



Novembre 2010

Institut de recherche et
débat sur la gouvernance

Institute for Research and
Debate on Governance

Instituto de investigaci3n
y debate sobre la
gobernanza

ANALYSE

Pluralisme normatif et l'élaboration du droit international : le cas du Tribunal pénal international pour le Rwanda

Par **Évelise PLÉNET**, docteure en droit public au CERDHAP

Évelise Plénet est docteure en droit public et est actuellement chercheuse associée au Centre d'études et de recherche sur le droit, l'Histoire et l'administration publique (CERDHAP), rattaché à la faculté de droit de Grenoble de l'université Pierre Mendès France. Elle est l'auteure d'un ouvrage tiré de sa thèse « Vers la création d'une prison pénale internationale, l'exécution des peines prononcées par les juridictions pénales internationales ».

Sommaire

p.3

Synthèse

p.5

Introduction

p.11

L'élaboration internationale du droit du TPIR
Un droit teinté de compromis

p.26

Le droit au service de la réconciliation nationale rwandaise
Une justice multi-niveaux

p.39

Bibliographie et liens web

Liste des sigles et principales abréviations

al. : alinéa

c/ : contre

CIJ : Cour internationale de justice

CDI : Commission du droit international

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

Conv.EDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

CICR : Comité international de la Croix-Rouge

CPI : Cour pénale internationale

CSCE : Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe

FIDH : Fédération internationale des droits de l'homme

Ibidem : Ibid.

Infra : Plus loin

in : dans

n° : numéro

ONG : Organisation non gouvernementale

ONU : Organisation des Nations unies

OUA : Organisation de l'unité africaine

p. : page

pp. : pages

para. : paragraphe

PGD : Principes généraux du droit

supra : plus haut

TMI : Tribunal Militaire international

TPI : Tribunaux pénaux internationaux

TPIR : Tribunal pénal international pour le Rwanda

TPIY : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

TSL : Tribunal spécial pour le Liban

TSSL : Tribunal spécial pour la Sierra Leone

RPP : Règlement de procédure et de preuve

v. : versus

Synthèse

La création du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) s'est faite en application de la résolution 955 du Conseil de sécurité¹, prise sur le fondement du Chapitre VII de la Charte des Nations unies. Le TPIR a pour mandat de « juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 »². Juridictions d'un genre nouveau que l'on peut définir de la manière suivante, un Tribunal pénal international *ad hoc* est une institution juridictionnelle internationale, créée à titre d'organe subsidiaire du Conseil de sécurité des Nations unies par une résolution du Conseil de sécurité agissant dans le cadre du Chapitre VII, et chargée de poursuivre et juger les personnes responsables de crimes relevant du droit international commis dans le cadre d'un conflit donné. Son mandat est limité dans le temps (*ratione temporis*) et l'espace (*ratione loci*). Il convient de préciser cette définition à deux égards, le premier est que l'application du Chapitre VII crée un lien inextricable entre TPI et action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression, le second, faute de moyens propres, l'exécution de ses fonctions est largement tributaire de l'entraide judiciaire internationale, en d'autres termes de l'assistance des États. Le mandat et les statuts du TPIR ont donc été pensés en référence au droit international. Comment cela interroge-t-il l'effectivité du TPIR par rapport à l'objectif de sanction et de réconciliation nationale au Rwanda et dans la sous région où la conception de la régulation sociale, du rôle du droit et de la sanction est différente.

Le TPIR a été créé et pensé au bureau des Nations unies de New York. Le statut du Tribunal, source primaire du droit rendu à Arusha (lieu de résidence du Tribunal), est le fruit d'un compromis interétatique dans lequel les États-Unis, la France et le Royaume-Uni ont toujours été vigilants de garder la main au cours des négociations. Ce compromis juridique établit un rapport de force entre partisans de la common law et ceux de la civil law mais en aucun cas ne tient compte du droit en vigueur dans l'État concerné, celui des victimes, des témoins et des accusés. Dans la pratique, cela se traduit par des audiences où deux acteurs

1. Résolution 955 portant création du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Conseil de sécurité, 3453^e séance, S/RES/955, 8 novembre 1994.

2. « Créé par le Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la charte des Nations unies, le Tribunal criminel international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 (ci-après dénommé « Tribunal international pour le Rwanda ») exercera ses fonctions conformément aux dispositions du présent Statut. Article premier : Compétence du Tribunal international pour le Rwanda : Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994, conformément aux dispositions du présent Statut ». Résolution 955 portant création du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Conseil de sécurité, 3453^e séance, S/RES/955, 8 novembre 1994.

issus de deux univers distincts sont en présence : l'acteur international (juges, procureurs, avocats, etc.) et l'acteur local/national (témoins, victimes et accusés). Comme l'on souligné les personnes interviewées à l'occasion de cette étude, la rencontre entre l'acteur international revêtant un « habit de lumière » et l'acteur local, souvent issu de zones rurales, planté dans un décorum « à le faire frémir » ne peut qu'être difficile. Le premier est dans son environnement dont il maîtrise parfaitement les codes, le second se retrouve dans une situation à laquelle personne ne l'a préparé et qui bien souvent constitue une deuxième épreuve après le génocide. Il existe une réelle rupture entre ces deux univers et des codes culturels parfois irréconciliables ? Comment le Tribunal prend-il en compte les conceptions de ce qui chez les victimes constitue la meilleure réparation possible ou le meilleur vecteur de régulation possible ? Entre légitimité internationale et réponse locale, le TPIR est-il un vecteur d'élaboration d'un droit pénal international pluriel ?

Introduction

Alors que la dislocation de l'Union soviétique s'est faite sans trop de heurts, à partir de 1991, le démembrement de la République fédérale de Yougoslavie entraîne ce territoire dans un chaos meurtrier : massacres, expulsions, déplacement de population, etc. Tout au long des dix années de guerre que connaît le territoire d'ex-Yougoslavie, environ 200 000 personnes sont mortes et un million sont déplacées. En 1989, Slobodan Milošević accède à la présidence de la République de Serbie et affirme sa volonté de réaliser une « Grande Serbie ». Les parlements slovène et croate proposent, les 20 et 21 février 1991, la « dissociation » de la Fédération en plusieurs États souverains et autonomes. La Croatie et la Slovénie proclament leur indépendance le 25 juin 1991 et leur « dissociation » de la Fédération yougoslave. L'armée fédérale, essentiellement serbe, intervient en Slovénie. Des combats meurtriers commencent. En Croatie, des affrontements sanglants se produisent entre forces de l'ordre croates et extrémistes serbes appuyés par l'armée fédérale. Ces premiers affrontements marquent le début de la guerre d'ex-Yougoslavie. Cette guerre a touché, de manière concomitante et/ou successive les six républiques d'ex-Yougoslavie, la Slovénie, la Croatie, la Bosnie-Herzégovine, le Kosovo, la Macédoine et la Serbie et elle n'a pris fin qu'avec l'intervention des puissances occidentales dans le cadre d'opérations de l'Organisation du traité de l'Atlantique nord (OTAN).

Peu de temps après, c'est une nouvelle région du monde qui devient le théâtre d'atrocités. Au printemps 1994, le Président rwandais Juvénal Habyarimana appartenant à l'ethnie hutue, est assassiné le 6 avril lors de son retour au Rwanda à bord de l'avion qui le ramenait d'Arusha en Tanzanie, où il avait participé à un sommet consacré aux crises burundaise et rwandaise. Le Falcon 50 du Président a été frappé par un tir de missile sol-air alors qu'il amorçait son atterrissage sur l'aéroport de Kigali. À partir de là, durant trois mois, furent massacrées au Rwanda plus de huit cent mille personnes. Le monde assista au génocide de la minorité tutsi et aux massacres des hutus refusant de prendre part aux tueries. L'ère de la communication, de la transmission d'informations et de leur diffusion massive amorcée à partir des années 90 amène une prise de conscience mondiale. Les images de cette barbarie (appartenant à une époque que l'on croyait révolue) sont diffusées par les grandes chaînes de télévision du monde entier.

Face à l'ampleur de l'horreur des crimes perpétrés en ex-Yougoslavie et au Rwanda, l'éveil des consciences a conduit à refuser d'emblée, un oubli, une amnésie ou encore une amnistie des auteurs de ces crimes. La médiatisation du conflit dans l'ex-Yougoslavie et au Rwanda a eu pour conséquence la diffusion d'images, parfois en direct, des perpétrations des crimes et des charniers et a inscrit ces atrocités dans la mémoire collective. Dès lors, la communauté internationale a été sommée de trouver une réponse à l'horreur. C'est alors qu'un

engouement renouvelé pour la justice pénale internationale et la lutte contre l'impunité a refait surface après une longue hibernation depuis 1946. La création des Tribunaux pénaux internationaux (TPI) s'est faite par la résolution 827 pour le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et la résolution 955 pour le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) du Conseil de sécurité¹, en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies.

En 2010, c'est 161 personnes qui ont été mises en accusation devant le TPIY pour violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. Les procédures sont closes pour 125 accusés, douze d'entre eux ont été acquittés, 62 déclarés coupables, certaines affaires ont été transférées aux tribunaux nationaux, des actes d'accusation ont été retirés et des accusés sont décédés². Bien que la plupart des affaires portées devant le Tribunal aient concerné des crimes commis par des Serbes et des Serbes de Bosnie, le TPIY a enquêté et mené des poursuites sur des personnes de toutes les origines ethniques du territoire d'ex-Yougoslavie. Ainsi, des croates, des musulmans de Bosnie et des albanais du Kosovo ont été reconnus coupables de crimes perpétrés, entre autres, contre des Serbes et condamnés. Deux accusés sont toujours en fuite, Ratko Mladić, militaire Serbe de Bosnie³ et Goran Hadžić, dirigeant politique serbe de l'entité serbe de Croatie⁴. Au total, à la date du 7 avril 2010, 92 individus impliqués dans les actes de génocide commis en 1994 ont été mis en accusation par le TPIR, 50 d'entre eux ont été jugés, 42 ont été condamnés et huit acquittés. Dix-neuf accusés sont en cours de jugement ou d'appel. Deux affaires ont été transférées à des juridictions nationales françaises. Le transfert de certaines affaires aux juridictions rwandaises devant avoir lieu courant 2010⁵ n'a finalement pas eu lieu. Toutefois, selon l'agence Hironnelle, le 4 novembre 2010, le Procureur du TPIR a déposé devant le

1. Résolution 827 portant création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Conseil de sécurité, S/RES/827, 25 mai 1993. Résolution 955 portant création du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Conseil de sécurité, 3453^e séance, S/RES/955, 8 novembre 1994.

2. <http://www.icty.org/sections/TheCases/KeyFigures>

3. « *Ratko Mladić est mis en cause pour les faits suivants : la participation directe au génocide perpétré après la chute de Srebrenica en juillet 1995 ; le meurtre de près de 8 000 hommes et garçons après la chute de l'enclave ; la terreur infligée à la population civile pendant le siège de Sarajevo, de 1992 à 1995 ; la campagne généralisée de persécutions, expulsions, tortures et meurtres menée en 1992 dans de vastes parties de la Bosnie-Herzégovine, de larges parties de la Bosnie-Herzégovine, notamment dans les tristement célèbres camps de détention d'Omarska, de Keraterm, de Manjača et de Trnopolje, situés au nord-ouest de la Bosnie-Herzégovine* ». <http://www.icty.org/sid/10010>

4. « *[I]l est tenu responsable de nombreux crimes commis en Slavonie orientale : le meurtre et les persécutions de la population des civils croates et non serbes ; la détention prolongée de civils dans des centres de détention où la torture, les passages à tabac et les meurtres étaient fréquents ; le transfert forcé de dizaines de milliers de non-Serbes hors des régions dont il avait le contrôle* ». <http://www.icty.org/sid/10010>

5. « *For the past decade and a half, we at the ICTR have been making our own contribution to ensuring accountability for the leading perpetrators of the Rwandan genocide and to the restoration of the rule of law in Rwanda. 92 of those who played a leading role in the genocide have been indicted by the Tribunal and so far all but 11 of them have been arrested and brought to the tribunal. We have now concluded the trials of 50 accused persons, with 42 convictions and 8 acquittals. The cases of 19 accused remain pending for judgement. We plan to commence the trials of the two remaining detainees later this year. Following various legislative reforms and capacity building measures undertaken by Rwanda, my office proposes in the course of the year, to request the referral of the cases of a number of indictees to Rwanda for trial. In addition, my office also plans to handover the case files relating to a number of suspects who have not yet been indicted to the Prosecutor General of Rwanda for further action. The tracking and arrest of the remaining 11 fugitives will continue to be a top priority and will be pursued more vigorously* ». Statement by Hassan B. Jallow, Chief Prosecutor UNICTR and Under Secretary-General, United Nations. <http://69.94.11.53/FRENCH/index.htm>

Président du tribunal, Dennis Byron, des demandes visant à renvoyer devant les tribunaux rwandais l'ancien maire de Gishyita Charles Sikubwabo, l'ex-inspecteur de police judiciaire de la commune Kivumu Fulgence Kayishema et le pasteur Uwinkindi⁶. Onze personnes sont toujours en fuite, dont trois suspects seraient de haut niveau, à savoir Félicien Kabuga, l'argentier présumé du génocide, l'ex-ministre de la Défense, Augustin Bizimana et le major Protais Mpiranya qui commandait la Garde présidentielle.

