeal of the Prosecutor against Trial Chamber I's decision on the no case to answer motions, ICC-02/11-01/15 A.

the two men have been finally acquitted. One of them - Laurent Gbagbo - is already back in Cote d'Ivoire.

## H. The situation in Uganda

The year 2020 saw the conclusion of the trial of Dominic Ongwen. The case had attracted a lot of attention given the peculiar past of the accused. Dominic Ongwen had indeed himself been kidnapped as a young boy and forcefully made a combatant by the Lord Resistance Army(LRA) led by Joseph Kony.

Final oral arguments were made on 10-12 March 2020 and the matter was taken for deliberation. As of the time of writing of this overview, the trial and sentencing judgments have been delivered. The trial judgment was made public on 4 February 2021. Mr Dominic Ongwen was found guilty of 61 counts of war crimes and crimes against humanity committed in Northern Uganda between 2002 and 2005. They include murder, torture and sexual and gender-based crimes (SGBC) of rape, sexual slavery, forced marriage and forced pregnancy.<sup>157</sup> The sentencing judgment was rendered on May, 9, 2021. M. Ongwen received a jointed sentence of twenty-five years of imprisonment.<sup>158</sup>

From a legal perspective, the issue that is most commented upon in the Ongwen case is the concept of duress. Some observers expected Ongwen's criminal responsibility to be excluded because he had been abducted and brought to fight in the LRA-and committed the charged crimes - by force. In non-technical terms, by the duress defense, the accused argues that he/she cannot be held criminally responsible because he/she has acted under threat of death or of serious bodily harm.<sup>159</sup> It is worth recalling that, for the purpose of assessing duress, it is the time of the conduct that is relevant.<sup>160</sup> Therefore, as pointed out by the Court, Dominic Ongwen's childhood experience in the LRA was not central to the issue.<sup>161</sup>

On the same line, two other arguments had been put forward in the defence of Ongwen: the LRA's harsh disciplinary regime and KONI's supposed spiritual powers. On the LRA disciplinary regime, a close examination revealed that its harshness was actually not applicable to Ongwen, given his status in the hierarchy. Mr. Ongwen was indeed a battalion and brigade commander during

---

<sup>157</sup> International Criminal Court, Situation in Uganda, in the case of the *Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Trial Judgment, ICC-02/04-01/15, 4 February 2021, paras 32-41.

<sup>158</sup> *The Prosecutor vs. Dominic Ongwen*, Sentence, Situation in Uganda, 6 May 2021, ICC-02/04-01/15-1819-Red 06-05-2021 131/139 EC T, para 396.

<sup>159</sup> Article 31(1) of the Rome Statute. See also Trial Judgment, para 2581.

<sup>160</sup> See article 31(1) Rome Statute.

<sup>161</sup> Trial Judgment, para 2592.

the period of the charges.<sup>162</sup> The harsh physical sanctions or threats were practiced against low-level members or recent abductees.<sup>163</sup> Given his position, Ongwen was actually on the giving/sending end of threats actual sanctions. Detailed in-court testimonies revealed it.<sup>164</sup> As a matter of fact, insiders' testimonies revealed also that high-ranking commanders of the LRA, Dominic Ongwen included, did not always execute Joseph Kony's orders.<sup>165</sup> Although the Court recognised that some LRA officers had been killed on Kony's order, witness testimonies revealed that they were not executed for failing to carry out orders. Rather, Kony had them shot because they had been politically challenging his exclusive authority in the LRA by seeking to take more general decisions in relation to the goals and priorities of the movement.<sup>166</sup> According to the same witnesses, the worst an LRA officer would have risked for just failing to comply with an order was to be demoted.<sup>167</sup>

Escaping from the LRA was also possibility and even relatively easy throughout the time the charged crimes were committed. Ongwen did not take it. Therefore, even assuming that there had been some level of threat, from the fact that Ongwen chose to commit the crimes rather than escape, the Court concluded that he had acted on his own accord.<sup>168</sup>

The Court was not either convinced by the fact that Joseph Kony's alleged spiritual powers would have induced fear that something could happen to Ongwen if he did not commit the crimes charged. The Court's rejection of that possibility was not dictated by mere Cartesian thinking. Witness testimonies showed that the belief (in the fact that KONI enjoyed supernatural powers) of many persons who stayed in the LRA longer followed a pattern: it was stronger in the young, new and impressionable abductees. It would then subside and disappear in those who stayed in the LRA longer.<sup>169</sup>

Furthermore, Ongwen had an impressive career in the LRA. His advancement is evidence of impressive performance and loyalty to Kony. As put by the Chamber, performance under threat is not reasonably compatible with the performance and results obtained by Dominic Ongwen as an LRA commander.<sup>170</sup>

---

<sup>162</sup> Trial Judgment, para 2592.

<sup>163</sup> Trial Judgment, para 2591

<sup>164</sup> Trial Judgment, para 2591.

<sup>165</sup> Trial Judgment, paras 2593-2600.

<sup>166</sup> Trial Judgment, para 2614.

<sup>167</sup> Trial Judgment, paras 2615-2616.

<sup>168</sup> Trial Judgment, para 2619.

<sup>169</sup> Trial Judgment, paras 2645 -2658.

<sup>170</sup> Ibid.

Everything considered, it is in relation to sexual and gender-based crimes that the most memorable argument to defeat duress was put forward by the Prosecution. In substance, the argument turned around the unlikeliness of serious threats endured by the accused in the context of the sexual and gender-based crimes he personally and privately committed. Beyond the reasoning sustaining it, it is its emotion raising potential which gives the argument its impressive power:

‘They want to persuade your Honours that after having caused these young girls to be beaten into submission and then having brought them to the privacy of his tent, it would have been impossible on the pain of death for him to have said quietly to them, ‘Actually, I am not so wicked and monstrous as to rape a young girl like you. I have only done this to satisfy Joseph Kony. But if you lie here quiet and safe, we can pretend in the morning that we had sex.’ **He didn’t do that.**’<sup>171</sup>

In its conclusion, the court did not find any factual basis of the duress argument in that case. It therefore rejected the defense and condemned Ongwen. The judgment has been appealed.

As this section has demonstrated, the ICC continued its activities in 2020 although its work was organised differently because of the covid-19 pandemic. Preliminary examinations, investigations and trials continued. So did appeal proceedings and the work of the Trust Fund for Victims. As far as preliminary examinations and investigations are concerned, the change in the leadership of the Office of The Prosecutor took place at a moment where some situations were about to move from one step to another. They include, in particular, the situations in Guinea and Nigeria. It will be interesting to see the decisions the new leadership takes, in those situations and in others.

## **IX. Proceedings regarding Africans in other international Courts and Tribunals: Félicien KABUGA at the United Nations International Residual Mechanism for Criminal Tribunals**

In 2020, the most noticeable activities of the United Nations International Residual Mechanism for Criminal Tribunals (IRMCT) known as ‘The Mechanism’ turned around M. Félicien Kabuga, as far as Africa is concerned.<sup>172</sup>

---

<sup>171</sup> Prosecution Closing Statement: T-256, p. 19, lines 12-17(emphasis mine).

<sup>172</sup> However, there were also proceedings of contempt of court against Maximilien Turinabo, Anselme Nzabonimpa, Jean de Dieu Ndagijimana, Marie Rose Fatuma, Dick Prudence Munyeshuli and Augustin Ngirabatware. The proceedings against Maximilien Turinabo were terminated on 18 April 2021 after his death.

On 16 May 2020, Félicien Kabuga, the alleged financier of the genocide of Tutsi in Rwanda, was arrested in France.<sup>173</sup> Proceedings questioning his ability to stand trial and to oppose his transfer to the Mechanism were launched by his defense in French domestic courts. On 30 September 2020, the French Court of cassation rejected Kabuga's appeal against the lower court's decision authorising his transfer to the custody of the Mechanism.<sup>174</sup> Concerns about his ability to stand trial were partly due to his age and health conditions.<sup>175</sup> Kabuga was transferred to the Mechanism's custody on 26 October 2020. He initially appeared before the Court on 11 November 2020.

Kabuga was indicted by the United Nations International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) in 1997 on seven counts in relation to crimes committed during the 1994 genocide against the Tutsi in Rwanda: genocide, complicity in genocide, direct and public incitement to commit genocide, attempt to commit genocide, conspiracy to commit genocide, persecution and extermination.<sup>176</sup>, all in relation to crimes committed during the 1994 genocide against the Tutsi in Rwanda. Factually described, the charges include the co-foundation of the Radio Television des Mille Collines (RTLM), the infamous radio station whose broadcasts incited genocide, the support to the Interahamwe militia both in training and by provision of arms, etc.<sup>177</sup> A plea of not guilty was entered on his behalf with respect to the charges in the indictment because he could not do it himself due to poor health.<sup>178</sup>

On 21 October 2020, it was decided that KABUGA would be transferred from Paris to the Hague, instead of Arusha to avoid possible negative health implications of a long intercontinental flight.<sup>179</sup> This was an exceptional decision because the Mechanism's Statute and Rules envision that individuals indicted by the ICTR be transferred and tried at the Arusha Branch of the Mechanism while those indicted by the ICTY are to be transferred to the Hague Branch.<sup>180</sup> Right

---

<sup>173</sup> <https://www.bbc.com/news/world-africa-52690464>

<sup>174</sup> International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, Case Information Sheet, May 2021.

<sup>175</sup> International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, Prosecutor vs. Felicien Kabuga, *Decision on Felicien Kabuga's motion to amend the arrest warrant and order for transfer*, 21 October 2020, para 5.

<sup>176</sup> International Residual Mechanism for Criminal Tribunal, Office of the Prosecutor, '*Mechanism fugitive Félicien Kabuga arrested today*', Press Release, 16.5.2020.

<sup>177</sup> See Amended Indictment, paras 16-28, 44-53, 81-84.

<sup>178</sup> International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, Case Information Sheet, May 2021.

<sup>179</sup> International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, *Prosecutor vs. Felicien Kabuga*, *Decision on Felicien Kabuga's motion to amend the arrest warrant and order for transfer*, 21 October 2020. See <https://www.irmct.org/sites/default/files/casedocuments/mict-13-38/single-judge-decisions/en/201021-decision-motion-order-transfer-kabuga-en.pdf>.

<sup>180</sup> Rules 2 and 67.



after KADUGA's arrest, a member of our group discussed the question of the best forum for his trial.<sup>181</sup>

It is far from certain that KABUGA's trial will proceed to completion. If it does, it is doubtful whether a significant portion of the proceedings will be held in Arusha, in a region somewhat closer to the area(s) where the suspected crimes were committed, at least in comparison to The Hague. As earlier indicated, ICTR's indictees are normally expected to be tried in the Arusha Branch of the IRMCT. The beginning of proceedings is not reassuring in that regard. His poor health condition is the main ground for concern. On 29 October 2020, Judge IAIN BONOMY ordered a detailed medical examination to advise on conditions that would facilitate the initial appearance of the Accused and on the further steps necessary to address Kabuga's fitness to undertake in the foreseeable future the journey to Arusha and to be held in detention there.<sup>182</sup> The report indicated that further examination would be necessary. In the end, the judge allowed for the initial appearance to take place in the Hague Branch of the Mechanism on 11 November 2020.<sup>183</sup>

## X. Extraterritorial jurisdiction on African suspects

In 2020, like in some other years, African suspects of mass atrocity crimes were tried in national jurisdictions of non-African countries. One of the most remarkable example is the Neretse case in Belgium.

M. Fabien Neretse is a Rwandan National. In November 2019, he was found guilty of genocide and war crimes by the Court of Assises of Brussels in Belgium. He was then sentenced to twenty-five (25) years of imprisonment.<sup>184</sup> With his lawyers, he initiated a series of reviews. But on 26 May 2020, the Court of Cassation of Belgium rejected the request to invalidate the proceedings and rulings in that case.<sup>185</sup> The convictions and the sentenced became final.

<sup>181</sup> Nabil M. Orina, Kabuga Arrested: Where Should he be Tried? 17. 5.2020: <https://www.icjafrika.com/single-post/2020/05/17/kabuga-arrested-where-should-he-be-tried>

<sup>182</sup> International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, *Prosecutor v. Felicien KABUGA*, Preliminary order regarding medical examination of Felicien Kabuga, <https://www.irmct.org/sites/default/files/casedocuments/mict-13-38/president%E2%80%99s-orders/en/201029-preliminary-order-regarding-medical-examination-felicien-kabuga-en.pdf>

<sup>183</sup> International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, *Prosecutor v. Felicien KABUGA*, Order scheduling an initial appearance, <https://www.irmct.org/sites/default/files/casedocuments/mict-13-38/trial-orders/en/201108-order-scheduling-initial-app-kabuga-en.pdf>

<sup>184</sup> Procès Rwanda: Fabien Neretsé reconnu coupable de crime de génocide : [https://www.rtb.be/info/societe/detail\\_proces-rwanda-fabien-neretse-reconnu-coupable-de-crime-de-genocide?id=10392172](https://www.rtb.be/info/societe/detail_proces-rwanda-fabien-neretse-reconnu-coupable-de-crime-de-genocide?id=10392172)

<sup>185</sup> <https://rcn-ong.be/la-condamnation-de-fabien-neretse-est-devenue-definitive-sa-peine-est-de-25-ans-de-reclusion-criminelle/>

Neretse is a former high civil servant in the pre-genocide Rwanda. He supported the Interahamwe by providing them with the weaponry and other means. His private school in his native Mataba (North-West of Rwanda) was also used for by the militia before and during the genocide.<sup>186</sup>

Neretse was not the first Rwandan to be tried in Belgium in relation to the 1994 genocide in Rwanda. Four other cases have been handled by Belgian authorities and they led to seven guilty judgments, respectively in 2001, 2005, 2007 and 2009. Neretse was however the first to be tried and condemned for genocide. The others had been charged and tried for war crimes.<sup>187</sup>

## XI. Regional developments

### 1. The African Union and the debate on immunities of sitting heads of states

Since 2009, reports of annual conferences of Heads of States and Governments of the African Union always include a '*decision on the International Criminal Court*'. The year 2020 was no exception to that rule.<sup>188</sup> Like in previous years, the resolution adopted on February, 9-10, denounces the so called 'double standards'<sup>189</sup> and 'increasing politicisation' of the ICC.<sup>190</sup> Furthermore, it renews its calls to resist that politicisation, for instance, by refusing to comply with ICC decisions that go against the AU's position on the issue of immunities of sitting heads of states. Most significantly, the resolution highlights the Decision of the ICC Appeals Chamber in the Hashemite Kingdom of Jordan's Appeal Against the '*Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al Bashir*'.<sup>191</sup>

Nevertheless, attempts to seek legal clarification on the immunity issue stopped. Literally, the African Group in New York was instructed to '*remove the request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the consequences of legal obligations of States under different sources of international*

<sup>186</sup> Gaëlle Ponselet, 'Le procès du Rwandais Fabien Neretse, accusé de génocide, s'ouvre en Belgique, 7 novembre 2019, <https://www.justiceinfo.net/fr/42824-proces-rwandais-fabien-neretse-accuse-genocide-ouvre-belgique.html>

<sup>187</sup> Ibid.

<sup>188</sup> See Doc. EX.CL/1218(XXXVI)

<sup>189</sup> African Union, 36th Ordinary Session of the Executive Council, 6- 7 February 2020, Addis Ababa, Ethiopia, 'Decision on the International Criminal Court' (Doc. EX.CL/1218(XXXVI), para 3, 1.

<sup>190</sup> Ibid, para 8.

<sup>191</sup> See Ibid, para 7.

*law with respect to immunities of Heads of State and Government and other senior officials” from the Agenda of the United Nations General Assembly until further notice.”*<sup>192</sup>

The Summit did not give reasons for this move. It was however a sound one, both legally and politically. From a legal perspective, it has never been clear what the ICJ’s advisory opinion would have had to change to the discussion, especially after the ICC Appeals Chamber decision against Jordan.<sup>193</sup> Politically speaking, the Summit made the realistic observation that the United Nations General Assembly was not soon - or ever - going to request such an advisory opinion. In addition, the matter had practically ceased to be an urgent one. Indeed, after Bashir left power, the ICC was not pursuing any immunity holder on the African continent. Unless other cases were (are) opened, there were therefore no conflict of obligations to be expected by State parties to the Rome Statute, as this had been the case, especially for the organisation of AU’s annual summits.

As for potential cases of possible immunity holders in the future, if the Al Bashir experience and the Kenyan cases are examples to go by, it is fair to say that the OTP has probably - and sadly- ‘learnt the lesson’. Regardless of the legal position one has on the immunity issue, prosecutions against sitting heads of states are immensely difficult. African heads of states felt therefore reassured.

## **2. Reparations in the Hissène Habré case**

As it has been discussed in previous editions of this publication<sup>194</sup>, the judgment of Hissène Habré by the Extraordinary African Chambers (EAC) in the Senegalese court system had raised hope and expectations, not just among his victims and survivals but also for the wider international community that the continent was starting to take the fight against impunity seriously.<sup>195</sup>

The reparations aspect of the trial is not as much discussed. The EAC has allocated one hundred and fifty millions American dollars (150.000.000

<sup>192</sup> [https://au.int/sites/default/files/decisions/38180-assembly\\_au\\_dec\\_749-795\\_xxxiii\\_e.pdf](https://au.int/sites/default/files/decisions/38180-assembly_au_dec_749-795_xxxiii_e.pdf)

<sup>193</sup> International Criminal Court, Situation in Darfur/Sudan, *The Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal ICC-02/05-01/09 OA2, Date: 6 May 2019.

<sup>194</sup> B. Ntahiraja, ‘The Present and Future of Universal Jurisdiction in Africa: Lessons from the Hissène Habré case’ in HJ van der Merwe Gerhard Kemp (eds), *International Criminal Justice in Africa*, 2016, Strathmore University Press, p.1-36.

<sup>195</sup> Hissène Habré was found guilty of the crimes of torture, war crimes, and crimes against humanity. He was then sentenced to life imprisonment. The conviction, as well as the sentence, were upheld in the Appeals’ judgment of April 27, 2017.

USD) to the victims.<sup>196</sup> While Hissène Habré is the only one to be legally liable for the amount, the Court observed that he was financially unable to face that obligation.<sup>197</sup> This was actually anticipated before the creation of the EAC and that is why the AU-Agreement creating the Chambers provided for the creation of a Trust Fund. It would assist in the identification and seizure of Habre's assets but also contact governments and other stakeholders requesting them to contribute to the reparation effort.<sup>198</sup>

The African Union's Summit adopted the Statute of the Trust Fund in 2018.<sup>199</sup> Discussions continued in 2020. In February 2020, the AU's Chief Commissioner promised the organisation of a fundraising conference. However, no progress has been made since.<sup>200</sup> From 2020, victims organisations have strengthened their campaigns to obtain reparations. This included demonstrations in N'Djamena, the capital city of Chad.<sup>201</sup> Up to date, not a penny has been paid to them.<sup>202</sup>

The leadership of the African Union is at test on that case.

### 3. The Malabo Protocol at six-seven

As it is well known, the twenty third Ordinary Session of the African Union Assembly, held in Malabo, Equatorial Guinea, 27th June 2014, adopted the protocol on amendments to the protocol on the Statute of the African Court of justice and human rights.<sup>203</sup> Its function was to give the African Court jurisdiction for international crimes and to create a specific section within it to deal with that

<sup>196</sup> In the local currency (Franc CHA), the amount is of eighty-two billions two hundred eighty millions (82.290.000.000 FCFA).

<sup>197</sup> Operative part of the Appeals' judgment (Dispositif), p.226.

<sup>198</sup> Articles 27 and 28 of the EAC statute.

<sup>199</sup> The text of the Statute, in French, can be found here: [https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting\\_resources/statute\\_trust\\_fund\\_victims\\_french.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/statute_trust_fund_victims_french.pdf)

<sup>200</sup> Human Rights Watch : Union' africaine : Toujours aucune réparation pour les victimes de Hissène Habré', <https://www.hrw.org/fr/news/2021/01/26/union-africaine-toujours-aucune-reparation-pour-les-victimes-de-hissene-habre>

<sup>201</sup> Human Rights Watch : Union' africaine : Toujours aucune réparation pour les victimes de Hissène Habré', <https://www.hrw.org/fr/news/2021/01/26/union-africaine-toujours-aucune-reparation-pour-les-victimes-de-hissene-habre>

<sup>202</sup> Human Rights Watch, '*Les victimes de Hissène Habré poursuivent leur lutte pour obtenir des réparations*', <https://www.hrw.org/fr/news/2021/05/26/les-victimes-de-hissene-habre-poursuivent-leur-lutte-pour-obtenir-des-reparations>

<sup>203</sup> [https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045\\_-protocol\\_on\\_amendments\\_to\\_the\\_protocol\\_on\\_the\\_statute\\_of\\_the\\_african\\_court\\_of\\_justice\\_and\\_human\\_rights\\_e-compressed.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045_-protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e-compressed.pdf)

matter.<sup>204</sup> Not a single state has ratified it yet.<sup>205</sup> If this is a signal of anything, it is not of an enthusiasm for a regional mechanism of accountability for mass atrocity crimes.

At the adoption of the protocol, commentators were divided on the real intentions of African heads of states. One view was that the protocol was a genuine attempt to create a regional mechanism to fight against impunity. A sceptical view saw the protocol as just an element of the global anti-ICC movement. In other words, it was held that the creators of the mechanism did not believe in it at the beginning.<sup>206</sup> The absence of a single ratification seven years after the adoption of the protocol seems to indicate that the second view described better the intention of the leaders at that time. One response to that might be that ratification processes are lengthy, in general. A comparative perspective makes obvious that the explanation is not a good one. For instance, it has already taken longer for the Malabo protocol to have a single ratification than it took the African charter on human and peoples' rights to enter into force - which required the ratification by the majority of member states of the Organisation of African Unity.<sup>207</sup> Indeed, it only took five years and three months for the Charter to enter into force from its adoption.<sup>208</sup> Adopted June, 1, 1981, it entered into force on October, 21, 1986.<sup>209</sup>

#### IV. National developments

The most remarkable observation in national jurisdictions in 2020 is the prosecution of mass atrocity crimes in African domestic courts. Like in other years, the Democratic Republic of Congo is the best example. And again, it happened in a military court. On 23, November, 2020, a militia man Ntabo Ntaberi, nicknamed 'SHEKA', was convicted by a military court in Goma of the war crimes of murder, rape, sexual enslavement, conscription and enrolment into an armed conflict of children under fifteen years old. He was then sentenced to life imprisonment.<sup>210</sup>

<sup>204</sup> [https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045\\_-protocol\\_on\\_amendments\\_to\\_the\\_protocol\\_on\\_the\\_statute\\_of\\_the\\_african\\_court\\_of\\_justice\\_and\\_human\\_rights\\_e-compressed.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045_-protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e-compressed.pdf)

<sup>205</sup> <https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-sl-PROTOCOL%20ON%20AMENDMENTS%20TO%20THE%20PROTOCOL%20ON%20THE%20STATUTE%20OF%20THE%20AFRICAN%20COURT%20OF%20JUSTICE%20AND%20HUMAN%20RIGHTS.pdf>

<sup>206</sup> See Ademola Abass, 'The Proposed International Criminal Jurisdiction for the African Court: Some Problematical Aspects', 60 *Netherlands International Law Review* 27, 37–42 (2013).

<sup>207</sup> Article 63 of the Charter

<sup>208</sup> See also status list. Adopted June 1, 1981, it entered into force on October, 21, 1986.

<sup>209</sup> See status list here: [https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-sl-african\\_charter\\_on\\_human\\_and\\_peoples\\_rights\\_2.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-sl-african_charter_on_human_and_peoples_rights_2.pdf)

<sup>210</sup> Elsa Tacquet, Twitter: [@ETacquet](https://twitter.com/ETacquet/status/1321111111) verdict is in! #Sheka convicted for #warcrimes by murder; sexual slavery; rape; looting and child recruitment. Sentenced to jail for life for one of the most feared warlord In #DRC. Historic decision by military court here in Goma: <https://twitter.com/ETacquet/status/1321111111>

---

Among other roles, Sheka had led the Nduma Defence of Congo (NDC), a militia group operating in the East of the Democratic Republic of Congo. These crimes were committed in Walikale and Masisi counties in 2010 and between 2012 and 2014.<sup>211</sup>

M. SHEKA is of course the most in(famous) but he was condemned with two co-accused. The first is Jean-Claude Lukambo, nicknamed « Kamutoto », a member of his militia(NDC). He was convicted of murder and insurgency and sentenced to fifteen (15) years of imprisonment. The second is Séraphin Nzitonda, nicknamed «Lionceau », a commander in the ‘Forces démocratiques de libération du Rwanda’ (FDLR), allied to the NDC branch led by SHEKA. He was found guilty of the crime against humanity of rape and sentenced to life imprisonment. M. Jean Ndoole Batechi, operating as a nurse in the NDC, was acquitted.<sup>212</sup>

The judgment was greeted as a significant way forward in the fight against impunity by human rights organisations.<sup>213</sup>

All in all though, prosecutions for war crimes, crimes against humanity and genocide in African national courts and tribunals remained rare in 2020, as in previous years.

## CONCLUSION

In the year 2020, the project of international criminal justice slowed down but did not stop. The Covid-19 pandemic is one explanation. The decreasing faith/increasing scepticism in internationalism is the other. At times, strong and unusual moves of open hostility to the project were taken. The sanctions directed against ICC officials for nothing other than doing their work is one such example. The consolation might be that the sanctions were coming from a non-state party. Their lifting early 2021 is a sign of hope.

The year was also one of the beginning of a reform and institutional renewal. The report of the Independent Experts on the International Criminal Court will probably inspire big and small changes in the way the Rome Statute system functions. The changes in the leadership of the OTP is also certainly going

---

com/home

<sup>211</sup> Human Rights Watch: RD Congo : Le chef de guerre Sheka condamné à la prison à vie pour des atrocités, 24 Novembre 2020, <https://www.hrw.org/fr/news/2020/11/24/rd-congo-le-chef-de-guerre-sheka-condamne-la-prison-vie-pour-des-atrocites>

<sup>212</sup> Ibid.

<sup>213</sup> RDC : «Sheka» condamné à perpétuité pour crimes de guerre, <https://fr.africanews.com/2020/11/24/rdc-sheka-condamne-a-perpetuite-pour-crimes-de-guerre//>

to have an impact on that office's work. As for the introduction of six new judges in the Court's bench, there should be no significant shift in the jurisprudence to expect. By only allowing for a third of the bench (six out of eighteen) to be renewed at a time, the rules on the election of judges in the Rome Statute guarantee some level of continuity in the jurisprudence. Those developments at the global level have had and will continue to have an impact on international criminal justice in Africa.

At the continental level, no significant development took place in 2020. No single state has so far ratified the Malabo protocol. The process towards reparation for Hissène Habré's victims only made progress on paper. The year was however also one of a realistic retreat from a legal battle of limited prospects, i.e. the attempt to have an advisory opinion from the International Court of Justice on the question of immunities of sitting heads of states before international criminal courts like the ICC.

In this year's overview, it has become obvious again that Africa's contribution to the global effort to fight impunity still comes from the activity of national jurisdictions, rather than regional or sub regional initiatives. The prosecutions for war crimes and crimes against humanity in the military courts of the Democratic Republic of Congo are illustrations of that fact.

---

# RÉPARATION DES ACTES COMMIS PAR LES ENFANTS-SOLDATS : UNE MARCHÉ PÉRILLEUSE DES VICTIMES À LA LUMIÈRE DU DROIT CONGOLAIS.

BAHATI MUJINYA<sup>214</sup>

## Résumé

La participation de l'enfant aux conflits et violences d'une extrême gravité est une pratique courante à travers le monde. La République Démocratique du Congo fait partie des États où la pratique a rendu et rend encore l'avenir et le devenir de l'enfant et des victimes de ses actes sombres. Les mécanismes juridiques à même de contribuer à la cicatrisation des plaies font continuellement face aux défis de divers ordres.

Cette réflexion analyse la législation congolaise relative à la réparation au profit des victimes dans cette situation particulière où des actes qualifiés des crimes internationaux sont l'œuvre des personnes âgées de moins de 18 ans, désignées sous le vocable « enfant-soldat ». Elle se fonde sur le droit reconnu à toute personne touchée par un acte infractionnel d'accéder à la réparation, et soutient qu'à la différence de la responsabilité issue de l'enrôlement, de la conscription des enfants et de leur participation aux hostilités, celle du fait des actes qu'ils posent n'est pas aisée à mettre en œuvre à cause des difficultés qui minent le chemin que parcourent les victimes vers la réparation.

Pour faire face à cette situation, dont les implications sur la réconciliation et la cohabitation sont évidentes, l'étude scrute les principaux écueils et ressources juridiques et institutionnelles d'accès à la réparation au profit de ces victimes. Elle propose quelques pistes d'amélioration basées sur une approche intégratrice et réparatrice pouvant inspirer et appuyer la médiation instituée par la loi du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant en République démocratique du Congo.

---

<sup>214</sup> Doctorant en droit, Université d'Ottawa, Assistant d'enseignement, Université de Kinshasa, Avocat au Barreau de Kinshasa/Gombe



## **REPARATION FOR ACTS COMMITTED BY CHILD SOLDIERS: A BUMPY RIDE FOR VICTIMS UNDER THE CONGOLESE LAW**

### **Abstract**

*Involvement of children in conflicts and violence of extreme gravity is a common practice throughout the world. The Democratic Republic of Congo is one of the states where the practice has made and continues to make the future and the fate of the child and victims alike, bleak! The legal mechanisms that could contribute to the healing of wounds are continuously facing challenges of various kinds.*

*This paper analyses Congolese legislation on reparation for victims in this particular situation where acts considered to be international crimes are committed by persons under the age of 18, referred to as 'child soldiers'. It is based on the recognised right of any person affected by a criminal act to access reparation, and maintains that unlike the responsibility arising from the recruitment and conscription of children and their participation in hostilities, the liability arising from the acts they commit is not easy to implement because of the difficulties that undermine the path that victims take towards reparation.*

*To address this situation, which has obvious implications for reconciliation and co-existence, the study examines the main legal and institutional obstacles and resources for access to reparation for these victims. It proposes a few avenues for improvement based on an inclusive and restorative approach that can inspire and support the mediation instituted by the law of 10 January 2009 regarding child protection in the Democratic Republic of Congo.*

## Introduction

La participation de l'enfant aux conflits et violences d'une extrême gravité est une pratique courante à travers le monde<sup>215</sup>. La République démocratique du Congo fait partie des États où cette pratique a rendu et continue à rendre l'avenir et le devenir de l'enfant et des victimes de ses actes sombres<sup>216</sup>. Les mécanismes juridiques à même de contribuer à la cicatrisation des plaies font continuellement face à de multiples défis.

Eu égard à ce constat, cette réflexion examine la législation congolaise relative à la réparation au profit des victimes dans cette situation particulière où des actes qualifiés des crimes internationaux ont été l'œuvre des personnes âgées de moins de 18 ans, désignées sous le vocable « enfant-soldat »<sup>217</sup>. Sans

<sup>215</sup> Au Moyen-Orient, des milliers d'enfants sont tués, mutilés, enrôlés ou utilisés dans le conflit. En Iraq, plus d'un demi-million d'enfants, ainsi que leur famille, étaient piégés dans Mossoul, et leurs réserves de vivres, de médicaments et d'eau potable étaient presque épuisées. En Syrie, les estimations portent à près de 500 000 le nombre d'enfants vivant dans des zones assiégées et n'ayant aucun accès à une aide humanitaire régulière. Au Yémen, un conflit intense a entraîné une pénurie d'eau et de nourriture, exposant un million et demi d'enfants à un risque de malnutrition aiguë. En République centrafricaine, de nombreux civils, y compris des enfants, ont été tués ou blessés lors d'affrontements entre des factions ex-Séléka en novembre, à l'est du pays, et plus de 11 000 personnes auraient été déplacées. Au Soudan du Sud, les affrontements entre l'Armée populaire de libération du Soudan (APLS) et l'Armée populaire de libération du Soudan dans l'opposition (APLS dans l'opposition) ont durement touchés les enfants. Lire : Rapport annuel de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour le sort des enfants en temps de conflit armé, Doc off AG NU, 34e sess, UN Doc A/HRC/34/44 (22 décembre 2016), à la p3, aux para 3-7, en ligne : [www.un.org](http://www.un.org) [Rapport de la Représentante spéciale 2016].

<sup>216</sup> Pour obtenir, en particulier, une analyse détaillée des rapports du Secrétaire général portant sur le conflit en République démocratique du Congo et qui se rapportent aux enjeux relatifs aux enfants, consultez le rapport de Watchlist, Protecting Children: Implementation of UN Security Council Resolution 1379 (Protection des enfants : mise en œuvre de la résolution 1379 du Conseil de sécurité des Nations Unies), en ligne : [www.watchlist.org](http://www.watchlist.org). Sur les neuf rapports soumis par le Secrétaire général de l'ONU depuis 2001 relatifs à la République démocratique du Congo, huit abordent les enjeux liés à la protection des enfants. Et jusqu'en février 2003, le Secrétaire général a signalé qu'il y avait encore des enfants-soldats dans tous les groupes armés opérant sur le territoire de cet État.

<sup>217</sup> Dans son évolution actuelle, le vocable « enfant-soldat » désigne toute personne âgée de moins de 18 ans enrôlée dans une force ou un groupe armé régulier ou irrégulier, quelle que soit la fonction qu'elle exerce, notamment, mais pas exclusivement, celle de cuisinier, combattant, porteur, messenger, et toute personne accompagnant de tels groupes qui n'est pas un membre de leur famille. Ainsi, cette définition englobe les filles recrutées à des fins sexuelles et/ou pour des mariages forcés. Lire dans ce sens : UNICEF, « Les Principes du Cap et meilleures pratiques concernant le recrutement d'enfants dans les forces armées et la démobilisation et la réinsertion sociale des enfants-soldats en Afrique » (1997) en ligne : <http://www.unicef.org>. Cette définition est problématique lorsqu'on la confronte à l'incrimination de conscription, d'enrôlement et d'utilisation d'enfant constitutive de crime

s'attarder sur la pratique judiciaire, l'étude met l'accent sur les principaux écueils juridiques et institutionnels d'accès à la réparation auxquels les victimes sont continuellement confrontées avant d'esquisser quelques pistes d'amélioration basées sur une approche (ré)intégratrice et (ré)conciliatrice qui inspire et appuie la médiation prévue par la loi du 10 janvier 2009 sur la protection de l'enfant.

Selon le droit applicable en République démocratique du Congo, et dans nombre d'États à travers le monde, l'enfant mineur d'âge est, en règle générale, soumis à une justice ou une juridiction spécialisée suivant des règles dérogatoires à celles applicables à l'adulte-majeur d'âge. Ce régime, sans être antinomique à ce que l'enfant qui commet des actes infractionnels soit conduit devant son juge naturel et que la victime de tels actes accède à la réparation, implique la mobilisation et l'application des règles et normes adaptées à l'état de vulnérabilité de l'enfant et qui placent son intérêt au centre.

Du crime le moins grave à celui d'une gravité particulière, le régime demeure le même, sauf pour l'enfant âgé de moins de 14 ans, qui bénéficie d'une présomption irréfragable d'irresponsabilité pénale. Même si cette exclusion n'empêche pas la possibilité de réparation au profit des victimes et l'application de mesures extrajudiciaires, sa mise en œuvre appelle plusieurs subtilités dans le contexte congolais où la participation des enfants à la commission d'actes d'une gravité particulière peut se concevoir dès leur très jeune âge, entraînant un nombre important des victimes. Contraints ou encouragés par leurs parents ou communautés, la plupart des enfants-soldats rejoignent les groupes et forces armés très tôt. Si la minorité justifie leur soustraction à la justice pour adulte, ou pour enfants pour certains d'entre eux, la contrainte et la démence, en raison du fait que dans nombre des situations ils agissent sous les effets de la drogue ou encore sous le commandement d'un supérieur dont l'identification pourrait être difficile, peuvent rendre leur poursuite judiciaire problématique pas moins que l'accès des victimes de leurs actes à la réparation.

Au demeurant, dans un tel schéma judiciaire, outre l'enfant-victime de l'enrôlement, de la conscription et de la participation aux hostilités, la victime de ses actes garde son droit à réparation des préjudices subis en recourant à toutes voies de droit. Elle peut s'en référer au juge pour enfants par une action qui vise directement l'enfant-soldat, soit encore au juge ordinaire à travers une action civile contre l'auteur de l'enrôlement et de la conscription. La première voie permet à la victime de se constituer partie civile à des fins de réparation subsidiairement à l'action publique pour manquement qualifié d'infraction à la loi pénale à charge de l'enfant-soldat. La seconde voie, pour sa part, fonde la victime à faire prévaloir ses prétentions en démontrant le lien direct entre le crime et le préjudice et le fait que l'enfant était au moment des faits sous la responsabilité du

---

de guerre au sens du droit international pénal (l'alinéa 2 points b (xxvi) et e (vii) de l'article 8 du Statut de Rome).

civilement responsable, l'auteur de l'enrôlement ou de la conscription d'enfants, mais dont la responsabilité pénale devra être reconnue au préalable. Dans l'une comme dans l'autre voie, il s'agit d'une procédure quasi spéciale qui ne se prête pas à celle qui conduit à l'établissement de la responsabilité pénale du fait d'enrôlement, de conscription et d'utilisation d'enfants dans les hostilités qui constitue un crime de droit international.

Cette responsabilité, consacrée essentiellement par le droit international pénal, est porteuse d'une conception protectrice à l'égard des enfants qui participent aux hostilités. Ces derniers sont victimes du fait de leurs enrôlement, conscription et participation aux hostilités et méritent de ce fait protection et réparation. À y voir de plus près, la conception met en surface une dichotomie entre l'adulte en tant qu'auteur actif et l'enfant-soldat en tant que victime passive<sup>218</sup>. Sous cet angle, les victimes des actes de l'enfant sont exposées à rester dans l'ombre et à être sous-représentées sur la scène judiciaire. Cette occultation a fait émerger dans la doctrine une critique autour du discours protectionniste des enfants-soldats en droit international<sup>219</sup>. En réalité, la participation des enfants à la perpétration des crimes les plus graves, ceux dont les conséquences touchent des victimes diversifiées, devrait mettre en scène, d'une part, les enfants-soldats victimes et, d'autre part, les autres victimes de leurs actes. La présence de cette deuxième catégorie des victimes est subordonnée par la qualification et la prise en charge des actes subis par elle par l'organe de poursuite et de répression. Bien plus, la perception et les attentes de ces victimes ne sauraient s'accommoder aussi facilement avec cette conception qui les range du même côté que ceux qu'elles considèreraient comme « véritables bourreaux ».

De la jurisprudence congolaise sur les crimes internationaux on peut déduire, d'une part, la possibilité des poursuites contre certains enfants-soldats pour manquement constitutif de crimes internationaux et, d'autre part, en application de la complémentarité entre les juridictions congolaises et la Cour pénale internationale, celle des poursuites contre les auteurs de conscription, d'enrôlement et d'utilisation d'enfants assortie de mesures de réparation au profit de ces derniers par la justice pénale internationale. Cette déduction illustre la double face qui caractérise l'enfant-soldat sur la scène judiciaire, la face de l'enfant-victime et celle de l'enfant-auteur des crimes les plus graves.

Au tréfonds de ces faces loge l'interrogation sur le sort des victimes de tels actes au regard des mécanismes juridiques d'accès à la réparation prévus par la législation congolaise. En étudiant le système sur le fondement duquel la réparation des actes de l'enfant-soldat s'envisage et se réalise, la réflexion met en garde le fait que les jeux et enjeux tournent sur l'auteur de la conscription ou

<sup>218</sup> Mark A. Drumbl, *Reimagining child soldiers in international law and policy*, New York, Oxford University Press, 2012, aux pp21 et 23.

<sup>219</sup> Ibid.

de l'enrôlement ou de l'utilisation. Que la victime se tourne vers le juge pour enfants ou le juge civil ordinaire, sa démarche ne se passe pas de l'auteur de l'enrôlement ou de la conscription ou de l'utilisation. L'équation se complexifie davantage lorsqu'il se dessine une différence entre l'auteur de l'enrôlement ou de la conscription et celui de l'utilisation de l'enfant, d'une part, et lorsque la présence de l'enfant s'inscrit dans le cadre d'une politique générale communautaire de défense ou de revendication d'un quelconque droit, d'autre part. Dès lors, l'identification, la connaissance ou encore la condamnation de l'auteur, si trouvé, sont les conditions incontournables du droit à l'accès à la réparation et à la justice au profit des victimes. Le droit congolais ne disposant pas de système de fonds de garantie ou d'aide des victimes, la (ré)conciliation et la (ré)intégration des victimes deviennent de vœux pieux. Au demeurant, en considération du fait que les victimes des enfants-soldats sont diversifiées, les préjudices énormes et l'accès à la justice et à la réparation, la place devrait être accordée à des voies alternatives à identifier et analyser sous le prisme des objectifs imposés par le processus de (ré)conciliation et de (ré)intégration des victimes.

Ainsi, cette réflexion se révèle une prospective sur les enjeux à l'épicentre de cette question et la nécessité pour la justice congolaise classique d'explorer au maximum des ressources judiciaires et extrajudiciaires nécessaires à la construction d'une paix durable par la conciliation des droits pour la réconciliation des victimes.

La mise en lumière des éléments contextuels de la participation des enfants-soldats à la perpétration des violences en République démocratique du Congo (1) ainsi que des mécanismes prévus tant par le droit international que par le droit national visant la poursuite et la répression desdits crimes (2) permettent de situer le système suivant lequel l'action judiciaire en vue de la réparation au profit des victimes se conçoit dans le chef des personnes desquelles lesdits enfants répondent civilement (3) avant de révéler les écueils auxquels cette procédure se butte et les perspectives d'amélioration envisageables (4).

## **I. Quelques éléments contextuels de la participation des enfants-soldats aux hostilités à travers le cas congolais.**

Durant les multiples conflits qui ont marqué l'histoire de la République démocratique du Congo les deux dernières décennies<sup>220</sup>, l'utilisation des enfants

<sup>220</sup> Sur les conflits en République démocratique du Congo, lire utilement Hervé Cheuzeville, *Chroniques africaines de guerre et d'espérance. R. D. Congo, Ouganda, Rwanda, Burundi, Soudan*, Aix-en-Provence, éd. Persée, 2006. Plusieurs violations durant ces conflits sont consignées dans des Rapports des Nations Unies et des organisations non gouvernementales internationales. Voir : Nations Unies, *Rapport de l'équipe d'enquête du Secrétaire Général sur les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire en République Démocratique du Congo*, New York, Nation Unies, 2 juillet 2008 ; Nations Unies,

a occupé une place remarquable. De la guerre dite de libération conduite par l'Alliance des Forces démocratiques pour la Libération du Congo (1.1) en passant par diverses rébellions jusqu'au récent conflit dans le Kasai, dit phénomène Kamwuina Nsampu (1.2), les enfants sont restés la cible principale des violences de manière aussi bien active<sup>221</sup> que passive<sup>222</sup>.

### 1.1 Utilisation des enfants durant la guerre dite de libération : une arme à feu prend la place du stylo des enfants surnommés 'Kadogos'.

C'est sous la rébellion menée par Mzée Laurent Désiré Kabila, appuyée par quelques forces étrangères<sup>223</sup>, contre le régime autoritaire du Maréchal Mobutu que, pour la première fois, la pratique d'utilisation des enfants dans les conflits sans égard à leurs âges, désignés sous le vocable « Kadogo »<sup>224</sup>, a connu une expansion vertigineuse<sup>225</sup> au point de s'ériger en stratégie de combat pour les rebelles.

---

*Rapport sur la situation des droits de l'homme dans la République Démocratique du Congo présenté par le Rapporteur spécial, M. ROBERT conformément à la résolution 1999/56 de la Commission des droits de l'homme, Commission des droits de l'homme des Nations Unies, Genève, E/CN.4/2000/42, 18 janvier 2000 ; Amnesty International, « La torture, arme de guerre contre des civils non armés », Rapport de juin 2001 ; Human Right Watch, « Meurtre et répression dans l'Est du Congo », Rapport du 16 mai 2000.*

- <sup>221</sup> C'est à ce titre que les enfants prennent part au conflit après leur enrôlement ou conscription. Indépendamment des raisons qui concourent à leur utilisation, une fois qu'ils rejoignent les rangs des groupes armés leur participation aux hostilités est marquée par la perpétration des crimes souvent même très graves. Cette utilisation de l'enfant est perçue comme un grave abus. La mise en place de règles interdisant le recrutement et l'enrôlement des enfants en vue de les faire participer aux hostilités est la formalisation de toutes les dénonciations et condamnation du phénomène par les acteurs de la communauté internationale.
- <sup>222</sup> En tant que victimes passives, les enfants sont exposés du fait de leur vulnérabilité. Les maladies, les séparations, la rupture avec la vie scolaire, la famine sont autant de situations difficiles devant lesquelles ils sont confrontés de manière générale. Les combats tuent directement chaque année des milliers d'enfants victimes d'armes à feu et d'arme blanche, des bombes et des mines. Lire Graça Machel, *Conséquences des conflits armés sur les enfants. Quelques points saillants*, New York, Département de l'information des Nations Unies, 1996, à la p12.
- <sup>223</sup> Parmi ces forces étrangères on peut citer celles du Rwanda, de l'Ouganda, du Burundi, de la Namibie, du Tchad et du Zimbabwe. Lire à ce sujet, Modeste Mutinga, *Chronique d'une paix négociée en République Démocratique du Congo. Un devoir de mémoire (1998-2003)*, Kinshasa, Espace Afrique, 2005 ; R. Minani Bihuzo, *Du pacte de stabilité de Nairobi à l'acte d'engagement de Goma. Enjeux et défis du processus de paix en République démocratique du Congo*, Kinshasa, Cepas/Rodhecic, aux pp7-17.
- <sup>224</sup> Nadia Chahed, « Est de la RDC : « Kadogo », l'incontournable destin des enfants de la guerre? » (2017), en ligne : <https://www.aa.com.tr/fr/afrique/est-de-la-rdc-kadogo-lincontournable-destin-des-enfants-de-la-guerre-/912990>.
- <sup>225</sup> On estime que plus de 10 000 enfants ont combattu dans les rangs de l'AFDL. Lire : Watchlist on Children and Armed Conflict, « Impact des conflits armés sur les enfants en République démocratique du Congo (RDC) », Juin 2003, p.27 en ligne : [http://watchlist.org/wp-content/uploads/dr\\_congo.report.fr\\_.pdf](http://watchlist.org/wp-content/uploads/dr_congo.report.fr_.pdf)

Ne disposant pas des troupes propres à elle, l'alliance faisait, sur chaque partie du territoire conquis avec l'aide des forces armées étrangères qui l'accompagnaient, un appel général de recrutement et d'enrôlement des enfants du terroir. Cette opération faisait que les stylos de ces enfants, pour la plupart sur le banc de l'école pour bâtir leur avenir, soient remplacés par les kalachnikovs.

Parties de la partie orientale du pays, les troupes de l'Alliance ne faisaient que se remplir d'enfants qui étaient, dans une large mesure, préférés aux adultes du fait de leur discipline et malléabilité. En général, pour les groupes armés, les enfants ont beaucoup d'atouts au-delà du besoin de remplir ou de constituer de nouvelles troupes. Faciles à motiver ou à manipuler, ils n'ont pas conscience des opérations risquées, sont moins enclins à désertir et s'adaptent mieux à leur nouvel environnement<sup>226</sup>. Il est plus facile de faire le lavage de leurs cerveaux en leur inculquant en très peu de temps l'idéologie du combat.

Des témoignages des victimes et d'ex-enfants-soldats eux-mêmes révèlent que l'arme remise à l'enfant est son seul moyen de défense<sup>227</sup>. Il en fait usage à chaque fois qu'il se trouve en face d'une moindre menace. Sa gâchette est facile.

Un ancien enfant-soldat recruté de force lors de l'entrée des troupes de l'AFDL en 1996 relate comment, à leur passage, les Kadogos étaient en ligne d'attaque et tiraient sans recul ni pitié. Les adversaires capturés étaient soumis à des supplices avant que leur vie soit ôtée<sup>228</sup>. Des villages incendiés, des femmes violées sans la moindre idée de l'art de combattre ni des règles qui encadrent cet art. Ils étaient nombreux dans le rang et se recrutaient au fur et à mesure que l'alliance avançait. Certains d'entre eux ne suivaient aucune formation en dehors de quelques informations sur l'utilisation de l'arme. Les enfants-soldats se croyaient dans un film et non sur un vrai champ des batailles et prenaient plaisir à commettre des violences extrêmes.

L'on se souviendra même que la majorité des membres de la garde rapprochée de celui qui devenait le président de la République, après la chute de la capitale Kinshasa en 1998, étaient des enfants, les *Kadogos*.

Entre le moment de la prise de pouvoir de Laurent Kabila et la signature de l'Accord de Sun City ayant conduit à la transition démocratique en 2003,

---

<sup>226</sup> Marc Schmitz, *Les enfants-soldats un phénomène universel de plus en plus préoccupant*, dans Marc Schmitz, dir., *La guerre. Enfant admis*, Bruxelles, Coédition Grip-Éditions Complexe, 2001, à la p 35.

<sup>227</sup> Junior Nzita Nsuami « Kadogo », *Si ma vie d'enfant soldat pouvait être racontée*, Témoignage, Paix-pour-lenfance, 2016.

<sup>228</sup> Ibid.

quelques rébellions<sup>229</sup> ont ouvert un nouvel épisode et les enfants y sont restés la cible principale.

## **1.2 Des diverses rébellions au phénomène dit Kamwina Nsamu : les enfants pris toujours pour cibles des violences.**

À la suite de la rébellion qui a conduit à la chute du régime du maréchal Mobutu avec une forte participation des enfants-soldats, de nombreux appels de la communauté internationale exigeant le désarmement et la démobilisation de ces derniers ont été lancés<sup>230</sup>. En dépit de ces appels, la pratique a poursuivi son bonhomme de chemin. Le cas le plus emblématique parmi tant d'autres est celui du conflit qui a déchiré l'Ituri, dans la partie orientale de la République démocratique du Congo, entre 1999 et 2003 (1.2.1). À ce cas, peut s'ajouter la récente situation découlant du phénomène dit Kamuina Sampu où plusieurs enfants ont été impliqués dans un conflit opposant un chef coutumier aux autorités gouvernementales dans le Kasai (2.1.2).

### **1.2.1 Les enfants dans le conflit d'Ituri**

Le conflit d'Ituri (ancien district de la province orientale et devenu du fait du découpage territorial une province à part entière) figure parmi l'un des plus meurtriers que la République démocratique du Congo ait connus. L'une des marques de ce conflit a consisté en l'utilisation des enfants âgés de 7 et 15 ans. Le contexte dans lequel ces êtres vulnérables ont été utilisés s'inscrit dans les déchirements interethniques entre Hema et Lendu, principales ethnies établies en Ituri. Depuis juin 1999, cette partie du pays a connu une période très sombre à

<sup>229</sup> Dans l'un de ses Rapports datant du 26 novembre 2002, le Secrétaire général de l'ONU a désigné comme parties aux conflits qui recourent aux recrutements et l'exploitation des enfants-soldats : Le gouvernement de la RDC, le Mouvement pour la Libération du Congo, le Rassemblement Congolais pour la Démocratie-Goma, le Rassemblement Congolais pour la Démocratie-National, le Rassemblement Congolais pour la Démocratie-Kisangani/Mouvement de Libération, l'Union des Patriotes Congolais (milice hema), les Forces de Masunzu, les Milices lendu, les ex-FAR/Interahamwe, les milices Maï-Maï, la Force de défense rwandaise (anciennement Armée patriotique rwandaise) et d'autres groupes armés illégaux recrutent de force et exploitent des enfants comme soldats. (S/2002/1299) du 26 novembre 2002.

<sup>230</sup> C'est le cas de la résolution 1355 adoptée à la 4329<sup>e</sup> séance du Conseil de sécurité du 15 juin 2001. Le paragraphe 18 de cette résolution a condamné l'utilisation d'enfants soldats; a exigé que toutes les forces et les groupes armés concernés mettent un terme à toutes les formes de recrutement, de formation et d'utilisation d'enfants dans leurs forces armées, et a exhorté toutes les parties à collaborer avec l'ONU, les organismes à vocation humanitaire et les autres organisations compétentes, afin d'assurer la démobilisation, la réadaptation et la réinsertion rapides des enfants enlevés ou enrôlés dans les forces ou groupes armés et de leur permettre de rejoindre leur famille...



travers des affrontements et des massacres d'une barbarie inimaginable<sup>231</sup> et aux allures génocidaires.

Les membres de deux groupes ethniques en conflit se sont constitués en force d'autodéfense en créant respectivement des milices. Chacune avait du soutien venu des forces étrangères ou gouvernementales compte tenu des enjeux économiques et financiers en présence<sup>232</sup>. Au nombre de groupes d'autodéfense figure le mouvement Union des patriotes congolais. En tant qu'un des membres fondateurs de ce mouvement, Thomas Lubanga en est devenu le président avant de devenir quelque temps après seulement, le commandant suprême de sa branche armée.

En vue de faire face aux hostilités dans lesquelles le mouvement était engagé, entre le 1<sup>er</sup> septembre 2002 et le 13 août 2003, la branche armée a procédé au recrutement généralisé de jeunes, dont des enfants de moins de 15 ans de manière aussi bien forcée que « volontaire »<sup>233</sup>.

La particularité de cette implication d'enfants réside dans le rôle que les familles étaient appelées à jouer. Compte tenu de la cause originelle de conflits, certaines familles envoyaient ou encourageaient les enfants-garçons comme filles à faire partie des groupes pour assurer la défense de la communauté. Une fois recrutés, les enfants étaient envoyés soit au quartier général de l'Armée à Bunia soit dans ses camps de formation établis, notamment, à Rwampara, Mandro et Mongbwalu où ils suivaient des régimes de formation très durs et subissaient divers châtiments sévères<sup>234</sup>.

Alors que les garçons étaient plus utilisés comme garde de corps des autorités militaires, les enfants-filles âgées de moins de 15 ans étaient plutôt utilisées comme domestiques au service de ces autorités et autres chefs militaires ou elles étaient au service des appétits sexuels<sup>235</sup>.

<sup>231</sup> Nicaise Kibel'bel Oka, RD Congo-Ituri de la guerre identitaire au pillage des mines d'or de Kilo Moto par des multinationales anglo-saxonnes, Bruxelles, Éditions-Scribe, 2016, aux pp25-59.

<sup>232</sup> Pour les experts qui sont intervenus devant la Cour en l'affaire Thomas Lubanga, la plupart des violences survenues en Ituri de 1999 à 2003 répondaient initialement à des motivations économiques, et le conflit était principalement dû à l'implication de membres de l'armée nationale ougandaise (UPDF), qui tiraient un avantage économique des troubles sociaux, *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-1/649, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut (14 mars 2012) au para 72 (Cour pénale internationale, Chambre de première instance I), en ligne [www.icc-cpi.org](http://www.icc-cpi.org).

<sup>233</sup> *Ibid* au para 911.

<sup>234</sup> *Ibid* aux para 912-913.

<sup>235</sup> Selon un témoignage, Abelanga, un des commandants de FPLC, gardait chez lui une jeune fille de moins de 15. Cette dernière lui préparait à manger et, même si elle lui disait je ne

Plusieurs violations des droits de l'homme avaient été commises par ces enfants sous l'encouragement ou l'encadrement de leurs supérieurs à l'encontre des membres de l'autre ethnie alors qu'ils avaient toujours vécu ensemble. À la lumière de ce contexte factuel, il apparaît que non seulement les enfants étaient enrôlés et recrutés par les forces armées de l'Union des patriotes congolais, mais ils prenaient part aux hostilités et leur implication était dictée, à la base, par un conflit interethnique si bien qu'au sein de chaque groupe, on retrouvait exclusivement les soldats appartenant à une même ethnie.

### 1.2.2. Les enfants dans le conflit dit Kamuina Sampu.

Plusieurs explications peuvent être données au sujet du conflit consécutif au phénomène dit Kamuina Sampu dans le Kasai<sup>236</sup>, au centre de la République démocratique du Congo. Sans entrer dans les causes et origines lointaines de ce conflit, l'on peut noter qu'il a opposé, d'une part, les autorités gouvernementales aux membres de clan de Kamuina Sampu, d'autre part, dont le Chef,

fustigeait la négligence de l'État congolais depuis l'indépendance (...), traitait tous les détenteurs civils, militaires et policiers de « mercenaires », et qualifiait le gouvernement national de « gouvernement d'occupation »<sup>237</sup>.

L'intérêt de reprendre ce conflit parmi les éléments de contexte réside dans le fait de la présence massive des enfants. Représentant 60% des personnes engagées dans les forces miliciennes de la région, les enfants, quel que soit leur âge, subissaient un rite initiatique censé leur conférer des pouvoirs surhumains<sup>238</sup>.

Contrairement au cas de l'Ituri où le conflit était visiblement armé, le phénomène dit Kamuina Nsapu est à inscrire dans la logique des pratiques mystiques et coutumières. Le chef coutumier exerçait son droit traditionnel sur ses sujets. Aucune résistance ne pouvait ainsi s'envisager, car elle irait à l'encontre des prescrits coutumiers et irriterait les ancêtres vraisemblablement.

---

veux pas, on l'entendait pleurer la nuit. Le commandant Ndjabu utilisait aussi une autre fille comme garde du corps et plus tard elle est tombée enceinte du Chef de brigade. *Ibid* au para 894.

<sup>236</sup> « Chronologie. La crise au Kasai en 30 dates », en ligne : <http://webdoc.rfi.fr/rdc-kasai-violences-crimes-kamuina-nsapu/chronologie/index.html>; « Le Gouverneur du Kasai central appelle la population à privilégier la Paix en toute situation », en ligne <https://peacekeeping.un.org/fr/le-gouverneur-du-kasai-central-appelle-la-population-privilegier-la-paix-en-toute-situation>.

<sup>237</sup> Éléments de réponse du Vice-Premier Ministre de l'intérieur et de la sécurité Emmanuel Ramazani Shadari à la question d'un député de Dibaya, Martin Kabuya, à l'Assemblée nationale, le 17 janvier 2017.

<sup>238</sup> Farah Malek-Bakouche « Les enfants oubliés du Kasai », en République démocratique du Congo », publié le 10 mai 2018, Unicef Canada, en ligne : <https://www.unicef.ca/fr/blog/les-enfants-oublies-du-kasai-en-republique-democratique-du-congo>.

C'est donc sous ce format prédominé par la croyance en des forces invisibles que les enfants étaient initiés. Pour ces êtres, rien ne pouvait faire face à ces forces invisibles, pas même les armes que pouvaient utiliser les membres des forces de l'ordre.

Arme blanche à la main, une bande rouge attachée sur la tête et quelques cris poussés tels était la technique des combats employée par ces jeunes. Par cette technique, plusieurs actes de barbarie ont été commis et la riposte gouvernementale a entraîné des victimes dans le groupe Kamuina Sampu.

La question de droit qui attire l'attention lorsqu'il s'agit de faire référence à ce phénomène est de savoir s'il est justifiable de parler d'enfants-soldats. À s'en tenir à la définition élargie de l'enfant-soldat<sup>239</sup>, il n'y aurait aucun malaise de soutenir qu'à travers ce conflit, il a été fait recours aux enfants-soldats. Le fait que la grande partie du combat dans lequel ces enfants ont été impliqués s'est déroulé au moyen des fétiches n'est pas un critère pertinent ni déterminant pour la définition d'un enfant-soldat selon le droit international.

À travers ces illustrations de la pratique d'utilisation des enfants durant le conflit, il apparaît que ces êtres ont non seulement subi les affres des violences, mais aussi ont, par leurs actes, entraîné des victimes tant directes qu'indirectes pour qui le droit d'accéder à la réparation et à la justice est reconnu par les lois internationales et nationales.

## **2. Enfants-soldats soumis au système de justice congolais et/ ou international ?**

Dépendamment de chaque système judiciaire interne, les mineurs d'âge sont soumis à une justice différente de celle des majeurs d'âge. Cette forme de justice se singularise par son adaptation à la vulnérabilité et le degré de maturité des enfants à travers l'adoption des mesures visant leurs rééducation, resocialisation et réinsertion. Elle se conçoit en termes de protection et aussi de sanctions qui privilégient<sup>240</sup> en tout temps l'intérêt supérieur de l'enfant.

Face au dilemme poursuite ou non des enfants pour les actes graves perpétrés pendant le conflit auquel ils ont pris part, le droit interne congolais offre une approche différente, même si elle reste difficile à mettre en œuvre,

<sup>239</sup> UNICEF, « Les Principes du Cap et meilleures pratiques concernant le recrutement d'enfants dans les forces armées et la démobilisation et la réinsertion sociale des enfants-soldats en Afrique » (1997) en ligne : <http://www.unicef.org>.

<sup>240</sup> Bernard Boëton, Les enfants-soldats et la justice pour mineurs, in Mohamed Abdelsalam Babiker, Maxence Daublain et Alexis Vahls, dir., Enfants-soldats et droits des enfants en situation de conflit et post-conflit. Relaites et enjeux, Paris, L'Harmattan, 2013, à la p140.

comparativement au droit international pénal, dont la récente évolution met aux prises deux tendances.

Les rapports entretenus entre le droit international et le droit interne en cette matière ne rendent pas faciles les procédures d'accès à la réparation et à la justice au profit des victimes des actes des enfants. Il se dessine non seulement une pratique diamétralement opposée entre poursuite et non des enfants-soldats (2.1), mais aussi quelques difficultés découlant de la compétence entre la Cour pénale internationale et les juridictions congolaises (2.2), qui laissent subsister un paradoxe sur l'utilisation des enfants-soldats et de prise en charge des victimes.

## 2.1 Double face de la justice pénale internationale face aux pratiques d'enfants-soldats

La conception protectionniste de la justice pénale internationale sur le phénomène enfants-soldats se trouve assouplie par celle visant la responsabilisation spéciale des enfants. Dans le premier cas, les enfants-soldats sont considérés comme victimes du fait de leurs conscription, enrôlement et participation à un conflit tandis que dans le second, à partir d'un certain âge, les enfants-soldats sont soumis à un régime de responsabilité spécifique.

Ces deux conceptions sont portées par, d'une part, le système mis en place par le Tribunal pénal pour la Sierra Leone<sup>241</sup>, qui admet des poursuites contre des enfants-soldats âgés de 15 à 18 ans et, d'autre part, celui issu de la Cour pénale internationale, dont le Statut est entré en vigueur en 2002, qui écarte de sa compétence *ratione personae* les personnes de moins de 18 ans<sup>242</sup>. Dans les textes organisant ces juridictions, l'enrôlement, la conscription et la participation<sup>243</sup> des enfants de moins de 15 ans dans les hostilités sont érigés en crime de guerre.

<sup>241</sup> Le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone est issu de *l'Accord entre les Nations Unies et le Gouvernement de la Sierra Leone sur la création d'un Tribunal spécial* conformément à la résolution du Conseil de sécurité 1315 (2000) du 14 août 2000, art. 7.

<sup>242</sup> Alinéa 26 du Statut portant création de la Cour pénale internationale.

<sup>243</sup> Selon le Rapport du Comité préparatoire pour la création de la Cour pénale internationale, « Les mots 'utilisation' et 'participation' sont employés de manière à couvrir à la fois la participation directe au combat et la participation active à des activités en rapport avec le combat, telles que la reconnaissance, l'espionnage, le sabotage, ainsi que l'utilisation d'enfants comme leurres, comme messagers ou aux postes de contrôle militaires. Ne sont pas visées les activités manifestement sans rapport avec les hostilités comme la livraison de denrées alimentaires à une base aérienne ou l'emploi de personnel domestique dans les quartiers réservés aux officiers mariés. En revanche, l'emploi d'enfants comme porteurs pour approvisionner le front ou à toutes autres activités sur le front même est couvert par cette terminologie ». Lire : *Projet de Statut de la Cour criminelle internationale, addendum* du Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, p. 21.

Suivant cette fourchette, seuls les enfants âgés de 15 ans ou moins sont visés. L'autre catégorie n'étant pas reprise, l'on pourrait soutenir que son enrôlement, sa conscription et son utilisation lors d'un conflit armé ne constituent pas un crime de guerre. Sur cette question, la doctrine note l'avancée réalisée par le Protocole de Malabo en relevant l'âge d'interdiction de recrutement et d'enrôlement d'enfant à 18 ans là où les autres instruments juridiques sont restés favorables au seuil de 15 ans<sup>244</sup>. La législation congolaise suit cette logique depuis la constitution de la transition de 2004<sup>245</sup>. En dépit de sa non-reprise dans la constitution qui régit le pays depuis 2006, la loi portant protection de l'enfant a reconduit cette position en 2009. Le droit régional africain et le droit national congolais sont en harmonie et pourraient contribuer au règlement des incohérences des autres textes juridiques.

À travers ces deux systèmes, la question de la réparation des actes des enfants-soldats, si identifiés, reste imputable au recruteur et/ou à l'enrôleur, et subordonnée à la reconnaissance de culpabilité de celui-ci en sa qualité du supérieur hiérarchique. Le Tribunal pénal pour la Sierra Leone renvoyait la question de la réparation au droit interne alors que la Cour pénale internationale la prend en charge à l'issue des audiences auxquelles prennent part activement les victimes.

Suivant la logique protectionniste<sup>246</sup>, les enfants-soldats peuvent jouer deux rôles sur la scène pénale internationale. Ils peuvent être, d'une part, victimes et, d'autre part, témoins des crimes. L'enfant est victime du crime de guerre aux termes de l'alinéa 2 points b (xxvi) et e (vii) de l'article 8 du Statut portant création de la Cour pénale internationale lorsqu'il est recruté et enrôlé dans les forces armées ou a participé activement aux hostilités alors qu'il est âgé de moins de 15 ans. À ce titre, il ne peut pas être soumis, au sens de cette conception, à une quelconque procédure judiciaire pour les crimes qu'il aurait commis pendant les hostilités. C'est plutôt la responsabilité de celui qui a fait appel à lui dans ces conditions qui est mise en cause pour crime de guerre. En cas de reconnaissance de la culpabilité, au-delà de tout doute raisonnable, il peut être décidé des mesures de réparation au profit de l'enfant. En tant que victime, lui ou ses ayants droit

<sup>244</sup> Voire : Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, 27 June 2014, Assembly/AU/Dec. 529 (XXII), Doc. Assembly/AU/8(XXIII), Art. 14 [inserting Art. 28D (b) (xxvii) of the Statute of the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights]; Owiso Owiso, "International Law and the Protection of Children Associated with Armed Forces and Armed Groups : Reconciling Normative Standards on Recruitment and Participation", HuV Band 3 | 2020 | Heft 3-4 | S. 248-260 DOI 10.35998/huv-2020-0014, à la p252.

<sup>245</sup> Art. 176 de la constitution de la transition de la RDC du 4 avril 2003.

<sup>246</sup> Cette logique est consignée à l'article 26 du statut de Rome de la Cour Pénale Internationale du 17 juillet 1998, ratifié par la République démocratique du Congo le 30 mars 2002, entré en vigueur le 1er juillet 2002, stipulant ce qui suit : « *La Cour n'a pas compétence à l'égard d'une personne qui était âgée de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime* ».

participent au procès où ils s'y font représenter. Pour que les victimes de ses actes s'invitent sur la scène, il importe qu'une autre responsabilité soit établie dans le chef du recruteur en sa qualité de supérieur hiérarchique.

Contrairement à l'enfant à statut unique de victime, celui à qui le statut de témoin a été reconnu est un acteur sur qui repose une part importante de recherche de vérité judiciaire. Appelé au procès particulièrement par l'accusation, l'enfant témoin, sans avoir été devant une juridiction inférieure par le passé, devient un protagoniste important de la bataille juridique. Dans certaines situations, cette tâche peut être hardie lorsqu'il est attendu de l'enfant un témoignage contre celui qu'il considérerait ou qu'il considère encore comme son chef ou son leader. Le lien entre enfants-soldats et personnes qui les ont recrutés pourrait dans cette hypothèse se révéler solide au point de rendre le témoignage un moment où se contrarient le besoin de vérité judiciaire et la loyauté quasi permanente entre membres ayant servi au sein d'un même groupe.

Ce double statut des enfants lors du procès se passe, dans une certaine mesure, de la considération des victimes des actes de ces enfants. Aucune possibilité pour ces victimes de demander des comptes sous quelque facette que ce soit aux enfants en raison de la logique imprimée par le système même dans le cas des poursuites sur la base du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Les enfants sont couverts en tout état de cause. Et cette situation est de nature à occulter certains besoins de justice et de réparation le long du processus visant la guérison et la réintégration des enfants au sein de la communauté.

De son côté, la tendance punitive soumet les enfants-soldats à une procédure spéciale des poursuites. À considérer le champ de sa compétence matérielle, le Tribunal pénal pour la Sierra Leone se range parmi les premières juridictions pénales internationales à reconnaître la responsabilité pénale du fait de la conscription et de l'enrôlement des enfants ou leur utilisation dans les hostilités. De même qu'il a auguré, en considérant sa compétence personnelle, ce qu'on pourrait appeler la justice internationale pour mineurs affectés par le résonnement des armes et le bruit des bottes au côté des Chambres spéciales pour le Timor-Leste<sup>247</sup>. En effet, l'article 7 de son Statut dispose :

« Le Tribunal spécial n'est pas compétent pour juger les mineurs âgés de moins de 15 ans au moment où l'infraction alléguée a été commise.

<sup>247</sup> Les Chambres spéciales chargées de la poursuite et de la répression des crimes graves pour le Timor oriental (Timor-Leste) forment l'un des premiers tribunaux internationalisés « hybrides » à inculper un mineur pour crimes de droit international. Lire : Hervé Ascencio, Élisabeth Lambert-Abdelgawad et Jean-Marc Sorel, dir., *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Paris, Société de Législation Comparée, 200. En dehors des tribunaux hybrides de droit international, la justice locale a emboîté le pas de la punition des jeunes contrevenants pour crimes internationaux. C'est le cas de juridictions Gacaca, qui ont utilisé le droit pénal international pour juger les mineurs accusés d'avoir participé au génocide au Rwanda en 1994.

