uOttawa

L'Université canadienne
Canada's university

FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES ET POSTOCTORALES

uOttawa

L'Université canadienne
Canada's university

FACULTY OF GRADUATE AND POSDOCTORAL STUDIES

Célestin Hitimana
AUTEUR DE LA THÈSE / AUTHOR OF THESIS

LL.D.
GRADE / DEGREE

Faculté de droit
FACULTÉ, ÉCOLE, DÉPARTEMENT / FACULTY, SCHOOL, DEPARTMENT

Les obstacles procéduraux à la répression interne des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité
TITRE DE LA THÈSE / TITLE OF THESIS

Rachel Grondin
DIRECTEUR (DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS SUPERVISOR

CO-DIRECTEUR (CO-DIRECTRICE) DE LA THÈSE / THESIS CO-SUPERVISOR

Yves Le Bouthillier

John Currie

Frédéric Mégret (University McGill)

Murielle Paradelle

Gary W. Slater
Le Doyen de la Faculté des études supérieures et postdoctorales / Dean of the Faculty of Graduate and Postdoctoral Studies

Université d'Ottawa

Faculté de droit

LES OBSTACLES PROCÉDURAUX À LA RÉPRESSION INTERNE DES CRIMES DE GUERRE ET DES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures et postdoctorales
dans le cadre des exigences du programme de doctorat en droit (LL.D.)

© Célestin Hitimana, Ottawa, Canada, 2009

Library and Archives Canada

Published Heritage Branch

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque et Archives Canada

Direction du Patrimoine de l'édition

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence
ISBN: 978-0-494-65563-4
Our file Notre référence
ISBN: 978-0-494-65563-4

NOTICE:

The author has granted a non-exclusive license allowing Library and Archives Canada to reproduce, publish, archive, preserve, conserve, communicate to the public by telecommunication or on the Internet, loan, distribute and sell theses worldwide, for commercial or non-commercial purposes, in microform, paper, electronic and/or any other formats.

The author retains copyright ownership and moral rights in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

AVIS:

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque et Archives Canada de reproduire, publier, archiver, sauvegarder, conserver, transmettre au public par télécommunication ou par l'Internet, prêter, distribuer et vendre des thèses partout dans le monde, à des fins commerciales ou autres, sur support microforme, papier, électronique et/ou autres formats.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur et des droits moraux qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

In compliance with the Canadian Privacy Act some supporting forms may have been removed from this thesis.

While these forms may be included in the document page count, their removal does not represent any loss of content from the thesis.

Conformément à la loi canadienne sur la protection de la vie privée, quelques formulaires secondaires ont été enlevés de cette thèse.

Bien que ces formulaires aient inclus dans la pagination, il n'y aura aucun contenu manquant.

Canada

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES II
DÉDICACE VII
RÉSUMÉ VIII
REMERCIEMENTS IX
SIGLES ET ABRÉVIATIONS X
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE: PROLÉGOMÈNES 1
1. Les circonstances ayant conduit à cette recherche 2
2. L'objet de notre thèse 6
3. Les limites de notre sujet d'étude 7
4. L'intérêt scientifique de notre recherche 9
5. L'état actuel de la recherche sur les exceptions préjudicielles 12
6. Les considérations méthodologiques propres à notre étude 25
7. Un aperçu du contenu de notre étude 27
TITRE I. DÉLIMITATION DES INCRIMINATIONS ET DE L'OBLIGATION DES ÉTATS DE TRADUIRE EN JUSTICE LEURS AUTEURS 29
CHAPITRE I. L'ÉTENDUE DES CRIMES DE GUERRE ET CONTRE L'HUMANITÉ 29
Section 1. Le crime contre l'humanité 29
&1. Éléments matériels 29
&2. Éléments psychologiques 32
Section 2. Le crime de génocide 33
&1. Éléments matériels 33
&2. Élément moral (*dolus specialis*) 34
Section 3. Le crime de guerre 42
&1. Éléments matériels 43
&2. Éléments psychologiques 45
CHAPITRE II. L'OBLIGATION ÉTATIQUE DE RÉPRIMER LES CRIMES DE GUERRE ET LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ 46
Section 1. Une obligation en deux volets 46
&1. Se donner la compétence 46
&2. Exercer sa compétence 52
Section 2. Une obligation en voie de devenir coutumière, sous réserve de moyen 61
&1. Une règle coutumière en perspective 61

&2. Une obligation de moyens 67

TITRE II. LES OBSTACLES PROCÉDURAUX À LA RÉPRESSION ÉTATIQUE DES CRIMES DE GUERRE ET DES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ 70

Chapitre I - Les Exceptions d'incompétence juridictionnelle 70

Section 1. Défaut de compétence ratione materiae 70

&1. L'absence d'incrimination applicable en droit interne 71

A. Le défaut d'incrimination 71

B. La non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère 77

&2. L'absence de compétence extraterritoriale 82

A. Le défaut de compétence extraterritoriale 82

B. Des obstacles constitutionnels 85

Section 2. Défaut de compétence ratione personae 93

&1. Sur les bénéficiaires de l'immunité pénale 93

A. De source conventionnelle 93

B. De droit international coutumier 103

&2. Une pratique véritablement constante et générale 105

A. Une règle véritablement coutumière 105

B. Privilégier les relations internationales 114

Chapitre II - Les moyens d'irrecevabilité de l'action publique 116

Section 1. Le bénéfice de mesures internes de clémence 116

&1. L'amnistie et la grâce 116

A. Les notions juridiques d'amnistie et de grâce 116

B. L'interdiction d'amnistier et grâcier les crimes de guerre et contre l'humanité 121

&2. Les raisons avancées pour justifier les mesures de clémence 129

A. Un préalable à la cessation des hostilités 130

B. Un préalable à la réconciliation nationale 143

Section 2. L'acquisition de la prescription 149

&1. L'interdiction internationale de soumettre les crimes graves à prescription 149

A. Les notions juridiques de prescription 149

B. L'interdiction internationale 152

&2. La pratique des États: un moyen de protéger ses ressortissants 158

Chapitre III - Les moyens justifiant le classement sans suite pour cause de l'inopportunite des poursuites ou de l'intérêt de la justice 163

Section 1. L'application du principe de l'opportunité à la répression des crimes de guerre et contre l'humanité **163**
&1. Du système procédural de l'opportunité à l'intérêt de la justice 163
A. Les notions de l'opportunité et de la légalité des poursuites 163
B. La notion de l'intérêt de la justice aux yeux du droit international 167
&2. La discrétion nationale de choisir le système procédural 170
Section 2. Les motifs de classement pour cause d'inoportunité des poursuites **179**
&1. Les facteurs objectifs 179
A. Les coûts politiques et économiques fâcheux 179
B. L'application de mesures administratives alternatives aux poursuites 184
&2. Les facteurs subjectifs 186
A. L'état de santé et l'âge avancé de l'inculpé 187
B. L'honorabilité et le statut officiel du suspect 190
CHAPITRE IV. LES RAISONS D'ÊTRE DES EXCEPTIONS PROCÉDURALES EXTINCTIVES **195**
Section 1. La protection des intérêts **195**
&1. De l'accusé 195
&2. De l'État 201
Section 2. La solution du statut de Rome de la CPI **212**
&1. Les conditions d'intervention de la CPI 212
&2. La CPI ne résout pas tous les obstacles formels identifiés 217
TITRE III. ÉTUDE DE CAS: LES OBSTACLES DE PROCÉDURE DANS LA RÉPRESSION ÉTATIQUE DES CRIMES COMMIS AU BURUNDI **226**
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE: LES ORIGINES DE LA CRIMINALITÉ GRAVE AU BURUNDI **226**
1. Les observations essentielles **228**
2. Du protectorat allemand à la colonisation belge **234**
3. Les cinq crises violentes majeures de l'histoire burundaise **238**
CHAPITRE I. IDENTIFICATION ET QUALIFICATION DES MASSACRES COMMIS AU BURUNDI. **247**
Section 1. Les massacres commis en 1972 ..... **247**
&1. Rétablissement des faits 248
A. Les massacres de civils Tutsi par les rebelles Hutu 248
B. Les massacres de civils Hutu par les forces gouvernementales 250
&2. Contribution à la qualification juridique des massacres de 1972 253

A. La situation au Burundi entre avril et juillet 1972 253
B. La nature véritable des crimes commis en 1972 258
Section 2. Les massacres de Ntega et Marangara en 1988 282
&1. Rétablissement des faits 282
A. Les massacres de civils Tutsi 283
B. Les massacres de civils Hutu 287
&2. Contribution à la qualification juridique 288
A. La situation au Burundi en août 1988 289
B. La nature véritable des crimes commis en août 1988 294
Section 3. Les massacres qui ont suivi le coup d'État d'octobre 1993 308
&1. Rétablissement des faits 308
A. Les massacres de civils Tutsi 308
B. Les représailles contre des civils Hutu 310
&2. Contribution à la qualification juridique des massacres de 1993 311
A. La situation au Burundi entre octobre et décembre 1993 311
B. La nature véritable des crimes commis en 1993 313
CHAPITRE II. LES OBSTACLES PROCÉDURAUX À LA RÉPRESSION ÉTATIQUE DES CRIMES DE GUERRE ET CONTRE L'HUMANITÉ COMMIS AU BURUNDI 323
Section 1. Les exceptions d'incompétence juridictionnelle 323
&1. Le régime burundais de répression des crimes de guerre et contre l'humanité 323
A. Le régime matériel et procédural 324
B. Le régime institutionnel de la justice transitionnelle 336
&2. Les limitations sine die de compétence juridictionnelle 349
A. Les limitations explicites 350
B. Les limitations implicites 356
Section 2. Les exceptions d'irrecevabilité de l'action publique 366
&1. La prescription des faits et l'autorité de la chose jugée 366
A. La prescription des infractions sous-jacentes 366
B. L'effet juridique des jugements antérieurs 374
&2. L'effet juridique des mesures antérieures de clémence 381
A. Les lois d'amnistie 382
B. Effet juridique de l'amnistie accordée 388
Section 3. L'inopportunité des poursuites 392

&1. Les raisons justifiant l'inopportunité des poursuites au Burundi 392
A. Dans la répression des infractions ordinaires 392
B. Dans la répression des crimes de guerre et contre l'humanité 395
&2. Les mécanismes inventés pour repousser indéfiniment les poursuites 399
A. L'immunité provisoire 399
B. Le choix de ne poursuivre que les plus grands responsables 412
Chapitre III. Plaidoyer pour une simplification et une mise en branle rapide des mécanismes envisagés de justice transitionnelle 420
Section 1. Simplifier les mécanismes de justice transitionnelle 420
&1. Établir les faits par la CNVPR 420
&2. Le jugement des grands responsables uniquement par le TPIB 428
Section 2. Les leçons de l'expérience burundaise 430
&1. Les principes de base 430
&2. Les enseignements pour des situations similaires 435
CONCLUSION GÉNÉRALE 438
BIBLIOGRAPHIE SPÉCIALISÉE 445
A. Monographies 445
B. Articles 453
C. Jurisprudence 459
D. Législation 462

Note: Dans le présent travail, les termes de genre masculin utilisés pour désigner des personnes englobent à la fois les femmes et les hommes.

DÉDICACE

À Erik Imena, Esther Ingenzi et Edgar Intwali qui vivent dans la douleur incommensurable de ne pas savoir où reposent leurs tantes, Félicitée Nikuze et Tharcissie Mukantagara, victimes de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

RÉSUMÉ

Le droit international crée une obligation, qui incombe aux États, de réprimer les crimes de guerre et contre l'humanité sous le tripode de la compétence territoriale, personnelle et universelle, dans le respect strict des règles d'un procès équitable. Dans cette étude, nous identifions et analysons les principaux empêchements procéduraux auxquels font face les tribunaux nationaux lorsqu'ils tentent de poursuivre les auteurs de ces crimes. Notre hypothèse de travail postule que des obstacles formels de droit interne, dont la conformité au droit international n'est pas certaine, forcent les autorités judiciaires nationales à ne pas entreprendre ou à abandonner, avant le débat de fond, les poursuites contre ces personnes.

D'un point de vue méthodologique, nous avons privilégié la méthode inductive, analysant les pratiques étatiques par rapport à l'obligation internationale d'ordre conventionnel de « rechercher et poursuivre» les auteurs de crimes de guerre et contre l'humanité qui se trouvent sur le territoire national. Partant du point de vue général, notre recherche aborde l'étude d'un cas *sui generis*, en l'occurrence celui du Burundi.

Au titre d'exceptions d'incompétence juridictionnelle insurmontables, nous discutons du défaut de pénalisation au niveau national des crimes de guerre et contre l'humanité, de la non extension de la compétence extraterritoriale des tribunaux nationaux à ces crimes et des immunités et privilèges de juridiction pénale dont jouissent les dirigeants en exercice d'un État. Au titre d'exceptions d'irrecevabilité de l'action publique, nous analysons le rôle discriminant des lois d'amnistie et de prescription. En plus de ces obstacles de droit, nous avons identifié des obstacles de fait qui empêchent de poursuivre un criminel de guerre ou contre l'humanité, à savoir le manque de moyens, l'évitement de coûts politique et économique fâcheux, l'application de mesures administratives alternatives aux poursuites ainsi que l'état de santé et l'âge avancé de l'inculpé. Dans le cas particulier du Burundi, des acteurs plus imaginatifs ont introduit des critères nouveaux tel que l'immunité provisoire. Cette expérience témoigne de l'importance des obstacles formels à soustraire à la justice étatique les suspects et plaide pour une sérieuse réévaluation de sa contribution à la lutte contre l'impunité.

REMERCIEMENTS

Plusieurs personnes ont rendu cette thèse possible. C'est un honneur et un plaisir pour moi de pouvoir les remercier et reconnaître combien leur aide, leur soutien et leurs conseils m'ont été si précieux dans ce cheminement qui ne manque pas d'embûches.

En premier lieu, je désire exprimer ma gratitude au Professeur Rachel Grondin qui a supervisé cette thèse. Sans ses conseils judicieux, sa disponibilité et ses encouragements, je n'aurais pas eu la force de questionner ces obstacles de forme qui nous empêchent de connaître la vérité à propos des ennemis du genre humain et leur entreprise criminelle.

Mes remerciements vont également aux professeurs de la faculté de Droit – experts en droit pénal et en droit international- qui ont si gentiment accepté de me consacrer du temps pour bénéficier de leurs expériences sur ce sujet qui ne cesse de nous surprendre. Leur générosité fait partie de la culture même de cette grande École de Droit.

Enfin, je tiens à exprimer spécialement ma grande reconnaissance à ma conjointe Césarie, avec qui je partage depuis vingt ans la passion d'apprendre. Chacun de nos trois enfants est né alors que j'entreprenais une recherche académique. Puisse Dieu les bénir pour que cela leur serve d'inspiration.

C'est plus que de la reconnaissance ou des remerciements dont je suis redevable et que j'exprime ici au personnel de la faculté de Droit pour leur infatigable écoute. Merci particulièrement au Professeur Jennifer A. Quad et à Nicole Laplante pour m'avoir permis de vaincre mes hésitations et de faire de bons choix dans mes cours de spécialisation.

À mes amis, notamment Ignace Kabayiza, le Dr. Maximin Segasayo et le Professeur Pacifique Manirakiza, avec qui je partage cette quête de la justice et la critique du droit pénal international, permettez-moi de vous redire qu'« on ne voit bien qu'avec le cœur. L'essentiel est invisible pour les yeux ». [Dixit Antoine de Saint Exupéry, *Le Petit Prince*, Paris, Gallimard, 1943, chapitre xxi].

SIGLES ET ABRÉVIATIONS

AJIL: American Journal of International Law

Ann. Afr. De dr. Int. : Annuaire africain de droit international

Ann. Afr. De dr. Int. : Annuaire français de droit international

BOB: Bulletin Officiel du Burundi

CEDH: Cour européenne des droits de l'homme

CICR: Comité international de la Croix-rouge

C.P.I.J.: Cour pénale internationale de justice.

EJIL: European Journal of International Law

ILDC: International Law in Domestic Courts

ILM: International Legal Material

JDI: Journal de droit international

JICJ: Journal of International Criminal Justice

JOEU: Journal officiel of the European Union

R.A.J.B. : Revue administrative et juridique du Burundi

RBDI: Revue belge de droit international

RCADI: Recueil des Cours de l'Academie de Droit Internationale

RDC: Revue de Droit Comparé.

RDPCr: Revue de droit pénal et de criminologie

RDT: Revue du droit des étrangers

Rev. Sc.C.D.P.C.: Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

Rev. Trim. Dr. h.: Revue trimestrielle des droits de l'homme

RFEPA: Revue française d'études politiques africaines

RGD: Revue général de droit

RGDI: Revue général de droit international

RGDIP: Revue général de droit international public

RICR: Revue internationale de la Croix Rouge

RIDP : Revue internationale de droit pénal

RQDI: Revue québécoise de droit international

U. PA. L. Rev.: University of Pennsylvania Law Review

YIHL: Yearbook of International Humanitarian Law

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE: PROLÉGOMÈNES

À la lecture de l'actualité judiciaire portant sur la répression des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, on est surpris de constater combien, fréquemment, les accusés ont eu recours aux exceptions préliminaires extinctives[1] d'une part et, sont parvenus à se soustraire à la justice, d'autre part; soit, à la suite d'une décision administrative de classer sans suite le dossier ou par un jugement interlocutoire qui ordonne d'abandonner les poursuites[2].

Cette situation, qui ne sert pas la justice, est extrêmement regrettable, voire même dévastatrice et intolérable pour les victimes à qui le renoncement à poursuivre hypothèque souvent leurs chances d'obtenir des réparations[3]. D'où le besoin de questionner le fondement de ces exceptions préjudicielles péremptoires sur plus d'un point. D'une part, il importe de savoir si les décisions administratives ou les jugements interlocutoires qu'elles occasionnent sont conformes à la théorie que dégage le droit international régissant la répression des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, incluant le génocide. D'autre part, il faut comprendre comment ces moyens de défense procéduraux sont devenus de véritables obstacles ou une simple dérobade[4] à la répression interne de ces crimes graves[5]. Finalement, il est possible de proposer

---

[1] Nous distinguons les exceptions d'illégalité des poursuites, inhérentes à l'incompétence du tribunal ou à l'extinction de l'action publique, des moyens de leur inopportunité qui, elles, résultent du contexte en présence.

[2] Nos recherches couvrent ces quinze dernières années et se concentrent sur les revues de droit pénal international et les sites Web spécialisés dans ce domaine. Sur cette période, les obstacles de procédure ont eu de l'emprise sur le réel désir de poursuite: en matière de compétence universelle, douze États européens ont enregistré seulement 21 condamnations et cinq acquittements malgré la pléthore de plaintes, d'enquêtes et de poursuites enregistrées. Au Canada, on enregistre seulement la condamnation de Désiré Munyaneza, un Rwandais accusé de participation au génocide de 1994. En matière de compétence territoriale, la situation n'est pas reluisante. Seulement 18 États (cinq en Europe, six en Amérique latine, trois en Asie et quatre en Afrique) ont enregistré des verdicts.
Voir Joseph Rikhof, « Fewer Places to Hide? The Impact of Domestic War Crimes Prosecutions on International Impunity », Conference Papers, 2008. En ligne: *http://www.isrcl.org/* Dernière visite: le 16 mars 2009.

[3] Voir Georges-Henri Beauthier, «La mise en oeuvre de la compétence universelle. Les victimes face aux violations graves du droit international humanitaire: témoins ou parties à part entière?», dans Laurence Burgorgue-Larsen, dir., *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2003, à la p. 126;
Olivier Russbach, *ONU contre ONU. Le droit international confisqué*, Paris, La Découverte, 1994, à la p. 12;
Anne Marie La Rosa, *Juridictions pénales internationales: La procédure et la preuve*, Paris, PUF, 2003, à la p. 1.

[4] Voir Bruno Oppetit, « Note sous les jugements et arrêts Thomson, Aérospatiale et Dassault », (1991) 3 Journal du droit international, à la p. 691.

[5] L'obligation des États de réprimer les crimes de guerre et contre l'humanité est instituée, entre autres, par: *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, (1970) 754 R.T.N.U. 73, préambule.

des solutions pratiques de nature à empêcher que les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme soient rendus inefficaces[6].

1. Les circonstances ayant conduit à cette recherche

Trois circonstances, plutôt déplorables, nous ont motivé à entreprendre cette étude.

Premièrement, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité endeuillent continuellement l'humanité[7] et font de plus en plus de victimes civiles[8]. Alors que leur caractère

---

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (1951) 78 R.T.N.U. 277, art. 1, 5 et 6;
Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, 30 novembre 1973, 1015 R.T.N.U. 243, préambule et art. 4;
Statut de la Cour pénale internationale, Doc. Off.NU A/CONF. 183/9 (17 juillet 1999), (ci-après Statut de Rome), para. 6 du préambule et art. 1;
Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité du 3 décembre 1973, voir Doc. O.N.U. A/RES 3074 (XXVIII), principe no 2 et 5;
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée dans la résolution A/Rés. 39/46 du 10 décembre 1984, 1468 R.T.N.U 85, art. 5 et 7;
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, (1950) 970 R.T.N.U. 32, art 49 (Ci-après, CG I);
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur terre du 12 août 1949, (1950) 971 R.T.N.U. 86, art. 50 (Ci-après CG II);
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, (1950) 972 R.T.N.U. 136, art. 129 (Ci-après CG III);
Convention de Genève relative au traitement des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, (1950) 973 R.T.N.U. 288, art. 146 (Ci-après CG IV);
Protocole additionnelle aux CG relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, (12 déc. 1977) 1125 R.T.N.U. 3, (Ci-après Protocole I^{er}), art. 85 et 90;
Convention de 1979 contre la prise d'otages, 17 décembre 1979, 1316 R.T.N.U. 205, art. 5;
Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, art. 9;
Convention interaméricaine sur la disparition forcée, adoptée à Belem do Para, au Brésil, le 9 juin 1994, par la résolution AG/RES 1256 (XXIV-0/94, art. 4.

[6] Voir notamment Mario Bettati, Alain Touraine, Jacques Mouchet et Alain Joxe, « Les droits de l'homme à l'épreuve de la crise bosniaque », (2003) 19-20 Cultures et Conflits, no. 7.

[7] La *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, para. 2 du préambule, reconnaît « qu'à toutes les périodes de l'histoire, le génocide a infligé de grandes pertes à l'humanité ».
Le Statut de Rome, para. 2 du préambule, précise bien qu'au cours du 20^{e} siècle, « des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine ».

[8] Bassiouni a recensé 250 conflits ayant fait 185 millions de victimes uniquement durant le 20^{e} siècle (les guerres entre États ont fait 35 millions de victimes et les conflits internes 150);
Voir Cherif M. Bassiouni, « L'expérience des premières juridictions pénales internationales », dans Hervé Ascensio, Emmanuel Décaux et Allain Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pédone, 2000, à la p. 657;
Pierre Hassner, *La violence et la paix: de la bombe atomique au nettoyage ethnique*, Paris, Seuil, 2000, à la p. 78;

extrêmement odieux nous interpelle presque tous et commande leur éradication[9], leur récurrence pourrait, entre autres choses, faire la preuve qu'ils ne sont pas, jusqu'à ce jour, sévèrement punis pour dissuader leurs auteurs potentiels de ne plus recommencer[10].