Juridictions d'un genre nouveau que l'on peut définir de la manière suivante, un Tribunal pénal international *ad hoc* est une institution juridictionnelle internationale, créée à titre d'organe subsidiaire du Conseil de sécurité des Nations unies par une résolution du Conseil de sécurité agissant dans le cadre du chapitre VII, et chargée de poursuivre et juger les personnes responsables de crimes relevant du droit international commis dans le cadre d'un conflit donné. Son mandat est limité dans le temps (*ratione temporis*) et l'espace (*ratione loci*). Les seuls exemples à ce jour sont les deux TPI présentés précédemment, le TPIY⁷ et le TPIR⁸. Il convient de préciser cette définition à deux égards. Le premier est que l'application du chapitre VII crée un lien inextricable entre TPI et action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression. Le second, faute de moyens propres, l'exécution de ses fonctions est largement tributaire de l'entraide judiciaire internationale, en d'autres termes de l'assistance des États. Le Conseil de sécurité a-t-il eu le temps de penser sérieusement le rôle et l'impact de ces juridictions ou au contraire ont-elles été créées dans l'urgence et la précipitation ? Comme le rappelle François-Xavier Nsanzuwera, expert de contexte devant le TPIR, en citant le Professeur Paul Tavernier, la création de ces deux tribunaux a été largement improvisée et « [i]l en est résulté beaucoup d'ambiguïtés qui ont marqué la procédure de mise en place de ces deux juridictions et qui se traduisent dans le statut juridique qui leur a été attribué »⁹. Pourtant, contrairement à ce que l'urgence et la précipitation auraient pu dicter, ce n'est pas un mais deux TPI qui ont été créés et afin de consolider la dimension africaine du processus

6. <http://fr.hirondellenews.com/content/view/15786/178/>

7. « Créé par le Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations unies, le Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 (ci-après dénommé « le Tribunal international ») fonctionnera conformément aux dispositions du présent statut. Article premier : Compétence du Tribunal international : Le Tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, conformément aux dispositions du présent statut ». Résolution 827 portant création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Conseil de sécurité, S/RES/827, 25 mai 1993.

8. « Créé par le Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations unies, le Tribunal criminel international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994 (ci-après dénommé « Tribunal international pour le Rwanda ») exercera ses fonctions conformément aux dispositions du présent Statut. Article premier : Compétence du Tribunal international pour le Rwanda : Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994, conformément aux dispositions du présent Statut ». Résolution 955 portant création du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Conseil de sécurité, 3453^e séance, S/RES/955, 8 novembre 1994.

9. François-Xavier NSANZUWERA, *Quelles leçons tirer des deux Tribunaux pénaux internationaux ?*, Version légèrement modifiée d'une communication faite à Casablanca, le 5 janvier 2001 dans le cadre du Séminaire régional sur la justice internationale, organisé par la FIDH, <http://www.dhdi.free.fr/recherches/droithomme/articles/tpi.htm>

de justice pénale internationale, le TPIR ne siège pas à La Haye, mais à Arusha, en Tanzanie. Cela alors même que cette décision a été prise contre l'avis de la commission d'enquête qui préconisait que les crimes commis au Rwanda soient également confiés au TPIY. Ces propos doivent cependant être nuancé par deux observations. D'abord, de 1995 à 2003, le TPIR a partagé avec la TPIY le même Procureur qui était basé à La Haye, ensuite la Chambre d'appel est commune au deux TPI et siège à La Haye.

Toutefois, la création du TPIR s'est faite dans la douleur et l'institution en garde encore aujourd'hui, à la veille de sa clôture, les stigmates. À l'image des tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo et contrairement à la création du TPIY, la création du TPIR s'est faite à la suite d'une victoire militaire par l'ethnie victime du génocide qui est devenue ainsi « bénéficiaire » de cette création. Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a été institué par la résolution 955 du Conseil de sécurité du 8 novembre 1994¹⁰, suite aux crimes de génocide commis par les membres de l'ethnie hutue au préjudice de l'ethnie tutsie et des hutus modérés : « [d]écide par la présente résolution, comme suite à la demande qu'il a reçue du Gouvernement rwandais (S/1994/1115), de créer un tribunal international chargé uniquement de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins, entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994 ». Cette situation avait été qualifiée à l'époque par le Conseil de sécurité de « cas unique »¹¹ et « de menace à la paix » en raison « des massacres systématiques et de grande ampleur de la population civile »¹². Le Gouvernement rwandais sorti victorieux du conflit ethnique a milité en faveur de la création du Tribunal¹³ : « [n]ous demandons à la communauté internationale d'appuyer les efforts du gouvernement : [...] il faut créer au plus tôt un tribunal international chargé de juger les criminels »¹⁴. Cependant, au moment du vote de la résolution 955, le Rwanda qui était, à ce moment là et par pur hasard, membre du Conseil de sécurité des Nations unies a voté contre¹⁵. En effet, dans sa proposition initiale en faveur de la création d'un tribunal pénal international, le Gouvernement rwandais avait envisagé une juridiction établie sous son contrôle avec l'assistance et la coopération en matière judiciaire de la Communauté internationale. Le Rwanda craignait, en se dessaisissant de l'exercice de

10. Résolution 955 portant création du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Conseil de sécurité, 3453^e séance, S/RES/955, 8 novembre 1994.

11. Résolution 929, Conseil de sécurité, 3392^e séance, le 22 juin 1994.

12. Conseil de sécurité, Nations unies S/PV.3453, Quarante-neuvième année, 3453^e séance, New York, 8 novembre 1994.

13. L'ambassadeur Bakuramutsa précisait : « [b]ien que le Rwanda veuille un tribunal international pour le Rwanda et y croie, bien que le Gouvernement du Rwanda soit convaincu que ce tribunal peut être organisé en tenant compte des préoccupations du peuple rwandais sans nuire en rien à son caractère international et à son indépendance, mon Gouvernement a décidé de voter contre la résolution. ». *Op. cit.* note 133.

14. AKHAVAN Payam, Current Development, "The International Criminal Tribunal for Rwanda : The Politics and Pragmatics of Punishment", *American Journal of International Law*, July 1996, pp. 3-4.

15. L'Ambassadeur Bakuramutsa rappelait : « [a]insi, par exemple, l'extermination d'un sous-groupe de Tutsis appelés les Babimas, dans le Mutara, en octobre 1990 ; d'un autre sous-groupe de Batutsi, appelés les Bagogwes, dans la région de Gisenyi et Ruhengeri, en janvier-février 1991 ; le massacre de plus de 300 Batutsi, dans le Bugesera, en mars 1992, et celui de plus de 400 autres Batutsi, dans Gisenyi, en janvier 1993. Il faut noter aussi les arrestations arbitraires du mois d'octobre 1990 accompagnées de tortures, viols et autres traitements dégradants, de plus de 8 000 Batutsi dont plusieurs centaines sont morts des conséquences de ces traitements ».

ses prérogatives souveraines, en matière de justice, que la création d'une juridiction pénale internationale en dehors de son contrôle effectif favorise les manipulations par des États hostiles au nouveau Gouvernement rwandais¹⁶. Dès lors que la Communauté internationale refusait de se plier aux exigences rwandaises, le Gouvernement rwandais invoquait des raisons multiples, pour justifier son vote, présentées par le représentant permanent du Rwanda auprès de l'Organisation des Nations unies l'ambassadeur Manzi Bakuramutsa. Parmi ces raisons invoquées, on peut citer notamment le fait : que la compétence du Tribunal ne s'étendait pas aux faits commis durant la période 1990-1994, période au cours de laquelle des massacres avaient été planifiés et des rwandais tués¹⁷ ; que le Tribunal était reconnu compétent pour des crimes pouvant relever de la compétence des tribunaux nationaux ; que le nombre de juges était insuffisant au regard de la tâche à accomplir ; que certains États qui avaient pris part au conflit avaient proposé des candidatures pour ces postes ; que le siège du Tribunal devait se trouver sur le territoire rwandais, etc.

L'établissement d'un Tribunal pénal international par les Nations unies en Afrique n'était pas une évidence comme le rappelle certains observateurs de l'époque. Depuis, le Tribunal prononce des acquittements et des condamnations. Expérience à ce jour unique sur le continent africain, quels en sont les enseignements sur une approche plurielle du droit permettant une réflexion sur une éventuelle réconciliation entre le national et l'international. Le cas du TPIR n'est peut-être pas l'exemple le plus significatif pourtant, il est indéniable qu'il existe certains lieux de rencontre entre le droit local africain et le droit international interétatique. Pour illustrer cette rencontre, il convient de recourir à certains exemples tirés de la pratique du TPIR, livrés par des membres du TPIR et par des professionnels venant d'autres horizons à l'occasion d'entretiens¹⁸. Ils permettront de montrer comment le droit du Tribunal s'est peu à peu construit en l'absence de référence à toute normativité rwandaise. Pour comprendre la construction du droit du Tribunal, il est d'abord nécessaire de remonter aux sources « primaires », c'est-à-dire les textes de référence qui constituent l'ossature juridique du droit du TPIR : le Statut, le Règlement de procédure et de preuve (RPP), les autres règlements et les directives pratiques. Il est important ensuite, de se tourner vers la jurisprudence dégagée par les juges en application des sources primaires. Cette analyse préalable permettra d'identifier les caractéristiques du droit ainsi élaborer en s'attardant sur son caractère mixte, résultat d'un compromis entre la *common law* et la *civil law*. Cette première réflexion sera suivie d'une

16. Les entretiens conduits à Arusha et ailleurs ne seront pas nominatifs.

17. SUR Serge, « Le droit international pénal entre l'État et la société internationale », *Actualité et Droit International*, octobre 2001, 11 p. Article disponible en ligne à l'adresse : <http://www.ridi.org/adi/200110sur.htm>

18. Les PGD apparaissent finalement comme une source de droit venant pallier les lacunes des Statuts à laquelle les juges ont recours. Ces principes véhiculent les règles de droit pénal communes aux systèmes juridiques nationaux, une sorte de patrimoine commun de droit pénal. LORENZO Gradoni, « L'exploitation des principes généraux de droit dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux », in FRONZA Emanuela, MANACORDA Stefano, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc*, Etudes des Law Clinics en droit pénal international, DALLOZ, Thèmes et commentaires, 2003, p. 10 et suivantes pour plus de précisions.

seconde développée à partir de la mise en œuvre du droit du TPIR avec l'idée selon laquelle, la mise en œuvre du droit doit être au service de la réconciliation nationale au Rwanda. Dans cette perspective il faudra s'interroger sur le fait de savoir si le TPIR, de par sa nature, remplit cette fonction ? L'interrogation ne doit pas se limiter au travail du Tribunal mais à l'ensemble du processus judiciaire qui a été déployé au Rwanda - dont le principal dispositif est la création des gacacas - pour atteindre cet objectif.

L'élaboration internationale du droit du TPIR : un droit teinté de compromis

La création du TPIR et du TPIY puis de la Cour pénale internationale (CPI) s'est accompagnée du développement d'un droit resté en sommeil depuis la fin des Tribunaux militaires internationaux (TMI) de Nuremberg et de Tokyo d'après guerre : le droit international pénal. Dès l'élaboration des textes de référence du TPIR, l'influence de la *common law* a été particulièrement sensible sur les orientations des textes, reléguant la *civil law* à une place loin derrière. Pourtant, le Rwanda n'est pas un État de tradition anglo-saxonne, en d'autres termes, on peut établir le constat que l'élaboration des textes de références du TPIR s'est faite sans prendre en compte la tradition juridique de cet État. Plus spécifiquement, s'agissant du TPIR, il convient de s'interroger sur l'impact du contexte culturel et linguistique rwandais sur la création et par la suite le fonctionnement du Tribunal.

Le contexte culturel et linguistique rwandais à l'épreuve du droit du TPIR

La création du Tribunal *ad hoc* résulte de décisions unilatérales d'un organe international disposant du pouvoir de prendre « *des décisions obligatoires à l'égard de l'ensemble des États membres des Nations unies* »¹⁹. Non seulement la création de ce Tribunal s'impose à tous, « *mais [sa] compétence pénale est obligatoire pour tous* »²⁰. L'universalité de la juridiction est ainsi immédiatement posée, sans dépendre du consentement individuel de chacun des membres, sans reposer sur une négociation des États et sans leur permettre de s'en exonérer en émettant des réserves. De cela découle un caractère contraignant de cette création qui a pour conséquence la primauté juridictionnelle du TPIR sur les juridictions nationales. Le Rwanda a ainsi d'abord été écarté du processus de création du Tribunal. Mais, il a été également écarté de l'élaboration des normes de références de celui-ci. Les principales sources du droit du Tribunal sont de deux ordres. D'abord les sources internes, c'est-à-dire les sources propres au Tribunal : le Statut, le Règlement de procédure et de preuve (RPP), les règlements internes, les directives pratiques et la jurisprudence du TPIR. Ensuite, les sources externes : la jurisprudence des autres juridictions pénales internationales - TPIY et les TMI de Nuremberg et Tokyo - et le

19. Article 23 « Peine » : « 1 La Chambre de première instance n'impose que des peines d'emprisonnement. Pour fixer les conditions de l'emprisonnement, la Chambre de première instance a recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux du Rwanda ». Statut TPIR.

20. Article 101 B : « Lorsqu'elle prononce une peine, la Chambre de première instance tient compte des facteurs visés au paragraphe 2 de l'article 23 du Statut, ainsi que d'autres facteurs comme : iii La grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux du Rwanda ». RPP du TPIR.

droit international public en général et les principes généraux du droit (PGD) en particulier²¹ : la présomption d'innocence, le droit d'être défendu, le principe de légalité, etc. Pour autant, aucune référence n'est faite au droit rwandais ou plus largement au droit africain si ce n'est la référence à la grille des peines rwandaises. Il faut cependant limiter cette exception en rappelant que le renvoi à la grille générale des peines prévu dans le Statut du TPI, aux articles 23 du Statut²² et 101 du RPP²³ du TPIR ne revêt selon la jurisprudence des TPI qu'un caractère indicatif, « *la référence à cette grille est de nature indicative dépourvue de toute valeur contraignante* »²⁴. L'intégration ou tout du moins la prise en compte de références nationales auraient pu apparaître comme une évidence mais a été totalement écartée. A ce constat de départ, il s'ajoute aujourd'hui celui que d'une manière générale, les références aux sources externes (droit international public, droits nationaux, etc.) se font de plus en plus rares au fur et à mesure que les sources internes s'enrichissent. Il ressort de cela qu'au fil des textes adoptés et/ou modifiés et des jurisprudences dégagées, les TPI ont gagné en autonomie.