Si le Tribunal est appelé à juger une personne âgée de 15 à 18 ans au moment où l'infraction alléguée a été commise, cette personne doit être traitée avec dignité et respect, en tenant compte de son jeune âge et de la nécessité de faciliter sa réinsertion et son reclassement pour lui permettre de jouer un rôle constructif dans la société, et conformément aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, en particulier les droits de l'enfant »<sup>248</sup>.

Au regard de cette disposition, la différence s'établissait entre la minorité absolue et la minorité relative. Si, dans le premier cas, il n'était pas question de soumettre en justice les enfants dont l'âge était inférieur à 15 ans quoiqu'impliqués possiblement dans la perpétration des crimes, dans le second, le tribunal pouvait bien procéder à leur jugement en tant qu'auteur des crimes de droit international, mais en adoptant une procédure très adaptée à leur état de vulnérabilité permettant ainsi de spécialiser les mesures à leur rencontre.

Ainsi, l'on peut noter que la présence des enfants dans le système judiciaire international suivant la conception protectrice vise uniquement leur protection à des fins de réparation sans égard aux conséquences (pénales) engendrées par leurs actes. Par ailleurs, pour la tendance punitive, les enfants sont, à partir d'un certain âge, responsables de leurs actes, mais le traitement devrait tenir compte de leur situation<sup>249</sup>. Dans l'un ou dans l'autre cas, l'intervention du système judiciaire

<sup>248</sup> Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais sur la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *supra* note 27, art. 7.

<sup>249</sup> L'alinéa 2 de l'article 7 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone insiste sur ce fait en indiquant que : Dans la disposition d'une affaire contre un mineur délinquant, le Tribunal spécial visera dans tous les cas : l'orientation des soins et des ordonnances de surveillance, des ordonnances de service communautaire, le conseil, le placement familial, programmes de formation correctionnelle, éducative et professionnelle, des écoles agréées et, le cas échéant, des programmes de désarmement, de démobilisation et de réinsertion ou de programmes de protection de l'enfance. On peut également lire en doctrine : David Crane, « Strike Terror No More : Prosecuting the Use of Children in Times of Conflict – The West African Extreme », *International Criminal Accountability*, Karin Arts et Vesselin Popovski, dir., Hague Academic Press, Pays-Bas, 2006 ; M. Maystre et A. WERNER, « Un modèle de tribunal « internationalisé » : analyse du et perspectives sur le TSSL », *Droit international pénal*, R. KOLB, dir., Bruylant, Bruxelles, 2008, à la p403 ; T. Perriello et M. Wierda, « Le Tribunal spécial pour la Sierra-léone sur la sellette », ICTJ, 05/03/2005, à la p14, URL : <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-SierraLeone-Tribunaux-Hybrides-2006-French.pdf> du 11/02/2016. Lire également E. Blunt, « Paix fragile en Sierra Léone », *Le Monde Diplomatique*, 12/1999, à la p14 ; Galy M., « Libéria, une guerre oubliée », *Le Monde Diplomatique*, 09/1994, à la p11 ; Un autre témoignage d'un mineur ayant combattu en RD Congo, rapporté par l'ONG Vision du Monde, confirme cette perception [[www.visiondumonde.fr/news/temoignage-enfant-soldat](http://www.visiondumonde.fr/news/temoignage-enfant-soldat) consulté le 10/03/2016]. P. Pazartzsis, « Tribunaux pénaux internationalisés : Une nouvelle approche de la justice pénale (inter)nationale, AFDI, vol.49, n°1, 2003, aux pp641-661, spéc.646. Cités par : Bienvenu Wane Bameme et Ghislain-David Kasongo Lukoji, « La responsabilité pénale des mineurs en droit international et en droit congolais : Entre un pragmatisme justifié et un dogmatisme affirmé »(2018)12 :3, *Fiat Justicia*, 243-283, à la p260.

national n'est pas à mettre de côté. Ainsi qu'on le verra, dans le cadre de la Cour pénale internationale, la justice nationale a la priorité de poursuites, sauf manque de volonté ou de capacité de l'État partie au Statut de la Cour. Dans le cas où c'est la justice nationale qui intervient, la possibilité de poursuivre les enfants-soldats âgés entre 14 et 18 ans non accomplis ne se heurte à aucun obstacle alors qu'il en est autrement lorsque la Cour est saisie de la situation.

Bien plus, si la notion de réparation civile découle de celle de reconnaissance de culpabilité en droit international et est décidée par une autre instance, devant les instances judiciaires de certains pays à tradition romano-germanique à l'instar de la République démocratique du Congo, une victime d'un crime peut demander réparation devant la même juridiction saisie pour le fait criminel en se constituant partie civile. Cette procédure donne droit à la formulation de demande en réparation pour les préjudices subis tant dans le cas impliquant les enfants-soldats que dans celui mettant en cause les adultes.

## **2.2 Complémentarité entre la Cour pénale internationale et les juridictions congolaises dans le cas spécifique des enfants-soldats.**

Le mécanisme de complémentarité<sup>250</sup> dans le cadre de la Cour pénale internationale peut rendre compte de la complexité et d'une certaine incohérence en matière de traitement judiciaire sur les enfants-soldats. En effet, ce mécanisme, énoncé dans le préambule du Statut de Rome, donne priorité aux juridictions internes dans la poursuite et la répression des crimes internationaux. La Cour ne peut intervenir que lorsque ces juridictions font état de manque de volonté ou d'incapacité de se saisir des crimes de sa compétence.

Règle cardinale, cette complémentarité traduit la volonté des États de garder un large pouvoir dans la poursuite des crimes relevant de leur compétence. Cette logique véhicule la conception à travers laquelle le droit de punir est né. Car c'est aux membres de la société où l'ordre public a été troublé d'y rétablir l'ordre par l'action du ministère public qui en est le gardien. Comme l'opinent Luzolo Bambi Lessa et Bayona ba Meya, la justice doit se concevoir comme un outil de protection des droits des individus et de la société, de régulation et de la coexistence entre différents pouvoirs étatiques<sup>251</sup>.

En dépit de son incompétence à l'égard des personnes âgées de moins de 18 ans, la Cour pénale internationale n'empêche pas les juridictions nationales de les poursuivre conformément à leurs propres législations pour crimes

<sup>250</sup> Pour la complémentarité de la Cour pénale internationale, lire : le préambule du Statut de Rome ainsi que les articles 17 et 20 du même texte.

<sup>251</sup> Emmanuel-Janvier Luzolo Bambi Lessa et Nicolas-Abel Bayona ba Meya, *Manuel de procédure pénale*, Kinshasa, PUC, 2011 à la p663.



internationaux ou autres crimes ordinaires<sup>252</sup>. Absence de compétence ne peut équivaloir à irresponsabilité pénale des mineurs<sup>253</sup>. Si un enfant-soldat ne saurait être traduit devant cette Cour suivant le texte qui la régit, il peut par ailleurs répondre de ses actes devant les juridictions de son propre pays ou celles d'un autre pays dépendamment de la situation.

Ainsi, les enfants-soldats pouvant être traduits devant la justice interne pour n'importe quel crime, sous réserve de la distinction entre minorité absolue et relative, il en découle que si le principe de complémentarité est actionné, ils ne sauraient être soumis à la juridiction de la Cour pénale internationale pour défaut de compétence personnelle à leur encontre. La seule hypothèse de les y voir, c'est en qualité des victimes et/ou témoins contre la personne qui les a recrutés, enrôlés ou utilisés. En tant que victimes, ils sont éligibles aux mesures de réparation prononcées par la Cour contre le responsable de leur recrutement et/ou enrôlement.

La situation est tout autre si les juridictions nationales se saisissent de l'affaire. Lu à la lumière du principe de la complémentarité de la juridiction de la Cour par rapport aux juridictions nationales, l'article 26 du Statut de Rome laisse aux juridictions nationales la tâche de juger les mineurs<sup>254</sup>. Dans cette seconde hypothèse, les victimes des actes des enfants peuvent s'adresser à la justice pour faire entendre leurs voix à des fins de réparation pour les préjudices subis. Tout comme elles peuvent, en application de la règle de constitution de partie civile, demander réparation aux côtés des enfants-soldats à l'occasion du procès contre le responsable du recrutement, de l'enrôlement d'enfants ou de l'utilisation dans la mesure où il est perçu comme supérieur hiérarchique pour répondre des actes commis par ces enfants.

L'observation de la pratique en cette matière en République démocratique du Congo et la lecture de la doctrine<sup>255</sup> y afférente révèlent que dans certains cas, les enfants-soldats sont traités comme victimes. Dans d'autres, ils sont considérés

<sup>252</sup> Pacifique Manirakiza, « Les enfants face au système international de justice : à la recherche d'un modèle de justice pénale internationale pour les délinquants mineurs. (French) » (2009) 34:2 *Queens Law J* 719, p.722.

<sup>253</sup> Bienvenu Wane Bameme et Ghislain-David Kasongo Lukoji, *supra*, note 30 à la p256.

<sup>254</sup> Roger S. Clark et Otto Triffterer, « Article 26: Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen », in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, aux pp496-497

<sup>255</sup> Lire utilement : Raphael Nyabirungu mwene Songa, *Droit international pénal : crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, Kinshasa, Ed. Droit et Société, 2013 ; Eugène Bakama Bope, *La justice congolaise face aux crimes internationaux commis en RDC*, Paris, éd. L'Harmattan, 2014 ; Eugène Bakama Bope, « L'expérience congolaise de la Cour Pénale Internationale (The Congolese Experience of the International Criminal Court) » (2016) 82. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2886383>.

comme adultes et soumis aux instances judiciaires pour adultes, en l'occurrence les juridictions militaires, du fait de l'âge que renseigne la pièce d'identité<sup>256</sup>. En particulier, cette question d'âge des jeunes soldats suscite d'interrogation. Le cas emblématique est celui d'un jeune poursuivi et condamné par le tribunal militaire de Garnison de Beni sous RP. 863/14. Pendant les audiences, le « prévenu » avait relevé le fait qu'il lui avait été fabriqué une carte d'identité qui ne reflétait pas son âge réel. Malgré cette révélation, qui devait normalement conduire le Tribunal de céans à se dessaisir de l'affaire au profit d'un tribunal pour enfants, le « prévenu » avait écopé d'une peine de servitude pénale de 20 ans pour participation à un mouvement insurrectionnel et avait été acheminé à Kinshasa dans une prison militaire destinée à recevoir les prisonniers les plus dangereux du pays.

Au demeurant, dans la plupart de cas, la responsabilité de l'enrôleur ou du recruteur est mise en avant non pas au titre de crime international, mais plutôt au titre de violation de consigne ou d'enlèvement<sup>257</sup>.

Il en découle que les victimes de leurs actes rencontrent des obstacles d'accès à la réparation et à la justice. Et pourtant, la participation des enfants dans la perpétration des crimes internationaux<sup>258</sup> est récurrente dans les conflits qui déchirent la République démocratique du Congo. Il reste, dans ce pays où existent des juridictions pour enfants<sup>259</sup>, rare de trouver des poursuites contre les enfants-soldats, même dans le cadre de l'affaire qui a opposé le Procureur à Thomas Lubanga devant la Cour pénale internationale, et à l'issue de laquelle plusieurs enfants-soldats avaient été reconnus victimes et bénéficié des mesures de réparation.

Ce constat paradoxal peut contribuer à la fragilisation de la mission de lutter contre l'impunité des crimes les plus graves et à celle visant la (ré)conciliation et (ré)intégration des victimes.

---

<sup>256</sup> RP. 863/14, Tribunal militaire de Garnison de Beni, Citée par Sarah Katika Mali, *De l'intérêt supérieur de l'enfant en droit positif congolais. Cas des enfants en conflit avec la loi*, mémoire présenté et défendu en vue de l'obtention du diplôme de licence en droit, Université Libre des Pays des Grands Lacs, Goma, aux pp43-45, inédit.

<sup>257</sup> « La justice et le recrutement et l'utilisation d'enfants dans des forces et groupes armés en République démocratique du Congo », en ligne : <https://www.refworld.org/pdfid/46caaafcd.pdf>.

<sup>258</sup> Lire dans ce sens : Serge Makaya Kiela, « Quelques considérations critiques sur l'affaire contre Thomas Lubanga à la CPI », in International Justice Monitor, <https://www.ijmonitor.org/2016/09/>.

<sup>259</sup> Ce système est porté par la Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant, in *Journal Officiel de la République démocratique du Congo*, 50<sup>e</sup> année, Numéro spécial du 25 mai 2009, en ligne : [www.droitcongolais.info/files/2131\\_loi\\_du\\_10\\_janvier\\_2009\\_protection\\_de\\_lenf.pdf](http://www.droitcongolais.info/files/2131_loi_du_10_janvier_2009_protection_de_lenf.pdf).

### **3. Mise en œuvre de la réparation du fait des enfants-soldats en droit congolais : cadre juridique et institutionnel**

Les poursuites à envisager contre les enfants-soldats peuvent donner lieu à une action en réparation au profit des victimes de leurs actes (3.1). Cette action étant intimement liée à l'identification ou la détermination du recruteur ou de l'enrôleur en sa qualité de supérieur hiérarchique, sa mise en œuvre fait face à des écueils d'ordre procédural et juridique (3.2) au point de rendre le processus de réparation au profit des victimes périlleux (3.3).

#### **3.1 Action en réparation au profit des victimes des actes des enfants-soldats en droit congolais**

Évoquer la notion de réparation du fait des enfants-soldats, c'est inviter à la réflexion une autre notion, celle relative à des poursuites judiciaires contre lesdits enfants. D'emblée, il faudra se garder de toute confusion entre la réparation découlant des poursuites contre les personnes qui ont enrôlé, conscrit et utilisé les enfants et celle des victimes directes des actes desdits enfants découlant d'une action judiciaire devant les instances compétentes contre soit ces enfants soit leur supérieur hiérarchique. Cette dichotomie permet de discuter de la question de responsabilité du fait des actes imputables aux enfants-soldats et de la place des victimes dans le processus judiciaire de réparation.

En droit international pénal, plus particulièrement devant la Cour pénale internationale, aucune poursuite contre les enfants-soldats n'étant admise, il demeure difficile pour les victimes de pouvoir accéder à la réparation en dehors des poursuites contre le recruteur ou l'enrôleur en tant que supérieur hiérarchique. Dans cette dernière hypothèse, le Statut instituant cette juridiction donne la possibilité à ces victimes de se ranger du même côté que les enfants-soldats et se tourner vers l'auteur de la conscription ou de l'enrôlement des enfants. Cette unique possibilité n'est admise que lorsqu'à côté des dommages du fait du crime d'enrôlement et de conscription, se rangent ceux issus d'autres crimes. L'accès des victimes à la réparation et à la justice est ainsi subordonné au choix de l'organe des poursuites de prendre en compte les actes commis par les enfants ou de se limiter à ceux relatifs à leur utilisation dans le conflit. L'affaire Thomas Lubanga est sur ce point une illustration de la mise à l'écart des victimes des enfants-soldats du fait de la politique de poursuite du procureur qui a jugé de ne porter dans l'acte d'accusation que ce crime de guerre sans égard à d'autres actes qui aurait découlé des enfants<sup>260</sup>. Et, même dans le cadre du Tribunal pénal pour la Sierra Leone où il était possible de poursuivre les enfants-soldats de la tranche

<sup>260</sup> Bahati Mujinya, Réflexion sur la réparation au profit des victimes des actes commis par les enfants-soldats en droit international, mémoire de maîtrise, Université d'Ottawa, 2017.

d'âge de 15 à 18 ans, le Procureur, dans sa politique, n'a entendu poursuivre aucun enfant-soldat. Il s'est limité aux auteurs de l'enrôlement et de la conscription.

Cette tendance au désintéressement de poursuites des enfants-soldats ou des actes dans lesquels ils sont impliqués en tant que subalternes n'empêche pas, en droit congolais, les victimes de se tourner vers un cadre juridique et institutionnel réservé aux personnes âgées de moins de 18 ans ou à ceux des adultes en vue d'y soumettre une action ou de se greffer à l'action publique contre l'enrôleur et/ou le recruteur, supérieur hiérarchique, pour accéder et obtenir la réparation.

### **3.2 Cadre juridique et institutionnel de mise en œuvre de la réparation du fait des enfants-soldats.**

Toute victime d'une infraction a le droit de saisir le tribunal compétent pour faire valoir ses droits. En dépit du fait qu'ils soient complexes par le nombre des victimes qu'ils occasionnent et les dommages subséquents, les crimes internationaux donnent, autant que d'autres crimes, la possibilité aux victimes de se porter devant une instance judiciaire répressive en se constituant partie civile à des fins de réparation<sup>261</sup> ou encore de saisir par une action en réparation une instance civile suivant le système de justice en vigueur en République démocratique du Congo. Lorsque les auteurs de ces actes sont des enfants- âgés entre 14 et 18 ans-, le droit congolais permet leur poursuite séparément des personnes qui les ont enrôlées ou recrutées accusées pour crime de guerre ou encore crime ordinaire prévu par la loi portant protection de l'enfant<sup>262</sup>. Vis-à-vis de ces personnes, les enfants sont victimes. Par ailleurs, les actes dont ils sont auteurs peuvent être poursuivis au titre de manquement qualifié d'infraction à la

<sup>261</sup> En droit congolais, cette procédure découle de la section IV du Code de procédure pénale et de l'article 226 du Code judiciaire militaire. Elle a été appliquée dans les poursuites contre les crimes internationaux tant par les juridictions militaires que civiles congolaises et plusieurs réparations ont été allouées aux victimes. En effet, l'article 69 du premier texte dispose : *Lorsque la juridiction de jugement est saisie de l'action publique, la partie lésée peut la saisir de l'action en réparation du dommage en se constituant partie civile.*

La partie civile peut se constituer à tout moment depuis la saisine du tribunal jusqu'à la clôture des débats, par une déclaration reçue au greffe ou faite à l'audience, et dont il lui est donné acte. Au cas de déclaration au greffe, celui-ci en avise les parties intéressées.

Pour sa part, l'article 226 du Code judiciaire militaire dispose :

Lorsque la juridiction militaire est saisie, la partie lésée par le fait incriminé peut la saisir de l'action en réparation en se constituant partie civile.

La constitution de la partie civile peut intervenir à tout moment de l'instance, depuis la saisine de la juridiction militaire jusqu'à la clôture des débats, par une déclaration reçue au greffe ou faite à l'audience, et dont il est donné acte au requérant.

<sup>262</sup> La loi congolaise sur la protection de l'enfant reconnaît une protection exceptionnelle à l'enfant-soldat et réprime tout acte de son enrôlement et son utilisation dans les forces et groupes armés ainsi que dans la police. Art. 71 et 187 de la loi sur la protection de l'enfant.

loi pénale par le Tribunal pour enfants. Dans ce cas, la réparation sera imputable au civilement responsable lors que le Tribunal aura conclu à l'existence du manquement à charge de l'enfant.

La mise en place d'une juridiction spécialisée pour connaître de tels manquements à la loi pénale remonte à 2009 avec l'adoption de la loi portant protection de l'enfant.

Avant cette période, les enfants étaient déférés devant la chambre du Tribunal de paix siégeant en matière d'enfants en conflit avec la loi. Les appels des décisions rendues par cette juridiction étaient portés devant le Tribunal de grande instance. Cet ancien régime était consacré par le décret du 6 janvier 1950 relatif à l'enfance délinquante.

Au nombre des innovations apportées par la loi de 2009 figure l'institution d'une juridiction spéciale et une procédure à la fois judiciaire et extrajudiciaire propre aux enfants. Sur le plan judiciaire, sa compétence s'étend, en matière civile, à toutes les questions touchant à l'état et à la capacité des enfants et, en matière répressive, sur tous les manquements qualifiés d'infractions à la loi pénale commis par les enfants. N'ayant pas limité sa compétence en cette matière<sup>263</sup> en fonction de la gravité des actes, il est logique que cette juridiction s'intéresse aux manquements constitutifs des crimes internationaux perpétrés par les enfants et, par ricochet, des demandes de réparation au profit des victimes desdits actes. Toutefois, les enfants âgés de 14 ans non révolus bénéficient d'une présomption irréfragable d'irresponsabilité pénale. Le manquement qualifié d'infraction à la loi pénale qui est l'œuvre de cette catégorie d'enfants oblige le juge à les relaxer parce qu'ils sont considérés comme ayant agi sans discernement sans préjudice de la réparation du dommage causé à la victime<sup>264</sup>.

Au plan extrajudiciaire, la loi se particularise par l'institution de la médiation dont l'objectif est d'épargner l'enfant des inconvénients d'une procédure judiciaire.

L'on pourrait s'interroger sur le sort réservé aux faits antérieurement commis par les enfants avant l'entrée en vigueur de cette loi spéciale. En effet, la non-rétroactivité de la loi pourrait, à première vue, permettre la soustraction des enfants de la nouvelle loi pour les faits antérieurs à son adoption. Puisqu'il s'agit d'une loi combinant à la fois la procédure et le fond par l'institution de nouvelles incriminations, il est nécessaire de nuancer le raisonnement. En tant que loi de procédure, une compétence transitoire et dérogatoire est reconnue au tribunal de paix et au tribunal de grande instance statuant respectivement comme juridiction

<sup>263</sup> Loi sur la protection de l'enfant, *supra* note 36, art 94.

<sup>264</sup> *Ibid.*

de premier et second degré pendant au plus deux ans depuis la promulgation de la loi. Les incriminations nouvellement créées<sup>265</sup> quant à elles ne seront poursuivies qu'à dater de l'entrée en vigueur de la loi. Toutefois, les faits commis par les enfants s'inscrivant dans le contexte des crimes les plus graves, nul doute que le principe de l'imprescriptibilité applicable à ce type des crimes ne paralyse toute exclusion qu'ils soient poursuivis. Que leurs auteurs soient devenus majeurs ou non, le tribunal pour enfants gardera sa compétence tant personnelle que matérielle.

### **3.3 Saisine du tribunal pour enfants et conditions de mise en œuvre de l'action en réparation**

Aux termes de l'article 102 de la loi portant protection de l'enfant, le Tribunal pour enfants est saisi suivant les modalités ci-après : la requête du ministère public, la requête de l'officier de police judiciaire, la requête de la victime, la requête des parents ou du tuteur de l'enfant, la requête de l'assistant social, la déclaration spontanée de l'enfant et la saisine d'office du juge.

Le fait d'admettre la saisine du tribunal par la victime de l'acte de l'enfant fait de celle-ci une des parties au procès et lui donne la possibilité de soumettre une demande à des fins de réparation contre le civilement responsable, s'il en existe un. L'article 119 de la même loi reconnaît au juge le pouvoir de prononcer des mesures de réparation au profit de la victime des actes de l'enfant lorsque le fait qualifié d'infraction à la loi pénale commis par celui-ci est établi. Pour y arriver, la victime ou le juge devra se référer, par ailleurs, au régime général de responsabilité civile pour assoir le droit à réparation. Ce régime est porté par le décret du 30 juillet 1888 portant sur les contrats ou les obligations conventionnelles. Deux articles de ce texte fondent l'invocation de cette responsabilité, à savoir les articles 258 et 260. Le premier article dispose :

« tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

À travers cette disposition légale, une victime peut demander réparation dans la mesure où toute infraction pénale est constitutive de faute civile. L'enfant-soldat peut suivant la logique imprimée par cette disposition voir la responsabilité de son civilement responsable engagée en plus de la sanction pénale dont il peut lui-même faire l'objet. Cependant, il faudrait bien que la responsabilité pénale soit établie pour qu'à son tour, celle de nature civile s'envisage et entraîne des

---

<sup>265</sup> La nouvelle loi crée plusieurs incriminations visant la protection de l'enfant. Parmi ces incriminations figurent, notamment : l'enrôlement et l'utilisation des enfants de moins de 18 ans dans les forces et groupes armés ainsi que dans la police; accusation de sorcellerie à l'égard d'un enfant, etc...

dommages-intérêts ou autres formes de réparation. L'impossibilité d'imputer à l'enfant une faute civile a conduit le législateur à l'institution de la responsabilité pour fait de l'enfant conformément à l'article 260 du décret précité.

À son alinéa 1<sup>er</sup>, cet article dispose :

« on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

Ce régime exceptionnel de responsabilité civile rend notamment les parents responsables des dommages causés par leurs enfants<sup>266</sup>. Ainsi que cela ressort de l'alinéa 2 de la disposition :

« le père et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants, habitant avec eux ».

Pour engager ce type de responsabilité, trois conditions sont requises. Premièrement, il faut que le dommage soit causé par l'enfant, deuxièmement que l'enfant habite avec les parents et enfin, le dommage doit avoir été causé par le fait personnel de l'enfant. Si l'enfant n'habite pas avec ses parents, l'on devra regarder si les dommages causés résultent de la mauvaise éducation ou des mauvais exemples des parents ou encore si l'enfant a été abandonné par eux<sup>267</sup>. Cette forme de responsabilité est fondée sur la présomption de faute selon laquelle le père et la mère n'ont pas bien surveillé ni bien éduqué leur enfant. S'ils l'avaient fait, leur enfant n'aurait pas causé le dommage dont ils sont rendus coupables<sup>268</sup>. La responsabilité du père ou de la mère peut être renversée s'ils démontrent que les enfants n'habitaient pas avec eux et n'étaient pas au moment des dommages sous leur responsabilité ou encore si les père et mère apportent la preuve de n'avoir pas manqué à leur devoir de surveillance et d'éducation en vertu de l'alinéa 5 du même article 260<sup>269</sup>.

Dans le contexte des enfants-soldats, il est évident, à première vue, que seule la responsabilité aussi bien pénale que civile de la personne ayant procédé à leurs recrutement et enrôlement est recherchée, car les enfants sont supposés avoir été arrachés de force à leurs propres parents pour être placés sous son pouvoir et son contrôle. Ainsi, les victimes des actes des enfants-soldats sont fondées d'obtenir réparation auprès du civilement responsable. Cependant, dans certaines situations, les parents peuvent avoir facilité ou encouragé ce recrutement. C'est

<sup>266</sup> Dominique Your, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 2002, à la p102.

<sup>267</sup> Kalongo Mbikayi, *Droit civil les obligations, Cours de 2<sup>ème</sup> année de graduat*, notes polycopiées, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, 2005-2006, aux pp114-115.

<sup>268</sup> *Ibid.*, à la p115.

<sup>269</sup> *Ibid.*

le cas du conflit d'Ituri en République démocratique du Congo ou du génocide rwandais au Rwanda. Durant ces conflits, les parents ont envoyé leurs propres enfants auprès des belligérants pour y combattre considérant la « noblesse » de la cause. Dans ces cas précis, il serait injuste que les parents ne soient pas liés à une quelconque responsabilité vis-à-vis des dommages causés par leurs enfants.

En dépit de ce régime juridique qui permet de poursuites des actes commis par les enfants-soldats, plusieurs écueils dans le contexte congolais rendent l'accès de victime à la réparation et à la justice difficile. Les objectifs étant la réconciliation et la réintégration, il convient de voir les choses différemment. Une responsabilisation ou réparation sans égard à ces objectifs serait une quadrature du cercle du processus de (ré)conciliation, réinsertion et réintégration.

#### **4. Quelques perspectives en réponse aux écueils à la mise en œuvre de la réparation des victimes des enfants-soldats**

Quelques obstacles minent le processus de mise en œuvre de l'accès à la réparation et à la justice au profit des victimes des actes des enfants-soldats et mettent ainsi en péril la (ré)conciliation et la (ré)intégration au sein de la communauté. En effet, dans le contexte congolais, d'innombrables victimes peinent à accéder à la réparation du fait de la subordination de la réparation à la condamnation de l'auteur de l'enrôlement ou de la conscription des enfants et aussi à la prise en compte des actes posés par ces derniers. Le choix de poursuite est souvent limité à la protection des enfants en évitant d'y inclure la question des actes qu'ils ont posés. Cette situation pourrait connaître du recul par la mise en place d'une politique générale de prise en charge de ces victimes indépendamment des actions en justice (4.1), la nécessité de déjudiciariser les poursuites contre les enfants-soldats (4.2) pour laisser place aux mécanismes de justice réparatrice émergeant de la médiation pénale (4.3).

##### **4.1 Politique d'inclusion des victimes des actes des enfants-soldats dans le processus de paix et de justice**

L'on ne saurait nier le fait que les enfants-soldats prennent part à la perpétration des violences en République démocratique du Congo. Il convient, face à cette réalité, de tenir compte de leur vulnérabilité tout en admettant que de leur participation aient découlé diverses violations des droits. Les victimes de ces violations ont droit d'accéder et d'obtenir la réparation effective, adéquate et rapide des préjudices subis. Au sens du droit international, il s'agit d'un droit fondamental que l'auteur du crime soit connu ou pas<sup>270</sup>. Étant soumises aux

<sup>270</sup> *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, Doc. off. AG NU, 40e sess., Doc. NU A/RES/40/34 (1985),



procédures judiciaires dont les obstacles ont été listés précédemment, les victimes de tels actes se retrouvent sans issues. Dans les différentes mesures visant le désarmement, la démobilisation et la réinsertion des enfants-soldats, aucun autre mécanisme judiciaire ou extrajudiciaire n'y est associé au point que les victimes restent dans l'attente désespérée de réparation<sup>271</sup>.

Dans les débats sur la justice de transition ou post-conflit, peu de place est réservée à cette catégorie des victimes. Entre un Tribunal spécial pour le Congo, à la manière de la Sierra Leone, et les chambres spécialisées au sein des juridictions congolaises, à la manière du Cambodge, les balbutiements poursuivent leur bonhomme de chemin sans que dans ces âpres discussions la question relative aux conséquences des actes des enfants-soldats occupe la place qu'elle aurait pu mériter. Les différents mécanismes extrajudiciaires n'ont pas apporté des réponses à cette catégorie des problèmes<sup>272</sup>. Les enfants-soldats n'ont pas été au centre de ces mécanismes, pas plus que les questions relatives à la réparation des torts qu'ils ont commis sur d'innombrables victimes. Passer sous silence cette réalité c'est bâtir la paix sur des bases fragiles. La République démocratique du Congo devrait s'inspirer de la pratique de certains États africains confrontés à ce même problème, comme la Sierra Leone et le Libéria<sup>273</sup> où les enfants-soldats ont été associés au processus de réconciliation, d'amnistie et de réparation. Concilier ce droit à la réparation avec les subtilités qui émaillent la question de poursuite et de réparation des crimes perpétrés par les enfants-soldats se révèle être une pente savonneuse si on n'y associe pas des mécanismes plus adaptés et orientés vers la (ré)conciliation et la réintégration.

---

A, 1, [Déclaration de 1985 sur les principes fondamentaux de justice] en ligne : <https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx> et *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, (2005), Résolution 60/147 du 16 décembre 2005, Principe V, en ligne : <https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>.

<sup>271</sup> Même si d'énormes efforts ont été déployés pour le désarmement, la démobilisation et la réinsertion des ex-combattants, y compris les enfants-soldats, le constat révèle que très peu d'efforts ont été consacrés à la réparation des préjudices au profit des victimes des crimes internationaux. On devra cependant noter le rôle actif qui a été joué par L'UNICEF dans le désarmement des enfants-soldats et les enfants accompagnant des forces ou groupes armés à travers la réinsertion sociale et économique de milliers d'entre eux. Lire : Serge Makaya Kiela, *Droit à réparation des victimes des crimes internationaux en droit positif congolais. Esquisse d'une approche holistique*, Kinshasa, 2019, Centre de recherches sur la justice transitionnelle, Presses Universitaires du Congo, à la p388.

<sup>272</sup> *Ibid* à la p289.

<sup>273</sup> Lire : Karine Bolduc, *Les enfants-soldats et la justice transitionnelle : les impératifs d'imputabilité face à l'intérêt supérieur de l'enfant*, mémoire présenté comme exigence partielle à la maîtrise en droit international, Université du Québec à Montréal, 2011, aux p.81-85.

## 4.2 Déjudiciarisation des poursuites contre les enfants-soldats pour favoriser la conciliation des droits, la réconciliation et la (ré) intégration

Le caractère spécifique de certains crimes commis par les enfants nécessite une profonde réflexion sur les formes adaptées de justice et de réparation au profit des diverses victimes qu'ils occasionnent. Les procédures judiciaires classiques en vue d'accéder à la réparation étant marquées par une conception qui place l'auteur de l'enrôlement et de la conscription au centre, elles entraînent une mise à l'écart des milliers des victimes, surtout celles des actes des enfants-soldats.

Suivant cette conception, la réparation des crimes internationaux est conditionnée par la reconnaissance préalable de la culpabilité de l'auteur des crimes<sup>274</sup>. Les victimes des crimes sont contraintes de suivre les procédures judiciaires pour espérer accéder à la réparation. Souvent par manque d'information, de moyen financier et d'accessibilité au juge et à l'avocat, elles sont obligées de jeter l'éponge sur cette route périlleuse de réparation et de justice. Soumettre le droit à réparation à ce parcours pourrait être vu comme un déni de justice. Bien plus, la dépendance de l'action en réparation à la culpabilité de l'auteur du crime est un obstacle pour les victimes d'accéder à la réparation si l'auteur n'est pas connu ou trouvé ou encore, s'il n'est pas reconnu coupable pour diverses raisons. Envisager une approche globale de réparation combinant à la fois des mesures judiciaires et non judiciaires serait une piste intéressante.

C'est dans cette optique que certains systèmes judiciaires autonomisent l'action en réparation par rapport à celle visant la responsabilité pénale, créent et assouplissent les conditions pour accéder à un fonds d'indemnisation des victimes.

Dans ce sens, comme le propose la doctrine<sup>275</sup>, en supplément aux mécanismes des poursuites judiciaires, la mise en place d'un fonds d'indemnisation des victimes de la criminalité la plus grave au nom de l'égalité de tous les citoyens et la solidarité entre eux participerait de l'allègement des diverses difficultés auxquelles les victimes des enfants-soldats peuvent être confrontées. Cependant, la réparation ne pouvant pas se limiter uniquement à cette indemnisation, d'autres mesures devraient être nécessaires en vue de faciliter le pansement des plaies des

<sup>274</sup> Lire utilement : Edith-Farah Elassal, « Le régime de réparation de la Cour pénale internationale : analyse du mécanisme en faveur des victimes » (2011) 24.1 Rev Québécoise Droit Int RQDI à la p 274, en ligne : Revue québécoise de droit international (RQDI) <<https://www.sqdi.org/fr/le-regime-de-reparation-de-la-cour-penale-internationale-analyse-du-mecanisme-en-faveur-des-victimes/>> (consulté le 10 août 2018).

<sup>275</sup> Serge Makaya Kiela, *Le droit à réparation des victimes des crimes internationaux, condition de justice efficiente : l'exemple de la République Démocratique du Congo*, thèse pour le doctorat en droit, Aix-Marseille Université, 2014.

victimes pour une paix durable par la réconciliation entre antagonistes. Pour le cas des enfants-soldats, des mécanismes de traitement et suivi psychologiques et de sensibilisation auprès des victimes de leurs actes devraient être privilégiés.

Ces mécanismes ne sauraient se passer de la médiation comme forum au sein duquel le dialogue inclusif entre enfants-soldats et victimes de leurs actes a toute son importance et sa pertinence. Il implique l'idée consistant à séparer le procès contre l'adulte qui enrôle et utilise les enfants de la médiation pénale proprement dite. En privilégiant le forum de médiation, l'on mettrait plus l'accent sur le besoin de cohabitation et de réconciliation entre victimes et enfants-soldats, car très souvent la période qui précède la participation des enfants-soldats au conflit est la plus complexe à gérer. Un double sentiment s'installe. Le sentiment d'être rejeté, car se sentant étrangers de leur communauté et celui du refus d'être acceptés par la même communauté qui voit en eux des bourreaux. Ils deviennent même l'objet de stigmatisation et d'étiquetage de la part des membres de la communauté touchée par leurs actes.

Certains n'arrivent pas à faire face à cette nouvelle vie et préfèrent retourner dans le groupe armé pour recouvrer leur sentiment d'appartenir à une communauté. Ils développent le sentiment d'anxiété et se livrent à des pratiques illégales pour survivre et affirmer leur personnalité en crise du fait des événements vécus. Un accompagnement psychologique et éducatif extrajudiciaire permettrait à ces enfants de faire face à ces défis et leur donnerait un sentiment de vouloir vivre en communauté.

Suivant l'accompagnement éducatif, la plupart des enfants-soldats ayant un niveau de scolarité très faible du fait de l'âge auquel ils ont été introduits dans le groupe armé, il se trouve que le temps passé à entendre le bruit de kalachnikov a pris le dessus sur celui qu'ils auraient passé sur le banc de l'école. Il est ainsi nécessaire de penser un programme de formation professionnelle adapté à leur situation en vue de les rendre utiles à la société. S'ils ne trouvent pas d'occupation professionnelle, ils peuvent se transformer en potentiels criminels. Une étude sur les enfants-soldats montre bien cette tendance pour les ex-enfants-soldats de subir le rejet total de la société les accusant des enfants-sorciers<sup>276</sup>.

---

<sup>276</sup> Lire P. Bernard, « Les enfants sorciers de Kinshasa », in *Le Monde*, 12 janvier 2007. Il s'agit d'un phénomène qui s'est développé depuis les années 1990 dans ces pays d'Afrique où des enfants et des adolescents des deux sexes ont été instrumentalisés comme soldats. Les auteurs ayant mené une étude de terrain en République démocratique du Congo et en République du Congo, s'interrogent : Qu'observe-t-on donc chez ces enfants et adolescents laissés à l'abandon dans ces villes à peine apaisées ? Leurs enrôlements militaires dans des contingents non maîtrisés, irréguliers et sporadiques de combattants occasionnels et toujours violents, ont laissé leur marque. Des adolescents et parfois de jeunes adultes semblent, alors qu'échoués dans les rues, se « bercer » de musiques aux rythmes militaires, répétition d'une violence qui ne se met pas en mots, et racontent des histoires terrifiantes à propos de corps morcelés et décomposés, telles ces rumeurs portant sur le prix des organes humains qu'on trouverait

### 4.3 L'approche réparatrice inspire et appuie la médiation instituée par la loi de 2009

La justice transitionnelle tout comme la justice réparatrice sont autant de défis qu'on ne peut relever qu'en établissant chaque fois des équilibres nécessaires entre la justice et la paix, l'oubli du crime et la mémoire des victimes, le crime et le châtement, la vérité et le pardon<sup>277</sup>. Face au défi de réparation auquel la justice pénale internationale est confrontée, de nombreuses études ont proposé des mécanismes de justice transitionnelle ou de justice réparatrice comme substitution à cette justice<sup>278</sup>. Comme l'écrit Luzolo Bambi Lessa, tandis que la justice transitionnelle apporte des solutions spécifiques à des demandes de justice pour des victimes et surtout provenant de nouveaux conflits et de nouvelles violations, la justice réparatrice, pour sa part, poursuit l'objectif d'engager un contact entre la victime et le délinquant pour le respect mutuel et la réparation du dommage sur fond de la recherche de la vérité factuelle sur la survenance du crime.

La justice réparatrice est une autre façon de réagir face au crime et au criminel. À travers cette forme de justice, l'accent est placé sur la réparation et la guérison plutôt que sur la vengeance et la punition. Une démarche concertée et humaniste qui vise à favoriser la guérison de la victime, de la collectivité et du délinquant. *La justice réparatrice pour mineurs est un moyen de traiter les enfants qui sont en conflit avec la loi en vue de réparer le préjudice individuel, relationnel et social que l'infraction commise a causé*<sup>279</sup>. Dans cette optique, les victimes jouent un rôle actif et elles ont la possibilité de faire connaître au délinquant les répercussions que le crime a eues sur elles et de proposer des mesures pour réparer le tort causé<sup>280</sup>. Elle se réalise par la mise en place de divers moyens, dont la médiation.

---

à force de négociations occultes sur le marché des féticheurs. Virginie Degorge et Olivier Douville, « Les « enfants-sorciers » ou les rejets de la guerre en Afrique Équatoriale. Un défi pour l'anthropologie psychanalytique » [2012] 24 Fig Psychanal 233 aux pp 236-237, DOI : 10.3917/fp.024.0233.

<sup>277</sup> Luzolo Bambi Lessa Emmanuel-Janvier, *Traite de droit judiciaire. La justice congolaise et ses institutions*, Kinshasa, Centre de recherche sur la justice transitionnelle-Presses Universitaires du Congo, 2019, aux pp1166-1167.

<sup>278</sup> Serge Makaya, Kiela, *supra* note 48, à la p43.

<sup>279</sup> Déclaration de Lima sur la justice réparatrice pour mineurs, 2009, à la p3.

<sup>280</sup> Rugge, T., J. Bonta et S. Wallace-Capretta. 2005. Évaluation du Projet de justice coopérative : un programme de justice réparatrice pour les cas de crimes graves, Rapport pour spécialistes 2005-02, Ottawa, le Ministère.

Dans le contexte congolais, l'on pourrait mettre à profit la médiation<sup>281</sup> pénale, l'une des innovations de la loi sur la protection de l'enfant du 10 janvier 2009, entre les enfants-soldats et leurs victimes en vue de favoriser le dialogue et la (ré)conciliation. Même si cette possibilité se limite uniquement aux faits infractionnels dont le taux de la peine ne dépasse pas 10 ans de servitude pénale<sup>282</sup>, il serait souhaitable qu'elle s'étende aux actes constitutifs des crimes internationaux ou à d'autres qui appellent une peine grave.

Aux termes de l'article 134 de la loi précitée, la médiation est conclue sur la base des mesures d'indemnisation de la victime, de la réparation matérielle du dommage, de la restitution des biens à la victime, de la compensation, des excuses expresses à présenter verbalement ou par écrit, de la réconciliation, de l'assistance à la victime et du travail d'intérêt général. Cette disposition offre un éventail des mesures, non exhaustives, que le comité chargé de la médiation devra choisir selon le contexte. Si certaines mesures sont de nature à nécessiter des dépenses financières, d'autres en revanche, font appel à des actions morales, voire physiques. Dans cet élan, il serait souhaitable de privilégier, dépendamment de la circonstance, la réconciliation, les excuses et même des travaux communautaires.

Par ailleurs, dans la mise en œuvre et la conduite de cette médiation, qui se voudrait transformatrice, les ressources réconciliatrices, culturelles et traditionnelles devraient être mobilisées au vu du contexte<sup>283</sup>.

Pour les ressources réconciliatrices, face à la mise à l'écart des autres victimes du fait des obstacles juridiques et institutionnels de réparation, il est difficile de faire adhérer l'ensemble de membres de la communauté au processus de réparation. Et pourtant, sans cette participation, les enfants-soldats qui sont vus comme les bourreaux des autres victimes se voient la porte de la communauté

---

<sup>281</sup> L'une des innovations de la loi du 10 janvier 2009 sur la protection de l'enfant réside dans l'institution de la médiation pénale. Prévue au chapitre IV de la loi, elle est entendue comme ce mécanisme qui vise à trouver un compromis entre l'enfant en conflit avec la loi ou son représentant légal, et la victime ou son représentant légal ou ses ayants droits sous réserve de l'opinion de l'enfant intéressé dûment entendu.

<sup>282</sup> Article 138 de loi du 10 janvier 2009 sur la protection de l'enfant.

<sup>283</sup> C'est dans ce sens que, se focalisant sur ce qu'ils qualifient des préalables à la réconciliation, les auteurs Murielle Paradelle, Hélène Dumont et Anne-Marie Boisvert affirment que dans le contexte du crime de génocide commis par les rwandais sur d'autres rwandais, il était très improbable que la mission de réconciliation se réalise sans heurts par devant le Tribunal pénal international pour le Rwanda, dont le siège était établi à Arusha. Pour les auteurs, l'un des défis de cette juridiction pénale internationale *ad hoc* était non seulement géographique, mais aussi culturel. Les rwandais ont eu du mal à se retrouver dans une justice administrée à l'étranger et par des étrangers sans connaissance suffisante des réalités locales et culturelles. Murielle Paradelle, Hélène Dumont et Anne-Marie Boisvert, « Quelle justice pour quelle réconciliation ? Le Tribunal pénal international pour le Rwanda et le jugement du génocide » (2005)50 R.D. McGill 359.

fermée. Une telle situation est de nature à fragiliser la paix et à donner lieu à de nouvelles formes de violences et déchirements.

Dans le cadre des ressources culturelles et traditionnelles enfin, la déclaration de Lima sur la justice réparatrice pour mineurs suggère et encourage une justice réparatrice appuyée sur les pratiques traditionnelles et non préjudiciables existantes utilisées pour traiter les enfants qui sont en conflit avec la loi dans différents pays<sup>284</sup>. En effet, le processus de réintégration sociale de l'enfant ne peut passer sous silence ses traditions communautaires et culturelles. Il s'agit de retourner et surtout faire accepter ce retour de l'enfant dans sa communauté de base à travers un dialogue serein et sincère.

Dans ce processus, dénier le rôle et la place occupés par la culture et la coutume dans la recherche de solution aux violences les plus graves qui touchent les membres d'une même communauté c'est amoindrir la chance de la (ré)conciliation de l'enfant avec ses victimes et sa (ré)intégration dans sa communauté. En Angola, par exemple, c'est la culture qui a été placée au cœur du programme de guérison et de réintégration des ex-enfants-soldats. On y a mêlé les rites traditionnels favorisant l'acceptation et la réconciliation. Les croyances communautaires considèrent que la personne qui a tué doit être hantée par le mauvais esprit de ses victimes<sup>285</sup>, et ces rites sont censés purifier l'enfant et faire en sorte qu'il soit accepté par la communauté et pardonné par ses victimes. En Ouganda, la pratique de *Mato oput*<sup>286</sup> a été utilisée pour la réconciliation et la réintégration des enfants-soldats qui ont appartenu au Lord Resistance Army (LRA). À voir les étapes que suivait cette pratique traditionnelle, on ne serait pas loin d'une justice réparatrice ou d'une médiation pénale. L'enfant se réconcilie non seulement avec ses victimes, mais surtout avec sa communauté. Les rites permettent de soulager les esprits malades qui habitaient l'enfant-soldat durant le conflit, et de le réconcilier avec les esprits ancestraux<sup>287</sup>.

La réintégration dans la famille peut passer par des séances de purification : des lavements traditionnels ***dans les limites des règles de protection des droits de l'homme***. L'ancien enfant-soldat, par son activité sociale, scolaire, ne reprend sa place traditionnelle d'enfant que sous la coupe des adultes dans le groupe et, par un rite de passage, il est accepté dans la communauté<sup>288</sup>.

<sup>284</sup> Déclaration de Lima sur la justice réparatrice pour mineurs, 2009.

<sup>285</sup> Jacquier Caroline, *La protection des enfants soldats par le droit international*, thèse de doctorat en droit, Université Paul-Cézanne (Aix-Marseille), 2006 à la p208.

<sup>286</sup> Karine Bolduc, *supra* note 53 aux pp103-106.

<sup>287</sup> Aboubakar Sidiki Diomandé, « L'enfant soldat confronté au processus de désarmement, démobilisation et réinsertion (ddr) » (2013) 44:4 201tudes Int 567-595, à la p 577.

<sup>288</sup> Michel Grappe, « Enfants soldats, victimes de guerre » (2014) 53:2 *Perspect Psy* 158 à la p162.

Ces pratiques semblent appropriées pour le cas des enfants et des victimes de leurs actes, car le système classique reste défié par la complexité des victimes et les déficiences de mécanismes juridiques et institutionnels.

## **Conclusion**

Face à l'indéniable participation des personnes âgées de moins de 18 ans dans la perpétration des actes constitutifs des crimes graves durant les conflits et violences d'une extrême gravité en République démocratique du Congo depuis près de deux décennies, le système de réparation au profit des victimes se dénote et laisse apparaître des limites. Ces dernières découlent, de manière générale, de l'absence des mécanismes appropriés visant et favorisant la conciliation des droits des victimes, la réconciliation et la cohabitation entre les enfants-soldats et les victimes de leurs actes.

Cette étude propose une autre façon de concevoir et de gérer les crimes des enfants-soldats, manquement qualifié d'infraction à la loi pénale, pour favoriser l'accès à la réparation et à la justice des victimes de leurs actes. La dissociation du procès contre l'auteur de l'enrôlement et de l'utilisation des enfants-soldats de la médiation à organiser entre ces enfants et les victimes de leurs actes se relève une piste adaptée aux déficiences juridiques et institutionnelles.

Panser les plaies des enfants-soldats sans penser aux victimes de leurs actes ferait, inévitablement, de la paix et du développement des simples mots, mieux des vœux pieux.

C'est sur cette voie qu'il conviendrait de placer la présente réflexion, qui s'ajoute sur la liste d'autres recherches consacrées à la prise en charge des victimes des crimes internationaux par la justice aussi bien internationale que nationale.

---

# TOWARDS AN EFFECTIVE ICC ASSISTANCE PROGRAM IN KENYA FOR THE VICTIMS OF 2007/8 POST ELECTION VIOLENCE

EVELYNE OWIYE ASAALA<sup>289</sup>

## Abstract

The 2007-2008 Post Election Violence of Kenya (PEV) occasioned numerous forms of injuries on a broad spectrum of victims who have been categorized into five major groups: The Sexual and Gender Based Violence (SGBV) victims, victims of extra judicial killings, Internally Displaced Persons (IDPs), property related victims and amputees and those with other continuing injuries. Despite international human rights guarantees for an effective remedy, which include reparations, both national and international efforts towards reparation of Kenyan victims linger in uncertainty. With almost lost hopes at reparations the assistance program under the International Criminal Courts legal framework offer an array of hope. Under the Rome Statute of the ICC (Rome Statute), persons that suffer atrocities that amount to international crimes within the jurisdiction of the Court are entitled to some form of reparations and assistance. Thus, following the collapse of the possibility of reparations in the Kenyan cases, the ICC through its Trust Fund for the Victims (TFV) has the discretion to assist the victims of international crimes within the jurisdiction of the Court. This prompted the TFV's announcement on 1 February 2021 of its Board's approval of the opening of a victim's assistance program in Kenya. The objective of this paper is to provide a platform that support the initiation of an assistance program in Kenya for the PEV victims while exposing the major challenges crippling reparation initiatives. The paper begins by making a conceptual distinction between reparations and assistance of victims within the ICC framework. It then exposes the anatomy of the national initiatives towards victim assistance and reparations as well as the collapsed ICC reparations process. The subsequent section seeks to inform on the do's and don'ts of a potential assistance program.

---

<sup>289</sup> Dr. Asaala, Evelyne Owiye holds a doctorate from the University of Witwatersrand. She is a Lecturer at the School of Law, University of Nairobi.



## **VERS UN PROGRAMME D'ASSISTANCE EFFICACE DE LA CPI AU KENYA EN FAVEUR DES VICTIMES DE LA VIOLENCE POST ÉLECTORALE DE 2007/2008**

### **Résumé**

*Les violences post-électorales de 2007/2008 au Kenya (VPE) ont occasionné de nombreuses formes de blessures sur un large éventail de victimes qui ont été réparties en cinq groupes principaux : les victimes de violences sexuelles et sexistes (VSBG), les victimes d'exécutions extrajudiciaires, les personnes déplacées internes (PDI), les victimes d'actes de désappropriation, les amputés et les personnes souffrant d'autres blessures persistantes. Malgré les garanties internationales des droits de l'homme pour un recours effectif, qui inclut les réparations, les efforts nationaux et internationaux pour la réparation des victimes kenyanes restent incertains. Les espoirs de réparations étant presque perdus, le programme d'assistance prévu par le cadre juridique de la Cour pénale internationale donne une certaine mesure d'espoir. En vertu du Statut de Rome de la CPI (Statut de Rome), les personnes qui subissent des atrocités qui constituent des crimes internationaux relevant de la compétence de la Cour ont droit à une certaine forme de réparation et d'assistance. Ainsi, après l'échec de la possibilité de réparations dans les affaires kenyanes, la CPI, par l'intermédiaire de son Fonds fiduciaire au profit des victimes (FFV), a le pouvoir discrétionnaire d'aider les victimes de crimes internationaux relevant de la compétence de la Cour. C'est pourquoi le Fonds a annoncé le 1er février 2021 l'approbation par son Conseil d'administration, de l'ouverture d'un programme d'assistance aux victimes au Kenya. L'objectif de cet article est de fournir une plateforme qui soutienne le lancement d'un programme d'assistance au Kenya pour les victimes du VPE tout en exposant les défis majeurs qui paralysent les initiatives de réparation. L'article commence en faisant une distinction conceptuelle entre les réparations et l'assistance aux victimes dans le cadre de la CPI. Il expose ensuite l'anatomie des initiatives nationales en matière d'assistance aux victimes et de réparations, ainsi que le processus de réparation de la CPI qui s'est effondré. La section suivante cherche à informer sur les choses à faire et à ne pas faire dans le cadre d'un programme d'assistance potentiel.*

## Introduction

The 2007/8 Post Election Violence of Kenya (PEV) occasioned numerous forms of injuries on a broad spectrum of victims. Although the exact statistics of all the victims have never been established, it is estimated that about 1300 people lost their lives and not less than 650,000 were displaced following this chaos.<sup>290</sup> A Commission of Inquiry into the PEV puts the figure of persons displaced as a result of this violence at 350,000.<sup>291</sup> These victims sustained a wide range of injuries. A report categorizes the victims into five major groups: the Sexual and Gender Based Violence (SGBV) victims, victims of extra judicial killings, Internally Displaced Persons (IDPs), property related victims, amputees and those with other continuing injuries.<sup>292</sup> International human rights standards dictate that these victims must be duly accorded the right to an effective remedy<sup>293</sup>, which has been interpreted to comprise numerous aspects: the duty to investigate and prosecute<sup>294</sup> which accompany the right of victims to participate in criminal proceedings,<sup>295</sup> sufficient reparation and assistance<sup>296</sup> or compensation<sup>297</sup> and

<sup>290</sup> Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), 'Speedy reforms needed to deal with past injustices and prevent future displacement' (10 June 2010) <<http://www.internal-displacement.org/countries/kenya>>; see also Commission of Inquiry into the Post-Election Violence (CIPEV) Final Report (15 October 2008) p. 472-475 <<http://www.dialoguekenya.org/index.php/reports/commission-reports.html>> (accessed 5 December 2020).

<sup>291</sup> CIPEV, Page 272.

<sup>292</sup> ICC TFV Report on a need needs assessment study in Kenya concerning the post-election violence victims of 2007/8 7 December 2019 (TFV Assessment report).

<sup>293</sup> Article 2(3) International Convention on Civil and Political Rights (ICCPR).

<sup>294</sup> It is generally agreed that customary international law prohibits genocide, war crimes, crimes against humanity, and acts of aggression. A state's obligation to prosecute therefore arises not only from its conventional obligation, but also – in some instances – in customary international law. See for instance: T Meron Human rights and humanitarian norms as customary law (1989) 210; D Orentlicher 'Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime' (1991) 100 *The Yale Law Journal* 2552; Prosecutor v Duško Tadić (Opinion and Judgment), IT-94-I-T (7 May 1997) ICTY Trial Chamber, paras 618-623 on the general history of crimes against humanity; G Mettraux 'Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and for Rwanda' (2002) 43, 1 *Harvard International Law Journal* 244; Articles 4 and 6, Convention on the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide, 1948; Articles 49 and 54, Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 1949; Article 7, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment and Punishment, 1984; Raquel Aldana-Pindell 'An emerging universality of justiciable victims' rights in the criminal process to curtail impunity for state-sponsored crimes' *Human Rights Q.* 1416 1417.

<sup>295</sup> Article 68, Rome Statute.

<sup>296</sup> Articles 75, 79, Rome Statute; Theo Van Boven 'The United Nations Principles, setting out the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law United Nations Audiovisual Library of International Law (2010) 3.

<sup>297</sup> *Vicente v Colombia*, Human Rights Committee Communication No. 612/1995, P 10 (1997)

guarantee for non-repetition.<sup>298</sup> Since the International Criminal Court (ICC) was seized of the Kenyan situation and there were two confirmed cases, the aspect of reparation and assistance for PEV victims was elevated to the international forum. Yet, the ICC Trial Chambers' decision to vacate charges against the President of Kenya, Mr Uhuru Kenyatta,<sup>299</sup> and his deputy, William Ruto,<sup>300</sup> meant that the ICC reparations scheme would not be invoked. National reparation of these victims too is riddled with confusion and uncertainty amidst allegations of corruption.<sup>301</sup> Despite numerous concerted efforts that seemed promising to the victims at both the national and ICC levels, the parable of reparations remains impossible to unravel. Nonetheless, not all is lost. The ICC assistance program offers some array of hope for these victims.

One of the expressed objectives of international tribunals is to end impunity and provide justice for victims of international crimes such as genocide, war crimes, crimes against humanity, and aggression. Under the Rome Statute of the ICC (Rome Statute), persons that suffer these atrocities are entitled to some form of reparations and assistance<sup>302</sup> in addition to prosecution. Thus, following the collapse of the Kenyan cases and the possibility of reparations in these cases, the ICC through its Trust Fund for the Victims (TFV) has the discretion to assist the victims of international crimes within jurisdiction. The TFV's announcement on 1 February 2021 of its Board's approval of the opening of a victim's assistance program in Kenya, a decision that was arrived at on the 10 November 2020, is therefore a welcome idea that must be duly promoted at the research level, advocacy level and eventually its implementation.<sup>303</sup> Against this background, the objective of this paper is to support the initiation of an assistance program in Kenya for the PEV victims while exposing the major challenges crippling reparation initiatives. It is hoped that some of these challenges can offer lessons on how to rollout an effective assistance program. After this introduction, the second section of the paper provides a conceptual distinction between reparations and assistance of victims within the ICC framework. The third section is an exposition of the national initiatives towards victim assistance and reparations as well as the collapsed ICC reparations process. While national initiatives are analyzed

---

<sup>298</sup> *Magana v Zaire* (Human Rights Committee Communication 90/1981); UN Human Rights Council Resolution A/HRC/RES/18/7 of 29 September 2011 establishing the mandate of the Special Rapporteur on the Promotion of Truth, Justice, Reparation and Guarantees of Non-Reoccurrence.

<sup>299</sup> *Prosecutor v Uhuru Muigai Kenyatta* (Notice of withdrawal of the charges against Uhuru Muigai Kenyatta) ICC-01/09-02/11-983 (5 December 2014) Trial Chamber V(B).

<sup>300</sup> *Prosecutor v William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang* (Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal) ICC-01/09-01/11-2027-Red-Corr (5 April 2016) Trial Chamber V(A).

<sup>301</sup> See the TFV Assessment Report.

<sup>302</sup> Articles 75 & 79; Rule 98, Rules of Procedure and Evidence

<sup>303</sup> Header - the International Criminal Court <https://www.icc-cpi.int> › iccdocs › procurement › EOI (accessed 22 February 2021).

at three levels: government, civil society and the role of judicial processes, the ICC analysis is confined to the latter. Essentially, this section offers a justification of why the PEV victims in Kenya need the ICC assistance program. The fourth section seeks to inform on the dos and don'ts of a potential assistance program. Finally, the paper draws some conclusions.

## 1. 'Reparations' and 'Assistance' distinguished

Article 79 of the Rome Statute provides for the establishment of the TFV '...by decision of the Assembly of States Parties for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims.' This provision sets out a very broad mandate for the TFV, which, without more, would suffice to establish its mandate over both reparations and assistance. Yet, as if to exclude any doubt as to the distinct nature of the concepts of reparations and assistance, the Statute goes further to make elaborate provisions on reparations<sup>304</sup> while it remains silent on assistance. This silence notwithstanding, the ordinary meaning of the reasons that founded the TFV; '*for the benefit of victims of crime within the jurisdiction of the Court*'<sup>305</sup> contemplates a flexible mandate beyond reparations, thus providing a legal basis for the assistance program also. Besides, the TFV has interpreted its discretionary mandate over 'use of other resources for the benefit of the victims' as bestowing it authority over assistance.<sup>306</sup>

Reparation is a victim's right. The Rome Statute makes it a mandatory obligation for the Court to establish the principles relating to reparations with the overall objective of restitution, compensation and rehabilitation.<sup>307</sup> It is on this basis that the Court enjoys the discretion to determine the scope or extent of any damage, loss or injury and make appropriate reparation orders either directly against an accused person or through the TFV.<sup>308</sup> The concept of reparations, therefore, depend on convictions. The Court's reparation orders may take the form of money and other property collected through fines or forfeiture and to be transferred to the Trust Fund.<sup>309</sup> If the reparation orders are made against the perpetrator, then the perpetrator is expected to pay for reparations. For example, their assets maybe seized and transferred to the TFV and utilized in reparations in case of convictions.<sup>310</sup> However, because of indigence, the TFV has to determine how to raise funds that should be used in reparations.<sup>311</sup>

---

<sup>304</sup> Article 75, Rome Statute.

<sup>305</sup> Rule 98 (5) of the Courts' Rules of Procedure and Evidence.

<sup>306</sup> Ibid.

<sup>307</sup> Article 75 (1), Rome Statute.

<sup>308</sup> Article 75 (1) & (2), Rome Statute.

<sup>309</sup> Article 79 (2), Rome Statute.

<sup>310</sup> Article 75 (2); Article 79 (2).

<sup>311</sup> Article 22-30, Regulations of the Trust Fund for Victims, Resolution ICC-ASP/4/Res.3.

The Court also determines the form of reparations: either individual or collective. In either case, there is an elaborate procedure that accompanies the reparations process. For example, in the case of individual reparation programs where the Court does not identify the victims, the individual victims has to make an application establishing their victimhood.<sup>312</sup> The TFV verifies the list which is finally approved by the Trial Chamber.<sup>313</sup> Collective reparations, on the other hand, can take the form of restitution, compensation or rehabilitation. Determination of the who is a victim depends on several variables like the circumstances of every case or the Trial Chamber's discretion. In some cases, like the Katanga case, the Trial Chamber identifies a definitional criterion of who is the victim and then calls in the TFV to apply the criteria to the circumstances. Because of the cumbersome nature of this process, and faced with an increase in the number of victims, the Court has since delegated the selection criteria of victims to the TFV. It should also be noted that the rigour applied in identifying who is the victim differs depending on whether the reparations are collective in nature or individual. Implementation of reparation thus involves several players: the TFV, the Trial Chamber and the victim's legal representative. Reparations proceedings form the central role of the victim's legal representative and the Court's reparative orders is a reflection of the relief sought by the victims through their legal representatives.

While reparations are provided for pursuant to the Court's order, the assistance mandate is discretionary and it depends on the TFV preliminary assessment study.<sup>314</sup> The scope of an assistance program is much broader than that for reparations. For instance, the TFV can roll out an assistance program in situations upon their referral to the ICC and before any convictions. For example, the Assistance program in Uganda was first launched in 2008<sup>315</sup> yet the first conviction happened in February 2021.<sup>316</sup> Similarly, assistance programs have been rolled out in other countries that did not have any convictions.<sup>317</sup> This is contrary to reparations which depends on convictions. The Court has also acknowledged the far-reaching nature of the 'assistance' mandate. In its reparation's decision in *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*,<sup>318</sup> the Court urged

<sup>312</sup> Chapter III, Regulations of the Trust Fund for Victims, Resolution ICC-ASP/4/Res.3.

<sup>313</sup> Ibid.

<sup>314</sup> Article 49 & 50, Regulations of the Trust Fund for Victims, Resolution ICC-ASP/4/Res.3

<sup>315</sup> <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1126> (accesses 24 February 2021).

<sup>316</sup> <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/15-1762-Red> (accessed 24 February 2021)

<sup>317</sup> This includes the Central African Republic, Democratic Republic of Congo, Côte d'Ivoire <https://www.trustfundforvictims.org/index.php/en/what-we-do/assistance-programmes> (accessed 24 February 2021). The TFV launched its first phase of an assistance program in the DRC in 2008, before its first conviction of Lubanga in 2012, which was confirmed on appeal in 2014, <https://www.trustfundforvictims.org/en/locations/democratic-republic-congo> (accessed 24 April 2021).

<sup>318</sup> Judgment on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations" No. ICC-01/04-01/06 AA2A3, 3 March 2015, available at <https://>

the TFV to extend its assistance initiatives to victims who fell out of the scope of its reparation orders. Thus, the TFV can assist a larger body of victims through its assistance programs.

While ensuring equitable distribution of resources, the TFV Board determines the prioritization of either the assistance program over and above reparations and vice versa.<sup>319</sup> After this kind of determination and before launching an assistance program, the TFV must apply to the Trial Chamber for approval and determination of whether the launching of the program interferes with any legal issue before the Court or the rights of an accused person.<sup>320</sup> Once the Trial Chamber affirms the contrary, then the TFV initiates the different forms of assistance highlighted above and whose overall objective is restitution and rehabilitation. These forms of assistance can be either collective or individual. The TFV therefore exists to exercise its mandate of reparations and assistance over victims and their families that suffer the harm resulting from the effects of crimes within the jurisdiction of the Court.

In both assistance and reparation programs, it is key to determine the concept of victimhood. In either case, it is important to answer the question of who is the victim. It should be noted that the definition of a victim in national jurisdictions, particularly in common law, is limited in substance as well as in their procedural involvement in criminal trials. In common law jurisdictions, a victim is limited to that person who lodges a complaint with the authorities and their role in subsequent trial process is greatly limited to either witnessing or merely assisting the police in conducting investigations. In the Civil Law tradition, victims can constitute themselves '*parties civiles*' and play a bigger role, during the investigation and even at the trial stage. The concept of victimhood in international criminal trials is much broader and victims have an active role throughout the trial process. A victim in international criminal trials has been defined as a person, either individually or collectively, who suffers harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of his or her fundamental rights, through acts or omissions that violate his or her rights as guaranteed under domestic and international law.<sup>321</sup> With respect to the ICC, the notion of 'victims' includes both natural persons and organisations who suffer harm as a result of only those crimes over which the ICC has jurisdiction.<sup>322</sup> According to Tucker, victims can be either direct or indirect.<sup>323</sup> Victims are direct when they experience first-hand suffering either in

---

[www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015\\_02631.PDF](http://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_02631.PDF) (accessed 24 February 2021).

<sup>319</sup> Article 50, Regulations of the Trust Fund for Victims, Resolution ICC-ASP/4/Res.3.

<sup>320</sup> Ibid.

<sup>321</sup> Article 1, UN Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power.

<sup>322</sup> Rule 85, Rules of Procedure and Evidence of the ICC.

<sup>323</sup> A Tucker 'Rough justice: Rectification in post-authoritarian and post-totalitarian regimes' in

person<sup>324</sup> or materially.<sup>325</sup> Victims are indirect when they ‘are the family or heirs of the people who were subjected to suffering’.<sup>326</sup>

In this regard, the definition of victimhood in the Kenyan context for a long time remains a major challenge as this concept transcends different historical epochs. For instance victims in Kenya include a wide range of categories of persons: those whose land was illegally confiscated by the three post-independence regimes (from 1963-2007); those subjected to torture under the second regime after independence (the Moi regime, 1978-2002); the subjects of political murder under the three post-independence regimes; victims of arbitrary arrest and detention; victims of rape and enforced disappearance under the three regimes; those subjected to suffering because of corruption; and those displaced by the various ‘ethnic clashes’ and the post-election violence of 2007. There is an interesting phenomenon where yesterday’s perpetrator ends up to be a PEV victim and vice versa. During my field visits on related studies, I observed a repeat pattern of persons calling themselves victims of PEV within the context of the ICC jurisdiction yet, their injuries did not fall within the ICC mandate. With this reality, therefore, education and creating of mass awareness on the concept of victimhood in Kenya’s PEV of 2007/8 within the context of the ICC must be a central area of focus before rolling out the assistance program. The definition of a victim in the context of the Rome Statute implies that a majority of persons aggrieved under the abusive Kenyan regimes of Kenyatta (1963-1978), Moi (1978-2002) and Kibaki (2002-2012) do not qualify as victims by the ICC. The limited *temporal* and substantive nature of the definition adopted under the ICC does not therefore remedy all the historical Kenyan victimhood since the nature of human rights violations in Kenya are not limited to the five crimes over which the ICC has jurisdiction and to the context of post-election violence. Yet, one cannot ignore the fact that the assistance program to be rolled out by the TFV will ameliorate certain level of suffering among some PEV victims in the society.

One of the main conceptual differences between a victim in reparations proceedings and a victim in an assistance program is the fact that assistance targets continuing or ongoing injuries: physical, psychological, economical or otherwise. This inference is drawn from the logic that if a victim and their injury have already been addressed then presumably, they no longer need that same injury rehabilitated through an assistance program. There is, therefore, a possibility that victims may qualify under a reparations program but they do not qualify for an assistance program in the event that their injuries have ceased. In particular, the TFV is likely to experience a scenario in Kenya where most

---

J Elster (ed) *Retribution and reparation in the transitional justice to democracy* (2006) 287.

<sup>324</sup> This is harm to life, body or liberty.

<sup>325</sup> This is the loss of real or personal property. If personal, it can take the form of physical objects or financial assets.

<sup>326</sup> Tucker ‘Rough justice: Rectification in post-authoritarian and post-totalitarian regimes’ (n 33 above).