Deuxièmement, vers le milieu du siècle dernier, le régime nazi allemand a commis un génocide contre les Juifs d'Europe et des crimes de guerre dans les pays occupés en exécution de la politique qu'Hitler avait mûrement définie dans son livre, le « *Mein Kempff* »[11]. En plus de l'échec sur le plan de la prévention, sur celui de la répression, seule une poignée de grands responsables de cette horrible tragédie a été punie[12]. Le gros du contingent de ces criminels a échappé à la justice sous plus d'un prétexte[13]. Cette expérience malheureuse s'est reproduite avec les crimes graves commis au Vietnam et récemment en ex-Yougoslavie, au Rwanda, en Irak, en Sierra Leone, au Kosovo et en Afghanistan[14]. Actuellement, dans les cas du Burundi, du sud

---

De 2001 à 2008, voir Michel Fortmann et Gérard Hervouet, *Les conflits dans le monde - Rapport annuel sur les conflits internationaux*, Laval, PUL, 2008.

9 Winston S. Churchill, *Mémoires sur la deuxième guerre mondiale*, Paris, Plon, 1953, à la p. 370.

10 Bernard Bertossa, Philip Grant, Anne-Laure Huber, François Membrez et Alain Werner, *La lutte contre l'impunité en droit suisse*, Berne, L'association Trial, 2003, à la p. 4;
Nous avons utilisé le conditionnel parce qu'il n'est pas scientifiquement certain que la peine intimide les personnes dangereuses et les dissuade de ne pas exécuter leurs projets criminels. Le Professeur Pires, spécialiste de la question n'hésite même pas à qualifier ce présupposé « d'illusion du siècle ».
Alvaro Pires, « En guise de conclusion: un noeud gordien autour du droit de punir », dans Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie et Alvaro P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine,* Tome II, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998, de la p. 207-219.

11 Jean François Roulot, *Le crime contre l'humanité*, Paris, L'Harmattan, 2002, à la p. 166;
Mario Bettati, *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international*, Paris, Odile Jacob, 1995, à la p. 18;
Philippe Burrin, *Hitler et les Juifs, genèse d'un génocide*, Paris, Seuil, 1995, de la p. 21-27.

12 Voir la liste dans Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg, (TMI), 1er octobre 1946, Doc. Off. Nuremberg, 1947, (1947) 41 AJIL 222;
Au niveau national, les États-Unis ont rendu 1849 jugements, le Royaume-Uni, 1085, la France, 2107 et l'Union Soviétique, 1414 contre les criminels nazis.
Antoine Garapon, *Les crimes dont on ne peut ni punir, ni pardonner. Pour une justice internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002, de la p. 42-45.

13 Micaela Frulli, « Le droit international et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux », dans Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, à la p. 215.

14 Le 26 février 2007, dans l'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide *(Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, (2007) CIJ Rec. 154, la CIJ a condamné la République fédérale de Yougoslavie, à qui elle reproche sa passivité face aux crimes de guerre et contre l'humanité perpétrés par ses ressortissants. Ce recours en manquement indique la morosité de la situation.

Soudan, de l'Est de la République démocratique du Congo (RDC) et du nord de l'Ouganda où un drame humanitaire engloutit des milliers de victimes chaque semaine, une kyrielle de moyens procéduraux se sont érigés en obstacle pour contraindre les États à relâcher les suspects ou tout simplement à ne pas déployer leurs efforts pour les rechercher et les faire arrêter[15]. Et pourtant, la répression des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité relève premièrement de la responsabilité des États[16], particulièrement dans le pays où ils ont été perpétrés[17]. En effet, c'est là où se situent les victimes, les témoins, la plupart des auteurs, les complices et la preuve[18]. De surcroît, « la justice rendue à un niveau national est sans doute plus forte de sens pour les victimes et leur permet de jouer un rôle plus actif dans le déroulement du procès »[19].

Finalement, on peut s'attendre naturellement à ce que la compétence de la Cour pénale internationale (ci-après la CPI), complémentaire de celle des États, puisse désormais s'enclencher lorsque le procès avorte ou n'a pas eu lieu par suite de l'accueil de l'une des exceptions préliminaires extinctives d'ordre interne[20]. Cependant, cela ne se réalisera pas

---

Jean-Pelé Fomété et Roland Adjovi, « Les relations entre le tribunal pénal international pour le Rwanda et les États: l'obligation de coopération dans l'exécution du mandat du tribunal », (2005) 6 Annuaire francais de relations internationales 180.

15 Sidiki Kaba, « Darfour: l'exigence de justice ». En ligne: www.fidh.org Dernière visite: le 5 janvier 2009; Ingrid Jones, « U.N.: Aid to Darfur Refugees not Limitless - UNAMID Police Are Now Patrolling Kalma Camp on a Round the Clock Basis » (28 Novembre 2008) Sudan Watch 1.

16 Theodor Meron, « International Criminalization of International Atrocities », (1995) 89 AJIL, à la p. 555; William A. Schabas, « National Courts Finally Begin to Prosecute Genocide, the 'Crime of Crimes' », (2003) 1:1 JICJ, de la p. 39-63.

17 Alex P. Schmidt, *Research on Gross Human Rights Violations,* Leiden, Centre for the Study of Social Conflicts, 1989, de la p. 106 –107.

18 Marc Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, à la p. 123 et ss;
André Huet et Renée Koering-Joulin, *Droit pénal international*, Paris, PUF, 1993, à la p. 210;
Brigitte Stern, «La compétence universelle en France: le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda », (1997) 40 German YIHL 26, à la p. 29.

19 Laurence Burgogue – Larsen, *supra* note 3 à la p. 127 et ss.

20 Selon le para. 17 (2) de son statut, la CPI aura compétence en cas d'absence, au niveau national, d'acte d'instruction, retard injustifié de la procédure ou volonté de soustraire le suspect à sa responsabilité pénale.

nécessairement. D'une part, parce que la compétence de la Cour n'est pas rétroactive[21]; d'autre part, parce qu'aussi longtemps que les États ne donneront pas, en grand nombre, plein effet à leurs obligations internationales dans leurs droits internes respectifs, la CPI n'aura probablement pas les moyens pour s'occuper seule de tous les cas de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité[22]. De plus, ce ne sont pas toutes les victimes de ces crimes qui auront la capacité de faire actionner la compétence de la CPI ou qui sont habilitées à le faire[23].

Voilà les raisons pour lesquelles nous nous proposons d'identifier et questionner les plus importants obstacles procéduraux qui s'opposent au déclenchement ou à la continuation de poursuites judiciaires contre les criminels de guerre et contre l'humanité.

D'un point de vue purement juridique, notre but est de montrer les moyens les plus efficaces de les invalider sans nécessairement épouser les positions extrêmes du « crime control model of the Criminal Justice Process »[24], que la lutte contre l'impunité à tout prix propose, ni celles du « punitive victims' rights model » [25] ou du « Victim Satisfaction Model»[26] qui émergent de l'expérience rwandaise et sur lesquels nous reviendrons plus loin.

Ceci nous amène naturellement à préciser l'objet et à formuler l'énoncé de notre thèse.

---

21 Selon l'art. 11 du statut de Rome, « la Cour n'a compétence qu'à l'égard des crimes commis après l'entrée en vigueur du présent Statut. Si un État devient Partie au présent Statut après l'entrée en vigueur de celui-ci, la Cour ne peut exercer sa compétence qu'à l'égard des crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut pour cet État ».

22 Voir CPI, « Document sur certains problèmes politiques face au bureau du Procureur de la CPI », 2003, à la p. 3. En ligne: http://www.amicc.org/docs/OcampoPolicyPaper9_03.pdf. Dernière visite: le 12 juin 2008.

23 Selon l'article 3 de son statut, la CPI n'exercera sa compétence que si l'État sur le territoire duquel le crime en question a eu lieu ou l'État dont la personne mise en cause est ressortissant ou les deux sont parties au Statut de Rome ou ont accepté sa compétence. De plus, la possibilité matérielle des villageois du fin fonds des pays en voie de développement, comme ceux du Congo, du Soudan ou de l'Ouganda, de saisir directement la CPI reste douteuse. Certains parlent même d'« utopie judiciaire ».
Voir Pierre Hazan, *L'essoufflement de l'utopie judiciaire*, Paris, La Chronique d'Amnesty, 2004, à la p. 16-17;
Olivier Lanotte, *Répression des crimes de guerre. Espoir ou utopie*, Bruxelles, du Grip, 1995, n°199.

24 Herbert L. Packer, « Two Models of the Criminal Process », (1964) 113 U. PA. L. REv. 1.

25 Kent W. Roach, « Four Models of the Criminal Process », (1999) 89: 2 Journal of Criminal Law and Criminology, de la p. 671-716.

26 Douglas E. Beloof, *Victims in Criminal Procedure*, Dorham, Caroline Academy Press, 1999.

2. L'objet de notre thèse

La présente recherche a pour objet d'identifier et d'analyser les plus importants obstacles procéduraux qui soustraient à la justice étatique les personnes suspectées d'avoir commis ou ordonné de commettre des crimes de guerre ou contre l'humanité, incluant le génocide.

Nous postulons que des obstacles de procédure interne, dont la conformité au droit international n'est pas certaine, forcent les autorités judiciaires nationales à annuler ou abandonner les poursuites contre les présumés grands criminels de guerre ou contre l'humanité. Nous constaterons que dans leurs efforts de les vaincre, ces autorités adoptent une approche *ad hoc* qui ne conduit nécessairement pas à des résultats satisfaisants. En d'autres mots, ce manque d'approche homogène permet aux auteurs des crimes internationaux les plus graves de passer entre les mailles du filet et ainsi se soustraire au jugement.

Parmi les règles procédurales de droit interne qui conduisent au classement sans suite d'une plainte, d'un procès-verbal ou d'une procédure d'enquête préliminaire concernant un crime de guerre ou contre l'humanité, notre thèse s'intéresse, d'une part, à celles qui concernent l'illégalité de la répression. En leur présence, le tribunal se déclare incompétent ou constate l'extinction de l'action publique[27]. D'autre part, nous nous intéressons à celles qui induisent un classement sans suite pour cause d'intérêt de la justice. Ces dernières dépendent de l'analyse que se fait le Ministère Public du contexte en présence.

Contrairement au classement sans suite pour cause d'illégalité de la répression, qui s'impose au Ministère Public et revêt toujours un caractère définitif et judiciaire, le classement sans suite pour cause d'intérêt de la justice est laissé à sa discrétion et la mesure de classement qui en résulte demeure essentiellement administrative- donc purement provisoire - et non un acte juridictionnel[28]. À ce titre, le classement sans suite pour cause d'inopportunité des poursuites n'a pas l'autorité de la chose jugée. Il s'ensuit que « jusqu'à ce que le délai de la prescription de

---

[27] Les causes d'extinction de l'action publique sont en général la mort du prévenu, l'abrogation de la loi pénale, l'autorité de la chose jugée, l'amnistie, la prescription, la transaction et le désistement lorsque la loi en dispose expressément.
Voir par exemple le CPP français, art. 6; CPP du Rwanda, art. 100 et le code pénal burundais, art. 85.

[28] Voir Guillaume Mouralis, « Le procès Papon. Justice et temporalité », (2002) 38 Terrain 55, à la p. 59.

l'action publique soit atteint, le ministère public peut toujours revenir sur un tel classement sans suite et mettre en mouvement l'action publique »[29].

Les questions de compétence du juge saisi, de la recevabilité de l'action publique et de l'inopportunité des poursuites étant d'ordre purement procédural, nous nous proposons de les prévenir en répondant à la question, depuis longtemps évitée. Celle de savoir s'il faut, au niveau international, promulguer des règles de procédure pénale particulières à la répression interne des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Comme ça, notre thèse fait correspondre, à des moyens d'attaque procéduraux, des solutions de défense procédurale.

Ceci dit, dressons, ci-après, les limites de notre sujet d'étude et éclairons le lecteur sur son intérêt scientifique.

3. Les limites de notre sujet d'étude

Une bonne façon de délimiter un sujet d'étude est de le décrire par la négative. Commençons donc par préciser ce qui ne fera pas l'objet de notre thèse.

Nous ne traiterons pas, d'une part, des moyens de défense (au fond) afférents aux crimes ici en cause dans la mesure où ils sont soulevés à l'occasion de l'étude au fond de l'affaire et n'empêchent pas les tribunaux d'arriver à un verdict de culpabilité ou d'acquittement[30]. Nous ne discuterons pas, non plus, des enjeux purement politiques entourant la répression de ces crimes graves car ce sujet déborde largement le cadre du droit pénal[31].

D'autre part, nous n'avons pas l'intention d'analyser la répression internationale des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité[32]. Sur ce point, nous allons simplement nous limiter à

---

29 Michèle-Laure Rassat, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, Paris, LGDJ, 1967, no 300; Corinne Renault-Brahinsky, *L'essentiel de la procédure pénale*, 8e éd., Paris, Gualino, 2008, de la p. 33-34.

30 Voir notamment Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, dir., *Juridictions nationales et crimes internationaux,* Paris, PUF, 2002;
Scaliotti Massimo, « Defences Before the International Criminal Court: Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility », (2002) 2:1 International Criminal Law Review 1-46.

31 Pour une revue des obstacles politiques, voir notamment Yves Beigbeder, *Judging Criminal Leaders, The Slow Erosion of Impunity*, La Haye, Kluwer Law International, 2002;
Fédération nationale des déportés et mutilés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie, Cass. Fr. Crim., 26 janvier 1984, (1984) JDI 307, de la p. 314 – 315.

la question de savoir si, désormais, leur répression possible par la CPI empêche les obstacles procéduraux d'ordre interne d'opérer *de facto* leur impunité.

Notre thèse n'indique pas quelles sont les étapes à suivre pour conduire les personnes soupçonnées de crimes de guerre ou contre l'humanité devant un juge d'instruction ou une cour criminelle. Il s'ensuit que nous ne toucherons pas au contrôle de la régularité de la procédure, c'est-à-dire à la vérification si le tribunal a été régulièrement saisi. Au demeurant, les irrégularités dans la saisine du tribunal ne conduisent pas nécessairement à l'annulation des poursuites[33].

L'exception de prescription ne sera pas exclue de notre champ d'investigation malgré le fait que les crimes qui font l'objet de notre étude sont de nature imprescriptible[34]. En effet, non seulement dans certaines affaires, cette imprescriptibilité est toujours contestée[35], mais également le retard dans l'entreprise des poursuites induit, en quelque sorte, une prescription de fait qui mérite une attention particulière[36].

Dans ce travail, nous n'aborderons pas l'aspect « réparateur ». Bien que cette question découle logiquement de la mise en œuvre de la responsabilité pénale des individus qui commettent les crimes de guerre et contre l'humanité, elle sort de notre champ d'étude.

---

32 Voir Néel Lison, « La judiciarisation internationale des criminels de guerre: la solution aux violations graves du droit international humanitaire? » (2000) 33: 2 Criminologie 151.

33 Pierre Béliveau et Martin Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, à la p. xxx.

34 Paul Martens, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes de génocide*, Bruxelles, De l'université de Bruxelles, 1974, à la p. 226;
Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, art. 1;
Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, adoptée le 25 janvier 1974 par le Conseil de l'Europe, art. 1.

35 Affaire *Aussaresses*, Cour de Cassation, Chambre criminelle, (2003) 6 Bulletin des arrêts 465.

36 Dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky*, 2003 CF 1080, para. 69 – un cas de déportation pour collaboration avec les forces nazies entre 1939-1945 - le Juge Létourneau réfute l'argument de prescription, même en ce qui concerne les affaires civiles associées aux crimes de guerre et contre l'humanité puisque « le défendeur n'ayant été retracé au Canada qu'en 1995, il est dès lors peu probable que la prescription . . . ait commencé à courir avant cette date ». Confirmé en appel: (C.A.) [2003] 2 C.F. 657.

La trame centrale de notre travail réside dans les obstacles de procédure qui entravent la recherche, par les tribunaux étatiques, de la responsabilité pénale individuelle des présumés criminels de guerre et contre l'humanité. Notre thèse n'a donc pas pour objectif de faire une analyse fouillée de l'application du droit pénal international ou du droit international humanitaire en droit interne. Son but ultime est plutôt de montrer les obstacles formels qui handicapent cette application et d'indiquer les moyens et les mécanismes utilisables pour pallier ces difficultés.

Après avoir établi les limites de notre travail, précisons alors en quoi consiste son intérêt scientifique.

4. L'intérêt scientifique de notre recherche

La question d'ordre juridique à laquelle répond particulièrement notre étude consiste à distinguer parmi les obstacles procéduraux analysés, lesquels constituent véritablement des obstacles réels et lesquels constituent des moyens pour les autorités judiciaires nationales d'esquiver leur devoir d'enquêter, et le cas échéant, de poursuivre et de trancher et dire le droit.

Partant de cette démonstration, la grande leçon de cette recherche est de montrer au fond que les lois nationales de procédure pénale ont beaucoup de faiblesses comparativement aux exigences de la répression des crimes de guerre et contre l'humanité dans la perspective du « Due Process Model »[37]. Mais, notre étude révèle également que, sur la base du *Statut de Rome*, un rapprochement de ces lois nationales avec ce qui se fait au niveau des tribunaux pénaux internationaux est parfaitement possible. Celui-ci s'impose d'ailleurs comme étant une priorité afin de parvenir à bâtir un possible modèle de procédure pénale ou de procès spécifique à ces crimes internationaux. Ce rapprochement requiert d'intégrer notamment dans les lois étatiques de procédure pénale la phase préparatoire du jugement, dont on sait qu'elle est peu réglementée dans les conventions internationales et en droit national de plusieurs États[38].

---

[37] En plus de la coutume internationale, ce modèle de procédure pénale est exigée, entre autres, par la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, art. 7(3), les CG de 1949, art. 49/50/129/146 et le protocole II additionnel à ces CG du 12 août 1949, art. 6.

[38] Jean Pradel, « Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes », publié dans les *Mélanges offerts à Georges Levasseur. Droit pénal, droit européen*, Paris, Litec, 1992.

Dans le cadre particulier des crimes de masse et d'une justice transitionnelle, c'est-à-dire « celle qui s'organise après les conflits armés entre les États, les guerres civiles ou la chute de régimes politiques brutaux ou dictatoriaux »[39], notre étude discute de la question des lois d'amnistie et du traitement des crimes de guerre et contre l'humanité par les structures non-judiciaires, à l'instar des commissions vérité et réconciliation (CVR).

En faisant obstacle à la répression, ces mesure de clémence démontrent que le droit pénal international, qui « est supposé à terme ne laisser aucune place à la justice nationale traditionnelle »[40], n'a pas encore réussi sa mission d'ôter aux États la faculté de les pardonner[41]. Quant au traitement des crimes de guerre et contre l'humanité par les mécanismes de la justice réparatrice, il relève « plus d'une nécessité sur le plan pratique et de compromis politiques que d'une solution idéale »[42]. Il vise fondamentalement un objectif de réconciliation nationale et non celui de la répression *stricto sensu* de ces crimes. Notre étude discute alors des balises qu'il faut ériger pour que ce traitement ne s'écarte pas de la *ratio legis* du statut de Rome, à savoir la lutte contre l'impunité[43]. Ultimement, le traitement des crimes de guerre et contre l'humanité par les procédures de la justice réparatrice nous invite à discuter de comment établir un certain équilibre entre la réalisation de l'objectif de lutte contre la criminalité, le respect des droits des accusés à

---

39 Christian Nadeau, « Responsabilité collective, justice réparatrice et droit pénal international », juin 2006, à la p. 1. En ligne: http://www.csprp.univ-paris-diderot.fr/Nadeau.pdf Dernière visite: 23 août 2008.

40 Robert Roth, « Droit pénal transnational: un droit pénal sans État et sans territoire?», dans Marc Henzelin et Robert Roth, *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, L.G.D.J., 2002, à la p. 133.

41 Pour en savoir plus lire Mathilde Philip-Gay, *L'amnistie des dirigeants politiques*, Thèse de doctorat en droit public, Lyon, Université Jean Moulin - Lyon 3, 2005, partie II. [non publiée].

42 Muriel Paradelle et Hélène Dumont, « L'emprunt à la culture, un atout dans le jugement du crime de génocide?: étude de cas à partir des juridictions traditionnelles gacaca saisies du génocide des Tutsis du Rwanda », (2006) 39: 2 Criminologie, de la p. 97-135;
La justice rétributive requiert généralement la poursuite de tous les coupables de crimes internationaux. La justice réparatrice, elle, se focalise sur les besoins des victimes, les causes à la base du conflit et la réintégration des combattants au sein de la société. Mais aucune de ces approches ne suffira à elle seule.
Linda M. Keller, « The False Dichotomy of Peace versus Justice and the International Criminal Court », (2008) 3: 1 Hague Justice Journal, à la p. 15.

43 Statut de Rome, préambule, art. 15 et 19.

un procès équitable et la satisfaction des intérêts des victimes à connaître la vérité et, le cas échéant, à recevoir restitution et indemnisation[44].

Avant de clore notre propos quant à l'intérêt du présent travail, il importe de préciser que notre étude des obstacles procéduraux à la répression interne des crimes de guerre et contre l'humanité puisera dans plusieurs régimes juridiques internes les exemples illustratifs. Il s'agit, en effet, d'un problème commun à plusieurs systèmes juridiques. Nos conclusions sont donc susceptibles d'application générale. Toutefois, notre étude ne constitue pas une démarche purement théorique et générale. En effet, dans la dernière partie de notre travail, nous porterons une attention particulière sur le cas du Burundi où un mécanisme *sui-generis* de répression des crimes de guerre et contre l'humanité, qui n'a pas encore fait l'objet d'étude, vient de se mettre en branle[45]. Il associe la répression judiciaire et la justice réparatrice.

Notre recherche analyse la loi de procédure pénale de ce pays d'Afrique centrale et identifie les différents moyens procéduraux qui constituent des obstacles au jugement des crimes de guerre et contre l'humanité commis là bas en 1972, en 1988, en 1993 et entre 1994 et 2006. Elle conclut malheureusement que la loi de procédure pénale du Burundi, à l'instar de celle de la majorité des autres États, est parfaitement inadaptée à ce type de procès qui exige de lutter contre la criminalité tout en protégeant les droits constitutionnels de l'accusé.

En s'inspirant de l'expérience des pays comme le Burundi, cette analyse vise ultimement à exposer les grands défis procéduraux que la communauté internationale doit relever dans sa lutte contre l'impunité des crimes de guerre et contre l'humanité et dans son effort de pacifier les communautés déchirées par la violence. Notre thèse s'inscrit donc dans cette perspective *lato sensu* cherchant des solutions aux obstacles à la répression étatique afin de permettre aux États de contribuer davantage à la réalisation de l'objectif ultime que s'est assigné la communauté

---

44 Voir les droits des victimes dans le Statut de Rome, para. 15(3), 19(3), 43(6) et 57(2).

45 Le processus burundais est original à plus d'un titre: première expérience pour la répression des crimes de guerre et contre l'humanité commis durant un conflit armé qui se solde sans vainqueur ni vaincu; réforme des institutions par l'application d'accords de paix signés entre un gouvernement et plusieurs mouvements insurrectionnels armés; mise en place d'une « Commission vérité et réconciliation» et répression, avec implication de l'ONU, des grands criminels même si leurs forfaits remontent d'il y a quarante ans.

internationale, en l'occurrence la lutte contre la criminalité internationale et l'élimination de l'impunité des criminels de guerre et des criminels contre l'humanité qui en résulte[46].

Cela étant, dressons, ci-après, le bilan actuel de l'état des connaissances sur le sujet de notre recherche.

5. L'état actuel de la recherche sur les exceptions préjudicielles

Le problème des obstacles procéduraux relatifs aux crimes internationaux les plus graves s'est posé de manière plus forte que jamais à l'occasion des procès des tribunaux nationaux des puissances alliées, organisés parallèlement à ceux du Tribunal international de Nuremberg, à la fin de la seconde guerre mondiale[47]. Dans ces procès, les défenses procédurales fréquemment soulevées concernaient notamment la présentation des crimes comme étant des actes politiques de l'État allemand, le défaut de juridiction sur des crimes commis par des Allemands sur des étrangers et à l'étranger, les immunités des dirigeants allemands ainsi que la loi applicable (droit interne allemand, droit interne du forum saisi de l'affaire ou droit pénal international)[48].