L'élaboration des textes de référence du TPIR au niveau international

Le Statut du TPIR, annexé à la résolution 955 du Conseil de sécurité, est la colonne vertébrale de l'ensemble du système normatif du TPIR et peut être qualifié de « norme suprême ». Par conséquent, toutes les autres normes doivent lui être conformes. Son élaboration découle directement de celle du TPIY. Le Statut du TPIR est presque la copie conforme de celui du TPIY. Lequel a été élaboré selon une procédure complexe de consultations conduites sous la supervision du Secrétaire général des Nations unies. Ainsi, le rapport du Secrétaire général mentionne que « *comme le Conseil de sécurité le lui a demandé, le Secrétaire général a tenu compte, [...], des suggestions avancées par des États membres, [...], à savoir : le rapport du Comité de juristes français présenté par la France (S/25266), le rapport d'une commission de juristes présenté par l'Italie (S/25300) et le rapport présenté par le représentant permanent de la Suède au nom de la Présidence en exercice de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) (S/25307). Le Secrétaire général a également demandé l'avis de la Commission d'experts constituée en application de la résolution 780 (1992) du*

21. Au nom des membres de l'Organisation de la Conférence islamique (OCI) et en tant que membre du Groupe de contact de l'OCI pour la Bosnie-Herzégovine.

22. Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité présenté le 3 mai 1993, S/25704, 3 mai 1993.

23. « *Article 4 : Violations de l'Article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à poursuivre les personnes qui commettent ou donnent l'ordre de commettre des violations graves de l'Article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes en temps de guerre, et du Protocole additionnel II auxdites Conventions du 8 juin 1977. Ces violations comprennent, sans s'y limiter : a) Les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, en particulier le meurtre, de même que les traitements cruels tels que la torture, les mutilations ou toutes formes de peines corporelles; b) Les punitions collectives; c) La prise d'otages; d) Les actes de terrorisme; e) Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur; f) Le pillage; g) Les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés; h) La menace de commettre les actes précités.* »

24. Affaire n° ICTR-97-23-S, Le Procureur contre Jean Kambanda, Jugement portant condamnation, 4 septembre 1998.

Conseil de sécurité [...] Il a en outre tenu compte des suggestions ou observations formulées officiellement ou officieusement depuis l'adoption de la résolution 808 (1993) par les États Membres suivants : Allemagne, Arabie saoudite, Australie, Autriche, Belgique, Brésil, Canada, Chili, Chine, Danemark, Égypte*, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Iran (République islamique d')*, Irlande, Italie, Malaisie*, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pakistan*, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal*, Slovénie, Suède, Turquie* et Yougoslavie. Il a également reçu des suggestions et observations d'un État non membre (la Suisse). Le Secrétaire général a aussi reçu des observations du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), [...]. Des observations ont également été reçues de réunions internationales et d'experts dans les domaines pertinents²⁵. [...] Il a consulté les textes établis jusqu'ici par des organes de l'ONU ou d'autres organes en vue de la création de tribunaux pénaux internationaux, notamment les textes établis par le Comité des Nations unies pour une juridiction criminelle internationale, la Commission du droit international et l'Association de droit international ». D'emblée, le constat peut être dressé, le continent africain, que ce soit au niveau des États, de la société civile ou des victimes du génocide du Rwanda, a été sous représenté à l'occasion de la rédaction du Statut du TPIY. Par conséquent, le Statut du TPIR, élaboré à partir de celui du TPIY souffre de l'absence des États directement concernés par l'établissement d'un TPI sur le continent africain²⁶. Pour certains, les États africains avaient la possibilité de répondre massivement en soumettant des propositions, mais ils n'ont pas saisi l'opportunité de le faire. Il est toutefois possible de relever une particularité importante du Statut du TPIR. Celle-ci a été inscrite dans le Statut du Tribunal sur la base du contexte sociopolitique de la situation au Rwanda. Elle se trouve à l'article 4 du Statut, relatif aux violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et au Protocole additionnel II²⁷. La situation au Rwanda est perçue comme un conflit à caractère non international donc relevant strictement du Protocole additionnel II. Ce qui n'est pas forcément le cas de l'ex-Yougoslavie où la situation selon les cas peut relever du Protocole additionnel I ou du Protocole additionnel II.*

Le Statut n'est pas la seule norme de référence du TPIR, d'autres instruments sont venus compléter et préciser ses dispositions. Ceux-ci sont d'une nature différente de celle du Statut puisqu'ils ne sont pas élaborés par les États membres et acteurs de la scène internationale

25. *Au nom des membres de l'Organisation de la Conférence islamique (OCI) et en tant que membre du groupe de contact de l'OCI pour la Bosnie-Herzégovine.

26. Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité présenté le 3 mai 1993, S/25704, 3 mai 1993.

27. « Article 4 : Violations de l'Article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à poursuivre les personnes qui commettent ou donnent l'ordre de commettre des violations graves de l'Article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes en temps de guerre, et du Protocole additionnel II auxdites Conventions du 8 juin 1977. Ces violations comprennent, sans s'y limiter : a) Les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, en particulier le meurtre, de même que les traitements cruels tels que la torture, les mutilations ou toutes formes de peines corporelles; b) Les punitions collectives; c) La prise d'otages; d) Les actes de terrorisme; e) Les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur; f) Le pillage; g) Les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés; h) La menace de commettre les actes précités. »

mais directement par les organes du Tribunal. Il s'agit essentiellement de deux types d'instruments, le Règlement de procédure et de preuve (RPP) et les directives pratiques. Le RPP est un document essentiel pour le fonctionnement du TPI et a été adopté peu de temps après la mise en place du Tribunal. Une nouvelle fois, l'élaboration du texte est le fruit d'une procédure conduite par mimétisme : le RPP du TPIR reprend en grande partie les dispositions du RPP du TPIY élaboré préalablement. Le RPP est défini par le TPIY comme un « [c]orps de règles détaillant les principes énoncés dans le statut et régissant la conduite des procédures (de la phase préalable au procès, y compris l'enquête, à la phase d'appel), l'administration de la preuve, la protection des témoins, et toute autre matière pertinente. »²⁸. Par la suite, des directives pratiques sont venues enrichir le socle normatif du Tribunal. Elles peuvent être définies comme des « [t]extes promulgués afin de clarifier certains aspects pratiques de la procédure. »²⁹. Elles aussi ont été élaborées pour les besoins du TPIY avant d'être transposées dans l'ordre juridique du TPIR.

Le RPP a été adopté conformément à l'article 14 du Statut selon lequel : « *[L]es juges du Tribunal international pour le Rwanda adopteront, aux fins de la procédure du Tribunal international pour le Rwanda, le règlement du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie régissant la mise en accusation, les procès en première instance et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et d'autres questions appropriées, en y apportant les modifications qu'ils jugeront nécessaires* ». La procédure d'adoption du RPP est ambiguë sur la marge de manœuvre laissée aux juges. Il a été rappelé que le RPP du TPIR trouve son origine à La Haye mais il semblerait que les juges de chacun des TPI puissent bénéficier d'une certaine liberté pour adapter le texte. Aucune précision n'est toutefois apportée quant à la nature et quant au contenu des modifications à condition que celles-ci soient bien entendu conformes au Statut. Il aurait pu résulter d'un mode relativement autonome de création de la norme juridique, un brassage plus important des sources normatives. Il s'avère que le phénomène de mimétisme normatif entre le TPIY et le TPIR l'a largement emporté sur une approche plurielle normative entre le droit national rwandais et le droit international. Certains professionnels du TPIR révèlent qu'il donne lieu à des incohérences sur le plan juridique. Ainsi, des articles du RPP du TPIR, adopté sur le modèle du RPP du TPIY n'ont jamais été appliqués : c'est le cas des dispositions relatives à la libération provisoire de l'ancienne mouture du RPP. Sur cette question, les juges du Tribunal d'Arusha ont été malmenés par les avocats de détenus rwandais qui invoquaient les décisions rendues à La Haye pour faire prononcer au bénéfice de leur client une libération provisoire. Pour autant, les juges ont continué d'écarter l'application des dispositions en question. Encore à ce jour, il peut être constaté que la plupart des modifications du RPP d'Arusha répond aux nécessités d'adaptation des procédures devant TPIY et transposées au RPP du TPIR.

28. <http://www.un.org/icty/legaldoc-f/index-f.htm>

29. *Ibid.* Site des Nations unies.

L'analyse serait toutefois partielle si les propos n'étaient pas nuancés par quelques remarques. Notamment, il convient de relever que certaines modifications du RPP du TPIR se sont imposées d'elles-mêmes. C'est le cas par exemple s'agissant de la langue de travail du TPIR.

De manière générale percevez-vous des interactions entre les pratiques locales et les normes internationales ?

Le Tribunal est un lieu de rencontre entre le contexte national rwandais et le contexte international du TPIR. Toutefois cette rencontre n'a pas été envisagée et prévue par les textes du TPIR. Celle-ci est née de la pratique. La personne interviewée donne l'exemple des langues de travail du Tribunal. Il précise qu'à cet égard, la loi internationale avait imposé deux langues officielles, toutes les deux reconnues par les Nations unies : l'anglais et le français. Toutefois, rapidement le recours imposé à ces deux langues a montré ses limites dans le fonctionnement du Tribunal en donnant lieu à des difficultés de compréhension et de traduction entre les autorités du Tribunal et les témoins, victimes ou accusés rwandais. De fait, la pratique a imposé et consacré une troisième langue, le kinyarwanda. Le RPP n'a pas pour autant été modifié en ce sens et reconnaît formellement toujours deux langues de travail à l'article 3 « Langues » mais une modification du paragraphe E de l'article a permis d'en reconnaître une interprétation très large : « A) Les langues de travail du Tribunal sont l'anglais et le français. B) L'accusé ou le suspect a le droit d'employer sa propre langue. C) Le conseil de l'accusé peut demander à un Juge ou à une Chambre l'autorisation d'employer une langue autre que les deux langues de travail ou celle de l'Accusé. Si une telle autorisation est accordée, les frais d'interprétation et de traduction sont pris en charge par le Tribunal dans les limites éventuellement fixées par le Président compte tenu des droits de la défense et de l'intérêt de la justice. D) Toute autre personne comparaisant devant le Tribunal peut employer sa propre langue, si elle n'a pas une connaissance suffisante de l'une ou l'autre des deux langues de travail. E) Le Greffier prend toute disposition nécessaire pour assurer la traduction et l'interprétation dans les langues de travail ». Cette pratique répond aux us et coutumes rwandais dans la mesure où les témoins, les victimes et les accusés peuvent parler leur langue maternelle et avoir accès aux documents dans cette langue. Aujourd'hui, cohabitent trois langues au TPIR et il revient au Greffier d'en assurer une traduction. De surcroît, les audiences du TPIR font l'objet d'une traduction simultanée en anglais, en français et en kinyarwanda. De surcroît, les professionnels du Tribunal précisent qu'il n'est pas forcément nécessaire de modifier le RPP dans la mesure où il existe une source jurisprudentielle abondante du TPIR consacrant le Kinyarwanda comme langue de travail. Les extensions de délais ont d'ailleurs été accordées pour le dépôt d'écriture en calculant l'échéance à partir de la date de documents en Kinyarwanda*.

* : voir les décisions de la Chambre d'appel (Munyakazi, 22 juillet 2010, Kanyarukiga, 20 janvier 2011).

Pour autant, l'absence de modification substantielle du RPP pourrait s'expliquer par une autre curiosité du Tribunal, les juges ont une double casquette. Ils sont à la fois organe judiciaire et organe législatif. En effet, il leur appartient de réviser le RPP à l'occasion des sessions plénières. Ces sessions réunissent l'ensemble des juges du TPIR : seize juges indépendants, ressortissants d'États différents. Trois juges siègent dans chacune des Chambres de première instance (au nombre de trois) et sept siègent à la Chambre d'appel. La Chambre

d'appel est commune aux deux TPI. Ces révisions sont souvent l'introduction de pratiques jurisprudentielles des juges dans les textes de référence. Toutefois, la jurisprudence ainsi intégrée concerne essentiellement celle de la Chambre d'appel. La Chambre d'appel est commune au deux TPI mais elle est principalement constituée de juges du TPIY - cinq juges du TPIY contre seulement deux juges du TPIR - Il y a donc une surreprésentation des intérêts du TPIY. Par conséquent, il arrive parfois que le RPP du TPIR soit modifié, à la suite d'un amendement du RPP adopté par les juges du TPIY, quand bien même celui du TPIR ne nécessitait pas ou pas encore une telle modification.

Un recours à des sources de droit déracinées, les conséquences d'une justice hors sol

L'élaboration des textes du TPIR a complètement écarté un pan du problème de la justice internationale inhérent à son statut international, celui du contexte socio-culturel et linguistique. Le personnel -juges, procureurs, greffiers, juristes, enquêteurs, etc. - est composé d'individus de nationalités différentes, qui parlent des langues différentes et surtout qui sont de traditions juridiques différentes. De surcroît, ces individus ne sont pas familiers des problématiques et du contexte qui ont conduit la création de cette juridiction. Dès lors, le travail quotidien au Tribunal d'Arusha en est profondément marqué. Aux différences propres aux professionnels du Tribunal, partiellement comblées par le choix de deux langues de travail : anglais et français, il s'ajoute la difficulté pour certains membres du personnel de travailler avec des personnes dont ils ne connaissent ni la culture ni la langue et qui appartiennent à des sociétés dont la sociologie, le fonctionnement, les modes de régulations, y compris juridique et judiciaire ne sont pas connus et encore moins pris en compte. C'est par exemple le cas des enquêteurs et des procureurs mais également des juges qui doivent avoir recours à des interprètes pour communiquer avec les accusés, les victimes et les témoins. Un avocat francophone de la défense précise qu'il a décidé de plaider en anglais pour éviter au maximum les difficultés liées aux traductions étant donné que les Chambres du TPIR sont majoritairement anglophones. L'avocat indique que cela favorise des échanges plus fluides et limite les erreurs de traduction. Toutefois, ce choix se fait au détriment des acteurs rwandais francophones et entraîne une nouvelle rupture entre les professionnels du TPIR et les rwandais qui parlent français ou kinyarwanda. Cet avocat évoque également rencontrer des difficultés liées au contexte, s'agissant du travail des enquêteurs en charge de trouver des preuves à décharge. Leur travail est très risqué. Ils sont accusés d'être des traîtres et des négationnistes et ils se font rares. Pourtant, seuls les enquêteurs locaux peuvent conduire les enquêtes. Ils ne doivent pas être repérés et pour cela bien connaître les us et coutumes locales et de manière plus générale connaître la réalité rwandaise. Une personne interviewée donne l'exemple de la difficulté pour les victimes rwandaises d'accepter un soutien psychologique pourtant parfois utile. L'accompagnement psychologique existe en Afrique, mais il doit être le fait d'un membre de la famille ou d'une personne proche et non d'une personne inconnue. En effet,

dans la culture africaine le médecin de la psyché est assimilé à un médecin pour les « fous ». Pour gagner la confiance des victimes et leur faire accepter ce type de soutien, il convient de conduire un long travail de mise en confiance. Pour cela, les us et coutumes du pays doivent être connus des équipes du TPIR. Par exemple la prise de contact et la discussion doit suivre certaines règles : présentations et banalités sur le temps, la famille, etc. avant d'aborder la question pour laquelle l'enquêteur est venu, c'est-à-dire les crimes.