PEV victims may be left out of the assistance program as their injuries have since ceased, especially because the program is only being rolled out 13 years later. Also given the discretionary nature of the assistance mandate, the TVF seeks to provide rehabilitative assistance to victim survivors of SGBV only.<sup>327</sup> As indicated above, PEV victims fall into different categories: IDPs, SGBVs, property related victims, amputees and those with continuing physical injuries. In addition to gunshot wounds, PEV victims sustained injuries resulting from soft tissue injuries, head injuries, fractures, assault, arrow shots, burns, blunt objects, traumatic circumcision, and sharp pointed objects et cetera.<sup>328</sup> Some of these victims never received adequate medical attention and they have continuing physical injuries. Others, their injuries may be psychological as they have never received such assistance. Still, others have bullets lodged in their bodies while many live a deprived life that lacks life essentials as a consequence of PEV, especially for the children who lost their parents or guardians. The TFV's decision to limit the program to SGBVs must be handled with care and caution as the reality on the ground demonstrate that there are numerous other categories of victims with continuing injuries that require the attention of any assistance program. This is an area of potential tension among the victims. A comprehensive assistance program that factors in all these categories of victims would better address the plight of Kenyan victims. The ICC assistance program with a symbolic target of the SGBV victims only is likely to run a risk of dividing Kenyan victims further by creating the impression that some victims are worthy of attention than others. It is important for the TFV to create massive awareness of the scope of its mandate while highlighting such limitations. Perhaps the TFV needs to rethink the possibility of expanding the assistance program to accommodate other categories of victims should finances allow.

Yet, the TFV's decision to limit the assistance program to SGBVs can be explained in that the government of Kenya has never officially recognized SGBV victims.<sup>329</sup> As such, there has been no form of government assistance towards this category of victims. However, one would question the TFV's failure to include victims of police shooting during PEV who also have never been officially recognized<sup>330</sup> yet there is evidence that some of these victims still have bullets lodged in their bodies as they were either unable to secure proper medical attention or, in some peculiar instances, they were denied medical attention for the fear of implicating state agents in the shootings. The amputees too have largely been left out of literature and any discussions on reparations and assistance despite their existence. The roll out of the assistance program must therefore be preceded by massive public awareness programs in order to assuage any fears or concerns among the potentially disgruntled victims.

---

<sup>327</sup> Header - the International Criminal Court <https://www.icc-cpi.int> › iccdocs › procurement › EOI (accessed 22 February 2021).

<sup>328</sup> Waki report page 332.

<sup>329</sup> TFV Assessment report.

<sup>330</sup> TFV Assessment report.



## **2. National and international initiatives towards PEV victims' assistance program in Kenya**

Almost all human rights treaties, to which Kenya is a party, provide for state obligation to guarantee the rights of victims of human rights violations. This is captured either by requiring the state to give effect to the treaty,<sup>331</sup> or to give victims of human rights violations an effective remedy.<sup>332</sup> Despite its international obligation, Kenya does not have a national legal framework on reparation of victims of human rights violations. This has presented itself as a major impediment in the government's realization of its obligations concerning reparations.

As mentioned above, reparation of PEV victims has faced major blows at both the national levels and at the ICC. The government of Kenya has initiated several attempts towards PEV victims' reparations or assistance. Yet, a report documents that the victims and other key stakeholders do not recognize any of these efforts as fulfilling a comprehensive reparation or assistance program.<sup>333</sup> In its recommendations, the Truth Justice and Reconciliation Commission (TJRC) urged the National Assembly to append to its proposed Committee for the Implementation of its recommendations and to enact a set of regulations relating to reparation.<sup>334</sup> Although the idea for a Committee of Implementation of the TJRC's recommendations was never enforced, the government has sought to fulfil the TJRC's recommendations relating to the question of reparations in a diversified manner.

### **2.1 National initiatives towards victim assistance or reparations**

There are three discernible government initiatives towards PEV victim reparations and assistance. They include: establishment of a reparations fund; enactment of relevant laws on protection and assistance of Internally Displaced Persons (IDPs) and a public apology by the president. These three, however, exists against a general feeling from the civil society and other stakeholders of zero political will to provide genuine reparations or assistance to PEV victims.<sup>335</sup>

#### **2.1.1 The Reparations Fund**

In 2012, the Parliament of Kenya enacted the Public Finance Management Act 'to provide for the effective management of public finances by the national

<sup>331</sup> Article 1, Convention Against Torture and Inhuman and Degrading Treatment.

<sup>332</sup> Article 2(3), ICCPR.

<sup>333</sup> See generally, the TFV Assessment report.

<sup>334</sup> TJRC Report, vol 4, page 102.

<sup>335</sup> See generally, the TFV Assessment report.

and county governments; the oversight responsibility of Parliament and county assemblies; the different responsibilities of government entities and other bodies, and for connected purposes.<sup>336</sup> This legislation, though not focused on reparations of victims of human rights violations, provides a legal basis upon which the government may establish and regulate a public fund<sup>337</sup> for purposes that may include reparations or assistance.

During the presidential address of 2015, the president established a reparations fund of Ksh. 10 billion (Approximately \$100,000,000). Despite efforts by the Kenya National Commission on Human Rights (KNCHR) and the Kenyan Civil Society Network to develop a framework proposal on how to operationalize the fund,<sup>338</sup> to date, this fund has not been disbursed. The reality as to the whereabouts of these amounts lies in limbo. On the one hand of the spectrum, there is fear that the 10 billion does not exist.<sup>339</sup> It has been argued that since this fund was set up in 2015, a head of the 2017 elections, most of it may have been utilized in the election even though some of it may have been paid out to IDPs.<sup>340</sup> On the other hand, it is underscored that the funds are intact and the reason for failed disbursement is the lack of a framework on the definition and identification of victims.<sup>341</sup>

In March 2019, another state of nation presidential address was conducted. This emphasized on a collective approach to a probable reparations exercise which, most PEV victims are not enthusiastic about.<sup>342</sup> The latter feel that politicians favour this approach in order to implement a few projects that would enable them gain political mileage.<sup>343</sup> While it is true that the presidential address underscored collective reparations, the proposed regulatory framework to be adopted under the Public Finance Management Act, [The Public Finance Management (Reparations for Historical Injustices Fund), Regulations 2017] adopts both individual and collective reparations comprising both monetary and non-monetary measures. It is yet to be seen whether this proposed regulatory framework will be adopted by government in its current form or whether the perceived controversial sections will be removed.

---

<sup>336</sup> Act No. 18 of 2012, Laws of Kenya.

<sup>337</sup> Section 24 (4) and (11).

<sup>338</sup> The Kenyan Transitional Justice Network, 'A policy proposal for reparations for historical injustices' 2017.

<sup>339</sup> Journalists for Justice, 'Storm over Uhuru's Shs10 billion for victims reparations' <https://jjustice.net/storm-over-uhurus-sh10-billion-for-victims-reparations/> (accessed 24 April 2021).

<sup>340</sup> Ibid.

<sup>341</sup> Ibid, making reference to an interview with the AGs office.

<sup>342</sup> Ibid.

<sup>343</sup> Ibid.

### 2.1.2 Enactment of enabling legislations

In 2012, Parliament enacted ‘the Prevention, Protection and Assistance to Internally Displaced Persons and affected Communities Act’.<sup>344</sup> This is a framework to accord assistance to the IDPs. Although government offered IDPs some form of assistance, this was not structured within this Act. The framework proposed under the IDP Act has never been operationalized.

It is generally acknowledged that the government of Kenya has offered technical assistance to IDPs.<sup>345</sup> However, this process was fraught with numerous challenges key among them being corruption and the ethnic factor. Corruption was enhanced by inadequate framework to oversee and check the process. Allegations of ‘non-uniformity’ of the compensation, which both victims themselves and the organisations working with them see as favoring victims from the Kikuyu ethnic community fueled tension and confusion on the ethnic front.<sup>346</sup> In fact, a report documents interviews with some key informants who perceive the governments concentration on assisting IDPs purely from the perspective that most of the people in the camps were from the Kikuyu community while majority of the integrated IDPs came from ethnic communities that were affiliated with the opposition: the Luhyas, Luos and Kisiiis.<sup>347</sup> IDPs displaced within communities, thus, never received any form of assistance .<sup>348</sup>

This confirms the fact that although all the five categories of victims exist on the ground, almost all victims of PEV refer to themselves as IDPs.<sup>349</sup> While this is true from the reality that most IDPs were also either primary or secondary victims of SGBV, police shootings, extra judicial killings and loss of property, it can also be explained from the perspective of the fear of being excluded from the government’s assistance program. When the government announced an assistance program, this only targeted the IDPs in the camps. This prompted all categories of victims to try and register themselves as IDPs even when one was not necessarily an IDP in the strict sense of the word.

### 2.1.3 Public Apology

The TJRC also recommended that the Government of Kenya, ‘through the President, formally acknowledge the occurrence of and apologize to Kenyans

---

<sup>344</sup> Act No. 56 of 2012, Laws of Kenya.

<sup>345</sup> See generally TFV Assessment report.

<sup>346</sup> Ibid.

<sup>347</sup> See generally, the TFV Assessment report.

<sup>348</sup> Ibid.

<sup>349</sup> Ibid.

---

for gross violations of human rights committed in Kenya between 12 December 1963 and 28 February 2008.<sup>350</sup>

In March 2015, during the State of Nations presidential address, the president of Kenya, Uhuru Muigai Kenyatta issued a public apology to all the victims of historical injustices dating from the post-colonial era. Various categories of PEV victims did not perceive well this collective approach to the apology. These victims preferred a specific acknowledgement of their category of victimhood. Victims of SGBV in Nairobi, for example, have dismissed this apology as being very general and not recognizing all the different types of victims.<sup>351</sup> Indeed, the TJRC report itself warns against the insufficient nature of a generalized approach to the concept of public apology.<sup>352</sup> An apology must be specific.<sup>353</sup> It must clearly bring out the violations and abuses it covers.<sup>354</sup>

#### **2.1.4 Joint civil society and government initiatives towards victim assistance**

Other initiatives towards victim assistance comprise concerted efforts of both government and civil society. These include operationalization of the restorative fund and drafting of the reparations Bill.

##### **a. Operationalization of the Restorative Justice Fund**

The Attorney General issued a directive to the KNCHR to set up a committee to operationalize the Restorative Fund. This directive allowed the KNCHR to establish a technical committee to come up with a framework to utilize the funds. In conjunction with the civil society under the umbrella name the Kenya Transitional Justice Network, the KNCHR developed the regulations based on the Public Finance Act, 2012 and submitted its report to the Attorney General in 2016 for his review and further submission to Parliament. Yet, to date, there has been no action.

##### **b. Drafting of the Reparations Bill**

Another initiative involving the two major stakeholders is the reparations Bill. In 2017, a private bill was introduced in Parliament to provide for recognition and reparation for victims of human rights violations in Kenya, including the

---

<sup>350</sup> TJRC report, vol 4, page 119.

<sup>351</sup> Ibid.

<sup>352</sup> TJRC report, vol 4, page 116.

<sup>353</sup> Ibid.

<sup>354</sup> Ibid

PEV victims. The victims under this bill are not limited to PEV but includes all the victims of historical injustices since independence. Although the Bill acknowledges the implementation of the TJRC report, the context, according to some civil society organizations, is amorphous. One of the major underlying contentions of the Bill is the notion of individual versus collective reparations. The civil society is said to be keen on individual reparations and that they shun any process supporting a collective approach to reparations, which is the central focus of the Bill.<sup>355</sup> Yet, one would argue that the broad temporal definition of victims under the proposed law favors a collective approach to reparations. It is rationally not possible to adopt individual reparations in a scenario that is likely to include a large portion of the population within the definition of victims of gross human rights violations of all the post independent governments of Kenya.

### **c. Individual civil society initiative towards victim assistance**

There have also been numerous interventions towards victim assistance by both national and intergovernmental organizations. Several NGOs are working on different projects in different parts of the country. This is, however, random, isolated, and on a low-scale. It totally lacks any systematic approach. In fact, most victims perceive this to be one of the ways they are used to attract donor funding.<sup>356</sup>

## **2.2. Reparation efforts through national and international courts**

The above government and civil society initiatives do not paint a picture of a satisfactory reparations and or assistance program. There have been efforts by the civil society to judicially enforce the right to reparations for some of these groups and seek compensation through a public litigation exercise. In a constitutional petition between *Coalition on Violence against Women and others v the Attorney General of Kenya and others*<sup>357</sup>, the petitioner, inter alia, sought a declaration that ‘the failure [of the respondent] to provide compensation, rehabilitation medical and psychological care as well as legal and social services, and the failure to publicly acknowledge the scope and the nature of SGBV committed during the post-election violence and to publicly apologize the harms suffered by the victims as a violation of the right to remedy.’ The High Court has held that government was responsible for failure to investigate and prosecute. This prompted the government to appeal and on 10 December 2020 the appellate Court confirmed the decision of the High Court and awarded every petitioner Ksh 4 million (Approximately \$40,000) as general damages.<sup>358</sup>

<sup>355</sup> Ibid.

<sup>356</sup> See generally, the TFV Assessment report.

<sup>357</sup> Para 57(viii), Constitutional Petition No. 122 of 2013.

<sup>358</sup> Para 172, <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/206218/> (accessed 26 April 2021).

The implementation of this decision as regards compensation seems to have been shelved as all government and public effort seems to be more focused on combating COVID-19. *Nairobi High Court Petition Number 273 of 2011 FIDA Kenya & Others versus the Attorney General & Others* was the other petition that sought to obtain reparations for general PEV IDP victims. The injuries covered also included SGBV related injuries. It should be noted that this petition was instituted before the government established any mechanisms or initiatives towards general reparations for PEV survivors.

Attempts to enforce SGBV cases through the ICC have also been futile. Uhuru Muigai Kenyatta was “charged as an indirect co-perpetrator of other forms of sexual violence in relation to the forced circumcision of Luo men in Kenya. Unfortunately, the Pre-Trial Chamber of the ICC re-characterized the crime as ‘other inhumane acts’, which according to Daisy Schmitt did not accurately reflect the crime where Luo men were castrated or circumcised with crude objects in order to emasculate them.”<sup>359</sup> This denied the ICC a chance to make specific determinations towards SGBV victims. Besides, the eventual withdrawal of the Kenyan cases implies that there will be no order for reparations from the ICC.

### **3. The dos and don'ts of an ICC victim's assistance program in Kenya**

Having highlighted the unsatisfactory initiatives at national reparations and or assistance initiatives as well as the failed ICC reparations process, this paper proceeds to appraise the TFV of some of the inevitable challenges the assistance program is likely to face. The TFV must therefore device ways of averting their negative impacts on the program. They include local legitimacy for the program; the limited scope of the program, the delayed initiation of the program, victim identification process; management of victim's expectations, political interference; stigma against the SGBV; the ethnic factor.

#### **3.1 Local legitimacy for the program**

The TFV must consistently ensure its acceptability at every stage of the program. This must be achieved at the government level and at the grassroots level, with the victim groups as well as the general public. By the government welcoming the ICC to conduct its baseline study and the extensive involvement of victims and civil society in this process, it can be argued that the TFV is unlikely to experience difficulties rolling over the program. This goodwill must be maintained throughout the period of the assistance program. Any occurrence

---

<sup>359</sup> Daisy Schmitt ‘The International Criminal Court's contribution to the fight against impunity for sexual and gender-based crimes in Africa’ Page 101.

that is likely to hinder or frustrate the existing goodwill must be immediately addressed.

### **3.2 The limited scope of the program**

The scope of the TFV assistance program is limited to SGBV group. As pointed out above, there are numerous other categories of victims who have unaddressed ongoing injuries. This creates a potential area of tension for the TFV which, if not well addressed, can undermine the program. The TFV may adopt a strategy which leaves open the possibility of including other categories of victims, subject to availability of funds.

### **3.3 The delayed initiation of the program**

The TFV is rolling out its assistance program in Kenya 13 years after the fact. This is likely to pose challenges for both the TFV as well as the victim community. Since the TFV assistance program only focuses on ongoing injuries, it cannot be ruled out that there could be a few SGBV victims that may have healed and moved on. The TFV must thus device very broad mechanisms of assistance that will foresee this occurrence. The inclusion of economic empowerment programs and personal development components might address this problem.

### **3.4 Proper victim identification mechanisms**

Relatedly, the TFV must consider an effective victim identification process. Some probable scenario of people taking advantage of the situation by listing themselves and relatives as victims when they are not must be adequately catered for. Already, a report documents complaint of bribery and favoritism by officials involved in listing of victims; victim register alteration meant to exclude the genuine victims and include fraudsters; soliciting for bribery from genuine victims in order to be listed in the register and fraudsters impersonating themselves as TFV of the ICC representatives.<sup>360</sup> All these are likely to negatively impact the legitimacy of the assistance process if not addressed in time. Genuine victims also risk being left out of the process. Moreso, PEV victims have suffered from fatigue as numerous institutions have severally approached them conducting all manner of studies yet nothing has been forthcoming. This is also likely to discourage genuine victims to turn up for the program. Thus, necessitating intense public awareness of the program. This should be accompanied by a robust mechanism of identifying all the possible victims of PEV.

---

<sup>360</sup> See generally, the TFV Assessment report.

---

### **3.5 Lack of understanding of the difference between the ICC TFV and the ICC prosecutor's mandate**

Initial fears of probable tension arising from lack of understanding of the difference between the ICC TFV and the ICC prosecutor's mandate do not hold anymore. To the contrary, the TFV established that the victim community was well aware of the distinct nature of the mandate of the TFV and that of the prosecutor of the ICC.<sup>361</sup> Some of the victims had in one way or the other participated in the ICC cases and they very much understood the difference. However, it is still questionable whether the public understand this difference. Thus, the fear may be real in relation to the public who are likely to victimize the victims for associating with the ICC in what they may perceive to be giving additional evidence. The assistance program must therefore be preceded by sufficient public awareness exercise in order to distinguish between the work of the TFV of the ICC and that of the prosecutor of the ICC.

### **3.6 Managing victim expectations**

Managing victim expectations is a familiar challenge in all criminal trials within the jurisdiction of the ICC. The TFV report documents the enormous victim expectations among the PEV victims.<sup>362</sup> In most cases, these victims express their expectation of individual financial compensation<sup>363</sup> as some question the benefits of a rehabilitative, psychosocial and material assistance in their current situations defined by abject poverty. Nonetheless, it should be emphasized that some victims underscore the need for counselling services, psychosocial help, personal development among others.<sup>364</sup>

### **3.7 The temptation for political ownership of the assistance process.**

The next general elections in Kenya is scheduled for 2022. The TFV must guard against the political class usurping the assistance program in order to gain political mileage. On the one hand of the spectrum, it is possible that the outgoing government of Uhuru Kenyatta may fear an ICC related project and therefore keep it at arm's length. On the other hand, either side of the political class may want to use the TFV assistance program to gain political mileage especially in light of the forthcoming general elections in 2022.

---

<sup>361</sup> See generally, the TFV Assessment report.

<sup>362</sup> Ibid.

<sup>363</sup> Ibid.

<sup>364</sup> Ibid.



In the event of suspicion from the outgoing government and limited interactions, the TFV must build trust through public awareness, information sharing and consistently updating the government on its activities. The TFV should carry out a mapping exercise of which government institutions are likely to be involved in the assistance program (This may include the Ministry of Interior coordination, the Attorney General's office, Ministry of Health and at the diplomatic level, the Kenyan embassy at The Hague) and make a deliberate effort to reach out to each of them. Securing political legitimacy with key government institutions assuages any fears against the ICC. Nonetheless, the government of Kenya has thus far demonstrated a goodwill to the TFV through its permission to allow the TFV to conduct its baseline studies for an assistance program and its demonstrated cooperation throughout the process. It is therefore expected that it will cooperate throughout the process. Again, the TFV's intended partnership with local civil society organisations as indicated in its invitation to express interest in the assistance program is also important to demystify any myths against the ICC among the civil population.

However, one cannot ignore the potential influence of the current political dispensation. Political succession in the forthcoming 2022 general elections is central in the current political atmosphere in Kenya. This has witnessed sharp division in government pitying the president on one side of the political divide and his deputy on the other side. In light of this political division in government, it is very possible that if one political side supports the assistance program, the other political side is likely to oppose and perceive it with bias. For example, if the president buys into the idea, it is very possible that his deputy's side is likely to perceive this very suspiciously with the thought that the president wants to get his deputy back to The Hague. The other related fear is for politicians to personalize the assistance program and use it as a campaigning tool for the forthcoming elections. The TFV should cushion itself against the local politics by being neutral in the manner it rolls out the assistance program. For example, when reaching out to critical individuals within government, it should do so with all the political factions irrespective of the current political divide. More so, the TFV has a communication strategy. It therefore should disseminate the correct information to the masses all the time.

### **3.8 Peculiar challenges for SGBV victims**

Stigma is rife, especially in relation to SGBV victims and it is worst for those who contracted life-long diseases like the HIV and AIDs during the ordeal or sired children. A report recommends that if the TFV decides to offer any form of assistance to this group of victims, it must be cautious in the approaches it adopts.<sup>365</sup> For example, some members of civil society have complained against

---

<sup>365</sup> See generally, the TFV Assessment report

---

the failure of counselling centres due to the stigma labelled against victims of sexual violence.<sup>366</sup> Indeed, save for a few, almost all victims of SGBV lived with fear of stigma and shame which compromises their ability to share their experiences or come out in the public to access any form of help.<sup>367</sup>

### **3.9 Avoiding the ethnic fault lines in the assistance program**

Kenya is a highly polarized society along its ethnic lines. The assistance program must be sensitive to the ethnic factor in Kenya. It should be implemented in a manner that is neutral to all ethnic communities. This can be achieved if the TFV adopts a uniform nation-wide criterion on how it intends to roll out its assistance program. For example, the TFV can roll out the assistance program in three phases. The first phase may comprise psychosocial assistance to all SGBV victims. The second phase may comprise medical assistance to all SGBV victims with continuing physical and mental injuries and the final phase may comprise economic or livelihood support to all SGBV victims. These criteria must be accompanied by extensive public awareness among both the victims' communities and the public. The standardizing aspect for this kind of approach is that every victim regardless of their tribe will be admitted to the program that fits within their needs at the time.

The TFV should also avoid using the term IDP in its assistance program. The victim community has generalized the meaning of this terminology and often, they perceive it from ethnic perspectives. It will be safer if the TFV only uses neutral terms that describe the category of victims that it is targeting at a time.

The TFV also needs to be very cautious when identifying its local partners. Other than requiring an organization to meet the basic requirements, the TFV should also consider the local community perception about these organizations. It would be advisable for the TFV to avoid collaborating with either ethnic based organizations or organizations that have acquired ethnic perceptions. Instead, the TFV should target to work with organizations that can reach out to a broad spectrum of victims regardless of their ethnicity.

## **Conclusion**

This paper set out to offer guidance and support to the ICC assistance program at the research level. In order to establish the scope of the assistance mandate, the paper began by distinguishing between the concepts of assistance

---

<sup>366</sup> Ibid.

<sup>367</sup> Ibid.

and reparations within the ICC framework. It further conducted an exposé of both the national and international initiatives towards reparations and assistance. These, it concludes, have been inadequate or inefficient. Thus, justifying the need for an ICC assistance program. Yet, it is important that the assistance program does not fall victim to similar or related challenges encountered in earlier initiatives. In this regard, the paper proceeds to offer some general guidelines on the dos and don'ts of the assistance program.

---

# THE LAURENT GBAGBO AND BLÉ GOUDÉ CASE AND THE POLITICS OF ONE-SIDED PROSECUTIONS AT THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

PHOEBE OYUGI<sup>368\*</sup>

## Abstract

The 2010-2011 presidential election in Cote-d'Ivoire occurred within a backdrop of a long-standing political rivalry between Mr. Alassane Ouattara and Mr. Laurent Gbagbo who were both presidential candidates. The results of this election were heavily contested leading to post election violence. The Pre-Trial Chamber of the International Criminal Court (ICC) determined that there were sufficient grounds to believe that crimes had been committed on both pro-Gbagbo and pro-Ouattara sides of the conflict. However, the Prosecution only indicted and prosecuted persons from the pro-Gbagbo side of the conflict. The article argues that by instituting and carrying out one-sided prosecutions Prosecutor acted as a political player in Cote d'Ivoire thereby denting a blow on the neutrality of the Office. In so doing the Prosecutor plays into the hands of states and political actors who would want to instrumentalise the Court to achieve their political ends.

---

<sup>368</sup> Phoebe Oyugi is an expert in international criminal law and justice with over ten years' experience doing research and work in this area. This includes a Master of Laws Degree and Doctor of Laws degree in international criminal law. She teaches criminal law at the University of Embu and has done consultancies on crime and justice issues with various organizations such as the Defence team of Charles Blé Goudé at the International Criminal Court (ICC), the United Nations Office of Drugs and Crime, and the Office of the Director of Public Prosecutions in Kenya. She works as assistant to counsel in the defence team of Patrice-Edouard Ngaïssona and the ICC.

\* I, Phoebe Oyugi, declare that between January 2015 to February 2018 I was case manager in the defence team of Charles Blé Goudé during which period I had access to confidential material in the joint case of the Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé. In line with my confidentiality agreement, I relied only on information in the public domain and cited only public documents in the writing of this article. All opinions in this article expressed are mine alone.

## **L’AFFAIRE DE LAURENT GBAGBO ET BLE GOUDE ET LES POLITIQUES DE POURSUITES IMPARTIALES DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE**

### **Résumé**

*L’élection présidentielle de 2010-2011 en Côte-d’Ivoire s’est déroulée dans un contexte de rivalité politique de longue date entre M. Alassane Ouattara et M. Laurent Gbagbo qui étaient tous deux candidats à la présidentielle. Les résultats de cette élection ont été fortement contestés, entraînant des violences post-électorales. La Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale (CPI) a déterminé qu’il y avait des motifs suffisants de croire que des crimes avaient été commis tant du côté des partisans de Gbagbo que de ceux de Ouattara. Cependant, l’Accusation n’a inculpé et poursuivi que les personnes du côté favorable à Gbagbo. L’article soutient qu’en engageant et en menant des poursuites partisans, le Procureur a agi comme un acteur politique en Côte d’Ivoire, portant ainsi un coup à la neutralité du Bureau du Procureur. Ce faisant, le Procureur fait le jeu des Etats et des acteurs politiques qui voudraient instrumentaliser la Cour pour atteindre leurs objectifs politiques.*

## Background and Introduction

The results of the December 2010 elections in Cote d'Ivoire were deeply contested between long-term political rivals Mr Laurent Gbagbo and Mr Alassane Ouattara leading to post-election violence. The Office of the Prosecutor (OTP) of the International Criminal Court invoked its *proprio motu* powers to conduct investigations into the situation in Cote d'Ivoire as a result of which it requested the Pre-Trial Chamber (PTC) to issue arrest warrants against three pro-Gbagbo persons: Mr Laurent Gbagbo, the former president of Cote d'Ivoire ; Mr Charles Blé Goudé, a former minister for youth in the Gbagbo government; as well as Ms Simone Gbagbo, Mr Gbagbo's spouse and member of parliament for Abobo, a *commune* in Abidjan. On 23 November and 21 December 2011 the PTC issued warrants of arrest against Mr Gbagbo and Mr Blé Goudé on charges of crimes against humanity and later on 29 February 2012 the PTC issued one against Ms Simone Gbagbo.<sup>369</sup>

On 30 November 2011 and 17 January 2013, Mr Gbagbo and Mr Blé Goudé, respectively, were transferred to the International Criminal Court (ICC) detention centre, however, Cote d'Ivoire declined to surrender Ms Simone Gbagbo to the ICC, choosing to prosecute her in a domestic court in Abidjan. Mr Gbagbo and Mr Blé Goudé were both detained at the ICC for eight years and six years respectively, until their acquittal by the Majority of Trial Chamber I on 15 January 2019.<sup>370</sup> Mr Gbagbo and Mr Blé Goudé have now been conditionally released to Belgium and to the Netherlands, respectively, pending the termination of appeal proceedings instituted by the Prosecutor against their acquittal.<sup>371</sup> The final decision by the Appeal's Chamber on the case was rendered on 31 March 2021. It confirmed the decision of the Trial Chamber. Their acquittal is therefore final.

In the decision on the authorisation of an investigation in Côte d'Ivoire, the PTC noted that there were grounds to believe that both the pro-Gbagbo and

<sup>369</sup> *The Prosecutor v Laurent Gbagbo* (Warrant Of Arrest For Laurent Koudou Gbagbo) ICC-02/11 (23 November 2011); *The Prosecutor v Charles Blé Goudé* (Warrant of Arrest for Charles Blé Goudé) ICC-02/11-02/11-1 (21 December 2011); *The Prosecutor v Simone Gbagbo* (Warrant of Arrest for Simone Gbagbo) ICC-02/11-01/12-1 (29 February 2012).

<sup>370</sup> *The Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé* (Reasons for oral decision of 15 January 2019 on the Requête de la Défense de Laurent Gbagbo afin qu'un jugement d'acquiescement portant sur toutes les charges soit prononcé en faveur de Laurent Gbagbo et que sa mise en liberté immédiate soit ordonnée, and on the Blé Goudé Defence no case to answer motion) ICC-02/11-01/15-1263 (16 July 2019).

<sup>371</sup> *The Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé* (Judgment on the Prosecutor's appeal against the oral decision of Trial Chamber I pursuant to article 81(3)(c)(i) of the Statute) ICC-02/11-01/15-1251-Red2 (21 February 2019).

pro-Ouattara sides of the conflict had committed international crimes.<sup>372</sup> The Prosecutor evinced the intention to investigate crimes committed by the pro-Ouattara side, in addition to those committed by the pro-Gbagbo side, but this never happened. The cases against Mr Gbagbo and Mr Blé Goudé have been the only ones tried at the ICC in the context of the situation in Cote d'Ivoire.

In deciding to acquit the two accused persons, the Majority of Trial Chamber I, Judges Geoffrey Henderson and Cuno Tarfusser, found that the Prosecutor had failed to produce sufficient evidence to prove the individual criminal responsibility of the two accused persons as well as to demonstrate the core constitutive elements of the crimes charged. Although the two judges came to a similar conclusion, they each arrived at the decision differently and each wrote a separate opinion justifying their respective decision to acquit.<sup>373</sup> In their separate opinions, they both deeply faulted the Prosecutor's narrative using phrases such as "one-sided", "skewed", "implausible", "shaky" and "simplistic narrative".<sup>374</sup> The reasoning of the Majority with regard to the Prosecutor's narrative raises many issues regarding the challenges facing the ICC, among them the issue of one-sided prosecutions.

The main argument in this article is that by instituting charges and carrying out prosecutions against the pro-Gbagbo side, and not the pro-Ouattara side, the Prosecutor who is often considered as the face of the Court,<sup>375</sup> became a player in Ivorian politics. Due to the Prosecutor's extensive discretionary powers to decide who to investigate and prosecute, the ICC only tried the pro-Gbagbo side even though the PTC found that there were sufficient grounds to believe that the pro-Ouattara side had committed international crimes as well.<sup>376</sup> As a result Mr Gbagbo and Mr Blé Goudé were detained at the ICC for eight and six

<sup>372</sup> *Prosecutor v Laurent Gbagbo* (Corrigendum to 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire') ICC-02/11-14-Corr (15 November 2011) [95].

<sup>373</sup> *The Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé* (Reasons of Judge Geoffrey Henderson) ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red (16 July 2019) and; *The Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé* (Opinion of Judge Cuno Tarfusser) ICC-02/11-01/15-1263-AnxA (16 July 2019).

<sup>374</sup> *Reasons of Judge Geoffrey Henderson* (n 5) para 66; *Opinion of Judge Cuno Tarfusser* (n 5) para 12. It must be noted that contrary to the Majority Judge Herrera Carbuccia found that there was sufficient evidence on the basis of which a reasonable Trial Chamber could convict the two accused persons see *The Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé* (Dissenting Opinion Judge Herrera Carbuccia (Public redacted version)) ICC-02/11-01/15-1263-AnxC-Red (16 July 2019).

<sup>375</sup> *The Prosecutor v Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi* (Decision on the Request for Disqualification of the Prosecutor) ICC-01/11-01/11-175 (12 June 2012) [30]. (The Appeals Chamber stated that the Prosecutor is the face of the Court who actions can be construed by the public as the face of the Court.)

<sup>376</sup> Decision on the authorisation of an investigation in the Republic of Côte d'Ivoire (n 4) para 95.

years, respectively, which period was long enough for their political momentum to reduce and for Mr Alassane Ouattara to complete two presidential terms.<sup>377</sup> According to the Majority of TC I the OTP presented a one-sided and skewed narrative which gives the impression that the OTP had taken sides in the Ivorian politics in support of Mr Ouattara and to the detriment of Mr Gbagbo. The article argues that by prosecuting only pro-Gbagbo persons, the OTP, which is an organ of the Court, became a player in the politics of Cote d'Ivoire. This is a dangerous precedent as it dents the image of neutrality and makes it appear like the OTP can be weaponised by politicians to achieve a political end.

From the outset, I acknowledge that there was violence in Cote d'Ivoire which led to the death, displacement, injury and suffering of many people. This article is written with all due respect to the suffering of all the victims of the conflict. It is argued that by conducting one-sided prosecutions the OTP became a political player in Ivorian politics and the political implications of the Prosecutor's actions will persist regardless of the decision of the Appeals Chamber. This argument will be developed further in part three of this article.

This article is divided into four parts including this introduction. Part two discusses one-sided prosecutions in international criminal law. It is demonstrated that this challenge plagued the international tribunals preceding the ICC, that is: the International Military Tribunal at Nuremberg (Nuremberg Tribunal), the International Military Tribunal for the Far East (Tokyo Tribunal), as well as the International Criminal Tribunal for Rwanda and International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (the *ad hoc* tribunals). Part three, which is the core of the article, focuses on the situation in Cote d'Ivoire: the politics in Cote d'Ivoire from the year 2000, when Mr Gbagbo became president; the rebellion, by forces allied to President Ouattara, as a result of which the rebels occupied half of the Ivorian territory; as well as the disputed 2010 elections. The article discusses how these issues created the stage for the post-election violence in 2010-2011, which resulted in the involvement of the ICC. Part three also discusses how the Prosecutor indicted only pro-Gbagbo persons and how in so doing the Prosecutor became a player in the politics of Cote d'Ivoire. It also contains an in-depth discussion of the OTP's narrative that is: the political nature of the narrative, that the case theory ignored historical facts behind the post-election violence and realities of the Ivorian society, and that the theory was not supported by the evidence presented by the OTP. Part four highlights the key arguments of the article and concludes it.

---

<sup>377</sup> Mr Ouattara has recently announced his intention to run for a third presidential term 'La candidature d'Alassane Ouattara à un troisième mandat se dessine en Côte d'Ivoire' *Le Monde.fr* (21 July 2020) <[https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/07/21/la-candidature-d-alassane-ouattara-a-un-troisieme-mandat-se-dessine-en-cote-d-ivoire\\_6046839\\_3212.html](https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/07/21/la-candidature-d-alassane-ouattara-a-un-troisieme-mandat-se-dessine-en-cote-d-ivoire_6046839_3212.html)> accessed 4 September 2020.



## 1. The challenge of one-sided prosecution in international criminal law

The complaint regarding one-sided prosecutions has plagued international criminal justice for over 100 years from as early the Peace Treaty of Versailles (Versailles Treaty) to Nuremberg and Tokyo Tribunals, and to a lesser extent to the *ad hoc* tribunals and now to the ICC, as demonstrated below.

To begin with, the Versailles Treaty was signed after World War I between the Allied Powers (mainly Great Britain, France, Russia and Italy) on one hand; and Germany on the other hand.<sup>378</sup> It was a very one-sided treaty where the Allied Powers who had won the war, met in France to negotiate and conclude a treaty, without inviting Germany or its allies. The Treaty put all the responsibility for the war on Germany and its allies and exacted harsh penalties on Germany.<sup>379</sup> The part relevant to this discussion provided for the trial of the former German Emperor by a special tribunal consisting of judges appointed by the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan.<sup>380</sup> These countries also reserved for themselves a right to bring before military tribunals in their territories, Germans who were thought to have committed acts in violation of the laws and customs of war against nationals of the Allied Powers. Furthermore, the German Government was required to furnish all documents and information “to ensure the full knowledge of the incriminating acts, the discovery of offenders and the just appreciation of responsibility”.<sup>381</sup> The Versailles Treaty was one-sided because Germany was to bear all responsibility for the war and therefore the prosecutions provided for in the Treaty would only relate to German nationals and those of her allies. There were no provisions which required that leaders or nationals of the Allied Powers and their allies be tried in special or military tribunals.<sup>382</sup>

Some commentators argue that the exacting demands of the Versailles Treaty majorly contributed to the commencement of World War II (WW II).<sup>383</sup> At the end of WW II, the victorious powers<sup>384</sup> signed the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis

---

<sup>378</sup> Treaty of Peace with Germany (Treaty of Versailles), <<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>>.

<sup>379</sup> See for example Parts VI and VII of the Versailles treaty on Penalties and reparations respectively.

<sup>380</sup> Article 227 of the Versailles Treaty.

<sup>381</sup> Articles 228 – 229 of the Versailles Treaty.

<sup>382</sup> See Articles 228 – 229 of the Versailles Treaty.

<sup>383</sup> Michael S Neiberg, *The Treaty of Versailles: A Concise History* (Oxford University Press 2017). (Author discusses various issues arising from the Versailles Treaty).

<sup>384</sup> United Kingdom of Great Britain and the Republic of Ireland, the United States of America, France and the Union of Soviet Socialist Republics.

(London Agreement) which established the International Military Tribunal at Nuremberg (Nuremberg Tribunal).<sup>385</sup> The Nuremberg Tribunal, established in 1945, was based in Nuremberg, Germany and prosecuted the leaders of Nazi Germany. In 1946, a second post WWII tribunal, the International Military Tribunal for the Far East (Tokyo Tribunal), was established and modelled after the Nuremberg Tribunal, to try Japanese leaders.<sup>386</sup> Once again the trial of the nationals of victorious powers of WWII was not contemplated neither was an international tribunal established for that purpose. Instead, the victorious powers presided over the trials of the nationals of the losing powers and that was the end of it.<sup>387</sup>

The next tribunals established were the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) established in 1994 and 1995 respectively. The ICTY was established by the United Nations Security Council (UNSC) under Chapter VII of the UN Charter to prosecute the persons responsible for the violations of international humanitarian law in the territory of the former Yugoslavia from 1991.<sup>388</sup> The ICTR was also established under Chapter VII of the UN Charter to prosecute persons most responsible for genocide and other violations of international humanitarian law, in Rwanda, and Rwandan citizens responsible for similar violations in neighbouring states, between 1 January 1994 and 31 December 1994.<sup>389</sup> The conflict in the Former Yugoslavia involved a series of succession wars within and between six states and two autonomous regions, which formed part of the Former Yugoslavia, while the conflict in Rwanda was largely an armed conflict of non-international character between the Hutu and the Tutsi ethnic communities of Rwanda.

The issue of whether there were one-sided prosecutions in these tribunals is more complex and nuanced than the preceding tribunals for at least two

<sup>385</sup> ‘Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal. London, 8 August 1945’ (8 August 1945) <[http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2\\_Charter%20of%20IMT%201945.pdf](http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf)> accessed 31 January 2018.

<sup>386</sup> Special proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo and International Military Tribunal for the Far East January 19, 1946 <[http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3\\_1946%20Tokyo%20Charter.pdf](http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf)> accessed 8 November 2017.

<sup>387</sup> For a comprehensive analysis of the trials and judgements of these two tribunals see Neil Boister and Robert Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal* (Oxford University Press 2008); Guénaél Mettraux, *Perspectives on the Nuremberg Trial* (Oxford University Press 2008).

<sup>388</sup> UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (as amended on 17 May 2002), 25 May 1993, preamble.

<sup>389</sup> UN Security Council, Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (as last amended on 13 October 2006), 8 November 1994, preamble.

reasons. Firstly, while the victorious powers established the Nuremberg and Tokyo Tribunals to deal with the nationals of losing countries, the ICTY and ICTR were created by the UN which was not a direct party to either of the conflicts. Secondly, the ICTY and ICTR's mandate allowed both Tribunals to deal with both sides of the conflict. With regard to the ICTY, although Croatia was considered (by some) to be the victor of the conflict, the ICTY Prosecutor issued indictments against two Croatian Generals. While in relation to the ICTR, the Tutsi ethnic group were considered to have won the war through the intervention of the Rwandan Patriotic Front (RPF soldiers), but this victory was complicated by the fact that many more Tutsis died during the conflict. On the other hand, the ICTR only prosecuted persons from the Hutu ethnic group, however the political implications of this decision are outside the scope of this paper. These issues have been discussed in detail by other scholars.<sup>390</sup>

## **2. The politics of one-sided prosecutions at the ICC as demonstrated in the situation in Cote d'Ivoire**

One-sided prosecutions have also been a challenge in the context of the ICC, especially in the context of states instrumentalising the ICC to wage their internal political battles. An example here is the case of Uganda where President Museveni is believed to have used the self-referral mechanism at the ICC to intimidate rebels in his country.<sup>391</sup> From 1986, there was a long-drawn-out armed conflict between the Lord Resistance Army (LRA), a rebel group based in Northern Uganda, and members of the government forces, Uganda People's Defence Force (UPDF).<sup>392</sup> In 2004, the Ugandan government referred the situation of Northern Uganda to the ICC and although the Pre-Trial Chamber extended the scope of investigations to the entire territory of Uganda, only the members of the LRA, not the government forces, have been investigated and prosecuted by the ICC.<sup>393</sup> It is widely believed that the Ugandan self-referral was motivated by the desire of the Ugandan Government to intimidate the LRA, a rebellion which the government had not been able to quell for close to two decades.<sup>394</sup> Going by this argument, by instituting charges against the members of the LRA only, and not members of the UPDF, the Prosecutor seems to be getting involved in the national politics of Uganda. It is in a similar light that this article discusses the ICC's involvement in

<sup>390</sup> See for example Lars Waldorf, "'A Mere Pretense of Justice': Complementarity, Sham Trials, and Victor's Justice at the Rwanda Tribunal' 59 for a discussion on the ICTR and; Scott Grosscup, 'The Trial of Slobodan Milosevic: The Demise of Head of State Immunity and the Specter of Victor's Justice' 32 29 for the same on the ICTY.

<sup>391</sup> Phoebe Oyugi, 'Plea Negotiation at the International Court: Opportunities and Costs' (LLD thesis, Stellenbosch University 2020) 85–87.

<sup>392</sup> 'Situation in Uganda' <<https://www.icc-cpi.int/uganda>> accessed 5 February 2018.

<sup>393</sup> 'Situation in Uganda' (n 24).

<sup>394</sup> Kasaija Phillip Apuuli, 'The ICC's Possible Deferral of the LRA Case to Uganda' (2008) 6 *Journal of International Criminal Justice* 801.

---

one-sided prosecutions, at the behest of Mr Ouattara - the victorious party to the conflict in Cote d'Ivoire - and the implication thereof in Ivorian politics.

## 2.1 History of elections and violence in Cote d'Ivoire

In 1999 there was a coup d'état in Cote d'Ivoire orchestrated by General Robert Guéï, after which he declared himself president. In 2000, he organized a presidential election where he and Mr Gbagbo were candidates. Mr Ouattara had been barred from running. With his party members, he consequently boycotted the elections. Mr Gbagbo won and became the president of Cote d'Ivoire but he had an embattled presidency right from the beginning. As soon as he was declared winner of the elections, General Robert Guéï declared the results invalid and riots broke out leading to the storming of the Presidential Palace and the fleeing of the General.

Mr Ouattara's party, aggrieved that their presidential candidate had been excluded from the 2000 elections, demanded that a new election be held, but Mr Gbagbo did not accede to these demands. Two years later, in 2002 there was an attempted coup on Mr Gbagbo's presidency which simmered into a rebellion led by Mr Guillaume Soro, allied to Mr Ouattara. The rebels, later known as *les Forces Nouvelles*, started by occupying northern towns such as Bouake and Khorogo and eventually gained control of the northern half of the country, increasingly moving towards Abidjan.

In the subsequent years, there was continued fighting between the then official army under Mr Gbagbo, the *Forces de Défense et de Sécurité* (FDS) on one hand; and, *les Forces Nouvelles de Côte d'Ivoire* (FNCI) allied to Mr Alassane Ouattara on the other hand. French and United Nations troops were deployed to keep peace in Cote d'Ivoire. These forces were formally neutral but the perception in Cote d'Ivoire, especially among Mr Gbagbo's supporters, was that they had taken sides with Mr Ouattara.<sup>395</sup> Over the years, there were many attempts to negotiate peace. Two agreements were finally reached, first in Lina Marcoussis (France) and then in Ouagadougou (Burkina Faso), in 2003 and 2007, respectively. The Ouagadougou peace accord led to the creation of an integrated government with Mr Guillaume Soro being appointed Prime Minister and the agreement that a presidential election would be held within the following ten months. However, due to continued instability in the country, the election was postponed six times.<sup>396</sup>

---

<sup>395</sup> *Reasons of Judge Geoffrey Henderson* (n 5) para 69. (Judge Henderson comes to this conclusion after viewing the evidence presented by the Prosecution in the case)

<sup>396</sup> For the history of Cote d'Ivoire in the period between 1993 to 2011 see Mamadou Bamba, 'Instabilité Politique en Cote d'Ivoire de 1993 a 2011' (2015) 1 *Sciences Humaines* 59; Konstanze N'Guessan, *Histories of Independence in Côte D'Ivoire: An Ethnography of the Past* (Brill 2020).

Finally, an election was held on 28 November 2010 and the main contenders were Mr Gbagbo, Mr Ouattara and Mr Henri Konan Bédié. There was no decisive winner during the first round of elections therefore there was a second round between Mr Gbagbo and Mr Ouattara (Mr Bédié dropped out of the race in support of Mr Ouattara). The results of the second round of election were supposed to be announced by the *Commission Electorale Indépendante* (CEI) on 1 December 2010 but the CEI could not come to a consensus as to who had won the elections. However, the president of the CEI later, in what seemed to be a unilateral decision, announced that Mr Ouattara had won the elections.<sup>397</sup> Mr Gbagbo disputed the results and presented an election petition to the *Conseil Constitutionnel*, which is the arbiter of election disputes, according to Ivorian electoral law.<sup>398</sup>

The *Conseil Constitutionnel* nullified the election results of nine Northern districts, which were apparently pro-Ouattara zones, citing irregularities in these zones, and declared that Mr Gbagbo had won the elections. The decision of the *Conseil Constitutionnel* on electoral petitions are final, according to Ivorian law.<sup>399</sup> However, the international community, claiming that the *Conseil Constitutionnel* constituted of Mr Gbagbo cronies, rallied behind Mr Ouattara, and recognized him as the legitimate president.<sup>400</sup>

The *Conseil Constitutionnel*, constituted of the same judges, later changed its position on the election results.<sup>401</sup> The supporters of Mr Gbagbo did not agree with the declaration of Mr Ouattara as president and, at the time of writing, some Ivorians still consider Mr Gbagbo as the legitimate president of Cote d'Ivoire.<sup>402</sup> Both Mr Gbagbo and Mr Ouattara each considering himself as the legitimate president of Cote d'Ivoire took oath of office and formed parallel governments.

<sup>397</sup> Adam Nossiter, 'Ivory Coast Election Standoff, With Limbo and 2 Winners' *The New York Times* (3 December 2010) <<https://www.nytimes.com/2010/12/04/world/africa/04ivory.html>> accessed 3 October 2018.

<sup>398</sup> See Loi N° 2000-514 du 1er Aout 2000 Portant Code Electoral Telle que Modifiée par les lois N°2012-1130 du 13 Decembre 2012, N°2012-1193 du 27 Decembre 2012 et N°2015-216 du 02 Avril 2015 (Code Electoral Ivoirienne), art 60.

<sup>399</sup> Code Electoral Ivoirienne (n 31), art 63.

<sup>400</sup> Nossiter (n 30).

<sup>401</sup> See Portail Officiel du Gouvernement de Cote D'ivoire "Presidentielle : Le Conseil Constitutionnel Proclame Alassane Ouattara President de la Republique" [http://www.gouv.ci/\\_actualite-article.php?d=1&recordID=1399&p=306](http://www.gouv.ci/_actualite-article.php?d=1&recordID=1399&p=306) (accessed 14 March 2021)

<sup>402</sup> Bernard Houdin, 'Pourquoi il faut libérer Laurent Gbagbo' (*Club de Mediapart*) <<https://blogs.mediapart.fr/bernard-houdin/blog/030217/pourquoi-il-faut-liberer-laurent-gbagbo>> accessed 3 October 2018; 'Mediapart enfonce le clou : C'est Gbagbo qui a gagné aux élections de 2010' *La Dépêche d'Abidjan* (9 April 2013) <[https://www.ladepchedabidjan.info/Mediapart-enfonce-le-clou-C-est-Gbagbo-qui-a-gagne-aux-elections-de-2010\\_a13418.html](https://www.ladepchedabidjan.info/Mediapart-enfonce-le-clou-C-est-Gbagbo-qui-a-gagne-aux-elections-de-2010_a13418.html)> accessed 3 October 2018.

During the ensuing dispute, between November 2010 and April 2011, there was intensified violence in Abidjan between armed forces allied to Mr Gbagbo and Mr Ouattara which conflict resulted in the murder, rape, torture and maiming of many civilians.<sup>403</sup> On 11 April 2011 pro-Ouattara forces, with the help of French and UN forces, laid siege on the Presidential Residence and arrested Mr Gbagbo whereupon he was detained in Cote d'Ivoire and later, on 30 November 2011, he was surrendered to the ICC.<sup>404</sup> As the conflict intensified in Abidjan, Mr Blé Goudé fled to Ghana where he was arrested on 17 January 2013. He was right afterwards transferred to Cote d'Ivoire and detained there until his surrender to the ICC on 22 March 2014.

## 2.2 The ICC's involvement at the behest of Mr Ouattara and one-sided prosecutions

In May 2011, Mr Ouattara wrote to the ICC, urging the Court to investigate and prosecute persons responsible for crimes committed in Cote d'Ivoire as from 28 November 2010.<sup>405</sup> In 2011, Cote d'Ivoire was not a state party to the Rome Statute of the International Criminal Court (Rome Statute). However, earlier on 18 April 2003 the government of Cote d'Ivoire had accepted the jurisdiction of the ICC under article 12 (3) of the Rome Statute. Therefore, President Ouattara's letter to the ICC confirmed the declaration of acceptance to enable the Court to have jurisdiction over the crimes which had taken place after the elections. On 4 May 2011, he sent another letter encouraging the ICC to prosecute the perpetrators of post-election violence from 28 November 2010. Subsequently, Cote d'Ivoire ratified the Rome Statute on 15 February 2013 thereby becoming a state party to the Rome Statute. Mr Ouattara offered to cooperate fully with the ICC in the said investigations and prosecutions.<sup>406</sup>

Upon receipt of the letter, the OTP sought and obtained authorisation from the Pre-Trial Chamber (PTC) to conduct investigations in Cote d'Ivoire. In its decision authorizing investigations, the PTC extended the temporal scope of

<sup>403</sup> See for example Human Rights Watch, '« Ils Les Ont Tués Comme Si de Rien n'était » Le Besoin de Justice Pur Les Crimes Post- Électoraux En Cote d'Ivoire' (2011) 1-56432-820-1 <<https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/cdi1011frwebwcover.pdf>> accessed 24 December 2020.

<sup>404</sup> 'Gbagbo Captured by Pro-Ouattara Forces in Abidjan' (*France 24*, 11 April 2011) <<https://www.france24.com/en/20110411-laurent-gbagbo-captured-pro-ouattara-forces-abidjan-ivory-coast>> accessed 3 October 2018.

<sup>405</sup> See *Prosecutor v Laurent Gbagbo* (Letter from Alassane Ouattara to the President of the ICC dated 14 December 2010) ICC-02/11-01/11-129-Anx14-tENG (14 December 2010). See 'Côte d'Ivoire' (*States Parties to the Rome Statute*) <[https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/african%20states/Pages/Cote\\_d\\_Ivoire.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/african%20states/Pages/Cote_d_Ivoire.aspx)> accessed 3 October 2018.

<sup>406</sup> Decision on the authorisation of an investigation in the Republic of Côte d'Ivoire (n 4). See footnote 14 of this decision where this letter is reproduced.

the investigation to include crimes committed after April 2011.<sup>407</sup> The PTC also found that there were reasonable grounds to believe that both pro-Gbagbo and pro-Ouattara forces had committed crimes within the jurisdiction of the Court. In this regard, the PTC held that:

“The available information demonstrates that there is a reasonable basis to believe that in the aftermath of the presidential elections in Côte d’Ivoire, pro-Ouattara forces carried out attacks against the civilian population, particularly in the west of the country in March 2011. The material indicates that pro-Ouattara forces targeted civilians who were perceived to support Laurent Gbagbo, and that the attacks were directed against specific ethnic communities.”<sup>408</sup>

Following the PTC decision authorising investigation, the OTP commenced investigations into the situation in Cote d’Ivoire. Subsequently, Mr Gbagbo was charged with the crime against humanity of murder, rape and other sexual violence, as well as inhumane acts and persecution. In other words, he was accused of ordering the Ivorian Defence and Security Forces (FDS), which were under his command, as well as youth groups, militia and mercenaries (together referred to as pro-Gbagbo forces) to commit crimes against pro-Ouattara civilians.<sup>409</sup> On 12 June 2014, the PTC I Majority, Judge Van Den Wyngaert dissenting, found that there was substantial grounds to believe that Mr. Gbagbo had committed these crimes and confirmed the charges against him.<sup>410</sup>

Mr Blé Goudé was accused of crimes against humanity of murder, rape and other inhumane acts committed in Abidjan between 16 December 2010 and on or around 12 April 2011. The Prosecutor alleged that Mr Blé Goudé was part of the inner circle of Mr Gbagbo, and together with other members of the inner circle, he participated in designing and implementing a common plan to keep Mr Gbagbo in power at all cost including by the use of violence against civilians. Mr Blé Goudé was accused of being the leader of pro-Gbagbo youth over whom he was said to have exercised authority and control.

The Prosecutor alleged that he sought the allegiance of the youth, galvanised and gave them instructions to commit violence in support of the common plan. He was also said to have disseminated information through communication channels like radio and TV and organising massive rallies where

---

<sup>407</sup> Decision on the authorisation of an investigation in the Republic of Côte d’Ivoire (n 4) para 179.

<sup>408</sup> Decision on the authorisation of an investigation in the Republic of Côte d’Ivoire (n 4) para 95.

<sup>409</sup> *Prosecutor v Laurent Gbagbo* (Warrant of Arrest for Laurent Koudou Gbagbo) ICC-02/11 (23 November 2011) [3].

<sup>410</sup> *The Prosecutor v Laurent Gbagbo* (Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo) ICC-02/11-01/11-656-Red (12 June 2014).

he used xenophobic rhetoric in his speeches. Furthermore, he was accused of organising and financing youths to erect roadblocks to arrest and harm Mr Ouattara's supporters.<sup>411</sup> The PTC confirmed the charges against him on 11 December 2014 after which he was committed to trial. The Chamber decided to join the hitherto separate cases against Mr Gbagbo and Mr Blé Goudé cases on 11 March 2015 forming the *Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé* case.<sup>412</sup>

### 2.3 The Politics of the Prosecutor's narrative in support of the one-sided prosecutions

The Prosecutor's narrative in the *Gbagbo and Blé Goudé case* may be summarised as follows: that since the year 2000 when Mr Gbagbo became president he never intended to cede power therefore, together with his inner circle (including Mr Blé Goudé), he designed a common plan to keep himself in power by all means necessary including the use of violence against civilians. By 27 November 2010, the implementation of this plan had evolved to include the formulation of a state or organisational policy and carrying out widespread and systematic attacks against a part of the population perceived as pro-Ouattara. That Mr Gbagbo exercised authority and control either directly or indirectly through his inner circle over the FDS as well as pro-Gbagbo youth, militia and mercenaries all who supported the FDS during the violence in furtherance of the common plan to keep Mr Gbagbo in power by all means.

For the purpose of the charges, the Prosecutor focused on two communes in Abidjan: Abobo and Yopougon. Abobo was said to be inhabited predominantly by pro-Ouattara people and therefore Mr Gbagbo is accused of having declared Abobo a *zone de guerre* (war zone) and used weapons of mass destruction in crowded places like near a market and at a women's march. In Yopougon, which was said to be inhabited mostly by pro-Gbagbo people, the Prosecutor alleged that, Mr Blé Goudé, as part of the inner circle, mobilised and financed youths to erect barricades to filter out pro-Ouattara people who were murdered or harmed upon capture.

That these crimes were committed on a political, national, religious and ethnic basis which means that attacks were directed at people who were believed to be supporters of Mr Ouattara; or who lived in neighbourhoods that tended to be pro-Ouattara; who were Muslims; who were from ethnic groups in the

---

<sup>411</sup> *The Prosecutor v Charles Blé Goudé* (Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé) ICC-02/11-02/11-186 (11 December 2014) [184–192].

<sup>412</sup> *The Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé* (Decision on Prosecution requests to join the cases of The Prosecutor v Laurent Gbagbo and The Prosecutor v Charles Blé Goudé and related matters) ICC-02/11-01/15 (11 March 2015).



Northern part of the country like the Dioula ethnic groups; and, who were from other West African countries like Mali and Burkina Faso. People falling in all these categories were targeted because they were perceived as pro-Ouattara.<sup>413</sup>

The Prosecutor's narrative "presented a rather one-sided version of the situation in Côte d'Ivoire"<sup>414</sup> which made the Prosecutor appear as a player in the politics of Cote d'Ivoire. *First*, the narrative ignores that the results of the 2010 elections were unclear and meddles in the politics of Cote d'Ivoire by declaring that Mr Ouattara won the elections and Mr Gbagbo wanted to retain power at all cost. However, the evidence the OTP presented to the Chamber suggested that the winner of the 2010 elections was far from clear as discussed above.

Commenting on the issue of the common plan, Judge Henderson held that:

"The Prosecutor did not present any direct evidence of the existence of the alleged Common Plan/Policy. In the place of direct evidence, the Prosecutor presented the Chamber with a plethora of circumstantial evidence and asked us to draw one giant inference from it.... It has not even been established that Mr Gbagbo never contemplated handing over power since being elected in 2000. What does appear from the record is that the Prosecutor is right in claiming that Mr Gbagbo was not prepared to cede power to his main political rival, Mr Ouattara, after the results of the second round of the election were not declared according to regular procedure."<sup>415</sup>

Therefore, the only thing that was clear from the evidence was that the results were disputed. Yet the very core of the prosecution's narrative essentially implied that Mr Ouattara was the legitimate winner of the elections and that Mr Gbagbo devised a plan to retain power at all cost. In this manner, the Prosecutor inappropriately meddled in Ivorian politics, and sided with the Mr Ouattara who had succeeded in removing Gbagbo from power with the help of the French and UN forces as described above.

### 2.3.1 The Prosecutor's narrative ignored historical facts

Secondly, the Prosecutor's narrative ignored that by the time of the election there had been a protracted civil war in Cote d'Ivoire involving government forces under Mr Gbagbo and armed rebel forces allied to Mr Ouattara. The Prosecutor makes it seem like through the years Mr Gbagbo had been arming the FDS only to fight against pro-Ouattara civilians. Judge Henderson made this point aptly

<sup>413</sup> Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo (n 43) para 268.

<sup>414</sup> Reasons of Judge Geoffrey Henderson (n 5) para 66.

<sup>415</sup> *Reasons of Judge Geoffrey Henderson* (n 5) paras 1899–1901.

when he concluded that:

“First, although the Prosecutor acknowledges the relevant historical events that led up to the 2010-11 post-electoral crisis, she seems unwilling to attach any significance to them. For example, the Prosecutor mentions the 2002 coup attempt and ensuing civil war that essentially divided the country in two. This reality obviously had significant consequences for Mr Gbagbo’s position as elected president of Côte d’Ivoire. Mr Gbagbo was never a ‘normal’ president in a ‘normal’ situation. Almost from the beginning, his presidency was embattled and from 2002 onwards he was never able to exercise his constitutional role in a regular manner. In fact, even though the available evidence is far from complete, one gets the impression that Mr Gbagbo’s regime was under quite severe strain and pressure for most of the time he held office. Indeed, because of the rebellion, Mr Gbagbo lost control over half the country and a significant portion of the state’s armed forces had defected – with their equipment – and was committed to overthrowing him. This must inevitably have informed a number of the choices and decisions he made during the post-electoral crisis.”<sup>416</sup>

The Prosecutor also downplays the effect of the armed forces allied to Mr Ouattara in the post-election violence in Abidjan. These actions may have helped explain some of the military decisions Mr Gbagbo took for example the fact that he declared Abobo a *zone de guerre*. In this regard, Judge Henderson further opined that:

Similarly, the situation in Abidjan during the post-electoral crisis was far from being under Mr Gbagbo’s control. Especially in Abobo, Mr Gbagbo’s forces faced one or more potent and violent opponent(s), who expelled the regular law enforcement units (Police and Gendarmerie) and waged urban guerrilla warfare against the FDS. FDS units came under frequent attack and a significant number of FDS members were killed or injured. At the same time, it appears that military forces loyal to Mr Ouattara were approaching Abidjan and were at the verge of starting an assault to conquer the city. Again, the Prosecutor does not deny the presence and activities of the Commando Invisible and other anti-Gbagbo forces in or near Abidjan, but appears to attach no significance to these elements in the formulation of her narrative.”<sup>417</sup>

Ignoring the violence in Abidjan created by pro-Ouattara armed forces does not give context to Mr Gbagbo’s actions thereby depicting a one-sided narrative according to which he is said to have used violence against civilians, when evidence suggests the existence of a guerrilla warfare between the FDS and pro-Ouattara armed forces.

---

<sup>416</sup> Reasons of Judge Geoffrey Henderson (n 5) para 67.

<sup>417</sup> Reasons of Judge Geoffrey Henderson (n 5) para 68.

### 2.3.2 The Prosecutor's narrative was not supported by evidence presented

Thirdly, the evidence provided did not support the Prosecutor's one-sided narrative. For example, the Prosecutor depicted a very polarised society where one could not rightly be identified as pro-Gbagbo or pro-Ouattara; however, the evidence presented in support of this assertion was problematic and was contrary to it. Judge Tarfusser points this out in his separate opinion as follows:

"Day after day, document by document, witness after witness, the 'Prosecutor's case' has been revealed and exposed as a fragile, implausible theorem relying on shaky and doubtful bases, inspired by a Manichean and simplistic narrative of an Ivory Coast depicted as a 'polarised' society where one could draw a clear-cut line between the 'pro-Gbagbo', on the one hand, and the 'pro-Ouattara', on the other hand, the former from the South and of Christian faith, the latter from the North and of Muslim faith; a caricatured, 'one-sided' narrative, 'built around a unidimensional conception of the role of nationality, ethnicity, and religion (in the broadest sense) in Côte d'Ivoire in general and during the post-electoral crisis in particular', progressively destroyed by the innumerable elements to the contrary emerging from the testimonies."<sup>418</sup>

According to Trial Chamber I Majority, the evidence provided by the Prosecutor to support the narrative did not prove it but instead contradicted it. The OTP made assertions that were not only inaccurate but which were negated by the evidence in its custody and which was presented to the Chamber. In this regard, the Majority held that the evidence in support of the theory was not only "implausible, but also insufficiently unsupported by either facts or evidence, when not outright negated by the same or other facts and evidence."<sup>419</sup> Furthermore, some of the witnesses presented by the Prosecutor were biased and this was clear in their presentation of evidence. For example, P-0087 and P-0088 two British nationals, the first who spoke no French at all and the later who spoke very little of it, went to Cote d'Ivoire to make a documentary of the post electoral crisis. In their reporting of the events, they are biased and presented untrue translations of what Mr Blé Goudé had said in a speech they covered, inserting words of incitation to violence which he had not actually said.<sup>420</sup>

The discussion above demonstrates first that the Prosecutor presented a one-sided narrative which meddled into Ivorian politics by declaring Mr Ouattara the winner of a very contested election with unclear results. Secondly, she ignored the historical facts in Cote d'Ivoire such as the civil war that had

<sup>418</sup> Opinion of Judge Cuno Tarfusser (n 5) para 12.

<sup>419</sup> Opinion of Judge Cuno Tarfusser (n 5) para 15. See also; Reasons of Judge Geoffrey Henderson (n 5) paras 413–416.

<sup>420</sup> See excerpts of these translations in Opinion of Judge Cuno Tarfusser (n 5) para 24 (iii).

bedevilled the country since 2002 and the heavy presence of pro-Ouattara armed forces in Abidjan especially between November 2010 to April 2011. By so doing, the Prosecutor presented military actions of Mr Gbagbo out of context, not as if he was fighting against other armed forces who seemed more powerful than the FDS, but as if the acts were directed entirely at civilians. Worse still the Prosecutor presented evidence which contradicted rather than confirmed this one-sided narrative as pointed out by Judges Henderson and Tarfusser.

### 2.3.3 The implication of one-sided prosecutions in the Ivorian cases

In summary, Mr Ouattara sought the intervention of the Court, the OTP heeded this request and relying on its *proprio motu* powers, indicted only pro-Gbagbo persons. No person from the pro-Ouattara side was indicted or prosecuted by the ICC, despite the PTC's conclusion that there were grounds to believe that crimes had been committed on both sides and numerous declarations by the OTP that the Prosecutor was investigating both sides of the conflict.<sup>421</sup> Supporters of Mr Gbagbo, including members of his political party FPI, saw the ICC's actions as displaying a form of victor's justice and some commentators agree.<sup>422</sup>

To analyse the political effect of one-sided prosecutions, it is necessary to recall the immense discretionary powers of the Prosecutor to commence investigations and institute prosecutions. The decision to commence investigations into a certain situation, to indict particular persons and not others, and to apply for a warrant of arrest against certain persons and not others lies with the Prosecutor.<sup>423</sup> The Pre-Trial Chamber (PTC) supervises these powers by authorising the conduct of investigations, issuing arrest warrants and confirming charges.<sup>424</sup> However, the separation of powers, between the Chamber and the Prosecutor in the Rome Statute is such that the PTC can only confirm or deny the Prosecutor's decisions to investigate or prosecute but it has no power to direct the Prosecutor to focus on a different situation or to indict a different set of persons.

In other words, the PTC only has negative powers to affirm or reject the Prosecutor's decision but it cannot supplant the Prosecutor's decision with its own. Therefore, although the PTC held that there were grounds to believe that crimes had been committed by both pro-Gbagbo and pro-Ouattara sides of the

<sup>421</sup> 'ICC Prosecutor Vows to Investigate Both Sides in Ivory Coast' <<https://www.reuters.com/article/us-icc-ivorycoast/icc-prosecutor-vows-to-investigate-both-sides-in-ivory-coast-idUSKCN0YP24B>> accessed 6 February 2018.

<sup>422</sup> See for example Robbie Corey-Boulet, 'Ivory Coast: Victor's Justice' (2012) 29 World Policy Journal 68.

<sup>423</sup> The Rome Statute of the International Criminal Court (Rome Statute), art 42.

<sup>424</sup> The Rome Statute, arts 15,16, 57 and 58.

conflict, it did not have powers to direct the Prosecutor to investigate crimes on the pro-Ouattara side or to indict persons from that side, in addition to the pro-Gbagbo side. These powers lie entirely with the Prosecutor who in this case exercised them to prosecute only pro-Gbagbo persons.

It is also important to note that the Trial Chamber rejected Mr Gbagbo's request for provisional release at least twelve times, ensuring that Mr Gbagbo remained detained during the entirety of his trial. In the 13 July 2012 decision, the PTC found that the detention of Mr Gbagbo appeared necessary, under article 58, to ensure his presence at trial, to keep him from interfering with investigations and proceedings and to prevent him from committing further crimes.<sup>425</sup> The main argument behind the continued detention of Mr Gbagbo was the presence of a network of supporters which, the Chamber held, would help him to abscond, to interfere with the proceedings and to commit further crimes within the jurisdiction of the Court. Subsequently, Chambers conducting the review on Mr Gbagbo's detention continued, through the years to uphold this decision. This was based on the finding that there had been no change of circumstances, and that the mere existence of a network of supporters was a factor which necessitated his continued detention.<sup>426</sup> According to the Majority of Trial Chamber I, the fact that Mr Gbagbo had a network of supporters was sufficient to deny his repeated requests for interim release, without any evidence that the supporters had any criminal intent, or that they intend to help Mr Gbagbo evade justice.<sup>427</sup>

As a result of these decisions, Mr Gbagbo remained in detention throughout the pre-trial and trial stages of the proceedings, as Mr Ouattara concluded his second presidential term. Mr Ouattara recently commenced his third presidential term, a move that some deem to be unconstitutional, but which would give him another five years in power.<sup>428</sup> Meanwhile Mr Gbagbo, his political rival, was released conditionally to Belgium while Mr Blé Goudé was released to the Netherlands pending the termination of the appeal proceedings. One of their conditions for release is that they are not allowed to make public statements or talk to the press about the case or travel outside the territory of the receiving state without prior approval of the Court.<sup>429</sup>

<sup>425</sup> *Prosecutor v Laurent Gbagbo* (Decision on the 'Requête de la Défense demandant la mise en liberté provisoire du président Gbagbo') ICC-02/11-01/11-180-Red (13 July 2012).

<sup>426</sup> *Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé* (Decision on Mr Gbagbo's Request for Interim Release) ICC-02/11-01/15-1156-Red (20 April 2018).

<sup>427</sup> For a contrary opinion see *Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé* (Dissenting opinion of judge Cuno Tarfusser) ICC-02/11-01/15-846-Anx (10 March 2017).

<sup>428</sup> 'La candidature d'Alassane Ouattara à un troisième mandat se dessine en Côte d'Ivoire' (n 8).

<sup>429</sup> Judgment on the Prosecutor's appeal against the oral decision of Trial Chamber I pursuant to article 81(3)(c)(i) of the Statute (n 3) para 60 as modified by the Appeals Chamber in; *The Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé* (Décision relative à la requête présentée par le conseil de Laurent Gbagbo aux fins de reconsidération de l'Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision rendue oralement par la Chambre de

When interpreted politically, Mr Ouattara's move to call upon the ICC, which resulted in the prosecution of only the pro-Gbagbo side, may be seen in the light of wanting to exile his political enemies to the ICC. As discussed in part 3.1, Mr Ouattara's political rivalry with Mr Gbagbo dates back to the year 2000. This continued throughout the time of Mr Gbagbo's presidency where Mr Ouattara was allied to the *Forces Nouvelles* rebels who wanted to overthrow Gbagbo. This culminated in a protracted civil war which ended with Mr Ouattara's forces arresting Mr Gbagbo with the assistance of UN and French forces. With the help of the ICC, it seems that Mr Ouattara could have his political enemies locked away in a detention centre in the Netherlands, thousands of miles away from Cote d'Ivoire with their civil and political rights and freedoms curtailed. Considering Mr Gbagbo's advanced age and health problems,<sup>430</sup> Mr Gbagbo is unlikely to be able or willing to vie for a presidential seat again, despite his final acquittal by the Appeal's Chamber.