Le problème des obstacles de procédure pénale s'est amplifié récemment lorsque certains États occidentaux ont tenté d'exercer réellement la compétence universelle[49] à l'égard des crimes

---

46 Statut de Rome, para. 5 et 6 du préambule.

47 Le Professeur Moisel se demande sur la base de quels textes ont été jugés les allemands qui ont dû répondre de leurs crimes devant la justice française après 1945. Voir Claudia Moisel, *Les procès pour crimes de guerre allemands en France après la Seconde Guerre mondiale,* Thèse de doctorat en droit, Université de Munich, 2002.

48 Voir notamment Rafaëlle Maison, « Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes », (1995) 5 EJIL 260;
Marie Françoise Furet, Jean Claude Martinez et Henri D. de Vabres, *La guerre et le droit*, Paris, Pédone, 1979;
Dans *Attorney General of The Government of Israël v. Adolf Eichmann*, (case no 336/61), Cour suprême de l'État d'Israël, (1962) 36 International Law Reports, à la p. 312, la Cour a déclaré que « the very contention that the systematic extermination of masses of helpless human being by a Government or régime could constitute an act of State, appears to be an insult to reason and mockery of law and justice ».

49 Par la compétence universelle, le droit international donne « vocation aux tribunaux répressifs de tout État sur le territoire duquel se trouve l'auteur de l'infraction pour connaître de cette dernière et ce quel que soit le lieu où l'acte a été commis, sa nature et son auteur ».
Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, à la p. 643;
Luc Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, New York, Oxford University Press, 2003, à la p. 3.

de guerre et des crimes contre l'humanité commis presque partout dans le monde[50]. Toutefois, ce problème n'a fortement intéressé la doctrine que depuis les crimes de masse commis en ex-Yougoslavie en 1993, au Rwanda en 1994 et au Kosovo en 1999[51]. À première vue, on pourrait même croire que depuis lors tout a été dit sur ce sujet. Une telle conclusion serait cependant un peu hâtive, à notre avis, parce que beaucoup d'arrêts judiciaires ont récemment remis en cause certaines considérations que nous croyions définitivement acquises sur ce sujet[52]. De plus, la CPI est entrée en fonction[53], induisant ainsi une dynamique nouvelle par rapport au sujet de notre recherche. D'aucuns pensent que tout refus de poursuivre, au niveau d'un *forum* national, va dorénavant faire l'objet d'analyse pour voir si la CPI ne peut pas, conformément à son statut[54], déployer sa propre compétence et ainsi suppléer les effets des entraves de droit interne[55].

Il faut signaler qu'à ce jour, on recense très peu d'études spécifiques aux obstacles procéduraux relatifs aux crimes de guerre et contre l'humanité lorsque ceux-ci sont pris en charge par les tribunaux nationaux. En fait, les auteurs insèrent ce genre de questions à l'intérieur des études d'ordre général sur la répression étatique de ces crimes. Au niveau des juridictions

---

50 Pour une liste des affaires jugées devant les tribunaux étatiques, voir en ligne: http://preventgenocide.org/law/domestic. Dernière visite: le 12 janvier 2009.
Voir aussi Paola Gaeta, « Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux », dans Cassese et Delmas-Marty, *supra* note 13 à la p. 191

51 Voir notamment Éric David, « Le droit international humanitaire devant les juridictions nationales », dans Jean François Flauss, dir., *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire: Actes du colloque du 12 avril 2002 organisé par l'Institut du droit international de l'Université de Lausanne*, Bruxelles, Bruylant, 2003;
Éric David, dans Laurence Burgorgue-Larsen, *supra* note 3 à la p. 1273;
Damien Vandermeersch, « Compétence universelle et immunités en droit international humanitaire. La situation belge », dans Henzelin et Roth, *supra* note 40;
Marie Anne Swartenbroekx, « Moyens et limites du droit belge », dans *Justice internationale. De Nuremberg à la Haye et Arusha*, Bruxelles, Bruylant, 1997, à la p. 121;
Macedo Stephen, *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2003.

52 Voir par exemple la position de la CIJ, sur les immunités de fonction, dans sa décision concernant l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*RDC c. Belgique*), (2002) CIJ Rec. 3, para. 51 et ss.

53 Le *Statut de Rome* est entré en vigueur le 1er juillet 2002, conformément à son article 126.

54 *Ibid.*, art. 17.

55 Voir notamment Cesare Romano, « Tribunaux pénaux internationaux: état des lieux d'une justice hybride », (2003) 107 : 1 R.G.D.I.P. 109-124;
Pacifique Manirakiza, *La répression des crimes internationaux devant les tribunaux internes*, Thèse de doctorat en droit, Université d'Ottawa, 2003, à la p. 256. [non publiée].

pénales internationales, par contre, ces obstacles ont attiré l'attention des publicistes les mieux qualifiés[56]. Ceux-ci sont d'ailleurs unanimes pour dire que presque toutes les exceptions procédurales qui bloquent l'action des tribunaux internes sont inopposables aux juges internationaux parce qu'elles sont de sources généralement inacceptables en droit international[57].

Cela étant, lorsqu'elle discute des principales questions de procédure pénale dans la répression interne des crimes internationaux, la doctrine se divise en deux écoles de pensée quasi divergentes. Pour la première, seul le droit interne permet de résoudre les questions de procédure pénale[58] alors que pour la deuxième, les considérations de droit pénal international priment sur les directives formelles de droit interne[59].

Plus particulièrement, la doctrine s'est appesantie sur la question spécifique de savoir si un individu peut être directement jugé par un tribunal étatique, en vertu du droit international pour avoir participé aux crimes de guerre ou contre l'humanité, malgré le silence du droit interne. Elle se divise en deux camps opposés.

1[0]. Selon une partie de la doctrine, dont le professeur Dionisio Anzilotti est le précurseur, « la responsabilité de l'individu n'est que de droit interne: seule l'existence d'une loi pénale interne, adoptée dans le but de se conformer à un accord international ou autorisée par une règle coutumière internationale, permet la poursuite et la sanction de l'individu »[60]. Donc, concluent les tenants de cette doctrine, seule la loi interne, et non internationale, permettrait la répression étatique des infractions internationales[61]. Il s'ensuit que sans disposition légale expresse de droit

---

56 Voir bibliographie dans Gabrielle Kirk McDonald et Olivia Swaak-Goldman, *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*, The Hague, Kluwer, 2000.

57 *Ibid.*

58 Voir notamment Bert Swart, « La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux », dans Cassese et Delmas-Marty, *supra* note 30 à la p. 567

59 Voir bibliographie dans Raphaëlle Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

60 Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international,* vol. I, Paris, Sirey, 1929 (réed. 1999), à la p. 21.

61 Raphaëlle Maison, *supra* note 59 à la p. 4.

interne, le principe de légalité, conçu de façon restrictive, obligerait les tribunaux étatiques à ne pas intervenir contre un présumé criminel de guerre ou contre l'humanité[62].

Les sept Lords britanniques, dans l'affaire *Pinochet*[63], partisans inconscients ou conscients de la thèse d'Anzilotti, ont déclaré que la torture était impunissable, en Grande Bretagne, avant l'entrée en vigueur, soit le 29 septembre 1988, de la législation nationale incorporant en droit britannique la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* [64]. Seul Lord Millet conclut, dans cette affaire, que l'incrimination de la torture est antérieure à la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, qu'elle existait en droit international coutumier à l'époque des faits reprochés à Pinochet et que, par conséquent, les tribunaux britanniques pouvaient la réprimer sans nécessiter une procédure particulière de réception[65].

2^0. L'autre partie de la doctrine soutient que la responsabilité pénale de l'individu, auteur de crime de guerre ou contre l'humanité, trouve sa source dans la violation des obligations internationales pesant directement et exclusivement sur les personnes physiques en tant que telles[66]. En fait, estime-t-elle, le droit international coutumier constitue une source de droit applicable et de compétence pour les tribunaux étatiques si le droit interne n'a pas encore incorporé les crimes ici en cause[67]. De surcroît, estime-t-elle, les directives de droit interne, notamment celles d'ordre formel, doivent céder le pas à l'exigence internationale de justice[68].

---

62 Affaire *Nulyarima et al.*, Fed Crt. of Australia, 1 Sept 1999, per Merkel J., 160 ILM 2000, à la p. 54.

63 *R. v. Bartle, ex parte Pinochet*, (1998) ILM 1333 et *R. v. Bartle, ex parte Pinochet*, (1999) ILM 432.

64 *Ibid.*, (1999), aux p. 589, 637, 649 et 661.

65 *Ibid.* à la p. 652.

66 Eric David, *supra* note 49 à la p. 204

67 Voir Damien Vandermeersch, « Droit belge » et « Compétence universelle », dans Cassese et Delmas-Marty, *supra* note 30 à la p. 69 et 589.

68 Antonio Cassese, « L'incidence du droit international sur le droit interne », *ibid.*, à la p. 555.

Tout récemment, le Professeur Raphaëlle Maison a réavancé la thèse selon laquelle la définition d'un crime de guerre ou contre l'humanité comprend toujours « un élément étatique ou quasi-étatique »[69]. Ce crime est donc, estime-t-il, « réputé perpétré par l'État, et non par l'individu-organe ou l'individu le représentant, les conséquences de cet illicite étatique seront tout naturellement imputées, non à cet individu, mais à l'État dont il est l'organe»[70]. Le Professeur Maison conclut que les juges internes ne doivent pas connaître ces crimes « puisque leurs auteurs se trouvent protégés par une immunité »[71]. Pour sa part, le Professeur Roulot affirme que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité « sont commis au nom et pour le compte de l'État pour préserver l'ordre public »[72]. Contrairement au Professeur Maison, Roulot conclut que leur répression nationale est possible mais, passe obligatoirement par une autorisation expresse du Conseil de Sécurité de l'ONU[73].

En soulevant respectivement l'obligation de disposer d'une loi nationale ou d'une délégation expresse de l'ONU autorisant la répression et en adoptant l'idée selon laquelle les crimes de guerre et contre l'humanité peuvent être couverts par une immunité étatique, Anzilotti, Maison et Roulot mettent en évidence les points clés de l'état actuel du débat sur les obstacles formels limitant les tribunaux nationaux à sanctionner les crimes de guerre et contre l'humanité.

Au niveau purement canadien, les juristes ont concentré leurs recherches sur les obstacles à la répression canadienne des crimes de guerre et contre l'humanité[74] rencontrés lors du jugement d'Imre Finta[75]. Le système de répression de cette époque, qualifié de « désastre conceptuel », accusait de graves lacunes procédurales, à l'instar de la définition même des crimes

---

69 Rafaëlle Maison., *supra* note 59 à la p. 286.

70 *Ibid.* à la p. 287.

71 *Ibid.* à la p. 231.

72 Roulot, *supra* note 11 à la p. 100.

73 *Ibid.*

74 Voir notamment Irwin Cotler, « War Crimes Law and Finta Case », (1995) 6 SCLR (2d) 577; William J. Fenrick, « The Prosecution Of War Criminals in Canada » (1989) 12:2 Dalhousie Law Journal 256-297; Janik Kinga, *Les obstacles à la répression des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité en droit canadien*, Thèse de maîtrise en droit, Université d'Ottawa, 2000.

75 *R. c. Finta*, [1994] 1 RCS 701.

de guerre et contre l'humanité, par rapport à l'état du droit international[76]. Ces lacunes ont d'ailleurs conduit le gouvernement canadien à préférer la déportation des suspects au lieu de les juger sur place[77]. On peut se réjouir que la *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et modifiant certaines lois en conséquence*[78] et l'arrêt *Mugesera*[79] – un cas de déportation et non de poursuite criminelle- ont levé la plupart des obstacles à la répression canadienne des crimes graves que l'affaire *Finta* avait laissés en suspens[80].

Une récente étude canadienne fait cependant le point sur l'état de la justice internationale en identifiant les grandes questions à régler dans l'élaboration de ce droit et dans la mise en branle de la CPI[81]. Cet ouvrage collectif aborde certaines questions d'ordre procédural, notamment dans le cas des pays de l'ancienne Yougoslavie. Dans leurs efforts d'instruire des procès pour crimes de guerre et contre l'humanité, ces pays ont d'abord inséré dans leurs nouveaux codes de procédure pénale des règles spéciales de procédure propres à ce genre de procès[82]. Elles sont inspirées de la procédure devant le TPIY. Les auteurs, à l'instar de la majorité de la doctrine contemporaine, tablent cependant sur le rôle de la CPI pour faire échec aux obstacles internes d'ordre formel. Ils n'insistent pas suffisamment sur le besoin urgent d'adapter la procédure pénale nationale au droit international pour permettre aux États d'être plus actifs dans la répression des crimes internationaux les plus graves.

Pour tous ces motifs, les exceptions procédurales extinctives, qui font échec à la responsabilité pénale des auteurs présumés des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité,

---

76 Karen I. Lee, « Les États-Unis et le Canada », dans Cassese et Delmas-Marty, *supra* note 30 à la p. 461 note, entre autres, que la version canadienne des crimes, en ce qui concerne la *mens rea*, ne concordait pas avec la version internationale.

77 *Ibid.*

78 Lois du Canada 2000, Chapitre 24, entrée en vigueur le 23 octobre 2000.

79 *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 RCS 91.

80 *Ibid.*, para. 126 et 143, 144, 172 et 174.

81 Hélène Dumont et Anne-Marie Boisvert, dir., *La voie vers la Cour pénale internationale: tous les chemins mènent à Rome*, Montréal, Thémis, 2004.

82 *Ibid.* à la p. 272 – 288.

doivent être revus pour compléter ce que les autres n'ont pas encore exploré et actualiser ce qu'ils ont abordé.

Sur le plan théorique, on ne peut pas revoir les obstacles de procédure qui handicapent la répression interne des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité sans les insérer dans les trois modèles de procédure pénale qui existent actuellement et sans questionner l'applicabilité de certains éléments de ces modèles à cette répression.

En 1964, le Professeur Herbert L. Packer a développé les deux premiers modèles théoriques de la procédure pénale dans le contexte judiciaire américain, à savoir le « *Crime Control Model*» et le « *Due Process Model* »[83]. Le premier met en avant un processus décisionnel efficace et libre de tout contrôle judiciaire pour réaliser l'objectif de lutte contre la criminalité de manière rapide et efficiente[84]. Le second résulte des effets pervers du premier. En contraignant les pouvoirs publics à respecter les garanties procédurales de l'accusé, le « *Due Process Model* » met l'accent sur la fiabilité du verdict –sous le standard du procès équitable- par opposition à l'efficience du processus judiciaire[85].

Récemment, les Professeurs Roach et Beloof ont proposé le troisième modèle théorique de procédure pénale, en l'occurrence « *the Victim Participation Model* »[86]. Il est centré, non pas

---

83 Herbert L. Packer, *supra* note 24.

84 Pour Herbert L. Packer, « by "efficiency" we mean the system's capacity to apprehend, try, convict, and dispose of a high proportion of criminal offenders whose offenses become known. [...] The model, in order to operate successfully, must produce a high rate of apprehension and conviction, and must do so in a context where the magnitudes being dealt with are very large and the resources for dealing with them are very limited. [...] It follows that extrajudicial processes should be preferred to judicial processes, informal operations to formal ones. [...]. In the pure Crime Control Model, the center of gravity of the process lies in the early, administrative fact-finding stages ».
Voir Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968, de la p. 150 à 151 et 158.

85 *Ibid.*: « the Due Process Model resembles a factory that has to devote a substantial part of its input to quality control. This necessarily cuts down on quantitative output ».

86 Douglas E. Beloof, « The Third Model of Criminal Process: The Victim Participation Model », (1999) Utah L. Rev. 289;
Kent Roach, « Four Models of the Criminal Process », (1999) 89 J. Crim. L. & Criminology 671;
Anthony E. Bottoms, Kent Roach, Julian V. Roberts, Mara Schiff et Andrew Von Hirsch, *Restorative Justice And Criminal Justice: Competing Or Reconcilable Paradigms?*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

sur l'infracteur comme les deux modèles de Packer, mais sur la satisfaction des droits des victimes. Sous l'angle judiciaire, l'extrême de ce modèle pousse les autorités de poursuite à jouer le rôle de représentant de la victime et à prendre leurs décisions presque dans le seul dessein de satisfaire ses intérêts[87]. Mais, sous l'angle non-punitif, ce modèle réfère à la justice réparatrice. Celle-ci fait participer, volontairement, la victime de l'acte criminel et l'infracteur et, idéalement, les membres de leurs collectivités respectives, à une sorte d'échange ayant pour objet de rétablir les liens sociaux brisés par l'infraction, de réparer les dommages causés et d'empêcher la récidive. Ce mécanisme propose généralement l'humiliation réintégrative comme peine ultime[88].

Historiquement, le « *Crime Control Model*» a relativement dominé la période d'avant 1960 en occident. Il répondait à la position rétributiviste, alors dominante, selon laquelle le crime commis, et non le besoin de réadaptation ou de dissuasion du délinquant, devrait déterminer la nature du châtiment[89]. En d'autres mots, il devrait y avoir proportionnalité de telle façon que la sévérité de la peine corresponde au degré de tort causé[90]. Le « *Crime Control Model*» satisfait également aux utilitaristes qui trouvent que « la peine produit un mal du premier ordre, et un bien du second ordre: elle inflige une souffrance à un individu qui l'a encourue volontairement; et dans ses effets secondaires, elle se change toute en bien, elle intimide les hommes dangereux, elle rassure les innocents, elle est l'unique sauvegarde de la société »[91].

---

87 Douglas E. Beloof et Paul G. Cassell, « The Crime Victim's Right to Attend the Trial: The Reascendant National Consensus », (2005) 9 Lewis and Clark Law Review 481;
Martin Wright, *Justice for Victims and Offenders: A Restorative Response to Crime*, Winchester, Waterside Press, 1996, de la p. 11-19.

88 Kent W. Roach, *Due Process and Victims' Rights: The New Law and Politics of Criminal Justice*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, à la p. 25;
John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

89 Pour plus de détails lire Andrew Von Hirsch et Andrew Ashworth, *Principled Sentencing: Readings on Theory & Policy*, Oxford, Hart Publishing, 1998, à la p. 141;
Alvaro Pires, *supra* note 10 de la p. 207-219.

90 Julian Roberts et David Cole, *Making Sense of Sentencing*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, à la p. 10.

91 Voir Von Hirsch et Ashworth, *supra* note 89 à la p. 44;
Louis Schwartz, « Options in Constructing a Sentencing System: Sentencing Guidelines under Legislative or Judicial Hegemony », dans Michael Tonry et Franklin E. Zimring, *Reform and Punishment: Essays on Criminal Sentencing*, Chicago, University of Chicago Press, 1983, à la p. 71.

Malheureusement, dans sa recherche de plus de rapidité et d'efficience dans le traitement des dossiers, le « Crime Control Model» a conduit à la condamnation et l'emprisonnement des innocents[92]. Lorsque « the public learns that innocent persons have been convicted and imprisoned, the justice system itself loses credibility. To avoid wrongful convictions and to protect the individual's right to a fair trial through all of these stages, international fair-trial standards have been designed »[93]. La *Déclaration universelle des droits de l'homme*, publiée le 10 décembre 1948 et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* exigent dorénavant que nul ne soit «privé de sa liberté si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi »[94]. Les diverses constitutions nationales ont incorporé, en droit interne, ce standard international, rendant ainsi universellement obligatoire le « Due Process Model ». Au niveau de la mise en pratique, entre 1960 et 1972, aux États-Unis d'Amérique, les tribunaux ont trouvé impossible de réconcilier le droit des accusés à un procès équitable avec une procédure pénale expéditive centrée sur le contrôle de la criminalité. Pour preuve, la Cour suprême américaine a alors commencé à sanctionner la violation des droits constitutionnels de l'accusé par l'ordonnance d'abandonner les poursuites[95].

Au début des années 1980, la police et les commentateurs ont malheureusement perçu le « Due Process Model » comme étant un obstacle à la répression, notamment eu égard aux coûts qu'il impose à l'État, mais également du fait qu'il ne tient pas compte des besoins des victimes[96]. En réponse, les autorités américaines, par exemple, ont fait voter une législation consacrant les

---

92 Farkhanda Zia Mansoor, « Reassessing Packer in the Light of International Human Rights Norms », (2005) 4: 2 Conn. Pub. Int. L.J. 261, à la p. 261.

93 *Ibid.*

94 *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés.217 A (III), Doc. N.U. A/810 1948, art. 8-11; Le Pacte a été adopte à New-York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations-Unies, par la Résolution 2200 A (XXI). Il est cependant entré en vigueur après sa ratification par 35 États, soit le 23 mars 1976. (1976) 999 R.T.N.U. 171, art. 9.

95 Par exemple, dans *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), la Cour suprême rejette les preuves obtenues par des moyens anticonstitutionnels. Dans *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), la Cour suprême a statué que l'État était tenu de fournir un avocat à toute personne accusée de crimes graves, si elle n'avait pas de moyen d'engager son propre avocat. Dans *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963), la Cour suprême a statué que les procureurs sont tenus de divulguer les éléments de preuve à décharge de l'accusé. *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), la Cour exige que le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable ses allégations.

96 John W. Stickels, « The Victim Satisfaction Model of the Criminal Justice System », (2008) 2 Journal of Criminology and Criminal Justice Research and Education 1, à la p. 4.

droits des victimes, mais seulement dans la mesure où elles ne portent pas atteinte aux droits des accusés[97]. À partir de cette considération des victimes au procès, la doctrine trouve que « the underlying model of criminal process in international human rights law has shifted from the due process model to the punitive victims' rights model »[98].

Les victimes ont intérêt à connaître la vérité et, le cas échéant, recevoir une certaine compensation. Les modèles de justice orientés vers elles ne sont donc pas nécessairement rétributives ou punitives. Ils n'opposent pas, non plus, leurs droits et ceux des accusés en ce qui concerne la matière purement pénale. Nous constatons d'ailleurs que les droits des accusés sont protégés en droit international et en droit constitutionnel de presque tous les États comme pierre d'assise de l'État de droit[99]. Leur violation ne peut donc rester impunie sans porter un discrédit sur l'administration de la justice, voir même entamer sa légitimité. Pour ce motif, nous prenons position pour dire que le « Due Process Model » s'impose comme critère obligatoire de tout procès pénal, inclusivement ceux concernant les criminels de guerre et contre l'humanité.

Il ne faut pas cependant croire que les trois modèles ne coexistent pas. Le Professeur Robert Cario, spécialiste de la criminologie et des droits des victimes, note que depuis les « sociétés archaïques ou primitives jusqu'à la fin du 18^{e} siècle, la réaction sociale au crime a été rigoureuse, voire cruelle, en tout état de cause, rétributive »[100]. Toutefois, les sociétés, voire même les communautés, ne se sont pas figées dans le modèle de justice rétributive comme seule réponse aux crimes. Elles ont adopté « successivement, alternativement ou cumulativement la rétribution de l'acte, la réhabilitation de l'infracteur, la réparation de la victime et/ou la restauration de l'harmonie sociale »[101]. Il ne faut pas, non plus, croire que la justice restauratrice

---

97 *Ibid.*

98 Mykola Sorochinsky, « Reconciling Due Process and Victims' Rights: Towards a Power Balance Model of Criminal Process in International Human Rights Law ». En ligne: http://ssrn.com/abstract=1330104 Dernière visite: le 19 mai 2009.