La problématique de la langue est absolument essentielle. La langue parlée au Rwanda est le kinyarwanda. Elle est propre au Rwanda et n'est pas parlée dans les autres États de la région des Grands lacs. Comme toutes les autres langues, elle a ses propres codes et ses propres expressions qu'une simple traduction littérale ne peut rendre compte. L'importance de les appréhender dans leur contexte est fondamentale. Faute de quoi, la compréhension peut être partielle ou erronée. La première affaire jugée par TPIR, l'affaire *Akayesu* en est un exemple.

Extrait du jugement de Jean-Paul Akayesu rendu par la Chambre de première instance le 2 septembre 1998.

Dans une société patrilinéaire comme la société rwandaise, l'enfant appartient au groupe de son père. À ce sujet, l'on notera le témoignage du témoin PP, entendu par la Chambre le 11 avril 1997, qui fait état d'une déclaration prononcée publiquement par l'Accusé, et selon laquelle si une femme Hutu se retrouvait enceinte d'un Tutsi, il fallait la retrouver pour « enlever la grossesse ». À d'autres occasions, l'accusé, selon les témoins à charge, KK, PP et OO, a exprimé cette idée sous la forme d'un proverbe rwandais qui dit que, « lorsqu'un serpent s'enroule autour d'unealebasse, il n'y a d'autre solution que de casser laalebasse (« *Iyo inzoka yiziritse ku gisabo, nta kundi bigenda barakimena* ») ». Par ce proverbe, il fallait comprendre dans le contexte de l'époque que les femmes hutues mariées à des hommes tutsis dont elles portaient l'enfant devaient être tuées pour que l'enfant tutsi à naître ne puisse survivre. On notera à ce sujet que, dans la culture rwandaise, casser le « gisabo », qui est une grandealebasse utilisée comme baratte, était considérée comme un tabou. Pourtant, si un serpent s'enroule autour du gisabo, on n'a évidemment d'autre choix que de passer outre cet interdit pour se débarrasser du serpent*.

* : affaire n° ICTR-96-4-T, Le Procureur c/ Jean-Paul Akayesu, Jugement, 2 septembre 1998, para. 121.

Si le TPIR a pris partiellement en compte dans la pratique la langue rwandaise en permettant une traduction en kinyarwanda, les textes de référence n'apportent aucune réelle garantie juridique textuelle aux acteurs rwandais. S'agissant des problèmes d'interprétation, ici encore les textes de référence sont restés muets. Pour autant, peut-il être reproché au TPIR de ne pas s'être suffisamment penché sur le règlement des difficultés liées à l'interprétation et la traduction ? Sans doute en ne proposant pas de réelles garanties aux problématiques liées à la traduction. S'agissant des questions d'interprétation, cela paraît plus compliqué difficilement appréhendable par le droit. Elles sont inhérentes à une justice hors sol.

De l'originalité des procédures devant le TPIR, entre phénomène d'absorption et d'hybridation

Les juges du Tribunal international, grâce à leur double casquette, ont la possibilité d'agir à la fois sur les textes de référence du Tribunal (pouvoir législatif), seul le Statut leur échappe, et sur le volet judiciaire (pouvoir judiciaire). Force est de constater le pouvoir créateur des juges des TPI. Au début du fonctionnement de ces juridictions, tout était à construire faute de précédent. Certes, la Charte du TMI de Nuremberg et la jurisprudence des tribunaux d'après guerre ont constitué un socle juridique. Pour autant resté en sommeil pendant un demi siècle, le droit international pénal restait un droit à inventer.

Le développement d'une jurisprudence novatrice d'inspiration occidentale

Assez rapidement, les textes de référence du Tribunal se sont avérés insuffisants pour obtenir des règles de procédures pénales assez abouties pour la conduite des procès. La mixité de la procédure common law et civil law abordée dans un développement ultérieur, s'est accommodée de l'évolution d'un droit devenant essentiellement jurisprudentiel. Il est intéressant de relever que les juges du TPIR se sont de plus détachés d'un recours aux jurisprudences nationales pour le plus souvent utiliser directement que leur propre jurisprudence. Ainsi, un membre du personnel du Tribunal précise qu'au début du fonctionnement du Tribunal et faute de références suffisantes, les juges recouraient au droit national de leur pays ou au droit de l'État sur le territoire duquel ils avaient suivis leur formation juridique. Ce gain en autonomie du juge international est renforcé par un phénomène d'absorption ou d'intégration du droit national dans la jurisprudence du Tribunal. En d'autres termes, la règle de droit tirée d'un droit national n'est plus citée seule la référence jurisprudentielle du TPI figure sur la décision. C'est en cela, que parallèlement à une « création pure » jurisprudentielle, il s'est développé une absorption ou intégration des droits nationaux. Une autre pratique s'est également développée, selon laquelle les juges dégagent des principes généraux du droit (PGD). Ils procèdent pour cela à une analyse comparative des différents systèmes nationaux afin d'en extraire des principes plus ou moins convergents. Parfois, on peut s'interroger sur la pertinence de la méthodologie suivie par les juges. Il peut se poser des problèmes de représentativité des droits nationaux choisis et de leur exploitation qui mène la plupart du temps les juges à ne sélectionner que les droits nationaux qui pourraient conforter leur position.

Les juges du TPIR disposent aujourd'hui d'un propre stock de jurisprudences auquel s'ajoute la jurisprudence du TPIY. De surcroît, le recours aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) s'est largement développé³⁰. En parallèle des procédures officielles, il se développe des échanges informels entre les juges internationaux. Leur mobilité au sein des juridictions internationales favorise également une diffusion des pratiques juridiques.

Les méthodes employées par les juges du TPIR auraient dû/pu permettre aux pratiques et aux droits africains d'être intégrés/absorbés par le droit du Tribunal, de la même manière que d'autres droits nationaux ont servi de référence au début du fonctionnement de la juridiction. Le nombre de juges et d'autres membres du personnel ressortissants du continent africain est tout à fait significatif au TPIR. Pour autant, le poids important de la représentation du continent africain au sein du TPIR n'a pas permis une diffusion du droit africain. Peu d'entre eux ont suivi une formation juridique sur le territoire africain et lorsqu'ils ont été formés sur le territoire africain, ils l'ont été sur la base de droits occidentaux importés et implantés au cours de l'occupation coloniale : soit de tradition *civil law* soit *common law*.

La personne du juge peut-elle expliquer à elle seule le faible recours aux droits africains ? Si cet argument paraît valable dans un système où la procédure est basée sur un droit devenu essentiellement jurisprudentiel, il ne peut pas être unique. Vraisemblablement, la conjonction de plusieurs facteurs peut être avancé pour tenter d'expliquer l'absence de référence aux droits africains.

30. Sur l'impartialité des juges : Affaire n° ICTR-98-44-PT, *Le Procureur c/ Edouard Karemera, Mathieu Ndirumpatse, Joseph Nzirorera, André Rwamakuba*, Décision relative à la disjonction de l'instance d'André Rwamakuba et à la modification de l'acte d'accusation, 7 décembre 2004, para. 20 ; sur la durée de la détention provisoire : Affaire n° ICTR-95-1-B-I, *Le Procureur c/ Mika Muhimana*, Décision sur la requête de la défense aux fins de la mise en liberté provisoire de l'accusé, 1^{er} octobre 2002, para. 3 ; sur le procès équitable : Affaire n° ICTR-96-13-A, *Le Procureur c/ Alfred Musema*, Arrêt, 16 novembre 2001, para. 19 ; sur le droit à une vie privée et familiale : Affaire n° IT-95-9-A, *Le Procureur c/ Blagoje Simic*, Décision relative à la requête déposée par Blagoje Simic en application de l'article (65 I) du Règlement afin de mise en liberté provisoire pour une période donnée afin de lui permettre d'assister aux cérémonies organisées en mémoire de son père, 21 octobre 2004, para. 22 ; sur le principe de proportionnalité d'une mesure : Affaire n° IT-95-14/2-A, *Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez*, Décision relative à la demande de mise en liberté provisoire de Mario Cerkez, 12 décembre 2003, para. 9, etc.

La fragilité des droits pénaux africains sur le plan national et international

Au niveau des droits nationaux africains : selon certains spécialistes du droit pénal africain, il n'existe pas de réelle distinction entre les délits civils et les délits pénaux, tels que cela peut être envisagé dans les droits occidentaux. Par conséquent, les uns comme les autres sont sanctionnés par une réparation au profit de la victime ou du groupe victime*. Cela est de moins en moins vrai, puisque le droit pénal en Afrique s'est développé sous l'impulsion du droit du colonisateur d'abord, du droit africain post colonial ensuite et enfin du droit international. Par exemple, avant les travaux du TPIR, peu de droits nationaux africains intégraient/reconnaissaient les crimes jugés par le TPIR : crime de génocide, crime contre l'humanité, le viol, etc. Dans ces conditions, il paraît difficile de pouvoir s'appuyer sur un quelconque précédent si celui-ci n'existe pas. Par conséquent, certains juristes hésitent à se référer à des droits qui peuvent potentiellement présenter des failles ou des faiblesses et dès lors constituer un risque dans un raisonnement juridique.

Au niveau du droit international africain : deux raisons, l'une qui peut être qualifiée d'objective selon laquelle, la Cour africaine des droits de l'homme a tardé à se mettre en place et par conséquent le Tribunal n'a pas pu s'appuyer sur son travail⁶. La Charte africaine des droits de l'homme aurait pu être la source de références toutefois il intervient la seconde raison plus subjective selon laquelle dans la communauté internationale des juristes, certains estiment que cet instrument, n'ayant pas fait ses preuves, est moins opérationnel que d'autres types d'instruments tels que la Convention européenne des droits de l'homme (Conv.EDH.). De surcroît, ils invoquent qu'elle n'apporte pas de garanties supplémentaires car elle est un instrument international construit à l'image des autres instruments internationaux - appuyée sur les standards internationaux.

* : CAMARA Fatou Kiné, Pouvoir et justice dans la tradition des peuples noirs, Collection Philosophie et pratique, L'Harmattan, 2004, p. 50.

Un autre élément s'ajoute aux précédents facteurs : le TPIR et le TPIY partagent la même chambre d'appel. Si cet élément conduit à tirer des enseignements s'agissant d'une influence sur les dispositions inscrites dans les textes de référence, aux mêmes causes les mêmes effets. Ici encore, les juges d'appels majoritairement issus du TPIY ont naturellement tendance à puisé dans la jurisprudence qu'ils maîtrisent le plus. Le principe du précédent obligatoire qui lie les juges de première instance du TPIR ou du TPIY aux décisions de la Chambre d'appel renforce par conséquent les Chambres des deux TPI à se tourner du côté de la jurisprudence de la CEDH.

Cette méfiance à l'égard des droits nationaux africains se perçoit aussi au regard du faible recours à l'article 11 *bis*³¹, qui permet le transfert de personnes sur le territoire d'États afin qu'ils y soient jugés. En l'occurrence, le Tribunal de La Haye l'a utilisée à plus de dix reprises pour renvoyer devant les juridictions nationales des États de l'ex-Yougoslavie les personnes accusées qui n'occupaient pas des fonctions à hautes responsabilités au moment des faits. Cette procédure a permis de réduire le nombre d'affaires à juger devant le tribunal *ad hoc*, et d'épargner par la même occasion à des personnes détenues des temps de détention et de procédures particulièrement longs. Ainsi Radovan Stanković a été transféré dans le cadre de la procédure de l'article 11 *bis* à la prison de Foča afin d'être jugé par les tribunaux bosniaques. Les observations faites s'agissant de la libération provisoire s'appliquent en partie ici. Les juges du TPIR, dans la perspective de la mise en œuvre de la stratégie d'achèvement, n'ont pour leur part introduit un article 11 *bis* qu'en mai 2004 (deux ans après le TPIY). En novembre 2004, dans son rapport divulguant sa stratégie d'achèvement, le TPIR indiquait que pas moins de quarante et un accusés pourraient ainsi être jugés par des juridictions nationales³². Les juges ont largement écarté l'emploi de cette procédure. Le TPIR n'a jusqu'à présent procédé qu'à deux transferts s'agissant des affaires *Munyeshyaka* et *Bucyibaruta* vers la France. Michel Bagaragaza a lui parcouru l'Europe avant de finalement revenir à Arusha. La Norvège d'abord envisagée, a été disqualifiée par les juges du TPIR car son code pénal ne comprenait pas le crime de génocide. Puis les Pays-Bas qui s'étaient d'abord portés volontaires pour le juger se sont finalement désistés en arguant d'un manque de compétence. Le Rwanda qui a abandonné par une loi organique de 2007 le recours à la peine de mort dans la perspective de recevoir des personnes condamnées mais également des personnes accusés

31. Article 11 *bis* RPP du TPIR: Renvoi de l'Acte d'accusation devant une autre juridiction « A) Après la confirmation d'un acte d'accusation, que l'accusé soit placé ou non sous la garde du Tribunal, le Président peut désigner une Chambre de première instance qui détermine s'il y a lieu de renvoyer l'affaire aux autorités de l'État : i) sur le territoire duquel le crime a été commis, ii) dans lequel l'accusé a été arrêté, ou iii) ayant compétence et étant disposé et tout à fait prêt à accepter une telle affaire, afin qu'elles saisissent sans délai la juridiction appropriée pour en juger. B) La Chambre de première instance peut ordonner ce renvoi d'office ou sur la demande du Procureur, après avoir donné au Procureur et, lorsqu'il est placé sous la garde du Tribunal, à l'accusé, la possibilité d'être entendu. C) Lorsqu'elle examine s'il convient de renvoyer l'affaire selon les termes du paragraphe A), la Chambre de première instance doit être convaincue que l'accusé recevra un procès équitable devant les juridictions de l'État concerné, et qu'il ne sera pas condamné à la peine capitale ni exécuté. D) Lorsqu'une ordonnance est rendue en application du présent article : i) L'accusé, s'il a été placé sous la garde du Tribunal, est remis aux autorités de l'État concerné ; ii) La Chambre de première instance peut ordonner que des mesures de protection prises pour certains témoins ou victimes demeurent en vigueur ; iii) Le Procureur doit communiquer aux autorités de l'État concerné toutes les informations relatives à l'affaire et qu'il juge appropriées et, notamment, les pièces jointes à l'acte d'accusation ; iv) Le Procureur peut envoyer des observateurs qui suivront, en son nom, l'action devant les juridictions de l'État concerné. E) La Chambre de première instance peut délivrer à l'encontre de l'accusé un mandat d'arrêt, lequel doit spécifier l'État vers lequel il sera transféré pour être jugé. F) À tout moment après qu'une ordonnance soit rendue en application du présent article et avant que l'accusé ne soit déclaré coupable ou acquitté par une juridiction interne, la Chambre de première instance peut, à la demande du Procureur et après avoir donné aux autorités de l'État concerné la possibilité d'être entendues, annuler l'ordonnance et demander officiellement le dessaisissement aux termes de l'article 10. G) Si une ordonnance rendue en vertu du présent article est annulée par la Chambre, celle-ci peut demander officiellement à l'État concerné de transférer l'accusé au siège du Tribunal et l'État accède à cette demande sans retard, conformément à l'article 28 du Statut. La Chambre de première instance ou un juge peut également émettre un mandat d'arrêt contre l'accusé. H) L'accusé ou le Procureur peut en droit interjeter appel de la décision de renvoyer ou non une affaire, rendue par la Chambre de première instance. L'acte d'appel doit être déposé dans les quinze jours de la décision à moins que l'accusé n'ait pas été présent ou représenté lors du prononcé de la décision, auquel cas le délai de dépôt court à compter de la notification de ladite décision à l'accusé ».