This political argument would be valid no matter the judicial outcome of the Appeal's Chamber. Assuming *arguendo* that the Trial Chamber had found that the prosecution had proved its case beyond reasonable doubt and convicted the two accused persons, the judgement would possibly be legally sound and just. However, the political implications of the OTP's one-sided prosecutions explained above would continue to exist. This is because after being ousted militarily, Mr Gbagbo was kept in detention at the ICC detention centre for a period long enough for his political power to wane, for his supporters to scatter and for his political rival to complete two presidential terms. This situation is, to some degree, similar to the Uganda situation discussed, in part two above, where President Museveni seems to have used the ICC to intimidate problematic rebels. In Cote d'Ivoire it appears that the Court was successfully instrumentalised by Mr Ouattara, to have his political opponents detained in a foreign land for several years.

The consequence of such a one-sided and skewed narrative of the conflict is that it makes it difficult for the Chamber to arrive at the truth behind what really happened in Cote d'Ivoire and who were the persons most responsible for the crimes committed. The argument in this article is not that Mr Gbagbo and Mr Blé Goudé were wrongfully detained or that there was a miscarriage of justice within the meaning of article 85 of the Rome Statute. Rather, the argument is that it is impossible to know the truth behind the crimes which were committed in Cote d'Ivoire. This is because the OTP, whose job it was to conduct the investigation

---

première instance I en application de l'article 81-3-c-i du Statut et de réexamen des conditions de mise en liberté de Laurent Gbagbo et Charles Blé Goudé) ICC-02/11-01/15-1355-Red-tFRA (28 May 2020).

<sup>430</sup> Judge Tarfusser opined that Mr Gbagbo should be released provisionally because of his advanced age and health condition. See Dissenting opinion of judge Cuno Tarfusser (10 March 2017) (n 60).

and help the Chamber arrive at the truth, failed to do its job, instead choosing to present an implausible one-sided narrative, which meddled in Ivorian politics, but which was not supported by evidence. The conduct of the OTP in this case dents the neutrality of the Office making it appear like a political player in domestic politics. This creates a dangerous precedent as the OTP appears willing to play into the hands of states and political actors who would want to instrumentalise the OTP, and the Court by extension, to achieve their own political ends.

The Prosecutor's decision to prosecute only pro-Gbagbo side may be seen as strategic in that it may have been done in order to ensure the cooperation of Cote d'Ivoire in the investigations and securing of evidence. Indeed the ICC, having no enforcement mechanisms of its own relies on States Parties to grant authorisation to the Prosecutor to conduct investigations, to ensure security of OTP's staff within its territory and to arrest and surrender suspects to the ICC among other things.<sup>431</sup> Often times, when the Prosecution indicts suspects contrary to the wishes of the sitting government of situation countries, such governments refuse cooperation or otherwise frustrate the efforts of the Prosecutor to collect evidence and prosecute the cases. This happened for example in the Kenyan cases, where the two accused persons, Mr Kenyatta and Mr Ruto were elected President and Deputy President of Kenya, respectively, after their indictment by the ICC. They frustrated the Prosecutor's efforts to obtain evidence and there were also allegations of witness tampering and intimidation.<sup>432</sup> Therefore, in deciding to only institute proceedings against the pro-Gbagbo side, the Prosecutor may have had a legitimate concern that Ouattara's government would no longer cooperate with the OTP if it indicted people loyal to him. This is especially because in 2017 the Ivorian government announced that it would no longer cooperate with the ICC by surrendering Ivorian nationals to the Court.<sup>433</sup> Therefore, it is likely that if the Prosecutor had indicted Mr Ouattara or persons allied to him, his government would have refused cooperation with the ICC.

The OTP appears to be in a dilemma in that when dealing with a situation in which the sitting government has a stake, the OTP has to choose between one-sided prosecutions which will ensure state cooperation, on one hand, or frustrated attempts to prosecute due to lack of cooperation, on the other hand. None of these choices is desirable. One-sided prosecutions, even when backed by legitimate policy considerations create a dangerous precedence in the sense that powerful

---

<sup>431</sup> See the International cooperation and judicial assistance regime of the ICC in Part IX of the Rome Statute.

<sup>432</sup> *The Prosecutor v Uhuru Muigai Kenyatta* (Decision on Prosecution's application for a finding of non-compliance under Article 87(7) of the Statute) ICC-01/09-02/11-982 (3 December 2014).

<sup>433</sup> 'Côte d'Ivoire : personne ne sera plus transféré à la CPI, selon Ouattara – Jeune Afrique' (*JeuneAfrique.com*, 13 April 2015) <<https://www.jeuneafrique.com/229061/politique/c-te-d-ivoire-personne-ne-sera-plus-transf-r-la-cpi-selon-ouattara/>> accessed 6 September 2020.

people are able to determine who the ICC should prosecute. They also have the ability to hold the court at ransom by threatening to withdraw their cooperation with the court if the Court makes a move which displeases them.<sup>434</sup>

One might argue that it is preferable to conduct one-sided prosecutions, which will ensure the cooperation of the people in power, then wait and prosecute such powerful people after they leave power. The argument here would be that governments come and go and that people who are too powerful to be prosecuted today may be subjected to the Court's jurisdiction in a decade or less to come, and that in that case it would only be justice delayed. The problem with this argument, however, is that it goes against the letter and the spirit of the Rome Statute in that the ICC was established to try persons most responsible for international crimes within the jurisdiction of the Court no matter how powerful they are. This is the *raison d'être* of article 27 of the Rome Statute which provides that immunities of sitting heads of state and government will not be a bar to prosecution by the Court. The ways in which the ICC can resolve the above mentioned dilemma in the interest of justice is an important question, which should be the subject of more scholarship and discussions between stakeholders.

## Conclusion

Both Mr Gbagbo and Mr Ouattara contested the results of the December 2010 elections in Cote d'Ivoire. This led to violence between armed forces allied to the two parties and resulting in the murder, rape, injury and torture of civilians. The international community favoured Mr Ouattara in the election dispute, and declared him the legitimate president after which he called upon the ICC to investigate the post-election violence. The Prosecutor heeded this request and indicted only people from the pro-Gbagbo side, ignoring the pro-Ouattara side, even though the PTC found that there were reasonable grounds to believe that both sides had committed international crimes. To support the one-sided prosecutions, the OTP fronted a skewed narrative which ignored historical facts and realities in Ivorian society, and supported this theory with evidence which the Majority of Trial Chamber I found to be implausible and contradictory. As a result of this case Mr Gbagbo and Mr Blé Goudé were detained at the ICC for 8 years and 6 years respectively, a period long enough for Mr Gbagbo's political rival Mr Ouattara to complete two presidential terms and commence a third one. The actions of the OTP described above make it seem like that the Prosecutor played into the hands of Mr Ouattara who, after ousting Mr Gbagbo militarily, used the Court to exile him. The Prosecutor, which is the organ of the Court in charge of investigations and prosecutions, appears to have been a political player in Cote d'Ivoire. This goes

<sup>434</sup> Oumar Ba, *States of Justice: The Politics of the International Criminal Court* (Cambridge University Press 2020) 88–112 <<https://www.cambridge.org/core/books/states-of-justice/A919F84A580AB04F29B51817ECB8A192>> accessed 6 September 2020. The author discusses the politics of state cooperation at the ICC.



against the nature of the Court, which is supposed to be apolitical. The belief that politicians may call upon the Court to institute charges against stubborn political rivals in the full knowledge that ICC prosecutions are lengthy and therefore the opponents would be exiled for long enough for them to have a peaceful reign creates a dangerous precedent.

---

## CRY WOLF: DO AFRICAN STATES HAVE JUST CAUSE TO WITHDRAW FROM THE ICC?

SORETHA VENTERS<sup>435</sup> & JEANNE-MARI RETIEF<sup>436</sup>

### Abstract

This Chapter is based on a paper presented in Istanbul in 2016. It is important to note, from the outset, that the goal of this chapter is not to reopen a discussion on withdrawal from the ICC but rather to assess if there is any merit to the arguments brought forward by African states in support of the withdrawal.

The chapter will break down the intricacies and details of cases brought to the ICC in the last ten years. This will be achieved by dissecting the cases taking into account the number of cases from Africa and other continents, the reasons for the cases being referred to the ICC, the history of the case pre-referral and the effect it had on the victims. The Chapter aims to determine, specifically, if there is merit in the following arguments put forward by African States: The United Nations Security Council (UNSC), and by implication the ICC, operates upon hypocritical principles; The ICC is targeting African states; The ICC processes prolong and/or reignite conflict; It is practice in Africa that serving heads of state enjoy certain immunities, by indicting serving heads of state, such as President Al-Bashir, the ICC seems to encroach upon the practice.

---

<sup>435</sup> Soretha Venters manages CALIBRICS South Africa, a consultancy firm specialising in corporate governance, sustainable business practices and effective human rights initiatives. Her special interests include public and private administration, good governance, ethics as well as International Criminal justice.

<sup>436</sup> Dr. Jeanne-Mari Retief is CALIBRICS' founder. Human rights and International Criminal justice, especially in the African context are among her many interests.

## **FAIRE DES FAUSSES AFFIRMATIONS : LES ETATS AFRICAINS ONT-ILS UNE JUSTE CAUSE POUR SE RETIRER DE LA CPI?**

### **Résumé**

*Ce chapitre est basé sur une étude présentée à Istanbul en 2016. Il est important de noter, dès le départ, que l'objectif de ce chapitre n'est pas de rouvrir une discussion sur le retrait de la CPI, mais plutôt d'évaluer si les arguments avancés par les États africains en faveur du retrait sont fondés.*

*Le chapitre analysera les complexités et les détails des affaires portées devant la CPI au cours des dix dernières années. Pour ce faire, il analysera les affaires en tenant compte du nombre d'affaires provenant d'Afrique et d'autres continents, des raisons pour lesquelles les affaires ont été renvoyées à la CPI, de l'historique de l'affaire avant le renvoi et de l'effet qu'elle a eu sur les victimes. Ce chapitre vise à déterminer, en particulier, si les arguments suivants avancés par les États africains sont fondés : Le Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU) et, par le biais de la CPI, fonctionne selon des principes hypothétiques ; la CPI cible les États africains ; les processus de la CPI prolongent et/ou ravivent les conflits ; il est courant en Afrique que les chefs d'État en exercice bénéficient de certaines immunités ; en inculquant des chefs d'État en exercice, tels que le président Al-Bashir, la CPI semble empiéter sur cette pratique.*

## Background

In 2016, several African countries indicated their intention to withdraw from the International Criminal Court (ICC) due to its alleged targeting of African countries. However, this situation was reversed when South Africa and the Gambia withdrew their notifications to the United Nations. South Africa faced domestic pressure to reverse its withdrawal with the High Court ruling that the process followed for the withdrawal was unconstitutional. Gambia soon followed suit when the new President, Adama Barrow, came into power and reversed its withdrawal. This left Burundi as the only country to seek and eventually finalise its withdrawal.<sup>437</sup>

Africa is the region with the largest support base for the ICC with 33 of its 53 states having ratified the Rome Statute.<sup>438</sup> Africa has also been yielded as “repeat customers” of the ICC due to the higher rate of human rights violations and conflicts, and the general lack of credible systems to properly address the latter.<sup>439</sup>

The AU Constitutive Act of 2002 also grants the Union the right to intervene within member state borders for purposes of grave violations as indicated in section 4(h) of the latter Act.<sup>440</sup> This makes Africa the first region in the world to provide a legal basis for military intervention.<sup>441</sup>

Unfortunately, tensions between the African Union and ICC have built up over the past fifteen years. At the heart of the disagreement is a tangle of issues including immunity of heads of state and the failure of the ICC to broaden its permanent membership to other state parties. Therefore, the United Nations Security Council’s (UNSC) attempt to arrest President Al-Bashir was the main turning point for Africa. Long festering tension between the AU and the ICC reached a pivotal point.<sup>442</sup> It led to discord between the member states of the

<sup>437</sup> “Burundi: ICC withdrawal major loss to victims” October 2017 *Human Rights Online* accessible at [https://www.hrw.org/news/2016/10/27/burundi-icc-withdrawal-major-loss-victims#:~:text=\(Nairobi\)%20%E2%80%93%20Burundi%20has%20taken,Human%20Rights%20Watch%20said%20today.&text=Burundi’s%20withdrawal%20comes%20after%20South,was%20withdrawing%20from%20the%20ICC.](https://www.hrw.org/news/2016/10/27/burundi-icc-withdrawal-major-loss-victims#:~:text=(Nairobi)%20%E2%80%93%20Burundi%20has%20taken,Human%20Rights%20Watch%20said%20today.&text=Burundi’s%20withdrawal%20comes%20after%20South,was%20withdrawing%20from%20the%20ICC.)

<sup>438</sup> State Parties to the Rome Statute, as listed on the official website of the International Criminal Court and available at [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx).

<sup>439</sup> Jalloh C C “Africa and the International Criminal Court: Collision course or cooperation?” 2011-2012 *North Carolina Central Law Review* at 203.

<sup>440</sup> Jalloh (2011-2012) 207.

<sup>441</sup> Jalloh (2011-2012) 208.

<sup>442</sup> Mudukitu A “South Africa abandoning the International Criminal Court? The build and potential consequences” 2012 *European Human Rights Law Review* 1 at 3-4.

AU, a call for non-cooperation with the ICC, and finally the withdrawal actions mentioned above.

There are many works, opinions and articles focused on the examination of alternative measures available to victims should there be a mass withdrawal by African states. This article does not aim to reopen a discussion on withdrawal from the ICC but rather to assess if there is any merit to the arguments brought forward by African states in support of the withdrawal. Therefore, this chapter will break down the intricacies and details of cases brought to the ICC in the last ten years by dissecting the number of cases from Africa and other continents, the reasons for the cases being referred to the ICC and the history pre-referral, the outcome of the cases, and the effect it had on the victims. The writers aim to determine, specifically, if there is merit to the following arguments put forward by Africa: The United Nations Security Council (UNSC), and by implication the ICC, operates upon hypocritical principles; That the ICC is targeting African states; The ICC processes prolong and/or reignite conflict; by indicting serving heads of state, such as President Al-Bashir, the ICC seems to encroach upon the practice.

Each of these arguments will be discussed in this chapter with reference to the regional mechanisms the African states are in favour of adopting as a replacement to ICC membership. The chapter also looks at brief scenarios with the ICC history of case referral to determine the merit in alleged hypocritical principles and reignition of conflicts. Finally, the chapter will also broadly explore impunity in Africa and the effect this has in access to justice.

## **1. The African position: Arguments for withdrawal and regional mechanisms**

### **1.1 The ICC operates upon hypocritical principles**

It is the AU's contention that the UNSC, and by implication the ICC, operates upon hypocritical principles. The main reason furthered for this is the fact that three members of the permanent five (P5), who are not signatories to the Rome Statute, can exercise veto powers concerning the investigation and/or prosecution of perpetrators.<sup>443</sup> This veto power refers to the power of the five permanent members of the UN Security Council<sup>444</sup> to veto resolutions concerning alleged commission of international crimes by nationals of state parties. A permanent member can also abstain from the vote or be absent, but neither of the former will prevent a resolution from being adopted. The council also has

---

<sup>443</sup> Mudukuti (2012) 4.

<sup>444</sup> The five permanent members are China, Russia, France, The United Kingdom and the United States of America.

ten elected members who serve two-year, non-consecutive terms, but they do not hold veto power. Therefore, it expresses concern for the UNSC's role in peace and security.<sup>445</sup>

Africa therefore argued that there is a need for greater African presence on the United Nations Security Council (UNSC). Consequently, Africa demanded two permanent seats with veto power as well as five non-permanent seats for African member states.<sup>446</sup> Regional powers such as Brazil, Germany, India, Japan, and Nigeria have also sought to enlarge the council or secure permanent seats of their own. The question however seems to be if the allocation of two permanent seats to Africa would serve a legitimate purpose. Since it focusing on a negative power, the power to veto a resolution, it must be considered if African states will use this power to ensure international criminal justice in Africa or to promote further impunity in the region. Continuing the argument on hypocritical principles, Africa also condemns the two cases opened through UNSC referral and a further two opened due to *proprio motu* powers of the ICC Office of the Prosecutor. It argues that the ICC's pressure for prosecution of Bashar Al Assad from Syria, but its refusal to investigate the human rights violations committed by the US during its time in Iraq is hypocritical.<sup>447</sup> The AU argument therefore remains that the only real prosecutions being launched are on the African continent.<sup>448</sup>

It is important to note however, that current cases under investigation by the ICC were mostly self-referrals by African state parties.<sup>449</sup> Therefore, the UNSC and subsequently the P5 never intervened. This does in fact give Africa a large part of the blame for ICC involvement in Africa.<sup>450</sup> In addition, even if there were a UNSC referral there would need to be proof that the African state was unwilling or unable to prosecute the crime before the ICC can intervene which, once again, places at least some of the blame on the Africa state concerned.

Putting all this aside however, the hypocrisy argument fronted by Africa possibly carries the most merit of any other argument made for the proposed withdrawal from the ICC.

<sup>445</sup> Jalloh (2011-2012) 211.

<sup>446</sup> Mills (2012) 443.

<sup>447</sup> Cole RJV "Africa's relationship with the International Criminal Court: More political than legal" 2013 Melbourne Journal of International Law 670 at 691.

<sup>448</sup> This argument is further exacerbated by the ongoing call for intervention in war-ravaged Syria, which is continuously vetoed by Russia and China. Furthermore, the situation in the Crimea and the long-standing investigations into human rights crimes, with no prosecution, adds fuel to this argument.

<sup>449</sup> Mudukuti (2012) 5.

<sup>450</sup> Cole RJV "Africa's relationship with the International Criminal Court: More political than legal" 2013 Melbourne Journal of International Law 670 at 681.

Since only two members of the permanent five members of the UNSC are state parties to the Rome Statute, it only seems natural that there is room for criticism. If there is an option to veto a UNSC referral but the majority of the members occupying permanent seats are not state parties to the Rome Statute, it becomes difficult to argue that the ICC does in fact operate on fair principles. It opens the floor to veto rights based on pure political motives and not motives that are in the best interests of human rights. It seems wholly unfair for countries adhering to the principles of the Rome Statute and subjecting themselves to an outside judicial power to be prosecuted or investigated by others who seemingly do not operate on the same principles.

Throughout the last 20 years, there have been intense criticism of the UNSC permanent five and their veto powers. One such example is of the “War on Terror” launched by the United States after 9/11. The United States went to great lengths to avoid ICC interference and dove head-first into extensive (and sometimes confusing) arguments for the lack of ICC jurisdiction.<sup>451</sup> Despite these efforts however, the ICC has since vested jurisdiction over alleged crimes against humanity and war crimes committed in Afghanistan since 1 May 2003. It did however take over a decade for this jurisdiction to be confirmed.

Although there are set instances which allow for investigations into non-state parties, the United States and other members of the permanent five have a history of using staunch political sway and other cumbersome arguments to avoid ICC jurisdiction over their states and affairs.<sup>452</sup>

Considering the above, and taken as whole, the authors concede that this argument against the vesting of ICC jurisdiction may be a valid one put forth by Africa and one that is certainly worth further investigation. Unfortunately, the same sentiment does not ring true for the other arguments provided by Africa as the discussions below will show.

## **1.2 African states as targets for the ICC**

To properly address this argument; it is necessary to look at the cases before the ICC and to examine the statistics relating to the origin, countries involved and how these cases came about.

---

<sup>451</sup> Retief J “Extraordinary rendition and criminal law: Criminalising the indefinable?” 2009 *University of Pretoria Doctoral Thesis*.

<sup>452</sup> Retief J “Extraordinary rendition and criminal law: Criminalising the indefinable?” 2009 *University of Pretoria Doctoral Thesis*.

It is important to remember that ICC jurisdiction has three main triggering mechanisms: A self-referral by a state party, a UNSC referral to the Prosecutor, or a *proprio motu* investigation by the Prosecutor in terms of article 15.<sup>453</sup>

### 1.2.1 Current status of cases before the ICC<sup>454</sup>

Currently 22% (2 out of 9) of preliminary investigations conducted by the Office of the Prosecutor is in relation to situations in Africa.<sup>455</sup> 44% of preliminary investigations relate to Asia<sup>456</sup> and Europe,<sup>457</sup> while a further 34% of preliminary investigations relate to South American situations.<sup>458</sup>

On the other hand, 77% of formal investigations (10 out of 14) are currently being conducted into African situations<sup>459</sup> with only 15% (2 out of 13) of current investigations being conducted in relation to Asian situations and 8% (2 out of 13) of formal investigations relating to Eurasian situations with the investigation into Afghanistan being the latest addition to the Eurasian numbers. However, it should be noted that 50% of the African cases were self-referral from states, with 23% being *proprio motu* investigation by the Prosecutor, and 15% being referred to the Prosecutor by the UNSC.

In the history of the ICC a total of 28 prosecutions have been initiated after investigations in the court and all in relation to situations in Africa and none in other continental territories. Of the 28 prosecutions<sup>460</sup> initiated 43% (12 out of 28) were referred by African member states themselves. 32% (9 out of 28) of prosecutions were referred by the United Nations Security Council and 25% (7 out of 28) initiated on the Prosecutions' own initiative.

Of the 12 situations referred by African members states, which led to prosecution, 4, have resulted in convictions and sentences,<sup>461</sup> 3 resulted in

<sup>453</sup> Sluiter G "VI International Criminal Court (ICC)" 2005 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 45 at 48.

<sup>454</sup> Statistics created from information gathered and analysed from Case Fact Sheets and other documents and information available on the ICC website: <https://www.icc-cpi.int/Pages/Main.aspx> accessed on 6 August 2020.

<sup>455</sup> Guinea and Nigeria.

<sup>456</sup> Republic of Philippines and the State of Palestine.

<sup>457</sup> Ukraine and Iraq-United Kingdom.

<sup>458</sup> Columbia, Venezuela I and Venezuela II.

<sup>459</sup> Central African Republic, Central African Republic, Uganda, Kenya, Burundi, Darfur, Sudan, Libya, Democratic Republic of the Congo, Côte d'Ivoire & Mali

<sup>460</sup> Three cases in the Central African Republic (CAR), six cases in the Democratic Republic of Congo (DRC), two cases in Uganda, two cases in Mali, four cases in Kenya, two cases in Côte d'Ivoire, three cases in Libya and a final six in Sudan.

<sup>461</sup> Three cases from the DRC and one from Mali.



successful appeals<sup>462</sup> or acquittals, 3 are pending hearings<sup>463</sup> and 2 resulted in warrants of arrest being issued with the accused still at large.<sup>464</sup> The 5 convictions by the ICC all relate to African member states.<sup>465</sup>

A great amount of judicial scrutiny is applied to *proprio motu* investigations, which is applicable to 25% of the 28 prosecutions initiated after investigation in ICC history. The Office of the Prosecutor must prove that the evidence is based on reliable sources and that the alleged crime/s is of sufficient gravity.<sup>466</sup> Only then will it be allowed to proceed. Therefore, substantial grounds must be proven before the ICC will assert jurisdiction and it has in fact refused to take cases for this very reason i.e. Henry Kiprano Kosgey and Mohammed Hussein Ali from Kenya, as well as Bahir Idriss Abu Garda from Sudan and Callixte Mbarushimana from the DRC.<sup>467</sup>

The ICC will also consider the complementarity principle before establishing jurisdiction. Therefore, if the situation is currently being investigated, has been investigated, or the perpetrator has previously been tried, the case would be inadmissible. Unless it can be proven that, regardless of the latter, the member state was in truth unwilling or unable to investigate (or properly investigate) the case.<sup>468</sup> This alludes to the inability or unwillingness of African states to investigate and brings us full circle to the arguments that African bodies have been created to address human rights violations on the continent, but most of these entities face crippling restrictions, which halt the proper execution of justice.

Taking into account the high invitation rate by African states to investigate crimes and the rigorous judicial scrutiny applied by the ICC in cases of UNSC or *proprio motu* referral, it becomes difficult to convincingly argue that Africa is being unduly subjected to targeting by the ICC. A look at the preliminary investigations and formal investigations into situations outside Africa makes this point even clearer.

### 1.2.2 Preliminary Investigations into non-African situations

A preliminary investigation into the situation in the Republic of the Philippines was announced during February 2018 and is on-going despite the

---

<sup>462</sup> Two from the DRC and one from CAR.

<sup>463</sup> CAR, Uganda and Mali.

<sup>464</sup> DRC and Uganda.

<sup>465</sup> Three from the DRC, one from Mali and one from CAR.

<sup>466</sup> Cole (2013) 677.

<sup>467</sup> Cole (2013) 690.

<sup>468</sup> Nam JFW “Jurisdictional conflicts between the ICC and the African Union: Solution to the dilemma” 2015-2016 *Denver Journal of International Law and Policy* 40 at 42.

Philippines withdrawing from the Rome Statute effective 17 March 2019.<sup>469</sup> Another preliminary investigation into the situation in the State of Palestine was referred to the ICC by the Palestinian Government. It focuses on alleged crimes committed in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem, since 13 June 2014.<sup>470</sup>

Despite the fact that Ukraine is not a party to the Rome Statute, it has nonetheless submitted a case to the ICC. It referred a situation relating to crimes committed in the context of the “Maidan” protests since November 2013 and other events in the Ukraine, which have been taking place since 20 February 2014. These situations seem to be ongoing.<sup>471</sup>

The preliminary investigation into alleged war crimes committed by United Kingdom nationals in the context of the Iraq conflict and occupation from 2003 to 2008 is also currently in the third phase, ‘Admissibility’. The preliminary investigation was halted in 2006 and reinstated during May 2014 after new information was received. The investigation includes allegations of murder, torture, and other forms of ill-treatment by UK nationals in the context of the Iraq conflict.<sup>472</sup>

The preliminary investigation into the situation in Colombia is also in phase 3: Admissibility. It focuses on alleged crimes against humanity and war crimes committed in the context of the armed conflict between and among government forces, paramilitary-armed groups, and rebel armed groups.<sup>473</sup>

A preliminary investigation is currently underway into the situation in Venezuela and focuses on alleged crimes committed since April 2017, in the context of demonstrations and related political unrest. In particular, the allegations relate to the frequent use of excessive force by the State Security Forces in response to demonstrations.<sup>474</sup>

The latest referral submitted, on 13 February 2020, and which is in preliminary investigation phase is that of the situation referred by the Government

---

<sup>469</sup> Preliminary examination: Republic of the Philippines, <https://www.icc-cpi.int/philippines> accessed on 21 August 2020

<sup>470</sup> Preliminary examination: State of Palestine, <https://www.icc-cpi.int/palestine> accessed on 21 August 2020

<sup>471</sup> Preliminary examination: Ukraine, <https://www.icc-cpi.int/ukraine> accessed on 21 August 2020

<sup>472</sup> Preliminary examination: Iraq/UK, <https://www.icc-cpi.int/iraq> accessed on 12 August 2020

<sup>473</sup> Preliminary examination: Colombia, <https://www.icc-cpi.int/colombia> accessed on 12 August 2020

<sup>474</sup> Preliminary examination: Venezuela I, <https://www.icc-cpi.int/venezuela> accessed on 12 August 2020.

of the Bolivarian Republic of Venezuela. The referring State has requested an investigation into crimes against humanity allegedly committed on the territory of Venezuela, with the view to possibly identifying one or more persons to be charged with the commission of such crimes.<sup>475</sup>

The two African situations in the preliminary investigation phase relate to Guinea and Nigeria. In the case of Guinea, the focus is on alleged crimes against humanity committed in the context of the 28 September 2009 events in Conakry, Guinea and is in the admissibility phase. In the case of Nigeria, the focus is on alleged crimes against humanity or war crimes committed in the Niger Delta, the Middle-Belt States and in the context of armed conflict between Boko Haram and Nigerian security forces in Nigeria. This situation is also in the admissibility phase.

It is clear from the above breakdown that the ICC is focused on following due process in all cases or situations that comes to its attention. The fact that the majority of preliminary investigations relate to non-African states, at the very least, should create further doubt that the ICC is biased toward Africa. Only two of the nine preliminary investigations by the ICC relate to African states. This accounts for 22%. Once again, this adds to the fragility of the African argument that the ICC is in fact targeting Africa.

### 1.2.3 Formal Investigations into non-African situations

*Aproprio motu* investigation (own initiative investigation) by the Office of the Prosecutor in relation to the situation in the People's Republic of Bangladesh/ Republic of the Union of Myanmar was initiated on 14 November 2019 and has subsequently been authorised by the Chamber on 4 July 2019. The investigation focuses on allegations of crimes of deportation, persecution, and any other crime within the ICC jurisdiction committed, against the Rohingya people or others, violence which occurred in Rakhine State, Myanmar, and any other crimes under the ICC's jurisdiction sufficiently linked to these events.<sup>476</sup>

Another 'own initiative' investigation by the Office of the Prosecutor was authorised on appeal by the Appeals Chamber on 5 March 2020. The investigation relates to the situation in in the Islamic Republic of Afghanistan and focuses on alleged crimes committed on the territory of Afghanistan since 1 May 2003. It also focuses on other alleged crimes linked to the armed conflict in Afghanistan

<sup>475</sup> Preliminary examination: Venezuela II, <https://www.icc-cpi.int/venezuelall> accessed on 12 August 2020

<sup>476</sup> Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar Case No. ICC-01/19 <https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar> accessed on 12 August 2020

and to the situation in Afghanistan and which were committed on the territory of other States Parties to the Rome Statute since 1 July 2002.<sup>477</sup>

On 27 January 2016, the Chamber granted the Office of the Prosecutor permission to proceed with an ‘own initiative’ investigation into the situation in Georgia, in relation to crimes against humanity and war crimes within the jurisdiction of the Court in the context of an international armed conflict between 1 July and 10 October 2008. The crimes against humanity include murder, forcible transfer of population and persecution, while the war crimes include alleged attacks against the civilian population, wilful killing, intentionally directing attacks against peacekeepers, destruction of property and pillaging. The request for an ‘own initiative’ investigation was granted notwithstanding national authorities already having imitated genuine domestic proceedings into the same cases. The Prosecutor argued that until recently, the national authorities of both Georgia and Russia were engaged in conducting investigations against those who appeared to be most responsible for some of the identified crimes. The investigations showed progress, albeit slow, but in March 2015, relevant national proceedings in Georgia were indefinitely suspended. Relevant proceedings in Russia are still proceeding and are being monitored by the Office of the Prosecutor.<sup>478</sup>

There are currently thirteen formal investigations before the ICC. The majority of these (ten cases) relate to African countries. However, five of the ten formal investigations were once again self-referrals from states. Another additional formal investigation saw the African government accepting the ICC’s jurisdiction. Therefore, only four of the current formal investigations into Africa can possibly be argued to be serving in front of the ICC against the will of the government.

#### **1.2.4 A final summary of recent and current investigations**

According to the ‘2019 Activities Report’<sup>479</sup> submitted by the Office of the Prosecutor for the ICC, a total of 795 referrals were received from November 2018 to October 2019 of which only 41 of these referrals warranted further analysis in the form of Phase 1 Reports.<sup>480</sup> The Report further refers to four

<sup>477</sup> Situation in the Islamic Republic of Afghanistan Case No. ICC-02/17 <https://www.icc-cpi.int/afghanistan> accessed on 12 August 2020

<sup>478</sup> Situation in Georgia Case No. ICC-01/15 <https://www.icc-cpi.int/georgia> accessed on 12 August 2020

<sup>479</sup> Report on Preliminary Examination Activities 2019 8(5 December 2019) <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf>

<sup>480</sup> Once referrals are made according to the prescribed processes, the allegations have to be vetted upon more detailed factual and legal analysis. The purpose of this analysis is to provide an informed, well-reasoned recommendation on whether the allegations in question appear to fall within the Court’s jurisdiction and warrant the further escalation to the preliminary

Phase 1 Reports that were ultimately turned down for further investigation and prosecution due to personal and territorial jurisdictional shortcomings. Two of these relate to situations in North Korea, one to the situation in the South China Sea involving the Philippines and one involving the situation in Yemen relating to states party mercenaries.

In relation to the situation in North Korea, the Office of the Prosecutor found that the dual nationality afforded to North Korean citizens by birth does not constitute South Korean citizenship by default and that a North Korean national still has to apply and be approved by the South Korean government. This eliminated the argument that North Korean citizens, which include the Supreme Leader of the Democratic People's Republic of Korea, falls under the personal jurisdiction of the ICC, as South Korea is a State Party to the Rome Statute.<sup>481</sup>

Another referral submitted was in respect of the exercising of territorial jurisdiction over North Korean nationals in State Party territories. It was argued that the harsh and limiting conditions imposed on North Korean nationals when dispatched by the North Korean government to State Parties, in Europe, Africa, South America and Asia, amount to forced labour and amounts to the crime against humanity of enslavement. After conducting open source investigations, it was found that the conditions, although harsh, inhumane and potentially forced, do not amount to the level of deprivation of liberty required to fall within the scope of the crime nor does the limitations imposed by North Korean authorities appear to entail a suppression of the workers or reducing them to a subservient status within the meaning of article 7(1)(c) of the Statute.<sup>482</sup>

Another referral related to the situation in Yemen and spoke to alleged State Party nationals (acting as mercenaries on instruction of the United Arab Emirates) committing war crimes during the ongoing conflict. Despite the Office of the Prosecutor accepting that the ICC may exercise personal jurisdiction over nationals of States Parties responsible for crimes in Yemen, pursuant to article 12(2) (b) of the Statute, there was no evidence of the identified individuals committing any crimes. A factual assessment and open source information suggested that some State Party nationals alleged to have been engaged as mercenaries might in fact have been involved with the UAE Presidential Guard in various capacities.

---

examination process. For this purpose, the Office prepares a dedicated internal analytical report which is known as the "Phase 1 Report". Report on Preliminary Examination Activities 2019 8 (5 December 2019) <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf>

<sup>481</sup> Report on Preliminary Examination Activities 2019 9(5 December 2019) <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf>

<sup>482</sup> Report on Preliminary Examination Activities 2019 11(5 December 2019) <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf>

However, there was no information available connecting such persons to the commission of alleged crimes.<sup>483</sup>

The Office of the Prosecutor also reported<sup>484</sup> that it completed a preliminary investigation into the situation in Bangladesh/ Myanmar and the Chamber confirmed jurisdiction stating that it may exercise jurisdiction over the alleged deportation of the Rohingya people from Myanmar to Bangladesh, including other potential crimes under the Rome Statute. In particular, the Court may exercise jurisdiction over “*acts of deportation initiated in a State not Party to the Statute, through expulsion or other coercive acts, and completed in a State Party to the Statute (by virtue of victims crossing the border to a State)*”, as well as potentially other crimes under the Statute “[i]f it were established that at least an element of another crime within the jurisdiction of the Court [...] is committed on the territory of a State Party”.<sup>485</sup>

Another investigation currently under formal investigation following the completion of preliminary investigations is the situation relating to alleged crimes against humanity and war crimes committed in Afghanistan since 1 May 2003. The Appeals Chamber found in March 2020 that the prosecutor was authorised to investigate the crimes alleged to have been committed on the territory of Afghanistan since 1 May 2003. This includes other alleged crimes that have a *nexus* to the armed conflict in Afghanistan and are sufficiently linked to the situation in Afghanistan. The crimes were committed on the territory of other States Parties to the Rome Statute since 1 July 2002.<sup>486</sup>

As can be seen from the above summary, the ICC, the UNSC and the Office of the Prosecutor heavily rely on the proper processes and procedures that may grant it jurisdiction over a case. This seems to be the case for each case referred regardless of the source of referral or geographical region of the accused state.

---

<sup>483</sup> Report on Preliminary Examination Activities 2019 16(5 December 2019) <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf>

<sup>484</sup> Report on Preliminary Examination Activities 2019 72(5 December 2019) <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf>

<sup>485</sup> Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute” 42(6 September 2018) [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018\\_04203.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_04203.PDF)

<sup>486</sup> Situation in the Islamic Republic of Afghanistan Case No. ICC-02/17 <https://www.icc-cpi.int/afghanistan>

### 1.3 African solutions to African problems should receive precedence over ICC jurisdiction

When deciding if an investigation into a state should be opened, one of the criteria the UNSC should consider is whether the state is unable or unwilling to prosecute. Therefore, if Africa fronts the argument that there should be a mass withdrawal from the ICC in favour of African Solutions for African Problems, it naturally means that, on this criterion, Africa has in fact got a solid ability to investigate and prosecute these cases. However, this is not the current situation. In fact, Africa is far from claiming this investigative and prosecutorial ability.

It is important to note that positive steps have been taken and initiated by Africa, although challenges are also real. The African Court of Justice and Human Rights has been proposed but there are glaring issues that will create challenges with Africa's proper ability to truly investigate and prosecute international crimes in the continent. The immediate issues of concern with the ACJHR is that its scope is too broad, it will require too many judges with specialised knowledge, the budget will be large, and deterrence is undermined by the immunity clause. Article 46A *bis* of the Malabo Protocol provides for the immunity of sitting heads of state and high-ranking government officials during their tenure. This is troublesome as the current principle is that there are no immunities before international courts.<sup>487</sup>

Furthermore, if the yet-to-be established ACJHR successfully extends its jurisdictions, it would undoubtedly lead to jurisdictional conflicts between the ICC and the ACJHR.<sup>488</sup> Both the Rome Statute and the Malabo Protocol are multilateral treaties and will therefore be in conflict with one another.<sup>489</sup> The International Court of Justice has confirmed that the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) is the guiding international customary law for the application of treaties.<sup>490</sup>

---

<sup>487</sup> *Prosecutor v Charles Ghankay Taylor* (2014) Case No SCSL-2003-01-I Appeals Chamber of the SCSL at par 52.

<sup>488</sup> Nam JFW "Jurisdictional conflicts between the ICC and the African Union: Solution to the dilemma" 2015-2016 *Denver Journal of International Law and Policy* 41.

<sup>489</sup> Nam (2015-2016) 48. The impact of this conflict between can be shown clearly with reference to the following. The AU has thirty-two states that are state parties to the Rome Statute. Thus, the Draft Protocol has a potential to affect significantly the functionality of the ICC. If thirty-two states withdraw from the Rome Statute or give superior jurisdiction to the Draft Protocol, the jurisdiction of the ICC in Africa will be functionally eliminated. For example, Kenya has passed a motion to withdraw from the ICC in their national assembly on September 5, 2013. 94 Although no law implementing such withdrawal was made, this has already forced the ICC to re-consider the motion to consider proposed amendments to address AU's member states concerns.

<sup>490</sup> Nam (2015-2016) 48.

Article 59 of the VCLT clearly states that a treaty is incompatible with another if it relates to the same subject matter. According to the International Law Commission it would be considered the “same subject matter” if the object is identical and presents a compatible degree of generality.<sup>491</sup> It is now worth noting that the Malabo Protocol and the Rome Statute share more than just a common objective as it uses the exact same language for criminal elements, both include the four core crimes, and both share the same mode and exercise of jurisdiction.<sup>492</sup> These similarities cause conflicts in terms of state obligations to treaties. For example, if the ICC and the ACJHR prosecute the same person (national of Country A) for the same conduct related to the same crime, and both courts have asked Country B (a state party to both the Rome Statute and the Draft Protocol) to surrender the respective suspect to their respective courts, which court will the suspect be surrendered to? Ultimately, Country B can only choose one court to surrender the suspect, which would inevitably violate their treaty obligation under the other instrument.<sup>493</sup>

Further concern has been raised as to whether the proposed court’s judges will have the expertise and capacity to deliver on their directives. Adequate financial resources<sup>494</sup> and the proposed immunity clause are also contentious issues and directly violate international practice.

The argument can further be raised that there may be other mechanisms that could be of value and assistance to Africa in further pursuing their own forum for prosecution of international crimes within Africa.

The Extraordinary African Chambers (EAC) is a good example of an African forum for prosecution of international crimes. It was established to try those responsible for international crimes committed in Chad from June 1982 to December 1990 under the regime of Hissène Habré. International crimes tried included torture, war crimes, and crimes against humanity. The Habré trial was

---

<sup>491</sup> Nam (2015-2016) 49.

<sup>492</sup> Nam (2015-2016) 50.

<sup>493</sup> Example courtesy of Nam (2015-2016) 50.

<sup>494</sup> As at 2012 the International Criminal Court had an annual budget of over \$140m and compliment of 766 staff members as noted in Silverman J “Ten years, \$900m, one verdict: Does the ICC cost too much?” available at (accessed 14 December 2020). If one takes into account this is an established court with the expertise to try international crimes it becomes worrisome when the true cost of this operation is considered. See also *Report of the Committee on Budget and Finance on the work of its thirty-third session* ICC-ASP/18/15 (27 September 2019) available at [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP18/ICC-ASP-18-15-AV-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/ICC-ASP-18-15-AV-ENG.pdf). Africa is plagued by financial constraints and the ACHPR has noted its issues with financing and how this affects its effectiveness. See “The state of African regional human rights bodies and mechanisms 2018-2019” *Amnesty International* available at [https://www.amnesty.be/IMG/pdf/state\\_of\\_ahrs\\_2018-2019.pdf](https://www.amnesty.be/IMG/pdf/state_of_ahrs_2018-2019.pdf) (accessed on 14 December 2020).



the first time the principle of universal jurisdiction led to a case proceeding to trial within Africa and marked the first instance of a former leader being prosecuted in foreign courts for purposes of international crimes. Habré was found guilty of various international crimes on 30 May 2016, which judgment was upheld by the Appeals Chamber of the EAC in April 2017.

#### 1.4 Africa and impunity: The argument against indictment of sitting heads of state

The AU has shown support for the prosecution of former heads of state. A good example is its role in the prosecution of Hissène Habré. However, it does not support the implementation of legal proceedings against *sitting* heads of state.<sup>495</sup> It is also important to note that even though the AU wanted the arrest warrant for President Al-Bashir to be suspended, it did not openly suggest that he should not face justice and debate whether it was possible for the AU to try him. However, given the AU's position on the immunity of sitting heads of state, it is unclear what the purpose of such a trial would have been.<sup>496</sup>

Therefore, the main issue seems to be the indictment of a *servicing* head of state, President Al-Bashir.<sup>497</sup> It is the AU's contention that no serving head of state should be subjected to legal proceedings and therefore the AU called on its member states to refuse co-operate with the ICC in 2009.<sup>498</sup>

These arguments pertaining to the Al-Bashir situation, and investigations of sitting heads of state, carry little validation. Article 27 of the Rome Statute clearly states that immunities attached to an individual shall not bar the ICC in its functions.<sup>499</sup> Also, the ICJ made it clear that the ICC is the exception to the rule and that it does in fact have the jurisdiction to investigate sitting heads of state.<sup>500</sup> The ICJ held that serving heads of state are immune to any proceedings from a foreign court but not from jurisdiction of certain international courts.<sup>501</sup>

---

<sup>495</sup> Mills (2012) 440.

<sup>496</sup> Mills (2012) 445.

<sup>497</sup> Mudukuti (2012) 5.

<sup>498</sup> Mudukuti (2012) 5.

<sup>499</sup> Mudukuti (2012) 7.

<sup>500</sup> Case concerning the arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) Judgment of 14 February 2002.

<sup>501</sup> Imoedemhe O "Unpacking the tension between the African Union and the International Criminal Court: The way forward" 2015 *African Journal of International and Comparative Law* 74 at 94.

It has been argued, on the other hand, that Al-Bashir has immunity as sitting head of state by virtue of international customary law. However, the obligation to prosecute perpetrators for international crimes has also reached the status of international customary law and it is argued that this rule overrides state sovereignty.<sup>502</sup>

### 1.5 The UN process hinder the peace-first approach

Since the AU's main focus is peace and reconciliation, it argues that the ICC processes hinder these peace-based approaches<sup>503</sup> by prolonging and/or reigniting conflict. The AU argues that it adopted this peace-first approach in the Al-Bashir situation. Several warnings were issued to encourage adequate adherence to human rights.<sup>504</sup> However, in the end nothing came of this a certain accusations of human rights violations remained unaccounted for. African states have also aided in other peace negotiations over the years, most notably the Sun City Agreement which led to a multi-party government in the Democratic Republic of Congo after the Second Congo War in 2002.<sup>505</sup> The then South African President, Thabo Mbeki, led these negotiations.<sup>506</sup> Unfortunately, there have been multiple reported instances of persistent violence since this accord was reached. A similar power sharing agreement was negotiated for Sierra Leone with the help of regional and international actors.<sup>507</sup> International actors present to facilitate the peace talks in Togo included representatives from the UN, the Organisation of African Unity, the Commonwealth, Ghana, Liberia, Libya, Mali, Nigeria, the United Kingdom and the United States.<sup>508</sup> President Ahmad Tejan Kabbah signed a peace agreement with the Revolutionary United Front (RUF) leader, Foday Sankoh. Sankoh was granted a position in the transitional government and received amnesty for himself and his combatants.<sup>509</sup> Unfortunately, these peace

<sup>502</sup> Cole (2013) 688.

<sup>503</sup> Mills K "Bashir is dividing us: Africa and the International Criminal Court" 2012 *Human Rights Quarterly* 404.

<sup>504</sup> Cole (2013) 682.

<sup>505</sup> Storm clouds over Sun City: The urgent need to recast the Congolese peace process (14 May 2002) *International Crisis Group* available at <https://d2071andvip0wj.cloudfront.net/44-storm-clouds-over-sun-city-the-urgent-need-to-recast-the-congolese-peace-process.pdf> (accessed 14 December 2020).

<sup>506</sup> Storm clouds over Sun City: The urgent need to recast the Congolese peace process (14 May 2002) *International Crisis Group* available at <https://d2071andvip0wj.cloudfront.net/44-storm-clouds-over-sun-city-the-urgent-need-to-recast-the-congolese-peace-process.pdf> (accessed 14 December 2020).

<sup>507</sup> Hayner P "Negotiating peace in Sierra Leone: Confronting the justice challenge" (December 2007) available at [https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-CHD-SierraLeone-Negotiating-Peace-2007-English\\_0.pdf](https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-CHD-SierraLeone-Negotiating-Peace-2007-English_0.pdf) (accessed 14 December 2020).

<sup>508</sup> Hayner P "Negotiating peace in Sierra Leone: Confronting the justice challenge" (December 2007) at 10.

<sup>509</sup> Hayner P "Negotiating peace in Sierra Leone: Confronting the justice challenge" (December

talks did not bring about the change expected. Rebel activity, brought about by the West Side Boys, continued. Freetown was under siege again by May 2000.<sup>510</sup>

Although mediation is certainly a good jumping off point for certain situations, there is a definite need for escalation once this proves to be ineffective. Taking into account that ICC can only intervene where a State/s is genuinely unable or unwilling to carry out the investigation and prosecute the perpetrators, it is difficult to accept the argument that peace processes are hindered by ICC involvement. It takes a good deal of time to account for all proper due processes and procedures before the ICC can move forward with a preliminary investigation. Multiple other steps then follow for a case to reach conviction stage.

The primary mission of the International Criminal Court is to help put an end to impunity for the perpetrators of the most serious crimes of concern to the international community as a whole, and thus to contribute to the prevention of such crimes. It is difficult to understand how this purpose can be construed to have a negative impact on peace.

## **Conclusion**

The arguments provided from Africa for the proposed withdrawal from the ICC are of great concern since many cases stem from Africa, and will most probably for the foreseeable future stem from Africa.<sup>511</sup> The ICC currently provides a much-needed service to the victims of international crimes in Africa, and without proper cooperation from states; the ICC will be powerless in this regard. Should 33 African states withdraw from the ICC, the functionality of it would be greatly undermined.<sup>512</sup>

In light of the above, and the worrisome issues this creates, the arguments put forward in support of the withdrawal should, at the very least, be concrete. Throughout this Chapter there have been discussions relating to the merit of each argument put forward by Africa. The authors concede that the argument in relation to hypocritical operational principles has some merit and has been a concern for many states over the past 20 years. Especially concerning global injustices like the “War on Terror” also mentioned in this chapter. However, the creation of the ICC is no small feat and we will do well to remember that this is the first time in history that a permanent international criminal court has

---

2007) 10 – 12.

<sup>510</sup> Hayner P “Negotiating peace in Sierra Leone: Confronting the justice challenge” (December 2007) 22 - 23.

<sup>511</sup> Jalloh (2011-2012) 214.

<sup>512</sup> Nam (2015-2016) 50.

---

been given these powers. This was not done easily nor was the decision made lightly. To do away with such an achievement which is also a victory to the most important role players in the picture, the victims, would be unjust. That being said, there cannot be different rules for different members in an institution that is supposed to promote unity and, therefore an investigation into the allocation of permanent seats in the UNSC, and allegations of hypocritical treatment, could be needed.

There may also be selfish reasons attached to the proposal to withdraw from the ICC. Africa is rife with impunity and home to some of the worst human rights atrocities. To argue that there should be a withdrawal from the only forum that currently has the means to properly hold perpetrators accountable and bring relief to victims due to a state party's need to protect certain individuals, is ludicrous. One of the main reasons for the existence of the ICC is to ensure that no one is free from the law and that each individual guilty or accused of these heinous crimes should be able to be held accountable regardless of their station. To take away this power from the ICC or establish another tribunal that forbids prosecution of certain individuals, is an injustice to those who suffer because of these actions.

The argument relating to the targeting of African states also bears little weight if all the facts are considered. While it may be true that there have been no prosecutions instituted in the ICC against perpetrators from countries and continents outside Africa, it does not mean that other countries are not being investigated or situations in their jurisdictions not being referred to the ICC. Evidence of this is provided in the discussions of paragraph 2 of this Chapter. Also, if most of the cases being investigated or being prosecuted at the ICC are self-referrals from states, this argument becomes wholly illogical.

Should Africa decide upon a mass withdrawal from the ICC it would, in our opinion, most certainly be for reasons that are untoward and not in the interest of human rights and justice. There is a great deal more that needs to be proven to cement the arguments put forward. This is not a solid basis for a decision that will affect the lives of so many and possibly cement the promotion of impunity in Africa.

## **LE PROTOCOLE DE MALABO SUR LA COUR AFRICAINE DE JUSTICE ET DES DROITS DE L'HOMME : VÉRITABLE ENGAGEMENT OU FEUILLE DE CHANTAGE?**

AIMÉ-PARFAIT NIYONKURU<sup>513</sup>

### **Résumé**

Cet article soutient que le processus d'élaboration du Protocole de Malabo fut davantage une stratégie de pression sur la Cour pénale internationale qu'il ne procéda d'une réelle volonté de créer un mécanisme judiciaire continental opérationnel, doté d'une compétence en matière de crimes internationaux commis en Afrique. Ce fut une stratégie reposant sur l'agitation de la menace de se retirer ou de se détourner de cette Cour. La menace provenait de chefs d'États et de gouvernements africains qui ne supportaient pas que la Cour engage des enquêtes et/ou procédures pénales à l'encontre des membres de leur club.

---

<sup>513</sup> Aimé-Parfait Niyonkuru est chercheur invité au Centre de droit international de Nanterre (France) et chercheur associé à Arnord Bergstraesser Institut de l'Université de Freiburg (Allemagne). Email: [niyoparfait2004@yahoo.fr](mailto:niyoparfait2004@yahoo.fr)

---

## **THE MALABO PROTOCOL ON THE AFRICAN COURT OF JUSTICE AND HUMAN RIGHTS: REAL COMMITMENT OR A WHITEWASH?**

### **Abstract**

*This paper argues that the process of drafting the Malabo Protocol was more of a strategy to put pressure on the International Criminal Court than a genuine desire to create an operational continental judicial mechanism with jurisdiction over international crimes committed in Africa. The strategy consisted in the threat to withdraw or turn away from the Court. African heads of states and governments found unbearable that the Court could initiate investigations and/or criminal proceedings against members of their club.*

## Introduction

Le Protocole de Malabo, officiellement connu sous l'appellation de « Protocole sur les amendements au protocole sur le statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme »<sup>514</sup> a été adopté le 27 juin 2014 à Malabo (Guinée Equatoriale), par la Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Union Africaine.<sup>515</sup> Ce protocole, qui n'est pas encore en vigueur faute du nombre suffisant de ratifications<sup>516</sup>, prévoit la création d'une Cour Africaine de Justice, des droits l'homme et des peuples (ci-après CAJDH), résultat de la fusion, décidée en juillet 2004, de l'actuelle Cour Africaine des droits de l'Homme et des Peuples (ci-après Cour ADHP ou Cour)<sup>517</sup> et de la Cour de Justice de l'Union Africaine (CJUA) dont la création est prévue par l'article 18 de l'acte constitutif de l'Union africaine.<sup>518</sup> Le protocole de Malabo élargit considérablement la compétence matérielle de la future CAJDH en comparaison avec celle détenue par la Cour ADHP. Outre le mandat détenu par cette dernière, qui consiste à assurer la protection des droits de l'homme et des peuples en Afrique, la future CAJDH sera dotée d'une compétence internationale pénale, s'étendant au-delà du noyau dur des crimes internationaux consacrés par le Statut de Rome (ci-après SR) de la Cour pénale internationale (ci-après CPI). Outre ce noyau dur, cette compétence inclut les crimes transnationaux ainsi que le crime relatif au changement anticonstitutionnel de gouvernement. En plus de la responsabilité pénale des personnes physiques, le protocole prévoit celle des personnes morales. Toujours au sujet de la compétence pénale matérielle de la CAJDH, le protocole de Malabo prévoit que la Conférence des chefs d'État et de Gouvernement de l'Union africaine « peut étendre, sur consensus des Etats Parties, la compétence de la Cour à d'autres crimes afin de refléter le développement du droit international »<sup>519</sup>. A ces deux mandats s'ajoute le règlement des conflits interétatiques. Il faudrait cependant indiquer que la Cour est structurée en sections, en l'occurrence la Section des affaires générales, la Section des droits de l'homme et des peuples et la Section du droit international pénal et que l'une et l'autre Section peut, à tout moment, se constituer en une

<sup>514</sup> « Projet de protocole sur les amendements au protocole sur le statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme », (2014) STC/Legal/Min/7(I) Rev. 1

<sup>515</sup> Conférence, Décision sur les projets d'instruments juridiques, Doc. Assembly/AU/8(XXIII), 27 juin 2014, Assembly/AU/Dec.529(XXIII), § 2 (e).

<sup>516</sup> Pour que le Protocole et le Statut y annexé entrent en vigueur, l'article 11 exige quinze ratifications

<sup>517</sup> Créée par le protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (adopté le 9 juin 1998 par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Organisation de l'Unité Africaine (O.U.A), actuelle Union Africaine

<sup>518</sup> Aux termes de cet article : «1. Il est créé une Cour de justice de l'Union. 2. Les statuts, la composition et les pouvoirs de la Cour de justice sont définis dans un Protocole y afférent ».

<sup>519</sup> Article 28A, 2

ou plusieurs chambres conformément au règlement de la Cour.<sup>520</sup> Pour le cas précis de la Section de droit international pénal, elle comprend trois chambres, à savoir : la Chambre préliminaire, la Chambre de première instance et la Chambre d'appel.<sup>521</sup>

S'agissant du processus de mise en place de la Cour prévue par le Protocole de Malabo, force est de constater qu'il n'a point ou n'a que très peu avancé depuis son adoption. L'absence d'une seule ratification ou adhésion, six ans après, interroge sur le niveau de foi qu'ont les États africains dans la mise en œuvre effective du Protocole. Ceci est d'autant plus curieux que la Conférence de l'Union africaine a appelé, de manière réitérée, les États membres à ratifier ledit Protocole.<sup>522</sup>

Cet article avance que le processus d'élaboration du Protocole de Malabo fut davantage une stratégie de pression sur la Cour pénale internationale. Une stratégie reposant sur l'agitation d'une menace, de la part des États ou gouvernements africains—dont les chefs ne supportaient pas que la Cour engage des enquêtes et/ou procédures pénales à l'encontre des membres de leur club—<sup>523</sup> de se retirer ou de se détourner de cette Cour, que procédant d'une réelle volonté de créer un mécanisme judiciaire continental opérationnel doté d'une compétence en matière de crimes internationaux commis en Afrique. Ce faisant, l'article commence par constater que le retrait collectif (mass withdrawal) du

<sup>520</sup> Article 19 du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et des peuples tel qu'amendé par le Protocole de Malabo (art.9).

<sup>521</sup> Art. 19 bis du Statut de la Cour).

<sup>522</sup> Conférence, Décision sur la Cour Pénale Internationale, Doc. EX.CL/1218(XXXVI), 6-7 février 2020, Assembly/AU/Dec.789(XXXIII), § 2 (d) ; Conférence, Décision sur la Cour Pénale Internationale, Doc. EX.CL/1138(XXXIV), 10 -11 février 2019, Assembly/AU/Dec.738(XXXII), § 2 (d) ; Conférence, Décision sur la Cour Pénale Internationale, Doc. EX.CL/1068(XXXII), 28 -29 janvier 2018, Assembly/AU/Dec. 672(XXX), §3 (iii) ; Conférence, Décision sur la Cour Pénale Internationale, Doc. EX.CL/1006(XXX), 30-31 janvier 2017, Assembly/AU/Dec.622(XXVIII), § 4 ; Conférence, Déclaration sur la Commémoration du dixième (10e) anniversaire de l'opérationnalisation de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Doc. EX.CL/999(XXX), 30-31 janvier 2017, Assembly/AU/Decl.2(XXVIII), § 12 ; Conférence, Décision sur la Cour Pénale Internationale, Doc. EX.CL/952(XXVIII), 30-31 janvier 2016, Assembly/AU/Dec.590(XXVI), § 2(ii) ; Conférence, Décision sur la Cour Pénale Internationale, Doc. EX.CL/987(XXIX), 17 - 18 juillet 2016, Assembly/AU/Dec.616(XXVII), § 2 (v) ; Conférence, Décision sur le rapport de la Commission concernant l'état d'avancement de la mise en œuvre des décisions antérieures relatives à la Cour Pénale Internationale (CPI), Doc. Assembly/AU/18(XXIV), 30-31 janvier 2015, Assembly/AU/Dec.547(XXIV), § 15.

<sup>523</sup> Eki Yemisi Omorogbe les qualifie de "club of incumbents" ("The African Union and the International Criminal Court: What to do with non-party Heads of State", *International Criminal Justice in Africa 2016*, Strathmore University Press, 2017, p.44; Omorogbe EY, 'A club of incumbents? The African Union and coups d'Etat' 44 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, 138–153.



Statut de Rome de la CPI, dont la menace fut brandie et pour lequel appela l'UA, semble de moins en moins probable. Cet article suggère ensuite que l'absence de ratification du protocole de Malabo, malgré l'appel de l'UA à ses États membres, trahit l'absence d'une réelle volonté de mettre en place une Cour continentale compétente pour connaître des crimes internationaux.

## 1. UA-CPI : Une relation d'amour-haine qui ne casse pas

« **La Conférence.** . . SALUE et APPUIE PLEINEMENT les décisions souveraines prises par le Burundi, l'Afrique du Sud et la Gambie, en tant que premiers pays à mettre en œuvre la Stratégie de retrait, et relatives à la notification de leur retrait de la CPI »<sup>524</sup>.

Claire Magnoux et Fannie Lafontaine voient l'Union africaine et la Cour pénale internationale comme de « meilleures ennemies ».<sup>525</sup> Dans cette relation d'amour-haine, qui n'est pas réciproque, l'UA prend à partie la Cour, lui porte des accusations très graves<sup>526</sup>, menace de faire en sorte que ses membres la quittent collectivement, décide que ses membres ne coopèrent pas avec la Cour dans l'exécution des mandats d'arrêts émis à l'encontre des chefs d'Etat en exercice, lesquels jouissent, d'après l'organisation, de l'immunité durant leur mandat. A l'issue d'un sommet extraordinaire dédié aux « relations entre l'Afrique et la Cour pénale internationale (CPI) », la Conférence de l'UA, après avoir réaffirmé « les principes des législations nationales et du droit coutumier international selon lesquels les chefs d'Etat en exercice et autres hauts représentants de l'Etat jouissent de l'immunité durant leur mandat »<sup>527</sup>—une affirmation qui ne vaut pas

<sup>524</sup> Assembly/AU/Dec.622 (XXVIII).

<sup>525</sup> Magnoux, C., Lafontaine, F., « La cour pénale internationale, la coopération et les immunités : l'histoire sans fin ? (Questions pratiques de droit international pénal dans les relations diplomatiques des États) », *Annuaire de droit diplomatique et consulaire*, N° 2, 2017, p.9. <http://yearbookdiplomatielaw.com/wp-content/uploads/2019/11/2017-Claire-Fannie-Laval.pdf>

<sup>526</sup> Voy. not. : Niyonkuru, A.-P., « Burundi-CPI : les non-dits et la vraie-fausse stratégie d'un retrait », dans HJ van der Merwe and Gerhard Kemp (dir.), *International Criminal Justice in Africa*, 2017, Nairobi, Strathmore University Press, 2018, p.85-86

<sup>527</sup> Plus spécifiquement, l'Union africaine a décidé les Etats membres de l'UA ne coopéreront pas dans l'arrestation et le transfert du président Omar El Bashir du Soudan à la CPI (ex : Conférence, *Décision sur le Rapport de la Commission sur la réunion des Etats africains parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI)*, Doc. Assembly/AU/13(XIII)), 1-3 Juillet 2009, Assembly/AU/Dec. 245 (XIII)Rev.1, § 10 ; Conférence, *Décision sur la mise en œuvre des décisions de la Conférence relatives à la Cour pénale internationale - Doc. EX.CL/670(XIX)*, 30 juin -1 Juillet 2011, Assembly/AU/Dec.366(XVII); Conférence, *Décision sur la mise en œuvre de la Décision Assembly/AU/Dec.270 (XIV) relative à la deuxième réunion ministérielle sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI)*, Doc. Assembly/AU/10(XV), 27 juillet 2010, Assembly/AU/Dec. 296(XV) ; Conférence, *Décision sur le rapport intérimaire de la Commission sur la mise en œuvre des décisions de la Conférence sur la Cour pénale internationale (CPI)*, Doc. EX.CL/710 (XX), 29-30

dans le cas d'une Cour internationale – demanda « la suspension des procès du Président Uhuru Kenyatta et de son Vice-président William Samoei Ruto, qui sont les dirigeants en exercice du Kenya, jusqu'à la fin de leur mandat »<sup>528</sup>, tout comme elle décida de demander « la suspension de la procédure instituée contre le Président Omar Al Bashir ».<sup>529</sup>

Au plus fort de la crise des relations entre la Cour pénale internationale et l'Union Africaine, cette dernière eut l'idée de proposer à ses membres la formule d'un retrait collectif (“mass exodus”, “en masse withdrawal”, “collective withdrawal”), probablement en vue de vaincre les réticences des États moins enthousiastes à l'idée de se retirer de la Cour. Cette stratégie fut adoptée en janvier 2017<sup>530</sup>. Le développement de cette stratégie avait été confié à un Comité ministériel à participation ouverte des ministres des Affaires étrangères, par la Conférence de l'UA lors de son vingt-sixième sommet des 30 et 31 janvier 2016. Les auteurs du projet de ladite stratégie relèvent, à juste titre, que le concept de retrait collectif (collective withdrawal) n'est pas encore reconnu par le droit international.<sup>531</sup> Aussi soulignent-ils que le retrait proposé par l'UA peut être mis en œuvre individuellement par chaque État intéressé, partie au Statut de Rome, conformément à l'article 124 du Statut.<sup>532</sup> Pourtant, depuis l'adoption de la Withdrawal Strategy, aucun État africain ne s'est retiré du Statut de Rome de la Cour pénale internationale dans le cadre de la mise en œuvre de la Stratégie.<sup>533</sup> Par contre, deux parmi les trois États africains qui s'étaient retirés du SR entre octobre 2016 et novembre 2017 sont revenus sur leur décision en réintégrant la CPI.<sup>534</sup>

---

janvier 2012, Assembly/AU/Dec. 397 (XVIII)) et du président Mouammar Mohammed Abu Minyar Kadhafi de la Libye (Conférence, Décision sur la mise en œuvre des décisions de la Conférence relatives à la Cour pénale internationale - Doc. EX.CL/670(XIX), 30 juin -1 Juillet 2011, Assembly/AU/Dec.366(XVII)).

<sup>528</sup> Conférence, Décision sur les Relations entre l'Afrique et la Cour pénale internationale (CPI) Ext/Assembly/AU/Dec.1(Oct.2013), § 10 (ii).

<sup>529</sup> Conférence, Décision sur le rapport de la Commission concernant l'état d'avancement de la mise en œuvre des décisions antérieures relatives à la Cour Pénale Internationale (CPI), Doc. Assembly/AU/18(XXIV), 30-31 janvier 2015, Assembly/AU/Dec.547 (XXIV), § 17 (e).

<sup>530</sup> Conférence, Décision sur la Cour Pénale Internationale, Doc. EX.CL/1006(XXX), 30-31 janvier 2017, Assembly/AU/Dec.622(XXVIII), § 8

<sup>531</sup> Withdrawal Strategy Document (draft 2), § 21.

<sup>532</sup> Withdrawal Strategy Document (draft 2), § 10.

<sup>533</sup> Certes, le retrait du Burundi a pris effet le 28 octobre 2017. Mais la notification de ce dernier a été faite le 27 octobre 2016 ; si bien qu'il ne serait pas judicieux de placer le retrait du Burundi du Statut de Rome dans le cadre d'une mise en œuvre de la Stratégie de retrait adoptée par l'UA en 2017.

<sup>534</sup> En l'occurrence la République de Gambie (Notification dépositaire : C.N.62. 2017. TREATIES-XVIII.10) et la République d'Afrique du Sud (Notification dépositaire : C.N.121. 2017.TREATIES-XVIII.10). Rome de la Cour pénale internationale, sa décision de retrait dudit statut (Notification dépositaire : C.N.786. 2016.TREATIES-XVIII.10). Huit jours plus tard, soit le 27 octobre, le dépositaire du Statut de Rome enregistre la notification du Burundi de retrait du Statut de la CPI (Notification dépositaire : C.N.805. 2016.TREATIES-XVIII.10). Le 10 novembre 2016, le dépositaire du Statut de Rome de la CPI enregistre la

Même les États qui, à un moment, ont annoncé leur intention de se retirer de la CPI, entre autres la Namibie et l'Ouganda, n'ont pas sauté le pas.<sup>535</sup> Pas plus que ceux sur le départ desquels il fut, un temps, spéculé (Kenya, Zimbabwe, Tanzanie). Pourtant, le gouvernement namibien, partisan d'un retrait collectif, approuva, en 2015, une recommandation de la South West Africa People's Organization (SWAPO), parti au pouvoir, de se retirer de la Cour.<sup>536</sup> En 2013, l'alors ministre de la Justice et actuel président du Zimbabwe Emmerson Mnangagwa, déclarait que son pays soutiendrait tous les appels aux nations africaines qui souhaitent rompre avec la CPI.<sup>537</sup> Rangée parmi les résistants à la Cour, l'Ouganda, dont le président Yoweri Kaguta Museveni déclarait en septembre 2014 qu'il voulait que toutes les nations africaines « sortent de cette Cour de l'Ouest »<sup>538</sup>, assura en juillet 2018, par la voix du président du Parlement, Rebecca Alitwala Kadaga, qu'il « ne se retirera[it] pas du Statut de Rome mais [qu'il] continuera[it] de travailler avec elle ». <sup>539</sup>Après que son parlement a adopté, le 5 septembre 2013, une motion de retrait de la CPI (à l'époque où une procédure pénale à la CPI était engagée à l'encontre du président Uhuru Kenyatta et du vice-président William Ruto), le Kenya annonça en février 2018, par la voix de Githu Muigai, alors procureur général (Attorney General), qu'il n'avait pas l'intention de se retirer de la CPI.<sup>540</sup> Un rapprochement entre ce revirement et les décisions de retrait des charges contre Kenyatta <sup>541</sup>et de non-lieu de poursuite pour les chefs d'accusation

---

notification du retrait de la République de Gambie (Notification dépositaire : C.N.862. 2016. TREATIES-XVIII.10

<sup>535</sup> Hebert Zharare, 'Namibia pulls out of ICC', *The Herald*, 25 November 2015. <http://www.herald.co.zw/namibia-pulls-out-of-icc/> ; 'Namibia to withdraw from the International Criminal Court', *The Habari Network*, 18 mars 2016. <http://www.thehabarinetwork.com/namibia-to-withdraw-from-international-criminal-court> ; voir aussi 'Uganda starts process to withdraw from ICC', *The Insider*, 7 octobre 2016.

<sup>536</sup> 'Namibia pulls out of ICC', *The Herald*, 25 November 2015. <https://www.herald.co.zw/namibia-pulls-out-of-icc/> (Consulté le 28.10.2020); Patel K, 'Kenya's threat to withdraw from the ICC: What will SA do?' *Daily Maverick*, 8 October 2013; 'African Union summit on ICC pullout over Ruto trial' *BBC News*, 20 September 2013.

<sup>537</sup> Gillian Gatora, 'Zimbabwe will back call for ICC withdrawal', *Bulawayo 24 News*, 11 octobre 2013. <https://bulawayo24.com/index-id-news-sc-national-byo-37255.html> (consulté le 28 octobre 2020).

<sup>538</sup> Uganda's Museveni calls on African nations to quit the ICC', *Reuters*, 12 décembre 2014. <https://www.reuters.com/article/us-africa-icc-idUSKBN0JQ1DO20141212> (consulté le 29 octobre 2020).

<sup>539</sup> Parliament of the Republic of Uganda, 'Uganda to remain in ICC, says Kadaga', 18 Jul 2018, <https://www.parliament.go.ug/news/2067/uganda-remain-icc-says-kadaga> (Consulté le 29 octobre 2020).