99 Jann K. Kleffner, « The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law » (2006) 1 Journal of International Law and Criminal Justice 86, de la p. 112 et ss.

100 Robert Cario, *Justice restaurative. Principes et promesses,* Paris, L'Harmattan, 2005, à la p. 42.

101 *Ibid.* à la p. 42 - 56.

ou réparatrice[102] est essentiellement réservée aux infractions de faible gravité[103]. Bien au contraire, « ses principes, lorsqu'ils sont appliqués sérieusement, peuvent aussi convenir aux cas les plus graves »[104], tel que la prise en charge des crimes de guerre et contre l'humanité[105]. Ceci est d'ailleurs une nécessité lorsque ces crimes ont été commis dans le cadre d'un crime de masse ou lorsque le système judiciaire national n'est pas capable de faire le ménage en traduisant tous les suspects en procès dans un délai raisonnable[106]. En conséquence, nous pouvons retenir, dès à présent, que le traitement des crimes internationaux, comme le droit en général, répond « à ce travail de construction-déconstruction-reconstruction au vu des impératifs et des contraintes sociopolitico-économiques du moment; il est ce produit social de contexte par excellence »[107] .

En droit pénal international strict, le « Due Process Model » a prévalu devant le Tribunal international de Nuremberg, mais après moult hésitations. La veille de la fin de la seconde guerre mondiale, Churchill et Roosevelt auraient suggéré, en effet, de faire exécuter, sans procès, les principaux responsables du Troisième Reich[108]. À notre avis, ceci correspond à un autre type de modèle de justice, soit la procédure militaire ou administrative[109]. Heureusement, par après, De Gaulle, Staline et Harry S. Truman, malgré les lacunes du droit international à cette époque, se

---

102 Entendue comme « tout processus par lequel la victime et le délinquant et, lorsqu'il y a lieu, toute autre personne ou tout autre membre de la communauté subissant les conséquences d'une infraction participent ensemble activement à la résolution des problèmes découlant de cette infraction, généralement avec l'aide d'un facilitateur » Voir Conseil économique et social de l'ONU, Rapport sur la 11e session de la Commission pour la prévention du Crime et la Justice pénale, 16-25 avril 2002, E/CN./2002/14.

103 Robert Cario, *supra* note 100 à la p. 67.

104 Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity,* New York, Routledge, 2002, à la p. 20 et 38-47.

105 Voir Robert Cario, *supra* note 100 à la p. 11.

106 Bibliographie dans Béatrice Pouligny et Dana Mason, « Faire la paix après un crime de masse : un defi pour l'analyse et l'intervention », dans Danielle Domergue-Cloarec et Antoine Coppolani, dir., *Des conflits en mutation? De la Guerre froide aux nouveaux conflits*, Bruxelles, Complexes, 2003, de la p. 449-460.

107 Muriel Paradelle et Hélène Dumont, *supra* note 42 à la p. 101, para. 6.

108 À la conférence de Téhéran, on aurait discuté de l'exécution sans procès de « 50 000 officiers allemands ». Voir War Cabinet Minutes of 47th Meeting dated 13 April 1942, à la page 67. En ligne: http://www.nationalarchives.gov.uk/documents/cab_195_1_transcript.pdf Dernière visite: le 16 mars 2009.

109 Jean-Bruno Cloutier, *L'utilisation de l'article 129 de la Loi sur la défense nationale dans le système de justice militaire canadien*, Thèse de maîtrise en droit, Université d'Ottawa, 2003, de la p. 17 et ss; *R. c. Généreux*, [1992] 1 RCS 259, à la p. 293.

sont opposés aux exécutions sans procès des dirigeants nazis[110]. Les Britanniques ont consenti au principe d'un procès, mais auraient requis « un procès très court, éventuellement de moins de deux semaines »[111]. Finalement, le statut de Nuremberg a consacré le standard du procès équitable suivant la procédure de type anglo-saxon[112]. Les commentateurs rapportent cependant que certains tribunaux étatiques des puissances alliées auraient suivi une procédure purement expéditive[113].

En 1995, la CVR établie en Afrique du Sud pour faire la lumière sur les violations des droits de l'homme les plus graves, commises entre le 1er mars 1960 et le 10 mai 1994, sous le régime d'apartheid, a réussi, par une justice réparatrice, à prendre en charge le crime contre l'humanité. Malgré l'absence de dimension rétribution ou restitutive au sens strict de son processus, elle a accordé aux victimes une place centrale et a permis de bien gérer le litige[114]. Par après, plusieurs États, notamment d'Amérique du sud et d'Afrique, placés dans des circonstances de crime de masse, ont introduit la justice réparatrice dans le traitement national des crimes de guerre et contre l'humanité[115]. Cette nouvelle forme de justice, qui ne recherche pas une certaine vérité judiciaire, complète la justice traditionnelle en accueillant les aveux exprimés.

En 2004, les juridictions traditionnelles « Gacaca » du Rwanda ont malheureusement révélé combien ces solutions de rechange aux procédures pénales conventionnelles peuvent diluer les protections procédurales de l'accusé[116]. Dans ce cas précis, le contrôle total du procès

---

110 Annette Wieviorka, *Le procès de Nuremberg*, Paris, Liana Levi, 2006, à la p. 19.

111 *Ibid.*, de la p. 20-22.

112 *Ibid.*

113 Voir notamment Anthony P.V. Rogers, « War Crimes Trials Under the Royal Warrant : British Practice 1945-1949 », (1990) 39: 4 International and Comparative Law Quarterly, de la p. 780-800.

114 Voir Desmond Tutu, dir., *Amnistier l'apartheid*, Paris, Seuil, 2004, à la p. 7;
Lætitia Bucaille, « Vérité et réconciliation en Afrique du Sud: Une mutation politique et sociale », (2007) 2 Politique étrangère 313, à la p. 314.

115 Mykola Sorochinsky, *supra* note 98.

116 Voir notamment Frédéric Paquin, « Le Rwanda après le génocide: Gacaca, Ingando et biopouvoir », Thèse de maîtrise en droit, Université du Québec à Montréal, octobre 2007, à la p. 27.

par les victimes s'est révélé incapable de garantir aux accusés, de façon réaliste, le libre arbitre et d'atteindre l'objectif de rétablir l'harmonie sociale et ultimement de réaliser la réconciliation[117].

Lorsque nous aborderons notre étude du cas burundais, où il faut traiter des crimes de masse, déterminer comment la victime devra participer à la poursuite constituera l'un des enjeux majeurs, sinon des dilemmes, de la politique de justice et de procédure pénales. Au regard des possibilités en présence, les avis peuvent diverger sur la question de l'étendue de cette participation des victimes. À un extrême, une vision traditionnelle du droit pénal et de procédure peut envisager la participation de la victime comme devant se limiter à celle d'un simple témoin. À l'autre extrême, la victime peut, comme au Rwanda voisin, être tentée de contrôler totalement la poursuite. Mais, il n'y a pas de vaincu et de vainqueur au Burundi, ce qui n'est pas le cas au Rwanda. La victime n'a donc pas les coudées franches pour contrôler totalement les mécanismes envisagés de la justice transitionnelle. En conséquence, le cas du Burundi peut mener à un compromis permettant de conclure que la participation de la victime dans le système de justice pénale se situe quelque part entre les deux extrêmes. En d'autres termes, cet exemple permet de développer, comme le propose le Professeur Sorochinsky, un modèle de procédure pénale ou un type de procès qui n'établit pas de déséquilibre entre les droits des accusés et ceux des victimes tout en maintenant le cap sur la lutte contre l'impunité[118]. Selon ce modèle envisagé, la victime devrait participer au procès plus que comme un simple témoin, mais sans prendre le contrôle total de la procédure. Par ailleurs, ledit modèle accepte des réajustements ou des emprunts à la culture locale sans cependant s'écarter des universaux de la justice sur lesquels est bâti le principe du procès équitable.

Ceci dit, passons maintenant aux approches méthodologiques propres à notre recherche.

---

[117] Lire notamment le jugement du 8 avril 2009 dans *Vincent Bajinya, Charles Munyaneza, Emmanuel Nteziryayo et Celestin Ugirashebuja v. The Government of Rwanda and the Secretary of State for the Home Department*, [2009] EWHC 770 (Admin). La Cour d'appel de sa Majesté, à Londres, après avoir analysé le fonctionnement de ces gacaca et celui de tout le systeme judiciaire rwandais, a refusé d'extrader vers le Rwanda les quatre appéllants en estimant notamment qu'ils encourent « 120. [..] a real risk of flagrant denial of justice. We certainly cannot sanction extradition as a means of encouraging the Rwandan authorities to redouble their efforts to achieve a justice system that guarantees due process. That might serve a political aspiration, but would amount to denial of legal principle».

[118] Pour Sorochinsky, *supra* note 98, « human rights law must develop a model of criminal process that would be compatible with both due process values and the protection of victims' rights. The underlying value of the model is the prevention of excessive disbalances of power in the criminal justice system ».

6. Les considérations méthodologiques propres à notre étude

Tel que mentionné précédemment, l'objectif premier de notre étude est d'analyser certains obstacles formels qui bloquent ou autrement amoindrissent la capacité ou le pouvoir des juridictions pénales internes à réprimer les crimes de guerre et contre l'humanité.

Pour atteindre ce but, nous adopterons une démarche juridique relativement simple, soit une lecture analytique des comportements nationaux (législations, jugements, mesures administratives et politiques) par rapport à la théorie que dégagent la coutume et les instruments internationaux régissant la répression des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Par cette démarche inductive, c'est-à-dire partant de l'examen des comportements nationaux par rapport aux normes et règles internationales, nous dégagerons une réflexion à la fois pratique et théorique générale sur les solutions possibles aux problèmes formels qui se sont érigés en obstacle contre la répression étatique des crimes de guerre et contre l'humanité. Ces investigations dans les droits nationaux sont nécessaires. En effet, dès lors que les éléments du droit interne seront jugés contraires au prescrit « du droit supérieur »[119], nous conclurons qu'ils ne devraient pas conduire au refus de poursuivre un présumé criminel de guerre ou contre l'humanité ou à l'abandon des poursuites lancées contre un tel suspect.

Pour démontrer notre hypothèse de travail, nous débuterons l'étude de l'instance pénale concernant les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité au niveau de la décision policière ou du Ministère Public d'entreprendre les enquêtes pour colliger les éléments de preuve à faire valoir pour faire condamner le suspect. C'est à ce niveau que le principe de l'opportunité des procédures commence à influer sur le cours des affaires[120]. Nous continuerons l'investigation de l'instance pénale jusqu'au jugement interlocutoire décrétant l'abandon ou la continuation des poursuites au profit ou à l'encontre du suspect. Dans cet exercise, le recours fréquent aux exemples belge, français, rwandais, suisse, britannique, canadien, américain et néerlandais a été

---

[119] Cette expression signifie que le droit international est généralement supérieur au droit interne. François Ost et Michel Van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, à la p.30.

[120] Dès réception d'une plainte, les agents du Ministère Public vérifient d'abord le bien fondé des accusations qui leur sont soumises et analysent immédiatement la légalité et l'opportunité des procédures pénales.

dicté par la richesse de leurs expériences à propos de notre sujet d'étude sur le plan à la fois historique, bibliographique et surtout de la jurisprudence.

Au-delà de l'approche inductive, nous ferons également appel à l'analyse contextuelle mettant en jeu les aspects culturels. En effet, derrière chaque règle formelle se trouvent une histoire et un fondement idéologique propres. Son universalisation se heurte à des résistances qui répondent au fait que sa maturation se situe dans une autre culture et est mue par des objectifs spécifiques à cette culture. Bien saisir l'origine de chaque règle, conceptualisée à partir de ses conditions de justification originaires, nous oblige à repenser son universalisation à l'aune d'un certain pragmatisme. Celui-ci peut ériger des exceptions que le droit international n'a pas prévues au départ ou des perspectives propres au cas *sui-generis* en présence. Cette approche dialogale[121] basée sur l'articulation réciproque entre l'international et le national, l'universel et l'événementiel nous permet, dans cette recherche, de pointer du doigt la possible émancipation des autorités nationales du « piège que tend le principe de la justice à tout prix» ou celui de « la paix à tout prix » pour rechercher la finalité même de la justice, en l'occurrence la paix sociale.

En ce qui concerne les références bibliographiques, nous privilégierons la doctrine la plus récente, en général celle qui date des dix dernières années. Ce choix est dicté par l'impératif de refléter les plus récents développements dans le débat sur la problématique qui nous occupe dans ce travail. Toutefois, nous n'omettrons pas d'office les anciens ouvrages, notamment lorsqu'ils sont considérés comme constituant la source fondamentale à la compréhension de notre sujet d'étude ou de son cadre global.

En dernière partie de cette recherche, nous procéderons à la qualification des crimes graves commis au Burundi et à l'étude de toute une kyrielle de moyens formels qui s'imposent en obstacle contre leur répression par les tribunaux burundais. Dans cette partie de notre travail, nous nous référerons, en ce qui concerne l'établissement des faits, à la doctrine disponible[122].

---

[121] Christoph Eberhard, « Les droits de l'homme face à la complexité: une approche anthropologique et dynamique » (2002) 51-52 : 2 Droit et société, de la p. 455-488;
Étienne Le Roy, *Le jeu des lois. Une anthropologie « dynamique » du Droit*, Paris, LGDJ, 1999, de la p. 234 - 266.

[122] Voir notamment Colette Braeckman, *Rwanda-Burundi: les racines de la violence*, Paris, Fayard, 1996;

Nous reconnaissons que faire un tel travail avant la conclusion des procès est un exercice périlleux et plein d'embûches. Le processus d'analyse de la justice burundaise étant un chantier qu'il faut observer continuellement, les lacunes que ce défaut peut introduire dans ce travail seront corrigées dans nos recherches ultérieures lorsqu'il s'agira d'évaluer les actions de la justice transitionnelle et sa contribution à l'émergence de l'État de droit au Burundi.

Ceci termine la description des considérations méthodologiques pertinentes à notre recherche. La dernière tâche à accomplir avant de passer à notre étude proprement dite est de tracer sommairement ses grandes lignes.

7. Un aperçu du contenu de notre étude

Afin de faciliter la compréhension de notre raisonnement, il est essentiel de donner, dès maintenant, un aperçu du contenu de l'étude qui va suivre. Pour faire la démonstration de notre hypothèse de travail, nous avons choisi de procéder en trois temps, chacun faisant l'objet d'une partie distincte.

La première partie de cette recherche sera donc consacrée à une mise au point sur l'état actuel de la théorie que dégage le droit international en ce qui concerne l'étendue des crimes en cause (Chapitre I) et celle de l'obligation conventionnelle, en voie de devenir coutumière, faite aux États de rechercher leurs auteurs et, le cas échéant, les traduire en justice (Chapitre II).

La deuxième partie, quant à elle, sera consacrée à l'identification, la description et l'analyse des obstacles procéduraux qui handicapent généralement la répression interne de ces crimes graves. Nous les subdiviserons en trois chapitres, à savoir les exceptions d'incompétence des tribunaux nationaux (Chapitre I), les moyens d'irrecevabilité de l'action publique (Chapitre II) ainsi que les moyens justifiant le classement sans suite des affaires pour motif d'inopportunité

René Lemarchand, « Le génocide de 1972 au Burundi. Les silences de l'Histoire », (2002) Cahiers d'études africaines 167, à la p. 173;
Jean-Pierre Chrétien, André Guichaoua et Gabriel Le Jeune, *La crise d'août 1988 au Burundi*, Paris, de l'université de Paris 1, 1989.

des poursuites (Chapitre III). Nous conclurons cette partie en déterminant leurs raisons d'être operationnelle et stratégique (Chapitre IV).

La troisième partie de cette thèse se concentre sur une étude de cas, en l'occurrence celui du Burundi, où le gouvernement et la communauté internationale ont convenus de mettre en place des mécanismes de justice transitionnelle chargés d'établir la vérité et de réprimer les crimes graves commis dans ce pays entre le 1er juillet 1962 et fin décembre 2006. Dans cette partie, nous tenterons d'abord de qualifier les crimes de masse commis au Burundi en 1972, en 1988 et en 1993 (Chapitre I), nous rentrerons ensuite dans le système juridique burundais et discuterons des obstacles formels qui s'opposent à leur répression efficiente par les tribunaux burundais (Chapitre II). Finalement, nous questionnerons les capacités des mécanismes de justice transitionnelle envisagés, en l'occurrence les tribunaux répressifs burundais, une commission d'enquête judiciaire internationale, un tribunal pénal à caractère international et une CVR, à contribuer à faire face à ces obstacles formels. Nous plaiderons ultimement pour leur simplification et leur mise en branle rapide et efficace (Chapitre III).

Dans notre conclusion sur ce cas, nous tenterons une réflexion sur ce qui peut-être un corpus de règles procédurales efficaces pour la répression étatique des crimes internationaux les plus graves commis au Burundi. Nous terminerons notre propos en formulant les recommandations pratiques concernant ce cas d'espèce et les leçons que la communauté internationale peut tirer de cette expérience unique en son genre, pour punir lesdits crimes de façon efficace, c'est-à-dire dans le sens de permettre aux États d'atteindre les diverses catégories de criminels.

TITRE I. DÉLIMITATION DES INCRIMINATIONS ET DE L'OBLIGATION DES ÉTATS DE TRADUIRE EN JUSTICE LEURS AUTEURS

Avant d'analyser certains obstacles de procédure à la répression interne des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, il importe d'abord de délimiter l'étendue de ces incriminations en droit international (Chapitre I) et celle de l'obligation, qui incombe aux États, de traduire en justice leurs auteurs (Chapitre II).

CHAPITRE I. L'ÉTENDUE DES CRIMES DE GUERRE ET CONTRE L'HUMANITÉ

L'absence des incriminations de crimes de guerre et contre l'humanité au niveau national ou l'incohérence entre leur version internationale et la version nationale constitue le premier obstacle formel qu'un juge national rencontre lorsqu'il doit poursuivre un criminel de guerre ou contre l'humanité[123]. D'où la nécessité de comprendre l'étendue véritable, au niveau international, du crime contre l'humanité (section 1), du crime de génocide (Section 2) et du crime de guerre (section 3).

Section 1. Le crime contre l'humanité

Avant l'entrée en vigueur du *Statut de Rome*, soit le 1er juillet 2002, l'absence d'instrument international unique définissant le crime contre l'humanité avait toujours compliqué sa compréhension[124]. Depuis lors, il est de plus en plus facile d'analyser ses éléments matériel (&1) et psychologique (&2), que nous présentons ci-après.

&1. Éléments matériels

Historiquement parlant, la notion de crime contre l'humanité remonte au traité de Sèvres[125], conclu le 10 août 1920 entre les puissances alliées et l'Empire ottoman, à la fin de la 1ère Guerre mondiale. Le but avoué de ce traité était de punir les auteurs des massacres des

---

123 Rachel Grondin, « Éléments psychologique des crimes internationaux », (2003) RGD 439, à la p. 472.

124 Roulot, *supra* note 11 à la p. 48.

125 Traité de Sèvres, 10 août 1920, 28 R.T.S.N. 223, préambule et art. 1.

Arméniens, qualifiés par la France, la Russie et la Grande–Bretagne de « crimes contre l'humanité et la civilisation »[126]. Il fut malheureusement abrogé par les accords subséquents qui ont pratiquement amnistié ces crimes[127].

C'est dans le Statut de Nuremberg qu'est apparue véritablement, pour la première fois, une telle incrimination[128] qui punit, selon les termes d'Hannah Arendt, une « attaque contre la diversité humaine en tant que telle»[129]. Les accusés en ont d'ailleurs profité pour avancer que le tribunal a violé la règle selon laquelle il ne peut y avoir de châtiment sans une loi antérieure prévoyant le crime (*Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege)*[130].

Revue et enrichie par le *Statut de Rome,* la série d'actes constitutifs de crime contre l'humanité peut désormais se résumer comme suit:

> l'assassinat, le meurtre; l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou le transfert forcé des populations, autrement dit le fait de déplacer en les expulsant ou en employant d'autres moyens coercitifs sans motif admis en droit international; la torture, le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la stérilisation forcée et autres formes de violence sexuelle de gravité comparable, ainsi que la grossesse forcée, celle-ci étant entendue comme la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations du droit international; la persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable inspirée par des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique ou religieux, les disparitions forcées; le crime d'apartheid...; d'autres actes inhumains causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale[131].

---

126 Voir notamment Cathrine Grynfogel, « Un concept juridique en quête d'identité: le crime contre l'humanité », (1992) 63 RIDP 1027.

127 Traité de Lausanne, 24 juillet 1923, 28 R.T.S.N. 12, art. 1 et Traité de Kars du 13 octobre 1921, art. 1.

128 Charte du Tribunal international pour l'extrême-orient, annexée à la Déclaration du Commandant suprême des Forces alliées en Extrême-orient, 19 janvier 1946, Mémorandum du Secrétaire général, Doc. A/CN.4/5, 1949 [ci- après le Statut du Tribunal de Tokyo], art 5 (c);
Statut du Tribunal de Nuremberg, annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945, (1945) 28 R.T.N.U. 279, art. 6 (c); Mario Bettati, « Le crime contre l'humanité », dans Ascensio, Décaux et pellet, *supra* note 8 à la p. 293.

129 Hannah Arendt, *Eichmann à Jérusalem. Rapport sur la banalité du mal*, Paris, Gallimard, 1997, à la p. 409.

130 Procès des grands criminels de guerre, *supra* note 12 à la p. 181.

131 Statut de Rome, art. 7.

D'un point de vue circonstance, l'un ou l'autre de ces actes matériels énumérés, pour être constitutif de crime contre l'humanité, doit être commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, mais pas nécessairement les deux à la fois, lancée contre une population civile quelconque, « qui en est la cible principale et non simplement indirecte »[132]. La présence de personnes participant directement au conflit ne devrait donc pas empêcher de qualifier une population de « civile » pourvu que la population ciblée soit essentiellement de caractère civil[133].

Par ailleurs, il faut bien noter que « c'est l'attaque qui doit être généralisée ou systématique et non les actes prohibés de l'accusé »[134]. Le terme population renvoie à une « action de masse » transformant un crime ordinaire de droit commun en crime contre l'humanité relevant du droit international[135]. En d'autres mots, il vise « à impliquer les crimes d'une nature collective et exclut de ce fait les actes individuels ou isolés, qui, bien qu'ils puissent constituer des crimes de guerre ou des crimes contre une législation pénale nationale, n'atteignent pas le degré d'importance de crime contre l'humanité »[136].

À Nuremberg, les crimes contre l'humanité étaient considérés comme étant liés à un conflit armé de nature internationale[137]. En 1995, le TPIY a déclaré que ce lien n'était pas nécessaire[138]. Ces crimes peuvent donc être commis en temps de paix ou durant un conflit armé de nature purement interne[139].

---

132 *Mugesera c. Canada, supra* note 79, para. 161- 163.

133 Affaire *Klaus Barbie, supra* note 31 à la p. 285.
Il y a cependant tout un debat sur cette question. Voir notamment Emanuela Fronza, Isabelle Fouchard, Laurent Neyret et Mireille Delmas-Marty, *Le crime contre l'humanité*, Paris, PUF, 2009, 1er chapitre.

134 *Mugesera c. Canada, supra* note 79, para. 156.

135 Éric David, *supra* note 49 à la p. 441.

136 *Le Procureur c. Dusko Tadic*, alias 'Dule' (1997), affaire no IT-94-1-T, (TPIY, Chambre de 1ère instance), para. 644.

137 Procès des grands criminels de guerre, *supra* note 12 à la p. 268.

138 *Le Procureur c. Dusko Tadic, supra* note 136, arrêt du 2 octobre 1995, para. 141.