32. Lettre datée du 19 novembre 2004, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Président du Tribunal pénal international chargé de juger les personnes accusées d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais accusés de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994, Conseil de sécurité, S/2004/921, 22 novembre 2004.

par le TPIR, a été écarté purement et simplement des procédures de transfert. Le Juge Patrick Robinson, Président du TPIY, a rappelé quelques mois plus tard que : « *[L]es capacités judiciaires du Rwanda n'ont pas été jugées satisfaisantes, et en conséquence, la communauté internationale prend des mesures pour remédier à la situation. Cependant, il est peut-être encore plus préoccupant de constater que des pays européens auxquels le TPIR avait aussi pensé renvoyer des affaires en application de l'article 11 bis ne sont pas à même d'en connaître ou ne sont pas disposés à le faire* »³³.

Si la volonté de transfert en direction des États européens est claire, la méfiance à l'égard des États africains est tout aussi perceptible. La confiance dans les systèmes juridiques africains reste faible et les difficultés politiques entre le TPIR et le Rwanda sont de véritables obstacles.

Les sources juridiques de références du Tribunal tiraillées entre common et civil law ?

Il n'existe pas une définition ferme et définitive de ce qui serait le ou les principaux systèmes juridiques au monde. Toutefois, certains ont été identifiés créant des catégories au sein desquelles les systèmes légaux des États sont rattachés. Ainsi, il peut être dénombrer six grands ensembles : common law, civil law, muslim law, customary law, talmudic law, et mixed law. Dans le cadre des juridictions pénales internationales - TPI et CPI -, deux systèmes sont en présence le système de civil law et celui de common law. Le système de common law vient « des pays anglo-saxons dont la caractéristique principale est d'avoir instauré la jurisprudence comme source principale du droit, la loi n'étant que secondaire par opposition aux pays de civil law ou pays romano-germaniques »³⁴. La lutte des intérêts de chacun, les États de tradition anglo-saxonne et les États de tradition romano-germanique, a été rude. À tel point que l'originalité des procédures mixtes des TPI est aujourd'hui contestée ou tout du moins interrogée. Ainsi Pascal Besnier, Greffier adjoint au TPIR, pose la question de savoir s'il ne s'agirait pas finalement d'une procédure totalement de common law ou totalement de civil law ?

33. Allocution du Juge Patrick Robinson, Président du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, devant le Conseil de sécurité, 4 juin 2009.

34. CABRILLAC Rémi, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Objectif dico droit, 3e édition, LexisNexis, Litec, 2008, p. 88.

Extrait tiré de l'article de Pascal Besnier, « La mise en œuvre de la compétence internationale les « acteurs du procès », L'avocat devant le TPIR de la difficulté de maîtriser la « mixité » de la procédure »*.

Ce n'est certainement pas une procédure de droit civil, car il n'y a pas de juges d'instruction et parce que le règlement de procédure et de preuve présente tous les traits d'une procédure accusatoire. L'instruction s'effectue donc à l'audience avec le concours du procureur et des avocats sur les épaules de qui pèse la totalité de la charge de la preuve et des éléments d'information qui seront fournis au juge. Il y a également le caractère public des débats (pas de secret des audiences), le caractère oral de la procédure (bien que le TPIR préfère aujourd'hui réintroduire un peu d'écrit dans les débats, préférant de plus en plus juger les requêtes sur mémoire, rendant la procédure hybride, à mi-chemin entre la procédure de *civil law* et de *common law*) et enfin le caractère contradictoire des débats qui signifie que les parties s'échangent spontanément les pièces et les éléments d'accusation ou de défense qu'ils ont à leur disposition.

* : BESNIER Pascal, « La mise en œuvre de la compétence internationale les « acteurs du procès », L'avocat devant le TPIR de la difficulté de maîtriser la « mixité » de la procédure », in BURGORGUE-LARSEN Laurence, La répression internationale du génocide rwandais, Collection CREDHO, Bruylant, 2003, p. 187.

Les propos du Greffier adjoint sont finalement rassurants sur les aspects exotiques des TPI. Il existe donc bien une mixité de la procédure, héritage des négociations interétatiques précédant la création du Tribunal. Elles ont d'ailleurs révélé les rivalités entre les tenants de l'application du système juridique anglo-saxon et les tenants du système romano-germanique. Pourtant, il ne faut pas surestimer le caractère mixte des procédures du Tribunal ad hoc. Ils sont nombreux à dire au TPIR que le système de *common law* l'a depuis longtemps emporté sur le système de *civil law*. Ici encore, les raisons données par les personnes interviewées sont multiples et semblent être plus pratiques qu'idéologiques :

- La plupart des professionnels du TPIR sont de tradition *common law* ;
- Le RPP du TPIR est largement le résultat de la proposition américaine faite aux juristes du bureau de New York ;
- La *common law* est plus accessible grâce à des outils électroniques développés (*west-law*, *lexisnexis*, etc.) ;
- La grande majorité des juristes de *common law* pour des questions de langue ne connaît pas la jurisprudence de la *civil law*, etc.

Pourtant ici ou là, des mécanismes de *civil law* ont été introduit sous la pression de juges de tradition *civil law*. Car si système a été pensé principalement par des juristes anglo-saxon, certaines procédures prévues dans le RPP sont « neutres » et peuvent, par conséquent, être adaptée à des procédures de *common law* ou de *civil law*. C'est le cas par exemple de la démarche

probatoire inscrit à l'article 89 du RPP qui prévoit que la Chambre peut admettre tout élément probant. Le système de *civil law* privilégie le principe de l'oralité des témoignages cependant si la personne est introuvable, il est possible de recourir au dossier où figure son témoignage. Dans le cadre de la *common law*, le principe est le recours à la meilleure preuve disponible. Les deux procédures conduisent au même résultat et l'article 89 permet d'opter pour l'une ou l'autre option. Les juges de tradition romano-germanique ont fait parfois pencher la balance du côté de la *civil law*. En effet, certaines évolutions notoires l'ont été sous leur impulsion. Un exemple concret est le prononcé du jugement et de la peine qui peut avoir lieu au cours d'une même audience. Pour les juges de tradition romano-germanique, cette procédure est commune. D'un point de vue pratique, elle permet de gagner du temps. Elle a également pour conséquence de contraindre les avocats à instruire le dossier de leur client « à charge et à décharge ». En d'autres termes, l'avocat doit pour une même affaire envisager que son client sera condamné ou pas. Dans l'hypothèse d'une condamnation, l'avocat doit invoquer des éléments pour demander les circonstances atténuantes. Dès lors, il existe un vrai dualisme. Pour certains, cet exemple illustre parfaitement le fait que la greffe d'outils de *civil law* sur un corpus de règles issues essentiellement de *common law* ne fonctionne pas de manière satisfaisante.

Une autre évolution peut être mentionnée : l'unicité de la peine, la peine la plus forte prononcée pour un chef d'accusation englobe les autres peines. Ces exemples donnent une bonne idée du caractère mixte des procédures conduites devant le TPIR : mixte/hybride avec une forte dominante de *common law*. Toutefois, limiter la réflexion à cet aspect aurait pour conséquence de passer sous silence l'énergie créatrice du Tribunal. En effet, force est de constater que certaines dispositions des textes de référence ou de la jurisprudence sont une sorte de « création pure » qui ne tire sa légitimité, ni sa normativité d'un précédent inscrit dans le système de *civil law* ou de *common law*. Des professionnels du droit font ainsi référence à l'article 73 B³⁵, décrit comme étrange pour les juristes et cela quelque soit leur tradition juridique d'origine. Si aucune règle ne se rapproche de celle-ci dans les systèmes de *common law* ou de *civil law*, il n'y a pas d'hybridation ou de mixité de la procédure simplement l'introduction d'un nouvel instrument par les juges pour les Chambres.

De la même manière, les juges se sont aussi affranchis des procédures traditionnelles de *common law* ou de *civil law* dans la jurisprudence. La décision de la Chambre de première instance dans l'affaire *Kajelijeli* sur le droit à l'assistance d'un conseil en est une illustration. À cette occasion, la Chambre a pu préciser que : « [q]uant à la question du droit à l'assistance d'un conseil, la Chambre estime que même si l'assistance d'un conseil à un témoin ne correspond pas à la pratique des juridictions de Common Law et de civil Law, les circonstances exceptionnelles qui entourent ce témoignage

35. « B) Les décisions concernant de telles requêtes ne sont pas susceptibles d'appel interlocutoire, à l'exclusion des cas où la Chambre de première instance a certifié compromettre sensiblement l'équité et la rapidité du procès, ou son issue, et que son règlement immédiat par la Chambre d'appel pourrait concrètement faire progresser la procédure ».

justifient la présence du Conseil de Kabiligi quand ce dernier sera à la barre »³⁶. Toutefois, cette pratique est en même temps qu'elle est reconnue, elle est limitée puisqu'elle ne peut être tolérée que dans le cadre de circonstances exceptionnelles. Dans cette affaire, il s'agit avant tout d'une question de tolérance, vis-à-vis des pratiques des systèmes traditionnels, dans une hypothèse très particulière qui doit permettre d'augmenter le niveau de protection de la personne présentée au Tribunal. À l'occasion de l'affaire *Seromba*, la Chambre d'appel s'est également prononcée sur les rapports entretenus entre le droit du Tribunal et les droits nationaux. L'accusé invoquait le droit de pouvoir témoigner le dernier précisant qu'il était originaire d'un système de *civil law* au sein duquel le droit de témoigner en tant que dernier témoin est considéré comme un principe cardinal de la procédure criminelle. La Chambre a rejeté cet argument au motif que le Tribunal n'est pas lié par les pratiques des juridictions nationales quelque soit leur système juridique. Elle ajoutait également que la Chambre d'appel du Tribunal avait pu observer qu'à ce sujet, il n'existait pas de pratique uniforme en la matière³⁷. Le TPIY s'est également exprimé sur les relations entre son droit et le droit international de la CEDH lors de l'examen des sources du droit qu'il devait appliquer pour interpréter les dispositions du Statut et du RPP. Il s'est en particulier demandé s'il était lié par les interprétations d'autres juridictions internationales est plus particulièrement la CEDH. Soulignant que le Tribunal jugeait des crimes considérés si horribles qu'ils justifiaient une juridiction universelle, les juges ont conclu que le Tribunal devait interpréter son Statut et son Règlement « *dans le contexte de son cadre juridique unique* »³⁸.

Le droit du TPIR est le résultat d'une construction complexe. En effet, s'il est dominé par des procédures de common law, il est également mu parfois par une concurrence civil-common mais aussi par une construction autarcique, détachée des droits nationaux et/ou du droit international. Il se définit en cercle clos et se retrouve « suspendu » par rapport au contexte qu'il est censé réguler. Pour reprendre l'expression utilisée dans le cadre de l'analyse de l'Etat, « Suspended state », et qui exprime le décrochage entre les institutions définies par rapport à la norme internationale et les sociétés qu'elles sont censées incarner. Si la construction du droit du TPIR n'assimile pas ou peu les droits africains, a contrario les droits pénaux africains sont impactés par le travail du TPIR. Ainsi, il est une source d'inspiration importante des droits nationaux africains et du droit international pénal en Afrique - création du Tribunal spécial pour la Sierra Léone (TSSL) et ratification du Traité de Rome portant création de la Cour pénale internationale (CPI). Par exemple l'introduction du crime de génocide, la définition du viol ou encore l'abolition de la peine de mort.

36. Case n° ICTR-2001-66-A, *The Prosecutor v. Athanase Seromba*, Jugement, 12 March 2008.

37. CAMARA Fatou Kiné, *Pouvoir et justice dans la tradition des peuples noirs*, Collection Philosophie et pratique, L'Harmattan, 2004, p. 55.

38. Affaire n° IT-94-1, *Le Procureur c/ Duško Tadić*, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la défense, 10 août 1995.

Le droit au service de la réconciliation nationale rwandaise Une justice multi-niveaux

« S'il est une valeur au cœur des civilisations noires, c'est l'Harmonie. Tous les moyens sont bons pour la restaurer, la préserver et la rétablir chaque fois qu'elle est ébranlée. [...] Les juges ne sont pas là pour punir, mais pour aider à l'établissement de la vérité, préalable nécessaire à la réconciliation des adversaires et à la réparation des éventuels déséquilibres sociaux que le conflit a dévoilés »³⁹.