<sup>540</sup> Joseph Ndunda, 'Kenya will not withdraw from ICC, says Githu Muigai', *The Star*, 27 février 2018. <https://www.the-star.co.ke/news/2018-02-27-kenya-will-not-withdraw-from-icc-says-githu-muigai/> (consulté le 30 octobre 2020).

<sup>541</sup> Situation en République du Kenya, *Le Procureur c. Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11, Chambre première instance (b), Notice of withdrawal of the charges against Uhuru Muigai Kenyatta, uniquement disponible en anglais, 5 décembre 2014. Voy. aussi Le

de crimes contre l'humanité portés contre Ruto <sup>542</sup>est fort tentant.

Tout comme son voisin le Kenya, la Tanzanie n'envisage pas de quitter la Cour, alors même qu'elle partage les préoccupations soulevées par d'autres pays africains selon lesquelles la Cour opèrerait une ségrégation à l'encontre de l'Afrique.<sup>543</sup>

Le cercle d'États africains qui n'entendent pas quitter la Cour, nonobstant la stratégie de retrait de l'UA est plutôt large. Il comprend notamment les pays qui ont émis des réserves au document de stratégie de retrait collectif comme le Bénin, le Botswana, le Burkina Faso, le Cap-Vert, la Côte d'Ivoire, le Lesotho, le Liberia, le Madagascar, le Malawi, le Mozambique, le Nigéria, le Sénégal, la Tunisie et la Zambie, la Sierra Leone et la République Démocratique du Congo.<sup>544</sup> C'est dire dans le groupe des États d'Afrique membres de la CPI, ceux qui sont tentés par la sortie sont plutôt minoritaires. A la seule exception du Burundi, l'hostilité à l'égard de la CPI dont ne font mystère nombre de pays africains et l'UA n'a pas pour autant conduit au divorce entre la Cour et ses détracteurs.

Concernant les personnages qui ont engagé leurs pays dans un processus de divorce avec la CPI et qui, de ce fait, étaient en pointe de la contestation de la justice de la CPI, l'on ne saurait ne pas remarquer le départ de la gestion des affaires de leurs pays respectifs des présidents Jacob Zuma de l'Afrique du Sud, Pierre Nkurunziza du Burundi et Yahya Jammeh de la Gambie. A ces trois dirigeants qui, à de multiples occasions, s'en sont pris ouvertement à la Cour, il convient d'ajouter d'autres chefs d'États non Parties au Statut de la CPI très critiques envers cette dernière Cour qui, eux non plus, ne sont plus aux affaires. C'est le cas notamment de Robert Mugabe, ancien président du Zimbabwe, dont la pugnacité verbale anti-CPI durant la dernière décennie de l'exercice du pouvoir

---

Procureur c. Uhuru Muigai Kenyatta, ICC-01/09-02/11-981, Chambre de première instance V(b), Decision on Prosecution's application for a further adjournment, uniquement disponible en anglais, 3 décembre 2014.

<sup>542</sup> Situation en République du Kenya, le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang, ICC-01/09-01/11-2027-Red-Corr, Chambre de première instance V(a), Decision on the Defence Applications for Judgments of Acquittal, uniquement disponible en anglais, 5 avril 2016.

<sup>543</sup> 'Tanzania has no plans to leave International Criminal Court: minister', Xinhua, 25 avril 2018. [http://www.xinhuanet.com/english/2018-04/25/c\\_137134215.htm](http://www.xinhuanet.com/english/2018-04/25/c_137134215.htm) (consulté le 30 octobre 2020).

<sup>544</sup> Lansky, S.R., Africans Speak out against ICC Withdrawal: Governments Signal Continued Support for Court, 2 novembre 2016. <https://www.hrw.org/news/2016/11/03/africans-speak-out-against-icc-withdrawal> (Consulté le 2 novembre 2020); Keppler, E., African Members Reaffirm Support at International Criminal Court Meeting: Countries Commit to Working within the ICC System, 17 novembre 2016. <https://www.hrw.org/news/2016/11/17/african-members-reaffirm-support-international-criminal-court-meeting> (consulté le 2 novembre 2020).

sera inoubliable.<sup>545</sup> C'est également le cas d'Omar Al Bashir, ancien président de la République du Soudan destitué le 11 avril 2019. Avec ces départs, le club des pourfendeurs de la CPI au niveau le plus élevé de la représentation étatique s'est beaucoup rétréci tandis que la rhétorique anti-CPI faisant écho du discours de chefs d'État et de Gouvernement est de moins en moins visible dans la presse.

Autre fait notable, depuis l'abandon de charges contre le président kényan dans l'affaire relative à la situation au Kenya et la décision de non-lieu de poursuite (no case to answer) en ce qui concerne les chefs d'accusation de crimes contre l'humanité portés contre Ruto, aucune procédure ou enquête devant la CPI ne vise un chef d'Etat, un chef de Gouvernement ou quelque autre dirigeant étatique en exercice parmi ceux qui jouissent de l'immunité personnelle de juridiction pénale étrangère. Dans le même temps, une pause dans les relations tumultueuses entre la CPI et l'UA est remarquable. Les discours enflammés, véhiculant une rhétorique anti-CPI deviennent de plus en plus rares. La sempiternelle rhétorique anti - CPI perd de sa véhémence.

Le retrait collectif n'étant pratiquement plus d'actualité, les retraits individuels peinant à se concrétiser (à la seule exception du Burundi), il ne reste, comme signe de persistance d'un malentendu entre la Cour pénale internationale et l'Union africaine, que le rappel réitéré—de cette dernière à ses États membres—de la nécessité de continuer à se conformer aux décisions de la Conférence sur la Cour pénale internationale; décisions dont le cœur apparaît comme étant la non-coopération avec la Cour en cas de procédure à l'encontre des chefs d'États et autres hauts fonctionnaires étatiques en exercice.

Au regard d'un tel contexte, il est permis de questionner l'existence d'une réelle volonté de quitter la Cour de la part des États africains concernés. Du Plessis écrit que certains voient la stratégie de retrait adoptée par l'UA comme un message politique adressé à la CPI.<sup>546</sup> Nous partageons cette considération. A propos de cette stratégie, comme Sethelile Ntlhakana, nous sommes d'avis que la stratégie cache une hypocrisie organisée de la part de l'UA.<sup>547</sup> Il est pour le moins paradoxal que parmi les chefs d'États et de Gouvernement, suffisamment nombreux pour faire adopter, en sommet de l'Union africaine, une décision qui « salue et appuie pleinement les décisions de retrait du Statut de Rome prises par le Burundi, l'Afrique du Sud et la Gambie », il en manque un seul qui suit

<sup>545</sup> Bamfo, N., "President Al Bashir's Dance-Tease With the ICC: Did the ICC Unfairly Get Its Comeuppance for Singling out African Leaders?", *Canadian Social Science*, 14 (3), 2018, 1-10 (p.7). <http://flr-journal.org/index.php/css/article/viewFile/10184/10640>.

<sup>546</sup> Du Plessis, C., "African countries adopt strategy for mass withdrawal from ICC", *Eyewitness News*, 1er février 2017, February. <https://ewn.co.za/2017/02/01/African-countries-adopt-strategy-for-mass-withdrawal-from-icc> (consulté le 1er novembre 2020).

<sup>547</sup> Ntlhakana, S., *Organised hypocrisy? African Union and the International Criminal Court*, University of the Witwatersrand, mémoire de maîtrise en relations internationales, 2016.

l'exemple de ces pays. Ce paradoxe est transposable en matière de ratification du protocole de Malabo relatif à la Cour africaine de Justice, des droits de l'Homme et des peuples. Une Cour dont la mise en place effective à court terme fait de nombreux sceptiques parmi la communauté des juristes et autres scientifiques intéressés.

## **2. La Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples : absence de signe d'une concrétisation en vue.**

Ouvert à la signature, à la ratification ou à l'adhésion des Etats membres de l'Union africaine le 27 juin 2014, le Protocole sur les amendements au protocole sur le statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme n'a, à ce jour, été ratifié par aucun Etat. Le Kenya avait annoncé qu'il ratifierait le Protocole avant mars 2018<sup>548</sup> mais il n'a pas tenu parole. L'attitude des Etats africains à l'égard du Protocole de Malabo interroge sur le niveau d'engagement de ses promoteurs et la réalité de la volonté desdits Etats de concrétiser la mise en place du mécanisme institutionnel prévu par le Protocole, en l'occurrence la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples. Le scepticisme quant à l'existence et à la réalité de cet engagement et de cette volonté tient, entre autres et en particulier, à l'incohérence notoire des positions des dirigeants africains. Le paradoxe est saisissant. Des chefs d'Etat et de gouvernement qui, en conclave, expriment leurs « préoccupations » au sujet de la « lenteur avec laquelle s'effectuent les ratifications du Protocole sur les amendements au Protocole »<sup>549</sup>, invitent ou appellent les Etats concernés à ratifier ledit protocole, mais qui se montrent trop peu enthousiastes à le faire ratifier par leurs Etats respectifs. Déjà au lendemain de l'adoption du protocole, la Conférence de l'Union africaine soulign [ait] la nécessité de faire en sorte que la Cour africaine de justice et des droits de l'homme exerce rapidement sa compétence pour juger des crimes internationaux, en procédant à la signature et à la ratification par les États membres de l'Union africaine du Protocole sur le Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, ainsi que du Protocole sur les amendements au Protocole relatif au Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (...).<sup>550</sup>

<sup>548</sup> Musau, Nzau, 'Kenya gives nod to creation of African version of ICC', Standard Media, 5 février 2018. <http://bit.ly/2sbSBVP> (consulté le 30 octobre 2020).

<sup>549</sup> Conférence, Décision sur la Cour Pénale Internationale, Doc. EX.CL/952(XXVIII), 30-31 janvier 2016, Assembly/AU/Dec.590(XXVI), § 11 (ii) ; Conférence, Décision sur la Cour Pénale Internationale, Doc. EX.CL/987(XXIX), 18 juillet 2016, Assembly/AU/Dec.616(XXVII), §2 (v) ; Conférence, Décision sur la Cour Pénale Internationale, Doc. EX.CL/1006(XXX), 31 janvier 2017, Assembly/AU/Dec.622(XXVIII), §4 ; Conférence, Décision sur la Cour Pénale Internationale, Doc. EX.CL/1068(XXXII), 28 -29 janvier 2018, Assembly/AU/Dec. 672(XXX), §3 (iii) ; Conférence, Décision sur la Cour Pénale Internationale, Doc. EX.CL/1138(XXXIV), 11 février 2019, Assembly/AU/Dec.738(XXXII), §2 (d) ; Conférence, Décision sur la Cour Pénale Internationale, Doc. EX.CL/1218(XXXVI), 9-10 février 2020, Assembly/AU/Dec.789(XXXIII), § 2 (d).

<sup>550</sup> Conférence, Décision sur le rapport de la Commission concernant l'état d'avancement de la

Devant la nonchalance des Etats membres de l'Union africaine quant à la signature du Protocole et leur inaction quant à sa ratification, la Conférence a réitéré, au cours de ses sessions de janvier et de juillet 2016 « son invitation adressée aux Etats membres de l'UA à signer et à ratifier dans les meilleurs délais le Protocole (...) ». Au cours de sa session de janvier 2017, la Conférence a exprimé sa profonde préoccupation quant à la lenteur du processus de ratification du Protocole relatif aux Amendements au Protocole de la Cour africaine de Justice et des Droits de l'Homme adopté le 27 juin 2014 et réit[éré] son appel antérieur lancé aux États membres en faveur de la signature et de ratification dudit Protocole dans les meilleurs délais.<sup>551</sup> L'expression de cette préoccupation a été réitérée durant la session de janvier 2018 de la Conférence de l'Union africaine, une session au cours de laquelle la Conférence approuva le Plan d'action pour la ratification du Protocole de Malabo et, à cet égard, réinvita tous les États membres de ratifier le Protocole sur les amendements au Protocole de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme . Enfin, toujours cohérente avec ses résolutions antérieures, la Conférence a, lors de sa session de février 2020 a réitéré l'appel aux Etats membres de l'Union africaine « à ratifier le Protocole sur les amendements au Protocole de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et des peuples (Protocole de Malabo) ».

Déjà en 2015, au lendemain de l'adoption du Protocole de Malabo, la Conférence de l'UA soulignait la nécessité de faire en sorte que la Cour africaine de justice et des droits de l'homme exerce rapidement sa compétence pour juger des crimes internationaux, en procédant à la signature et à la ratification par les États membres de l'Union africaine (...) du Protocole sur les amendements au Protocole relatif au Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (...) et décidait de rendre opérationnel l'exercice de la compétence de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme à juger les crimes internationaux en signant et en ratifiant les protocoles nécessaires et, à cet égard, (...).<sup>552</sup>

L'idée d'urgence quant à l'opérationnalisation de la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples laquelle passe obligatoirement par l'entrée en vigueur du Protocole de Malabo nécessitant quinze ratifications - transparaît dans de nombreuses décisions de l'UA. Qu'à ce jour, aucun Etat n'ait ratifié ce Protocole donne raison à ceux qui, comme Evelyne Owiye Asaala, infèrent l'hypothèse selon laquelle l'adoption du Protocole de Malabo a pu être

---

mise en œuvre des décisions antérieures relatives à la Cour Pénale Internationale (CPI), Doc. Assembly/AU/18(XXIV), 30-31 janvier 2015, Assembly/AU/Dec.547(XXIV), § 15 et 17 (b).

<sup>551</sup> Conférence, Décision sur la Cour Pénale Internationale, Doc. EX.CL/1006(XXX), 30-31 janvier 2017, Assembly/AU/Dec.622(XXVIII), § 4.

<sup>552</sup> Conférence de l'Union Africaine, Décision sur le rapport de la Commission concernant l'état d'avancement de la mise en œuvre des décisions antérieures relatives à la Cour Pénale Internationale (CPI), Doc. Assembly/AU/18(XXIV), 30-31 janvier 2015, Assembly/AU/Dec.547(XXIV), § 17,

une simple menace politique et non l'expression d'une véritable intention.<sup>553</sup> Pour Marshet Tadesse Tessema « Le fait qu'il n'y ait pas eu une seule ratification, sans parler des 15 ratifications requises, indique un manque de volonté politique pour mettre en place et opérationnaliser la Cour africaine »<sup>554</sup> Corollairement, d'autres auteurs sont sceptiques quant à l'entrée en vigueur du Protocole dans un futur proche. Cet article n'avance pas l'absence de volonté de l'UA de conduire à terme le processus de régionalisation de la justice internationale pénale. Il avance plutôt que le « contentieux » entre la CPI et l'UA sur la question de l'immunité des chefs d'États et autres hauts fonctionnaires étatiques en exercice a accéléré le processus et influencé le contenu sur fond d'un chantage de quitter la Cour, avec une insinuation que la Cour prévue par le Protocole de Malabo deviendrait une alternative à la CPI.

### **3. Relation CPI-UA et Protocole de Malabo : une relation qui influe davantage sur le rythme et le contenu que sur la philosophie**

Ce point soutient que la tension dans les relations entre la Cour pénale internationale et l'Union africaine n'est pas à l'origine du processus d'africanisation de la justice pénale internationale dont l'adoption du Protocole de Malabo est le dernier développement majeur et retentissant. Il argumente que la crise dans les relations entre les deux organisations a poussé l'UA à repenser le processus de régionalisation de la justice pénale internationale en Afrique, aussi bien dans son rythme que dans son contenu, dans l'objectif d'en faire un outil de pression destiné à amener la CPI à reconnaître l'existence de l'immunité personnelle de juridiction pénale pour les chefs d'États et autres hauts fonctionnaires étatiques en exercice.

Le lien entre le processus de Malabo de la CAJDHP et la crise dans les relations CPI-UA est flagrant. De nombreux éléments établissent ce lien. Ainsi

<sup>553</sup> Asaala, E.O, «Rule of law or realpolitik? The role of the United Nations Security Council in the International Criminal Court processes in Africa», *African Human Rights Law Journal*, Volume 17, 2017, 265-293, spec. p.286. Voy. aussi, Ford, S., «Between Hope and Doubt: The Malabo Protocol and the Resource Requirements of an African Criminal Court», In Jalloh, C. C. et al.(dir.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context*, Cambridge University Press, 2019. Ford écrit: «A second concern is whether the AU really intends the Malabo Protocol to be successful» (p.1083). Il ajoute: «There are legitimate questions about the African Union's ability and desire to create functioning institutions. These questions are particularly relevant to its recent adoption of the Malabo Protocol» (p.1077).

<sup>554</sup> Tessema, M.T., «African Regional Developments –Challenge or Chance for the International Criminal Court? Three Courts in One: The African Criminal Court», In Wiele, G., Zimmermann, A. (Eds.), *The International Criminal Court in Turbulent Times*, Springer, 2019, p.45, note 9: «The fact that there has not been a single ratification, let alone the required 15 ratifications, indicates lack of political will to set up and operationalize the African Court» (notre traduction).



par exemple, l'on notera que, depuis l'adoption du Protocole de Malabo, dans la presque totalité des cas où la Conférence de l'Union africaine a appelé les Etats membres de l'UA à signer ou à ratifier ledit Protocole, c'était dans le cadre des « Décisions sur la Cour pénale internationale ». Et si l'idée de création d'une Cour continentale compétente pour connaître des crimes internationaux remonterait déjà dans les années 1970, ce n'est pourtant qu'à partir de 2009 qu'elle fut remise à l'honneur et que s'accéléra le processus normatif devant aboutir, entre autres, à doter la juridiction continentale des droits de l'homme d'une compétence internationale pénale. Ce regain d'intérêt pour une justice internationale pénale africaine intervint dans un contexte d'incompréhension et de grande tension entre la CPI et l'UA autour des procédures engagées contre des personnalités africaines.

Au lendemain l'émission, le 4 mars 2009, du premier mandat d'arrêt contre Omar Hassan Ahmad Al Bashir, la Conférence de l'UA exprime sa profonde préoccupation devant l'acte d'accusation délivré par la Chambre d'accusation de la Cour pénale internationale contre le président de la République du Soudan.<sup>555</sup> Le 6 novembre 2009, à Addis-Abeba, la réunion préparatoire ministérielle sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale émit une recommandation sur l'immunité des hauts fonctionnaires ressortissants d'États non parties au Statut de Rome qui fut entérinée par la quatorzième session ordinaire de la Conférence de l'UA.<sup>556</sup> C'est donc sans surprise que le Protocole de Malabo accorde une immunité de poursuite aux chefs d'État ou gouvernement de l'UA en fonction ainsi qu'à toute personne agissant ou habilitée à agir en cette qualité ou tout autre haut responsable public en raison de ses fonctions (Article 46A bis) prenant, de ce fait, le contre-pied du Statut de Rome qui prévoit le principe de non-pertinence de la qualité officielle (article 27). L'on fera observer, au passage, l'extension de l'immunité prévue par l'article 46A bis au-delà du cercle des bénéficiaires de l'immunité de juridiction pénale étrangère *ratione personae*. En réalité, l'article 46A bis du Protocole de Malabo traduit en termes normatifs, la position de l'UA sur la question de l'immunité des chefs d'Etat en exercice et autres hauts représentants de l'Etat durant leur mandat.<sup>557</sup> Il y a lieu de faire observer qu'avant l'émission des mandats de la discorde, l'UA était une partisane de la CPI dont elle appelait à la ratification universelle du Statut.<sup>558</sup> Et lors de sa trente-huitième session ordinaire tenue à Banjul du 21 novembre au 5 décembre 2005, la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples « Exhort[a] (...) les

<sup>555</sup> Conférence, Décision sur le rapport de la Commission sur la réunion des Etats africains Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), Doc. Assembly/AU/13(XIII), 3 juillet 2009, Assembly/AU/Dec. 245 (XIII) Rev.1.

<sup>556</sup> Conférence, Décision sur le Rapport de la deuxième réunion des Etats parties au statut de Rome de la Cour Pénale Internationale (CPI), Doc. Assembly/AU/8 (XIV), 2 février 2010, Assembly/AU/Dec. 270(XIV) Rev.1, § 2(iv).

<sup>557</sup> Conférence, Décision sur les Relations entre l'Afrique et la Cour pénale internationale (CPI) Ext/Assembly/AU/Dec.1(Oct.2013), § 9.

<sup>558</sup> Commission de l'Union africaine, Plan stratégique de la Commission de l'Union africaine 2004-2007, Volume 3, mai 2004. <https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/4763/3851.pdf;sequence=1> (consulté le 7 décembre 2020).

États membres de l'Union Africaine qui n'ont pas encore ratifié le Statut de Rome de le faire et à adopter un plan d'action national pour une mise en œuvre efficace de Statut de Rome au niveau national ». <sup>559</sup> Le changement radical d'attitude de l'UA à l'égard de la CPI, le brusque désamour survenu envers la Cour à partir de 2009 est incontestablement lié aux enquêtes et procédures pénales engagées par la Cour à l'encontre des chefs d'États et autres hauts fonctionnaires étatiques africains en exercice. Autrement, la conception d'une justice pénale internationale africaine—ce que j'appelle philosophie<sup>560</sup> dans le titre de cette section — plonge ses racines des décennies avant la crise des relations entre la CPI et l'UA, une crise qui n'aurait donné qu'un coup d'accélérateur décisif au processus normatif en vue d'une juridiction pénale africaine, juridiction qui sera chargée de veiller à la mise en œuvre de ce que le professeur Pacifique Manirakiza prébaptise le « code pénal africain ». <sup>561</sup>

Le Protocole est muet sur la question de la complémentarité entre la Cour Africaine de Justice, des droits de l'homme et des peuples et la Cour pénale internationale, tout comme le Statut de Rome l'est en ce qui concerne les relations entre la CPI et les juridictions pénales régionales ou ad hoc dont il aurait pu anticiper la création. Dans un contexte de fragmentation du droit international, ce silence est susceptible d'être à l'origine d'un chevauchement de compétence entre la CPI et la Cour africaine de Justice, des droits de l'Homme et des Peuples <sup>562</sup>et, par extension, de raviver les hostilités entre l'Union africaine et la CPI au cas où cette dernière s'aviserait d'exercer sa compétence à l'égard des autorités étatiques auxquelles le Protocole de Malabo accorde l'immunité.

## Conclusion

Cet article a cherché à décrypter les dessous des cartes, les enjeux cachés ou les non-dits du processus de Malabo de la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples. Il s'est employé à démontrer l'incohérence entre le discours de l'Union africaine mobilisant pour la signature et la ratification rapide du Protocole, celui exprimant l'urgence de rendre opérationnel la Cour prévue par le protocole de Malabo et l'absence d'actions concrètes suggérant quelque velléité d'avancer en direction de la mise en place de cette dernière Cour.

<sup>559</sup> 87 Résolution pour Mettre un Terme à l'Impunité en Afrique et sur l'Incorporation et la Mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale - CADHP/Res.87(XXXVIII)05.

<sup>560</sup> Le dictionnaire Le Petit Larousse donne de la philosophie l'une des définitions suivantes : « conception de quelque chose fondée sur un ensemble de principes » (Le Petit Larousse illustré, 2007, p. 770).

<sup>561</sup> Manirakiza, P., « L'Afrique et le système de justice pénale internationale », *African Journal of Legal Studies*, Vol.3, N° 3, 2009, p.43.

<sup>562</sup> Abebe, Z.B., "The African Court with a Criminal Jurisdiction and the ICC: A Case for Overlapping Jurisdiction?", *African Journal of International and Comparative*, Volume 25, N° 3, 2017, p.418-429.

Par rapport au retrait –collectif ou individuel– du Statut de la Cour pénale internationale par les États membres de l’UA, un retrait pour lequel l’UA a mobilisé ses membres jusqu’à en adopter une stratégie, l’article a douté de l’existence d’une réelle volonté de la part des États africains membres de la CPI de s’en retirer. Sur la question du retrait du Statut de Rome, l’on observe chez nombre d’États africains membres de la CPI une attitude ambivalente faite de reniement, de duplicité et de désaccord. Malgré la rhétorique anti CPI, en dépit des menaces de retrait proférées par l’UA et certains de ces États membres, le divorce entre la CPI et ses États africains n’a pas eu lieu et rien ne suggère qu’il sera consommé de sitôt. La menace de retrait n’aurait été, en définitive, qu’un coup de bluff. Restituant le Protocole de Malabo dans le contexte des relations troubles entre la CPI et l’UA, l’article l’interprète davantage comme une feuille de chantage que la traduction d’un véritable engagement de l’UA et de ses États membres.

---

## THE AFRICAN UNION TRANSITION JUSTICE POLICY: HAVE PRINCIPLES SUBSTITUTED RULES IN LEGAL SYLLOGISM?

STEVEN WILLIAM KAYUNI\*

### Abstract:

The Chapter explores the recently adopted African Union's Transitional Justice Policy (AUTJP). Through an appraisal of the decision-making processes articulated in the AUTJP, the chapter assesses trends and the broad range of interventions designed to address the atrocities and violations within the region. The Chapter thus argues that the current fashion envisaged in the AUTJP depicts numerous potential challenges ranging from legal, policy formulation, interpretational, and implementation. Unless properly considered, there is a huge likelihood that flawed decision-making processes, lack of proper policy direction and political will, and member states inter and intra-coordination have the potential of derailing the envisaged goals of the AUTJP in the end crippling the international criminal justice enterprise.

That notwithstanding, the chapter argues that the AUTJP presents a resourceful base of power and model for national justice systems while providing a beacon of hope to the victims of atrocities in the region. Further, current trends, practices and rich jurisprudence within and outside the region has the potential of informing processes and standpoints of actors and participants tasked to implement the AUTJP. Accordingly, decision-making processes as regards the implementation of the AUTJP should take a concerted effort towards a sturdy and convergent direction that mirrors not only the animus, cherished values, and expectations of the AU's Heads of State and Government but also responsibilities towards victims in the region and the world community at large.

---

\* PhD-(University of Sussex), LLM International Criminal Law (University of Sussex), LLB (Hons) (University of Malawi); Commonwealth Scholar; International Fellow of National Attorneys General Training and Research Institute (NAGTRI – Washington, DC); Former Legal Intern – OTP (International Criminal Court); Director of Public Prosecutions for the Republic of Malawi.. He is a member of the International Association of Prosecutors (IAP), International Law Association (ILA) and the International Bar Association - IBA (War Crimes Committee). The author takes full responsibility for all the mistakes and shortfalls. The interpretations and conclusions in this Chapter are entirely those of the author. They do not necessarily represent the views of the Malawi Government's Ministry of Justice, Attorney General or the institutions the office represents. Email: [steven.kayuni@justice.gov.mw](mailto:steven.kayuni@justice.gov.mw)/ [skayuni@lawyer.com](mailto:skayuni@lawyer.com); [ORCID.org/0000-0002-4912-3074](https://orcid.org/0000-0002-4912-3074).

## **LA POLITIQUE DE JUSTICE TRANSITIONNELLE DE L'UNION AFRICAINE : LES PRINCIPES ONT-ILS REPLACÉ LES RÈGLES DANS LE SYLLOGISME JURIDIQUE?**

### **Résumé**

*Ce chapitre examine la politique de justice transitionnelle de l'Union africaine (AUTJP) récemment adoptée. À travers une évaluation des processus décisionnels énoncés dans l'AUTJP, le chapitre évalue les tendances et le large éventail d'interventions conçues pour faire face aux atrocités et aux violations dans la région. Le chapitre soutient ainsi que le mode actuel envisagé dans l'AUTJP dépeint de nombreux défis potentiels allant du point de vue juridique, de la formulation des politiques, de l'interprétation et de la mise en œuvre. Si l'on n'y prête pas attention, il est fort probable que des processus décisionnels défectueux, l'absence d'une orientation politique et d'une volonté politique appropriées, ainsi que la coordination inter et intra-étatique des Etats membres, risquent de faire dérailler les objectifs envisagés par l'AUTJP et, en fin de compte, de paralyser l'entreprise de justice pénale internationale.*

*Malgré cela, ce chapitre soutient que l'AUTJP constitue une ressource et un modèle pour les systèmes judiciaires nationaux, tout en offrant un certain espoir aux victimes d'atrocités dans la région. De plus, les tendances actuelles, les pratiques et la riche jurisprudence à l'intérieur et à l'extérieur de la région ont le potentiel d'informer les processus et les points de vue des acteurs et des participants chargés de mettre en œuvre l'AUTJP. En conséquence, les processus de prise de décision concernant la mise en œuvre de l'AUTJP devraient faire l'objet d'un effort concerté vers une direction solide et convergente qui reflète non seulement les sentiments, les valeurs chères et les attentes des chefs d'État et de gouvernement de l'UA, mais aussi les responsabilités envers les victimes dans la région et la communauté mondiale en général.*

## Introduction

The adoption of the African Union Transitional Justice Policy (AUTJP) in February 2019 symbolised an aspirational trend of the African continent towards promotion of human rights and justice, peace and security, good governance and development. The AUTJP addresses the African community major contours of contemporary confusion that have for a long time been plainly visible.<sup>563</sup> Murithi has termed it a heroic effort to integrate law processes into the echelons of good governance and development.<sup>564</sup> Thus, the AUTJP addresses the long running lack of clarity about transitional integration and its purposes.<sup>565</sup>

The AUTJP's efforts to address reconciliation in the aftermath of violence and mass atrocities within the wider framework of post-conflict reconstruction and development mirror African community's cherished aspirational values to put in practice realities of modern governing processes. It is therefore a toolkit embedded in bespoke African community values, inimitable to the region, rich in progressive processes while rooted in traditional justice perspectives and experiences for reconciliation and peacebuilding.

This chapter firstly addresses trends and factors influencing transitional justice in Africa including the approximate regional approaches. Secondly, the chapter critically analyses the AUTJP text, the values it espouses and the terrain on which it is obtaining. Thirdly and in conclusion, the chapter projects future trends for alternative decision-making as regards realistic implementation of the AUTJP that will likely entrench transitional justice values and principles within the region.

## 1. The African Union and Transitional Justice

### 1.1 Past trends and factors influencing transitional justice

When a nation surges into a new found order or system, the legacy of violent, abhorring repression<sup>566</sup>, nerve-raking<sup>567</sup> and systematic human rights

<sup>563</sup> Merwe, H, Masiko, N, (2020) Policy Brief: Addressing Diversity and Inclusion through Transitional Justice, Centre for study of Violence and Reconciliation, p. 1-11

<sup>564</sup> Selim, Y, Murithi, T, (2011) Transitional Justice and Development: Partners for Sustainable Peace in Africa? 6(2) Journal of Peace and Development, p.58-72.

<sup>565</sup> Ibid

<sup>566</sup> Merwe, H, Chelin, R, (2020) Impartial versus Selective Justice: How Power Shapes Transitional Justice in Africa, 10(1) African Conflict and Peacebuilding Review, p.99-126.

<sup>567</sup> Miller, Z, (2020) Distributing Justice: Transitional Justice and Stabilization in North Africa, in Genais, V, Genugten, S, (Eds.) Stabilizing the Contemporary Middle East and North Africa, Middle East Today, Palgrave Macmillan, London, p.281-306.

violations become an issue that cannot be ignored. As such, transitional justice mechanisms help steer the accountability ship into the new order addressing issues of prosecutions<sup>568</sup>, truth seeking and promotion of reconciliation<sup>569</sup>, reparations<sup>570</sup> to victims and institutional reform namely, gender justice,<sup>571</sup> economic transitional justice<sup>572</sup>, and affirmative action.<sup>573</sup> It embraces features that are beyond a conventional criminal justice system. In comparative terms, transitional justice is viewed as a generous notion of accountability and redress.<sup>574</sup> What then should entail an efficient and successful transitional justice mechanism? Varied regions and nations have pursued transitional justice mechanism from different angles and standpoints influenced by community aspirations, values and changing circumstances and viewpoints. For instance, until recently, measures such as amnesties were considered acceptable parts of transitional justice mechanisms in countries seeking to address past episodes of systematic violations of human rights.<sup>575</sup> In appraising the AUTJP, it is not possible for this chapter to exhaust all the world approaches, therefore, only selected aspects that influenced the unique development of the AUTJP will be considered. Such aspects to be discussed include peace processes, transitional justice commissions, reconciliation and social cohesions, reparations, redistributive justice, memorizations, diversity management, justice and accountability, plea bargains and pardons, mitigation of sentences, political and institutional reforms, human and peoples' rights.

---

<sup>568</sup> Raligilia, K.H. (2020) Beyond Foot-Dragging: A Reflection on the Reluctance of South Africa's National Prosecution Authority to Prosecute Apartheid Crimes in Post-Transitional Justice, 41(1) *Obiter*, p.63-77.

<sup>569</sup> Gross, A.M. (2004) The Constitution, Reconciliation and Transitional Justice: Lessons from South Africa and Israel, 40 *Stanford Journal of International Law*, 47

<sup>570</sup> Scott, J.H. (2020) Reparations, Restitution, Transitional Justice, 26(2) *Journal of World Justice System Research*, p.169-174

<sup>571</sup> Matandela, M. (2020) Addressing Gender Justice and Colonialism Through Transitional Justice in Africa, Africa Portal, Centre for the Study of Violence and Reconciliation, <https://www.africaportal.org/publications/addressing-gender-justice-and-colonialism-through-transitional-justice-africa/>, last accessed on 12.4.2020.

<sup>572</sup> Phillippe, X. (2020) Economic Transitional Justice in Tunisia: Turning a New Anti-Corruption Leaf in Africa? In Fombad, C.M. & Stetter, N. (Eds), *Corruption and Constitutionalism in Africa*, Oxford, (OUP), p.341; see also Carranza, R. (2008) 'Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?' 2 *International Journal of Transitional Justice*, p.310.

<sup>573</sup> Joshi, Y. (2020) Affirmative Action as Transitional Justice, 1 *Wisconsin Law Review*, p.

<sup>574</sup> Beresford, A. & Wand, D. (2020) Understanding Bricolage in Norm Development: South Africa, the International Criminal Court, and the Contested Politics of Transitional Justice, 46(4) *Review of International Studies*, p.534-554.

<sup>575</sup> Laplante, L.J. (2009) Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes, 49(4) *Virginia Journal of International Law*, p.920-926

## 1.2 African regional practice of transitional justice

Leebaw has described transitional justice processes as problematic assumptions and unacknowledged trade-offs aimed at advancing reconciliation.<sup>576</sup> In as far as the African regional practice is concerned, propositions for trade-offs and problematic assumptions as to what should entail a transitional justice mechanism have led to sloppy structure that is mostly doomed from the outset.<sup>577</sup> Murambadoro has observed that the contested socio-political concept of what transitional justice amounts to poses many challenges for violence-stricken African communities.<sup>578</sup> The processes that have been tried within the African communities have ignited competing approaches, goals and policies that have ranged from western-oriented legal frameworks<sup>579</sup> to broader African justice processes.

It has to be noted herein that western-oriented legal frameworks have been described as alien to the African communities' philosophical modes of operation. It is thus believed that there should be a typical bias towards an African traditional justice conceptualization that seeks to rebuild interpersonal relations.<sup>580</sup> However, it has to be argued here that the one-size-fits-all approach to transitional justice cannot work.

The AU has numerous member states and a transplant of one-size-fits-all approach cannot work. There can never be a single conceptualization of justice among the AU member states. Apart from colonial influences that embody accusatorial and inquisitorial systems of justice, there are varied traditional justice approaches stretching from one end of the continent to the other. Some are similarly situated while others are at an extreme departure from each other. There is thus a need for various approaches and conceptualizations of justice melted in one pot. In Ghana for instance, Marian Yankson Mensah has argued that practitioners and policy-makers need to foster their understanding of the implications of different features of truth commissions, the methods for assessing transitional justice mechanisms, and the different factors that would be influential in designing processes to address gross human rights violations in the aftermath of a conflict or dictatorship.<sup>581</sup>

<sup>576</sup> Leebaw, B.A, (2008) *The Irreconcilable Goals of Transitional Justice*, 30 *Human Rights Quarterly*, p.95.

<sup>577</sup> Gedamu, Y, (2020) *Transitional Justice and Memory Politics in Contemporary Ethiopia*, 6(1) *Interdisciplinary Political Studies*, p.139-160;

<sup>578</sup> Murambadoro R. (2020) *Discourses on Transitional Justice: A National Dialogue*. In: *Transitional Justice in Africa. Development, Justice and Citizenship*. Palgrave Macmillan, Cham. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-48092-9\\_5](https://doi.org/10.1007/978-3-030-48092-9_5), p.119-139.

<sup>579</sup> Focus and concentration of criminal prosecution

<sup>580</sup> Murambadoro, Op. Cit, p.120-121

<sup>581</sup> Mensah, M.Y, (2020) *Transitional Justice in Ghana: An Appraisal of the National Reconciliation Commission*, T.M.C Asser Press, The Hague, p.221-227.



Within the African setting, trends of transitional justice mechanisms have been affected by numerous trajectories. Decision-makers and actors entrusted with the implementation process of the AUTJP must bear in mind the huge challenges ahead. The past influences be it legal, economic, cultural or social are likely to distort the romantic idea of a perfect transitional justice national mechanism. African nations suffering from the malaise and paucity<sup>582</sup> of transitional justice mechanisms have the potential of having failed implementation. Further, numerous relevant and irrelevant constitutional declarations<sup>583</sup> that will only complicate situations and laden justice system with laws and decrees that are unplanned. Wanton announcements of new pieces of legislation can be confusing to community aspirations and values aimed at healing a nation. Absence of legislative planning<sup>584</sup> and strategy also affects how transitional mechanisms come into fold. It is good practice for a nation on a healing journey to meticulously plan its legislative program.

As rightly observed by Murithi, legislative planning and strategy are a skill that is lacking among decision makers in most AU member states.<sup>585</sup> Lack of effective dialogue between parties involved in legislative processes will also slow down the process of transitional justice mechanisms and implementation. Transitional justice framework development, interpretation and implementation is an ongoing dialogue among decision-makers, actors and observers. The nature and quality of drafting due to either non-availability of expert skill or ill-informed strategies from sloppy advisors heavily impedes the progress of transitional justice mechanisms. There is a need to bear in mind that a nation might be coming out of a conflict situation where a huge population has been purged - out by war. As such, the non-availability of skilled experts to deal with drafting of legal frameworks will hugely affect the processes outlined in the AUTJP.

It is trite that gendered dimensions of post-conflict nation building have at most times eluded strategists and decision-makers among African nations.<sup>586</sup> Processes and programs that advance transitional justice have little or no value and aspirations for a gendered dimension despite statics data<sup>587</sup> pointing to rape

---

<sup>582</sup> Hamad, M, (2020) A Law of Diminishing Returns: Transitional Justice in Post-Revolutionary Libya, 3(1) Arab Centre for Research and Policy Studies, p.23-37.

<sup>583</sup> Zawati, H.M, (2014) The Challenge of Prosecuting Conflict-related gender-based crimes under Libyan Transitional Justice, 10 Journal of International Law & International Relations, p.44.

<sup>584</sup> Kooffreh, B, & Ohiama, R, (2020) Transitional Justice in Post Conflict Uganda: Assessing the Gains, Impact and Arguments for the Retainment of Amnesty Act 2000: A Comparative Analysis, 1(3) International Journal

<sup>585</sup> Murithi, Y, S, (2011) Transitional Justice and Development: Partners for sustainable peace in Africa? 6(2) Journal of Peacebuilding & Development, p.58-72.

<sup>586</sup> Muddell, K, Scanlon, H, (2009) Gender and transitional Justice in Africa: Progress and Prospects, 9(2) African Journal on Conflict Resolution, p.9-28.

<sup>587</sup> Sigsworth, R, & Valji, N, (2012) Continuities of Violence Against Women and the Limitations

during wartime as a ubiquitous dehumanizing factor process in contemporary conflicts. If transitional justice is to have a meaning, there is a need for intense engagement with local and national actors grounded in human relations, specific languages and conceptual frameworks including those dealing with marginalised communities<sup>588</sup> such as persons with disability, women and children. Contemporary practice within the African setting has had strategic use of civil society as a pace setter in community engagements.<sup>589</sup> However, it is suggested that there is a need for caution and understanding as to designs and proposals stemming from civil society organizations as varied communities have their own agendas of which, if misunderstood, would lead to conflict<sup>590</sup> among victims, actors and decision-makers.

### 1.3 The transitional justice policy of the African Union

The AUTJP sets the model pace for member states to develop their own context-specific comprehensive policies, strategies and programmes towards democratic and socio-economic transformation that will enable sustainable peace, justice, reconciliation, social cohesion and healing.<sup>591</sup> However, while recognising the fact that African societies have legacies of violent conflicts and systematic or gross violations of human and peoples' rights, there are likely challenges in respect of their pursuit of the transitional justice goals. It is observed that there is no prescribed manner in which the AUTJP will attain an integrated and sustainable delivery.

There are stipulated principles within AUTJP that should guide decision-makers namely: African leadership; national and local ownership; inclusiveness; equity and non-discrimination; African shared values; context specificity; synergizing, sequencing and balancing elements; gender and generational dimension; cooperation and coherence; capacity building for sustainability.<sup>592</sup> It is our observation that despite a deliberate outline of these, there are no guiding tools or factor processes in decision that would aid implementation. General and sweeping statements as to the calls and inclusions of these principles without proper

---

of Transitional Justice: The Case of South Africa, in Buckley – Zistel, S, & Stanley, R, (ed.) *Gender in Transitional Justice*, London, Palgrave, p.115-135.

<sup>588</sup> Murambadoro, R, (2020) *Transitional Justice in Africa: The Case of Zimbabwe*, Springer, Johannesburg, p.119-139.

<sup>589</sup> Brankovic, J, (2020) Introduction: Civil Society in African Transitional Justice in Africa: The Role of Civil Society in Brankovic, J, & Merwe, H.V, (Eds.) *Advocating Transitional Justice in Africa: The Role of Civil Society*, Johannesburg, Springer, p.1-16.

<sup>590</sup> Lambourne, W, (2020) Cooperation and Conflict: Civil Society Resistance and Engagement with Transitional Justice in Burundi, in Brankovic, J, & Merwe, H.V, (Eds.) *Op. Cit.*, p.111-133.

<sup>591</sup> AUTJP, p.1-3.

<sup>592</sup> AUTJP, p. 5-8.

factor processes or indicators would only lead to member states implementing the AUTJP with varied and extremist approaches in some instances.

Indicative elements of transitional justice mechanisms recognised by the AUTJP have included: peace processes; transitional justice commissions; reconciliation and social cohesion; reparations; redistributive (socio-economic) justice; memorization; diversity management; justice and accountability; plea bargains and pardons; mitigation of sentence and/ or alternative forms of punishment; political and institutional reforms; human and peoples' rights.<sup>593</sup> Further, the AUTJP recognises that some issues are cross - cutting. The following are some of the issues that are in that category: women and girls as stipulated in the Maputo Protocol; children and youth in accordance with the African Charter on Rights and Welfare of Children; persons with disabilities; internally displaced persons, refugees and stateless persons; older persons.<sup>594</sup> The decision-makers need to be recommended of the innovative inclusion of women and girls, youth and children as well as persons with disabilities. This is a missing artefact in the transition justice processes.

Actors, processes and implementation mechanisms outlined within the AUTJP's section 4 are indicative of the negotiation challenges during the policy formulation stage. The AUTJP accords the primary responsibility of implementation to member states with attributes of political commitment, leadership and capacity of national and local actors as guiding tools for the implementation. Further, planning, implementing, monitoring, evaluating and reporting lessons learnt at all stages and phases with collective strategies will help in the successful implementation.<sup>595</sup> However, it is our observation that there are no mechanisms in place for AU overseeing monitoring processes. The national actors cannot self-monitor and objectively consider their own designed mechanisms. There is a need for international observation. Within the AUTJP, actors have been recognised in three strands: national or local, regional and continental levels. Further, there is recognition of non-state actors as well. However, it is argued in this chapter that there is no stipulated process as to how these levels would interface with each other. There is therefore, likelihood for tension and a cautious approach should be cultivated among these actors.

It is submitted that in most cases, transitional justice mechanisms have been clogged with resource constraints or shoe - string budgets.<sup>596</sup> As such, it has been argued that transitional justice cannot avoid concerning itself with

---

<sup>593</sup> AUTJP, p.11-21

<sup>594</sup> AUTJP, p. 21-24

<sup>595</sup> AUTJP, p.25.

<sup>596</sup> Kersten, M, (2020) 'Some Reasons are Obvious, Some Are Not'. The Gambian Experience with Transitional Justice, in El-Masri, S, Lambert, T, Quinn, J (Eds.) *Transitional Justice in Comparative Perspective*, London, Palgrave, p.149-184.

social injustice and patterns of inequality, discrimination and marginalization that were underlying causes of a conflict and that inflicted major suffering and victimization on vast swathes of a population.<sup>597</sup> How can or should transitional justice processes have a more direct impact on reducing social and economic inequality? Should transitional justice measures cost less and deliver more? What effect will this have on quality of delivery? For impoverished countries such as member states to the AU, will transitional justice measures not mirror a costly luxury in a highly resource counterstained environment where all aspects of social, economic and political life need to be rebuilt and developed as a matter of priority?<sup>598</sup> The resource mobilization section of the AUTJP points to this crucial aspect of transitional justice mechanism. Reparations and all processes require resource need mobilization. The inclusion of national budget to cater for this aspect is a challenging issue for most governments bogged with corruption<sup>599</sup> and lack of political will.<sup>600</sup> Further, a suggestion to establish an African Transitional Justice Fund to ensure availability of resources is far-fetched for an organization that itself requires external funding to run its own operations.<sup>601</sup>

Further, the AUTJP advocates for governance deficits and developmental challenges with a view of advancing the noble goals of the AU's Agenda 2063, *The Africa We Want*.<sup>602</sup> In pursuing this, the AUTJP refers to the Constitutive Act's calls for peaceful resolution of conflicts, respect for the sanctity of human life and protect human and people's rights<sup>603</sup>, condemnation and rejection of impunity<sup>604</sup>, restoration of the rule of law and establishment of conditions for post-conflict rebuilding of society.<sup>605</sup>

<sup>597</sup> Mani, R, (2008) Dilemmas of Expanding Transitional Justice, or Forging the Nexus Between Transitional Justice and Development, 2(3) *International Journal of Transitional Justice*, p. 253-265.

<sup>598</sup> Waldorf, L, (2012) Anticipating the past: Transitional Justice and Socio-economic wrongs, 21(2) *Social & Legal Studies*, p.171-186.

<sup>599</sup> See generally, Philippe, X, (2020) *Economic Transitional Justice in Tunisia: Turning a New Anti-Corruption Leaf in Africa*, Oxford, OUP,

<sup>600</sup> Benyera, E, (2019) South Africa's Truth and Reconciliation Commission and Nigeria's Oputa Panel: Comparison, Lessons and Future of Truth Commissions in Africa, in Tella, O (Ed.) *Nigeria- South Africa Relations and Regional Hegemonic Competence*, Johannesburg, Springer, p.183-202

<sup>601</sup> See generally, Stapel, S, & Soderbaum, F, (2019) *Mapping and Problematizing External Funding to AU and the RECs: The Finances of Regional organizations in the Global South*, London, Routledge.

<sup>602</sup> Mbaku, J.M, (2019) Constitutionalism and Africa's Agenda 2063: How to Build "the Africa We Want" 45 *Brooklyn Journal of International Law*, p.537.

<sup>603</sup> Articles 40 and 42 of the AU Policy on Post-Conflict Reconstruction and Development (PCRD) in its chapter on Human rights, Justice and Reconciliation.

<sup>604</sup> Article 4(o) of the Constitutive Act; see also Article 4(h) of the Constitutive Act and Article 19 of the African Charter on Human and Peoples' Rights (ACHPR).

<sup>605</sup> Articles 6 and 14 of the Protocol Relating to the Establishment of Peace and Security Council of the AU.

Considering that transitional justice processes take on a range of different forms, much attention has been paid to their face value rather than the underlying characteristics that embody the true nature of these mechanisms.<sup>606</sup> It is submitted that the AUTJP does in some cases not necessarily aid nations to locally ground and culturally recast relevant transitional justice mechanisms. Entrenched ethnic politics have in so many cases affected transitional justice processes.<sup>607</sup> It is argued that the promotion of peace and reconciliation omits to provide potential for assessing the impact of local justice mechanisms on those subject to its demands i.e. ordinary people. Research has proven that without doing this, there is likelihood of a darker and largely unexamined aspect of transitional justice being ignored.<sup>608</sup> Local power dynamics, social and political inequalities can be masked by the pursuit of justice and reconciliation. The locals can be ignored and, if unchecked, skewed state power can work to reinforce political power or victors' justice.

It has been argued elsewhere<sup>609</sup> that the International Criminal Court (ICC) can play a critical role as regards transitional justice mechanisms on the continent. Despite this assertion, the AUTJP has no input on the role that the ICC can play as a transitional justice mechanism in Africa. Possibly this can be deciphered from the non-stop antagonism and disagreements<sup>610</sup> as regards the practice and interpretation of the Rome Statute towards events on the continent.<sup>611</sup> It cannot be ignored that most African states<sup>612</sup> despite AU animosity<sup>613</sup> towards the Court, are signed up members of the Court and have never left the Court despite calls by the African regional body to do so.<sup>614</sup>

---

<sup>606</sup> Merwe, H, & Chelin, R, (2020) Impartial Versus Selective Justice: How Power Shapes Transitional Justice in Africa, 10(1) Africa Conflict and Peacebuilding Review, p.99-126.

<sup>607</sup> Gedamu, Y, (2020) Transitional Justice and Memory Politics in Contemporary Ethiopia, 6(1) Interdisciplinary Political Studies, p.139-166.

<sup>608</sup> Thomson, S, (2011) The Darker Side of the transitional Justice: The Power Dynamics Behind Rwanda's Gacaca Courts, 81(3) Africa, p.373-390.

<sup>609</sup> Okafor, O.C, & Ngwaba, U, (2015) The International Criminal Court as a 'Transitional Justice' Mechanism in Africa: Some Critical Reflections, 9(1) International Journal of Transitional Justice, p.90-108.

<sup>610</sup> Vilmer, J, (2016) The African Union and the International Criminal Court: Counteracting the crisis, 92(6) International Affairs, p.1319-1342.

<sup>611</sup> Salehi, J, (2020) A Critique of Opposition of the African Union and its Member States with the Criminal Court and its Effects on International Jurisprudence, 50 Public Law Quarterly, p. 793-807.

<sup>612</sup> Clarke, K.M, (2020) African Withdrawals and Structural Inequalities, in Steinburg, R, (ed.) The International Criminal Court: Contemporary Challenges and Reform Proposals, The Hague, Brill, p. 120-124.

<sup>613</sup> Scheffer, D, (2020) Three Realities about the Africa Situation at the ICC, in Steinburg, R, (ed.) The International Criminal Court: Contemporary Challenges and Reform Proposals, The Hague, Brill, p.128-133.

<sup>614</sup> Oloka-Onyango, J, (2020) Unpacking the African Backlash to the International Criminal Court (ICC): The Case of Uganda and Kenya, 4 Strathmore Law Journal, p.41.

With literacy levels so low in most African states, there is a risk or likelihood that understanding of transitional justice mechanisms is limited. For instance, it has been argued during research on transitional justice in Somalia that modern understandings of transitional justice mechanisms are limited among the general population and are mostly confined to a small number of members of the educated elite.<sup>615</sup> The AUTJP does little to address projected information processes that would be a guiding light to member states in terms of addressing transition justice mechanisms within their communities. There is a need for a strategy that would help make everyone aware of the processes of transition justice mechanisms and not just the elite in the community.

Despite the AUTJP advocating for parameters that will aid improvement of coherence and coordination of all actions between State and non-State actors operating at local, national, regional or and international levels during all phases of transitional justice process<sup>616</sup>, the AUTJP has not reflected the decision-makers' understanding of punishment and accountability, their perceptions of reconciliation at personal and societal level. According to some researchers<sup>617</sup>, decision-makers understanding of necessities of transitional justice mechanisms shape their standpoints and success or failures of the mechanisms. Thus, it is submitted that the interactivity of a multiplicity of decision-makers<sup>618</sup> in shaping the transitional justice mechanism at all levels will aid the iterative process of authoritative decision-making. It has to be understood that within the African community, there is an interpenetration of multiple processes of authoritative decision of varying territorial compass and standpoints. The nature and orientation of the decision-makers to implement or frame the AUTJP matter.

The fact that the AUTJP clearly stipulates that priorities and oversight of the implementation of the processes remain the responsibility of African governments and that other stakeholders need to respect this leadership<sup>619</sup> clearly demonstrates a crawl-back situation where such leadership takes a wrong approach. There is likely to be no criticism or accountability.

National and local ownership through alignment of all processes to local needs and aspirations enhance a common understanding of a shared vision, and maximize public support and ownership.<sup>620</sup> Despite this being the case, member

<sup>615</sup> Abdullahi, A, (2014) Conceptions of Transitional Justice in Somalia: Findings of Field research in Mogadishu, 14 Northeast African Studies, p.7-44

<sup>616</sup> AUTJP, p.3

<sup>617</sup> Nikuze, J, Behm, H, & Parks, H, (2020) Rwanda's Inyangamugayo: Perspectives from Practitioners in the Gacaca Transitional Justice Mechanism, 14(2) Genocide Studies and Prevention: An International Journal, p. 11.

<sup>618</sup> Levit, J, K, (2007) Bottom-up International Law-making: Reflections on the New Haven School of International Law, 32 Yale Journal of International Law, p.393.

<sup>619</sup> AUTJP principle 24, page 5.

<sup>620</sup> AUTJP, p.5

states to the AU need to be live to the fact that needs of victims<sup>621</sup> can be overlooked at times. Further, decision-makers might have own agendas that on the face-value focus on peacebuilding and justice but in actual sense tend to victimise particular or targeted sections of that community.

The AUTJP omits to include the non-transitioning situations. It mostly assumes that the policy would be applicable only in situations of countries that are transitioning. Implementation gaps are likely to be observed.<sup>622</sup> The domestic political elite manoeuvring in a semi-authoritarian regime are likely to stall emergence of transitional justice reforms. There is a need for the AUTJP to have a deliberate implementation strategy towards these non-transitioning situations.

## 2. Future projections for alternatives

Clark has rightly observed that one of the major challenges for transitional justice has been finding ways of developing processes that would deal with contextual sensitivities of the past.<sup>623</sup> He further proposes silence as one tool for such initiatives.<sup>624</sup> African communities by their nature comprise many sensitivities and these manifests themselves within cultural parameters. It is submitted that as a continent there are varied legal frameworks and operational realm. Worse still even in one country for instance, varied standpoints exist as regards understanding and conceptualization of culture. It is from this premise that development of national legal and policy frameworks that mirror interpretation and implementation of the AUTJP should be live to the varied cultural sensitivities. For there to be successful implementation of the AUTJP, skilled decision makers, observers and actors need a concerted effort towards pragmatic values that mirror notions of trust and legitimacy<sup>625</sup> of transitional justice mechanisms.

AU decision-makers entrusted with continuous implementation of the AUTJP need to demonstrate leverage of information<sup>626</sup> and moral authority over national actors. There should be availability of *skill*, *wealth* of information available among such AU actors. Their actions in designing strong transitional

<sup>621</sup> Gready, P, & Robins, S, (2020) Transitional Justice and Theories of Change: Towards Evaluation as Understanding, 14(2) International Journal of Transitional Justice, p.280-299.

<sup>622</sup> Macdonald, A, (2019) 'Somehow This Whole Process Became So Artificial': Exploring the Transitional Justice Implementation Gap in Uganda, 13(2) International Journal of Transitional Justice, p.225-248.

<sup>623</sup> Clarke, J.N, (2020) Finding a Voice: Silence and its Significance for Transitional Justice, 29(3) Social & Legal Studies, p.355-378.

<sup>624</sup> Ibid.

<sup>625</sup> Dempster, L, (2020) 'Quiet' Transitional Justice: 'Publicness', Trust and Legitimacy in the Search for the 'Disappeared', 29(2) Social & Legal Studies, p.246-272.

<sup>626</sup> Zvobgo, K, (2020) Demanding Truth: The Global Transitional Justice Network and the Creation of Truth Commissions, 64(3) International Studies Quarterly, p.609-625.

justice mechanisms among African nations should bear in mind enlightened attitudes that are flexible and progressive. Further, the AUTJP needs to cast into frame civic education as one of the factor processes for implementing the policy on national level. Enlightenment is one factor process that would be so useful to the processes. For instance, AU member states need to bear in mind that in order to successfully implement the AUTJP, there is need to have sexual and gender-based violence (SGBV) as one of the main features of the mechanisms. This is an international law obligation<sup>627</sup> that needs to be pursued to the end. There can never be localisation of the transitional justice mechanisms without ignoring the cultural perceptions that obtain in most African communities. Therefore, legal frameworks that enshrine the AUTJP within the African communities must inhibit jurisprudential considerations of policy as an intrusion of ‘politics into the realm of ‘law’. There is need to dissipate the misunderstanding about the role of policy consideration in legal science and improved intellectual framework for rational decision-making.<sup>628</sup> What is it that the AUTJP intends to achieve within the member states and what would be the best way of implementing the same? The fact that no member state is yet to start the implementation processes is a tale-tale of varied conceptualization of the processes.

It is further suggested that in implementing the AUTJP, member states of the AU need to do an introspect into their own legal frameworks and justice mechanisms. Tailor-made legal and policy frameworks that seek to inquire into processes that would add value to potential consequences and prevalence of truth commissions for instance; whether adoptions of such truth commissions would add value to the processes for reconciliation; and how much of investigative powers for a truth commission wild. *Rectitude* as a value that decision-makers and implementers of AUTJP should pursue for African nations must at all times mirror attitudes towards transformation of gender justice notions, disability friendly, youth and child friendly and elderly people considerations. Unequal gender relations and sensitivities<sup>629</sup> are something that is so crucial in contemporary African Union.

Likely attitudes that frame transitional justice mechanisms with a blanket protection of perpetrators in form of amnesties only miss the goals and underlying objectives of the AUTJP. Such implementation strategies would be a ‘miss’<sup>630</sup> by the decision makers. If at all transitional justice mechanisms are to

<sup>627</sup> Recker, A, (2016) Kenya’s International Law Obligations Towards Violence Against Women: Minding the Implementation Gap, in Merwe, H, & Kemp, G, (Eds.) International Criminal Justice in Africa, 2016, Nairobi, Strathmore University Press, p. 289-294

<sup>628</sup> Suzuki, E, (1974) The New Haven School of International Law: An Invitation to a Policy-oriented Jurisprudence, 1 Yale Studies of World Public Order, p.1

<sup>629</sup> Nelaeva, G, & Sidorova, N, (2019) Transitional Justice in South Africa and Brazil: Introducing a Gendered Approach to Reconciliation, 6(2) BRICS Law Journal, p. 82-107

<sup>630</sup> Kweka, G, J, (2017) African Regional and Sub-Regional Instruments on Ending Impunity for International Crimes: Hit or Miss? In Merwe, H, & Kemp, G, (Eds.) International Criminal



be used as a vehicle for attaining justice in a post-conflict African community, the understanding of what the law is should go beyond the inherited lenses of observation narrowed by commands of modern nation state conceptions.<sup>631</sup> Thus the AUTJP should be viewed as a constitution of a social process for the continent's communities, an authoritative and controlling decision through which law-making is executed as a tool for the process of communicating a rebirth, reconciliation, justice and peacebuilding.

Patterns of authority need to be conjoined with patterns of control.<sup>632</sup> In order to successfully implement the AUTJP, there is a need to incorporate inhibitions of political rules, social norms and habitual patterns of behaviour in that community. For instance, it is suggested that *power* relations matter in transitional justice mechanisms. As such, the implementation of AUTJP in member states needs to pay more attention to power as a critical underlying factor with severe implications for the role of transitional justice that shapes new dynamic power play and political manipulation.

## Conclusion

As Greiff has posited, transitional justice has managed to make strides and accomplishments<sup>633</sup> that have to a certain extent changed the terrain and perceptions of justice. The AUTJP is a brilliant tool that can inform African community setting and AU's decision processes. Syllogism of the policy is mirrored in the anticipated implementation. As observed by Robert Cryer<sup>634</sup> on inadequacies of alternatives and complements to criminal prosecution of international crimes, mechanisms enshrined in the AUTJP have characters of incompleteness and inescapable inadequacy as an effective response to the needs of international criminal justice enterprise. If the AU actors get the decision-making right, it is only logical that member states have a smooth implementation of the AUTJP. Thus, it is suggested that circumstances attendant to the implementation of the AUTJP will vary from one-member state to another. It can never be a '*one size fits all*' approach. Political, economic, cultural and religious aspects will determine in each situation the needs and aspirations of the community. There can never be transposing 'lessons' from one community to another. Further, conceptualization of what peacebuilding and justice entail will

---

Justice in Africa, Nairobi, Strathmore University Press, p. 34-52.

<sup>631</sup> Wiessner, S, (2009) Law as a Means to a Public Order of Human Dignity: The Jurisprudence of Michael Reisman, 34 Yale Journal of International Law, p.525.

<sup>632</sup> McDougal, M, S, (1972) International Law and Social Science: A Mild Plea in Avoidance, 66 American Journal of International Law, p.77

<sup>633</sup> Greiff, P, (2020) The Future of the Past: Reflections on the Present State and Prospects of Transitional Justice, 14(2) International Journal of Transitional Justice, p.251-259.

<sup>634</sup> Cryer, R, et. Al, (2010) An Introduction to International Criminal Law and Procedure, CUP, Cambridge, p.561

be dependent on the decision makers and decision-making processes outlined in that particular community, their standpoints and influences that lean on their biased considerations of transitional justice mechanisms. In agreement with Maunganidze, peacebuilding and international criminal justice are intertwined projects that cannot be viewed separately.<sup>635</sup> Thus decision-makers need to transcend their proclivities at implementers of the AUTJP on the interlink of peacebuilding and justice. Decision-makers need to make explicit their decision-making premises and assumptions that will build transitional justice mechanisms in their communities. The inherent difficulties of inquiry and decision-making and incomplete notions as to what should encompass the correct implementation of the AUTJP need to be guided by values and norms that mirror human dignity or human good. The social role<sup>636</sup> of the legal advisers to decision-makers need to manifest itself within the implementation strategies.

Therefore, factor processes for a successful transitional justice mechanism should at all times reflect the conditions in that particular African community of conditions for transition, the choice of justice practices, the treatment of economic harms<sup>637</sup>, and the relationship between time and justice. There is a need for caution in as far as decision-making is concerned and tactful approaches that actors embed in decision. In certain circumstances, transitional justice mechanisms have the likelihood of generating a persistent confrontation with a violent past as well as a space to challenge an unequal present. Further, it can also be an instrumentalised tool on behalf of the powerful deployed against the weak, defanged and delegitimised.<sup>638</sup> Thus, implementation of the AUTJP among member states should be live to encompassing and underlying attitudes and inclinations of individual communities.

---

<sup>635</sup> Maunganidze, O.A, (2016) International Criminal Justice as Integral to Peacebuilding in Africa: Beyond the 'Peace v. Justice' Conundrum, in Merwe, H, & Kemp, G (eds) International Criminal Justice: Issues, Challenges and Prospects, Nairobi, Strathmore University Press, p.47-49.

<sup>636</sup> McDougal, M, S, (1956) Law as a Process of Decision: A Policy-Oriented Approach to Legal Study, 1 Natural Law Forum, p.53.

<sup>637</sup> Ho, T, (2020) Business and Human Rights in Transitional Justice: Challenges for Complex Environments, in Deva, S, & Birchall, D, (Eds.) Research Handbook on Human Rights and Business, London, Edward Elgar, Chapter 18.

<sup>638</sup> Miller, A, (2020) Distributing Justice: Transitional Justice and Stabilization in North Africa, in Gervais, V, & Genugten, S. (Eds) Stabilizing the Contemporary Middle East and North Africa, Palgrave Macmillan, p.281-306.

---

## LE BILAN MITIGÉ DE L'ACTION PRÉVENTIVE ET DISSUASIVE DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE À TRAVERS L'EXEMPLE DE LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO<sup>639</sup>

EUGÈNE BAKAMA BOPE<sup>640</sup>

### Résumé

En droit pénal, l'une des fonctions de la peine est la prévention ou la dissuasion (générale ou spéciale), mais pour mesurer l'effectivité de cette prévention ou dissuasion, ce n'est plus en droit qu'il faut se tourner, mais vers les sciences auxiliaires au droit pénal (criminologie, anthropologie juridique, sociologie juridique, etc.).

Le présent article analyse l'effet préventif ou dissuasif de l'action de la Cour pénale internationale (CPI) en République démocratique du Congo. L'auteur montre à travers son étude empirique que l'effet préventif ou dissuasif de la Cour en RDC est mitigé. Pour cela, il invite le Bureau du Procureur de la CPI à reconstruire la crédibilité de la Cour, une façon de se faire des dents avant d'espérer avoir un effet dissuasif. Les États parties doivent comprendre que le fonctionnement efficace de la justice nationale est une garantie pour prévenir et dissuader la commission des crimes visés par le Statut de Rome, la Cour ne pouvant jouer qu'un rôle complémentaire.

---

<sup>639</sup> Cette réflexion est une synthèse d'un chapitre de la thèse de l'auteur intitulé « *Les fonctions de prévention et de réconciliation de la CPI : cas de la République démocratique du Congo* », défendue le 16 décembre 2019. Avec quelques approfondissements.

<sup>640</sup> L'auteur est Docteur en droit de l'Université d'Aix-Marseille en France, Lauréat du Prix de thèses de l'Institut Louis Joinet 2020 en France et Professeur à l'Université de Lubumbashi (UNILU). Il remercie le Prof. Eric David pour la relecture.

**MIXED REACTIONS ON THE PREVENTIVE AND  
DETERRENT EFFECT OF THE INTERNATIONAL  
CRIMINAL COURT IN LIGHT OF THE CASE OF THE  
DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO<sup>641</sup>**

**Abstract**

*In criminal law, one of the functions of the sentencing process is prevention or deterrence (general or special). In order to measure the effectiveness of this prevention or deterrence, it is no longer in law that one must turn, but to criminal law auxiliary sciences (criminology, legal anthropology, legal sociology, etc.).*

*This article analyses the preventive or deterrent effect of the action of the International Criminal Court (ICC) in the Democratic Republic of Congo. The author shows through his empirical study that the preventive or deterrent effect of the Court in the DRC is varied. He therefore invites the ICC Office of the Prosecutor to rebuild the Court's credibility, as a way of gaining ground before hoping to have a deterrent effect. States Parties must understand that the effective functioning of national justice is a guarantee to prevent and deter the commission of crimes under the Rome Statute, with the Court playing only a complementary role.*

---

<sup>641</sup> This article is a synthesis of a chapter from the author's thesis entitled "The Preventive and Reconciliatory Functions of the ICC: The Case of the Democratic Republic of Congo", defended on 16 December 2019, with some further insights.

## Introduction

La lecture des horreurs décrites dans plusieurs rapports des organisations non gouvernementales (ONG) et des Nations Unies donne la mesure et l'ampleur des violations des droits de l'homme perpétrées en République démocratique du Congo par les seigneurs de guerre, les troupes d'invasion ainsi que les éléments des forces armées de la République démocratique du Congo (RDC). Ces horreurs ne sont que l'arbre qui cache la forêt, car la situation congolaise, à elle seule, aurait pu mériter l'instauration d'un Tribunal pénal international *ad hoc*<sup>642</sup>. En dépit de la saisine de la Cour pénale internationale (« CPI » ou « la Cour ») par l'État congolais et la mise à contribution des juridictions congolaises, qui ont conduit à quelques poursuites et condamnations, des crimes internationaux continuent à être perpétrés sur le territoire congolais et des victimes ne cessent de subir les affres de ces actes odieux.

Cette réflexion est un questionnement sur les causes de la persistance de cette situation. Par son côté empirique, elle passe en revue les différentes explications qu'imprime le bilan de l'action de la Cour pénale internationale à travers la perception de principaux auteurs des crimes relevant de sa compétence.

## État de la question

En droit pénal, l'une des fonctions de la peine est la prévention ou la dissuasion (générale ou spéciale), mais, pour mesurer l'effectivité de cette prévention ou dissuasion, ce n'est plus en droit qu'il faut se tourner, mais vers les sciences auxiliaires du droit pénal (criminologie, anthropologie juridique, sociologie juridique, etc.). Le présent article qui est une synthèse d'un chapitre de notre recherche doctorale avec quelques approfondissements relève de la sociologie juridique. Il vise à analyser l'effet dissuasif de l'action de la CPI en RDC. La question importante traitée est celle de savoir si la CPI a été capable de prévenir ou dissuader les violations graves en République démocratique du Congo. Nous tentons de répondre à cette question difficile à travers les interviews qualitatives menées sur terrain dans le cadre de notre recherche doctorale. L'article cherche aussi à savoir dans quelle mesure la connaissance que les combattants ont des faiblesses de la CPI a eu un impact sur la crédibilité de la CPI et sur leur conduite criminelle.

Deux précédentes études avant celle qui a été menée par l'auteur dans le cadre de sa thèse ont essayé aussi d'y apporter une réponse. Rappelons que ce sont les seules études qui concernent la question de dissuasion de la CPI en RDC.

---

<sup>642</sup> Christophe MUZUNGU, *La Cour pénale internationale face à la crise en RDC, Étude critique et prospective*, L'Harmattan, 2015, p. 107.

La première, conduite par Michael P. BROACHE<sup>643</sup>, analyse comment l'action de la CPI, pendant le conflit, peut affecter les atrocités. L'étude analyse l'impact de la CPI en RDC auprès d'un mouvement rebelle, à savoir le Congrès national pour la défense du peuple (CNDP), qui est devenu par la suite le Mouvement du 23 mars (M23). Les membres du CNDP/M23 n'ont jusqu'ici pas fait l'objet de poursuites par la Cour. L'étude de Michael P. BROACHE est intéressante parce qu'elle permet d'avoir une idée sur l'impact de la CPI à l'égard d'un groupe armé qui était le plus dangereux à l'époque à savoir le CNDP, mais nous pensons que son échantillon représentatif était trop faible. En effet, l'auteur a fait une analyse qualitative en utilisant les données des entretiens avec 36 ex-combattants CNDP/M23, ce qui semble très faible pour tirer les conclusions. De même son étude ne fournit qu'une idée à l'égard d'un seul groupe armé dans une situation complexe de la RDC. Il aurait été souhaitable d'avoir une vision plus large avec plusieurs groupes armés. C'est ce qui a été fait dans le cadre de notre recherche doctorale où 140 ex-combattants ont été interrogés.