139 Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), attaché à la Résolution no 935 (1994) du 1er juillet 1994 du Conseil de sécurité de l'ONU, Doc. O.N.U. S/1994/879 et S/1994/906, art. 3 et 5;
Le Procureur c. Zoran Kupreskic et al.(2000), affaire n° IT-95-16-A, (TPIY, Chambre de 1ère instance), para. 545;

Après avoir dressé la liste des éléments matériels d'un crime contre l'humanité et indiqué les circonstances dans lesquelles il peut se commettre, précisons maintenant quels sont ses éléments psychologiques.

&2. Éléments psychologiques

L'élément moral ou la *mens rea* d'un crime contre l'humanité se structure en deux volets. C'est-a-dire que « la poursuite doit démontrer, qu'en plus de l'intention criminelle de l'acte prohibé, l'accusé savait (ou s'est volontairement aveuglé) que les actes faisaient partie d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes. La poursuite n'a pas à démontrer que l'accusé savait que ses actes étaient inhumains »[140]. Qui plus est, l'intention portant sur les actes proprement dits de l'accusé n'a pas à porter sur l'ensemble de la population civile visée[141]. Le droit international n'exige pas, non plus, que sa connaissance des faits soit détaillée ou qu'il connaisse la politique à la base de l'attaque ou partage son but[142]. Sa connaissance se limite seulement aux circonstances de l'attaque, celle-ci devant être dirigée contre une population civile[143].

Au demeurant, sont répréhensibles, non seulement la commission d'un crime contre l'humanité, mais également toutes les formes inchoatives de la perpétration de ce crime[144].

Ceci dit, voyons, ci-après, les éléments matériel et psychologique du crime de génocide.

Michèle Jacquart, « La notion de crime contre l'humanité en droit international contemporain et en droit canadien », (1990) 21: 4 RGD, à la p. 610.

140 *R. c. Munyaneza,* Crim. Div., 2009 QCCS 2201, para. 126.
La Commission préparatoire de la CPI, *Texte final du projet d'éléments des crimes*, PCNICC/2000/1/Add.2, adopté en septembre 2002.

141 Grondin, *supra* note 123 de la p. 461 – 468.

142 *Ibid.* à la p. 460.

143 *Ibid.*

144 Statut de Rome, art. 25.

Section 2. Le crime de génocide

La *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* énumère cinq actes constitutifs de crime de génocide (&1), s'ils sont commis contre l'un quelconque des groupes protégés, avec l'intention de détruire celui-ci, en tout ou en partie (&2).

&1. Éléments matériels

En 1948, sur proposition du juriste américain, Raphaël Lemkin, l'Assemblée Générale des Nations-Unies a caractérisé, dans des termes généraux, le crime de génocide, soit un « crime du droit des gens condamné par le monde civilisé [et qui] bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité et est contraire à la loi morale ainsi qu'à l'esprit et aux fins des Nations-Unies »[145]. L'année suivante, la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* a défini juridiquement ce crime comme étant l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:

a) meurtre de membres du groupe;
b) atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
c) soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
d) mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
e) transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe[146].

Cette définition, reprise intégralement par le *Statut de Rome*[147], reflète la définition du génocide en droit international coutumier[148]. Elle renferme quatre éléments importants qui délimitent le crime de génocide, à savoir:

---

145 Résolution no 96.(1) de l'A.G. des N-U du 11 déc. 1946.
Raphael Lemkin, *Axis Power in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposal for Redress*, Washington, Fondation Carnegie pour la paix internationale, 1944.

146 Voir les paragraphes (a) à (e) de l'article 2.

147 Statut de Rome, art. 6.

148 Avis consultatif du 28 mai 1951 concernant les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (1951) CIJ Rec., à la p. 15.

i) un acte criminel se retrouvant au moins dans l'une des cinq catégories citées;
ii) commis avec l'intention de détruire tout ou partie;
iii) de l'un au moins des groupes protégés (national, ethnique, racial ou religieux);
iv) comme tel.

Les Professeur Grondin et Joe Verhoeven, avec qui nous sommes d'accord, notent que « la liste des actes délictueux qui y sont visés [dans la Convention] doit être considérée comme limitative, [même si] les termes utilisés, qui ont été soigneusement pesés, sont relativement larges »[149].

Cela étant, ce ne sont pas les éléments matériels du crime de génocide qui posent vraiment les plus grands problèmes pour sa qualification et sa répression. En effet, ces éléments consistent tous en des actes de génocide physique ou biologique, leurs conséquences sont presque toutes constatables physiquement et immédiatement – ou du moins dans le court terme. De plus, puisque ces actes doivent viser les membres d'un groupe, ils sont généralement commis sur une échelle importante – et tendent donc à être plutôt manifestes. Hélas, il en est autrement pour les éléments psychologiques du génocide que nous examinons ci-après.

&2. Élément moral (*dolus specialis*)

En général, nul n'est pénalement responsable d'une infraction que si son élément matériel est commis avec connaissance et intention[150]. Mais le génocide, lui, exige, une intention toute spéciale (*dolus specialis*) qui va au-delà de l'intention générale d'adopter un certain comportement ou de causer les conséquences immédiates de ce comportement. Par exemple, il ne suffit pas de tuer intentionnellement des membres – même en très grand nombre – d'un

---

Rapport du Secrétaire Général de l'ONU, établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de Sécurité de l'ONU du 3 mai 1993, Doc. ONU S/25704, para. 35.

149 Grondin, *supra* note 123 à la p. 456.
Joe Verhoeven et Alain Destexhe, dir., *De Nuremberg à la Haye et Arusha*, Bruxelles, Bruylant, 1997, à la p. 41.

150 Selon le juge Stephen dans *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168, « the full definition of every offence contains, expressly or by implication, the requisite mental element ». Pour les décisions d'autres pays qui ont reconnu ce principe, voir par exemple *Ryan v. The Queen* (1967), 40 A.L.J.R. 488; *R. v. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999; *R. v. Ngang*, [1960] 3 S.A.L.R. 363; *H. M. Advocate v. Fraser* (1878), 4 Couper 70. En France, voir « l'arrêt du marin déserteur », Crim. 21 janvier 1921.

groupe national, ethnique, racial ou religieux pour commettre un génocide[151]. Selon la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, en *sus* de l'intention générale (dol général) de commettre un crime, se superpose un autre élément spécial (dol spécial déterminé), c'est-à-dire que l'auteur du génocide a voulu un acte criminel précis, contre une victime précise et avec un préjudice déterminé: les actes de génocide sont commis dans l'intention de « détruire », en tout ou en partie, le groupe en question « comme tel ». En fait, le génocide est un crime d'éradication.

Un éminent spécialiste de la question, Yves Ternon, nous donne un moyen d'établir ou de reconnaître la différence entre un génocide et un autre crime contre l'humanité:

> Si le criminel agit en vue de supprimer sa victime en raison de sa race, de sa religion ou de ses convictions politiques, sans autre intention, c'est un crime contre l'humanité. S'il a l'intention de détruire un groupe national, ethnique, racial ou religieux, en tout ou en partie, c'est un génocide. La différence réside essentiellement dans la particularité de l'intention criminelle[152].

Ternon donne, pour illustrer la particularité du génocide et sa différence avec les autres crimes graves, l'exemple de l'utilisation de la bombe atomique vers la fin de la seconde Guerre mondiale. Il estime qu'à Hiroshima et à Dresde, tout a été détruit mais ce n'était pas un génocide puisque « la destruction d'une ville n'est pas nécessairement un génocide. À Hiroshima et à Dresde, les Japonais et les Allemands n'ont pas été tués uniquement comme étant « Japonais et Allemands, mais comme ennemis »[153]. On peut qualifier ces bombardements de crimes de guerre, mais pas de génocide[154].

---

151 *Le Procureur c. Bagilishema* (2001), affaire no ICTR-95-1A-T, (TPIR, Chambre de 1ère instance), para. 64.

152 Yves Ternon, *L'État criminel. Les génocides au XXe siècle*, Paris, Seuil, 1995, à la p. 68.
Voir également Verhoeven et Destexhe, *supra* note 149 à la p. 42.

153 *Ibid.*

154 *Ibid.* à la p. 75.

Au demeurant, l'intention coupable (*mens rea*) doit exister avant la commission des actes[155] et, « à défaut d'aveux de la part d'un accusé, elle peut se déduire d'un certain nombre de faits»[156], tels que ses propos ou « le contexte général de perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe »[157]. Toutefois, il n'est pas indispensable, pour commettre un génocide, qu'un plan génocidaire précis ait été formé[158]. « However, the existence of such a plan would be strong evidence of the specific intent requirement for the crime of genocide »[159]. Il n'est pas indispensable non plus que, si un tel plan existe, une certaine période de temps se soit écoulée entre sa conception et sa réalisation ou que l'accusé soit informé de tous ses détails[160].

La préméditation, non plus, n'a pas été *expressis verbis* mentionnée parmi les éléments constitutifs du crime de génocide. Les travaux préparatoires de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* révèlent que « l'élément de préméditation a été rejeté sur proposition de la Belgique, au motif qu'une telle mention était superflue étant donnée l'intention spéciale déjà incluse dans la définition du crime »[161].

Cela étant, même si une intention de détruire le groupe en entier n'est pas nécessaire, il faut au moins une intention de détruire une partie substantielle et distincte du groupe, et non seulement une série d'individus membres de ce groupe[162]. Voilà qui nous emmène à préciser maintenant quels sont les groupes qui peuvent faire l'objet de génocide.

---

155 Voir *Le Procureur c. Musema* (2000), affaire no. TPIR- 96-13-T, (chambre de 1ere instance), para. 167. *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana* (1999), affaire no. TPIR- 95-1-T, (Chambre de 1ere instance), para. 91.

156 *Le Procureur c. Laurent Semanza* (2003), affaire no. TPIR-97-20-T, (Chambre de 1ère instance), par. 313.

157 *Ibid.*

158 Dans *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, *supra* note 155, para. 94 et 276.

159 *Ibid.*, para.138.

160 *Ibid.*

161 Comptes rendus analytiques des séances de la Sixième Commission de l'Assemblée générale du 21 septembre au 10 décembre 1948, Documents officiels de l'Assemblée générale, Doc. ONU A/C.6/217, à la p. 8.

162 Selon *R. c. Munyaneza*, *supra* note 140, para. 103, « on entend par partie substantielle, une forte proportion du groupe ou l'atteinte des membres les plus représentatifs de la communauté dont l'effet sur le groupe tout entier sera significatif ».

La doctrine est unanime pour dire que la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* énumère « exhaustivement et limitativement » les groupes protégés, c'est-à-dire les groupes qui peuvent être l'objet d'un génocide, en l'occurrence un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel[163].

Le cas du groupe ethnique, qui nous occupera dans la troisième partie de cette recherche, suppose un groupe au sein duquel les membres partagent une langue, une culture et un terroir communs[164]. Cependant, selon ce critère, les Tutsi et les Hutu du Burundi, tout comme ceux du Rwanda, ne seraient pas une ethnie à part, puisqu'ils partagent la même langue, la même religion, les mêmes modes de vie et le même terroir[165].

Faut-il alors douter du génocide de 1994 à l'encontre des Tutsi Rwandais et s'arrêter ici pour ne pas vérifier si, au Burundi, il n'y a pas eu de génocide ethnique? La réponse est négative.

Dans le cas des Tutsi rwandais, s'inspirant des travaux préparatoires sur la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, le TPIR a indiqué que « tout groupe stable et permanent devait être compris parmi les groupes protégés. [...] Les Tutsi constituaient bien, à l'époque des faits allégués, un groupe stable et permanent et identifié par tous comme tel »[166].

Cette interprétation du TPIR est d'autant plus malheureuse qu'elle contredit même la *Convention,* puisque ni le groupe national, ni le groupe religieux ne sont toujours pas stables et permanents. On peut par exemple changer de nationalité ou de religion. De plus, un groupe religieux peut se dissoudre ou se réformer. Malheureusement, dans le cas de l'Allemagne nazie, les Juifs n'avaient pas le droit d'abandonner leur religion; beaucoup n'étaient même pas

---

163 *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, art 2.

164 *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu* (1998), affaire N° ICTR-96-4-S, (TPIR, Chambre de 1ère instance), para. 641.

165 Colette Braeckman, *Terreur africaine*, Bruxelles, Fayard, 1994, à la p. 86.

166 *Ibid.*

pratiquants. Ils n'ont pas eu la vie sauve pour autant. De même devant les génocide des Tutsi, ceux parmi eux qui avaient officiellement changé d'éthnie n'ont pas été épargné[167].

Nous en concluons qu'en revanche, le TPIR aurait simplement pu constater que non seulement les bourreaux considéraient subjectivement leurs victimes comme étant d'ethnie Tutsi, mais qu'aussi ces dernières elles-mêmes se savaient d'ethnie tutsi. Ainsi, vu qu'en l'espèce la réalité sociologique était en contradiction avec la vérité scientifique, en la place du « groupe stable et permanent », nous aurions suggéré un « considéré comme tel» par les criminels[168].

Examinons maintenant l'étendue de la destruction du groupe.

Soulignons d'emblée que l'intention de commettre un génocide doit viser la destruction du groupe, et par destruction, on comprend la destruction physique ou biologique, non pas des formes moins directes de « destruction » comme la destruction culturelle, idéologique, économique ou politique[169].

Au demeurant, l'exclusion des groupes politique et idéologique trouve son fondement dans « la seule volonté politique d'une majorité de voir une convention sur la prévention et la répression du crime de génocide ratifiée par les États socialistes qui l'eussent catégoriquement rejetée si les groupes politiques avaient été visés dans la définition de celui-ci »[170].

Tout récemment, lors de la négociation du Statut de Rome, certaines délégations ont tenté, sans succès, d'inclure les groupes « social et politique » parmi les groupes protégés contre le crime de génocide. Les États n'ont pas consenti à cette demande « because the Rome

---

167 Lire notamment André Guichaoua, *Rwanda, de la guerre au génocide, Enquêtes sur les politiques criminelles au Rwanda (1990-1994)*, Paris, La Découverte, 2010.
Pour les Juifs, lire Ami Sternschuss, *Brève Histoire de la Shoah*, Valérie Ben Or, trad. Esther Vento, 2005.

168 En matière de droits des réfugiés, le Canada a adopté cette approche selon laquelle l'identification d'un groupe ethnique peut dépendre de la perception du criminel. Voir *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689 et *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593, para. 87.

169 Rachel Grondin, *supra* note 123 de la p. 455– 456.
Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law,* Oxford, Oxford University Press, 2002, à la p. 69.

170 Joe Verhoeven, « Le crime de génocide. Originalité et ambiguité », (1991) 1 RBDI 5, à la p. 21.

Conference intended to codify customary international law in the ICC Statute, and not to draft a new genocide convention »[171].

Cela étant, il faut éclairer le lecteur sur la question de savoir si les actes de génocide doivent revêtir un quelconque caractère massif ou à grande échelle. En effet, par les mots «en tout ou en partie» figurant à l'article 2 du texte de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, celle-ci précise que la destruction du groupe pourrait être totale ou partielle. Il n'est donc pas nécessaire que la destruction du groupe soit totale pour que les actes soient considérés comme constitutifs de génocide. Cependant, il y a controverse quant à connaître l'étendue exacte de la destruction pour parler de génocide. En d'autres mots, est-ce qu'un acte criminel, remplissant les autres conditions énoncées à l'article 2 de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, commis sur une seule personne, pourrait-il être véritablement considéré comme un génocide?

Une étude menée en 1978 sur la question de la prévention et de la répression du crime de génocide, par le Rapporteur spécial des Nations-Unies, le Professeur Nicodème Ruhashyankiko, révèle que lors de l'élaboration de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*:

> it was argued that genocide existed as soon as an individual became the victim of an act of genocide; if there was intent to commit the crime, genocide existed even if only a single individual was the victim. The use of the expression "members of the group" in the second paragraph of the article (subparagraphs (a) and (b)) would indicate that genocide occurred as soon as a member of the group was attacked[172].

L'étude du Professeur Ruhashyankiko cite beaucoup d'auteurs qui considèrent que la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* peut s'interpréter comme

---

171 William A. Schabas, «Article 6 Genocide », dans Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 1999.

172 Nicodème Ruhashyankiko, (Rapporteur spécial), *Étude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide*, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/416, 4 juillet 1978, para. 50 et 51.

s'appliquant aux cas d'un « génocide individuel »[173]. Elle cite également d'autres spécialistes qui pensent *a contrario* qu'en présence d'un seul meurtre individuel, il n'y aurait lieu de retenir qu'un homicide, quoique l'intention des criminels soit l'extermination du groupe des victimes[174]. Le Professeur Ruhashyankiko choisit cependant de ne pas prendre position dans cette controverse. Il esquisse timidement son opinion en soulignant que, selon la Convention, l'acte punissable doit avoir été commis ou tout au moins tenté[175].

Une étude ultérieure, menée par un autre Rapporteur spécial de l'ONU, le Britannique Benjamin Whitaker, en 1985, discute également de la question et conclut que, « pour ne pas diminuer ou affaiblir l'importance du concept de génocide par une interprétation trop large qui entraînerait un gonflement du nombre de cas, il serait bon de prendre en considération à la fois l'échelle relative et les effectifs totaux »[176]. De toute façon, estime-t-il, « les autres attaques et massacres n'en constituent pas moins de toute évidence des crimes odieux, même s'ils n'entrent pas dans la définition du génocide »[177].

La thèse de Whitaker, qui consiste à prendre en considération «à la fois l'échelle relative des victimes et les effectifs totaux du groupe» nous semble discutable en droit, car contraire à la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. En effet, quand bien même un crime commis sur une seule victime ne pourrait être constitutif de génocide, la *Convention* n'exige aucune proportion de victimes par rapport à un effectif total quelconque. Elle focalise l'attention sur le but poursuivi par l'auteur du génocide, soit la destruction d'un groupe comme

---

173 *Ibid.*

174 *Ibid*, para. 53

175 *Ibid.*, para. 54.

176 Voir Benjamin Whitaker, (Rapporteur spécial), *Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide*, UN, Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 July 1985, para. 29.
En passant, cet auteur recense le massacre des Hutu par les Tutsi au Burundi en 1965 et en 1972 comme étant des cas de génocide du XXème siècle. Voir para. 24 du rapport et note 15.

177 *Ibid.*

tel, c'est-à-dire comme entité séparée et distincte, et non simplement quelques individus en raison de leur appartenance à ce groupe[178].

Ceci dit, la destruction recherchée ne vise pas nécessairement chaque membre du groupe ciblé, « l'intention de détruire doit viser au moins une partie substantielle du groupe»[179], c'est-a-dire « une forte proportion du groupe ou l'atteinte des membres les plus représentatifs de la communauté dont l'effet sur le groupe tout entier sera significatif »[180]. L'anéantissement effectif du groupe tout entier n'est donc pas requis puisque « le crime de génocide n'est pas subordonné à l'anéantissement de fait d'un groupe tout entier, mais s'entend dès lors que l'un des actes visés à l'article 2(2)(a) à 2(2)(e) [de la Convention] a été commis dans l'intention spécifique de détruire «tout ou partie» d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux»[181].

Sur ce, le Professeur Rachel Grondin, avec qui nous sommes parfaitement d'accord, estime que l'intention de causer « la mort de tous les membres élites d'un groupe possédant des pouvoirs vitaux pour sa survie sera suffisante pour établir une condamnation de génocide »[182].

En conclusion, sur base de la définition, si une intention de génocide était clairement établie (projet prouvé par des documents, des réunions publiques, des déclarations des suspects, etc...) et qu'on parvenait à arrêter sa mise en oeuvre avant qu'il n'y ait plus d'une victime et à prouver que cette victime a bel et bien été victime du dit projet, je ne vois pas ce qui pourrait empêcher de qualifier un tel meurtre d'acte de génocide[183] ou du moins de tentative de génocide et non un homicide. Ce point de vue est également défendu par le Professeur Verhoeven, pour qui, « n'y eut-il qu'une victime, celui-ci (le crime de génocide) peut être établi si l'intention a été

---

178 *Le Procureur c. Bagilishema*, *supra* note 151, para. 64.

179 Dans *Le Procureur c. Akayesu*, *supra* note 164, para. 497.
Le Procureur c. Rutaganda (1999), affaire no TPIR-96-3-T, (TPIR, Chambre de 1ère instance), para. 48-49.

180 *R. c. Munyaneza*, *supra* note 140, para. 103.

181 *Ibid.*

182 Rachel Grondin, *supra* note 123 à la p. 457.

183 Voir notamment Pieter N. Drost, *The Crime of State: Book II, Genocide*, Leyden, A.W. Sythoff, 1959, de la p. 84 à 86.

de détruire (à plus long terme) le groupe dont elle est membre; y aurait-il des milliers de victimes, il n'y a pas de génocide si telle n'a pas été l'intention du criminel »[184] .

Au demeurant, l'entente en vue de commettre le génocide, l'incitation directe et publique à commettre le génocide, la tentative de génocide ou la complicité dans le génocide sont punies comme étant un acte de génocide[185]. Alors que dans une affaire de complicité, la poursuite doit prouver qu'un génocide a effectivement eu lieu, dans le cas d'une accusation d'incitation, la culpabilité sera retenue même si l'incitation n'aurait pas atteint le résultat escompté par son auteur[186].

Maintenant que nous venons de délimiter le crime de génocide, qui est une catégorie particulière de crime contre l'humanité, abordons ci-après le crime de guerre en droit international.

Section 3. Le crime de guerre

L'interdiction de commettre un crime de guerre date depuis au moins la publication de la *Convention II de la Haye* du 29 juillet 1899 *et la Convention IV de la Haye* de 1907[187]. La délimitation de ses éléments matériel (&1) et psychologique (&2) continue cependant d'évoluer avec le temps pour intégrer les nouvelles façons de le commettre[188].

---

184 Verhoeven et Destexhe, *supra* note 149 à la p. 44.

185 Statut de Rome, art. 25;
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, lecture combinée de l'art. 3 et 4.

186 *Le Procureur c. Akayesu*, *supra* note 164, para. 562.

187 Voir *Conventions II et IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre* (dite aussi *Conventions de la Haye du 29 juillet 1899 et du 18 octobre 1907*), reproduite dans J.B. Scott, dir., *Les conventions et déclarations de la Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918, à la p. 100.

188 Statut de Rome, art 123 al. 1;
Pour plus de détails voir Remigiusz Bierzanek, « War crimes: History and Definition », dans Cherif M. Bassiouni, dir., *International Criminal Law*, Ardsley, Transnational Publishers, 1987, de la p. 31-49.

&1. Éléments matériels

La Charte de l'ONU interdit, sauf en cas de légitime défense[189], le recours à la guerre dans les relations internationales[190]. Toutefois, incapable de contenir toute guerre, « le droit des gens [demeure] naturellement fondé sur le principe [selon lequel] les diverses nations doivent se faire, dans la paix, le plus de bien, et, dans la guerre, le moins de mal qu'il est possible, sans nuire à leurs véritables intérêts »[191]. Pour concrétiser ce principe, le droit international établit les cibles légitimes et interdit certains comportements au titre de crime de guerre.

Selon le statut de Rome, qui enrichit sur ce point les instruments internationaux qui le précèdent, l'*actus reus* d'un crime de guerre est un fait - acte ou omission - commis au cours d'un conflit armé et constituant, soit:

> a) une infraction grave aux *Conventions de Genève du 12 août 1949*, à l'instar de l'homicide intentionnel, du meurtre, de la torture et de la déportation ou le transfert illégal des personnes protégées par les dispositions de ces Conventions;
>
> b) une autre violation grave des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux, tel que le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des civils qui ne prennent pas directement part aux hostilités ou le fait de tuer ou de blesser un combattant ayant déposé les armes ou n'ayant plus de moyens de se défendre ou qui s'est rendu, le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée ou toute autre forme de violence sexuelle;
>
> c) En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international, une violation de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 et toute autre violation énumérée au para.8(2)e) du Statut de Rome[192].