Le TPIR face à la difficile compatibilité des missions de juger et de réconcilier

« L'option du tout pénal »⁴⁰ retenue par le TPIR a pour conséquence que la création de cette juridiction, calquée sur le TPIY, s'est affranchie de se soucier des spécificités rwandaises. En effet, aucune étude de contexte, de spécificité des crimes ou des causes profondes qui les ont précédés n'a été conduite. L'unique réponse apportée au génocide a été la création d'un Tribunal.

Les tentatives de conciliation : les pratiques en matière de détention et de protection des témoins

Le Tribunal n'a pas pu maintenir un cloisonnement parfaitement hermétique entre sa propre réalité, celle d'une énorme machine onusienne et la réalité du Rwanda, celle d'un État post génocide. Le Tribunal ne peut pas fonctionner sans la participation des rwandais au procès. En effet, si la constitution de partie civile pour les victimes n'existe pas devant le TPIR, l'institution a besoin de la participation des témoins aux audiences et cette participation est loin d'être toujours acquise. Pour faciliter celle-ci une section d'appui aux témoins et d'aide aux victimes a été créée. Elle a en charge la difficile tâche de tout mettre en œuvre pour éviter que la participation des témoins aux procès présente des aspects négatifs ou des risques pour les individus. Mais le dialogue s'avère souvent difficile entre les autorités du Tribunal et les rwandais.

39. CAMARA Fatou Kiné, Pouvoir et justice dans la tradition des peuples noirs, Collection Philosophie et pratique, L'Harmattan, 2004, p. 55.

40. CRUVILLIER Thierry, Le tribunal des vaincus, un Nuremberg pour le Rwanda ?, Calmann-lévy, 2006, p. 292.

Quelles sont les difficultés auxquelles vous pouvez être confronté dans l'exercice de vos fonctions ?

La prise en compte du contexte local rwandais apparaît comme une nécessité. De cela dépend la réussite de son travail. La section est une interface entre les victimes et les témoins et les Chambres du TPIR. Elle doit s'assurer que les témoins sont présents aux audiences. Et, il n'est pas toujours facile d'obtenir leur coopération. Pour s'assurer de celle-ci, leur venue au Tribunal doit être le moins contraignante et la moins dangereuse possible. Ainsi, la coutume africaine selon laquelle tout le monde doit être informé de ce que vous faites, quand, où et avec qui rend la tâche compliquée. Pour surmonter ce qui pourrait mettre en danger le témoin et permettre la venue du témoin au Tribunal, il est nécessaire de mettre en place des subterfuges. Mais leur mise en œuvre n'est possible que si la coutume et la culture sont connues par les membres de la section du Tribunal. Par exemple, la venue d'un témoin peut être organisée de la manière suivante : le témoin rwandais devra partir à vélo de chez lui, comme il le fait à chaque fois qu'il se rend chez le médecin. Une fois qu'il sera suffisamment éloigné de chez lui, la section de protection pourra le conduire jusqu'au TPIR.

Devez-vous faire des ajustements entre la règle à appliquer et la réalité des tâches ?

D'autres difficultés peuvent survenir une fois l'acceptation de témoigner donnée. Il s'agit du vocabulaire. Par exemple, le viol au Rwanda est un crime très particulier à cause du tabou qui entoure l'acte sexuel. La définition du viol retenu par le Tribunal *ad hoc* précise que l'acte doit avoir été fait sans le consentement de la victime. Or les femmes rwandaises refusent de parler de viol ou de violences sexuelles, elles expliquent que la personne « s'est assise ou allongée sur elles » et précisent que tous les actes sexuels étaient consentis. Il est alors nécessaire de préparer les témoins en amont des procès et cette préparation doit être faite en fonction du contexte et de la culture rwandaise. Pour prendre en compte ces particularités, le bureau du Procureur n'hésite pas à faire appel à des interprètes femmes et rwandaises.

Le constat d'une nécessaire prise en compte du contexte local a été tiré également dans le cadre de la mission du centre de détention d'Arusha. Les objectifs poursuivis par sa création sont l'indépendance des activités du Tribunal en permettant aux accusés d'être présents aux procès, l'application des normes internationales aux détenus mais aussi l'assurance aux détenus de bénéficier de mesures de sûreté. Si le centre de détention d'Arusha s'est largement inspiré de la mise en place du centre par le TPIY à Scheveningen à La Haye au Pays-Bas, les contraintes rencontrées par le Tribunal d'Arusha étaient très différentes ; les prisons africaines ne remplissent pas les critères internationaux en matière de traitement des détenus.

Le Gouvernement de Tanzanie a offert dès 1996, sur la base d'un accord⁴¹, la possibilité au Tribunal de louer une partie des locaux de la prison gouvernementale d'Arusha. Sur les aspects pratiques, l'aménagement et la construction des locaux, le Gouvernement tanzanien

41. Agreement between the United Nations and the Government of the United Republic of Tanzania on matter concerning the construction and use of the United Nations detention facilities in Arusha, Document de travail, non daté.

a pris en charge la main d'œuvre et le personnel supervisant les travaux et a assumé l'entière responsabilité de la construction et de l'aménagement des locaux. Le TPIR avait à sa charge la fourniture des matériaux de construction mais également d'aménagement du centre. Le centre de détention dispose de quatre-vingt-dix cellules. Celles-ci sont réparties de la manière suivante : soixante-dix-sept cellules sont réservées pour les détenus en attente de jugement et d'appel, six cellules pour les condamnés, six autres cellules pour les témoins et enfin une cellule d'isolement. La plupart du personnel du centre de détention est d'origine tanzanienne - l'État hôte met ce personnel à la disposition du Tribunal, la Tanzanie le sélectionne et le propose au Tribunal, celui-ci acceptant ou refusant les candidatures. Bien que ce personnel travaille sous l'autorité du Tribunal, ne devant par conséquent se soumettre à aucune autre forme d'autorité que la sienne et faire gage de discrétion sur les activités du centre de détention, il n'a en aucun cas le statut de membre du Tribunal.

Les règles de fonctionnement et d'organisation sont inscrites principalement dans un document *quasi* commun aux deux centres de détention. Il s'agit du Règlement de détention⁴². Pourtant la vie au centre de détention d'Arusha diffère quelque peu de la vie au centre de détention de Scheveningen.

42. Règlement portant régime de détention des personnes en attente de jugement ou d'appel devant le Tribunal ou détenues sur l'ordre du Tribunal, TPIR, 50^e session plénière, Arusha, 5 juin 1998.

De manière générale percevez-vous des interactions entre les pratiques locales et les normes internationales ?

La nécessité de penser un centre de détention conforme aux standards internationaux onusiens mais également en adéquation avec la perception africaine de la prison s'est imposée. Pour cela, certaines considérations devaient être prises en compte. Pour comprendre la prison en Afrique, il est nécessaire d'intégrer l'idée que la prison est un fait social. Les africains considèrent que l'emprisonnement peut arriver à tout un chacun et que par conséquent, la personne emprisonnée doit pouvoir bénéficier d'un soutien de sa famille (entendue au sens large).

La connaissance du contexte africain a permis, dans une certaine mesure, des adaptations. Les locaux ont été adaptés pour accommoder la vie des détenus notamment en leur permettant d'avoir accès à des espaces extérieurs et de ne pas être entravés au sein du quartier pénitentiaire. Cela n'a pas eu d'impact sur le bon fonctionnement du centre puisqu'à ce jour aucune évasion ni aucun suicide n'a été constaté. De surcroît, ces adaptations se font en conformité aux règles édictées par le Tribunal. Elles restent les normes de références et en aucun cas une pratique, une mesure intérieure, etc. ne doit y porter atteinte. Ces adaptations ont été au contraire positives au regard du désarroi et de la perte de repères des personnes détenues transférées au centre de détention du TPIY dont le fonctionnement obéit à des logiques carcérales occidentales.

Pour autant, cette prise en compte à *minima* du local par l'international montre rapidement ses limites. Une fois les témoins et les accusés réunis au procès deux acteurs sont en présence : l'acteur international (juges, procureurs, avocats, etc.) et l'acteur rural/national (témoins, victimes et accusés). L'acteur international revêt un « habit de lumière » dans un décorum à faire frémir l'acteur rural ainsi que le formulait l'un de nos interlocuteurs. Le premier est dans un environnement dont il maîtrise les codes, le second se retrouve dans une situation qui n'a rien avoir avec sa culture et à qui on demande de s'adapter. L'exemple des témoignages des victimes de viol est révélateur de ce constat. Les victimes ont en effet du mal à témoigner devant leur bourreau à qui elles doivent un certain respect dû à leur position dans le groupe. Il leur est aussi très difficile de s'adapter au rituel des audiences qui veut que l'on regarde les personnes présentes droit dans les yeux et que l'on pointe du doigt la personne mise en accusation au moment de son identification. L'exemple d'une victime venant s'incliner devant son bourreau pour l'identifier montre bien la difficulté de gérer la dualité de chacun.

Les condamnations prononcées par le TPIR : une solution insuffisante pour réconcilier le peuple rwandais

Comme le précise Thierry Cruvellier « [i]l a beaucoup été confié à la justice internationale : juger, imposer la paix, être une force de dissuasion, contribuer à la réconciliation nationale, établir une vérité historique »⁴³. Peut-être trop ? Inscrit comme objectif dès 1994 dans la résolution 955, « [c]onvaincu que, dans les circonstances particulières qui règnent au Rwanda, des poursuites contre les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire permettraient d'atteindre cet objectif et contribueraient au processus de réconciliation nationale ainsi qu'au rétablissement et au maintien de la paix »⁴⁴, la question de la réconciliation est au cœur des problématiques traitées par le TPIR. Cela alors même que celle-ci ne relève pas directement du judiciaire, on ne trouve pas cette finalité dans le cadre des juridictions nationales. Le témoignage de Naser Oric est d'ailleurs assez révélateur de ce que les personnes traduites devant les TPI peuvent avoir comme sentiment de cet objectif.

Extrait du témoignage de Naser Oric, ex-commandant dans l'armée de Bosnie-Herzégovine recueilli par Stéphanie Maupas*.

Le Tribunal peut être une étape dans la réconciliation. Mais les punitions, des juges ne peuvent pas changer quoi que ce soit dans le cerveau des accusés. Ils ne pleurent jamais pour leur culpabilité, mais pour la lourdeur de la sentence. Certains d'entre eux ont dit, devant les caméras, qu'ils regrettaient, mais en cellule, après avoir entendu leur sentence, ils expriment leur haine pour la communauté internationale et pour les autres. Je pense qu'après leur condamnation, les futures générations et leurs enfants verront leur haine grandir. Je crois que l'on peut s'attendre à la mise en œuvre d'une nouvelle machine à tuer, dans le futur [...]. Quand leurs enfants viennent en prison, ils leur racontent la même histoire, de leur innocence, et ces enfants-là vont répandre à leur tour, les mêmes histoires.

* : MAUPAS Stéphanie, *Juges, Bourreaux, Victimes, Voyage dans les prétoires de la justice internationale*, Autrement Frontières, 2008, p. 157.

Pour remplir tous les objectifs qui lui ont été assignés, le Tribunal ad hoc paraît être bien démuni puisque la seule arme à sa disposition est le prononcé de peines de prison. L'article 23 du Statut prévoit que « [l]a Chambre de première instance n'impose que des peines d'emprisonnement »⁴⁵. L'approche occidentale de la sanction lui attribue des fonctions. Les fonctions de la peine peuvent être réparties en deux catégories, l'une « prospective », l'autre « res-

43. CRUVELLIER Thierry, *Le tribunal des vaincus, un Nuremberg pour le Rwanda ?*, Calmann-Lévy, 2006, pp. 256-257.

44. Résolution 955 portant création du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Conseil de sécurité, 3453^e séance, S/RES/955, 8 novembre 1994.

45. Statut du TPIR.

titutive ». Si certaines fonctions semblent s'inscrire dans ces deux catégories, la distinction reste pertinente. Les propos d'Anne-Marie La Rosa⁴⁶ tendent à clarifier cette distinction. La première dite prospective « fait de la peine un pari, un risque calculé ou un investissement chargé d'espoir ; elle contient un projet pour l'avenir »⁴⁷. La seconde dite restitutive « fait de la peine un retour de mise, une restitution mesurée par la faute commise, elle aspire à l'équivalence, voire à l'effacement »⁴⁸. Les fonctions principalement attribuées à la peine par les juges internationaux sont la rétribution, l'élimination ou la neutralisation, la réinsertion et la prévention (générale ou spéciale). La peine prononcée par les juges du Tribunal ad hoc a donc différentes fonctions mais elle a également des objectifs essentiels : la réconciliation dans la région sinistrée par le conflit et le rétablissement et le maintien de la paix⁴⁹. Ces objectifs, nommés également buts dans la jurisprudence des deux TPI, sont traités de la même manière par les juges que les quatre fonctions précédemment évoquées. Cependant, il nous semble que les juges des TPI se trompent lorsqu'ils considèrent la réconciliation dans la région et le rétablissement et le maintien de la paix comme de simples fonctions, confondant ainsi fonction et objectif.

La jurisprudence ne reconnaît donc pas que les fonctions attribuées à la peine ont une double fonction : quant à la détermination de la peine mais également quant à la réalisation des objectifs que sont la réconciliation dans la région et le rétablissement et le maintien de la paix. Nous percevons cependant, de manière décousue, dans les décisions de certaines Chambres des TPI les pistes d'une telle réflexion. C'est ainsi que la Chambre de première instance dans l'affaire Čelebići a tenu à rappeler que « [l]a politique du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies vise à la réconciliation entre les parties. [...] Il serait contre productif de faire du châtement l'unique fondement de la peine et ce serait contraire au but du Conseil de sécurité, qui est de restaurer et de maintenir la paix sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. Le châtement n'est pas en lui-même une garantie de justice. »⁵⁰. La Chambre de première instance du TPIR dans l'affaire Serushago paraît également s'inscrire timidement dans cette voie en précisant que « [d]ans la détermination de la peine, la Chambre doit être soucieuse du fait que le Tribunal a été établi par le Conseil de sécurité sur la base du Chapitre VII des Nations unies [...] pour s'assurer que les violations du droit international humanitaire commises au Rwanda en 1994 soient effectivement réparées. L'objectif est de juger et

46. Conseillère juridique au Comité international de la Croix-Rouge.

47. Voir pour exemple : Affaire *Mucić et consorts* (« Čelebići »), Jugement, para. 1231 ; Arrêt non disponible, Résumé de l'arrêt rendu dans l'affaire *Le Procureur c/ Miroslav Bralo*, United Nations, La Haye, 2 avril 2007. Document disponible en ligne à l'adresse : <http://www.icty.org/case/bralo/4#acjug> ; Case n° ICTR 98-39-S, *The Prosecutor vs Omar Serushago*, Sentence, 5 february 1999, para. 19.