La deuxième étude, réalisée par Sharanjeet PARMAR<sup>644</sup>, évalue si la CPI a eu un effet dissuasif sur le recrutement et l'utilisation d'enfants soldats en RDC. Cette étude se concentre exclusivement sur le crime de recrutement et d'utilisation d'enfants parce que c'était le seul cas devant la CPI. Son auteur examine si l'affaire Lubanga a eu pour effet de réduire le taux de commission du crime de recrutement et d'utilisation d'enfants soldats en Ituri et à l'Est de la RDC. Il conclut en ce qui concerne la dissuasion ciblée, que les acteurs locaux ont partagé le point de vue selon lequel, l'affaire Lubanga a sensibilisé, à un certain degré, certains commandants de groupes armés locaux que le recrutement et l'utilisation d'enfants soldats constituent un crime grave. Cependant, l'auteur a omis de signaler qu'à côté de ces procédures judiciaires, d'autres campagnes et actions menées par d'autres acteurs (comme l'église, la société civile) y ont contribué. En outre, l'effet dissuasif à court terme vis-à-vis du crime d'enrôlement d'enfants soldats n'a pas empêché d'autres crimes comme le meurtre, le viol, etc.

La troisième qui a été menée dans le cadre de notre recherche doctorale et qui fait l'objet de cet article évalue l'impact de l'action de la CPI en Ituri et à l'Est sur le comportement des anciens rebelles et quelques membres des groupes armés encore actifs. Elle se propose de combler les limites de précédentes études.

---

<sup>643</sup> Michael P. BROACHE, "Irrelevance, Instigation, and prevention: the mixed effects of international criminal Court prosecutions on atrocities in the CNDP/M23", in *International Journal of transitional justice*, 2016, 10, 388-409.

<sup>644</sup> Sharanjeet PARMAR, "Dissuasive or Disappointing? Measuring the deterrent effect of the international criminal Court in the Democratic Republic of the Congo » in *Two steps Forward, one step back: the deterrent effect of international criminal tribunals, Nuremberg Academy series*, N° 1(2017), p. 231.

Cet article examine de manière approfondie les facteurs qui semblent avoir renforcé ou compromis la dissuasion de la CPI en RDC. Ces facteurs permettent d'évaluer l'efficacité de la justice pénale internationale à assurer la dissuasion/prévention et mettent à l'épreuve certaines affirmations des praticiens de cette justice pénale internationale. Les facteurs en question sont à la fois judiciaires et extrajudiciaires. Parmi les facteurs judiciaires, on peut noter : la limitation temporelle de la Cour, une stratégie de poursuite pour la sélection des cas, l'absence de force d'exécution des mandats d'arrêt, la certitude de la punition, etc. S'agissant des facteurs extrajudiciaires, nous avons retenu la dynamique de conflits, la politisation de l'action de la Cour, la connaissance de l'action de la Cour, le contexte de l'impunité, etc. Il sied d'abord d'examiner le contexte de la RDC marqué par une guerre « sans fin » (I), avant de passer en revue les différentes études empiriques menées en RDC, y compris les facteurs que nous avons évoqué ci-dessus (II) avant de faire quelques constatations (III).

## I. La guerre « sans fin en RDC » ?

Cette interrogation procède de l'observation de la situation sociopolitique de la République démocratique du Congo de la décennie 90 jusqu'à ce jour<sup>645</sup>. Pour connaître la cause originelle des conflits, il faut revenir plusieurs années en arrière. Depuis 1992-1993, il y a une guerre civile au Kivu, due aux revendications de la nationalité par les banyarwanda. C'est en octobre 1996 que ce conflit prend un relief particulier avec la rébellion des Tutsis depuis les plateaux de Minembwe au Sud-Kivu. La création de l'Alliance des forces démocratiques pour la libération du Congo ( AFDL) et l'invasion du Congo par la coalition Ouganda-Rwanda-Burundi avec son propre agenda(dont la destruction des camps des réfugiés et pillage des minerais ) vont aggraver la situation. Ayant tous un ennemi commun, ils ont décidé d'évincer Mobutu, soi-disant pour démocratiser le pays. Il faut noter aussi des tireurs des ficelles dans les milieux internationaux. Les États - Unis notamment ont joué un rôle capital. Cette guerre de l'AFDL, dite guerre de libération qui regroupe quelques États africains<sup>646</sup>, augure un moment sanglant dans la mesure où la paix dont elle se prévalait être artisan a été de courte durée.

Après le renversement du régime de Mobutu, un autre cycle de conflit a refait surface et le pays a été divisé en trois parties. On est ainsi passé d'une guerre

<sup>645</sup> Concernant la périodicité des conflits en RDC, on peut classer comme suit : a) 1992-1995 (questions de nationalité de banyarwanda) ; b) 1996-1997 (guerre de libération) ; c) 1998-2003 (guerre d'agression) ; d) 2003- 2020 (guerre sans nom).

<sup>646</sup> Parmi les États qui ont pris part à ce conflit, l'on peut citer : le Rwanda, l'Ouganda, le Burundi, la Namibie, le Tchad et le Zimbabwe. Voyez, à ce sujet, MUTINGA, M., *Chronique d'une paix négociée en République Démocratique du Congo. Un devoir de mémoire (1998-2003)*, Kinshasa, Espace Afrique, 2005 ; MINANI BIHUZO, R., *Du pacte de stabilité de Nairobi à l'acte d'engagement de Goma. Enjeux et défis du processus de paix en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Cepas /Rodhecic, p. 7-17.

de libération vers celle d'agression avec l'implication des pays voisins (Ouganda, Rwanda, etc.). Ainsi, les rébellions ont été constituées du Rassemblement congolais pour la démocratie (RCD-Goma) avec le soutien du Rwanda et le Mouvement pour la libération du Congo (MLC) soutenu par l'Ouganda. Plusieurs violations des droits de l'homme ont été commises et suscitent encore à ce jour d'importantes préoccupations au regard, d'une part, de la nécessité de lutter contre l'impunité et, d'autre part, au droit à réparation de leurs victimes. Certains en considérant les effets de ces violations, opinent que ces divers conflits semblent remplir tous les critères d'une «première guerre mondiale africaine»<sup>647</sup>.

En réponse à ces multiples crises, plusieurs négociations ont été initiées avec pour principale caractéristique l'accord du pardon pour les crimes commis en faveur du retour de la paix et au nom de la cohabitation pacifique. Au nombre de ces négociations, celle menée à Sun City sous les auspices de Thabo Mbeki, à l'époque, président de l'Afrique du Sud, a eu le mérite de doter le pays, longtemps déchiré par les guerres, d'une Constitution de la transition ayant conduit à la mise en place des nouvelles institutions après la réunification du pays. Par consensus, une formule originale a été trouvée pour une gestion partagée de la République entre les ex-belligérants. Ainsi, un gouvernement d'union nationale regroupant les anciens belligérants a été mis sur pied avec comme objectif de restaurer l'autorité de l'État sur toute l'étendue de pays et de conduire le Congo vers ses premières élections démocratiques en 2006<sup>648</sup>.

Malgré ces efforts, l'est de la RDC demeure fragile avec des groupes armés qui continuent de piller les ressources naturelles et de commettre des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire notamment à Beni et dans les environs. L'État congolais essaye avec l'appui de la Mission

<sup>647</sup> L'expression «première guerre mondiale africaine» employée telle quelle par SINDJOUN, L., *Les relations internationales africaines : entre États en crise et flux transnationaux*, Dakar, Codesria, 2002, p. 58, a été également utilisée par d'autres auteurs quoi qu'en de termes légèrement différents. C'est le cas de «première guerre continentale» (BRAECKMAN, C., *L'enjeu congolais. L'Afrique centrale après Mobutu*, Paris, Fayard, 1999, p. 11) ou de «première grande guerre africaine» (KABAMBA, B., et LANOTTE, O., «Guerres au Congo-Zaïre (1996-1999). Acteurs et scénarios», in MATHIEU, P., et WILLAME, J-Cl. (Sous la direction de), *Conflits et guerres au Kivu et dans la région des Grands Lacs. Entre tensions locales et escalade régionale*, Paris, Le Harmattan, 1999, p. 99, cité par Bahati Mujinya, « L'oubli des crimes et la problématique de la réparation due aux victimes. Quelle option pour une paix durable en République démocratique du Congo ? », in CODESRIA, Assemblée Générale du 8-12 juin 2015, Dakar, p. 4. Voir aussi Gauthier de Villers, « Les conflits armés de l'après-guerre » in *Conjonctures congolaises, Chroniques et analyses de la RD Congo en 2011*, Sous la direction de Stefaan Marysse et Jean Omasomba, Paris, l'Harmattan, 2011, p. 217. ; David van REYBROUCK, Congo, une histoire, (traduit du néerlandais (Belgique) par Isabelle ROSSELIN), éditions Actes Sud, p. 465.

<sup>648</sup> Léon de Saint Moulin, « Analyse du paysage sociopolitique à partir du résultat des élections de 2006 », in *Réforme au Congo (RDC), Attentes et désillusions*, sous la direction de Théodore Trefon, Paris, L'Harmattan, 2009, n°79, p. 49.



des Nations Unies pour le Congo (MONUSCO) de neutraliser ces groupes armés qui opèrent depuis plusieurs années dans cette partie du Congo. Une situation que d'aucuns appellent « Congo fatigue » ou encore « guerre sans fin <sup>649</sup>», etc. Voyons à présent, les études empiriques sur l'effet dissuasif de la CPI en RDC.

## II. Les études empiriques sur l'effet dissuasif/préventif de la Cour en RDC

Il s'agit ici d'examiner en détail les études empiriques récentes qui portent sur l'effet dissuasif et préventif de la Cour en RDC, y compris notre étude.

### A. L'impact de l'action de la CPI sur le CNDP et le M23

Comme indiqué ci-haut, l'étude réalisée par Michael BROACHE s'intéresse à la manière dont l'action de la Cour peut affecter les atrocités pendant un conflit en cours. L'étude révèle que l'action de la CPI a produit des effets mitigés. L'auteur fait trois constatations : primo, la publication d'un mandat d'arrêt en avril 2008 à l'encontre de Bosco Ntaganda, au moment où il était chef d'État-major du CNDP, a eu des effets négligeables. Secundo, l'annonce de la condamnation de Lubanga et des appels associés à l'arrestation de Ntaganda en mars 2012 a produit un effet contraire et entraîné une escalade des atrocités sur terrain et tertio, la reddition de Ntaganda en mars 2013 a contribué à la prévention en minant la capacité de M23 <sup>650</sup> et à la dissuasion vis-à-vis de certains combattants. Ces résultats suggèrent qu'on se concentre beaucoup plus sur les conditions en vertu desquelles l'action de la CPI empêche, exacerbe ou n'arrive pas à créer d'effets dissuasifs sur les atrocités.

L'auteur commence par examiner le rôle du CNDP/M23 dans le conflit au Congo et son importance.<sup>651</sup> Il a fait une analyse qualitative en utilisant les

<sup>649</sup> Gauthier de Villers, « Les conflits armés de l'après-guerre », *op. cit.*; p. 234.

<sup>650</sup> Michael P. BROACHE, "Irrelevance, Instigation, and prevention: the mixed effects of international criminal Court prosecutions on atrocities in the CNDP/M23", *op. cit.* 10, p. 388-409.

<sup>651</sup> Selon BROACHE, le CNDP est un mouvement rebelle qui était très actif entre 2004 à 2013 avant sa transformation en M23. Suite à l'accord de paix de décembre 2002, d'anciens groupes armés devaient intégrer l'armée nationale. Cependant, une fraction du RCD –Goma dirigé par Laurent Nkunda a refusé l'intégration aux FARDC en septembre 2003 et a entrepris ses premières opérations majeures en mai 2004 lorsqu'il a attaqué la ville de Bukavu, la capitale de la province du Sud-Kivu. À cette époque Ntaganda était encore en Ituri aux côtés de Lubanga. Il quittera l'Ituri pour rejoindre le CNDP de Nkunda. Il faut attendre janvier 2009 pour voir Ntaganda prendre le dessus sur Nkunda et le pousser en exil. Ntaganda signera un accord le 23 mars 2009 avec le gouvernement congolais pour l'intégration de son mouvement au sein des FARDC. Cependant, le conflit a éclaté de nouveau en avril 2012 lorsqu'il y a eu

données des entretiens avec 36 ex-combattants CNDP/M23 ; ce qui apparaît très faible pour tirer les conclusions. Michael Broache souligne deux tendances : la première qui considère que la Cour peut prévenir les atrocités pendant le conflit armé par la dissuasion générée . Au même moment, la deuxième tendance soutenue par certains chercheurs estime que les poursuites peuvent exacerber les atrocités avec un effet pervers. L'auteur reste prudent et fait une mise en garde en ce sens que l'impact de la CPI ne devrait pas être surévalué, en particulier à la lumière des obstacles causés dans une recherche d'observation consacrée à un seul cas (CNDP/M23) et avec d'autres facteurs indépendants. Par conséquent, attribuer des changements dans les modèles d'atrocités perpétrés par le CNDP/M23 uniquement, ou même principalement, à l'action de la CPI serait trompeur. Cette étude ne fournit qu'une idée sur l'impact de l'action de la CPI à l'égard d'un seul groupe rebelle dans une situation de la RDC. Une précaution devrait donc être exercée pour extrapoler les résultats à d'autres groupes et contextes belligérants.

Cependant, comme l'indique son auteur, les résultats de cette étude peuvent servir de base au développement inductif d'hypothèses vérifiables concernant l'impact de l'action de la CPI vis-à-vis des groupes belligérants ayant des caractéristiques similaires. Par exemple, la conclusion selon laquelle le mandat d'arrêt de Ntaganda avait initialement produit des effets négligeables ou faibles pourrait suggérer que les mandats d'arrêt ne risquent pas de dissuader les atrocités pour des groupes relativement forts qui contrôlent de grandes surfaces de territoires et des ressources comme le CNDP en 2008<sup>652</sup>. De même, l'affirmation que la reddition de Ntaganda contribue à la prévention pourrait suggérer que l'incapacité est plus susceptible d'opérer lorsque les groupes belligérants sont divisés en interne. L'auteur rappelle que ce sont des hypothèses non prouvées qui doivent être testées pour déterminer leur généralisation. Cependant, les résultats de cette étude indiquent que l'impact de l'action de la CPI peut contribuer parfois à la prévention conformément à l'optimisme juridique ou parfois exacerber les atrocités ramenant au pessimisme juridique ou parfois sans avoir d'impact. Une telle hétérogénéité n'est pas surprenante compte tenu des résultats de la littérature criminologique « de la grande diversité des effets de la sanction pénale »<sup>653</sup>.

L'étude de Michael Broache est intéressante parce qu'elle évalue l'effet dissuasif de la Cour et permet d'avoir une idée sur l'impact de l'action de la CPI à l'égard d'un groupe armé qui était le plus dangereux (fort), mais nous pensons que son échantillon représentatif est trop faible et qu'il serait aussi intéressant d'avoir une vision plus large avec des interviews avec plusieurs groupes armés

---

mutinerie au sein du CNDP suivi de la création du M23 toujours avec la bénédiction du Rwanda. Toutefois, à la fin de 2013, le M23 avait été définitivement vaincu par les FARDC et la Brigade d'intervention qui a été spécialement créé pour neutraliser les groupes armés.

<sup>652</sup> Michael P. BROACHE, *op. cit.*, p. 408.

<sup>653</sup> Id., p. 409.

les plus actifs. Ainsi, notre étude comble ce déficit. Elle a un échantillon de 140 ex-combattants et porte sur plusieurs groupes armés au Nord Kivu et Ituri. Voyons à présent la deuxième étude sur le crime d'enrôlement d'enfants soldats.

## **B. Mesurer l'effet dissuasif de la CPI sur le recrutement et l'utilisation d'enfants soldats en RDC**

Cette étude, qui a été réalisée par Sharanjeet PARMAR, évalue si la CPI a eu un effet dissuasif sur le recrutement et l'utilisation d'enfants soldats en RDC à deux égards. Premièrement, elle évalue dans quelle mesure la Cour a réalisé une dissuasion parmi les acteurs armés, soit directement en fonction de ceux qui opèrent en Ituri, soit indirectement parmi les acteurs armés opérant dans d'autres régions de l'Est du Congo. Deuxièmement, elle évalue si la Cour a réalisé une dissuasion parmi les communautés affectées par la violence et dissuadé les communautés locales de renoncer aux pratiques anciennes de recrutement et d'utilisation des enfants qui ont persisté dans le maintien des milices d'autodéfense.<sup>654</sup>

Cette étude se concentre exclusivement sur le crime de recrutement et d'utilisation d'enfants pour des raisons analytiques explicites selon son auteur. Premièrement, la réalisation d'un effet dissuasif implique invariablement un changement des attitudes et des comportements des acteurs locaux, ce qui exige une longue et durable période d'efforts anti-impunité. Les affaires de la Cour en Ituri ont connu une longue période de traitement sur une zone géographique désignée. De plus, depuis 2016, elles représentent les seuls cas où l'ensemble des procédures judiciaires de la CPI – de l'acte d'accusation au jugement, à la détermination de la peine et aux réparations ont été accomplies. Deuxièmement, le crime de recrutement et d'utilisation d'enfants soldats présente au projet, une occasion d'évaluer la dissuasion ciblée et la dissuasion générale, dont la dernière est également considérée en termes de dissuasion sociale. Cette étude examine si grâce à l'action conjointe de dissuasion spécifique et générale, l'affaire ciblant Lubanga a eu pour effet ultime de réduire le taux de commission du crime de recrutement et d'utilisation d'enfants soldats en RDC. Il examine également l'impact dissuasif plus large de la CPI en examinant la dynamique des conflits et la commission de violations graves en Ituri et dans l'Est de la RDC en général contre un plus grand nombre de cas, dont Katanga et Ntaganda<sup>655</sup>.

L'étude examine si l'approche ciblée de la CPI dans l'affaire *Lubanga* sur le crime de recrutement et d'utilisation d'enfants soldats a eu un effet dissuasif sur la pratique en Ituri et dans d'autres parties de l'Est de la RDC<sup>656</sup>. L'étude

<sup>654</sup> Sharanjeet PARMAR, "Dissuasive or Disappointing? Measuring the deterrent effect of the international criminal Court in the Democratic Republic of the Congo » *op. cit.* p. 231.

<sup>655</sup> *Id.*, p. 232.

<sup>656</sup> *Ibid.*, p. 177.

de cas de la RDC offre, selon l'auteur, une occasion importante d'évaluer dans quelle mesure la CPI peut dissuader une violation spécifique non seulement dans une base criminelle ciblée, mais aussi dans des zones géographiques voisines qui relèvent également de la compétence de la Cour. C'est pourquoi l'étude présente des données sur les taux de recrutement et d'utilisation des enfants non seulement en Ituri au cours des opérations de la CPI, mais aussi sur les taux dans d'autres provinces de l'Est de la RDC, où des groupes armés continuent d'opérer. En plus d'évaluer la portée de la dissuasion ciblée, les cas de l'Ituri offrent l'occasion d'évaluer la dissuasion générale et plus précisément les attitudes et les comportements des dirigeants communautaires, des parents et des enfants eux-mêmes sur l'utilisation d'enfants soldats<sup>657</sup>. Cette étude a utilisé une combinaison de méthodes de recherche, des recherches qualitatives sur le terrain ont été menées au moyen de groupes de discussion et d'entrevues avec des informateurs clés afin d'évaluer les attitudes des acteurs visés par les poursuites intentées par la CPI en matière de recrutement<sup>658</sup>.

L'étude conclut, en ce qui concerne la dissuasion ciblée, que les acteurs locaux ont partagé le point de vue selon lequel, l'affaire *Lubanga* a sensibilisé, à un certain degré, certains commandants de groupes armés locaux que le recrutement et l'utilisation d'enfants soldats constituent un crime pour lequel l'on peut être puni. Les personnes interrogées ont expliqué que la CPI a joué un rôle dans cette prise de conscience grâce aux visites du Procureur et à la diffusion des procédures de la CPI<sup>659</sup>. Cependant, l'auteur a omis de signaler qu'à côté de ces procédures judiciaires, d'autres campagnes et actions menées par d'autres acteurs (comme l'église, la société civile) ont contribué à cette prise de conscience. Toutefois, l'auteur reconnaît que malgré ces avancées, il existe un consensus sur le fait qu'il reste un problème à traduire la prise de conscience de l'interdiction en action parmi les nombreux acteurs qui opèrent dans la région<sup>660</sup>.

S'agissant de la dissuasion générale, les dirigeants communautaires en Ituri appartenant à différents groupes ethniques qui ont été interrogés dans le cadre de cette étude de cas partageaient le point de vue selon lequel il existe désormais une plus grande connaissance que le recrutement et l'utilisation d'enfant constituent une violation de la loi. Les dirigeants ont estimé que cette prise de conscience se traduisait par un nombre plus faible d'enfants, en particulier dans les milices d'autodéfense. De même, l'auteur n'a pas souligné que cette prise de conscience des dirigeants communautaires est la conjugaison de plusieurs efforts, non pas uniquement la conséquence de l'action de la Cour. Les dirigeants communautaires ont toutefois expliqué qu'il subsistait un manque de compréhension des lois elles-mêmes, en particulier le Statut de Rome et la

<sup>657</sup> Sharanjeet PARMAR, *op. cit.*, p. 177.

<sup>658</sup> *Id.* p.175.

<sup>659</sup> *Ibid.* p. 187.

<sup>660</sup> *Ibid.* p.187.

loi de 2009 sur la protection de l'enfance<sup>661</sup>. La dynamique du recrutement et de l'emploi des enfants est en effet complexe. De manière générale, les enfants sont régulièrement recrutés de force par des groupes armés. Toutefois, les acteurs de la protection de l'enfance et les dirigeants communautaires ont également expliqué que de nombreux enfants à l'Est de la RDC se joignent volontairement parce qu'ils ont été orphelins, séparés de leurs familles, ou parce qu'ils veulent se venger des crimes touchant leurs communautés et/ou simplement parce qu'ils sont privés d'opportunités économiques. Les acteurs de la protection de l'enfance et les leaders communautaires ont présenté ces dynamiques comme contribuant à l'impact limité de la CPI sur la réduction de la violation en général. Une chose est vraie, la condamnation de Lubanga a été une reconnaissance de ce crime de recrutement d'enfants et cela attire l'attention<sup>662</sup>.

Quelques observations méritent d'être faites sur cette étude portant sur le crime de recrutement et enrôlement d'enfants soldats : primo, il faut indiquer que dans le contexte congolais, l'enrôlement des enfants constituait une pratique courante, un crime de « seconde zone ». Et l'intérêt de la Cour sur ce crime était une surprise dans le milieu politique et des acteurs judiciaires. Ainsi, la question est de savoir si le Procureur voulait changer les mentalités en réprimant ce crime ou simplement c'était trop facile pour lui de prouver la culpabilité de *Lubanga* sur ce crime. C'est le dernier argument qui semble attirer l'attention des acteurs locaux.

Le fait pour le Bureau du Procureur de se focaliser sur les crimes qui choquent les Occidentaux plutôt que les victimes pose problème (recrutement d'enfants soldats) et indique la différence sur la façon dont la Cour appréhende la criminalité au Congo. On est presque dans deux mondes parallèles. La Cour n'est pas connectée à ce que voient les victimes<sup>663</sup>. Ceci dit, ce n'était pas un problème de « valeurs », mais de preuves. En effet, l'enrôlement et l'utilisation des enfants dans un conflit armé étaient les seuls crimes pour lesquels le Procureur avait réussi à obtenir ne fût-ce que des éléments d'un commencement de preuve. Secundo, Sharanjeet Parmar affirme que la CPI a joué un rôle dans la prise de conscience grâce aux procédures judiciaires en oubliant qu'à côté de ces procédures, d'autres campagnes et actions ont été menées par d'autres acteurs (églises, société civile) qui ont aussi contribué à cette prise de conscience. Tertio, il est vrai qu'au début de l'affaire *Lubanga*, certains leaders des mouvements rebelles ont eu peur de recruter les enfants, mais en même temps cela n'a pas ralenti le nombre des crimes dans les foyers sensibles. L'effet dissuasif à court terme vis-à-vis du crime d'enrôlement d'enfants soldats n'a pas empêché d'autres crimes comme le meurtre, le viol, etc. On voit que Parmar cherche clairement à trouver de preuves pour sa position en l'absence de toute corrélation. Voyons à présent l'étude que

<sup>661</sup> Ibid. p.187.

<sup>662</sup> Sharanje et PARMAR, *op. cit.*, p. 188.

<sup>663</sup> Entretien avec le Dr. Valérie ARNOULD, Bruxelles, 27 janvier 2018.

nous avons réalisée sur la perception des ex-combattants de l'action de la CPI en RDC.

### **C. Perception de l'effet dissuasif et préventif limité de la CPI par les ex-combattants des différents groupes armés en RDC**

Il s'agit ici de déterminer dans quelle mesure l'intervention de la CPI a contribué à prévenir les atrocités futures en *incapacitant*(disqualifiant) les auteurs des crimes et en dissuadant les auteurs potentiels de commettre des crimes futurs et d'identifier quels facteurs ont sapé ou renforcé l'effet dissuasif de la CPI. Premièrement, il est procédé à l'étude de l'impact de la Cour auprès de cette catégorie de personnes qui ont fait l'objet de son action en RDC, à savoir les combattants de différents groupes armés. Parce qu'ils font l'objet d'une dissuasion ciblée, leurs déclarations sur la façon dont l'action de la Cour a affecté leur processus décisionnel sont essentielles pour évaluer un aspect de l'effet dissuasif de la Cour.

Ces combattants de différents groupes armés qui mènent activement des combats contre les Forces armées de la République démocratique du Congo spécialement dans la province du Nord-Kivu, une province la plus affectée par des rébellions à l'Est du pays et à Bunia, forment une catégorie de répondants interrogés dans le cadre de cette étude ( qui couvre la période allant de janvier 2017 à décembre 2018). Jo Hyeran et Beth Simmons reconnaissent que les groupes rebelles sont probablement les cas les plus difficiles pour la dissuasion de la CPI. Ces combattants participent rarement à la consolidation des normes au cours des négociations internationales et ils sont souvent situés dans les régions qui rendent leurs crimes difficiles à enquêter.<sup>664</sup> S'ils sont inculpés, ils sont notoirement difficiles à appréhender. Ils n'auraient peut-être pas été informés de la compétence de la Cour ni même de son existence bien que cela change.<sup>665</sup> Deuxièmement, l'étude examine l'impact dissuasif plus large de la CPI dans le contexte congolais, caractérisé par des conflits à répétition. Il nous reste qu'à faire l'examen des facteurs qui renforcent ou compromettent l'effet dissuasif de la CPI, il s'agira aussi de confronter ces facteurs aux données sur terrain (1) ; et le deuxième point évalue la dissuasion ciblée et générale de la CPI en RDC à travers le contenu des interviews sur terrain (3) avant de faire quelques constatations.

<sup>664</sup> Jo HYERAN and Beth A. SIMMONS, Can the International Criminal Court Deter atrocity? (December 18, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2552820> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2552820>; p. 466. Il faut reconnaître qu'en RDC, plusieurs groupes armés ont conclu des accords de paix avec le gouvernement et ont été intégrés dans l'armée nationale.

<sup>665</sup> Id., p. 466.

## 1. Les facteurs influençant l'effet dissuasif de la CPI

Les criminologues suggèrent que le principal facteur de dissuasion/prévention est la probabilité de « se faire attraper », et que la chance de « se faire attraper » pour les crimes atroces est malheureusement très faible<sup>666</sup>. Quand on se fait attraper, c'est la question classique de la « sévérité de la peine ». Certaines voix commencent à dire que le « risque » d'une peine de ... ans dans une prison suédoise, norvégienne, ou néerlandaise (avec salles de sports, TV internet, bibliothèque...) veut dire peu de choses en termes de « dissuasion ». En d'autres termes, cela ne fait pas beaucoup réfléchir un militaire ou rebelle mangeant une fois par jour et dormant à la belle étoile au Burundi, au Rwanda, en RDC, etc. Donc, certitude de la sanction, mais aussi classiquement, « intensité de la peine ». En outre, on peut se demander si les individus, dans le contexte des conflits armés, pensent rationnellement dans une analyse coût-bénéfice et choisissent de ne pas être violents parce qu'ils craignent une poursuite éventuellement à La Haye ou à l'échelle nationale<sup>667</sup>.

Compte tenu de la difficulté d'évaluer l'effet dissuasif de l'action de la Cour, il apparaît nécessaire de recourir à l'identification des facteurs qui semblent avoir renforcé ou compromis la dissuasion de ces crimes en RDC. Ces facteurs permettent d'évaluer l'efficacité de la justice pénale internationale à assurer la dissuasion et mettent à l'épreuve certaines affirmations des praticiens de cette justice pénale internationale. Ces facteurs sont à la fois judiciaires et extra judiciaires et portent sur les deux types de dissuasion (spécifique – ou générale). Parmi les facteurs judiciaires, on peut noter : la limitation temporelle de la Cour, une stratégie de poursuites pour la sélection des cas, l'absence de force d'exécution pour le mandat d'arrêt, la certitude des poursuites provoquées par les actes d'accusation et une coopération renforcée, la gravité de la peine, et un programme efficace de sensibilisation. S'agissant des facteurs extra judiciaires, nous avons retenu la dynamique de conflits et la politisation de l'action de la Cour, la légitimité de la lutte et le déni des crimes, la connaissance par les combattants de l'action de la Cour, le contexte de l'impunité et la faiblesse du secteur judiciaire congolais.

---

<sup>666</sup> Voir John BRAITHWAITE, *Crime, Shame and reintegration*, Cambridge University Press, 1989, p. 69.; David CHUTER, *War Crimes: confronting atrocity in the modern world*, Lynne Rienner publishers, 2003, p. 272.; Michael TONRY, "The Function of sentencing and sentencing reform", in *Stanford Law review*, Vol. 58, n° 1, 2005, p. 37.; cités par Mark DRUMBL, *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 170.

<sup>667</sup> Mark DRUMBL, *Atrocity, Punishment and International Law*, op.cit. p. 17.

## a. Les facteurs judiciaires

### 1. La limitation du champ temporel de la Cour

La CPI a compétence pour connaître des crimes commis après l'entrée en vigueur de son Statut, le 1<sup>er</sup> juillet 2002, sur le territoire d'un État membre (renvoi ou initiative du Procureur) ou sur renvoi du Conseil de sécurité des Nations Unies s'agissant d'un État non membre (cas du Soudan ou de la Libye) ou encore sur la reconnaissance de sa compétence par un État (exemple de la Côte d'Ivoire)<sup>668</sup>. Au Congo, plusieurs crimes graves ont été commis avant l'avènement de la CPI. Ces crimes sont documentés dans plusieurs rapports des Nations-Unies, le plus cité étant le Rapport Mapping qui a été publié en 2010<sup>669</sup>. La question essentielle est de savoir face à l'inertie des juridictions nationales de poursuivre ces crimes, quel est le mécanisme judiciaire adéquat pour que ces crimes ne restent pas impunis. Faudrait-il créer un tribunal pénal international pour le Congo ou des juridictions mixtes ? Des recommandations ont été faites dans le Rapport Mapping en faveur de mécanismes judiciaires mixtes<sup>670</sup>, mais l'absence de volonté politique en RDC n'a pas permis la mise en place de ce mécanisme. Cela conforte l'impunité. On peut ici saluer l'initiative de la justice française qui à travers le principe de la compétence universelle a engagé une procédure judiciaire en janvier 2021 contre l'ancien Chef rebelle du mouvement « Rassemblement congolais pour la démocratie nationale (RCD-N) Roger Lumbala pour des crimes contre l'humanité commis en 2002 en RDC et contenus dans le Rapport Mapping.

### 2. Stratégie de poursuite basée sur les « gros poissons »

La politique pénale du Procureur de la CPI a été basée sur les poursuites envers ceux qui portent la plus grande responsabilité, tels que les dirigeants de l'État ou de l'organisation présumés responsables de crimes relevant de la compétence de la Cour<sup>671</sup>. Cela signifie qu'une poignée d'auteurs de crimes

<sup>668</sup> Voir les articles 11, 12, 13 et 14 du Statut de Rome.

<sup>669</sup> Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo, août 2010.

<sup>670</sup> Id. p. 486.

<sup>671</sup> The office of Prosecutor, Paper on some policy issues before the office of the prosecutor, (September, 2003, The Hague), p. 7. Disponible sur le lien [https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/1fa7c4c6-de5f-42b7-8b25-60aa962ed8b6/143594/030905\\_policy\\_paper.pdf](https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/1fa7c4c6-de5f-42b7-8b25-60aa962ed8b6/143594/030905_policy_paper.pdf). L'objectif du Bureau du Procureur reste de poursuivre les auteurs de crime portant la plus lourde responsabilité sur la base des éléments de preuve. Mais le Bdp a décidé dans son Plan stratégique 2019-2021 de cibler, dans un premier temps, les auteurs de crimes notoires ou de rang intermédiaire dans le but de remonter la chaîne de responsabilité et d'atteindre les principaux responsables à un stade ultérieur. Voir Bureau du Procureur de la CPI, Plan



seront poursuivis par la CPI. En théorie, la « peur » de la CPI par les leaders est de nature à les amener à exercer une surveillance plus accrue sur la troupe. Ce schéma ne semble toujours pas fonctionner en pratique pour diverses raisons. D'abord, il n'y a pas de preuve empirique, ensuite ils n'ont peut-être pas de contrôle ou d'autorité sur leurs troupes, l'utilisation de la violence se fait sur base du calcul stratégique et politique. Si l'avantage est plus élevé que le risque de se retrouver à la CPI, ils n'hésiteront d'agir... Les limites de la Cour annulent la valeur dissuasive des procès de la Cour, étant donné que la plupart des auteurs ne sont pas susceptibles d'être jugés, surtout si les tribunaux nationaux ne sont pas capables ou ne veulent pas véritablement enquêter et poursuivre les auteurs de crimes internationaux<sup>672</sup>. sur ce point, la Chambre d'appel a, dans son arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire du 13 juillet 2006 dans l'affaire *Bosco Ntaganda*, précisé que « le fait que de hauts dirigeants soupçonnés d'avoir commis des crimes relevant de la compétence de la Cour soient traduits devant la Cour pénale internationale peut effectivement avoir un effet dissuasif, mais on voit mal pourquoi cet effet serait au plus haut si toutes les autres catégories de criminels *ne pouvaient pas* être traduites devant la Cour. Il semble plus logique de partir du principe que l'effet dissuasif de la Cour serait au plus haut si aucune catégorie de criminels n'était en soi exclue des poursuites potentielles de la Cour »<sup>673</sup>.

Cette stratégie de poursuite basée sur les « gros poissons » peut entraver l'effet dissuasif susceptible d'être créé par la Cour. Comme on le voit, la raison d'être de la Cour est de dissuader les principaux crimes de droit international. Cet objectif ne peut pas être atteint seulement par l'existence de la CPI, mais lorsque son existence peut réussir dans la prévention des crimes de droit international. Il doit renforcer la conviction que tous les auteurs de ces crimes graves peuvent être poursuivis par la CPI. Si un modèle cohérent de responsabilisation est établi entre tous les niveaux des auteurs, alors la crédibilité de la CPI en tant qu'institution juste sera établie et son effet dissuasif découlera nécessairement de cette crédibilité.<sup>674</sup> Le Procureur devrait révoquer sa politique d'enquêtes ciblées sur ceux qui portent la plus grande responsabilité et laisser la porte ouverte à

---

stratégique 2019-2021, La Haye, 17 juillet 2019, §. 24, p. 22. Disponible sur le lien <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20190726-strategic-plan-fra.pdf>

<sup>672</sup> Sarah KASANDE K IHIKA, « Evaluating the deterrent effect onf the ICC in Uganda », *op.cit.* p. 210.

<sup>673</sup> CPI : Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de mandats d'arrêt en vertu de l'article 58 », N° ICC-01/04, du 13 juillet 2006, par. 73. Disponible sur le lien [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2007\\_01744.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2007_01744.PDF)

<sup>674</sup> Aurelia Marina POHRIB, "Frustrating noble intentions, the clash between ICC's deterrent effects and the prosecutor's policy of focused investigations on perpetrators situated at the highest echelons of responsibilty" in *International community Law Review*, 15 (2013), p. 236.

toute poursuite qui sert la cause de la justice<sup>675</sup>. En adoptant cette stratégie, le Bdp n'a pas envoyé le bon signal à ceux qui sont impliqués dans de tels crimes. Ainsi les dirigeants sont généralement les genres de personnes qui ne seraient pas dissuadés par des institutions comme la CPI parce que difficiles à être arrêtés sans la coopération au niveau interne et international, et les auteurs de rang inférieur ne sont pas en mesure d'avoir peur des poursuites de la CPI parce qu'ils ne sont pas sur le radar du Bdp.<sup>676</sup> Par ailleurs, il faut reconnaître que la CPI n'a pas les moyens de poursuivre tout le monde. C'est justement l'un des arguments derrière le « ciblage » des leaders soutenus par le Bureau du Procureur. Tout comme l'impuissance des certaines justices nationales vis-à-vis des leaders politiques.

La plupart des ex-combattants interrogés dans le cadre de cette étude ont souligné qu'ils n'avaient pas peur de la Cour parce celle-ci ne s'intéresse qu'aux « officiers supérieurs ». Un ancien combattant des FDLR affirme : « nous ne pouvons pas avoir peur de la Cour parce qu'elle ne s'intéresse pas à nous (...) Ce n'est pas notre niveau »<sup>677</sup>. Ce raisonnement est partagé par la plupart de répondants. Un autre combattant du M23 raconte : « On était informé que c'était une Cour qui ne poursuit que les responsables des mouvements qui apparaissent comme ambitieux de la politique et qui menaçaient le pouvoir de Kinshasa, pas nous qui n'avons pas trop d'influence politique et économique »<sup>678</sup>. « On nous disait que cette Cour ne vise que les grands leaders du mouvement ou groupe et non nous les exécutants. Aujourd'hui, je trouve que c'est la même réalité » déclare un autre ex-combattant du M23<sup>679</sup>. Un caporal des FDLR dira : « comme je ne suis pas un haut gradé, je ne peux être poursuivi par la Cour »<sup>680</sup>. Un autre ex-combattant du CNDP affirme : « Moi, je ne pouvais pas être amené à la CPI, parce que j'étais un simple exécutant des ordres de mes chefs »<sup>681</sup>.

Par ailleurs, il y a un paradoxe à souligner : d'un côté, certains critiquent la Cour pour n'avoir jusque-là en RDC ciblé que de « petits poissons » comme Lubanga, Katanga, Ngudjolo qui ont été mis en accusation et arrêtés, par rapport aux dirigeants politiques et militaires congolais et ougandais qui ont fourni un soutien militaire pour commettre des crimes dans le Nord-Est de la RDC sous la direction ougandaise<sup>682</sup> ; et de l'autre, d'autres critiquent la politique pénale

<sup>675</sup> C'est la raison pour laquelle, le Plan stratégique 2019-2021 du Bureau du Procureur prévoit la possibilité d'engager de poursuites contre les criminels notoires ou de rang intermédiaire. Plan Stratégique 2019-2021, *op. cit.* p. 22. Même s'il y aura des répercussions en termes de volume de travail et sur les délais d'enquêtes et de poursuites.

<sup>676</sup> Aurelia Marina POHRIB, *op. cit.* Id. p.236.

<sup>677</sup> Interviews avec un ex-combattant des FDLR à Masisi, (16 février 2017)

<sup>678</sup> Interviews avec un ex-combattant du M23 à Gisenyi (Rwanda), 20 février 2017

<sup>679</sup> Interviews avec un ex-combattant du M23 à Rutshuru, 15 février 2017

<sup>680</sup> Interviews avec un caporal des FDLR à Rutshuru, 15 février 2017

<sup>681</sup> Interviews avec un ex-combattant du CNDP à Goma, 18 février 2017

<sup>682</sup> Pascal KAMBALE, « A story of missed opportunities, The role of the International Criminal Court in the Democratic Republic of Congo » in Christian De VOS, Sara KENDALL and

du Procureur qui vise « les gros poissons »<sup>683</sup>. Il apparaît cependant que le Bdp n'a pas respecté sa propre politique de viser « les personnes ayant la plus grande responsabilité dans la commission des crimes » en RDC ; pire encore, le Bdp s'est focalisé uniquement sur des seigneurs de guerre, oubliant les crimes de l'État commis lors de protestations au sujet des élections<sup>684</sup>. L'analyse des données de notre étude montre que le fait pour le Bdp de se focaliser sur les « gros poissons » limite son effet dissuasif vis-à-vis des combattants de rang inférieur. Ce raisonnement est le même que celui des juges de la CPI dans l'arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I cité ci-haut.

### 3. La menace du châtement et la certitude de la punition

Les théories récentes sur la dissuasion concluent que la certitude de la punition demeure le facteur le plus déterminant pour dissuader les crimes internationaux<sup>685</sup>. Certains auteurs s'accordent à l'idée que la sévérité de la peine est encore un facteur important et qui ne doit pas être négligé dans une étude dissuasive<sup>686</sup>. Pour le Professeur Luzolo Bambi Lessa, la prévention en droit pénal classique, c'est la dissuasion par la sanction<sup>687</sup> et Valérie Wright ajoute que c'est la sanction qui est la plus susceptible de produire un effet dissuasif général<sup>688</sup>. De longues et lourdes peines infligées aux personnes condamnées qui seront éjectées de la société pourraient accroître la peur des insurgés potentiels. Rappelons cependant que les punitions sévères comme la peine de mort ne sont pas fortement en corrélation avec le changement de comportement des criminels<sup>689</sup>.

---

Carsten STAHN (eds), *Contested Justice, The politics and practice of International Criminal Court interventions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 179.

<sup>683</sup> Sarah KASANDE KIHKA, « Evaluating the deterrent effect on the ICC in Uganda », *op.cit.* p. 210.

<sup>684</sup> Phil CLARK, entretien au journal Libre Afrique le 11 décembre 2017, disponible sur le lien <https://afrique.lalibre.be/12083/la-cpi-a-un-effet-negatif-sur-la-rdc-et-louganda/>

<sup>685</sup> Eleanor THOMPSON, « Can an International Criminal tribunal with a limited mandate deter atrocities? Lessons from the special Court for Sierra Leone », in *Two steps Forward, one step back: the deterrent effect of international criminal tribunals, Nuremberg Academy series*, N° 1(2017), p. 168.

<sup>686</sup> Kai AMBOS, Kai AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Volume III: International criminal procedure; Oxford University press, 2014, p. 50.

<sup>687</sup> Entretien avec le Professeur LUZOLO à Kinshasa, 20 février 2018.

<sup>688</sup> Valérie WRIGHTS, « Deterrence in Criminal justice: Evaluating certainty vs severity of punishment », *op.cit.* p. 15.

<sup>689</sup> Isaac EHRlich, « The deterrent effect of capital punishment: A question of life and death » 65 (3) *American Economic Review* (1975) 395-417; John DONPHUE and Justin J. WOLFERS, « the Death penalty: No evidence for deterrence », 3 (April) *The Economists' voice*, April (2006) 1-6.

Le régime pénal et de détermination des peines de la Cour semble beaucoup plus clément<sup>690</sup> par rapport à celui de certains États comme le Congo. En effet, dans les deux affaires déjà clôturées, Lubanga a été condamné à 14 ans devant la Cour et après avoir purgé le reste de sa peine dans une prison en RDC, il a été libéré le 15 mars 2020 alors que Katanga a vu sa peine réduite à 12 ans d'emprisonnement pour les crimes contre l'humanité et crimes de guerre par la Chambre d'appel en novembre 2015, ce qui a fait de lui, la première personne ayant purgé sa condamnation devant la Cour parce que sa peine avait pris fin le 18 janvier 2016. Les autorités congolaises craignant l'effet déstabilisateur du retour de Katanga en RDC, ont retenu d'autres charges à son encontre dont le procès a eu lieu devant les juridictions militaires de la RDC. Il sera à son tour libéré le 16 mars 2020. Les peines qui auraient pu être prononcées contre Lubanga et Katanga auraient été plus sévères s'ils avaient été condamnés par une juridiction congolaise. Déjà on peut dire que Lubanga n'allait pas être poursuivi uniquement pour conscription et enrôlement des enfants soldats, ensuite, il n'allait peut-être pas écoper d'une peine aussi clément. Les tribunaux militaires congolais sont connus pour leur sévérité en matière de peine. Bebin Xavier soutient le caractère dissuasif de la « certitude la sanction ». Plus la probabilité d'être arrêté et condamné augmente, plus la délinquance diminue. Autrement dit, une probabilité élevée d'être arrêté et condamné constitue un frein majeur à la commission d'une infraction<sup>691</sup>. Mark Drumbl souligne pour sa part que les criminologues suggèrent que le principal facteur de la dissuasion/prévention est la probabilité de « se faire attraper », mais la probabilité de « se faire attraper » pour les atrocités est faible<sup>692</sup>. La certitude ou la chance d'être arrêté et poursuivi est particulièrement difficile à garantir pour la CPI notamment par rapport au choix de personnes poursuivies (les plus importants) et à des difficultés opérationnelles considérables (diplomatiques, judiciaires)<sup>693</sup>.

S'agissant de la sévérité des peines, les auteurs potentiels n'ont à craindre que des sanctions moins lourdes que celles généralement prononcées par les juridictions nationales pour les mêmes faits<sup>694</sup>. De nombreux répondants ont estimé avoir peur d'être arrêtés par la justice congolaise, vu les conditions d'incarcération, les traitements que subissent les prisonniers. Un des combattants du CNDP interrogé dans le cadre de cette étude affirme « qu'il

<sup>690</sup> Notons cependant que Bosco Ntaganda a écopé d'une peine de 30 ans de prison, la plus lourde jamais prononcée jusque -là par la CPI.

<sup>691</sup> Bebin XAVIER, Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale, Paris : L'Harmattan, 2006, Chap. 8

<sup>692</sup> Mark DRUMBL, Atrocity, Punishment and International Law, op.cit. p. 17.

<sup>693</sup> Sévane GARIBIAN et Marion VIRONDA-DUBRAY, « La Cour pénale internationale, la lutte contre l'impunité et la prévention des crimes internationaux », in Julian FERNANDEZ, Xavier PACREAU et Muriel UBÉDA-SAILLARD : *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article*, deuxième édition, Pédone, Paris 2019. p. 131.

<sup>694</sup> Mark DRUMBL, *Atrocity, punishment and international law* (Cambridge University Press, 2007), p. 15 cité par Sévane Garibian et Marion Vironda- Dubray, op.cit, p. 131.

vaut mieux être poursuivi par la Cour que d'être poursuivi par les tribunaux militaires vu les conditions carcérales en RDC »<sup>695</sup>. Un autre ex-combattant du M23 souligne : « on n'a pas peur de cette Cour, parce que premièrement, elle ne poursuit que les hauts cadres politiques ou militaires, les gens comme Bemba, notre ancien chef Bosco Ntaganda, jamais un homme de rang comme moi à la CPI. Peut-être, on peut avoir peur des tribunaux du pays parce qu'ils s'attaquent à tout le monde, quel que soit le rang et aussi quand on vous transfère à la prison de Munzenze à Goma, c'est la souffrance »<sup>696</sup>. Selon que l'on est ou non proche du pouvoir, le risque d'être transféré devant la CPI est quasiment nul ou, au contraire, très élevé. Le cas de Bosco Ntaganda est très éloquent sur ce point<sup>697</sup>. Par ailleurs, un combattant rwandais des FDLR nous dira : « je n'ai pas peur de la Cour, d'ailleurs chaque combattant souhaiterait comparaître devant la Cour plutôt que devant les tribunaux rwandais ou congolais qui font beaucoup souffrir »<sup>698</sup>. Cependant, un ancien conseiller du M23 déclare : « je ne saurais pas vous cacher que j'ai peur de la Cour, toutefois, elle ne décourage pas ceux qui sont sur la voie de la révolution pour leur pays »<sup>699</sup>.

Il ressort de l'analyse des données que la plupart des répondants ont peur des conditions de détention et de peines infligées par les tribunaux militaires même si paradoxalement, il est plus facile de s'évader d'une prison congolaise qu'au centre de détention de la CPI où les condamnés y purgent leur peine définitive en attendant que les juges désignent un pays d'exécution de la peine. De même, sachant que la Cour ne s'intéresse pas à eux, les combattants interrogés savent aussi que le risque d'être arrêtés est faible compte tenu du contexte de conflit et de l'impunité.

C'est pourquoi une partie de la doctrine préfère parler d'un effet dissuasif « conditionnel » en ce qu'il dépend de facteurs variés et variables tels que le contexte, le type d'acteurs visé et le niveau d'implication de la CPI dans une situation donnée<sup>700</sup>. Il apparaît cependant que si les jugements de la Cour peuvent

<sup>695</sup> Interviews avec un ex-combattant du CNDP à Goma, 18 février 2017

<sup>696</sup> Interviews avec un ex-combattant du M23 à Gisenyi, 20 février 2017

<sup>697</sup> Ghislain MABANGA, « Le droit international pénal saisi par la politique : regard critique sur la Cour pénale internationale à l'ère de la justice régionale africaine » in *L'apport de l'Afrique à la justice internationale pénale*, Sous la direction de Catherine Maia, Jean-François Akandji-Kombe, Jean-Baptiste Harelimana, L'harmattan, 2018, p. 89. En effet, cet officier rwandais fut, le 6 mars 2007, l'objet d'un mandat d'arrêt pour enrôlement d'enfants soldats et leur participation active aux hostilités. Allié au président de la RDC, Joseph Kabila, il ne sera cependant jamais inquiété, alors que Joseph Kabila avait livré, pour les mêmes faits, Thomas Lubanga à la Cour. Bien plus, Bosco Ntaganda a été nommé général au sein des Forces armées de la RDC en janvier 2009. Après une défaite militaire au Kivu, il se décida de se rendre lui-même à la CPI.

<sup>698</sup> Interviews avec un combattant actif des FDLR à Rutshuru, 15 février 2017

<sup>699</sup> Interviews avec un ancien conseiller du M23 à Butare, 24 février 2017

<sup>700</sup> Kate CRONIN-FURMAN, « Managing Expectations: International Criminal Trials and the

potentiellement avoir un effet dissuasif, celui-ci n'est pas suffisamment certain pour qu'il réussisse, à lui seul, à prévenir la commission d'atrocités<sup>701</sup>.

Deux questions paraissent importantes ici : premièrement, pourquoi ces combattants ont-ils peur des tribunaux congolais alors qu'ils ont la possibilité de s'évader ? L'analyse des données montre que cela est dû aux conditions carcérales dans les prisons congolaises. Certains<sup>702</sup> expliquent que la reddition de Ntaganda à la CPI est motivée par le refus de subir la souffrance dans la prison congolaise et de ne pas bénéficier d'un procès « équitable »<sup>703</sup>, mais on peut bien aussi se demander pourquoi Lubanga a accepté de purger sa peine dans une prison congolaise. Il semble que c'était un choix de sa part. Est-ce qu'il voulait être plus proche de sa communauté et influencer sur celle-ci au lieu de rester dans une prison lointaine en Europe ? Difficile d'y répondre. Cependant, les conditions de sa détention au Congo n'auraient pas été les mêmes s'il avait été condamné par une juridiction congolaise. Deuxièmement, pourquoi les combattants préfèrent-ils la CPI alors qu'il est difficile de s'évader<sup>704</sup> ? Sur cette question, les combattants se disent que dans l'hypothèse d'une arrestation, ils préfèrent être dans de bonnes conditions plutôt que de souffrir dans une prison congolaise, mais ils savent qu'ils n'iront pas devant la CPI qui ne s'intéresse pas à eux. C'est beaucoup plus leurs leaders qui auront tendance à faire ce choix. Les éléments de notre enquête semblent conforter l'idée selon laquelle la certitude de la punition est le facteur le plus déterminant pour décourager les crimes de droit international.

#### 4. Absence d'une force d'exécution

Dépourvue d'une force de police propre et d'un mécanisme d'exécution, la CPI doit compter sur la coopération des États pour faire respecter ses mandats. Si les États refusent de coopérer, les mandats resteront inapplicables. Il est clair à ce niveau que sans cette coopération, la Cour ne pourra pas avoir l'effet dissuasif qu'elle devrait avoir. Ceci est évident dans l'affaire *Bashir* dans laquelle les États ont été peu coopératifs dans l'exécution des mandats d'arrêt de la CPI contre lui. Dans la situation spécifique du Congo, la CPI aurait échoué une arrestation faute de coopération dans les affaires Bosco Ntaganda et Mudacumura (ancien général des FDLR) qui était prêt à se rendre à la Cour sous certaines conditions notamment que la sécurisation de sa famille, etc. C'est à juste titre que Marie

---

Prospects for Deterrence of Mass Atrocity », *International Journal of Transitional Justice*, 2013 *op. cit.* Jo HYERAN et Simmons BETH, *op. cit.* cité par Sévane GARIBIAN et Marion VIRONDA-DUBRAY, p. 132.

<sup>701</sup> Jo. HYERAN et Simmons BETH, « Can the international deter atrocity », *op. cit.* cité par Sévane GARIBIAN (...), p. 132.

<sup>702</sup> Interviews avec des acteurs judiciaires à Goma, le 13 février 2017.

<sup>703</sup> Interviews avec un fonctionnaire de la MONUSCO à Goma, le 13 février 2017.

<sup>704</sup> Bien que le Centre de détention de La Haye ne soit pas une prison pour l'exécution de la peine.

Boka souligne que la position de la Cour est délicate puisqu'elle ne peut compter sur le Conseil de Sécurité ni sur certains de ses États parties. Certains se trouvent dans l'impossibilité technique pour rechercher les personnes sous le coup d'un mandat d'arrêt. D'autres ne peuvent livrer des proches de leur régime<sup>705</sup>. Les États fautifs ne sont pas sanctionnés. Cette abstention n'est pas étonnante puisque les membres permanents eux-mêmes n'arrêtent pas les suspects présents sur leur sol<sup>706</sup>.

Aujourd'hui, la CPI est impuissante parce que les États sont maîtres de leur coopération. La coopération, un sujet d'obligation devient dans la pratique un sujet de négociation. La Cour commence à supplier les États de coopérer avec elle. Au TPIY, il n'a fallu que 6 mois à la Croatie pour se plier aux demandes du TPIY suite à la décision de l'UE de suspendre les négociations pour son entrée. Les conditionnalités de l'UE avaient facilité la coopération de ces États avec le TPIY. Il n'existe pas un tel appui pour la CPI<sup>707</sup>. Cependant, il existe des individus qui se livrent d'eux-mêmes (Bosco Ntaganda<sup>708</sup>, Ongwen).

Par ailleurs, le constat au niveau de la Cour est que certains États coopèrent quand il s'agit de poursuites à l'encontre des seigneurs de guerre ou des groupes armés ou quand ces poursuites vont dans leurs intérêts ou améliorent leurs images. C'est le cas de la RDC où les autorités congolaises ont largement coopéré aux poursuites visant quelques seigneurs de guerre. Ce qui augmente la probabilité que ces principaux dirigeants des groupes armés se retrouvent à La Haye comme Lubanga et Katanga. Cela ne pourrait-il pas avoir un effet positif sur la capacité de dissuasion de la CPI vis-à-vis des acteurs rebelles en RDC ? La réponse est affirmative. D'autre part, dans le cas où la coopération du gouvernement congolais n'a rien changé au risque pour les rebelles d'être poursuivis, il faut en souligner les raisons. Certes il y a une probabilité réelle pour les rebelles de se retrouver à La Haye, mais cela risquerait à terme de porter un coup dur sur la légitimité de la Cour et sa crédibilité si elle n'est pas en mesure de viser les gens qui sont dans l'espace politique congolais et qui sont suspectés d'avoir commis des crimes.

De plus, les autorités congolaises avaient utilisé la menace de la Cour contre les anciens commandants du CNDP avant la signature de l'accord de paix

---

<sup>705</sup> Marie BOKA, *La CPI entre droit et relations internationales, les faiblesses du Statut de Rome à l'épreuve de la politique internationale*, Institut Universitaire Varenne, « Collection des thèses », n°94, 2014 p. 200.

<sup>706</sup> Id.

<sup>707</sup> La CPI refuse d'utiliser des leviers politiques.

<sup>708</sup> Pour son transfert à la CPI, il y a eu une coopération passive de Kigali (ouverture des frontières) sous la pression américaine. En réalité Kigali voulait le livrer mais pour être cohérent avec son discours de non reconnaissance de la CPI, tout est fait pour donner l'air que Ntaganda se livre de lui-même.

de Goma en 2009. Elles se sont refusé après cet accord d'exécuter le mandat d'arrêt de la Cour à l'encontre de Bosco Ntaganda sous prétexte de la « sauvegarde de la paix »<sup>709</sup>. Et la Cour ne peut pas trop compter sur la coopération d'autres États de la sous-région pour l'arrestation et le transfert des accusés. Le gouvernement congolais avait ordonné aux procureurs militaires de ne pas engager de poursuites contre les dirigeants et membres de groupes armés du Nord et Sud Kivu, en particulier ceux du CNDP<sup>710</sup>. Un ex-combattant du CNDP affirme : « nous savions déjà que les autorités congolaises n'allaient pas transférer notre chef Bosco Ntaganda à la CPI parce qu'il avait accepté de négocier. À ce moment, la Cour ne pouvait rien lui faire »<sup>711</sup>. Les autres ex-combattants du CNDP interrogés sur ce point ont confirmé que la décision de réintégrer l'armée congolaise avait en quelque sorte enlevé toute crainte de poursuite, que ce soit au niveau national ou international.

L'accord de paix signé par le gouvernement congolais et le CNDP, le 23 mars 2009, a abouti à la loi n° 09/003 du 7 mai 2009 portant amnistie pour faits de guerre et insurrectionnels commis dans les provinces du Nord-Kivu et du Sud-Kivu et puis suivra une autre loi N°014/006 du 11 février 2014 portant amnistie pour faits insurrectionnels, faits de guerre et infractions politiques. Ces deux lois excluaient du bénéfice de l'amnistie, les crimes internationaux<sup>712</sup>. Dans la pratique, les membres de ce groupe armé qui ont été accusés des crimes graves n'ont pas fait l'objet de poursuite pendant la période de leur intégration dans l'armée nationale. Les données recueillies montrent que l'absence d'une force d'exécution et d'une coopération affecte l'effet dissuasif de la Cour. Certains combattants ont comparé la CPI à un « chien à aboiement sans dents » en raison de son incapacité à faire respecter ses mandats d'arrêt. Le transfert de Ntaganda à la CPI depuis 2013 n'a pas changé la perception de la CPI aux yeux des combattants, qui constatent que la Cour a du mal à faire exécuter ses mandats d'arrêt qui ne visent dans la plupart des cas que des leaders de groupes armés. Ntaganda avait choisi de se livrer à la Cour après avoir perdu tout appui militaire. Signalons que de son côté, la justice militaire congolaise a lancé (plus tard) plusieurs mandats d'arrêt contre d'anciens responsables du CNDP/M23 (Nkunda, Mutebusi, Runiga, etc.) réfugiés au Rwanda, mais que le Rwanda a officiellement refusé de les extraditer en RDC au motif qu'ils risquent la peine de mort, abolie au Rwanda. Les négociations sont en cours sur ces demandes d'extradition.

<sup>709</sup> Interviews avec des acteurs judiciaires à Goma, le 13 février 2017.

<sup>710</sup> Dans une lettre datée du 9 février 2009, le ministre de la Justice de l'époque avait ordonné qu'aucune poursuite ne soit engagée contre les membres de ce groupe et que toute procédure en cours soit suspendue (Voir Lettre du Ministre de la justice n°0226/JPM/284/DD/CAB/Min)

<sup>711</sup> Interviews avec un ex-combattant du CNDP à Goma, 19 février 2017

<sup>712</sup> Art 3 de la loi d'amnistie du 7 mai 2009 et l'article 4 de la loi d'amnistie du 11 février 2014.



## b. Les Facteurs extra judiciaires, sociaux et politiques

### 1. La dynamique de conflits et la « politisation » de l'action de la Cour

La dynamique de conflit à l'Est de la RDC est essentiellement liée à la question de la gestion des ressources ( minières, trafic de charbon, etc.) à laquelle se greffe les problèmes communautaires, ethniques, politiques, religieux, etc. Selon le Secrétaire Général des Nations Unies, l'exploitation illégale des ressources naturelles demeure l'une des principales sources de conflit et d'instabilité dans les provinces de l'Est de la RDC<sup>713</sup>. Les guerres congolaises ont constitué l'un des plus graves désastres humanitaires depuis la Seconde Guerre mondiale. Elles ont impliqué près de six nations africaines et plusieurs groupes rebelles. Des millions de Congolais ont perdu la vie dans ces guerres.<sup>714</sup> Au Nord et Sud-Kivu, deux régions qui ont fait l'objet de notre enquête de terrain, des conflits ethniques ont été récurrents. La dynamique de conflits conduisant à la violence en RDC est un élément important à prendre en ligne de compte. En effet, la complexité de conflits en RDC est marquée notamment par des divisions ethniques entre communautés et exacerbée par des groupes armés locaux et des réseaux sous régionaux attirés par l'exploitation illicite des matières premières d'une part, et la faiblesse de l'État, incapable de protéger sa population et ses frontières, d'autre part. Certaines communautés essaient de s'organiser en force d'autodéfense pour se protéger et faire face aux attaques des groupes armés<sup>715</sup>. S'agissant des forces de maintien de la paix, elles ont été incapables de rétablir la paix dans certaines régions et ont perdu l'estime de la population locale qui ne comprend pas leur présence<sup>716</sup>.

On assiste au retour au calme depuis quelques mois sans que les problèmes de l'insécurité ou les causes inhérentes des conflits soient résolus. Ces conflits peuvent donc reprendre à tout moment. Pour anticiper, le nouveau Président de la RDC, Félix Antoine Tshisekedi a effectué une mission à l'Est les 16 et 17 avril 2019 dans l'objectif de mettre fin aux activités des groupes armés dans cette partie du Congo. Certains groupes armés comme les « mai-mai Nyatura » ont accepté de déposer les armes. En même temps, le groupe État islamique revendique pour la première fois une attaque sur le sol congolais. Cette

<sup>713</sup> Mission de l'organisation des Nations Unies pour la stabilisation en RDC, Rapport du Secrétaire général, New-York, 18 juin 2020, S/ 2020/554, §. 46.

<sup>714</sup> Hans HOEBEKE, Henri BOSHOF, Koen VLASSENROOT, « Monsieur le Président, vous n'avez pas d'armée... » La réforme du secteur de sécurité vue du Kivu, in Réforme au Congo(RDC) Attentes et désillusions, sous la direction de Theodore Trefon, Paris, L'harmattan, 2009, p. 120.

<sup>715</sup> Entretien avec Nelson ALUSALA, membre du groupe d'experts des Nations Unies sur la RDC, Goma, 29 mars 2019.

<sup>716</sup> Entretien skype avec Frédéric HENRARD du parc Virunga, 19 décembre 2018.

organisation terroriste reconnaît avoir attaqué les troupes de l'armée congolaise par des « combattants de l'État islamique » à Kamango, près de la frontière avec l'Ouganda, le 18 avril 2019<sup>717</sup>. Certains observateurs parlent d'une revendication « opportuniste » compte tenu du fait qu'il s'agit d'une attaque d'une envergure modeste pour la zone<sup>718</sup>. Il semble que l'État islamique entretient des liens avec les ADF qui sèment la terreur à Beni et les environs, même s'il est difficile de savoir exactement la nature de ces liens. Dans le Sud-Kivu, les opérations menées par les FARDC ont permis de déloger le CNRD (Conseil national pour le renouveau et la démocratie) du territoire de Kalehe et de disperser le mouvement. Des centaines de combattants et des membres de leur famille ont été rapatriés au Rwanda<sup>719</sup>. Cependant, le Groupe d'experts n'a pas trouvé de lien direct entre les ADF-Nalu et l'État islamique en Iraq et au Levant<sup>720</sup>.

Par ailleurs, les chercheurs Koen Vlassenroot, Emery Mudinga et Josaphat Musanda, ont souligné la notion de « retour circulaire » pour expliquer l'état permanent de la mobilité entre la vie civile et la vie de combattant des jeunes miliciens<sup>721</sup>. Un phénomène largement observé dans l'Est de la RDC où des milliers de jeunes congolais entrent et sortent de groupes armés depuis plusieurs décennies. Alors que la notion de retour circulaire trouve son origine dans les études sur la migration et le déplacement, les chercheurs cités soutiennent qu'elle sert aussi de concept utile pour décrire et comprendre les processus incessants de mobilisation armée. Les auteurs soutiennent que les groupes armés doivent être considérés comme de nouveaux espaces sociaux, fournissant de nouvelles formes de capital social et de construction de nouvelles identités<sup>722</sup>. Le retour circulaire met l'accent sur la capacité des combattants à naviguer entre ces nouveaux espaces et les espaces d'origine. Plusieurs générations de jeunes ont rejoint des groupes armés ruraux, des mouvements rebelles ou des forces de défense locale, pendant et après les guerres du Congo. Les tentatives de désarmement et de démobilisation ont eu un effet limité. Les structures militaires ont également montré une forte résilience aux efforts de DDR. Les ex-combattants décident souvent de retourner dans ces groupes armés ou de répondre aux opportunités offertes par les groupes nouvellement créés.<sup>723</sup>

À Shabunda (Sud-Kivu), Kalehe (Sud Kivu) ou Masisi (Nord-Kivu), les chercheurs ont observé comment les jeunes locaux naviguent constamment entre

<sup>717</sup> Voir l'article de RFI du 19 avril 2019, disponible sur le lien <http://www.rfi.fr/afrique/20190419-le-groupe-ei-revendique-premiere-fois-une-attaque-le-sol-congolais> consulté le 19 avril 2019.

<sup>718</sup> Id. Les autorités congolaises prennent au sérieux cette revendication et confirment l'attaque terroriste.

<sup>719</sup> Rapport final du Groupe d'experts sur la RDC, du 2 juin 2020, 2/2020/482, p. 2.

<sup>720</sup> Id. p. 2.

<sup>721</sup> Entretien avec M. Koen VLASSENROOT, 26 août 2018.

<sup>722</sup> Entretien avec M. Koen VLASSENROOT, *op. cit.*,

<sup>723</sup> Id.

leur position et leur rôle de combattant et de civil. Pour un combattant, cette navigation est souvent faite par nostalgie avec les avantages matériels et sociaux de la vie de combattant expliquée en termes de « *Kukula kwa bure* » ou l'habitude de « manger sans trop d'efforts ». Les chercheurs concluent que la capacité conséquente des ex-combattants à naviguer entre différents espaces définit en grande partie leur réaction à de nouvelles dynamiques politiques ou des défis sécuritaires<sup>724</sup>.

S'agissant de la deuxième guerre du Congo dite « guerre d'invasion » (1998-2002), considérée par certains analystes comme « la Première Guerre mondiale africaine », 7 États africains<sup>725</sup> se sont affrontés sur le territoire congolais avec une kyrielle de groupes armés et des crimes odieux. C'est dans ce contexte qu'après la ratification du Statut de Rome par les autorités congolaises en 2002 que la CPI est intervenue pour enquêter et éventuellement poursuivre les auteurs des crimes relevant de sa compétence. Parallèlement, les tribunaux militaires ont eu le courage d'organiser des procès sur le plan national à partir de 2004<sup>726</sup>. cependant l'action de la Cour n'a jusque-là porté que sur les seigneurs de guerre, ignorant les crimes commis par ceux qui sont dans l'espace du pouvoir. On peut se demander si elle n'était pas sûre de la coopération éventuelle des autorités congolaises.

Ainsi, le fait de se focaliser uniquement sur les crimes commis par les groupes rebelles a mis en doute la légitimité de la CPI et crée la perception qu'elle est susceptible de manipulation par l'élite politique<sup>727</sup>. Au Congo, il y a eu une perception que Kinshasa a utilisé la CPI pour se débarrasser des opposants politiques, notamment Jean-Pierre Bemba qui, du reste, a été poursuivi pour la situation en RCA. Condamné en 2016 à 18 ans en première instance pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité, il a été acquitté, le 8 juin 2018 par la Chambre d'appel<sup>728</sup>. Un acteur judiciaire interrogé à Kinshasa a indiqué que les autorités congolaises avaient recouru à un avocat belge pour mener des enquêtes

<sup>724</sup> Groupes d'études sur les conflits et la sécurité humaine, Rapport « retour circulaire : navigation entre la vie de civil et de milicien à l'Est de la RDC », Koen Vlassenroot, Emery Mudinga et Josaphat Musamba, 2017

<sup>725</sup> On peut citer le Rwanda, l'Ouganda, l'Angola, le Zimbabwe, le Burundi, la Tanzanie et la RDC

<sup>726</sup> Voir Affaire Ankoro devant la Cour militaire du Katanga (MP et 54 parties civiles c. M. Emile Tabwangu Kayembe et 29 autres), 20 décembre 2004 ; Affaire Kalonga et consorts devant le Tribunal militaire de garnison de Kindu (MP et parties civiles c. Kalonga et consorts), 26 octobre 2005 pour crime contre l'humanité. Cité par Jacques Mbokani, « La jurisprudence congolaise en matière de crimes de droit international, une analyse des décisions des juridictions militaires congolaises en application du Statut de Rome », une étude de l'Open society initiative for Southern Africa (Osisa), 2016, page VI.