La qualification d'un crime de guerre n'exige pas qu'il ait été commis de manière massive et systématique ou de facon préméditée et la poursuite n'a pas à démontrer qu'il a été commis en fonction d'une politique quelconque[193].

---

189 Charte des Nations-Unies, signée à San Francisco le 26 Juin 1945, (1965) 638 R.T.N.U. 306, art. 51.

190 *Ibid.*, art. 2(4).

191 Voir Charles Louis de Secondat Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1974, livre I et III.

192 Statut de Rome, art. 123.

193 *R. c. Munyaneza*, *supra* note 140, para. 152.

D'un point de vue circonstance, avant 1990, les violations graves du droit de la guerre commises dans les conflits armés non internationaux ne constituaient pas des infractions graves *stricto sensu*, et ce malgré le contenu de l'article 3 identique aux quatre CG de 1949[194]. Depuis lors, les crimes de guerre peuvent se commettre dans le cadre d'un conflit armé international[195] ou de caractère national[196]. En effet, « ce qui est inhumain et, par conséquent, interdit dans les conflits internationaux, ne peut pas être considéré comme humain et admissible dans les conflits civils »[197].

L'expression « conflit armé international » est synonyme de guerre inter-étatique. Elle renvoie à un affrontement armé entre deux ou plusieurs États, mené par leurs forces armées respectives[198]. Quant à l'expression « conflit armé non international », elle est synonyme de guerre civile, c'est-à-dire un affrontement armé qui oppose, de manière prolongée, des combattants originaires d'un même État sur leur propre territoire, soit les forces armées régulières à des groupes armés dissidents, soit des groupes armés entre eux[199] dans la mesure où ces groupes sont organisés et que les critères du contrôle effectif du territoire sont remplis[200].

Au niveau interne, il existe cependant des situations équivoques qui ne peuvent être qualifiées de conflits armés, mais qui présentent un danger certain. Ces situations ont été désignées par l'appellation de troubles intérieurs et tensions internes[201]. Les violations de droits humains commis durant ces troubles, telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire, ne se qualifient donc pas de crimes de guerre[202]. Au

---

194 *Ibid.*, para. 150-154.

195 Statut de Rome, art. 8 (2) a) et b).

196 *Ibid.*, art. 8 (2)c et d) et Grondin, *supra* note 123 à la p. 468.

197 *Le Procureur c. Dusko Tadic*, alias Dule, *supra* note 136, para. 644.

198 Kriangsak Kittichaisaree, *supra* note 169 à la p. 135.

199 *Ibid.* de la p. 135-139 et 188 – 205 et Éric David, *supra* note 49 à la p. 29.

200 Règlement de La Haye de 1907 annexé à la *Convention IV* de la Haye 1907, art. 42.

201 Éric David, *supra* note 49 à la p 49.

202 *Miguel Angel Sandoval case*, Rol No. 517–2004, Supreme Court of Chile, (2004) ILDC 394, para 28;

demeurant, il y a trouble intérieur lorsque l'État utilise la force armée pour maintenir l'ordre, tandis que la tension interne consiste en l'emploi de la force comme mesure préventive, afin de maintenir le respect de la loi et de l'ordre.

Ceci nous emmène naturellement à préciser en quoi consiste l'intention coupable d'un acte ou d'une omission constitutif d'un crime de guerre.

&2. Éléments psychologiques

Le droit international exige d'une personne, pour être reconnu coupable d'un crime de guerre, une *mens rea* en deux volets. Elle doit connaître d'abord les circonstances de fait - état de conflit armé - qui créent le droit ou le statut de « la personne protégée » ou du « bien protégé » par le droit international[203]; en d'autres mots, elle doit avoir posé l'un ou l'autre des actes énumérés plus-haut, tout en sachant bien qu'elle s'attaque à un bien protégé ou à des personnes qui ne participent pas directement aux hostilités « for example, because they are wounded, sick, hors de combat, or are civilians»[204]. Ensuite, il est requis de l'accusé d'avoir l'élément moral spécifique (ou la *mens rea* spécifique) de l'infraction sous-jacente qu'il commet. Par exemple, pour l'utilisation des balles/armes prohibées, l'accusé est requis de connaître la nature de ces balles/armes ou leur état de prohibition[205]. Pour l'infraction d'enrôlement des enfants, « la connaissance de l'âge des enfants doit s'analyser selon un critère objectif, c'est–à-dire que l'auteur de l'infraction possède l'état d'esprit coupable s'il savait ou aurait dû savoir que les jeunes personnes recrutées étaient âgées de moins de 15 ans au moment de l'enrôlement[206].

Maintenant que nous connaissons l'étendue en droit international des incriminations qui nous occupent dans ce travail, précisons alors, dans le prochain chapitre, celle de l'obligation des États de rechercher leurs auteurs et de les traduire en justice.

Statut de Rome, para. 8(2) d) et f) et 8(3).

203 *Ibid.*, art. 8 (2) a).

204 *Ibid.*, art 8(2) c).

205 Pour plus de détail, voir Grondin, *supra* note 123 à la p. 471 et ss.

206 Statut de Rome, art. 8(2)b)iv.

CHAPITRE II. L'OBLIGATION ÉTATIQUE DE RÉPRIMER LES CRIMES DE GUERRE ET LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité portent gravement atteinte aux valeurs considérées comme étant fondamentales par tous les États, à savoir la survie et la sécurité de l'humanité[207]. Pour ce motif, plusieurs conventions internationales obligent juridiquement chaque État-partie d'adopter les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de « rechercher et poursuivre ou extrader » leurs auteurs dès qu'ils se trouvent sur son territoire (Section 1). Il n'est cependant pas certain si cette obligation a déjà atteint le statut de droit international coutumier pour s'appliquer automatiquement en droit interne (Section 2).

Section 1. Une obligation en deux volets

Les conventions internationales obligent les États-parties à adopter des mesures permettant de « rechercher et poursuivre ou extrader » les auteurs de crimes de guerre et contre l'humanité (& 1) et de les rechercher effectivement pour les poursuivre ou les extrader (& 2).

&1. Se donner la compétence

Historiquement parlant, les crimes de guerre et contre l'humanité étaient considérés comme étant des actes d'État, du moins jusqu'en 1474[208]. À cette date, Von Peter de Hagenbach, bailli de la Haute Alsace et de Brisgau, fut jugé et reconnu coupable pour avoir « commis des crimes de droit naturel et avoir foulé aux pieds les lois divines et humaines »[209]. Il avait pillé et massacré les habitants de la ville de Breisach, en Autriche, dont il était le gouverneur[210].

---

207 *Ibid.* préambule;
Avis consultatif de 1951 sur les Réserves à la convention, *supra* note 148 à la p. 24.

208 Kriangsak Kittichaisaree, *supra* note 169 à la p. 20 rappelle que le juge Pal, « the Indian Judge of the Tokyo Tribunal would have acquitted all the defendants that there had been no individual criminal responsibility under international law ».

209 C'était par un tribunal international, composé de 28 juges, mis sur pied par la France, l'Autriche, les cantons suisses et les villes du Haut Rhin, tous alliés du Saint-Empire romano-germanique. Son avocat a plaidé, sans succès, l'obéissance à l'ordre hiérarchique et à la loi. Hagenbach fut reconnu coupable et condamné à mort.
Voir Sandra Szurek, « Historique de la formation du droit international pénal », dans Hervé Ascencio, Emmanuel Décaux et Alain Pellet, *supra* note 8 à la p. 19.

210 *Ibid.*

Quatre siècles plus tard, les États ont véritablement affirmé l'existence, en droit international positif, du principe de la responsabilité pénale individuelle de quiconque commet des actes contrevenant au droit de la guerre[211]. Toutefois, ce principe n'a pas été suivi immédiatement de la mise en place de mécanismes juridiques de répression[212]. C'est après le génocide contre les Juifs d'Europe et les crimes de guerre commis dans les territoires occupés par les nazis, durant la seconde guerre mondiale, que les conventions internationales ont obligé juridiquement les États à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, les crimes de guerre, le génocide ou les autres crimes contre l'humanité[213]. Ces conventions requièrent de chaque État signataire d'incorporer en droit interne les crimes de guerre, le génocide et les autres crimes contre l'humanité. Après cette incorporation, elles lui demandent de doter le droit interne d'une portée extraterritoriale sur ces crimes s'ils sont commis à l'étranger, mais également de purger sa législation de toute entrave, de manière à enquêter réellement sur leurs auteurs et, le cas échéant, de les traduire en justice ou de les extrader[214].

L'obligation de purger la législation nationale de toute entrave ne se limite pas à la simple incorporation des notions de crime de guerre et contre l'humanité en droit national. Il faut également y intégrer les principes de droit et de procédure pénale dont l'absence peut faire avorter les poursuites contre leurs auteurs. Nous en donnons, ci-après, quelques illustrations.

1^0. En premier lieu, l'État doit se donner compétence pour connaître d'un crime de guerre et contre l'humanité commis à l'étranger. Celui-ci devrait être puni, qu'il constitue ou non une transgression du droit en vigueur au moment et dans le lieu de sa perpétration[215]. Ce principe

---

211 Ce principe fût établi par exemple par les *Conventions de la Haye no II de 1899*, (1907) 1 AJIL129 et no IV, (1908) 4 AJIL 90 et le *Pacte Briand Kellogg* du 28 août 1928.

212 Lyal S. Sunga, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, *International Studies in Human Rights*, Nijhoff, Dordrech, 1992, à la p. 141, 150-154.

213 Voir la note no 5. Notons cependant qu'avant l'entrée en vigueur du Statut de Rome, l'obligation d'incrimination, de répression et d'extradition tenait compte du contexte (conflit international *versus* non international) de survenance des crimes.

214 *Ibid.*

215 Chérif M. Bassiouni, *supra* note 188 de la p. 228-338;

entraîne l'annulation de l'exigence d'une double incrimination pour obtenir l'extradition d'un suspect, c'est-à-dire que la loi d'adaptation doit permettre d'accorder l'extradition même si les crimes de guerre et contre l'humanité ne constituent pas une infraction expresse dans le pays sollicité de livrer la personne incriminée[216].

2°. Le droit international encadre les moyens de défense habituelles pour ne retenir, en ce qui concerne les crimes de guerre et contre l'humanité, que « des éléments susceptibles de réduire la responsabilité (comme la déraison ou la démence) »[217] et la contrainte irrésistible, c'est-à-dire la contrainte résultant d'une menace de mort ou d'une atteinte grave, continue ou imminente à la propre intégrité physique de l'agent ou à celle d'autrui[218]. En revanche, ne constitue pas un moyen de défense automatique contre une accusation de crime de guerre ou contre l'humanité le fait que l'accusé ait reçu d'un gouvernement ou d'un supérieur — militaire ou civil — l'ordre de le commettre[219]. Cet ordre est manifestement illégal que personne ne devrait s'y soumettre, à moins d'être privé de son choix moral devant l'imminence d'un péril physique[220].

3°. Le droit international exige que les crimes de guerre et contre l'humanité soient punis, peu importe la date de leur perpétration[221]. Il est donc indispensable que soit introduite en droit interne la règle de leur imprescriptibilité. En d'autres mots, la loi d'adaptation doit procéder à l'élimination d'une prescription de l'action publique et de la peine pour ces crimes dans les législations où elle existe.

Selon le principe II des principes de Nuremberg, « le fait que le droit interne ne punit pas un acte qui constitue un crime de droit international ne dégage pas la responsabilité en droit international de celui qui l'a commis ».

216 Monica Chiara Mattone, «Aperçus sur les règles du Statut au sujet de la coopération internationale et l'assistance judiciaire», dans Mario Chiavario, dir., *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris, Dalloz, 2003, à la p. 13.

217 Jean-Gabriel de Tarde, *Les crimes des foules*, Paris, Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales, 1982, à la p. 354.

218 Statut de Rome, art. 30.

219 *Ibid.*, art. 33.

220 *Le Procureur c. Drazen Erdemovic* (1996), affaire n° IT-96-22, (TPIY, Chambre de 1ère instance), para 18.

221 *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, art. 1.

4^{0}. Par ailleurs, vu que les crimes de guerre et contre l'humanité doivent faire l'objet d'enquête et de répression, le droit interne doit prévoir que dans leur répression, les tribunaux internes n'accorderont aucun égard aux mesures d'amnistie et de grâce prise *de facto* ou *de jure* au niveau d'un autre État[222]. De plus, pour garantir le droit des victimes à un recours effectif, la loi interne d'adaptation au droit international doit leur reconnaître, en particulier, la faculté de déclencher l'action publique par la voie de la constitution de partie civile[223].

5^{0}. Finalement, le principe « *non bis in idem* » dispose que nul ne peut être jugé une seconde fois pour des actes constitutifs de crimes pour lesquels il a déjà été condamné ou acquité[224]. Le droit international encadre ce principe avec les défenses d'autrefois acquit, d'autrefois convict ou de pardon qui l'accompagnent, en disposant qu'un second procès sera administré si la première procédure avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale ou si elle a été jugée uniquement pour une infraction ordinaire[225]. La loi d'adaptation doit épouser cette approche.

En conclusion, nous retenons de ce qui précède que les conventions internationales requièrent de l'État-partie de revoir intégralement, non seulement sa législation répressive (le code pénal, les codes d'instruction militaire et de procédure pénale), mais également la constitution nationale, dans une perspective qu'elle soit extirpée de tout ce qui ne permet pas de poursuivre et, le cas échéant, de condamner les auteurs de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité ou les extrader.

---

222 John Dugard et Christine Van Den Wyngaert, *International Criminal Law and Procedure*, Dartmouth , International Library of Criminology, 1996, de la p. 77-86;
Jean F. Roulot, « La répression des crimes contre l'humanité par les juridictions criminelles en France. Une répression nationale d'un crime international », (1999) 3 Rev. Sc. Crim. 545-562.

223 Federico Andreu-Guzman, « Impunité et droit international. Quelques réflexions historico-juridiques sur la lutte contre l'impunité », (2008) 53: 1 CAIRN, de la p. 54 – 60.

224 Liu Daqun, « Should the Principle of Ne Bis in Idem also Be Taken into Consideration? A Response to Yarwood and Dold », (2007) 3 Chinese Journal of International Law, de la p. 789-792

225 Statut de Rome, art. 20.

Une certaine doctrine trouve cependant que l'obligation d'ériger en infraction pénale de droit interne les crimes de guerre, le génocide et les autres crimes contre l'humanité est superflue dans la mesure où ces crimes sont des interdictions absolues reconnues par les nations civilisées comme obligeant les États, même en dehors de tout lien conventionnel[226].

Nous aurions souscrit à cette doctrine si le droit international prévoyait directement des peines applicables aux comportements qu'il considère comme étant criminels. Cette lacune fait de l'intervention du législateur national une condition nécessaire pour rendre exécutable l'obligation de répression étatique des crimes de guerre et contre l'humanité[227].

Malheureusement, d'aucuns s'étonnent d'une contradiction pourtant flagrante: alors que 139 États sont parties au Statut de Rome, 189 des *Conventions de Genève de 1949*, 132 de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 57 de la *Convention des Nations Unies contre les disparitions forcées* et 145 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, les crimes universels que ces instruments internationaux interdisent sont absents dans plus de 120 législations répressives étatiques[228]. Cela est d'autant plus choquant qu'un tel vide juridique s'observe à une époque où les massacres massifs et systématiques de populations sont fréquents[229].

Il a été également observé que l'introduction en droit interne des crimes de guerre et contre l'humanité se fait de façon à les amputer de certains de leurs éléments matériels ou

---

226 Voir affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*), *supra* note 14, Exceptions préliminaires, 11 juillet 1996;
Christine Chanet, *L'interdiction absolue de la torture*, (2006) 6 Droits fondamentaux, à la p. 36;
Pour une critique de cette approche, voir notamment Marc Henzelin, « La compétence pénale universelle: une question non résolue par l'arrêt Yerodia », (2002) 106 : 4 RGDIP, de la p. 821-822.

227 Voir Thomas Graditzky, « La responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire applicable en situation de conflit armé non international », (1998) 829 RICR, de la p. 38-44;
Lord Bingham of Cornhill, « A Criminal Code: Must we wait for Ever? », (1998) Criminal Law Review 694.

228 Le rôle des parlementaires dans l'établissement et le fonctionnement de mécanismes propres à assurer le jugement et la condamnation des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, du génocide et du terrorisme, pour qu'ils ne restent pas impunis, Résolution de l'Union interparlementaire, adoptée à l'unanimité par la 112ème Assemblée à Manille, le 8 avril 2005. En ligne : http://www.ipu.org/conf-f/112/112smry.htm Dernière visite: le 5 janvier 2009.

229 Voir la note de bas de page no 5.

psychologiques[230]. Par exemple, certaines législations exigent l'existence préalable d'un « plan concerté » comme élément constitutif d'un génocide[231]. D'autres lois d'adaptation ne punissent pas la tentative infructueuse de commettre ces crimes de guerre ou contre l'humanité[232]. Finalement, d'autres accusent, sans fournir de justification, une omission de certaines infractions sous-jacentes de ces crimes, notamment l'esclavage sexuel, ou des ajouts d'actes internationalement non interdits[233]. En ce qui concerne la compétence extraterritoriale pour connaître les crimes de guerre et contre l'humanité commis à l'étranger, il a été observé que parmi les États qui se sont exécutés, certains ont mal intégré en droit interne le principe de la compétence universelle[234]. En conséquence de ces lacunes, par exemple, dans l'affaire du Rwandais *Joseph Mpambara*, arrêté au Pays-Bas en août 2006 pour participation au génocide de 1994, « jurisdiction was denied on July 24, 2007 by the court of first instance on the basis that neither the perpetrator or a victim has Dutch nationality » tel que requis par la loi hollandaise[235].

Après le travail purement législatif, les conventions internationales imposent à chaque État-partie le devoir de « rechercher et poursuivre ou extrader » effectivement les criminels de guerre et contre l'humanité[236]. Nous délimitons, ci-après, l'étendue véritable de cette obligation.

---

230 Ana Peyro Llopis, *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Bruxelles, Bruylant, 2003, à la p. 75.

231 Voir par exemple l'article 211-1 du Code pénal français.

232 Voir Human Rights Watch, « Mise en oeuvre du Statut de Rome. Méthodes de mise en oeuvre adoptées par: Norvège, Finlande, Espagne, Estonie, Hollande et Allemagne », En ligne: *http://www.hrw.org* Dernière visite: le 2 avril 2009.

233 Voir Gay J. McDougall, « Rapport final sur le viol systématique, l'esclavage sexuel et les pratiques analogues à l'esclavage en période de conflit armé », Commission des Droits de l'Homme de l'ONU, Document E/CN.4/Sub.2/1998/13 du 22 juin 1998, para 86.

234 Par exemple, en Écosse, dans la loi de mise en œuvre du Statut de Rome (*International Criminal Court Scotland Act 2001*), sanctionnée le 24 septembre 2001, la compétence extraterritoriale est limitée aux nationaux et résidents du Royaume-Uni. Le *U.S. War Crimes Act 1996*, 21 août 1996, (1996) ILM, à la p. 1540 ne reconnaît pas la compétence universelle aux tribunaux américains.

235 Confirmé en appel: Case Number LJN BA9575. En ligne: http://zoeken.rechtspraak.nl/. Dernière visite: le 15 février 2009.

236 Edward M. Wise, « Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Prosecute or to Extradite » dans Chérif M. Bassiouni, *supra* note 188 à la p. 16.

&2. Exercer sa compétence

Les diverses conventions internationales, à l'instar des quatre CG de 1949, obligent chaque partie contractante à rechercher les personnes prévenues d'avoir commis ou ordonné de commettre, l'un ou l'autre de ces crimes abominables, et de les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité[237]. Si elle le préfère, elle peut cependant les remettre pour jugement à un autre État intéressé à la poursuite. Un État a donc le choix discrétionnaire soit d'extrader vers un pays qui jugera la personne, soit de traduire, lui-même, l'intéressé en justice[238].

En plus de l'obligation internationale de « rechercher et poursuivre ou extrader » les criminels de guerre, particulièrement les quatre *Conventions de Genève* de 1949 obligent les États-parties à « respecter et faire respecter en toutes circonstances » ces conventions[239]. Par ces termes, les travaux préparatoires de ces documents précisent que « tous les États ont l'obligation d'exercer la compétence universelle, la compétence basée sur les critères de nationalité ou la compétence territoriale, et ils ont le droit d'exiger de l'État, sur le territoire duquel se trouve l'auteur d'une infraction grave, qu'il observe les Conventions en question » [240]. Il s'agit d'une simple présence physique du suspect sur le territoire national[241].

Pour sa part, la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* prévoit que « le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime

---

237 Voir la note de bas de page no 5.

238 Statut de Rome, para. 4 et 6 du préambule, art. 1, 17, 18, 19, 86 et 89;
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. 5, 6 et 7.

239 CG de 1949, art. 1[er] commun.

240 Luigi Condorelli et L. Boisson de Chazournes, « Common Article 1 of the Geneva Convention Revisited: Protecting Collective Interests », (2000) 82 RICR 67, à la p. 86;
Rafaëlle Maison, *supra* note 59 à la p. 260;
Paolo Benvenuti, « Complementarity of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdiction », dans Flavia Lattanzi et William A. Schabas, dir., *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Fagnano Alto, Il Sirente, 1990, à la p. 21 et 27.

241 Voir notamment Mohamed Salah Mahmoud, « Les leçons de l'affaire Pinochet », (1999) 4 JDI 1035;
Gerald Irving Draper, « The Geneva Conventions of 1949 », (1965) 1 RDC 157, à la p. 159;
Huet et Koering-Joulin, *supra* note 18 à la p. 226.

du droit des gens, que les parties s'engagent à prévenir et à punir »[242]. Toutefois, à la surprise des défenseurs des droits de l'homme, cette convention reconnaît seulement la compétence territoriale de l'État où le génocide a été commis, tandis que la compétence universelle est réservée à une cour criminelle internationale[243]. Elle oblige donc seulement l'État territorial à rechercher et traduire en justice les auteurs présumés d'actes de génocide.

Finalement, la *Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* précise bien que la pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité, tel qu'il est défini dans le droit international[244]. Elle prescrit aux États-parties l'obligation de poursuivre ou d'extrader les personnes accusées de ce crime si elles se trouvent sur leurs territoires respectifs, peu importe l'endroit où les crimes ont été commis[245]. Il ne s'agit donc pas seulement des personnes ayant commis ce crime sur leurs propres territoires, mais également des cas où l'infraction alléguée relève d'une autre juridiction.

En plus de ces conventions, les instruments internationaux et régionaux de défense des droits humains obligent les États signataires à punir toute personne qui viole les droits qu'ils consacrent[246] et à garantir un recours utile aux victimes[247]. Par conséquent, certains auteurs et tribunaux, avec qui nous sommes parfaitement d'accord, estiment que ces instruments internationaux obligent, par ricochet, les États de « rechercher et poursuivre ou extrader » les criminels de guerre et contre l'humanité, qui sont les auteurs des pires violations des droits humains[248].

---

242 *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, art. 1 et 3.

243 *Ibid.*, art 6.

244 *Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, art. 5.

245 *Ibid.*, article 3 et 6.

246 Ils garantissent le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, le droit à l'égalité, le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; le droit de ne pas être tenu en esclavage, en servitude ou astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.