48. Affaire *Mucić et consorts* (« Čelebići »), Jugement, para. 1231.

49. Voir pour exemple : Affaire *Mucić et consorts* (« Čelebići »), Jugement, para. 1231 ; Arrêt non disponible, Résumé de l'arrêt rendu dans l'affaire *Le Procureur c/ Miroslav Bralo*, United Nations, La Haye, 2 avril 2007. Document disponible en ligne à l'adresse : <http://www.icty.org/case/bralo/4#acjug> ; Case n° ICTR 98-39-S, *The Prosecutor vs Omar Serushago*, Sentence, 5 february 1999, para. 19.

50. Affaire *Mucić et consorts* (« Čelebići »), Jugement, para. 1231.

punir les auteurs des atrocités commises au Rwanda afin de mettre un terme à l'impunité et permettre ainsi de promouvoir la réconciliation nationale et la restauration de la paix »⁵¹.

Si de manière ténue les Chambres du TPIR reconnaissent une distinction entre fonction et objectif, il est dommage que celles-ci n'aient pas su tirer des enseignements des droits nationaux africains pour atteindre non pas la fonction (le droit du Tribunal permet de la remplir) mais pour l'objectif de réconciliation nationale.

De manière générale percevez-vous des interactions entre les pratiques locales et les normes internationales ?

S'agissant de la question des sanctions, il aurait été préférable de garder le patrimoine culturel africain, tout en permettant une certaine évolution, notamment au regard du principe de dignité de la personne. Le rapport à la sanction est différent en Afrique et en occident. Plus que la traduction d'une volonté de neutralisation, la sanction en Afrique a vocation à rétablir la paix sociale et la réconciliation des parties au litige et le prononcé d'une peine n'est pas toujours la réponse ou la réaction la plus appropriée. Pourtant, il ne semble pas y avoir une autre issue dans la mesure où le Tribunal ne prononce que des peines de prison individuelles. La personne interrogée pour appuyer ses propos, donne l'exemple de la pratique de la fessée publique infligée aux femmes qui ont trompé leur mari. Cette sanction inscrite dans « une grille des peines » sur laquelle s'appuie la justice coutumière, justice rendue par le conseil du village paraît contraire à la dignité de la femme. C'est pourquoi, il est nécessaire que la justice traditionnelle/coutumière africaine évolue lorsque les décisions rendues portent atteinte à la dignité des personnes. Toutefois, cette évolution doit se faire dans la douceur et non dans la violence. Il faut donc trouver la voie qui permette cette évolution. Toute la difficulté est de trouver cette voie permettant à la fois de préserver une justice traditionnelle et de construire une justice plus conforme aux standards internationaux. Le travail du TPIR est un des éléments de la construction de celle-ci et l'abolition de la peine de mort au Rwanda en 2008 en est une des illustrations.

celle des rapports de force entre le système juridique romano-germanique et celui de la common law, sur fond de l'ignorance absolue des traditions juridiques africaines dont on retrouve une résurgence embryonnaire et aléatoire dans la procédure du Gacaca

Les juridictions gacaca au service de la réconciliation nationale ?

La création du TPIR en réponse aux crimes commis sur le territoire rwandais a conduit à retenir une « solution punitive intégrale »⁵² au Rwanda. Le Gouvernement rwandais a lui

51. Version originale : "In determining the sentence, the Chamber shall be mindful of the fact that this Tribunal was established by the Security Council pursuant to Chapter VII of the Charter of the United Nations [within the context of measures the Council was empowered to take under Article 39 of the said Charter] to ensure that violations of international humanitarian law in Rwanda in 1994 were halted and effectively redressed. The objective was to prosecute and punish the perpetrators of the atrocities in Rwanda in such a way as to put an end to impunity and thereby to promote national reconciliation and the restoration of peace." Case n° ICTR-98-39-S, The Prosecutor vs Omar Serushago, Sentence, 5 February 1999, para. 19.

52. CRUVELLIER Thierry, *Le tribunal des vaincus, un Nuremberg pour le Rwanda ?*, Calmann-lévy, 2006, p. 291.

aussi, au moins dans un premier temps, privilégier une telle approche en appliquant le droit commun aux génocidaires traduits devant ses propres juridictions. Mais très rapidement, le dispositif juridique national a montré ses limites. D'où l'initiative de remettre au goût du jour une ancienne procédure coutumière : la juridiction gacaca.

La réappropriation du pouvoir de juger par le Rwanda

Alors que le TPIR augmentait le rythme de traitement des affaires traduites devant sa juridiction, le 19 juin 2002, dans 12 Secteurs du pays choisis à raison d'un secteur par province et la Ville de Kigali, ont démarré les activités des Juridictions gacaca. Le processus de création de ces juridictions a été long à ce mettre en place. Celui-ci a vu le jour à la suite des discussions organisées au village de Urugwiro⁵³ (de mai 1998 à mars 1999) sous le patronage du Président de la République rwandaise qui ont encouragé le gouvernement à explorer la « solution gacaca » : celle-ci devait permettre la mise en place d'une justice reconnue et acceptée par la population puisqu'à la fois locale et traditionnelle pour juger les participants au génocide. En effet, le Rwanda s'est trouvé, à la suite du génocide rwandais, confronté à plusieurs défis majeurs dans le domaine judiciaire qui pour les principaux étaient d'éradiquer la culture de l'impunité et faire justice aux nombreuses victimes du génocide et des massacres commis afin de favoriser la réconciliation nationale. Toutefois, l'explosion du nombre de détenus, jusqu'à dépasser les capacités de l'appareil judiciaire rwandais, a conduit au constat par les autorités politiques rwandaises que l'application des règles juridiques procédurales de droit commun en matière de détention et de procès ne pouvait plus fonctionner.

C'est pourquoi après de multiples consultations auprès des experts et de la population, organisées et coordonnées par le Ministère de la Justice, la solution gacaca prit forme et la loi organique du 25 janvier 2001, portant création des Juridictions gacaca fut adoptée. L'architecture des juridictions gacaca est calquée sur l'organisation territoriale du Rwanda.

53. « [C]es réunions rassemblaient les hautes autorités du pays, les responsables des partis politiques et diverses institutions rwandaises. Ces réunions étaient pour étudier les problèmes épineux du Rwanda : l'unité et la réconciliation, la démocratie, la justice, l'économie et les affaires sociales, la sécurité ». Rapport de la commission parlementaire sur les problèmes du MDR. www.grandslacs.net/doc/2856.pdf

Formation des juges des Gacaca à partir du 8 avril 2002 - Kigali, 02 avril 2002 (FH)

La formation des 254 152 juges des juridictions populaires Gacaca du Rwanda, les Intègres, élus en octobre dernier, débutera le 8 avril 2002, a appris l'Agence Hirondelle auprès du Département des Gacaca de la Cour suprême. 781 formateurs ont déjà subi leur propre formation entre le 4 février 2002 et le 14 mars 2002. Ce sont des magistrats de carrière et des juristes en fin de licence de droit. [...] De bas en haut, l'organisation administrative subdivise le Rwanda en cellules, secteurs, districts (anciennement communes) et en provinces (ex-préfectures), la capitale Kigali ayant un statut à part. Chacun de ces quatre niveaux administratifs aura sa propre juridiction Gacaca. La Gacaca de la cellule jugera les présumés auteurs des pillages et autres dommages matériels, constituant la quatrième catégorie. Les coupables seront condamnés à réparer ou à rembourser leurs dégâts. Il n'y aura pas d'appel à ce niveau, selon la loi organique qui institue les Gacaca. C'est également la Gacaca du niveau de la cellule qui aura la charge d'établir les listes des victimes tuées dans la cellule même et de catégoriser tous les présumés auteurs du génocide natifs de cette cellule. La Gacaca du secteur s'occupera des affaires de la troisième catégorie, c'est-à-dire des suspects qui ont blessé des victimes sans avoir l'intention de les tuer. La Gacaca du district jugera les suspects de la deuxième catégorie, c'est-à-dire ceux qui ont vraiment tué (la peine maximale encourue étant la prison à vie), ainsi que les procès en appel des affaires jugées par la Gacaca du secteur. La Gacaca de la province sera uniquement une instance d'appel. Les suspects de la première catégorie, c'est-à-dire les planificateurs du génocide et les présumés auteurs de viols et autres tortures sexuelles, continueront à être jugés par les Tribunaux de première instance, dont les juges sont des juristes de formation de niveau licence au moins.

Fondation Hirondelle

Les procédures engagées devant les assemblées générales des gacaca suivent une sorte de rituel. Le président constate d'abord que le *quorum* (au moins cent personnes ayant atteint l'âge de 18 ans au minimum) est réuni. Il donne ensuite l'ordre du jour et déclare la réunion ouverte. Il demande une minute de silence en mémoire des victimes du génocide, mais aussi pour méditer sur les conséquences de cette tragédie et sur le rôle de chacun pour y faire face. Il fait enfin un bref discours et rappelle les règles de discipline notamment, pour demander la parole, il faut lever le doigt. Seul le président accorde la parole, en commençant par les personnes venant de loin ou âgées. La personne qui a la parole doit s'efforcer de dire la vérité. Personne ne doit perturber celui qui parle, ni être impoli, insultant, intimidant ou imposer son point de vue. Nul ne doit non plus monopoliser la parole ou parler d'autre chose n'ayant pas de rapport avec le sujet en discussion. En général, les réunions débutent le matin. « *Les gens viennent au compte-goutte. Il est rare de voir vraiment une assemblée générale commencer à l'heure convenue. Quand on pose la question sur ces retards, plusieurs des participants répondent souvent : « C'est l'esprit paysan. Rien ne presse. Tout finit par rentrer dans l'ordre ». Mais la raison majeure dont certains parlent aussi, c'est que chacun doit faire d'abord quelque chose pour nourrir sa famille avant d'aller siéger. « Qu'est-ce que je mangerai moi-même à mon retour à la maison si je n'ai rien fait avant d'aller à l'assemblée générale?» disent plus d'un* »⁵⁴.

54. NZANZUWERA François-Xavier, « Les juridictions « gacaca », une réponse au génocide rwandais ou le difficile équilibre entre châtement et pardon », in BURGORGUE-LARSEN Laurence, *La répression internationale du génocide rwandais*, Collection CREDHO, Bruylant, 2003, p. 114.

Le premier challenge auquel ont été confrontées les juridictions gacaca était de pouvoir accélérer les procès de génocide afin de rendre justice, dans les délais raisonnables, aux suspects et aux victimes. Avant la création des gacaca, seulement treize tribunaux nationaux (de première instance) jugeaient ce type d'affaires. Le second, qui nous paraît être beaucoup plus ambitieux, était la réconciliation nationale telle qu'inscrite à l'avant dernier paragraphe de la loi organique du 26 janvier 2001 créant les juridictions gacaca : « [c]onsidérant la nécessité, pour parvenir à la réconciliation nationale ». Dès lors, si ces juridictions s'inscrivent dans un passé très proches (la fin annoncée des gacaca en 2009 a été repoussée d'une année). Elles étaient avant tout un pari sur l'avenir. En effet, les juridictions gacaca n'étaient pas qu'un exercice judiciaire, elles étaient également un exercice de démocratie. Comme le souligne François-Xavier Nzanzuwerwa, « [e]n s'appropriant la justice du génocide, la population rwandaise prendra également conscience de sa responsabilité dans cette tragédie, mais également de son rôle dans la reconstruction morale du pays »[□]

L'expérience en demi teinte des gacacas : un instrument vecteur d'hybridation ?

Comme le précise Assane « *en matière judiciaire, le transfert des systèmes juridictionnels des pays occidentaux ne s'est pas limité à l'organisation formelle des juridictions. Il s'est étendu à la fonction qui est attribuée à la Justice. En effet, dans les États dits modernes, le juge a pour mission de résoudre les conflits entre les justiciables en disant le droit ; l'issue du procès se traduit par la victoire d'une partie qui obtient gain de cause sur l'autre qui supporte la sanction que requiert son écart de conduite. La justice est ainsi perçue principalement dans sa fonction répressive au sens où elle sanctionne ce que le droit positif considère comme une déviance par rapport à la norme, une atteinte aux droits d'autrui protégés par la société ou aux intérêts de la collectivité dans son ensemble. Or, si à présent, cette fonction contentieuse est bien ancrée, il n'en demeure pas moins qu'elle ne s'est pas substituée, mais s'est plutôt superposée, à la fonction traditionnelle que beaucoup de sociétés africaines attribuent à la justice, à savoir une fonction de conciliation. La solution juste qui découle du « procès » n'est pas forcément celle qui est conforme au droit mais plutôt celle qui préserve les intérêts de toutes les parties en litige et leur offre une satisfaction mutuelle. La décision reflète donc davantage le résultat d'un consensus que la sanction que le juge impose aux parties (Cela ne signifie pas que les sanctions sont inexistantes mais simplement qu'elles relèvent de l'ordre du symbolique). On retrouve dans cette différence de représentation de la justice la distinction, schématique il est vrai, entre « l'ordre imposé » qui serait caractéristique des sociétés occidentales, et « l'ordre négocié » propre aux sociétés africaines.*

À la lecture de cette analyse, le Gacaca offre une perspective d'étude intéressante mais aussi très complexe :

Assis sur l'herbe avec les sages ... debout devant les juges : les gacacas au Rwanda une définition plurielle manquée.

Du maintien de l'harmonie sociale ...