<sup>727</sup> Entretien avec le Dr. Valérie ARNOULD, de l'Institut Egmont, Bruxelles, 15 janvier 2019.

<sup>728</sup> CPI, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre le jugement rendu en application de l'art 74 du Statut par la Chambre de première instance III, ICC-01/05-01/08-3636-Red-tFRA, du 8 juin 2018, p. 91, §. 198.

sur les crimes commis par les troupes du Mouvement pour la libération du Congo (MLC) en RCA et invité le Procureur Moreno à poursuivre Jean-Pierre Bemba<sup>729</sup>. Ces perceptions ont persisté suite au désintéressement du Bdp des crimes commis par certains acteurs politiques qui se retrouvent dans la majorité au pouvoir. Cela affaiblit la crédibilité de l'action de la Cour et reconforte les thèses d'une justice « politisée »<sup>730</sup>. D'ailleurs, l'acquittement de Bemba a créé d'autres soupçons. On parle d'une justice « instrumentalisée ». Les victimes centrafricaines se disent abandonnées, stigmatisées et certaines d'entre elles se sentent doublement victimes. C'est-à-dire victimes de Bemba et victimes des autres crimes commis par les autres groupes armés actifs en RCA (Anti-balaka et Séléka)<sup>731</sup>. La CPI n'a plus bonne presse en RCA et sa crédibilité est mise en cause<sup>732</sup>. L'affaire Bemba a eu aussi des répercussions en RDC<sup>733</sup>.

## 2. La légitimité de la lutte et la non-reconnaissance des crimes

Il ressort de l'analyse des données recueillies que les combattants défendent la légitimité de leur combat et sont dans la plupart des cas dans la négation des crimes. Un combattant des Mai-Mai déclare : « La CPI vise les agresseurs de la population. Nous, nous sommes protecteurs de la population. Nous faisons la guerre pour protéger la population. »<sup>734</sup> Et pourtant, ce groupe armé Mai-Mai a été

<sup>729</sup> Entretien avec un acteur judiciaire à Kinshasa le 25 février 2018.

<sup>730</sup> Entretien avec le Dr. Valérie ARNOULD, de l'Institut Egmont, Bruxelles, 15 janvier 2019.

<sup>731</sup> Entretien avec un avocat centrafricain à La Haye, le 20 juillet 2018. Selon lui, l'intervention du Fonds au profit de victimes à travers son mandat d'assistance est considérée comme un rattrapage pour consoler les victimes de Bemba. Ca sera la même chose en Côte d'Ivoire avec l'acquittement de Laurent Gbagbo.

<sup>732</sup> Voir le Communiqué de la FIDH du 08 juin 2018 après l'acquittement de Bemba. La FIDH considère que l'acquittement de Bemba est un « affront aux milliers de victimes ».

<sup>733</sup> Lors d'une Conférence à La Haye (07 décembre 2018), Pascal Kambale explique de manière pertinente les différentes perceptions dans l'affaire *Bemba*. En 2016, la condamnation de Bemba a alimenté ou confirmé le soupçon de la théorie du complot contre lui, (ancien vice-président et principal opposant au président Kabila). Pascal estime que la condamnation de Bemba était un peu synonyme de carotte pour Kabila et son acquittement, comme le bâton (sanction) de la communauté internationale. Dans un communiqué du 15 septembre 2018, du Ministère des Affaires étrangères, la RDC a menacé de se retirer de la CPI. Selon le Ministre Okitundu, la RDC détenait plusieurs indices concordants, selon lesquels, certains gouvernements exerceraient des pressions sur les juges de la CPI, visant les questions sous examen (affaire Bemba), et susceptibles d'avoir une incidence sur le processus électoral. Autrement dit, la RDC qui était accusé hier de manipuler la CPI à son compte accuse aujourd'hui la même Cour d'être instrumentalisée par certains États et menace de quitter la Cour. Malgré son acquittement à la CPI, la candidature de Bemba aux élections présidentielles a été invalidée par la Cour constitutionnelle de la RDC, le 3 septembre 2018, en raison de sa « condamnation par la CPI » en mars 2018, dans une affaire annexe de subornation de témoins. Une décision qui a fait réjouir beaucoup de victimes centrafricaines qui ne voulaient pas le voir devenir président en RDC.

<sup>734</sup> Interviews avec un ex-combattant des Mai-mai à Goma, 18 février 2017.

aussi pointé du doigt dans plusieurs rapports de l'ONU pour des crimes contre les civils. C'est le cas de tous les autres groupes armés présents dans le Nord-Kivu, et même des Forces armées de la RDC (voir l'affaire *Minova*<sup>735</sup>). Un autre combattant du M23 interrogé affirme : « On savait que la Cour existe, mais nous poursuivons une cause noble pour la population prise en otage par un groupe des gens assoiffés du pouvoir ». Nombreux sont ceux qui disent avoir pris les armes pour « libérer » la population qui souffre. Ils sont aussi conscients de la limite de leur capacité à renverser le régime au pouvoir sans l'appui de la population. Bien souvent sans objectifs politiques, ces groupes armés se contentent de leurs « territoires conquis » pour exploiter les matières premières de manière illégale avec la complicité de certaines multinationales et même de certains officiers de l'armée congolaise<sup>736</sup>.

S'agissant de la reconnaissance de responsabilité sur les crimes, de nombreux répondants estiment n'avoir pas commis de crimes. Certains cependant, ont reconnu qu'ils ont par moment, commis des crimes, mais qu'ils avaient simplement reçu l'ordre de leur hiérarchie. Un ex-combattant du CNDP affirme : « Si nous recevons l'ordre de tuer les civils, il n'y a pas de problème, mais si on tue sans ordre, là on peut être tué par les chefs. Tout dépend de notre hiérarchie ». Ceci est une reconnaissance de la matérialité des crimes. Le répondant ignore tout simplement le droit, l'ordre du supérieur n'est pas justificatif. Un autre combattant du CNDP déclare « des fois, nous avons tué des animaux dans le parc, je ne peux pas en dire plus »<sup>737</sup>.

<sup>735</sup> L'affaire *Minova* a porté sur les exactions perpétrées par des militaires des FARDC dans la localité de Minova dans le Sud-Kivu du 20 au 30 novembre 2012 lorsque ces militaires ont été repoussés à Goma par les forces rebelles du Mouvement du 23 mars 2009 (M23) et ont dû se retirer à Minova pour se réorganiser. Digérant mal leur défaite, ces militaires se sont déchaînés sur la population civile de cette localité. Ils ont, à cette occasion, commis des viols massifs sur près de 102 femmes et 33 fillettes, se sont livrés au pillage des biens de la population civile et aux mauvais traitements sur au moins 24 personnes. Lors de ce procès, beaucoup ont espéraient selon Human right Watch qu'il serait la démonstration d'un engagement réel des autorités congolaises y compris militaires, en faveur de la justice pour les graves crimes internationaux. Le verdict, rendu par la Cour militaire opérationnelle de Goma, le 5 mai 2014, a anéanti ces espoirs. Sur les 39 accusés, seuls deux soldats de rang inférieur ont été reconnus coupables d'avoir commis un viol chacun. D'autres officiers de grades inférieurs ont été acquittés pour absence de preuve alors que les commandants de haut niveau, qui assumaient la responsabilité des troupes à Minova dans leur ensemble n'ont jamais été mis en cause. Il faut souligner que l'enquête et le procès de Minova n'ont pas réussi à déterminer précisément ce qui s'était passé à Minova, à identifier les responsables des crimes, ni à rendre justice aux victimes. L'arrêt rendu le 05 mai 2014 sous RPN° 003/2013 est contenu dans le *Bulletin des arrêts de la Haute Cour militaire, La lutte contre les violences sexuelles*, Numéro spécial, Paris, L'Harmattan RDCongo, 2016, p. 153. Voir aussi le Rapport Human rights Watch « La justice en procès, Enseignements tirés de l'affaire des viols de Minova en République démocratique du Congo », 1<sup>er</sup> octobre 2015, p. 16.

<sup>736</sup> Propos des acteurs de la société civile interrogés à Goma, 18 février 2017.

<sup>737</sup> Interviews avec un ex-combattant du CNDP à Goma, 19 février 2017

### 3. La connaissance de la compétence de la Cour

La sensibilisation autour de la compétence de la Cour peut avoir un impact sur la conduite des combattants et contribuer à la réduction de la violence. La sensibilisation se révèle donc essentielle pour expliquer la complexité de la mission de la Cour et atteindre par ricochet les objectifs, y compris la dissuasion. Les efforts de sensibilisation des tribunaux internationaux devraient impliquer l'engagement constant des divers groupes cibles, des militaires aux ex-combattants et des communautés touchées. Cet engagement constant témoigne de l'existence de la Cour et à son tour, de la menace de la peine. Bien que la sensibilisation soit de plus en plus reconnue comme nécessaire interface entre un tribunal international et les populations locales, c'est encore une zone d'opérations sous-développée et souvent sous-financée<sup>738</sup>.

De même, bien qu'un programme de sensibilisation solide soit crucial pour rendre possible l'impact extrajudiciaire des institutions judiciaires internationales, il peut y avoir divers facteurs à la fois internes et externes limitant l'impact d'un tribunal international y compris dans le domaine de la prévention. Une condition primaire d'un impact positif d'un tribunal réside dans son indépendance et dans la perception de son impartialité<sup>739</sup>. En Ouganda, au cours des années qui ont suivi le déclenchement des mandats d'arrêt de la CPI, le Bureau de sensibilisation sur le terrain de la CPI a déployé des programmes de sensibilisation solides visant les communautés touchées, afin de sensibiliser le public au rôle et à la compétence de la Cour afin de tenir informées les communautés touchées de l'évolution des cas et pour remédier à des informations erronées sur la Cour. Cependant, le manque de progrès dans l'exécution des mandats a entraîné une réduction des activités de sensibilisation de la CPI en Ouganda et a créé un manque d'information de l'action de la CPI dans le Nord de l'Ouganda<sup>740</sup>.

Ainsi, la sensibilisation ne peut pas produire des effets sociétaux positifs en l'absence d'autres conditions fondamentales préalables telles que la qualité et l'intégrité des enquêtes, des poursuites et des procès qui devraient rester une préoccupation centrale pour les tribunaux pénaux internationaux ainsi que pour les acteurs sur lesquels ils s'appuient<sup>741</sup>. Un climat politique propice constitue aussi un facteur important pour l'impact extrajudiciaire d'un tribunal comme la

<sup>738</sup> Matias HELLMAN, « *Challenges and limitations of outreach from the ICTY to the ICC* », p. 271. Disponible sur le site [https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/5B3C42F22E848CE81DDD53A3DD893D9D/9781139924528c10\\_p251-271\\_CBO.pdf/challenges-and-limitations-ofoutreach.pdf](https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/5B3C42F22E848CE81DDD53A3DD893D9D/9781139924528c10_p251-271_CBO.pdf/challenges-and-limitations-ofoutreach.pdf) p. 251. Consulté le 10 juillet 2017.

<sup>739</sup> Id., p. 252.

<sup>740</sup> Sarah KASANDE KIHKA, « Evaluating the deterrent effect of the international criminal court in Uganda » op. cit. p. 213.

<sup>741</sup> Matias HELLMAN, « *Challenges and limitations of outreach from the ICTY to the ICC* », op. cit. p. 271. Consulté le 10 juillet 2017.

CPI et cela devrait être une considération essentielle pour les acteurs de la justice transitionnelle.<sup>742</sup> Au Congo, la plupart d'ex-combattants interrogés dans le cadre de cette étude de terrain ont fait savoir qu'ils avaient une connaissance plus ou moins vague de la compétence de la Cour. Certains n'ont pas eu cette connaissance. Un ex-combattant FDLR révèle que « *nous les hommes de rang nous ne parlons pas de ces histoires des blancs, car ça ne nous intéresse pas* »<sup>743</sup>, un autre du CNDP affirme que « *ce sont nos officiers et commandants qui peuvent avoir des informations sur cette Cour* »<sup>744</sup>. À la question de savoir connaissez-vous la CPI, un ex-combattant appartenant au groupe armé local dénommé « Mai-Mai », répond « *oui c'est un groupe de personnes qui accompagne les gens de la MONUSCO. Il s'agit d'une mission comme la MONUSCO qui se charge d'amener chez les blancs les commandants qui tuent la population* »<sup>745</sup>. Ceci n'est pas correct. Un autre appartenant au groupe M23 interrogé à Goma raconte : « *Nous savons que c'est une Cour qui ne poursuit que les responsables de mouvements qui ont des ambitions politiques, pas nous qui sommes au front* »<sup>746</sup>. Un autre argument qui montre le manque de connaissance du mandat de la Cour. Pour certains d'entre eux, la CPI a été créée pour les autorités politiques et militaires. Ils ne se sentent donc pas menacés par l'action de la Cour et le contexte de l'impunité au Congo ne les dissuade pas de commettre des crimes. Quant à la question de savoir ce qu'ils pensent des déclarations du procureur de la CPI, la plupart disent n'avoir pas accès à ces déclarations ni au contenu même si c'était le cas, « *ni bya ba afande* » qui signifie en swahili que « *ce sont des choses qui concernent les commandants de haut rang* »<sup>747</sup>.

On peut se demander : pourrait-il y avoir des moyens de sensibiliser les combattants à la « menace de la CPI » ? Si ce sont des jeunes, il faut aller dans le milieu des jeunes, dans leurs villages, parler des méfaits de la guerre, parler avec les notables. Il faut envisager des actions préventives. Cependant, il est difficile d'atteindre les combattants qui sont sur terrain pour des raisons sécuritaires. Peut-être, on peut utiliser la radio, mais là aussi, est-ce qu'ils ont le temps d'écouter la radio ? D'où est-ce que les combattants tirent les informations sur la Cour ? Il faut souligner que beaucoup de combattants sont impliqués dans la vie civile (dans la plupart du temps). S'il y a une information qui vient vers la population, cette information arrive aux combattants de bouche à l'oreille. Il y a aussi la fausse information qui circule sur la CPI. Si certains n'ont pas eu connaissance de la Cour, c'est peut-être par manque d'intérêts ou c'est leurs leaders qui limitaient l'information ou il faut faire la différence entre un jeune combattant par rapport à un ancien ou encore différencier ceux qui étaient avant les arrestations de Lubanga et Katanga qui pourraient évoquer cette absence de connaissance par

<sup>742</sup> Idem. p. 271.

<sup>743</sup> Interviews avec un ex-combattant des FDLR à Masisi, 16 février 2017.

<sup>744</sup> Interviews avec un ex-combattant du CNDP à Goma, 18 février 2017.

<sup>745</sup> Interviews avec un ex-combattant des « mai-mai » à Masisi, 16 février 2017.

<sup>746</sup> Interviews avec un ex-combattant du M23 à Goma, 19 février 2017.

<sup>747</sup> Interviews avec un ex-combattant du M23 à Gisenyi, 20 février 2017

rapport aux autres qui sont venus plus tard. C'est ici qu'intervient la différence temporelle dans la connaissance de la CPI. Les ex-combattants du CNDP (groupe de Bosco Ntaganda) pouvaient avoir plus connaissance de l'existence de la Cour que les mai-mai, par exemple.

S'agissant des ex-combattants de l'Ituri, ils ont eu d'une manière ou d'une autre connaissance de la Cour selon un ancien fonctionnaire<sup>748</sup>, parce qu'en 10 ans de présence en Ituri et avec l'arrestation des leurs chefs par la CPI, Lubanga pour les Héma et Katanga pour les Lendu, il serait difficile de dire qu'ils n'ont jamais entendu parler de la Cour. Et pourtant, un ex-combattant de l'UPC interrogé à Bunia nous affirme qu'il n'avait pas avec ses camarades connaissance de la Cour au front. Soit il avait menti soit cela peut dire aussi qu'il ne reconnaît pas la Cour (question de légitimité). La majeure partie des combattants du CNDP/M23, avaient connaissance de l'existence de la Cour étant donné que leur chef Bosco Ntaganda faisait l'objet d'un mandat d'arrêt de la Cour bien avant l'accord de paix entre le gouvernement congolais et le CNDP et avant la création du mouvement M23. Il en est de même de certains ex-combattants de Bunia qui ne pouvaient pas ignorer les poursuites de la Cour contre Lubanga et Katanga.

#### 4. Le contexte de l'impunité et la faiblesse du secteur judiciaire

Le secteur de la justice n'a pas été épargné par les années de violence et de conflits qu'a connues le Congo. L'impunité a été le plus grand problème de la RDC. Lorsqu'on analyse le bilan pénal de la guerre, l'on peut affirmer que c'est un bilan présentant un passif très lourd tant sur le plan de l'impunité que sur la prise en charge des victimes des crimes graves non réparées<sup>749</sup>. Certains auteurs de crimes échappent à la répression et pour ceux qui sont poursuivis et condamnés, ils peuvent profiter de troubles pour se retrouver libres. Le système carcéral est désorganisé. La situation au sein des prisons en RDC a souvent été au centre des préoccupations de rapports d'organisations internationales et non gouvernementales. En août 2007, l'expert indépendant du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies sur la situation des droits de l'Homme en RDC avait recommandé l'adoption par le parlement d'une loi pour réformer le système pénitentiaire.<sup>750</sup> Luzolo Bambi Lessa souligne que « les problèmes que pose la justice congolaise sont aussi complexes que multiples et variés. C'est une justice en situation de « crise endémique ». On y relève des causes endogènes et exogènes de l'inefficacité de la justice congolaise avant de conclure à l'existence d'une justice à deux vitesses, c'est-à-dire puissante pour « les faibles » (citoyens ordinaires) et impuissante pour les « forts »<sup>751</sup>.

<sup>748</sup> Entretien Skype avec un ancien fonctionnaire de la Cour en RDC, chargé de la sensibilisation, 16 mars 2017

<sup>749</sup> E.J., LUZOLO BAMBI LESSA, *Traité de droit judiciaire, la justice congolaise et ses institutions*, Presses universitaires du Congo (PUC), Kinshasa, 2018, p. 998.

<sup>750</sup> Id., p. 1001.

<sup>751</sup> Ibid. p. 998.



Un acteur judiciaire nous a expliqué l'existence d'une prison « ouverte » à l'Est de la RDC où les détenus peuvent sortir le matin pour faire des courses, au marché et puis revenir le soir pour dormir.<sup>752</sup> Pour un autre ex-combattant, membre du M23, « *l'avantage quand on est détenu au Congo, on peut profiter des troubles pour fuir la prison alors qu'il est difficile de s'évader à la CPI* »<sup>753</sup>. C'est quand même paradoxal, quand on connaît les conditions carcérales en RDC.

Soulignons cependant que quelques efforts ont été fournis par les tribunaux militaires congolais pour mettre fin à l'impunité des crimes graves. Il y a eu quelques procès<sup>754</sup> certes, mais pas assez par rapport au nombre des crimes commis au Congo et pas assez équitables. Ces efforts ont été limités aux crimes commis après le 1<sup>er</sup> juillet 2002, date d'entrée en vigueur du Statut de Rome de la CPI et n'ont porté pour la plupart que sur des militaires de rang inférieur ou de « petits poissons »<sup>755</sup>. À côté de l'idée de poursuite, des lois d'amnistie ont été prises au profit de certains membres de groupes armés depuis 2003. Dans ce contexte, la question est de savoir s'il y a eu un changement par rapport à l'effet dissuasif. En effet, un faible changement a été constaté suite à l'effet catalyseur de l'action de la CPI qui a poussé les tribunaux militaires à agir. Un ex-combattant du M23 interrogé indique : « *Nous avons réellement peur des poursuites de la justice congolaise, pas la CPI parce qu'elle ne peut pas s'intéresser à moi* »<sup>756</sup>. Un autre affirme : « *J'ai peur de toute juridiction qui peut mener des poursuites et particulièrement les conditions de la prison au Congo* »<sup>757</sup>. Les ex-combattants ont pour la plupart peur de faire face à la justice congolaise à cause des conditions carcérales dans les prisons congolaises, mais ils savent aussi que la justice congolaise dans son fonctionnement actuel n'est pas en mesure de les arrêter. D'ailleurs plusieurs auteurs présumés des crimes continuent à circuler impunément, dont certains sont présents dans diverses institutions de la République. De même, la Lipadhoj (Ligue pour la paix, les droits de l'homme et la justice) signale l'impunité totale dont jouissent les étrangers qui ont été largement impliqués dans les conflits armés de l'Ituri<sup>758</sup>. Cette peur des poursuites ressentie par les combattants vis-à-vis des poursuites des tribunaux militaires s'effrite par les limites de la justice congolaise et le contexte de l'impunité. Les ressources infimes ainsi allouées sont, en ce qui concerne la justice, insuffisantes

<sup>752</sup> Entretien avec un acteur judiciaire de Bunia, le 20 janvier 2016.

<sup>753</sup> Interviews avec un ex-combattant du M23, Goma, le 18 février 2016.

<sup>754</sup> Voir Jacques MBOKANI, La jurisprudence congolaise en matière de crimes de droit international, une analyse des décisions des juridictions militaires congolaises en application du Statut de Rome, Open society foundations, 2016, p. 3.

<sup>755</sup> Il y a eu quelques cas où la justice militaire a poursuivi de gros poissons, c'est cas de l'affaire *Kabibi (colonel) ou de l'affaire Kakwavu (Général de brigade)* devant la Haute Cour militaire sous RPN°004/2010. Voir *Bulletin des arrêts de la Haute Cour militaire, op.cit. p. 17.*

<sup>756</sup> Interviews d'un ex-combattant du M23 à Mushaki, 24 février 2017.

<sup>757</sup> Interviews d'un ex-combattant de Pareco à Goma, 19 février 2017.

<sup>758</sup> Déclaration de la LIPADHOJ en rapport avec la situation sécuritaire qui prévaut en province de l'Ituri, 12 février 2018. p. 2.

et même irréalistes, voire fantaisistes. Ceci a pour conséquence que la mission de la moralisation de la société par le mécanisme de la répression ou de la sanction que doit assumer la justice est sans cesse renvoyée à plus tard<sup>759</sup>. Luzolo révèle que dans la pratique, les ressources allouées au cabinet du ministre s'avèrent plus importantes que celles du pouvoir judiciaire proprement dit. Ce dernier se contente, dans la plupart des cas, de la reconduction des budgets antérieurs, comme s'il n'y avait pas d'évolution dans le secteur.<sup>760</sup> Dans ce contexte, on voit que le faible effet dissuasif de la CPI s'explique aussi par le contexte de l'impunité et du fonctionnement actuel de la justice congolaise.

## **5. L'évaluation de la dissuasion ciblée et générale de la CPI en RDC**

### **A. La dissuasion ciblée ou spécifique**

En termes de dissuasion ciblée, les acteurs locaux interrogés à Bunia dans le cadre de la recherche ont souligné que l'affaire Lubanga a sensibilisé à certains degrés, quelques commandants des groupes armés locaux qui recrutent et utilisent des enfants soldats que cela constitue un crime pour lequel ils peuvent répondre devant la justice nationale et internationale. Les campagnes de sensibilisation de la CPI sur terrain ont contribué aussi à cette prise de conscience. Sur ce point, un combattant (sous-officier) de Raia Mutomboki, un groupe d'autodéfense dans le village de Bunyakiri, au Sud Kivu avait raconté à Ida Sawyer de Human Rights Watch que son groupe avait subi trop d'attaques des FDLR et en réponse à de diverses exactions perpétrées par les FDLR contre les populations, ils ont riposté et massacré des civils hutus y compris des bébés<sup>761</sup>. En même temps, ce sous-officier continuait à nier la présence des enfants soldats dans leurs rangs parce qu'il savait que Lubanga venait d'être condamné pour l'utilisation des enfants soldats, mais il ne se gênait pas de dire qu'ils avaient massacré tout le monde y compris des bébés<sup>762</sup>. Il avait donc peur de ce crime de recrutement d'enfants-soldats, mais pas du tout peur de poursuites éventuelles pour meurtre ou assassinats.

L'impact dissuasif de la CPI est très limité et n'a pas empêché ces combattants de continuer à commettre d'autres crimes. Cela s'explique par le fait que certains combattants surtout de rang inférieur appartenant à des groupes armés ne sont pas encore suffisamment sensibilisés à la CPI et bon nombre d'entre eux y compris leurs chefs ne considèrent pas, par exemple, la pratique de l'utilisation d'enfants soldats comme un crime grave. De même qu'il y a très peu

<sup>759</sup> LUZOLO BAMBİ LESSA, *Traité de droit judiciaire*, *op. cit.*, p. 1039.

<sup>760</sup> Id.

<sup>761</sup> Entretien avec Ida Sawyer, Chercheuse de Human Rights Watch, à Paris, le ...

<sup>762</sup> Entretien avec Ida Sawyer de Human rights watch, *op. cit.*

de possibilités pour eux d'être poursuivis, que ce soit devant la CPI ou devant les tribunaux congolais. En somme, la perception qui se dégage est que les groupes armés et leurs dirigeants ne sont pas suffisamment dissuadés de commettre le crime de recrutement d'enfants soldats et d'autres crimes<sup>763</sup>.

### A. La dissuasion générale

La plupart des acteurs locaux interrogés à Bunia, Bukavu, Goma dans le cadre de nos enquêtes sur terrain reconnaissent l'existence de la CPI même si le contenu de son mandat n'est pas bien assimilé. On a vu qu'après la condamnation de Lubanga, les communautés locales qui avaient recouru aux enfants soldats pour défendre leurs communautés ont pris conscience qu'il s'agissait d'un crime. La représentante des Nations Unies sur les enfants et les conflits armés a témoigné aussi dans ce sens<sup>764</sup>. Cette réduction du recrutement d'enfants-soldats dans les groupes armés et groupes d'autodéfense n'est pas seulement le fait de l'action de la Cour ou de la condamnation de Lubanga. Il y a eu à côté de cela, plusieurs campagnes et actions d'acteurs de la société civile tendant à faire prendre conscience que la place de l'enfant est à l'école et non sur le front. Cependant, la dynamique de conflits en RDC persiste et amène ces communautés locales à recourir de nouveau aux enfants soldats. Cette dynamique de conflits limite l'effet dissuasif général de la CPI. C'est le cas des tensions intercommunautaires qui résultent des massacres qui ont eu lieu au début du mois de février 2018 à Djugu dans la province de l'Ituri en RDC. Ce regain d'insécurité est facilité notamment par la non-éradication des groupes armés et par la facilité de circulation des armes en toute illégalité<sup>765</sup>.

### III. Quelques constatations

- De manière générale, les combattants savent que la Cour existe. Mais ils semblent avoir une connaissance floue d'elle. Cela est dû peut-être au manque d'éducation, manque d'intérêts, manque d'informations ;
- Ils semblent aussi avoir l'idée selon laquelle seuls les commandants ou leaders peuvent y être inquiétés, mais pas les soldats de rang inférieur ;
- Globalement, ils n'ont pas peur de la Cour parce que celle-ci ne se focalise que sur les gros poissons qui du reste ne sont pas nombreux et ne peuvent pas être arrêtés sans la coopération des autorités congolaises ou des États voisins ;

<sup>763</sup> Sharanjeet PARMAR, « Dissuasive or disappointing? » *op. cit.*, p. 243.

<sup>764</sup> Voir Document de travail n°3 du Bureau du Représentant spécial du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, « les enfants et la justice pendant et après un conflit armé », février 2014 (version française), p. 18.

<sup>765</sup> Déclaration de la LIPADHOJ en rapport avec la situation sécuritaire qui prévaut en province de l'Ituri, *op. cit.* p. 3.

- Les déclarations préventives du Procureur n'ont pas d'effet sur les combattants de rang inférieur ;
- La justice congolaise fait peur à presque tous les combattants vu les conditions d'incarcération, les traitements que subissent les prisonniers et la sévérité des peines;
- Le contexte d'impunité favorise la commission de crimes et réduit le potentiel dissuasif de la Cour ;
- La dynamique de conflits limite l'effet dissuasif de la CPI ;
- La perception des gens à l'Est de la RDC est que la CPI est très éloignée des préoccupations des gens et sa crédibilité s'est effritée davantage avec l'acquiescement de Bemba, Gbagbo et Blé Goudé.

## Conclusion

La perception de l'effet dissuasif de la CPI varie selon qu'on est combattant de rang supérieur ou inférieur ou selon qu'on est membre d'un groupe armé étranger ou local et aussi selon qu'on a accès à l'information ou pas sur la CPI. Enfin, selon qu'on est membre d'un groupe armé actif avant ou après le jugement Lubanga. Les combattants de niveau inférieur n'ont pas peur de la Cour parce qu'ils estiment que ce sont leurs supérieurs qui intéressent la Cour. Et la politique du Procureur de ne viser que les « gros poissons » contribue ou accentue cette perception.

Les membres des groupes armés étrangers comme les FDLR, les ADF-Nalu ou la LRA qui utilisent le territoire congolais comme base arrière, exploitent les ressources naturelles du Congo et continuent de commettre des crimes ne sont pas dissuadés<sup>766</sup>. Aucun mandat contre un combattant de la LRA n'a été à ce jour délivré ni pour les ADF-Nalu pour les crimes dans l'Est de la RDC. Ces combattants étrangers n'ont donc pas peur de la Cour. Ensuite, ces combattants qui sont souvent dans les zones de combats n'ont pas accès à la bonne information sur la Cour. Les seules informations qui circulent sur la Cour, ce sont les dirigeants ou commandants qui décident de les partager.

Beaucoup de ceux que nous avons eu l'occasion d'interviewer n'ont qu'une faible connaissance de l'existence de la Cour encore moins de son action. Il semble d'ailleurs peu probable, selon Éric Fish, que les chefs des milices qui opèrent en Afrique rurale... (Y compris à l'Est de la RDC) aient entendu parler de la CPI avant d'être inculpés par elle<sup>767</sup>. Cela paraît vrai pour les premières

<sup>766</sup> Jusque-là la Cour n'a lancé qu'un seul mandat d'arrêt contre un membre d'un tel groupe à l'exemple du dirigeant des FDLR. Celui-ci a été tué le 18 septembre par les FARDC.

<sup>767</sup> Eric S. FISH, « Peace through complementarity: solving the ex post problem in international

inculpations de la Cour. Enfin, il va de soi que les combattants des groupes armés actifs avant la première décision de la Cour dans l'affaire Lubanga n'ont pas été dissuadés notamment pour l'utilisation et l'enrôlement des enfants-soldats. C'était une pratique courante à l'Est du Congo. Tous les mouvements rebelles ont utilisé les enfants soldats, y compris l'AFDL de Laurent Désiré Kabila qui a chassé le dictateur Mobutu en 1997. La condamnation de Lubanga a eu un effet réel sur ce crime et le comportement des groupes armés vis-à-vis de l'utilisation des enfants- soldats avait nettement changé. Et ce avec le soutien et les campagnes des acteurs locaux (églises, société civile). Cependant, la dynamique des conflits dans cette région de l'Est a sensiblement limité cet effet.

Le Bureau du Procureur doit prendre le temps de reconstruire la crédibilité de la Cour, une façon de se faire des dents avant d'espérer avoir un effet dissuasif. Et les États -parties doivent aussi comprendre que le fonctionnement efficace de la justice nationale dans le cadre de la complémentarité est une garantie de maximisation de l'effet dissuasif et préventif de la CPI.

---

criminal court prosecutions », 119 *Yale law Journal* (2010) 1703-1714. Il faut dire que l'argument d'Éric Fish peut paraître vrai avant l'inculpation de Lubanga à la CPI.

---

# LA JUSTICE TRANSITIONNELLE EN RÉPUBLIQUE CENTRAFRICAINE (RCA) : DÉFIS ET CHANCES DE RÉUSSITE

EUGÈNE BAKAMA BOPE<sup>768</sup>

## Résumé

Cette étude se focalise sur l'approche de justice transitionnelle en République centrafricaine (RCA). Elle part du constat selon lequel ce pays a fait face, depuis plusieurs années, à l'instabilité politique, aux conflits armés, et aux violations massives et graves des droits de l'homme et de droit international humanitaire. Dans sa période post-conflit, la question reste d'actualité concernant la manière dont la RCA devrait faire face à son passé et aux violences résiduelles du présent, sans compromettre le processus de paix et de réconciliation nationale dans lequel elle s'est engagée. L'ambition de cette étude est d'analyser l'approche de justice transitionnelle dans ce pays et tirer les leçons qu'elle peut apprendre d'autres pays. Ceci est d'autant plus important qu'on peut déjà constater qu'en RCA il y a eu la conclusion des accords de paix, l'inclusion d'une gouvernance inclusive et partagée et l'adhésion à la lutte contre l'impunité des crimes de masse par la mise en place des mécanismes *ad hoc* de justice pénale internationalisée. Quel est le cadre juridique de cette initiative ? S'aligne-t-il sur le modèle de justice transitionnelle que l'Union africaine suggère en faveur de ses États membres ? Quel rôle cette organisation panafricaine joue-t-elle ou a-t-elle joué dans la concrétisation de ce processus de justice transitionnelle ? Quelles sont les composantes de la justice transitionnelle en RCA ? Quels sont les défis et les perspectives ? Quelles sont les chances de réussite de cette initiative ? L'article met l'accent sur la nécessité de la coordination entre les différents mécanismes (DDR, Cour pénale spéciale, Commission-vérité justice réparation et réconciliation (CVJRR)) et l'achèvement rapide de la mise en place de cette CVJRR et plaide en faveur d'une approche holistique de justice transitionnelle.

---

<sup>768</sup> Docteur en droit de l'Université d'Aix-Marseille en France, Lauréat de Prix de thèses 2020 de l'Institut Louis Joinet en France et Professeur à l'Université de Lubumbashi (UNILU).

## **TRANSITIONAL JUSTICE IN THE CENTRAL AFRICAN REPUBLIC (CAR): CHALLENGES AND PROSPECTS**

### **Abstract**

*This study focuses on the transitional justice approach in the Central African Republic (CAR). It is based on the premise that the country has been facing political instability, armed conflict, and massive and serious violations of human rights and international humanitarian law for several years. In its post-conflict period, the question remains as to how CAR should deal with its past and the residual violence of the present, without compromising the peace and national reconciliation process that it has embarked upon. The purpose of this study is to analyze the transitional justice approach in this country and to draw lessons that the country can learn from other countries. This is all the more important as we can already see that in CAR there has been the conclusion of peace agreements, inclusion of inclusive and shared governance and adherence to the fight against impunity for mass crimes through the setting up of ad hoc internationalized criminal justice mechanisms. What is the legal framework of this initiative? Is it aligned with the transitional justice model that the African Union proposes for its member states? What role does or has this Pan-African organisation played in the realisation of this transitional justice process? What are the components of transitional justice in CAR? What are the challenges and prospects? What are the chances of success of this initiative? The author ultimately emphasises the need for holistic approach to transitional justice in CAR urging for coordination between the different mechanisms (DDR, Special Criminal Court, Truth, Reparation and Reconciliation Commission (TJRC)) and the speedy completion of the establishment of the TJRC.*

## Introduction

La République centrafricaine est un pays de l’Afrique centrale déchiré par des conflits les plus dévastateurs. Elle a subi pendant une dizaine d’années des crises militaro-politiques à répétition qui ont affecté le tissu économique et les forces de défense et de sécurité<sup>769</sup>. La crise actuelle en RCA a débuté à la fin de l’année 2012, lorsque les rebelles de la Séléka pour la plupart musulmans – ont évincé le président François Bozizé et se sont emparés du pouvoir par le biais d’une campagne de violence et de terreur. En réaction, des groupes anti-balaka se sont constitués et ont commencé à mener des attaques en représailles contre les civils musulmans à la mi-2013. L’Union africaine et les forces françaises ont repoussé les rebelles de la Séléka hors de la capitale, Bangui, en 2014.

Après deux années de transition, des élections relativement pacifiques ont été organisées et Faustin - Archange Touadéra a prêté serment en tant que président en mars 2016. Les violences et les attaques à l’encontre des civils ont continué sous la présidence de Touadéra alors que les factions de la Séléka et les groupes anti – balaka contrôlaient toujours de vastes territoires du pays. Aujourd’hui, le pays se prépare à des nouvelles élections présidentielles et législatives prévues le 27 décembre 2020 et ce, dans un climat sécuritaire tendue, particulièrement dans l’ouest du pays, en raison des tentatives d’infiltration par la coalition de groupes armés pour rejoindre Bangui (la capitale) et perturber les opérations électorales en cours<sup>770</sup>.

L’accord politique pour la paix et la réconciliation en RCA (l’Accord de Khartoum du 06 février 2019) prévoit, outre l’engagement de lutter contre l’impunité, la cessation des hostilités, le désarmement et la suppression des groupes armés, la mise en place d’un gouvernement inclusif, une décentralisation renforcée ainsi que des mécanismes de justice transitionnelle<sup>771</sup>. Cet accord ne cite cependant pas le processus judiciaire spécifique pour rendre la justice pour les crimes.

Par rapport à l’ampleur et aux décennies de crimes commis dans ce pays, le projet de justice transitionnelle et celui d’une Commission-vérité et réconciliation sont bien sûr fondamentaux et très pertinents. Aucune justice pénale ne peut couvrir une telle quantité de crimes. De plus, cette option est soutenue depuis longtemps par les associations centrafricaines et les victimes. Les différents mécanismes – DDR, Cour pénale spéciale, Commission-vérité justice réparation

<sup>769</sup> Eugène Bakama Bope, « La poursuite des crimes sexuels commis par les casques bleus de la MINUSCA en droit international », in *International criminal justice in Africa*, HJ Van der Merwe and Gerhard Kemp (eds), 2017, Strathmore University Press, p. 186.

<sup>770</sup> <https://minusca.unmissions.org/la-minusca-précise-que-la-ville-de-bambari-n'est-pas-sous-le-controle-des-groupes-armés>

<sup>771</sup> FIDH, Communiqué du 20 février 2019, « l’accord de paix de Khartoum constitue une chance pour la paix, la justice et la réconciliation », p. 1.



et réconciliation (CVJRR), sont conçus comme un tout. Il apparaît cependant que le processus est resté surtout théorique et qu'il n'y a pas de véritable coordination entre ces différents mécanismes. La Cour pénale spéciale avance difficilement et la CPI est dans la danse avec quelques affaires tandis que la CVJRR dont la loi vient d'être promulguée tarde à être mis en place.

Néanmoins, cet objectif de justice transitionnelle appelle quelques interrogations: sans paix préalable la justice transitionnelle peut-elle rencontrer une chance de succès? Quel est le cadre juridique d'une telle initiative? S'aligne-t-il sur le modèle de justice transitionnelle que l'Union africaine suggère en faveur de ses États membres ? Quel rôle cette organisation panafricaine a-t-elle joué dans la concrétisation de ce processus de justice transitionnelle ? Quelles sont les composantes de cette initiative de justice transitionnelle ? Quels sont les défis et les perspectives ? Quelles sont les chances de réussite de l'initiative prise ?

Il sera question dans cette analyse d'expliquer le cadre juridique de la justice transitionnelle en RCA, et voir s'il s'aligne sur le cadre légal de l'Union africaine ( I), de même, les composantes de la justice transitionnelle et les institutions chargées de sa mise œuvre (II), avant d'examiner les défis et les chances de réussite de cette initiative (III).

## **I. Cadre juridique de l'initiative de justice transitionnelle axé sur le modèle de l'Union africaine sur la justice transitionnelle.**

À ce stade, il sera question de parcourir le cadre légal de l'initiative de justice transitionnelle en RCA et de vérifier s'il s'aligne sur le modèle de justice transitionnelle que l'Union africaine suggère en faveur de ses États membres. Ensuite démontrer les avantages de la Politique de justice transitionnelle de l'Union africaine et pourquoi les États africains devraient suivre et appliquer ce modèle. Enfin, voir les implications juridiques de l'application de cette politique de JT de l'UA par les États africains ?

### **a. Le Cadre juridique de la Justice transitionnelle en RCA**

Ce cadre est né des efforts pour résoudre la crise la plus récente de la RCA. Avec l'établissement d'un gouvernement de transition, le 20 janvier 2014, des efforts de médiation ont été entrepris entre les ex-Séléka et les anti-balaka afin de mettre fin aux hostilités marquées par des cycles de violences. Des élections ont été organisées en 2016 et un accord de paix a été signé en 2019 à Khartoum entre le gouvernement centrafricain et les différents groupes armés actifs. Il est

dit clairement que “les parties s’engagent sur la poursuite et accélération du processus de mise en place de la CVJRR<sup>772</sup>”.

Ce cadre comprend plusieurs textes :

- La stratégie de réconciliation nationale (2014);
- Le Pacte républicain pour la paix, la réconciliation nationale et la reconstruction signé lors du forum de Bangui (mai 2015);
- La loi organique portant création, organisation et fonctionnement de la Cour pénale spéciale (CPS) du 3 juin 2015;
- L’accord sur les principes de DDRR et d’intégration dans les forces armées (2015) et;
- Les recommandations principales dans les domaines de la justice et de la réconciliation du Forum de Bangui (2015);
- L’accord de paix de Khartoum signé le 06 février 2019;
- La loi portant création, organisation et fonctionnement de la Commission-vérité, justice réparation et réconciliation (CVJRR), promulguée le 07 avril 2020.

Il est important de noter que la note d’orientation du Secrétaire général des Nations Unies de mars 2010 a influencé considérablement le processus de justice transitionnelle, tel qu’initialement approuvé. L’approche holistique (mécanismes judiciaires et non judiciaires) et les consultations populaires (y compris les consultations qui ont précédé le Forum de Bangui) sont quelques éléments influencés par la mise en œuvre de la note du Secrétaire général des Nations Unies.

Le Rapport Mapping de violations des droits de l’homme de 2017 a appelé à une évaluation régulière des progrès accomplis vers un programme de justice transitionnelle centré sur la victime et sensible à l’aspect genre (qui comprend les poursuites, la recherche de la vérité, des réparations et des garanties de non-répétition, y compris une réforme institutionnelle). Le Rapport Mapping recommandait que cette évaluation soit menée par un groupe de travail comprenant les institutions gouvernementales et les Nations Unies, en consultation avec la société civile et les principales parties prenantes, en particulier les victimes. Les autorités centrafricaines avaient établi un comité de suivi du Forum de Bangui, mais ce comité n’était ni fonctionnel ni transparent.

---

<sup>772</sup> Voir Annexe 1 de l’Accord politique pour la paix et la réconciliation en RCA (Accord de Khartoum), février 2019, p. 12.

Dans le cadre de cette étude, nous allons examiner uniquement la loi sur la CVJRR, qui constitue le principal cadre légal de la justice transitionnelle en RCA, ensuite la comparer avec le modèle de l'Union africaine.

En effet, la loi sur la Commission-vérité, justice réparation et réconciliation est le principal cadre légal du processus de justice transitionnelle en RCA. Elle a été promulguée le 7 avril 2020 par le président de la République centrafricaine. Cette Commission est chargée d'enquêter, d'établir la vérité et situer les responsabilités sur de graves événements nationaux depuis le 29 mars 1959, date de la disparition du président fondateur Barthélemy Boganda, jusqu'au 31 décembre 2019<sup>773</sup>. Elle n'a pas de pouvoir judiciaire<sup>774</sup>. Son article 6 détermine un mandat particulièrement large. Ce dernier inclut en effet notamment d'élaborer une typologie des violations, de rechercher la vérité et de situer les responsabilités sur les événements sociopolitiques nationaux passés et récents, ainsi que d'entendre les victimes, obtenir la reconnaissance des faits par les auteurs des violations incriminées et le pardon consécutif ainsi que la réparation. Il intègre également des missions plus spécifiques des commissions vérité telles que faire des propositions pour la réalisation d'actions de nature à renforcer la cohésion sociale et l'unité nationale ou visant à lutter contre l'injustice, les inégalités de toute nature, le tribalisme, le népotisme, l'exclusion et la haine sous toutes ses formes<sup>775</sup>. Voyons cependant, la compréhension de la justice transitionnelle selon l'Union africaine.

### **b. L'adaptation ou non du modèle de Justice transitionnelle à la Politique de justice transitionnelle de l'Union africaine?**

Il s'agira ici de démontrer entre autres les avantages de la Politique de justice transitionnelle de l'Union africaine et pourquoi les États africains comme la RCA devraient suivre et appliquer ce modèle. Quelles sont les implications juridiques de l'application de cette politique de Justice transitionnelle de l'UA par les États africains ?

Le continent africain a toujours été un pourvoyeur de réflexions sur la justice transitionnelle avec des succès et des échecs. L'Afrique a aussi vécu des expériences variées en matière de justice transitionnelle, mais qu'il n'existe pas de cadre politique global pour guider et promouvoir le partage d'expériences entre les États membres. Compte tenu de ce constat, le rapport adopté par le groupe des Sages (lors sa dixième réunion tenue en mai 2011 à Addis Abeba) a

<sup>773</sup> Art. 1 de la loi n°20009 portant création, organisation et fonctionnement de la Commission vérité, justice, réparation et réconciliation (CVJRR).

<sup>774</sup> Art. 2 de la loi sur la CVJRR.

<sup>775</sup> Art. 6 de la loi sur la CVJRR.

proposé l'élaboration d'une politique de justice transitionnelle pour adoption par les organes compétents de l'Union africaine.

L'Union africaine a adopté en février 2019, un cadre légal qui définit la stratégie de l'Union africaine en matière de réconciliation à travers les mécanismes de justice transitionnelle. Ce cadre, qui a pris 10 ans pour sa concrétisation, repose sur quatre principes fondamentaux : enracinement des valeurs communes africaines, promotion de l'appropriation nationale et locale et de la participation inclusive aux processus de justice transitionnelle, promotion de la réconciliation avec la responsabilisation, la coopération et la coordination entre les initiatives de justice transitionnelle<sup>776</sup>. Ce cadre correspond à la conception africaine de la justice transitionnelle privilégiant la conciliation et la réconciliation. Il s'agit d'un guide aux États africains envisageant de mettre œuvre un processus de justice transitionnelle. L'objectif global de la Politique de justice transitionnelle de l'Union africaine consiste à définir les paramètres d'une politique de justice transitionnelle holistique et transformationnelle en Afrique, lesquels sont tirés, entre autres, de l'Acte constitutif de l'UA, de l'Agenda 2063, de la CADHP et des instruments de valeurs partagées de l'Union africaine<sup>777</sup>.

Le cadre légal de l'UA (Politique de JT) vise à promouvoir la réconciliation en tant que processus profond qui implique de trouver un mode de vie qui permette une vision de l'avenir, la reconstruction des relations, la résorption des actes passés et des ennemis, et implique les sociétés dans un processus à long terme de changement profond<sup>778</sup>. Dans ce contexte, il est largement admis que les conditions préalables essentielles à la réconciliation, indispensables à la transformation des conflits et à la consolidation de la paix dans les sociétés d'après-guerre, comprennent la vérité partagée entre les anciens ennemis et l'acceptation d'un récit commun sur le passé, la justice, en ce qui concerne la souffrance de chacun, la nécessité de rétablir et de ressentir un sentiment de sécurité et de surmonter un sentiment de victimisation. La Politique identifie les commissions de vérité comme étant essentielles pour la justice transitionnelle en Afrique et précise leur portée, leur mandat et les facteurs qui ont un impact sur le succès des commissions de vérité<sup>779</sup>.

Le cadre fournit des orientations sur les mandats possibles des CVR en fonction de leur contexte et des circonstances qui ont motivé leur création. Cela

<sup>776</sup> George MUKUNDI WACHIRA « The African Union transitional justice policy framework and how it fits into the African Governance Architecture (AGA), Promise and prospects for the African Court of justice and Human Rights » in *The African Court of justice and Human and Peoples Rights in contexte development and challenges*, Charles Jalloh, Kamani M. Clarke and Vincent O. Nmehielle (eds), Cambridge University Press, p. 152.

<sup>777</sup> Politique de justice transitionnelle de l'Union africaine (PJTUA), adopté en février 2019, p. 3.

<sup>778</sup> Draft African Union transitional justice framework (november 2018), p. 12. Voir Politique de justice transitionnelle de l'Union africaine (2019), § 53 iii, p. 11.

<sup>779</sup> Politique de justice transitionnelle de l'Union africaine (PJTUA), *op. cit.* § 50, p. 10.

va des enquêtes factuelles en passant par les consultations publiques, les auditions et recommandations en matière de responsabilité, les réformes juridiques et institutionnelles, les réparations. L'une des contributions importantes de la commission-vérité est d'établir la vérité et de rendre compte de ce qui s'est passé, ce qui est utile pour la documentation et l'immortalisation de l'histoire aux moyens d'archives et de documents.

Enfin, l'initiative de l'Union africaine<sup>780</sup> détaille les repères et indicateurs de rapprochement qui devraient inclure les éléments suivants :

- Développement de programmes favorisant la coexistence et la réconciliation à tous les niveaux de la société ;
- Les programmes structurels, qui traitent des inégalités et de l'absence de symétrie et encouragent la création de liens au-delà des frontières des groupes ;
- Établir des mesures garantissant les droits de l'homme pour tous et promouvoir les processus de récupération de la vérité par le biais de commissions de la vérité et de procès publics afin de répondre aux appels en faveur de la justice ;
- Promouvoir des programmes d'éducation qui renforcent l'égalité et la dignité et mettent l'accent sur l'humanité commune ;
- Mettre en place des institutions et des événements sociaux qui rassemblent les membres de différents groupes, des offres de pardon, des conseils en matière de médiation et de traumatologie et en renforçant la cohésion sociale.

Ce cadre légal a été souvent considéré comme étant une spécificité africaine de la justice transitionnelle. Cependant, l'africanité de la justice transitionnelle peut poser quelques problèmes notamment quand on utilise les éléments destinés à minimiser les effets que la justice transitionnelle est censée produire.

À la suite de cette politique de l'Union africaine sur la justice transitionnelle, une étude sur la justice transitionnelle et les droits de l'homme et des peuples en Afrique a été publiée en avril 2019 sur initiative de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Cette étude passe en revue les expériences africaines et perspectives africaines sur la pratique de la JT et de discours sur cette dernière. Les formes de processus de JT expérimentées en Afrique sont très diverses et comprennent, notamment, les poursuites pénales ; les commissions-vérité et réconciliation (CVR) ; les mécanismes de réparation et de redistribution ; les processus de réforme institutionnelle et politique et les mécanismes de justice

---

<sup>780</sup> Id. § 63. p. 13.

---

traditionnelle. L'étude recommande l'établissement d'un mandat de Rapporteur spécial sur la justice transitionnelle en Afrique.

L'initiative de l'Union africaine sur la justice transitionnelle est une bonne initiative pour le continent africain, mais comme les autres cadres, politiques et règles de l'Union africaine, le problème c'est la mise en œuvre. L'initiative est bonne, mais il faut que les pays africains le conceptualisent pour eux-mêmes et avec les circonstances locales. D'autres défis reviennent en surface. C'est notamment l'incidence que pourraient avoir les poursuites de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (CAJDH) sur l'architecture en évolution de la justice transitionnelle de l'Union africaine. L'on ne saurait méconnaître le rôle que l'Union africaine a joué dans la conception de l'idée de justice transitionnelle en RCA. L'accord de Khartoum lui-même a été grandement soutenu par l'Union africaine, la CEEAC et la CIRGL.

Enfin, la question ici est de savoir si l'initiative de l'Union africaine sur la justice transitionnelle est adaptée au conflit centrafricain. La réponse est affirmative et la lecture de la loi portant création de la CVJRR intègre les critères de référence développée dans la politique de justice transitionnelle de l'Union africaine. Il s'agit notamment de l'indépendance des commissaires dont le processus de sélection doit être ouvert et transparent. De même, le mandat de la CVJR doit lui permettre d'établir des faits. Pour ce faire, elle a besoin du temps et des moyens et pouvoirs appropriés. Il apparaît clairement que les autorités centrafricaines se sont inspirées d'abord de la note d'orientation de SG des Nations Unies sur la justice transitionnelle de mars 2010 puis de la Politique de l'Union africaine sur la justice transitionnelle pour l'élaboration de la loi sur la CVJRR. Les principes de la Politique de justice transitionnelle de l'UA ne sont pas fondamentalement différents de ceux intégrés dans cette note du Secrétaire général des Nations Unies. La seule différence entre les deux est la différenciation des priorités entre le processus de paix et le processus judiciaire. À y voir de près, la Politique de l'UA a pris le dessus depuis les accords de Khartoum et a contribué à gêner considérablement le processus de justice transitionnelle initialement adopté. Cette Politique de l'UA a donc fortement influencé la loi sur la CVJRR dont les composantes nécessitent un examen.

## II. Les composantes de la justice transitionnelle en RCA et les institutions chargées de sa mise en œuvre

Dans cette partie, nous allons présenter les composantes de la justice transitionnelle dans la particularité de la République centrafricaine (A) avant de parcourir les institutions chargées de mettre en œuvre la JT en RCA (B)

### a. Les composantes de la justice transitionnelle en RCA

Il sied d'abord de définir la justice transitionnelle avant d'examiner les composantes.

Il existe plusieurs définitions de la « justice transitionnelle », mais nous retiendrons celle proposée dans le rapport du Secrétaire général des Nations Unies consacré au rétablissement de l'État de droit et à l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés déchirées par les conflits ou celles qui en sortent<sup>781</sup>.

Le Secrétaire général préfère le terme « justice de transition » qu'il considère comme celui qui

« englobe l'éventail complet des divers processus et mécanisme mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation ».

Ainsi, selon le Secrétaire général,

« peuvent figurer au nombre de ce processus, des mécanismes tant judiciaires que non judiciaires, avec (le cas échéant) une intervention plus ou moins importante de la communauté internationale, et des poursuites engagées contre des individus, des indemnisations, des enquêtes visant à établir la vérité, une réforme des institutions, des contrôles et des révocations, ou une combinaison de ces mesures »<sup>782</sup>.

Aux fins de la Politique de justice transitionnelle de l'UA, la justice transitionnelle « a trait aux diverses mesures de politiques (formelles et traditionnelles ou non formelles) et aux mécanismes institutionnels que les sociétés, par le biais d'un processus consultatif inclusif, adoptent afin de surmonter les violations, les divisions, les inégalités antérieures, et en vue de créer des conditions à la fois de sécurité et de transformation démocratique et socio-

<sup>781</sup> Rapport du Secrétaire général sur le rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de la transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, Doc. ONU S/2004/616, 23 août 2004 (ci-après, « Rapport du S.G sur la justice transitionnelle »), op.cit. §8.

<sup>782</sup> Id. § 8.

économique »<sup>783</sup>. Autrement dit, la justice transitionnelle est destinée à aider les sociétés ayant vécu des conflits violents et des violations systémiques ou graves des droits de l'homme et des peuples dans les efforts qu'elles déploient pour opérer le passage à un avenir fait de justice d'égalité et de dignité<sup>784</sup>. Cette politique vise à remédier aux préoccupations africaines liées aux conflits violents et à l'impunité à travers une politique holistique tenant compte du contexte particulier et des nuances culturelles des sociétés touchées, ainsi que des dimensions genre, générationnelles, ethnoculturelle, socio-économique et de développement de la paix et de la justice<sup>785</sup>. Le cas spécifique de chaque pays sortant d'un conflit peut dicter l'approche nécessaire. Ceci conduira à adopter l'approche indispensable pour le cas de la RCA. Le choix d'une approche holistique est le mieux indiqué bien que couteuse. C'est l'approche appropriée de justice transitionnelle pour ce pays et cela pour plusieurs raisons à savoir l'obligation pour la RCA de se conformer au droit international conventionnel<sup>786</sup>, l'urgence de faire respecter les droits fondamentaux de la personne humaine conformément à sa constitution et la nécessité de consolider la démocratie et l'État de droit. C'est à travers cette approche que chaque partie prenante trouve sa part et l'État sort consolidé en termes de légitimité.

Pour y arriver, il y a cependant des préalables qui tiennent particulièrement à la restauration de l'autorité de l'État et à la volonté politique. La justice transitionnelle dépend de la bonne marche d'un État et partant de ses décideurs politiques. C'est à eux d'élaborer la loi organique, de débloquer les moyens logistiques et financiers et de protéger les animateurs et faciliter leur travail<sup>787</sup>. Sans un État fort, il est difficile qu'un processus de justice transitionnelle fonctionne. Voilà pourquoi, la reconstruction d'un État est un préalable.

Dans le contexte centrafricain, il est à regretter que l'État peine à restaurer son autorité sur l'étendue du territoire national, et ce, malgré la signature l'accord de paix de Karthoum. Cette situation est certes surmontable, mais constitue un préalable important dans la réussite de ce mécanisme de justice transitionnelle.

La justice transitionnelle peut ainsi reposer sur quatre piliers majeurs qui seront développés en tenant compte du contexte centrafricain : l'identification et la sanction des responsables de ces abus (1), l'établissement de la vérité et la dénonciation des abus du passé (2), les réparations au profit des victimes (3), et

<sup>783</sup> Politique de justice transitionnelle de l'UA, *op. cit.* § 19. p. 4.

<sup>784</sup> Id.

<sup>785</sup> Ibid.

<sup>786</sup> Chaque pilier se réfère au droit international. Le droit à la vérité (voir la convention sur la lutte contre les disparitions forcées ; le droit à la justice (*aut dedere aut judicare*) etc.

<sup>787</sup> Adolphe Kilomba Sumailli, *Expérience congolaise de la justice transitionnelle*, Essai, Les éditions du Pangolin, 2018, p. 124. Voir aussi Adolphe Kilomba, *La Justice transitionnelle au miroir des réalités congolaises*, Essai. Les éditions du Pangolin, 2019, p. 498.



les garanties de non-répétition (4). Pour mieux appréhender ces piliers, il sied de les aborder dans le cadre des institutions chargées de la mise de la JT en RCA.

## **b. Les institutions chargées de la mise en œuvre de la Justice transitionnelle dans le contexte centrafricain**

Différentes institutions ont été mises en place pour notamment mettre en œuvre les différents piliers de la justice que nous avons invoqué ci-dessus. Il est ainsi questions d'analyser les rôles et les domaines de collaboration entre la CPS, les autres juridictions et la CVJRR. Ceci est très important afin d'éclairer la portée et les limites de la CVJRR et le rôle réservé à la CPS et les autres juridictions dans la poursuite des crimes de droit international et la réparation de préjudices subis par les victimes dans le processus de justice transitionnelle en RCA.

### **1. Le droit à la justice : Rôles de la Cour pénale spéciale, des juridictions centrafricaines et de la CPI**

Il est souvent admis que les poursuites judiciaires peuvent jouer un rôle essentiel afin d'établir les responsabilités des auteurs de violations, faciliter la réconciliation, octroyer une réparation aux victimes et avoir un effet dissuasif pour que tels violations et abus ne soient plus commis à l'avenir, particulièrement dans des contextes où l'impunité a prévalu depuis des décennies. En RCA, les signataires de l'accord de Khartoum « reconnaissent que l'impunité qui s'est installée a entretenu le cycle infernal de la violence, affaibli l'appareil judiciaire, donne lieu à des violations massives des droits de l'homme, du droit international humanitaire, et a entretenu la défiance de la population à l'égard de l'État »<sup>788</sup>.

Il a été constaté en RCA, la tendance de « collectiviser » la responsabilité en associant les communautés entières (musulmanes ou chrétiennes) avec ceux qui ont perpétré les attaques. Cette perception de la responsabilité collective a causé du tort et a augmenté de manière dramatique les effets du conflit sur les civils<sup>789</sup>.

La Loi organique de la Cour pénale spéciale (CPS) a été promulguée par la Présidente de la Transition, Mme Samba Catherine, le 3 juin 2015. Les trois premiers titres de la Loi organique portant création de la CPS comportent des

<sup>788</sup> Accord de paix de Khartoum, *op. cit.* p. 5.

<sup>789</sup> Voir *Rapport Mapping* HCDH (République Centrafricaine), la Justice transitionnelle en RCA, mai 2017.

règles relatives aux compétences, à l'organisation et à la procédure devant celle-ci. Cette Loi organique a été complétée par la Loi portant règlement de procédure et de preuve devant la CPS.

Aux termes de l'art 3 de la Loi organique :

« La Cour pénale spéciale est compétente pour enquêter, instruire et juger les violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire de la République centrafricaine depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003, telles que définies par le Code pénal centrafricain et en vertu des obligations internationales contractées par la République centrafricaine en matière de droit international, notamment le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre objets des enquêtes en cours et à venir. »

Cette disposition prévoit, à son paragraphe 3, « qu'en cas de conflit de compétence avec une autre juridiction nationale, la Cour pénale spéciale a la primauté pour enquêter, instruire et juger les crimes et délits connexes qui relèvent de sa compétence ». Dans la pratique, la Cour a déjà fait application de cette règle de sa primauté sur les autres juridictions nationales. Par exemple, selon un communiqué publié le 6 août 2019,

« Le Bureau du Procureur Spécial près de la Cour Pénale Spéciale de la République Centrafricaine, informe l'opinion publique nationale et internationale que dans le cadre de son mandat, il a sollicité et obtenu du Parquet Général près de la Cour d'Appel de Bangui le dessaisissement du dossier des crimes graves commis dans les localités de LEMOUNA, KOUNDILI et BOHONG dans la Sous-préfecture de Paoua. Une information judiciaire est ouverte à cet effet contre tous suspects, auteurs, coauteurs ou complices »<sup>790</sup>.

Poursuivre les responsables des violations les plus graves permettront d'établir des responsabilités individuelles et la CPS et les juridictions centrafricaines devraient tenir compte des expériences positives d'autres pays où des efforts ont été mis en œuvre pour poursuivre les crimes graves au niveau national<sup>791</sup>.

Il faut relever cependant que l'accord de Khartoum ne cite pas de processus judiciaire spécifique pour rendre la justice pour les crimes. Au lieu de cela, il appelle à l'institution d'une CVJRR. Est-ce un oubli ou une volonté de ne pas mettre au centre la question de la justice ?

<sup>790</sup> Source : <https://www.cps-rca.cf/actualites/COMMUNIQUE-DU-BUREAU-DU-PROCTEUR-PRES-DE-LA-COUR-PENALE-SPECIALE/20/>, consulté le 14 décembre 2019.

<sup>791</sup> Id.

La plupart de futurs « clients » de la Cour pénale spéciale (CPS) sont également des signataires de l'accord de paix de Khartoum avec toutes les complexités que cela implique. Quelle devra –être alors l'attitude de la CPS ? Poursuivre ou donner une chance à la paix ? Il n'existe pas dans la loi sur la CPS un article équivalent à l'art 16 du Statut de Rome qui permet au Conseil de sécurité de suspendre les poursuites devant la CPI pendant 12 mois. Certains comme le Prof Tim Murithi estime qu'on peut se baser sur l'imprescriptibilité des crimes internationaux pour permettre à d'autres processus nationaux de jeter les bases d'une paix durable<sup>792</sup>. Mais cela risque d'aller à l'encontre des recommandations du forum de Bangui opposées à l'idée d'amnistie. Par contre, la feuille de route de l'Union africaine pour la paix en RCA a été moins claire sur la question d'amnistie. Il y aura, en plus des procès devant la CPI, des procès en RCA (il y en a déjà d'ailleurs devant des juridictions ordinaires pour des crimes non internationaux, mais qui peuvent être liées à des groupes armés). Malheureusement, le processus aura forcément des limites, étant donné le dernier accord de paix (Accord de Khartoum qui reste floue sur la question de la justice) et la composition du gouvernement (qui inclut les anciens rebelles).

Depuis 2015, la MINUSCA aide les autorités centrafricaines dans la poursuite des auteurs présumés des violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Elle fournit aussi cette aide à la CPI et à la Cour pénale spéciale. Des mesures importantes ont été prises dans la lutte contre l'impunité, notamment à travers la reprise des audiences pénales dans les Cours d'appel de Bangui et de Bouar, ainsi que des progrès dans les arrestations et les enquêtes contre les auteurs présumés de crimes graves. Cependant, il y a plusieurs défis notamment, l'absence de magistrats dans les tribunaux nationaux où ils ont été nommés. Ce qui conduit à des arrestations arbitraires et des détentions prolongées. Des actions comme le redéploiement des magistrats, la nécessité d'un code d'éthique pour le personnel judiciaire, la politique nationale sur la protection des victimes et témoins et des réflexions autour d'une stratégie nationale de réforme de la justice sont impérieuses.

Pour enrayer la culture de l'impunité, il importe de recourir à tous les mécanismes existants ou à créer. Le règlement de procédure et de preuve sur la CPS a prévu une coopération avec le mécanisme de justice transitionnelle qui vient d'être créée en RCA. Il est dit que la « Cour négocie avec le mécanisme de justice transitionnelle institué en RCA, les protocoles d'entente permettant à ces deux institutions de coopérer et fonctionner de façon complémentaire et efficace dans le respect de leur indépendance respective et des droits fondamentaux des suspects, des inculpés, des accusés et des victimes »<sup>793</sup>. La Loi sur la CVJRR

<sup>792</sup> Tim Murithi, Sequencing the administration of justice to enable the pursuit of peace, *op. cit.*, p. 1.

<sup>793</sup> Art 15 du Règlement de procédure et de preuve de la CPS.

reconnaît aussi la nécessité d'un cadre formel de collaboration en vue de l'efficacité de leurs actions respectives <sup>794</sup>.

Par ailleurs, il faut noter que la CVJRR n'a pas de mandat judiciaire. Elle n'a que le pouvoir de faire de recommandations sur le sort à réserver aux auteurs présumés des violations. Cependant, la CVJRR a la possibilité de collaborer avec le ministère public lors des investigations. Le caractère non judiciaire de la CVJRR est une bonne chose, mais elle devra donner des recommandations au processus judiciaire national – la Cour pénale spéciale par exemple. Rappelons ici que le caractère non judiciaire de la Commission veut dire que la Commission est un organe qui rend des décisions qui ne respectent pas les règles de procédure (pénale ou civile) ; un organe « *sui generis* » qui n'a pas de fonctions de dire le droit. Autrement dit, les membres de la commission n'ont pas à respecter les règles de procédure civile et judiciaire. À ce titre, la Commission peut auditionner les auteurs présumés de violations et poser toutes les questions y compris celles qui n'intéressent pas les tribunaux. S'agissant de l'articulation entre la CVJRR et la justice, il faut reconnaître que cette question renvoie sur celle liée à la compatibilité. A-t-on besoin d'une CVR dans un pays où il y a déjà une Cour pénale spéciale ? La réponse est affirmative dans la mesure où l'action de la CVJRR complète celle de la justice. La CPS s'intéressera aux « procès fars » et la CVR pourra l'aider. Cependant, les articulations entre les mécanismes de justice transitionnelle sont encore insuffisantes. La question est celle de savoir ce que la CVR va envoyer à la CPS. Est-ce que les dossiers qu'elle a déjà appréciés lieront la CPS ou pas ? Dans tous les cas, les travaux de la CVR sont dans la logique de complémentarité. À partir du moment où le non judiciaire termine, le judiciaire reprend la main en respectant les règles judiciaires (procès équitable, droit de la défense, etc.). C'est à la CPS ou aux juridictions centrafricaines de faire le procès. Ce n'est pas le rôle de la CVJRR. Cette dernière peut prendre en charge tous les autres cas non traités par le tribunal toujours dans le souci de la manifestation de la vérité. Un autre acteur qui intervient dans le volet « droit à la justice » c'est la Cour pénale internationale. Elle intervient de manière subsidiaire lorsque les États n'agissent pas ou que leur action se révèle défailante. C'est pour cette raison que son Statut consacre la primauté des juridictions nationales sur la CPI dans la répression des crimes de droit international. Dans le contexte centrafricain, la CPI a primauté sur la Cour pénale spéciale<sup>795</sup> qui à son tour a primauté de compétence sur les juridictions nationales pour instruire et juger les affaires relevant de sa compétence<sup>796</sup>.

<sup>794</sup> Art 38 de la loi sur la CVJRR. Pour être inclusive et impliquer toute la population dans l'accomplissement de son mandat la CVJRR collabore également avec la Commission nationale des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, les communautés de base, les confessions religieuses, les syndicats, les associations des femmes, les médias etc. ( art 39 de la loi sur la CVJRR).

<sup>795</sup> Voir article 37, al 1 de la loi sur la CPS. Cette disposition est contraire à l'esprit de l'art 17 du Statut de Rome.

<sup>796</sup> Voir article 36 de la loi organique portant création de la Cour pénale spéciale en RCA.

Dans sa critique de la justice pénale internationale, Mahmood Mamdani souligne que « La justice pénale internationale, qui met l'accent sur la responsabilité individuelle, ne contribue pas à une paix durable ; en fait, elle perpétue les conditions de violence et de conflit et soumet des nations entières ou des groupes ethniques à la « victimisation » ou au ressentiment (par exemple l'Allemagne après Nuremberg) »<sup>797</sup>. Il ajoute que les modalités de justice transitionnelle telles que la Commission vérité et réconciliation de l'Afrique du Sud ne sont qu'une autre forme de modèle de Nuremberg, car elles mettent toujours l'accent sur la responsabilité des individus (même si les auteurs individuels reçoivent une amnistie et même si les victimes individuelles sont identifiées). Donc, pour lui, la meilleure façon d'aller de l'avant est de se concentrer sur une véritable construction de la nation et des processus politiques, comme le Congrès multipartite pour une Afrique du Sud démocratique (CODESA) après la fin de l'apartheid. L'accent n'est donc pas mis sur la responsabilité des individus (modèles JPI/ Nuremberg ou JT/CVR), mais plutôt sur les efforts collectifs et politiques pour forger de nouvelles nations<sup>798</sup>. Nous ne sommes pas d'accord avec cette analyse qui consiste à considérer que Nuremberg est le berceau de la justice transitionnelle. S'il y a des liens de parenté, assimiler les CVR à un procès est particulièrement réducteur ! Quant à se concentrer sur la construction de la nation, on veut bien, mais comment ! En se répétant qu'il faut créer ou recréer la nation. Il faut en avoir les moyens et la justice en est un parmi d'autres. Voyons à présent le deuxième pilier de la JT.