247 Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 2, 6, 7, 8, 9 et 14;
La Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 1, 2, 4, 5, 7 et 10;
La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, art. 5, 13, 19;
La Convention américaine relative aux droits de l'Homme, préambule, art. 1 et 2.

Il y a lieu aussi de rappeler la résolution de l'Assemblée générale des Nations-Unies qui dispose que « les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, où qu'ils aient été commis et quel que soit le moment où ils ont été commis, doivent faire l'objet d'une enquête, et les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis de tels crimes doivent être recherchés, arrêtés, traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés »[249]. Il est sous-entendu que cette résolution s'adresse aux États.

Nous devons signaler cependant que dans l'affaire *Javor*, la Cour d'appel de Paris a déclaré que, malgré l'usage du verbe impératif « doivent faire l'objet » utilisé, « les principes contenus dans la Résolution 3074 de l'Assemblée générale des Nations-Unies du 3 décembre 1973 ne revêtent pas un caractère obligatoire et ne fixent pas de surcroît une règle de compétence universelle »[250]. En effet, les résolutions des Nations-Unies n'ont pas de valeur contraignante, elles contribuent néanmoins à constituer une véritable norme coutumière internationale.

Nous venons de voir que les conventions internationales obligent les États signataires à rechercher les auteurs des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité et à les poursuivre en vertu de la compétence territoriale, personnelle ou universelle ou de les extrader. L'analyse de la portée véritable de l'obligation conventionnelle de rechercher les criminels de guerre et contre l'humanité soulève, d'un point de vue purement pratique, la question de savoir si les autorités judiciaires d'un État doivent rechercher, à des fins d'arrestation et de jugement, les suspects qui se trouvent uniquement à l'intérieur de ses frontières nationales. La réponse est positive

1°. **La portée de la recherche.** Deux courants contradictoires se disputent la portée géographique que doit avoir la recherche des criminels de guerre et contre l'humanité par les autorités judiciaires étatiques.

---

248 *Yvonne Mutimura c. France*, CEDH, 8 Juin 2004, appel n° 46621/99;
Zébédée Ruramira, « L'obligation de prévention et de répression du crime de génocide: cas du genocide des Tutsi », (2009) Net-Iris. En ligne : *http://www.net0iris.fr* Dernière visite : 25 mai 2009.

249 Résolution 3074 (XXVIII), *supra* note 5, 1er para.

250 *In re Javor*, Cass. Crim., 26 mars 1996, Bull. Crim. 1996. II. 379, No. 132. ou (1996) 93 AJIL 525.

Le Professeur de Vabres, qui a étudié les conditions de fond et de forme auxquelles l'exercice de la compétence universelle est soumis[251], conclut sa recherche en affirmant qu'il est subordonné, presque partout dans le monde, à la présence volontaire du délinquant sur le territoire national: « si l'inculpé n'est pas présent, son extradition ne sera pas demandée [et] il ne saurait être jugé par défaut, ni par contumace »[252]. Les Professeurs Wise et Draper partagent cet avis[253].

En vertu de l'interprétation large de l'affaire du *Lotus*[254], certains publicistes avancent cependant que le droit international permet de faire la recherche des criminels de guerre et contre l'humanité à l'étranger[255]. Le Juge Ranjeva, de la CIJ, rejette cet avis en déclarant que « toute tentative de vouloir trouver les bases d'une compétence universelle *in absentia* dans cette affaire relève de la spéculation: les faits de l'espèce se limitaient au problème de la compétence des juridictions pénales turques à la suite de l'arrestation du lieutenant Demons dans les eaux territoriales turques alors que cet officier commandait en second un navire battant pavillon français »[256]. Pour lui, le droit international coutumier exige un « lien de connexité *ratione loci* pour l'exercice de la compétence universelle »[257]. Les Professeurs Cassese et Delmas-Marty, deux spécialistes de la question, sont du même avis que le juge Ranjeva, lorsqu'ils estiment que

---

251 Henri D. de Vabres, *Les principes modernes du droit pénal international,* Paris, Panthéon Assas, 2004.

252 *Ibid.* à la p. 69 et 160.

253 Edward M. Wise, *supra* note 236 à la p. 17;
Gerald I. Draper, *The Selected Works on the Laws of War*, Boston, Kluwer Law International,1998, à la p. 43.

254 Selon laquelle chaque État a le droit d'exercer sa compétence à l'égard d'actes commis à l'étranger, mais incriminés par son droit interne, tant qu'il n'existe pas de règle prohibitive de droit international l'en empêchant.
Affaire *du Lotus*, CPJI, 7 septembre 1927, Série A, no 10, à la p. 4;
C'est la position belge dans l'affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000, *supra* note 52.

255 Roth et Henzelin, *supra* note 40 de la p. 141-152;
Stephen Macedo (ed.), *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton, Princeton University press, 2001, à la p. 28.

256 Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 *(RDC c. Belgique), supra* note 52, Déclaration du Juge Raymond Ranjeva, para. 6.

257 *Ibid.*

le précédent du *Lotus* est réfutable pour la simple raison que dans cette affaire le suspect était entre les mains des autorités turques[258].

Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), dans son étude générale au sujet de diverses initiatives nationales pour réprimer les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, conclut que, dans l'ensemble, les tribunaux nationaux subordonnent l'ouverture des poursuites à l'obtention d'indice concluant quant à la présence du suspect sur le territoire national[259].

Au Canada, la police peut enquêter sur une affaire criminelle même si le suspect se trouve toujours à l'étranger[260]. Le code criminel et la *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et modifiant certaines lois en conséquence*, sanctionnée le 29 juin 2000, exigent cependant que l'enquête préliminaire et le procès se déroulent obligatoirement en présence de l'accusé[261]. On connaît, à ce jour, seulement deux États ayant effectivement recherché en dehors de leurs frontières physiques les criminels de guerre et contre l'humanité

---

258 Cassese et Delmas-Marty, *supra* note 30 à la p. 194.

259 CICR, « La mise en œuvre du droit international humanitaire », (1998) 832 R.I.C.R. 789;
En France, voir la *Loi no 95-1 du 2 janvier 1995 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations Unies instituant un tribunal international en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991*, J.O n° 2 du 3 janvier 1995, à la p. 71, art. 2 et CPP, art. 689-2;
Dans l'affaire *Javor*, *supra* note 250, le ministère public soutient que l'obligation de rechercher les auteurs des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 s'impose à l'organe exécutif et non aux tribunaux.
Dupaquier et autres c. Munyeshyaka, Chambre d'accusation de la Cour d'appel, Nîmes, 20 mars 1996, No 96-0160;
Ordonnance de Soit-Communiqué, Tribunal de Grande instance de Paris, Parquet no. 97.295.2303/0 – Cabinet no. 1341, Le premier vice-président, Jean Louis Bruguière, 17 novembre 2006;
En Hollande, voir l'affaire *Bouterse*, Hoge Raad, 18 septembre 2001, nr 00749/01 (CW, 2323), para. 8.5. Rapporté par Cassese et Delmas-Marty, *supra* note 30 à la p. 222;
Guénaël Mettraux, « Dutch Courts' Universal Jurisdiction over Violations of Common Article 3 qua War Crimes », (2006) 4 JICJ 362-371 and 4 JICJ 878-889;
En Allemagne, les poursuites sont possibles uniquement si l'accusé y réside volontairement depuis plusieurs mois, qu'il y a établi le centre de ses intérêts et qu'il a été arrêté en territoire allemand. Si ces conditions ne sont pas remplies, des poursuites criminelles violent le principe de non-ingérence selon lequel chaque État doit respecter la souveraineté des autres États.
Voir notamment Cour suprême fédérale allemande, 13 février 1994, 1 BGs 100.94, Neue Zeitschrift fur strafrecht 1994, à la p. 232-233, résumé dans l'affaire du mandat du 11 avril 2000 (*RDC c. Belgique*), *supra* note 52 Opinion individuelle du juge Guillaume, para. 12.

260 Lois du Canada 2000, Chapitre 24, entrée en vigueur le 23 octobre 2000, lecture combinée des art. 8 et 9.

261 *Ibid.*, para 9 (2) et C.cr., art. 468, 577(1) et 650(1).

pour les juger en vertu du principe de l'universalité, en l'occurrence l'État d'Israël[262] et celui d'Espagne[263]. La Belgique a déjà tenté, sans succès, cet exploit[264].

Eu égard à ce qui précède, nous concluons qu'il n'existe pas de pratique étatique généralisée ou de consensus général – ni de convention largement acceptée- selon lesquels un juge d'un État donné devrait – il peut, mais il ne doit pas - rechercher un suspect qui se trouve à l'étranger. L'État entre les mains duquel le suspect « se trouve actuellement est, de ce chef, mieux qualifié ou également qualifié pour connaître de son affaire »[265].

Historiquement, la doctrine situe l'origine de cette exigence dans « le Code de Justinien, *CIII, 15, ubi de criminibus agi opertet, 1*, qui, déterminant le ressort, en matière pénale, des gouverneurs de l'empire, donne à la fois compétence au tribunal du lieu de commission du délit, et à celui du lieu d'arrestation du coupable (*judex deprehensionis*) »[266]. Pour les Professeurs

---

262 Affaire *Eichmann*, *supra* note 48 à la p. 294;
Affaire John Demjanjuk résumé dans Yoram Dinstein et Mala Tabory, *War Crimes in International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, à la p. 355.

263 L'Espagne a demandé au Mexique l'extradition de Ricard Miguel Cavallo, ancien officier argentin, accusé de génocide, crimes contre l'humanité, terrorisme et torture. Après trois ans de procédures contestant cette requête d'extradition du juge Baltsar Garzón, le 10 juin 2003, la Cour suprême du Mexique a accordé l'extradition. Toutefois, le 20 décembre 2006, l'Audience nationale, principale instance pénale espagnole, saisie de l'affaire s'est considérée incompétente. Cavallo a alors été relâché, mais livré à l'Argentine.
Ce cas est résumé dans Yves Beigbeder, *International Justice Against Impunity. Progress and New Challenges*, Boston-Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, à la p. 57;
Voir aussi la demande d'extradition de Pinochet par le juge espagnol, Baltazar Garzón dans *National Crt. Crim. Div., 5 Nov. 1998*, point 9, (1999) YIHL, à la p. 515. Dans cette ordonnance, l'Audiencia nacional espagnole avance que l'exercice de la compétence universelle par défaut (*in casu*), bien loin de violer la souveraineté de l'État étranger où le crime a été commis, tel que garantie par le para 2.(1) de la Charte des Nations Unies, apparaît comme l'exercice de la souveraineté espagnole à l'égard de crimes internationaux sujet à la compétence universelle.

264 Ordonnance du 6 novembre 1998 contre Pinochet, Tribunal de première instance de Bruxelles, Juge d'instruction Damien Van Dermersch, (1999) RDPC 278, à la p. 290-291, para. 5;
Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*RDC c. Belgique*), *supra* note 52;
Le Procureur du Roi c. Ariel Sharon, Cour de cassation belge, 12 février 2003, 42 ILM 596;
Affaire *Bush George H. W. sr et consorts*. En ligne: http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/developpement.html. Dernière visite: le 25 mai 2009;
Le 26 juin 2002, les plaintes pour crimes contre l'humanité déposées contre Ariel Sharon pour son rôle présumé dans le massacre de Sabra et Chatila, à Beyrouth, en 1982, et contre le président ivoirien Laurent Gbagbo pour le massacre de 57 membres de l'ethnie dioula furent rejetées par la Cour d'appel de Bruxelles au motif que les personnes incriminées « ne se trouvaient pas sur le territoire belge » lors du dépôt des plaintes.

265 Henri D. de Vabres, *supra* note 251 à la p. 160.

266 *Ibid.*

Gallié et Dumont, « cette condition perpétue une volonté politique de non-ingérence dans les affaires intérieures d'un autre État même en situation de violation grave du droit international humanitaire »[267]. Quant au juge Gilbert Guillaume de la CIJ, il estime que rechercher les criminels de guerre et contre l'humanité, quel que soit le lieu où ils se trouvent et quels qu'en soient les victimes « risquerait de créer le chaos juridictionnel le plus total. Ce serait aussi promouvoir l'arbitraire au profit des puissants, censés agir au nom d'une communauté internationale aux contours indéterminés »[268].

Tel étant l'état actuel du droit en matière de rechercher les criminels de guerre et contre l'humanité, éclairons maintenant le lecteur sur la portée véritable de l'obligation étatique de les poursuivre lorsqu'ils sont trouvés sur le territoire national.

2^{0}. **La portée de la poursuite**. Trois voies sont ouvertes à la poursuite des crimes de guerre et contre l'humanité. En premier lieu, la communauté internationale exerce directement sa compétence juridictionnelle par le truchement d'un tribunal pénal international qui la représente. En second lieu, elle la délègue aux États de manière expresse pour des crimes précis dans le temps et dans l'espace[269]. Ces procédés peuvent être combinés entre eux comme l'hypothèse s'est réalisée pour la répression des crimes nazis, ceux commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda[270]. Finalement, les États répriment, au nom de la communauté internationale, tout crime de guerre et contre l'humanité sans dépendre d'une délégation expresse du Conseil de Sécurité ou de l'Assemblée générale de l'ONU. Dans cette dernière occurrence, l'État a l'obligation conventionnelle d'exercer, selon les circonstances, sa compétence territoriale, personnelle ou universelle si le suspect se trouve sur son territoire et qu'il décide de ne pas l'extrader[271].

---

267 Martin Gallié et Hélène Dumont, « La poursuite de dirigeants en exercice devant une juridiction nationale pour des crimes internationaux: le cas de la France » (2005) 18: 2 RQDI 39, à la p. 53.

268 Affaire du mandat du 11 avril 2000 (*RDC c. Belgique*), *supra* note 52, opinion individuelle du juge Gilbert Guillaume, para. 15. Pour le caractère déraisonnable de cet avis, voir Marc Henzelin, *supra* note 226 à la p. 850.

269 Voir la déclaration de Moscou en ce qui concerne les crimes commis par les nazis durant la seconde guerre mondiale, la Résolution du Conseil de Sécurité no 827 et no 955 pour les crimes commis en Ex-Yougoslavie et au Rwanda. Pour plus de détails, lire Jean-François Roulot, *supra* note 11 à la p. 301.

270 *Ibid.*
C'est également l'approche que préconise le Statut de Rome, préambule et art. 1.

Bien que les criminalistes soient aujourd'hui divisés sur l'importance primordiale de la force intimidante et dissuasive de la sanction pénale et sur son efficacité comme moyen de prévention sociale et collective de la criminalité[272], ils sont unanimes pour dire que « la peine est d'autant plus utile qu'elle est plus proche du délit, et dans le temps et dans l'espace »[273]. Ce qui explique naturellement pourquoi on a, depuis la période classique jusqu'aujourd'hui[274], tendance à privilégier «le principe de la territorialité du droit pénal, [qui] est à la base de toutes les législations»[275].

À ce jour, seulement 18 États ont déjà traduit en justice des criminels de guerre et contre l'humanité sur la base du principe de la territorialité[276]. Ils ont organisé des dizaines de milliers de procès. Toutefois, si on retire le cas du Rwanda, le nombre total de procès organisés et qui ont pu dépasser le stade formel ne dépassent pas huit cents[277]. Ce chiffre dresse un constat d'échec ou d'impuissance, si l'on prend en compte l'importance des crimes commis et de leurs auteurs.

Ceci dit, les conventions internationales ont mis en évidence le fait que la compétence territoriale se heurte à la fuite du coupable vers l'étranger. Vu les lacunes de l'extradition, elles ont voulu prévenir l'impunité en obligeant chaque État à soumettre à sa juridiction tout individu, présent sur son territoire, dès qu'il a connaissance du fait qu'il aurait commis un crime de guerre ou contre l'humanité, sans égard au lieu de sa perpétration et à sa nationalité ou celle des

---

271 Voir la note de bas de page no 5.

272 Robert Cario, *supra* note 100 à la p. 11.

273 Henri D. de Vabres, *supra* note 251 à la p. 12;
Jeremy Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, Bruxelles, 1840, livre II, chap. XI.

274 Pour une étude détaillée sur les quatre périodes historiques de la juridiction étatique sur ces crimes, voir Mitsue Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law : Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Oxford, Intersentia, 2005, de la p. 30 et ss.

275 Affaire *du Lotus*, *supra* note 254 à la p. 20;
Sentence de l'île de Palmas, (4 avril 1928) 2 Recueil des sentences arbitrales des Nations-Unies, à la p. 838.

276 Voir Rikhof, *supra* note 2 qui cite les cas de l'Ethiopie, du Rwanda et de la RDC en Afrique, du Chili, de l'Urguay et de la Colombie en Amérique, de la Croatie en Europe et de l'Afghanistan en Asie.

277 *Ibid.*

victimes[278]. Les compétences personnelle et universelle viennent donc combler les lacunes que laissent subsister dans la répression la défaillance ou l'impuissance de la juridiction territoriale[279].

Alors que l'État qui exerce la compétence territoriale ou personnelle revendique « un droit de souveraineté qui lui serait propre, soit à l'égard de l'acte qu'il réprime, soit vis-à-vis de son auteur »[280], celui qui exerce la compétence universelle intervient, « à défaut de l'intervention de tout autre État, pour éviter, dans un intérêt humain, une impunité scandaleuse »[281]. Comme nous l'avons déjà démontré, le droit international positif exige de l'État que son « intervention ne se manifeste que s'il a le délinquant en sa possession »[282].

Eu égard à ce qui précède, nous pouvons conclure que les conventions internationales et les instruments de défense des droits humains imposent une obligation juridique véritable aux États de « rechercher et poursuivre ou extrader » les criminels de guerre et les criminels contre l'humanité. Il convient alors de déterminer si cette obligation a atteint le caractère de droit international obligatoire pour s'addresser directement aux autorités judiciaires nationales sans nécessiter l'intervention du législateur national, comme l'avancent certains internationalistes[283].

---

278 Pour plus de détails, voir Marc Henzelin, *supra* note 226 à la p. 849.

279 Henri D. de Vabres, *supra* note 251 à la p. 58.

280 *Ibid.* à la p. 135.

281 Sur la théorie de crimes par nature à punir pour assurer la défense de l'humanité sur la base du principe de la « mutualité-réciproque », voir Burneo L. Labrin, *Le crime contre l'humanité et le crime de génocide: généalogie et étude de deux cas emblématiques latino-américains*, Bruxelles, La Charte, 2001, de la p. 55-57.

282 Henri D. de Vabres, *supra* note 251 à la p. 136;
Pour une opinion différente, voir le Professeur George P. Fletcher, de la Columbia University. Il trouve que l'insatisfaction des victimes par rapport à un verdict d'acquittement peut conduire à un « forum shopping» qui rendrait, en fin de compte, « the universal jurisdiction both unwise and unjust ». Selon lui, « the victims would undoubtedly reject the verdict of not guilty as reflecting an insufficiently strong intention to convict ».
Voir George P. Fletcher, « Against Universal Jurisdiction », (2003) 1: 3 JICJ 580, de la p. 582-584.

283 Bibliographie dans Michael P. Scharf, « Swapping Amnesty for Peace: Was There a Duty to Prosecute International Crimes in Haiti?» (1996) 1 Texas Int'l.L.J 28.

Section 2. Une obligation en voie de devenir coutumière, sous réserve de moyen

L'obligation internationale, qui incombe aux États, de « rechercher et poursuivre ou extrader les criminels de guerre et contre l'humanité est en voie de devenir coutumière (& 1). Le statut de droit international coutumier n'empêchera cependant pas que sa mise en œuvre reste tributaire des moyens dont dispose l'État concerné (& 2).

&1. Une règle coutumière en perspective

L'admission du caractère coutumier de l'obligation internationale de « rechercher et poursuivre ou extrader » les criminels de guerre et contre l'humanité divise à la fois la jurisprudence et la doctrine.

Dans un jugement de 1999, le juge Wilcox de la Cour fédérale d'Australie a statué que « the obligation imposed by customary law on each nation State is to extradite or prosecute any person, found within its territory, who appears to have committed any of the acts cited in the definition of genocide set out in the Convention »[284]. Par contre, dans l'affaire *Javor et autres*, précitée, la Cour d'appel de Paris a statué que les obligations de « rechercher et poursuivre ou extrader » les présumés criminels de guerre et contre l'humanité ainsi que l'obligation de coopération qui pèsent sur les États-parties en vertu des instruments internationaux ne sont pas de droit coutumier et ne sont donc pas directement applicables en droit interne français[285].

Parmi les publicistes, Wise affirme que « the obligation to extradite or to prosecute has solidified as an obligation imposed not only by treaty, but by customary or general international law »[286]. Scharf abonde dans le même sens en avançant qu'il existe « a duty under customary international law to prosecute the perpetrators of crimes against humanity and that the granting of amnesty to those who commit such crimes is a violation of international law »[287]. Geoffrey

---

284 Affaire *Nulyarima et al.*, *supra* note 62 à la p. 54.

285 Affaire *Javor et autres*, *supra* note 250 à la p. 529.

286 Wise, *supra* note 236 à la p. 16 et 19.

Robertson ajoute que « international law now imposes an *erga omnes* obligation on states to investigate and prosecute crimes against humanity »[288].

D'autres publicistes sont d'avis que l'obligation internationale de « rechercher et poursuivre ou extrader » les criminels de guerre ou contre l'humanité, qui incombe à chaque État lorsque ces individus sont présents sur son territoire, est une obligation purement conventionnelle[289].

Avant de prendre position, rappelons, sans nous y appesantir outre mesure, que la coutume internationale est une source non écrite du droit international et dont l'existence se prouve par la réunion de deux éléments, à savoir l'élément matériel, soit une pratique constante et généralisée des États (*usus*) et l'élément subjectif ou l'*opinio juris*, soit la conviction des États que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit[290].

L'élément matériel de la coutume internationale consiste en une pratique répétée d'actes de la part généralement des États, mais aussi des organisations internationales[291]. Une loi, une déclaration ou encore un jugement rendu par une juridiction nationale ainsi que l'adhésion aux différents traités en la matière constituent la base d'une pratique[292]. Toutefois, une pratique ne peut être à la source d'une nouvelle coutume que si elle est répétée dans le temps et dans l'espace

---

287 Michael P. Scharf, *supra* note 283.

288 Geoffrey Robertson, *Crimes Against Humanity*, London, Penguin Press, 1999, à la p. 247.

289 Santiago Villalpando, « L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision des Lords du 24 mars 1999 », (2000) 2 R.G.D.I.P., de la p. 394 – 427;
Michel Cosnard, « Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », (1999) 3 R.G.D.I.P. 309, de la P. 309-328.

290 Statut de la CIJ, art. 38(1);
Affaires du plateau continental de la mer du Nord, (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas), Arrêt du 20 février 1969, (1969) CIJ Rec. 3, para. 60-82;
Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), (1986) CIJ Rec. 14, para. 183-186.

291 Dans l'avis consultatif relatif aux Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, [1971] C.I.J. Rec. 4, à la p. 58, la Cour se penche sur la question de la validité du vote d'une résolution du Conseil de Sécurité suite à l'abstention d'un des Membres permanents.

292 *Ibid.*

de manière continue[293]. Ainsi, un acte isolé ne suffit pas[294]. Qui plus est, la généralité de la pratique ressort d'une « participation très large et représentative des États particulièrement intéressés »[295]. Une pratique générale doit donc naître du comportement constant des États « particulièrement intéressés », c'est-à-dire des États en mesure de contribuer concrètement à la naissance de la règle coutumière. Ces considérations n'enlèvent rien cependant au fait qu'une coutume peut exister régionalement ou localement, comme la CIJ l'a, elle-même, reconnu en 1960 dans l'affaire *du droit de passage en territoire indien*[296].