Le gacaca⁹ n'a pas toujours été la juridiction que l'on connaît aujourd'hui, c'est-à-dire celle compétente pour juger certains des crimes commis au cours du génocide de 1994. « *À l'origine, le gacaca était une juridiction populaire. Elle était constituée d'assemblées villageoises lors desquelles les sages tranchaient des différends, assis sur le gazon ou l'herbe* »¹⁰. Rendue, en général, par les anciens de la famille, cette justice populaire n'avait ni siège ni période fixe de réunion¹¹. Tout désordre social, qu'il soit de nature civile ou pénale, relevait de cette justice dont l'objectif était presque « *exclusivement le rétablissement de l'harmonie sociale* »¹³. Il ne s'agissait pas de réprimer l'auteur du trouble mais de le resocialiser. Pour cela, les « anciens » ou « sages » dénommés *Inyangamugayo* recherchaient dans leurs décisions la conciliation des parties. Ce qui ne les empêchait pas de prononcer des sanctions parfois très sévères, au regard du contexte socioculturel, telle que l'exclusion de la famille de l'auteur des faits, cette sanction étant comparable à la mort civile, alternative à la mise à mort physique. Lors de la période colonial un système juridique à l'occidentale est introduit au Rwanda mais le gacaca demeure une pratique coutumière. En effet, le gacaca n'a cessé de jouer un rôle important de médiation sociale.

... à la sanction et la réconciliation nationale ...

Au lendemain du génocide, les systèmes judiciaire et carcéral rwandais n'étant pas en capacité de répondre aux crimes perpétrés. D'où, des consultations sont alors engagées par le gouvernement sur les voies et moyens pour juger des crimes commis mais aussi pour favoriser la réconciliation nationale. Ainsi, les discussions organisées au village de Urugwiro¹⁴ (de mai 1998 à mars 1999) sous le patronage du Président de la République rwandaise ont encouragé le gouvernement à explorer la « solution gacaca » : celle-ci devait permettre la mise en place d'une justice reconnue et acceptée par la population puisqu'à la fois locale et traditionnelle pour juger les participants au génocide. C'est pourquoi après de multiples consultations auprès des experts et de la population, organisées et coordonnées par le ministère de la Justice, la solution gacaca prit forme et la loi organique du 25 janvier 2001, portant création des Juridictions gacaca fut adoptée.

Dans ce contexte post-génocide, la solution gacaca traduit une volonté rwandaise (soutenue dans une certaine mesure par la communauté internationale) de pratiquer une justice visant à la sanction mais aussi à la réconciliation. Pour ce faire, il convenait de passer d'une justice exclusivement punitive à une justice réparatrice impliquant toute la société rwandaise. Porteuse d'une conception africaine de la sanction et visant au rétablissement de l'harmonie sociale affectée par l'acte jugé, la justice des gacacas ancrée dans une réalité et tradition rwandaise apparaît, pour la population, favorable à sa mise en place, comme le meilleur instrument de réconciliation. Comme le souligne de nombreux auteurs et notamment Koffi

Afande la conception traditionnelle africaine de la sanction bénéficie d'une plus grande légitimité populaire que celle « *de souche coloniale suscite plutôt une méfiance* »⁵⁵.

Que ce soit pour les autorités publiques ou la population rwandaise, le recours aux gacacas est alors perçus comme une opportunité de mettre un terme au règne de l'impunité, d'établir la vérité dans la confrontation des victimes et des auteurs présumés, mais également de donner la possibilité au peuple rwandais de se réconcilier et de construire une paix durable.

... le gacaca réinventé : une hybridation non aboutie.

Toute la difficulté, et donc tout le défi de la création des gacacas post-génocide était dans la conciliation entre la vision occidentale de la justice, fondée sur des lois écrites, centrée sur l'individu et sur la rétribution d'une part et la vision traditionnelle de la justice incarnée par la responsabilité collective - non individuelle - et le maintien de l'harmonie sociale de l'autre.

Cette conciliation semblait passer par la conception réparatrice de la justice adoptée pour la mise en place des gacacas post-génocide. Cette justice implique : l'offenseur, l'offensé, leurs familles, le groupe ou la communauté, parce que le dommage, le crime commis va au-delà de la sphère individuelle. En effet, la réponse apportée par une justice classique qui serait l'emprisonnement ne peut ici proposer une réponse satisfaisante. Cependant, là où on attendait une réponse plus créative grâce à la mise en place des gacacas, la sanction prononcée n'est pas si différente de celle apportée par la justice classique d'inspiration occidentale : la peine de prison⁵⁶. Cela est justifié par la gravité des actes commis mais aussi parce que l'exclusion communautaire n'est pas toujours adaptée ni au cas du génocide ni à la société rwandaise actuelle. Toutefois, le prononcé de cette peine laisse un sentiment de justice inachevée à la population rwandaise. L'introduction de mécanismes traditionnels en référence à une certaine coutume rwandaise n'a pas permis d'apporter une réponse au besoin de réconciliation post-génocide.

55. AFANDE Koffi, « La légitimité et l'efficacité des sanctions pénales dans les pays de l'Afrique subsaharienne – un cas de pluralisme juridico-socio-culturel », Contribution au Congrès Sanctionner : est-ce bien la peine et dans quelle mesure ?, Université de Lausanne, 29-30 juin 2006, in RICPT, No. 3, 2007, pp. 277-294.

56. 01.10.07 - Rwanda/ Gacaca - Une ancienne infirmière condamnée à 30 ans de prison. « Arusha, 1er octobre 2007 (FH) – Scholastique Mukabandora, ancienne infirmière à l'Hôpital universitaire de Butare, dans le sud du Rwanda, a été condamnée le 26 septembre à 30 ans de prison après avoir perdu son appel devant une juridiction semi-traditionnelle gacaca, apprend-on lundi de source associative locale. Elle était accusée d'avoir joué un rôle dans la préparation des massacres de Tutsis, d'avoir arraché les perfusions de malades tutsis et tué un nouveau-né, rapporte la Ligue des droits de la personne dans la région des Grands lacs (LDGL), un collectif régional basé à Kigali. L'organisation ne précise cependant si elle a été reconnue coupable de toutes ces infractions. L'infirmière avait fait valoir dans sa défense que les massacres à l'hôpital universitaire s'étaient déroulés pendant la nuit et qu'elle ne travaillait que la journée pendant la période du génocide, selon la LDGL. Mme Mukabandora a été arrêtée le 28 septembre 1998 et a été incarcérée, depuis, à la prison centrale de Karubanda, à Butare, toujours selon la LDGL. Condamnée au premier degré en juillet 2006, elle avait fait appel. Inspirées des anciennes assemblées villageoises lors desquelles les sages, assis sur le gazon (gacaca, en langue rwandaise), réglait des différends, les juridictions gacacas (prononcer gatchatcha) sont chargées de juger la plupart des responsables présumés du génocide de 1994. Elles ne sont pas animées par des magistrats professionnels mais par des personnes élues parmi la communauté sur la base du seul critère d'intégrité. Les gacacas peuvent prononcer jusqu'à la prison à vie ». <http://fr.hirondellenews.com/content/view/11360/291/>

Le gacaca dans sa conception traditionnelle et le gacaca réinventé ne partagent plus grand chose, si ce n'est le nom. Cela tient probablement au fait que l'on a attendu d'un mélange des formes, une hybridation des valeurs, fondant chacun des systèmes, et des objectifs : neutralisation des coupables (vision occidentale) et harmonie sociale/réconciliation (vision africaine traditionnelle). Au lieu de donner naissance à un système de régulation nouveau et hybride satisfaisant les populations rwandaises dans leur sentiment de justice rendue et de paix sociale rétablie, le gacaca réinventé cumule les limites des deux justices : l'absence de vraies garanties en matière de droits de l'homme pour la personne traduite devant la justice africaine traditionnelle et l'absence d'une recherche d'harmonie/paix sociale pour la justice occidentale. Cause ou effet, probablement les deux, les gacacas n'ont pu échapper à ce que Christian Nadeau décrit comme « *une politisation du juridique* »⁵⁷ dans le débat national et international. Sur le plan national, certains s'interrogent sur une justice qui condamne qu'une seule des parties au conflit⁵⁸. Sur le plan international ensuite, les autorités nationales rwandaises opposent les gacacas comme le modèle vertueux d'une justice basée sur la pratique d'une approche culturelle et le recours à des référentiels propres au Rwanda, à une justice importée, dictée à partir d'un modèle occidental, incarnée par le Tribunal Pénal International pour le Rwanda.

57. NADEAU Christian, « Quelle justice après la guerre ? Éléments pour une théorie de la justice transitionnelle », *La vie des idées. fr*, 23 mars 2009.

58. « tant que les crimes de guerre du FPR -officiellement, pour Kigali, il n'y en a pas- n'auront pas été jugés, une partie restera toujours convaincue qu'il n'y a pas de justice et on sera loin de la réconciliation ». Emmanuel Neretse et Gaspard Musabyimana, Ingabire, D. Mukantaganzwa défend l'indéfendable, 20 janvier 2010.

Bibliographie et liens web

Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité présenté le 3 mai 1993, S/25704, 3 mai 1993.

Résolution 827 portant création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Conseil de sécurité, S/RES/827, 25 mai 1993.

Résolution 929, Conseil de sécurité, 3392^e séance, le 22 juin 1994.

Lettre datée du 28 septembre 1994 adressée au Président du Conseil de sécurité par le représentant permanent du Rwanda auprès de l'Organisation des Nations unies, l'Ambassadeur, Manzi Bakuramutsa, S/1994/1115, 29 septembre 1994.

Résolution 955 portant création du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Conseil de sécurité, 3453^e séance, S/RES/955, 8 novembre 1994.

Conseil de sécurité, Nations unies S/PV.3453, Quarante-neuvième année, 3453^e séance, New York, 8 novembre 1994.

Règlement de procédure et de preuve, TPIR, Adopté le 29 juin 1995, Arusha, Tanzanie, modifié le 14 mars 2008.

Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Nations unies, 8 novembre 1994.

Règlement de procédure et de preuve, TPIY, IT/32/Rev. 41, Adopté le 11 février 1994, Trente-deuxième session, La Haye, Pays-Bas, 28 février 2008.

Agreement between the United Nations and the Government of the United Republic of Tanzania on matter concerning the construction and use of the United Nations detention facilities in Arusha, Document de travail, non daté.

Règlement portant régime de détention des personnes en attente de jugement ou d'appel devant le Tribunal ou détenues sur l'ordre du Tribunal, TPIR, 50^e session plénière, Arusha, 5 juin 1998.

Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Nations unies, Adopté le 25 mai 1993.

Affaire n° ICTR-98-44-A-T, *Le Procureur c. Juvenal Kajelijeli, Décision relative à la requête de Kajelijeli en vue de l'obtention de l'autorisation de faire citer Joseph Nzirorera, détenu au quartier pénitentiaire des Nations unies comme témoin à décharge*, 19 septembre 2002.

Case n° ICTR 98-39-S, *The Prosecutor vs Omar Serushago, Sentence*, 5 february 1999, para. 19.

Affaire n° ICTR-96-4-T, *Le Procureur c/ Jean-Paul Akayesu, Jugement*, 2 septembre 1998, para. 121.

Affaire n° ICTR-97-23-S, *Le Procureur contre Jean Kambanda, Jugement portant condamnation*, 4 septembre 1998.

AFANDE Koffi, « La légitimité et l'efficacité des sanctions pénales dans les pays de l'Afrique subsaharienne - un cas de pluralisme juridico-socio-culturel », Contribution au Congrès Sanctionner : est-ce bien la peine et dans quelle mesure ?, université de Lausanne, 29-30 juin 2006, in RICPT, No. 3, 2007, pp. 277-294.

AKHAVAN Payam, Current Development, "The International Criminal Tribunal for Rwanda : The Politics and Pragmatics of Punishment", *American Journal of International Law*, July 1996.

BAKUNDA Pierre Célestin, « Rwanda, l'enfer des règles implicites », Bruxelles, 24 juin 2007, Présentation du livre *Rwanda, l'enfer des règles implicites*, L'Harmattan, 2006, Paris.

CABRILLAC Rémi, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Objectif dico droit, 3^e édition, LexisNexis, Litec, 2008, 417 p.

CAMARA Fatou Kiné, *Pouvoir et justice dans la tradition des peuples noirs*, Collection Philosophie et pratique, L'Harmattan, 2004, 246 p.

CRUVELLIER Thierry, *Le tribunal des vaincus, un Nuremberg pour le Rwanda ?*, Calmann-lévy, 2006, 269 p.

LORENZO Gradoni, « L'exploitation des principes généraux de droit dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux », in FRONZA Emanuela, MANACORDA Stefano, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc, Études des Law Clinics en droit pénal international*, DALLOZ, Thèmes et commentaires, 2003, p. 10 et suivantes.

BESNIER Pascal, « La mise en œuvre de la compétence internationale les « acteurs du procès », L'avocat devant le TPIR de la difficulté de maîtriser la « mixité » de la procédure », in BURGORGUE-LARSEN Laurence, *La répression internationale du génocide rwandais*, Collection CREDHO, Bruylant, 2003, pp. 185-192.

LA ROSA Anne-Marie, *Juridictions pénales internationales : la procédure et la preuve*, PUF, 2003, p. 507.

MAUPAS Stéphanie, *Juges, Bourreaux, Victimes, Voyage dans les prétoires de la justice internationale*, Autrement Frontières, 2008, p. 192.

NADEAU Christan, « Quelle justice après la guerre ? Éléments pour une théorie de la justice transitionnelle », *La vie des idées. fr*, 23 mars 2009.

NZANZUWERA François-Xavier, « Les juridictions « gacaca », une réponse au génocide rwandais ou le difficile équilibre entre châtement et pardon », in BURGORGUE-LARSEN

Laurence, *La répression internationale du génocide rwandais*, Collection CREDHO, Bruylant, 2003, pp. 109-119.

NSANZUWERA François-Xavier, *Quelles leçons tirer des deux Tribunaux pénaux internationaux ?*, Version légèrement modifiée d'une communication faite à Casablanca, le 5 janvier 2001 dans le cadre du Séminaire régional sur la justice internationale, organisé par la FIDH.

<http://www.dhdi.free.fr/recherches/droithomme/articles/tpi.htm>

SUR Serge, « Le droit international pénal entre l'État et la société internationale », *Actualité et Droit International*, octobre 2001, 11 p. Article disponible en ligne à l'adresse : [http : //www.ridi.org/adi/200110sur.htm](http://www.ridi.org/adi/200110sur.htm)