## 2. Le droit à la vérité : Rôle de la CVJRR

Les mécanismes de recherche de la vérité permettent d'analyser et comprendre les causes profondes du conflit ou d'une période répressive passée. Ils sont souvent le mécanisme principal de justice transitionnelle pour faire entendre la voix des victimes. Ils sont aussi bien placés pour formuler des recommandations au gouvernement et autres parties prenantes <sup>799</sup>.

Rappelons que ce n'est pas la première fois que la RCA connaît un mécanisme de recherche de la vérité. En 2003, une commission similaire avait été instituée après le coup d'État de François Bozize qui venait de renverser le régime du Président Ange Patassé. Dénuée de moyens pour enquêter sur les crimes commis par les troupes rebelles et loyalistes, la Commission de 2003 avait échoué à ramener la paix dans le pays.

<sup>797</sup> Mahmood Mamdani, *Neither Settler Nor Native, The making and unmaking of permanent minorities*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2020, p.

<sup>798</sup> Id.

<sup>799</sup> Voir *Rapport Mapping* du HCDH en RCA, *op. cit.*

Selon l'article 4 de l'accord de paix de Khartoum, le gouvernement centrafricain s'engage à « (...) initier à travers le dialogue, les comités locaux de paix et la justice transitionnelle, une vaste campagne sur la réconciliation nationale et la cohésion sociale visant à promouvoir le vivre ensemble et le renforcement du contrat social comme socle de la nation centrafricaine »<sup>800</sup>. De même, il s'engage à « accélérer le processus de mise en place de la Commission-vérité, justice, réparation et réconciliation (CVJRR) avec le lancement dans les meilleurs délais, de consultations nationales et l'adoption d'une Loi sur cette commission (...) »<sup>801</sup>. Aujourd'hui, les comités locaux de paix et de réconciliation (CLPR) installés depuis 2016 opèrent en même temps que la CVJRR. Ils avaient été installés conformément aux recommandations du Forum de Bangui avec comme but ultime de parvenir à ancrer en chaque centrafricain une culture de la non-violence et du dialogue participatif et inclusif. Ils interviennent dans la prévention des conflits, la recherche de la paix et de la réconciliation par la médiation et le dialogue. Le processus a pris beaucoup de temps et plus de 12 mois se sont écoulés avant la promulgation de la loi sur la CVJRR, le 7 avril 2020. Il reste la nomination des membres et le démarrage effectif des travaux. Alors que selon l'accord de Khartoum, la CVJRR devrait impérativement entamer ses travaux dans un délai de 90 jours à partir de la signature dudit accord<sup>802</sup>. En attendant la mise en place de la CVJRR, une Commission inclusive composée des parties avait été instituée par décret. Elle a été chargée d'examiner tous les aspects liés aux événements tragiques du conflit en RCA, de qualifier et de proposer toute action susceptible d'être prise en matière de justice.

Qu'à cela ne tienne, la CVJRR pour être conforme au cadre légal de l'Union africaine sur la Justice transitionnelle et aux standards internationaux, s'est doté d'un large mandat intégrant l'établissement des faits et l'identification des causes profondes des conflits et des événements qui se sont déroulés et d'établir le récit historique impartial. La question ici est de savoir si le mandat de 4 ans de la CVJRR est suffisant pour aboutir à la vérité. Il faut dire que 4 ans ce n'est pas mal<sup>803</sup> même si la mise en œuvre de programme de réparation ira au-delà de 4 ans. Cependant, il sera difficile pour la Commission de couvrir toutes les violations des droits de l'homme de 1959 à 2019. Elle devra faire la sélection. Inclure l'année 1959 permet à la Commission de rechercher les causes dans les affaires anciennes. Les faits antérieurs à l'installation de la Commission pourront être facilement couverts par cette dernière. L'idée est de s'intéresser aux faits récents qui ont des racines antérieures.

<sup>800</sup> Article 4 de l'accord de Khartoum, point q.

<sup>801</sup> Id. point s. La consultation nationale lancée en juin 2019 n'avait pu atteindre qu'un nombre restreint de centrafricain en raison de l'insécurité.

<sup>802</sup> Ibid. article 10.

<sup>803</sup> Un mandat trop long comme celui de la CVR du Tchad peut torpiller le processus.

La vérité n'est pas ici recherchée pour identifier et désigner des coupables, mais pour permettre de comprendre comment ces violations des droits fondamentaux ont pu se produire. Une sorte d'analyse systémique de la violence et des auteurs qui les ont commis davantage qu'un mécanisme de poursuites des responsables.

En vue d'établir la vérité, la CVJRR<sup>804</sup>:

- Auditionne toute personne faisant l'objet de ses recherches sur la base du serment : « de *ne rien dire que la vérité, toute la vérité et rien que la vérité* » ;
- Sollicite toute personne susceptible de lui donner des informations dans le cadre de ses recherches ;
- Accède à toute information ou archive publique ou privée liée à l'accomplissement de son mandat qui lui confère un pouvoir d'injonction. De fait, elle a la compétence d'auditionner toute personne susceptible d'éclairer son travail d'élucidation des faits ainsi que d'obtenir des documents qui servent à cette même fin ;
- Visite avec le concours du ministère public territorialement compétent, de n'importe quel lieu ou établissement afin de conduire des recherches ;
- Requérir les services du ministère public pour faire des perquisitions en vue de saisir tout document ou élément de preuve dans le cadre de ses recherches.

La loi sur la CVJRR indique aussi que les fonctions de commissaires sont incompatibles avec toute activité professionnelle publique, privée ou politique de nature à influencer leur indépendance, leur honorabilité et leur dignité<sup>805</sup>.

### **3. Le droit à la réparation : Un Fonds spécial de réparation des victimes**

En 2017, le Rapport Mapping a révélé que le grand nombre de victimes en RCA constitue un défi pour réparer les dommages causés. Un autre défi est la restitution des terres, des logements et des biens, suite au déplacement forcé ou au transfert forcé de personnes. Un nombre important de victimes des conflits ont besoin de services spécifiques de soutien médical, social, juridique et psychologique pour commencer à reconstruire leur vie. Des mesures supplémentaires sont nécessaires, sous l'égide des autorités nationales pour intégrer la réhabilitation dans le cadre d'un programme national de réparation. Rappelons que parmi les mesures de satisfaction pour les victimes, les autorités

<sup>804</sup> Art. 51 de la loi sur la CVJRR.

<sup>805</sup> Art. 13 de la loi sur la CVJRR.

de la RCA ont établi une journée nationale en mémoire des victimes du conflit le 11 mai 2016. Compte tenu de la nature de division sociale du récent conflit en RCA, en particulier des attaques contre des communautés entières fondées sur la religion et l'appartenance ethnique, il sera important que les événements commémoratifs soient correctement encadrés. Les autorités centrafricaines devront aussi mettre en œuvre des projets communautaires pour renforcer la cohésion sociale et promouvoir la prévention des conflits.

La justice mise en œuvre par les commissions-vérité a développé au fil des expériences de nouvelles approches en matière de réparations. Elles se cristallisent autour de l'idée générale selon laquelle les réparations doivent répondre aux besoins des victimes, que celles-ci soient directes ou indirectes, qu'elles soient individuelles ou collectives<sup>806</sup>. Les organes de la Cour pénale internationale sont quant à eux restés dans une perception « judiciaire » des réparations, ce qui est conforme au Statut. Cela ne cadre pas cependant avec l'approche intégrée promue par la justice transitionnelle.

Selon l'accord de Khartoum, le gouvernement centrafricain s'engage à « travailler avec les partenaires internationaux et les associations concernées à la création d'un programme de soutien et de réparation en faveur des victimes<sup>807</sup>.

Cependant, comme mentionner ci-haut le nombre important de victimes en RCA constitue un défi pour la réparation des préjudices subis. Comment répare-t-on? quelle technique de réparation va-t-on utiliser ? Doit-on procéder à la réparation individuelle ? Collective ? Financière ou médicale ?

La CVJRR devra se focaliser surtout sur les victimes en articulant ses travaux avec des réparations collectives et symboliques. Sur ce point, signalons que la loi sur la CVJRR propose la création d'un Fonds spécial de réparation des victimes ainsi que d'un programme national de réparations, tant matérielles que morales et symboliques<sup>808</sup>. La RCA innove par l'utilisation des mécanismes traditionnels et néo-traditionnels de réparation et de réconciliation<sup>809</sup>. Cette approche traditionnelle des réparations permet de contextualiser les réparations dans un univers culturel. En Afrique, il y a des gestes, des attitudes très

<sup>806</sup> Xavier PHILIPPE, « Les relations entre la justice transitionnelle et le Statut de Rome », in Julian Fernandez, Xavier Pacreau et Muriel Ubeda Saillard (dir.), Statut de Rome de la Cour pénale internationale, commentaire article par article, Paris, Pedone, 2<sup>e</sup> éd., 2019, tome 1, à paraître, p. 7.

<sup>807</sup> Article 4 de l'accord de paix de Khartoum, *op. cit.*, point s.

<sup>808</sup> Art. 6 de la loi sur la CVJRR.

<sup>809</sup> Id.



symboliques. La limite de cette approche tient à la nature des réparations. En RCA par exemple, l'auteur du viol devrait réparer la victime et sa famille (même si le viol est quelque chose d'individuel et non collectif). La pratique veut qu'on donne une poule blanche à la victime. Est-ce suffisant pour que la victime se sente qu'on s'est bien occupé d'elle ? Il serait indiqué que ces réparations traditionnelles soient accompagnées d'autres formes de réparation<sup>810</sup>.

L'approche de la réparation de la CVJRR va au-delà de la dimension rétributive et individuelle. Elle vise non seulement à couvrir les préjudices des victimes reconnues, mais également représente un acte de réintégration individuelle et collective de toutes les victimes.

Ainsi, dans le contexte de la RCA, on prend compte, les réparations individuelles et collectives. Toute la politique de réparation à construire devra se faire sur deux règles :

- la capacité de mettre en œuvre les réparations (adéquation entre les moyens et la finalité de réparation);
- la gestion de ces réparations : qui va mettre en œuvre ces réparations ? La commission ou le gouvernement ? Qui alimentera le Fonds?

Dans les réparations individuelles, il faut identifier les victimes tout en prenant en considération d'autres personnes. L'idée est celle des réparations qui prennent en considération l'être humain. Ces réparations sont indispensables pour une société qui s'inquiète et montre une attention particulière aux victimes. Ces réparations ne sont pas toujours financières, mais aussi des réparations individuelles aux troubles psychologiques, médicales, etc. Les victimes attendent autre chose que de l'argent. La question d'accompagnement, de personnification des réparations doit être résolue. Comme on ne peut pas toucher tout le monde, il faut recourir aux réparations collectives. Ici, il y a deux objectifs essentiels :

- Toucher les personnes non identifiées (les non déclarés) ;
- Toucher les groupes de personnes victimes en tant que groupe.

#### **4. Les garanties de non-répétition**

Ces garanties sont des mesures conçues pour empêcher que des violations des droits de l'homme ne se reproduisent à l'avenir.

Dans le contexte de la RCA, il est primordial de réformer les institutions militaires, judiciaires et de maintien de l'ordre, ainsi que les services de

<sup>810</sup> Entretien avec le Prof Xavier Philippe par Skype, le 12 mai 2020.

renseignements et les institutions chargées de la lutte contre la criminalité. Un autre aspect important est lié à l'assainissement du personnel et agent.

Il a été demandé au gouvernement centrafricain de « poursuivre la réforme du secteur de sécurité et garantir le caractère républicain et professionnel de l'armée et des forces de sécurité intérieure »<sup>811</sup>. Aussi, de mettre en place, avec l'appui des partenaires des mécanismes appropriés de recrutement des agents de la fonction publique issus de toutes les composantes de la nation centrafricaine, dans le respect des principes d'équité et de représentativité<sup>812</sup>.

Le 18 novembre 2017, le président Touadera a signé des décrets sur l'organisation et les modalités de fonctionnement des forces armées centrafricaines et de l'état-major de l'armée, renforçant encore le cadre normatif du secteur de la défense. 240 participants au projet pilote ont été formés par la mission de formation de l'Union européenne en RCA pour l'intégration dans les forces armées et 200 ont rejoint des programmes de réintégration communautaire.

Entre le 16 octobre 2017 et 25 janvier 2018, la MINUSCA a vérifié 5, 011 éléments des forces de défense et de sécurité pour aider les autorités nationales à procéder au *vetting*. Elle a fait de même pour les groupes armés en utilisant toutes les données disponibles, y compris sur les violations des droits de l'homme et des enfants dans les conflits armés, les violations au droit international humanitaire, violence sexuelle et casier judiciaire liés aux conflits<sup>813</sup>.

Plusieurs défis subsistent en ce qui concerne le *vetting* en RCA, tels que les informations insuffisantes et falsifiées sur les candidats exerçant des responsabilités sur les forces de sécurité et défenses ; des ressources insuffisantes pour mener des enquêtes sur le terrain et des procédures nationales de vérification fragmentées. La réforme du système judiciaire piétine encore.

Les parties à l'accord de Khartoum se sont abstenues de répéter ces crimes graves ou toutes attitudes et actes pouvant à nouveau les générer<sup>814</sup>. Il faut signaler que le gouvernement centrafricain a entamé des réformes lesquelles sont toujours en cours à ce jour.

---

<sup>811</sup> Art. 6 de la loi sur la CVJRR., point g.

<sup>812</sup> Id. point c.

<sup>813</sup> Entretien avec un acteur judiciaire centrafricain.

<sup>814</sup> Entretien avec le Prof Xavier Philippe par Skype, le 12 mai 2020 ; article 8 de la loi sur la CVJRR.

### III. Les défis et chances de réussite de l'initiative de justice en RCA

#### 1. Les défis de la justice transitionnelle en RCA

Plusieurs défis se présentent dans la mise en œuvre des mécanismes de justice transitionnelle dans le contexte de la RCA. Ils sont liés essentiellement aux conditions sécuritaires, à la disponibilité des moyens ainsi qu'à la volonté des différentes parties prenantes.

S'agissant particulièrement des moyens, il est indiqué dans la loi sur la CVJRR que les ressources de la commission sont constituées de dons, legs et d'une dotation budgétaire inscrite au budget de l'État<sup>815</sup>. Les partenaires bilatéraux, multilatéraux et autres peuvent également contribuer au budget de la commission pour son bon fonctionnement<sup>816</sup>.

Des améliorations considérables dans les conditions sécuritaires sont nécessaires pour que le processus de justice transitionnelle puisse se dérouler en toute sécurité. Sans paix préalable la justice transitionnelle risque de ne pas rencontrer une chance de succès. Sur ce point précis, la MINUSCA avait souligné dans sa feuille de route sur la justice transitionnelle en RCA que compte tenu de la situation existante en RCA qui empêche la mise en place immédiate de l'ensemble des processus et mécanismes de Justice transitionnelle, les repères à prendre en compte comprennent notamment :

- Le désarmement des groupes armés ;
- Le déploiement des forces de sécurités ;
- La réduction des incidents contre les populations civiles ;
- La possibilité d'assurer la liberté de mouvement, etc.

Un autre élément important concerne, le choix de l'approche de cette Commission. Est- ce une approche monolithique, échelonnée ou holistique? Nous avons déjà développé cela dans la deuxième partie (ci-dessus). En outre, étant donné que la plupart des acteurs sont impliqués dans les violations des droits de l'homme et droit international humanitaire, seront-ils disposés à soutenir les travaux de la CVJRR ?

---

<sup>815</sup> Art. 40 de la loi sur la CVJRR.

<sup>816</sup> Art 41 de la loi sur la CVJRR.

---

Tous ces défis sont surmontables et gérables surtout ceux liés à la sécurité. Il faut mettre des moyens dans les endroits où il y a l'insécurité.

## **2. Les chances de réussite de la justice transitionnelle en RCA**

En RCA, la CVJRR ne peut constituer un « maillon fort » de la lutte contre l'impunité que si d'autres actions sont mises en œuvre. Cette Commission doit être accompagnée d'un effort supplémentaire de révélation et de divulgation de la vérité après ses travaux. Les réparations et les réformes qui seront proposées doivent être effectives. Et les poursuites judiciaires doivent être associées à cette entreprise.

La CVJRR doit recevoir un soutien de la majorité de la population avec un leadership à sa tête et des membres ayant des compétences requises en matière de justice transitionnelle. Les victimes doivent être consultées pour avoir leur perception du processus. Enfin, la CVJRR doit exécuter son mandat tel que défini dans la loi et surtout réunir les moyens conséquents pour son fonctionnement.

Il est difficile d'évaluer aujourd'hui les chances de réussite de la CVJRR. Cela dépend comme nous l'avons souligné ci-haut de :

- Les moyens réels de la CVJRR ;
- La volonté des membres de cette CVR d'accomplir leur mission en toute indépendance ;
- La coopération des autorités nationales avec le processus.

## **Conclusion**

L'étude a abordé une question fondamentale de l'expérience de la RCA en matière de justice transitionnelle. Elle a constitué ainsi une occasion de démontrer comment et dans quelle mesure les États africains peuvent s'approprier et mettre en œuvre la Politique de justice transitionnelle de l'Union africaine dans leurs contextes spécifiques. Elle a surtout identifié les obstacles au processus de justice transitionnelle en RCA et les chances de sa réussite assorties de quelques perspectives.

La première partie démontre les avantages de la Politique de justice transitionnelle de l'Union africaine et pourquoi les États africains devraient suivre et appliquer ce modèle. Et pourquoi si important pour le cas de la RCA.

La deuxième partie présente les composantes de la justice transitionnelle dans la particularité de la RCA. Ceci a conduit à adopter une approche indispensable à ce cas. L'approche holistique est suggérée par l'étude dans la mesure où elle se révèle la mieux indiquée pour ce pays.

S'agissant des institutions chargées de la mise en œuvre de la justice transitionnelle en RCA, l'analyse des rôles et des domaines de collaboration entre la Cour pénale spéciale, les autres juridictions de la RCA, la CPI et la CVJRR a été nécessaire. Grâce à cette analyse, il a été éclairé la portée et les limites de la CVJRR et le rôle réservé à la CPS et les autres juridictions dans la poursuite des crimes internationaux les plus graves et la réparation de préjudices subis par les victimes.

Enfin, la troisième partie a été consacrée aux défis et chances de réussite de l'initiative de justice transitionnelle en RCA.

Comme souligné ci-haut, le projet de justice transitionnelle et celui d'une CVR en RCA sont fondamentaux compte tenu de l'ampleur des crimes commis dans ce pays. Aucune justice pénale ne peut couvrir une telle quantité de crimes. De plus, cette option a été soutenue depuis longtemps par les associations centrafricaines et la population centrafricaine (cfr Forum de Bangui).

Ces différents mécanismes (DDR, Cour pénale spéciale, CPI, juridictions nationales, CVJRR) forment un tout du moins sur le plan théorique.

Nous pensons qu'une véritable coordination et articulation entre ces différents mécanismes accroîtrait les chances de réussite. Cependant, les défis étant énormes et portant essentiellement sur les conditions sécuritaires et l'absence des moyens, le choix de l'approche holistique reste la voie idéale pour la CVJRR centrafricaine compte tenu de l'ampleur des crimes.

De même, la CVJRR risque de ne pas pouvoir compter sur des confessions de repentis d'envergures et qui, nous supposons, devra, pour ne pas devenir le rapport enterré de la CVR de Côte d'Ivoire ou un mort-né comme l'exemple de la CVR de la RDC, se focaliser surtout sur les victimes en articulant ses travaux avec des réparations individuelles, collectives et symboliques.

## BIBLIOGRAPHY

### Books

- Adolphe Kilomba Sumailli, *Expérience congolaise de la justice transitionnelle, Essai*, Les éditions du Pangolin, 2018, p. 124. Voir aussi Adolphe Kilomba, *La Justice transitionnelle au miroir des réalités congolaises, Essai*. Les éditions du Pangolin, 2019.
- B. Ntahiraja, 'The Present and Future of Universal Jurisdiction in Africa: Lessons from the Hissène Habré case' in HJ van der Merwe Gerhard Kemp (eds), *International Criminal Justice in Africa*, 2016, Strathmore University Press, p.1-36
- Benyera, E, (2019) *South Africa's Truth and Reconciliation Commission and Nigeria's Oputa Panel: Comparison, Lessons and Future of Truth Commissions in Africa*, in Tella, O (Ed.) *Nigeria- South Africa Relations and Regional Hegemonic Competence*, Johannesburg, Springer.
- Beresford, A, & Wand, D, (2020) *Understanding Bricolage in Norm Development: South Africa, the International Criminal Court, and the Contested Politics of Transitional Justice*, 46(4) *Review of International Studies*.
- Brankovic, J, (2020) *Introduction: Civil Society in African Transitional Justice in Africa: The Role of Civil Society* in Brankovic, J, & Merwe, H.V, (Eds.) *Advocating Transitional Justice in Africa: The Role of Civil Society*, Johannesburg, Springer.
- Contested Justice, The politics and practice of International Criminal Court interventions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Cryer, R, et. Al, (2010) *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, CUP, Cambridge.
- David van REYBROUCK, *Congo, une histoire*, (traduit du néerlandais (Belgique) par Isabelle ROSSELIN), éditions Actes Sud.
- E.J., LUZOLO BAMBI LESSA, *Traité de droit judiciaire, la justice congolaise et ses institutions*, Presses universitaires du Congo (PUC), Kinshasa, 2018.

Eleanor THOMPSON, « Can an International Criminal tribunal with a limited mandate deter atrocities? Lessons from the special Court for Sierra Leone », in *Two steps Forward, one step back: the deterrent effect of international criminal tribunals*, Nuremberg Academy series, N° 1(2017).

Eugène Bakama Bope, « La poursuite des crimes sexuels commis par les casques bleus de la MINUSCA en droit international », in *International criminal justice in Africa*, HJ Van der Merwe and Gerhard Kemp (eds), 2017, Strathmore University Press.

Gauthier de Villers, « Les conflits armés de l'après-guerre » in *Conjonctures congolaises, Chroniques et analyses de la RD Congo en 2011*, Sous la direction de Stefaan Marysse et Jean Omasomba, Paris, l'Harmattan, 2011.

Hans HOEBEKE, Henri BOSHOFF, Koen VLASSENROOT, « Monsieur le Président, vous n'avez pas d'armée... » La réforme du secteur de sécurité vue du Kivu, in *Réforme au Congo(RDC) Attentes et désillusions*, sous la direction de Theodore Trefon, Paris, L'harmattan, 2009.

Jacques Mbokani, « La jurisprudence congolaise en matière de crimes de droit international, une analyse des décisions des juridictions militaires congolaises en application du Statut de Rome », une étude de l'Open society initiative for Southern Africa (Osisa), 2016.

Kai AMBOS, Kai AMBOS, *Treatise on International Criminal Law, Volume III: International criminal procedure*; Oxford University press, 2014.

Kersten, M, (2020) 'Some Reasons are Obvious, Some Are Not'. The Gambian Experience with Transitional Justice, in El-Masri, S, Lambert, T, Quinn, J (Eds.) *Transitional Justice in Comparative Perspective*, London, Palgrave.

Kooffreh, B, & Ohياما, R, (2020) *Transitional Justice in Post Conflict Uganda: Assessing the Gains, Impact and Arguments for the Retainment of Amnesty Act 2000: A Comparative Analysis*, 1(3) *International Journal*

Kweka, G, J, (2017) *African Regional and Sub-Regional Instruments on Ending Impunity for International Crimes: Hit or Miss?* In Merwe, H, & Kemp, G, (Eds.) *International Criminal Justice in Africa*, Nairobi, Strathmore University Press.

- 
- Lambourne, W, (2020) Cooperation and Conflict: Civil Society Resistance and Engagement with Transitional Justice in Burundi, in Brankovic, J, & Merwe, H.V, (Eds.).
- Laplante, L.J, (2009) Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Justice Schemes, 49(4) Virginia Journal of International Law.
- Lars Waldorf, “‘A Mere Pretense of Justice’: Complementarity, Sham Trials, and Victor’s Justice at the Rwanda Tribunal’ 59 for a discussion on the ICTR and; Scott Grosscup, ‘The Trial of Slobodan Milosevic: The Demise of Head of State Immunity and the Specter of Victor’s Justice’ 32 29 for the same on the ICTY.
- Leebaw, B.A, (2008) The Irreconcilable Goals of Transitional Justice, 30 Human Rights Quarterly.
- Léon de Saint Moulin, « Analyse du paysage sociopolitique à partir du résultat des élections de 2006 », in Réforme au Congo (RDC), Attentes et désillusions, sous la direction de Théodore Trefon, Paris, L’Harmattan, 2009, n°79.
- Mamadou Bamba, ‘Instabilité Politique en Cote d’Ivoire de 1993 a 2011’ (2015) 1 Sciences Humaines 59; Konstanze N’Guessan, Histories of Independence in Côte D’Ivoire: An Ethnography of the Past (Brill 2020).
- Mahmood Mamdani, Neither Settler Nor Native, The making and unmaking of permanent minorities, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachussettes, London, England, 2020.
- Marie BOKA, La CPI entre droit et relations internationales, les faiblesses du Statut de Rome à l’épreuve de la politique internationale, Institut Universitaire Varenne, « Collection des thèses », n°94, 2014.
- Mark DRUMBL, Atrocity, punishment and international law (Cambridge University Press, 2007). cité par Sévane Garibian et Marion Vironda-Dubray, op.cit.
- Matandela, M, (2020) Addressing Gender Justice and Colonialism Through Transitional Justice in Africa, Africa Portal, Centre for the Study of Violence and Reconciliation.



Matias HELLMAN, « Challenges and limitations of outreach from the ICTY to the ICC », *op. cit.* p. 271. Consulté le 10 juillet 2017.

Maunganidze, O.A, (2016) *International Criminal Justice as Integral to Peacebuilding in Africa: Beyond the ‘Peace v. Justice’ Conundrum*, in Merwe, H, & Kemp, G (eds) *International Criminal Justice: Issues, Challenges and Prospects*, Nairobi, Strathmore University Press.

Mensah, M.Y, (2020) *Transitional Justice in Ghana: An Appraisal of the National Reconciliation Commission*, T.M.C Asser Press, The Hague.

Merwe, H, & Chelin, R, (2020) *Impartial Versus Selective Justice: How Power Shapes Transitional Justice in Africa*, 10(1) *Africa Conflict and Peacebuilding Review*.

Merwe, H, Masiko, N, (2020) *Policy Brief: Addressing Diversity and Inclusion through Transitional Justice*, Centre for study of Violence and Reconciliation

Michael P. BROACHE, “Irrelevance, Instigation, and prevention: the mixed effects of international criminal Court prosecutions on atrocities in the CNDP/M23”, *op. cit.* 10.

Michael S Neiberg, *The Treaty of Versailles: A Concise History* (Oxford University Press 2017).

Miller, A, (2020) *Distributing Justice: Transitional Justice and Stabilization in North Africa*, in Gervais, V, & Genugten, S. (Eds) *Stabilizing the Contemporary Middle East and North Africa*, Palgrave Macmillan.

MINANI BIHUZO, R., *Du pacte de stabilité de Nairobi à l’acte d’engagement de Goma. Enjeux et défis du processus de paix en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Cepas /Rodhecic.

Murambadoro R. (2020) *Discourses on Transitional Justice: A National Dialogue*. In: *Transitional Justice in Africa. Development, Justice and Citizenship*. Palgrave Macmillan, Cham.

Murambadoro, R, (2020) *Transitional Justice in Africa: The Case of Zimbabwe*, Springer, Johannesburg.

- 
- Murithi, Y, S, (2011) Transitional Justice and Development: Partners for sustainable peace in Africa? 6(2) *Journal of Peacebuilding & Development*.
- MUTINGA, M., *Chronique d'une paix négociée en République Démocratique du Congo. Un devoir de mémoire (1998-2003)*, Kinshasa, Espace Afrique, 2005
- Neil Boister and Robert Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal* (Oxford University Press 2008); Guénaél Mettraux, *Perspectives on the Nuremberg Trial* (Oxford University Press 2008).
- Oumar Ba, *States of Justice: The Politics of the International Criminal Court* (Cambridge University Press 2020)
- Phillippe, X, (2020) Economic Transitional Justice in Tunisia: Turning a New Anti-Corruption Leaf in Africa? In Fombad, C.M, & Stetter, N, (Eds), *Corruption and Constitutionalism in Africa*, Oxford, (OUP).
- Raligilia, K.H. (2020) Beyond Foot-Dragging: A Reflection on the Reluctance of South Africa's National Prosecution Authority to Prosecute Apartheid Crimes in Post-Transitional Justice, 41(1) *Obiter*.
- Recker, A, (2016) Kenya's International Law Obligations Towards Violence Against Women: Minding the Implementation Gap, in Merwe, H, & Kemp, G, (Eds.) *International Criminal Justice in Africa, 2016*, Nairobi, Strathmore University Press.
- Sarah KASANDE KIHAIKA, « Evaluating the deterrent effect of the international criminal court in Uganda »
- Scheffer, D, (2020) Three Realities about the Africa Situation at the ICC, in Steinburg, R, (ed.) *The International Criminal Court: Contemporary Challenges and Reform Proposals*, The Hague, Brill.
- Sharanjeet PARMAR, "Dissuasive or Disappointing? Measuring the deterrent effect of the international criminal Court in the Democratic Republic of the Congo » in *Two steps Forward, one step back: the deterrent effect of international criminal tribunals*, Nuremberg Academy series, N° 1(2017).

Sigsworth, R, & Valji, N, (2012) Continuities of Violence Against Women and the Limitations of Transitional Justice: The Case of South Africa, in Buckley – Zistel, S, & Stanley, R, (ed.) *Gender in Transitional Justice*, London, Palgrave.

Sluiter G “VI International Criminal Court (ICC)” 2005 *Netherlands Quarterly of Human Rights* 45.

Stapel, S, & Soderbaum, F, (2019) *Mapping and Problematizing External Funding to AU and the RECs: The Finances of Regional organizations in the Global South*, London, Routledge.

Suzuki, E, (1974) *The New Haven School of International Law: An Invitation to a Policy-oriented Jurisprudence*, 1 *Yale Studies of World Public Order*.

Thomson, S, (2011) *The Darker Side of the transitional Justice: The Power Dynamics Behind Rwanda’s Gacaca Courts*, 81(3) *Africa*.

Vilmer, J, (2016) *The African Union and the International Criminal Court: Counteracting the crisis*, 92(6) *International Affairs*.

Voir John BRAITHWAITE, *Crime, Shame and reintegration*, Cambridge University Press, 1989, p. 69.; David CHUTER, *War Crimes: confronting atrocity in the modern world*, Lynne Rienner publishers, 2003.

Waldorf, L, (2012) *Anticipating the past: Transitional Justice and Socio-economic wrongs*, 21(2) *Social & Legal Studies*.

Xavier PHILIPPE, « Les relations entre la justice transitionnelle et le Statut de Rome », in Julian Fernandez, Xavier Pacreau et Muriel Ubeda Saillard (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale, commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2e éd., 2019, tome 1, à paraître.

## **Chapters in Books**

Ascencio, Hervé, Lambert-Abdelgawad Élisabeth et Sorel, in Jean-Marc. dir., *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Paris, Société de Législation Comparée, 2006.

---

Boêton, Bernar. Les enfants-soldats et la justice pour mineurs, in Mohamed Abdelsalam Babiker, Maxence Daublain et Alexis Vahls, dir., *Enfants-soldats et droits des enfants en situation de conflit et post-conflit. Relaites et enjeux*, Paris, L'Harmattan, 2013.

Crane, David. *Strike Terror No More: Prosecuting the Use of Children in Times of Conflict – The West African Extreme*, in Karin Arts et Vesselin Popovski, dir., *International Criminal Accountability*, Hague Academic Press, Pays-Bas, 2006.

Ho, T, (2020) *Business and Human Rights in Transitional Justice: Challenges for Complex Environments*, in Deva, S, & Birchall, D, (Eds.) *Research Handbook on Human Rights and Business*, London, Edward Elgar, Chapter 18.

Maystre M. et Werner, A. Un modèle de tribunal « internationalisé »: analyse du et perspectives sur le TSSL, in R. Kolb, dir., *Droit international pénal*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

### **Journal Articles**

Abdallah, A, (2014) *Conceptions of Transitional Justice in Somalia: Findings of Field research in Mogadishu*, 14 *Northeast African Studies*

Aurelia Marina POHRIB, “Frustrating noble intentions, the clash between ICC’s deterrent effects and the prosecutor’s policy of focused investigations on perpetrators situated at the highest echelons of responsibility” in *international community Law Review*, 15 (2013).

Carranza, R, (2008) ‘Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes?’ 2 *International Journal of Transitional Justice*.

Clarke, J.N, (2020) *Finding a Voice: Silence and its Significance for Transitional Justice*, 29(3) *Social & Legal Studies*.

Clarke, K.M, (2020) *African Withdrawals and Structural Inequalities*, in Steinburg, R, (ed.) *The International Criminal Court: Contemporary Challenges and Reform Proposals*, The Hague, Brill.

Cole RJV “Africa’s relationship with the International Criminal Court: More political than legal” 2013 Melbourne Journal of International Law 670.

Dempster, L, (2020) ‘Quiet’ Transitional Justice: ‘Publicness’, Trust and Legitimacy in the Search for the ‘Disappeared’, 29(2) Social & Legal Studies.

Eric S. FISH, « Peace through complementarity: solving the ex post problem in international criminal court prosecutions », 119 Yale law Journal (2010).

G Mettraux ‘Crimes against humanity in the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and for Rwanda’ (2002) 43, 1 Harvard International Law Journal 244

Gedamu, Y, (2020) Transitional Justice and Memory Politics in Contemporary Ethiopia, 6(1) Interdisciplinary Political Studies.

Gready, P, & Robins, S, (2020) Transitional Justice and Theories of Change: Towards Evaluation as Understanding, 14(2) International Journal of Transitional Justice.

Greiff, P, (2020) The Future of the Past: Reflections on the Present State and Prospects of Transitional Justice, 14(2) International Journal of Transitional Justice.

Gross, A.M, (2004) The Constitution, Reconciliation and Transitional Justice: Lessons from South Africa and Israel, 40 Stanford Journal of International Law, 47

Hamad, M, (2020) A Law of Diminishing Returns: Transitional Justice in Post-Revolutionary Libya, 3(1) Arab Centre for Research and Policy Studies.

Imoedemhe O “Unpacking the tension between the African Union and the International Criminal Court: The way forward” 2015 African Journal of International and Comparative Law 74.

Isaac EHRLICH, « The deterrent effect of capital punishment: A question of life and death » 65 (3) American Economic Review (1975).

---

John DONPHUE and Justin J. WOLFERS, « the Death penalty: No evidence for deterrence », 3 (April) *The Economists' voice*, April (2006).

Jalloh C C “Africa and the International Criminal Court: Collision course or cooperation?” 2011-2012 *North Carolina Central Law Review*.

Jo HYERAN and Beth A. SIMMONS, *Can the International Criminal Court Deter atrocity?* (December 18, 2014).

Joshi, Y, (2020) *Affirmative Action as Transitional Justice*, 1 *Wisconsin Law Review*.

Kate CRONIN-FURMAN, « Managing Expectations: International Criminal Trials and the Prospects for Deterrence of Mass Atrocity », *International Journal of Transitional Justice*, 2013

Kasajja Phillip Apuuli, ‘The ICC’s Possible Deferral of the LRA Case to Uganda’ (2008) 6 *Journal of International Criminal Justice*.

Levit, J, K, (2007) *Bottom-up International Law-making: Reflections on the New Haven School of International Law*, 32 *Yale Journal of International Law*.

Macdonald, A, (2019) ‘Somehow This Whole Process Became So Artificial’: Exploring the Transitional Justice Implementation Gap in Uganda, 13(2) *International Journal of Transitional Justice*.

Mani, R, (2008) *Dilemmas of Expanding Transitional Justice, or Forging the Nexus Between Transitional Justice and Development*, 2(3) *International Journal of Transitional Justice*.

Mbaku, J.M, (2019) *Constitutionalism and Africa’s Agenda 2063: How to Build “the Africa We Want”* 45 *Brooklyn Journal of International Law*.

McDougal, M, S, (1956) *Law as a Process of Decision: A Policy-Oriented Approach to Legal Study*, 1 *Natural Law Forum*.

McDougal, M, S, (1972) *International Law and Social Science: A Mild Plea in Avoidance*, 66 *American Journal of International Law*.

- Michael TONRY, "The Function of sentencing and sentencing reform", in *Stanford Law review*, Vol. 58, n° 1, 2005.
- Mills K "Bashir is dividing us: Africa and the International Criminal Court" 2012 *Human Rights Quarterly*.
- Muddell, K, Scanlon, H, (2009) *Gender and transitional Justice in Africa: Progress and Prospects*, 9(2) *African Journal on Conflict Resolution*.
- Mudukitu A "South Africa abandoning the International Criminal Court? The build and potential consequences" 2012 *European Human Rights Law Review*.
- Nam JFW "Jurisdictional conflicts between the ICC and the African Union: Solution to the dilemma" 2015-2016 *Denver Journal of International Law and Policy*.
- Nelaeva, G, & Sidorova, N, (2019) *Transitional Justice in South Africa and Brazil: Introducing a Gendered Approach to Reconciliation*, 6(2) *BRICS Law Journal*.
- Nikuze, J, Behm, H, & Parks, H, (2020) *Rwanda's Inyangamugayo: Perspectives from Practitioners in the Gacaca Transitional Justice Mechanism*, 14(2) *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*.
- Okafor, O.C, & Ngwaba, U, (2015) *The International Criminal Court as a 'Transitional Justice' Mechanism in Africa: Some Critical Reflections*, 9(1) *International Journal of Transitional Justice*.
- Oloka-Onyango, J, (2020) *Unpacking the African Backlash to the International Criminal Court (ICC): The Case of Uganda and Kenya*, 4 *Strathmore Law Journal*.
- Robbie Corey-Boulet, 'Ivory Coast: Victor's Justice' (2012) 29 *World Policy Journal* 68.
- Salehi, J, (2020) *A Critique of Opposition of the African Union and its Member States with the Criminal Court and its Effects on International Jurisprudence*, 50 *Public Law Quarterly*.

Scott, J.H, (2020) Reparations, Restitution, Transitional Justice, 26(2) Journal of World Justice System Research.

Selim, Y, Murithi, T, (2011) Transitional Justice and Development: Partners for Sustainable Peace in Africa? 6(2) Journal of Peace and Development.

Sévane GARIBIAN et Marion VIRONDA-DUBRAY, « La Cour pénale internationale, la lutte contre l'impunité et la prévention des crimes internationaux », in Julian FERNANDEZ,

Xavier PACREAU et Muriel UBEDA-SAILLARD : Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Commentaire article par article, deuxième édition, Pédone, Paris 2019.

Wiessner, S, (2009) Law as a Means to a Public Order of Human Dignity: The Jurisprudence of Michael Reisman, 34 Yale Journal of International Law.

Zawati, H.M, (2014) The Challenge of Prosecuting Conflict-related gender-based crimes under Libyan Transitional Justice, 10 Journal of International Law & International Relations.

Zvobgo, K, (2020) Demanding Truth: The Global Transitional Justice Network and the Creation of Truth Commissions, 64(3) International Studies Quarterly.

## Reports

A Tucker 'Rough justice: Rectification in post-authoritarian and post-totalitarian regimes' in J Elster (ed) Retribution and reparation in the transitional justice to democracy (2006).

Aboubakar, Sidiki Aboubacar Diomandé. « L'enfant soldat confronté au processus de désarmement, démobilisation et réinsertion (ddr) » (2013) 44:4 201tudes Int 567-595 à la p 577, doi : 10.7202/1024652ar.

Ademola Abass, 'The Proposed International Criminal Jurisdiction for the African Court: Some Problematical Aspects', 60 Netherlands International Law Review 27, 37-42 (2013).



Amnesty International, « La torture, arme de guerre contre des civils non armé », Rapport de juin 2001 ; Human Right Watch, « Meurtre et répression dans l'Est du Congo », Rapport du 16 mai 2000.

Amnesty International, The state of African regional human rights bodies and mechanisms 2018-2019.

Bakama Bope, Eugèn. La justice congolaise face aux crimes internationaux commis en RDC, Paris, éd. L'Harmattan, 2014.

Bakama Bope, Eugène. « L'expérience congolaise de la Cour Pénale Internationale (The Congolese Experience of the International Criminal Court) » (2016) 82. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2886383>.

Bernard, P. « Les enfants sorciers de Kinshasa », in Le Monde, 12 janvier 2007.

Blunt, E. « Paix fragile en Sierra Leone », Le Monde Diplomatique, 12/1999, à la p14 ; Galy M., « Libéria, une guerre oubliée », Le Monde Diplomatique, 09/1994.

Chahed, Nadia. « Est de la RDC : « Kadogo », l'incontournable destin des enfants de la guerre? » (2017), en ligne : <https://www.aa.com.tr/fr/afrique/est-de-la-rdc-kadogo-lincontournable-destin-des-enfants-de-la-guerre-/912990>.

Chezeville, Hervé. Chroniques africaines de guerre et d'espérance. R. D. Congo, Ouganda, Rwanda, Burundi, Soudan, Aix-en-Provence, éd. Persée, 2006.

Clark Roger S. et Triffterer, Otto. « Article 26: Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen », in Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International

Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999.

Commission of Inquiry into the Post-Election Violence (CIPEV) Final Report (15 October 2008).

Dialogue Kenya Commission Report < <http://www.dialoguekenya.org/index.php/reports/commission-reports.html> > (accessed 5 December 2020).

---

D Orentlicher 'Settling accounts: The duty to prosecute human rights violations of a prior regime' (1991) 100 *The Yale Law Journal* 2552

Daisy Schmitt 'The International Criminal Court's contribution to the fight against impunity for sexual and gender-based crimes in Africa'.

Elassal, Edith-Farah. « Le régime de réparation de la Cour pénale internationale : analyse du mécanisme en faveur des victimes » (2011) 24.1 *Rev Québécoise Droit Int RQDI*, en ligne : *Revue québécoise de droit international (RQDI)* <<https://www.sqdi.org/fr/le-regime-de-reparation-de-la-cour-penale-internationale-analyse-du-mecanisme-en-faveur-des-victimes/>> (consulté le 10 août 2018).

Grappe, Michel. « Enfants soldats, victimes de guerre » (2014) 53:2 *Perspect Psy* 158.

Le Rapport Human rights Watch « La justice en procès, Enseignements tirés de l'affaire des viols de Minova en République démocratique du Congo », 1er octobre 2015.

Graça Machel, *Conséquences des conflits armés sur les enfants. Quelques points saillants*, New York, Département de l'information des Nations Unies, 1996.

ICC Trust Fund for the Victims Report on a need needs assessment study in Kenya concerning the post-election violence victims of 2007/8 7 December 2019 (TFV Assessment report).

Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), 'Speedy reforms needed to deal with past injustices and prevent future displacement' (10 June 2010).

Kalongo Mbikayi, *Droit civil les obligations*, Cours de 2ème année de graduat, notes polycopiées, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, 2005-2006.

Kibel'bel Oka, Nicaise. *RD Congo-Ituri de la guerre identitaire au pillage des mines d'or de Kilo Moto par des multinationales anglo-saxonnes*, Bruxelles, Éditions-Scribe, 2016.

Luzolo Bambi Lesaa Emmanuel-Janvier. *Traite de droit judiciaire. La justice congolaise et ses institutions*, Kinshasa, Centre de recherche sur la justice transitionnelle-Presses Universitaires du Congo, 2018.

Luzolo Bambi Lessa Emmanuel-Janvier et Bayona ba Meya, Nicolas-Abel. Manuel de procédure pénale, Kinshasa, PUC, 2011.

Makaya Kiela, Serge. « Quelques considérations critiques sur l'affaire contre Thomas Lubanga à la CPI », in International Justice Monitor, <https://www.ijmonitor.org/2016/09/>.

Makaya Kiela, Serge. Droit à réparation des victimes des crimes internationaux en droit positif congolais. Esquisse d'une approche holistique, Kinshasa, 2019, Centre de recherches sur la justice transitionnelle, Presses Universitaires du Congo.

Malek-Bakouche Farah. « Les enfants oubliés du Kasai, en République démocratique du Congo », publié le 10 mai 2018, Unicef Canada, en ligne : <https://www.unicef.ca/fr/blog/les-enfants-oublies-du-kasai-en-republique-democratique-du-congo>

Manirakiza, Pacifique. « Les Enfants Face au Système International de Justice : À la Recherche d'un Modèle de Justice Pénale Internationale pour les Délinquants Mineurs. (French) » (2009) 34:2 Queens Law J 719.

Minani Bihuzo, R. Du pacte de stabilité de Nairobi à l'acte d'engagement de Goma. Enjeux et défis du processus de paix en République démocratique du Congo, Kinshasa, Cepas /Rodhecic, aux pp7-17.

Mouzayan, Osseiran-Houbllah. L'enfant-soldat : victime transformée en bourreau, Paris, Odile Jacob, 2003.

Mutinga, Modeste. Chronique d'une paix négociée en République Démocratique du Congo. Un devoir de mémoire (1998-2003), Kinshasa, Espace Afrique, 2005 ; Nations Unies, Rapport de l'équipe d'enquête du Secrétaire Général sur les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire en République Démocratique du Congo, New York, Nation Unies, 2 juillet 2008.

Nations Unies, Rapport de l'équipe d'enquête du Secrétaire Général sur les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire en République Démocratique du Congo, New York, Nation Unies, 2 juillet 2008.

---

Nations Unies, Rapport sur la situation des droits de l'homme dans la République Démocratique du Congo présenté par le Rapporteur spécial, M. ROBERT conformément à la résolution 1999/56 de la Commission des droits de l'homme, Commission des droits de l'homme des Nations Unies, Genève, E/CN.4/2000/42, 18 janvier 2000.

Nyabirungu mwene Songa, Raphael. Droit international pénal : crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, Kinshasa, Ed. Droit et Société, 2013.

Owiso Owiso, "International Law and the Protection of Children Associated with Armed Forces and Armed Groups: Reconciling Normative Standards on Recruitment and Participation", HuV Band 3 | 2020 | Heft 3-4 | S. 248-260 DOI 10.35998/huv-2020-0014.

Pazartzsis, P. « Tribunaux pénaux internationalisés : Une nouvelle approche de la justice pénale (inter)nationale, AFDI, vol.49, n°1, 2003, aux pp641-661.

Perriello T. et Wierda, M. « Le Tribunal spécial pour la Sierra-Léone sur la sellette », ICTJ, 05/03/2005, URL : <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-SierraLeone-Tribunaux-Hybrides-2006-French.pdf> du 11/02/2016.

Rapport annuel de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour le sort des enfants en temps de conflit armé, Doc off AG NU, 34e sess, UN Doc A/HRC/34/44 (22 décembre 2016), à la p 3, aux para 3-7, en ligne : UN [Rapport de la Représentante spéciale 2016].

Rapport final du Groupe d'experts sur la RDC, du 2 juin 2020, 2/2020/482.

Raquel Aldana-Pindell 'An emerging universality of justiciable victims' rights in the criminal process to curtail impunity for state-sponsored crimes' Human Rights Q. 1416 1417.

Report of the Committee on Budget and Finance on the work of its thirty-third session ICC-ASP/18/15 (27 September 2019).

Schmitz, Marc. Les enfants-soldats un phénomène universel de plus en plus préoccupant, dans Marc Schmitz, dir., La guerre. Enfant admis, Bruxelles, Coédition Grip-Éditions Complexe, 2001.

T Meron Human rights and humanitarian norms as customary law (1989)

The Kenyan Transitional Justice Network, 'A policy proposal for reparations for historical injustices' 2017.

Theo Van Boven 'The United Nations Principles, setting out the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law United Nations Audiovisual Library of International Law (2010) 3

Truth Justice and Reconciliation Commission report, vol 4.

Virginie Degorge et Olivier Douville, « Les « enfants-sorciers » ou les rejets de la guerre en Afrique Équatoriale. Un défi pour l'anthropologie psychanalytique » [2012] 24 Fig Psychanal 233, DOI : 10.3917/fp.024.0233.

Wane Bameme Bienvenu et Kasongo Lukoji, Ghislain-David. « La responsabilité pénale des mineurs en droit international et en droit congolais : Entre un pragmatisme justifié et un dogmatisme affirmé » (2018)12 :3, Fiat Justicia,.

Watchlist, Protecting Children: Implementation of UN Security Council Resolution 1379 (Protection des enfants : mise en œuvre de la résolution 1379 du Conseil de sécurité des Nations Unies).

Your, Dominique. Penser les droits de l'enfant, Paris, PUF, 2002.

### **Theses**

Caroline, Jacquier. La protection des enfants soldats par le droit international, thèse pour le doctorat en droit, Université Paul-Cézanne (Aix-Marseille), 2006.

Dimuene Paku Diassolua, L'exercice de la compétence universelle en droit pénal international comme alternative aux limites inhérentes dans le système de la CPI, mémoire présenté comme exigence partielle de maîtrise en droit international, Université de Québec, Montréal, Faculté des Sciences Politiques et de Droit, 2008.

Makaya, Kiela, Serge. Le droit à réparation des victimes des crimes internationaux, condition de justice efficiente : l'exemple de la République Démocratique du Congo, thèse pour le doctorat en droit, Aix-Marseille Université, 2014.

Phoebe Oyugi, 'Plea Negotiation at the International Court: Opportunities and Costs' (LLD thesis, Stellenbosch University 2020).

Retief J "Extraordinary rendition and criminal law: Criminalising the indefinable?" 2009 University of Pretoria Doctoral Thesis.

### **Other Sources**

Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais sur la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 16 janvier 2002, en ligne : (CICR) [www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?documentId=0D909D3998AA71A9C1256BAD0027E08F&action=openDocument](http://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?documentId=0D909D3998AA71A9C1256BAD0027E08F&action=openDocument).

Adam Nossiter, 'Ivory Coast Election Standoff, With Limbo and 2 Winners' The New York Times (3 December 2010) <<https://www.nytimes.com/2010/12/04/world/africa/04ivory.html>> accessed 3 October 2018.

Annexe 1 de l'Accord politique pour la paix et la réconciliation en RCA (Accord de Khartoum), février 2019.

Art. 1 de la loi n°2009 portant création, organisation et fonctionnement de la Commission vérité, justice, réparation et réconciliation (CVJRR).

Bebin XAVIER, Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale, Paris : L'Harmattan, 2006, Chap. 8

C'est la raison pour laquelle, le Plan stratégique 2019-2021 du Bureau du Procureur prévoit la possibilité d'engager de poursuites contre les criminels notoires ou de rang intermédiaire. Plan Stratégique 2019-2021, op. cit.

Christophe MUZUNGU, La Cour pénale internationale face à la crise en RDC, Étude critique et prospective, L'Harmattan, 2015.

Chronologie. La crise au Kasai en 30 dates, en ligne : <http://webdoc.rfi.fr/rdc-kasai-violences-crimes-kamuina-nsapu/chronologie/index.html>; « Le Gouverneur du Kasai central appelle la population à privilégier la Paix en toute situation », en ligne <https://peacekeeping.un.org/fr/le-gouverneur-du-kasai-central-appelle-la-population-privilegier-la-paix-en-toute-situation>.

Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, CAB/LEG/153/Rev 2, Organisation de l'Unité africaine, 11 juillet 1990 (entrée en vigueur le 29 novembre 1999), en ligne : [http://www.un.org/fr/africa/osaa/pdf/au/afr\\_charter\\_rights\\_welfare\\_child\\_africa\\_1990f.pdf](http://www.un.org/fr/africa/osaa/pdf/au/afr_charter_rights_welfare_child_africa_1990f.pdf).

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990, accession du Canada 12 décembre 1991).

Déclaration de la LIPADHOJ en rapport avec la situation sécuritaire qui prévaut en province de l'Ituri, 12 février 2018.

Déclaration sur la Protection des femmes et des enfants en période d'urgence et de conflits armés, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 14 décembre 1974.

Decision on the authorisation of an investigation in the Republic of Côte d'Ivoire (n 4).

Éléments de réponse du Vice-Premier Ministre de l'intérieur et de la sécurité Emmanuel Ramazani Shadari à la question d'un député de Dibaya, Martin Kabuya, à l'Assemblée nationale, le 17 janvier 2017. Principes directeurs des Nations Unies pour la prévention de la délinquance juvénile (Principes de Riyad), RES AG 45/112 Doc off AG NU (14 décembre 1990), en ligne : [www.ohchr.org/french/law/principes\\_riyad.htm](http://www.ohchr.org/french/law/principes_riyad.htm).

George MUKUNDI WACHIRA «The African Union transitional justice policy framework and how it fits into the African governance Architecture (AGA), Promise and prospects for the African Court of justice and Human Rights » in *The African Court of justice and Human and Peoples Rights in contexte development and challenges*, Charles Jalloh, Kamani M. Clarke and Vincent O. Nmehielle (eds), Cambridge University Press.

---

ICC Prosecutor Vows to Investigate Both Sides in Ivory Coast' <<https://www.reuters.com/article/us-icc-ivorycoast/icc-prosecutor-vows-to-investigate-both-sides-in-ivory-coast-idUSKCN0YP24B>> accessed 6 February 2018.

Interviews avec un caporal des FDLR à Rutshuru, 15 février 2017

Interviews avec un ex- combattant du M23 à Gisenyi (Rwanda), 20 février 2017

Interviews avec un ex-combattant des FDLR à Masisi, (16 février 2017)

Interviews avec un ex-combattant du CNDP à Goma, 18 février 2017

Jo HYERAN et Simmons BETH, op. cit. cité par Sévane GARIBIAN et Marion VIRONDA-DUBRAY.

Mark DRUMBL, *Atrocity, Punishment and International Law*, op.cit..

Matias HELLMAN, « Challenges and limitations of outreach from the ICTY to the ICC ».

Michael P. BROACHE, “Irrelevance, Instigation, and prevention: the mixed effects of international criminal Court prosecutions on atrocities in the CNDP/M23”, in *International Journal of transitional justice*, 2016, 10.

Mission de l’organisation des Nations Unies pour la stabilisation en RDC, Rapport du Secrétaire général, New-York, 18 juin 2020, S/ 2020/554, §. 46.

Pascal KAMBALE, « A story of missed opportunities, The role of the International Criminal Court in the Democratic Republic of Congo » in Christian De VOS, Sara KENDALL and Carsten STAHN (eds),

Politique de justice transitionnelle de l’Union africaine (2019), § 53 iii.

Politique de justice transitionnelle de l’Union africaine (PJTUA), op. cit. § 50.

Politique de justice transitionnelle de l’Union africaine(PJTUA), adopté en février 2019.



Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, 27 June 2014, Assembly/AU/Dec. 529 (XXII), Doc. Assembly/AU/8(XXIII).

Special proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers at Tokyo and International Military Tribunal for the Far East January 19, 1946 <[http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3\\_1946%20Tokyo%20Charter.pdf](http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf)> accessed 8 November 2017.

Statut de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 159 (entrée en vigueur : 1er juillet 2002).

Valérie WRIGHTS, « Deterrence in Criminal justice: Evaluating certainty vs severity of punishment », *op.cit.*

### Internet Sources

Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais sur la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 16 janvier 2002, en ligne : (CICR) [www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?documentId=0D909D3998AA71A9C1256BAD0027E08F&action=openDocument](http://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?documentId=0D909D3998AA71A9C1256BAD0027E08F&action=openDocument).

African leaders accuse ICC of 'race hunt': <https://www.aljazeera.com/news/2013/5/28/african-leaders-accuse-icc-of-race-hunt>

Bernard Houdin, 'Pourquoi il faut libérer Laurent Gbagbo' (Club de Mediapart) <<https://blogs.mediapart.fr/bernard-houdin/blog/030217/pourquoi-il-faut-liberer-laurent-gbagbo>> .Mediapart enfonce le clou : C'est Gbagbo qui a gagné aux élections de 2010' La Dépêche d'Abidjan (9 April 2013) <[https://www.ladepechedabidjan.info/Mediapart-enfonce-le-clou-C-est-Gbagbo-qui-a-gagne-aux-elections-de-2010\\_a13418.html](https://www.ladepechedabidjan.info/Mediapart-enfonce-le-clou-C-est-Gbagbo-qui-a-gagne-aux-elections-de-2010_a13418.html)>.

'Côte d'Ivoire' (States Parties to the Rome Statute) <[https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/african%20states/Pages/Cote\\_d\\_Ivoire.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/african%20states/Pages/Cote_d_Ivoire.aspx)> accessed 3 October 2018.

Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, CAB/LEG/153/Rev 2, Organisation de l'Unité africaine, 11 juillet 1990 (entrée en vigueur le 29 novembre 1999), en ligne : [http://www.un.org/fr/africa/osaa/pdf/au/afr\\_charter\\_rights\\_welfare\\_child\\_africa\\_1990f.pdf](http://www.un.org/fr/africa/osaa/pdf/au/afr_charter_rights_welfare_child_africa_1990f.pdf).

Coronavirus : au Sénégal, Hissène Habré se voit accorder une sortie de prison de 60 jours : <https://www.france24.com/fr/20200407-coronavirus-aus%C3%A9n%C3%A9gal-hiss%C3%A8ne-habr%C3%A9-se-voit-accorder-une-sortie-de-prison-de-60-jours>

Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute” 42(6 September 2018) [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018\\_04203.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_04203.PDF)

Douglas Guilfoyle, The International Criminal Court Independent Expert Review: reforming the Court: Part I, <https://www.ejiltalk.org/the-international-criminal-court-independent-expert-review-reforming-the-court-part-i/>

Douglas Guilfoyle, The International Criminal Court Independent Expert Review: reforming the Court: Part II. <https://www.ejiltalk.org/the-international-criminal-court-independent-expert-review-reforming-the-court-part-ii/>

DRC: LUBANGA AND KATANGA FREED FOR PEACE IN ITURI, <https://www.justiceinfo.net/en/44065-drc-lubanga-and-katanga-freed-for-peace-in-ituri.html>

[https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP18/GD.DEN.2.12.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/GD.DEN.2.12.pdf)

[https://au.int/sites/default/files/decisions/38180-assembly\\_au\\_dec\\_749-795\\_xxxiii\\_e.pdf](https://au.int/sites/default/files/decisions/38180-assembly_au_dec_749-795_xxxiii_e.pdf)

<https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-s1-PROTOCOL%20ON%20AMENDMENTS%20TO%20THE%20PROTOCOL%20ON%20THE%20STATUTE%20OF%20THE%20AFRICAN%20COURT%20OF%20JUSTICE%20AND%20HUMAN%20RIGHTS.pdf>

[https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045\\_-protocol\\_on\\_amendments\\_to\\_the\\_protocol\\_on\\_the\\_statute\\_of\\_the\\_african\\_court\\_of\\_justice\\_and\\_human\\_rights\\_e-compressed.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045_-protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e-compressed.pdf)

[https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045\\_-protocol\\_on\\_amendments\\_to\\_the\\_protocol\\_on\\_the\\_statute\\_of\\_the\\_african\\_court\\_of\\_justice\\_and\\_human\\_rights\\_e-compressed.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045_-protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e-compressed.pdf)

<https://rcn-ong.be/la-condamnation-de-fabien-neretse-est-devenue-definitive-sa-peine-est-de-25-ans-de-reclusion-criminelle/>

<https://www.coalitionfortheicc.org/judicial-election-2020-page>

<https://www.icc-cpi.int/nigeria>

<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201211-prosecutor-statement>

<https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1126>

<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/15-1762-Red>

<https://www.trustfundforvictims.org/en/locations/democratic-republic-congo>

<https://www.trustfundforvictims.org/index.php/en/what-we-do/assistance-programmes>

Gaëlle Ponselet, ‘Le procès du Rwandais Fabien Neretse, accusé de génocide, s’ouvre en Belgique, 7 novembre 2019, <https://www.justiceinfo.net/fr/42824-proces-rwandais-fabien-neretse-accuse-genocide-ouvre-belgique.html>

Gbagbo Captured by Pro-Ouattara Forces in Abidjan’ (France 24, 11 April 2011) <<https://www.france24.com/en/20110411-laurent-gbagbo-captured-pro-ouattara-forces-abidjan-ivory-coast>> accessed 3 October 2018.

Human Rights Watch : Union’ africaine : Toujours aucune réparation pour les victimes de Hissène Habré’, <https://www.hrw.org/fr/news/2021/01/26/union-africaine-toujours-aucune-reparation-pour-les-victimes-de-hissene-habre>

Human Rights Watch, ‘Les victimes de Hissène Habré poursuivent leur lutte pour obtenir des réparations’, <https://www.hrw.org/fr/news/2021/05/26/les-victimes-de-hissene-habre-poursuivent-leur-lutte-pour-obtenir-des-reparations>’

---

Hayner P “Negotiating peace in Sierra Leone: Confronting the justice challenge” (December 2007) available at [https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-CHD-SierraLeone-Negotiating-Peace-2007-English\\_0.pdf](https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-CHD-SierraLeone-Negotiating-Peace-2007-English_0.pdf)

Human Rights Watch, ‘« Ils Les Ont Tués Comme Si de Rien n’était » Le Besoin de Justice Pur Les Crimes Post- Électoraux En Cote d’Ivoire’ (2011) 1-56432-820–1 <<https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/cdi1011frwebwcover.pdf>>

ICC Assembly of States parties: ICC-ASP/R19/SP/22, 8 February 2021, [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP19R/NV%20Prosecutor%20election%209th%20extension%20ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19R/NV%20Prosecutor%20election%209th%20extension%20ENG.pdf)

ICC-ASP/19/INF.2/Add.3, Report of the Committee on the Election of the Prosecutor Addendum Appraisals of additional candidates, 25 November 2020, [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP19/ICC-ASP-19-INF2-Add3-ENG-CEP-additional-appraisals.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/ICC-ASP-19-INF2-Add3-ENG-CEP-additional-appraisals.pdf)

ICC ASP, Report of the Committee on the Election of the Prosecutor Addendum, Candidate reference material, ICC-ASP/19/INF.2/Add.2, [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP19/ICC-ASP-19-INF2-Add2-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP19/ICC-ASP-19-INF2-Add2-ENG.pdf)

ICC Presidency publishes ‘Guidelines for the Judiciary Concerning the Holding of Court Hearings during the COVID-19 Pandemic’, 23 June 2020.: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1529>

International federation for human rights: 20 candidates under full scrutiny: ICC judges must be elected on merit alone, Press Release, 06/10/2020, <https://www.fidh.org/en/issues/international-justice/international-criminal-court-icc/20-candidates-under-full-scrutiny-icc-judges-must-be-elected-on-merit>

International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, Case Information Sheet, May 2021.

International Residual Mechanism for Criminal Tribunal, Office of the Prosecutor, ‘Mechanism fugitive Félicien Kabuga arrested today’, Press Release, 16.5.2020.

International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, Prosecutor v. Felicien KABUGA, Preliminary order regardng medical examination of Felicien Kabuga, <https://www.irmct.org/sites/default/files/casedocuments/mict->

13-38/president%E2%80%99s-orders/en/201029-preliminary-order-regarding-medical-examination-felicien-kabuga-en.pdf

International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, Prosecutor v. Felicien KABUGA, Order scheduling an initial appearance, <https://www.irmct.org/sites/default/files/casedocuments/mict-13-38/trial-orders/en/201108-order-scheduling-initial-app-kabuga-en.pdf>

Journalists for Justice, ‘Storm over Uhuru’s Shs10 billion for victims reparations’ <https://jffjustice.net/storm-over-uhurus-sh10-billion-for-victims-reparations/>

L’ancien leader tchadien Hissène Habré retourne en prison à Dakar, 7 June, 2020 : <https://www.voaafrique.com/a/senegal-tchad-coronavirus-l-ancien-leader-tchadien-hiss%C3%A8ne-habr%C3%A9-/5452863.html>.

List of African Countries that have signed, ratified/ acceded the African Charter on Human and Peoples Rights [https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-sl-african\\_charter\\_on\\_human\\_and\\_peoples\\_rights\\_2.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-sl-african_charter_on_human_and_peoples_rights_2.pdf)

Nabil M. Orina, Kabuga Arrested: Where Should he be Tried? 17. 5.2020: <https://www.icjafrika.com/single-post/2020/05/17/kabuga-arrested-where-should-he-be-tried>

Phase 1 Report”. Report on Preliminary Examination Activities 2019 8 (5 December 2019) <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf>

Portail Officiel du Gouvernement de Cote D’ivoire “Presidentielle : Le Conseil

Constitutionnel Proclame Alassane Ouattara President de la Republique” [http://www.gouv.ci/\\_actualite-article.php?d=1&recordID=1399&p=306](http://www.gouv.ci/_actualite-article.php?d=1&recordID=1399&p=306) (accessed 14 March 2021)

Preliminary examination: Colombia, <https://www.icc-cpi.int/colombia> accessed on 12 August 2020

Preliminary examination: Iraq/UK, <https://www.icc-cpi.int/iraq> accessed on 12 August 2020

---

Preliminary examination: State of Palestine, <https://www.icc-cpi.int/palestine> accessed on 21 August 2020

Preliminary examination: Ukraine, <https://www.icc-cpi.int/ukraine> accessed on 21 August 2020

Preliminary examination: Venezuela I, <https://www.icc-cpi.int/venezuela> accessed on 12 August 2020.

Preliminary examination: Venezuela II, <https://www.icc-cpi.int/venezuelaII> accessed on 12 August 2020

Procès Rwanda: Fabien Nereisé reconnu coupable de crime de génocide : [https://www.rtb.be/info/societe/detail\\_proces-rwanda-fabien-neretse-reconnu-coupable-de-crime-de-genocide?id=10392172](https://www.rtb.be/info/societe/detail_proces-rwanda-fabien-neretse-reconnu-coupable-de-crime-de-genocide?id=10392172)

Prosecutor vs. Felicien Kabuga, Decision on Felicien Kabuga's motion to amend the arrest warrant and order for transfer, 21 October 2020

Prosecutor vs. Felicien Kabuga, Decision on Felicien Kabuga's motion to amend the arrest warrant and order for transfer, 21 October 2020. See <https://www.irmct.org/sites/default/files/casedocuments/mict-13-38/single-judge-decisions/en/201021-decision-motion-order-transfer-kabuga-en.pdf>.

Report on Preliminary Examination Activities 2019 8(5 December 2019) <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf>

Situation in Georgia Case No. ICC-01/15 <https://www.icc-cpi.int/georgia> accessed on 12 August 2020

Situation in the Islamic Republic of Afghanistan Case No. ICC-02/17 <https://www.icc-cpi.int/afghanistan> accessed on 12 August 2020

Situation in the Islamic Republic of Afghanistan Case No. ICC-02/17 <https://www.icc-cpi.int/afghanistan>

Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, para 96, a., <https://www.legal-tools.org/doc/2fb1f4/>

Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar Case No. ICC-01/19 <https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar> accessed on 12 August 2020

State Parties to the Rome Statute, as listed on the official website of the International Criminal Court and available at [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx).

State Parties to the Rome Statute, as listed on the official website of the International Criminal Court and available at [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx).

Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the situation in Nigeria: <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201211-prosecutor-statement>

Statement to the United Nations Security Council on the Situation in Libya, pursuant to UNSCR 1970 (2011): <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=200505-statement-prosecutor-unsc-libya>

Storm clouds over Sun City: The urgent need to recast the Congolese peace process (14 May 2002) International Crisis Group available at <https://d2071andvip0wj.cloudfront.net/44-storm-clouds-over-sun-city-the-urgent-need-to-recast-the-congolese-peace-process.pdf> (accessed 14 December 2020).

The International Criminal Court needs fixing, Wednesday, April 24 2019, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/the-international-criminal-court-needs-fixing/> Its authors are Prince Zeid Raad Al Hussein(ASP President 2002-2005); Bruno Stagno Ugarte(2005 -2008); Christian Wenaweser(2008- 2011); and Tiina Intelman(2011 to 2014)

The situation in Bangladesh/Myanmar, <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/19-27>.

The situation in the State of Palestine, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=210303-prosecutor-statement-investigation-palestine> and the situation in Georgia, <https://www.icc-cpi.int/georgia>

---

The text of the resolution can be found here: [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/ASP18/ICC-ASP-18-Res7-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP18/ICC-ASP-18-Res7-ENG.pdf). Resolution ICC-ASP/18/Res, the Assembly of States Parties to the Rome Statute

Trust Fund for Victims : Situation in the Central African Republic II, Notification by the Board of Directors in accordance with regulation 50 (a) of the Regulations of the Trust Fund for Victims of its conclusion to undertake further specified activities in the Central African Republic, ICC-01/14-126, 15 September 2020: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/14-126>

Trust Fund Victims Statute [https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting\\_resources/statute\\_trust\\_fund\\_victims\\_french.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/statute_trust_fund_victims_french.pdf)



The International Criminal Justice in Africa series is a collection of papers by members of the Konrad Adenauer Stiftung's African Group of Experts on International Criminal Justice. The group's members are mostly academics and legal practitioners from sub-Saharan Africa with expertise in the field of international criminal law. The book offers a uniquely African perspective on the issues, challenges and prospects facing the project of international criminal law in Africa. It is essential reading for students and scholars interested in the subject.

The following topics are covered in this eighth edition;

- Africa and International Criminal Justice in 2020: An Overview
- Reparation des actes commis par les enfants-soldats : Une marche périlleuse des victimes à la lumière du droit congolais
- Towards an effective ICC Assistance Program in Kenya for the victims of 2007-2008 Post Election Violence
- The Laurent Gbagbo and Blé Goudé Case and the politics of one-sided prosecutions at the International Criminal Court
- Cry Wolf: Do African states have just cause to withdraw from the ICC?
- Le protocole de Malabo Sur la Cour Africaine de Justice et des droits de l'homme : Véritable engagement ou feuille de chantage ?
- The African Union Transition Justice Policy: Have principles substituted rules in legal syllogism?
- Le bilan mitigé de l'action préventive et dissuasive De la cour pénale internationale à travers l'exemple de la république démocratique du Congo
- La justice transitionnelle en République Centrafricaine (RCA) : Défis et chances de réussite

The book also includes an annual report highlighting the most significant developments in international criminal justice on the continent in 2020 and early 2021.