L'élément matériel constitue un élément essentiel, mais néanmoins insuffisant à lui seul pour donner lieu à l'emergence d'une norme coutumière. Les États intéressés doivent avoir le sentiment de se conformer « à ce qui équivaut à une obligation juridique »[297]. Sans la « conviction que ceci est du droit », l'abstention à elle seule, même répétée et uniforme, ne suffit pas à former une règle coutumière[298].

Mais la CIJ, de temps à autre, procède à une nette relativisation du rôle de la pratique ou de *l'opinio juris* dans la formation d'une règle coutumière. Dans l'affaire *des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ était confrontée à l'identification de la règle coutumière interdisant le recours à la force; elle a procédé à une nette relativisation du rôle de la pratique dans la formation de cette règle, mettant l'accent principalement sur *l'opinio juris* dont le moyen d'expression est trouvé dans certaines résolutions de l'Assemblée Générale des Nations-Unies[299]. Par contre, dans l'affaire *du Plateau continental de la mer du Nord*, la CIJ s'était plus focalisée sur une pratique que sur une *opinio juris* en constatant que la pratique des

---

293 Affaire du Plateau continental de la mer du Nord, *supra* note 290 où la Cour a fait de l'uniformité de la pratique un élément essentiel, indépendamment de toute considération temporelle.

294 Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile (*Colombie c. Pérou*), (1950) CIJ Rec. 266, à la p. 284.

295 Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord, *supra* note 290, para. 73-74.

296 Affaire du Droit de passage en territoire indien (*Portugal c. Inde*), (1960) CIJ Rec., à la p.40

297 Affaire du Plateau continental de la Mer du Nord, *supra* note 290, para. 74.

298 *Affaire du Lotus, supra* note 254;
Affaire du Droit de passage en territoire indien, *supra* note 296 à la p. 40.

299 Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, supra* note 290.

négociations en matière de délimitation du plateau continental fait état du recours très habituel à la règle de l'équidistance[300].

Il ressort de ce qui précède que, lorsqu'il n'est pas évident d'identifier clairement les deux éléments de la coutume qui sont en général inextricablement liés, « l'existence de la coutume se déduit d'une pratique uniforme qui atteste en tant que telle l'existence d'une *opinio juris,* ou, au contraire, d'une *opinio juris* qui s'exprime dans une pratique » [301]. Dans cette occurrence, la Cour internationale de justice jouit d'une certaine autonomie dans sa démarche quant à la détermination des règles coutumières. Elle joue alors un rôle « créateur, quasi législatif » du droit[302].

Lorsque leur existence est établie, les règles coutumières lient tous les États qui ne s'y sont pas continuellement opposés[303]. Par conséquent, si l'obligation de « rechercher et poursuivre ou extrader » les présumés criminels de guerre ou contre l'humanité revêt le caractère coutumier, un État, non-signataire des conventions vues plus-haut, serait aussi tenu de s'y conformer. En l'espèce, l'élément matériel se traduirait par l'existence d'une répression constante et généralisée des crimes de guerre et contre l'humanité devant les tribunaux étatiques sous le tripode de la compétence universelle, territoriale et de la personnalité.

Les publicistes qui avancent que l'obligation de « rechercher et poursuivre ou extrader » les criminels de guerre ou contre l'humanité a atteint le degré de droit international coutumier basent leur affirmation sur les poursuites que les puissances alliées ont opérées contre les criminels nazis au lendemain de la seconde guerre mondiale, sur le cas Pinochet et certaines autres affaires qui ont eu lieu à la suite des crimes graves commis au Rwanda en 1994 et dans les Balkans en 1993 et en 1999 au Kossovo[304].

---

300 Affaire du Plateau continental de la mer du Nord, *supra* note 290.

301 Sayeman Bula-Bula, *Les immunités pénales et l'inviolabilité du ministre des Affaires étrangères en droit international*, Kinshasa, Presses de l'Université de Kinshasa, 2004, à la p.78.

302 *Ibid.*

303 Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, *supra* note 290, para. 220.

Par ailleurs, certains universitaires partent du fait que l'obligation conventionnelle de réprimer les crimes en cause est constamment réaffirmée par les États, comme tout récemment lors de la ratification massive du *Statut de Rome*, pour avancer que « subordonner la reconnaissance de son caractère coutumier à la généralisation des poursuites et condamnations pour ces crimes reviendrait en fait à en déprécier la valeur et à inciter les États à résister à son érection au rang de norme obligatoire pour eux »[305]. Pour ces universitaires, « what a State says is equivalent to what a State does with respect to the determination of the content of the State practice »[306].

Le Professeur Roulot, avec qui nous sommes d'accord, observe qu'historiquement lorsque la communauté internationale a désigné les crimes par une résolution onusienne et lancé la répression elle-même, les États ont collaboré au bon fonctionnement de la justice, c'est-à-dire dépisté puis arrêté les criminels, et le cas échéant, les défèrent devant leurs propres tribunaux[307]. Par contre, estime-t-il, tant qu'il n'y a pas de résolution de l'ONU désignant les criminels et ordonnant de les poursuivre, il est très rare de voir un État procéder discrétionnairement à une arrestation et à lancer une poursuite[308].

Les procès de Nuremberg et Tokyo, organisés par les puissances alliées au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, ainsi que ceux à l'encontre de génocidaires rwandais, des criminels contre l'humanité irakiens, sierra leonais et yougoslaves opèrent de la logique que décrit le Professeur Roulot. De surcroît, les tribunaux des puissances victorieuses de la Seconde Guerre mondiale ont rendu leurs jugements dans un contexte particulier: ils ont bénéficié de la reddition

---

304 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, de la p. 607-610;
Naomi Roht-Arriaza, *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 1995, à la p. 490.

305 Pacifique Manirakiza, *supra* note 55 à la p. 60.

306 Colleen Enache-Brown et Ari Fried, « Universal Crime, Jurisdiction and Duty: the Obligation of Aut Dedere aut Judicare in International Law », (1998) 43 McGill L.J. 13, à la p.628.

307 Roulot, *supra* note 11 à la p. 309.

308 *Ibid.*

inconditionnelle des vaincus, en l'occurrence l'Allemagne nazie et le Japon impérialiste[309]. Ces puissances exerçaient dès lors une autorité et un contrôle absolus tant sur leurs territoires, que sur les accusés et les moyens de preuve. Dans ces conditions, les procès de Nuremberg et Tokyo « faisaient en effet figure d'événements »[310] et non d'une pratique constante et généralisée des États.

Depuis ces cinquante dernières années, sur environ 250 conflits de caractère international ou non-international, ayant entraîné autour de 170 millions de victimes[311], il serait illusoire de dire que le jugement effectif d'une quinzaine d'individus par une dizaine de pays[312] constitue une pratique étatique constante et généralisée de répression des crimes de guerre et contre l'humanité sous le principe de l'universalité. Il serait également illusoire de prendre les 18 États qui ont pris en charge les crimes de guerre et contre l'humanité sous le principe de la territorialité comme une pratique générale. En fait, pour des raisons généralement d'ordre politique, la pratique est très en retard par rapport aux textes couchés sur le papier.

Cela nous pousse à conclure définitivement que l'obligation d'exercer la compétence juridictionnelle contre les criminels de guerre et contre l'humanité, faute de pratique constante de la part des États, ne s'est pas encore solidifiée en une obligation de droit international coutumier. Mais, vu l'état actuel de la ratification du Statut de Rome, on peut retenir qu'elle est en voie de devenir une norme coutumière. La conséquence de cette conclusion, dans le cadre de cette étude, sera notamment que l'obligation en soi ne s'applique pas automatiquement en droit interne. Le législateur national doit donc, au préalable, avoir adopté les mesures legislatives que nous avons identifiées pour permettre l'exécution de cette obligation par les autorités judiciaires nationales.

---

309 Anne-Marie La Rosa, *supra* note 3 à la p. 446.

310 Claude Lombois, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1979, para. 44.

311 Chérif M. Bassiouni, *supra* note 8 à la p. 657.

312 Voir la liste dans « La compétence universelle en Europe: État des lieux » (2006) 5(D): 18 Human Rights Watch Journal 4.

Ceci dit, il reste à résoudre la question de savoir si l'État où séjourne le présumé criminel de guerre ou contre l'humanité peut, impunément, refuser à la fois de l'arrêter, le poursuivre et de l'extrader.

&2. Une obligation de moyens

Selon les conventions analysées, l'État qui détient sur son territoire un individu présumé avoir pris part aux crimes de guerre ou aux crimes contre l'humanité doit le poursuivre et le juger ou l'extrader vers un autre État qui en fait la demande. Le refus de poursuivre devrait donc, sous peine d'engager la responsabilité internationale de l'État, automatiquement donner lieu aux procédures d'extradition, dans la mesure où l'impunité n'est plus acceptable[313]. Mais cette responsabilité dépend des moyens disponibles.

Dans *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, la CIJ analyse la responsabilité d'un État suite au manquement à la répression des actes de génocide commis à Srebrenica par l'armée de la République Srpska[314]. Elle trouve que le général Mladić, poursuivi pour génocide devant le TPIY comme l'un des principaux responsables des massacres de Srebrenica, s'est trouvé sur le territoire de la Serbie-et-Monténégro à plusieurs reprises et pour de longues durées, alors qu'il était recherché par le TPIY, et qu'il s'y trouvait peut-être encore à l'heure du jugement, « sans que les autorités serbes aient déployé les moyens que l'on peut raisonnablement estimer être à leur disposition pour déterminer le lieu exact de sa résidence et procéder à son arrestation ». Elle en conclut, par quatorze voix contre une, que « la Serbie a ainsi violé les obligations qui lui incombent en vertu de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* en ne transférant pas Ratko Mladic». Par quatorze voix contre une, elle ordonne que la Serbie prenne immédiatement des mesures effectives pour s'acquitter pleinement de l'obligation de punir les actes de génocide définis aux articles II et III de la Convention, de transférer les

313 Marc Henzelin, *supra* note 226 à la p. 844.

314 Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*), *supra* note 14, para. 430.

personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque de ces autres actes au TPIY et de coopérer pleinement avec ledit Tribunal[315].

Dans son analyse, la CIJ indique bien que l'obligation internationale de réprimer les crimes de guerre, les actes de génocide et les crimes contre l'humanité, n'est pas une obligation de résultats, mais de moyens[316]. C'est-à-dire une obligation en vertu de laquelle le débiteur, en l'espèce l'État de la Serbie-et-Monténégro, doit déployer ses meilleurs efforts pour atteindre l'objectif visé, sans que sa responsabilité puisse être engagée du seul fait qu'il n'a pas atteint un résultat. Par conséquent, la simple survenance des crimes ou la non-répression n'engage pas *ipso iure* la responsabilité internationale de l'État. Celle-ci ne pourra être engagée que si on démontre que les moyens promis n'ont pas été mis en oeuvre. Qui plus est, on ne saurait imposer à un État quelconque l'obligation de parvenir à empêcher ou à réprimer, quelles que soient les circonstances, un crime de guerre ou contre l'humanité. Le créancier de l'obligation de rechercher et poursuivre ou extrader les criminels de guerre et contre l'humanité, à savoir tout autre État lésé par l'inaction d'un État dans un cas donné, doit démontrer que ce dernier n'a pas été assez diligent dans sa tentative d'exécution de son obligation internationale. Pour s'exonérer, l'État concerné doit donc prouver qu'il a déployé les moyens que l'on peut raisonnablement estimer être à sa portée pour déterminer le lieu exact de la résidence du suspect et procéder à son arrestation et, par la suite, choisir de l'extrader ou le juger sur place.

Le 19 février 2009, la Belgique a introduit une instance devant la Cour internationale de Justice contre le Sénégal pour l'obliger à respecter son obligation de poursuivre l'ancien président du Tchad Hissène Habré «ou de l'extrader vers la Belgique aux fins de poursuites pénales [...] pour des faits qualifiés notamment de crimes contre l'humanité qui lui sont imputés en tant qu'auteur, coauteur ou complice »[317]. La Belgique, craignant que Habré ne quitte le

---

315 *Ibid.*

316 En cas de l'obligation de résultat, sauf cas de force majeure, la responsabilité du débiteur est engagée sur la simple constatation que l'obligation n'a pas été exécutée.

317 Voir CIJ, « La Belgique introduit une instance contre le Sénégal et demande à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires », Communiqué de presse no 2009/13 daté du 19 février 2009, à la p. 2.

Sénégal, a demandé comme mesure conservatoire, son maintien en résidence surveillée. Le Sénégal y a consenti, mais non sans requérir que la Belgique assume les frais y afférents[318].

Ceci nous conduit à conclure que si un État, selon les moyens qui sont à sa portée, ne poursuit pas et n'extrade pas un présumé criminel de guerre ou contre l'humanité qui se trouve sur son territoire, un autre État lésé par la violation de cette obligation de moyens peut exercer un recours contre lui devant la CIJ, afin d'obtenir une ordonnance visant à remédier à ce manquement. Les individus et les organisations non gouvernementales n'ont pas accès à un tel recours.

Le cadre général de notre étude étant défini, abordons maintenant les obstacles préjudiciels qui empêchent les autorités judiciaires nationales de « rechercher et poursuivre ou extrader » efficacement les criminels de guerre et contre l'humanité.

---

318 Déclaration du représentant du Sénégal en date du 9 avril 2009, (10 avril 2009) Agence France Presse 2.

TITRE II. LES OBSTACLES PROCÉDURAUX À LA RÉPRESSION ÉTATIQUE DES CRIMES DE GUERRE ET DES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

Dans cette partie, nous allons démontrer que la répression interne des crimes de guerre et contre l'humanité se heurte à une fin de non-recevoir par l'invocation de certaines exceptions formelles, pouvant être communes à toutes les infractions ou spécifiques à ces crimes graves de droit international. Pour faire cette démonstration, nous avons décidé, d'un point de vue purement synthétique, de classer ces exceptions préliminaires en trois grandes catégories, soit les exceptions pour défaut de compétence pénale (*ratione materiae* ou *personae*) - qui induisent une ordonnance d'incompétence (Chapitre I); les moyens d'irrecevabilité de l'action publique qui conduisent à une ordonnance de « non-lieu » pour des motifs de droit (Chapitre II), et finalement, les motifs qui permettent à la police judiciaire et au ministère public de classer sans suite l'affaire pour cause d'inopportunité des poursuites (Chapitre III). Après avoir cerné l'importance de ces obstacles dans la garantie de l'impunité aux auteurs des pires atrocités, nous discuterons de leurs raisons d'être fondamentales, en l'occurrence le voile de la souveraineté des États et le défaut d'harmonisation du droit interne et du droit international (Chapitre IV).

Chapitre I - LES EXCEPTIONS D'INCOMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

Dans ce chapitre, nous allons dégager les circonstances qui obligent les autorités judiciaires d'un État à s'estimer placées *de facto* ou *de jure* dans des conditions d'incompétence *ratione materiae* (section 1) ou *ratione personae* (section 2) pour connaître d'un crime de guerre ou contre l'humanité.

Section 1. Défaut de compétence ratione materiae

D'après les règles de forme qui déterminent la compétence des juridictions, le ministère public n'enclenche pas necessairement les poursuites, malgré les accusations portées à sa connaissance, parce qu'au moment où les faits, constitutifs de crime de guerre ou de crime contre l'humanité, ont été commis, ils ne constituaient pas un acte criminel d'après la législation nationale (& 1) ou parce qu'ils ont été commis à l'étranger alors que la compétence extraterritoriale nationale ne s'y étend pas expressément (& 2). L'inculpé peut également profiter de ces circonstances pour faire arrêter l'instruction requise contre lui.

&1. L'absence d'incrimination applicable en droit interne

L'impératif de la légalité formelle des incriminations se pose en obstacle procédural à l'action pénale – par opposition à une condition objective de punissabilité - lancée en droit interne contre un criminel de guerre ou contre l'humanité, lorsque ces crimes font défaut (A) ou ont été introduits postérieurement aux faits en cause (B).

A. Le défaut d'incrimination

En 1978, sur 132 États-parties à la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* seulement 12 avaient adopté les mesures législatives nécessaires à la répression interne du génocide[319]. En 2003, « seuls certains États avaient intégré le génocide et les crimes contre l'humanité dans leur ordre interne et très peu d'États avaient adopté des normes de procédure pénale qui reconnaissent la compétence universelle pour ces crimes »[320]. Aujourd'hui, malgré une forte adhésion au Statut de Rome[321], seulement vingt sept États se sont déjà dotés d'une loi sanctionnant les crimes de guerre et contre l'humanité et, octroyant la compétence universelle aux tribunaux nationaux pour les réprimer sans limite géographique[322]. Le reste des États se contenterait, sans objectivement mesurer le danger de leur inaction, de la possibilité de procéder à la « surqualification » en crimes internationaux des crimes de droit commun, à l'instar de l'assassinat et du meurtre, lorsqu'ils sont commis dans un cadre international[323].

Il découle de cet état des lieux que les lois d'intégration des crimes de guerre et contre l'humanité dans les ordres juridiques internes sont exceptionnelles et surtout récentes. Or, le

---

319 Nicodème Ruhashyankiko, *supra* note 172 à la p. 165.

320 Ana Peyro Llopis, *supra* note 230 à la p. 75 et 86.

321 Il s'agit de 108 ratifications et 132 signatures.

322 Voir rapports 2007 et 2008 de la coalition pour la CPI, en ligne: http://www.iccnow.org Dernière visite: le 4 avril 2009.

323 Luigi Condorelli, « Presentation de la II[e] partie », dans Ascensio et Cie, *supra* note 8 à la p. 246.

principe de la légalité des délits et des peines, conceptualisé au 18e siècle par Beccaria[324], dispose qu'on ne peut être condamné pénalement qu'en vertu d'un texte pénal précis et clair, promulgué bien avant les faits qui donnent lieu à l'acte d'accusation[325]. En d'autres mots, « il ne saurait y avoir de crimes ou de délits sans une définition préalable en ce sens, contenue dans un texte destiné à en fixer les éléments constitutifs, tout comme les peines applicables doivent y être précisées. *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*: nul crime sans loi, nulle peine sans loi »[326]. Par conséquent, « il n'appartient à personne, pas même au juge, de définir les actions ou omissions méritant d'être sanctionnées, tout comme une peine ne peut être prononcée ou appliquée sans le support d'un texte de loi »[327].

Ainsi défini, le principe fondamental de droit pénal soulève directement, d'un point de vue théorique, la question juridique consistant à déterminer la légalité formelle et organique des crimes de guerre et contre l'humanité. En d'autres mots, est-ce que la source de l'incrimination des interdictions absolues doit être une loi écrite (*nullum crimen sine lege scripta*) et la peine applicable doit-elle être prévue par un texte écrit (*nulla poena sine lege*) d'origine interne et préalables à leur survenance? Si la réponse est positive, ces crimes ne sont effectivement punissables que dans les 27 États ayant pris les mesures législatives à cet effet. Malheureusement, le débat actuel sur cette question est alimenté par deux courants jurisprudentiels divergents.

1°. Dans l'affaire *Nulyarima et al.*, précitée, deux juges sur trois de la Cour fédérale d'Australie concluent que la prohibition du génocide, non encore incorporée expressément en droit australien à cette époque, n'en faisait pas partie par l'opération de l'incorporation

---

324 Selon Beccaria, « les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit, et le droit de faire des lois pénales ne peut résider que dans la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social ». Voir Cesare B. Beccaria, *Des délits et des peines,* (1764), trad. Venturi, Genève, Droz, 1965, à la p.10.

325 Jean-Luc A. Chartier, *Portalis - Le père du Code Civil*, Paris, Fayard, 2004, à la p. 19 affirme que Jean Étienne Marie Portalis, jurisconsulte et philosophe français, décédé en 1807, serait l'auteur de la célèbre phrase: « la loi qui sert de titre à l'accusation doit être antérieure à l'action pour laquelle on accuse ».

326 Yves Mayaud, *Droit pénal général*, Paris, PUF, 2004, à la p. 21.

327 *Ibid.* à la p. 19.

automatique de la coutume internationale[328]. La Cour décline alors sa compétence. Le troisième juge, dissident, est cependant d'avis que « there is no binding authority or persuasive jurisprudential support for the Commonwealth's submission that adoption of customary international civil law or criminal law in relation to universal crimes, as such, into Australian municipal law requires legislation to that effect »[329].

2⁰. En France, le Général Aussaresses, coordinateur des services de renseignements de l'armée française à Alger en 1957, revendique, dans un livre, les tortures, les exécutions sommaires et les massacres de civils algériens, auxquels il a participé ou qu'il a, lui-même, ordonnés[330]. Saisi des aveux du Général Aussaresses comme preuve évidente de crime contre l'humanité[331], le Juge d'instruction Valat, a rendu, le 11 septembre 2001, une ordonnance de refus d'informer (non-lieu) au motif que « la coutume internationale ne saurait pallier l'absence [en droit français] de texte incriminant, sous la qualification de crime contre l'humanité, les faits dénoncés par la partie civile »[332]. La Cour d'Appel et, subséquement, la Cour de cassation ont confirmé cette ordonnance[333]. Au civil, la Cour d'appel de Paris a condamné Aussaresses à 7 500 euros pour « apologie de crimes de guerre et complicité » pendant la guerre d'Algérie[334].

3⁰. Au Sénégal, où il vit en exil, l'ancien président tchadien *Hissein Habré* était inculpé, en février 2000, d'actes de torture et crimes contre l'humanité commis dans son pays, du temps

---

328 Affaire *Nulyarima et al., supra* note 62.

329 *Ibid.*

330 Paul Aussaresses, *Services spéciaux Algérie 1955-1957: Mon témoignage sur la torture*, Paris, Perrin, 2001.

331 Le 4 mai 2001, le Procureur de la République du Tribunal de Grande instance de Paris est saisi d'une plainte, avec constitution de partie civile par la Ligue des droits de l'Homme, pour apologie de crimes de guerre sur le fondement juridique de la loi du 29 juillet 1881, telle que modifiée par la loi du 5 janvier 1951.
En ligne: *http://www.denistouret.net/textes/Aussaresses.html#condamnation* Dernière visite: le 5 mai 2008.

332 *Ibid.*

333 Dans Cass. Crim., 18 juin 2003, la Cour déclare que « la préexistence d'une incrimination de crime contre l'humanité issue de la coutume internationale indépendamment de tout texte la traduisant dans l'ordre national français, sur le fondement d'instruments internationaux n'ayant pas d'effet obligatoire en droit interne, n'apparaît pas envisageable ».

334 En ligne: *http://www.denistouret.net/textes/Aussaresses.html#condamnation* Dernière visite: le 5 mai 2009.

où il exerçait le pouvoir. Le 20 mars 2001, la Cour de Cassation du Sénégal a rejeté les charges de crimes contre l'humanité, qui pesaient contre lui, au motif que « le droit positif sénégalais ne renferme, à l'heure actuelle, aucune incrimination de crimes contre l'humanité, qu'en vertu du principe de la légalité des délits et des peines [...] les juridictions sénégalaises ne peuvent matériellement connaître de ces faits »[335].

En juillet 2006, sous la pression des chefs d'État africains, réunis dans un sommet de l'Union africaine, le Sénégal a consenti à juger Hissène Habré au lieu de l'extrader vers la Belgique[336]. En février 2007, un projet de loi a été mis en branle pour permettre ces poursuites d'avoir lieu sans heurter le principe de la légalité, qui exige, entre autres, d'identifier la source législative sénégalaise à la base de toute sanction pénale[337].

4^{0}. Dans l'affaire *Fulgence Niyonteze*[338], le Tribunal militaire d'appel de Lausanne (Suisse) a condamné l'intéressé, citoyen rwandais, à la réclusion à perpétuité pour sa participation au génocide de 1994 au Rwanda. Seuls ont été cependant retenus les chefs d'accusation de meurtre, de tentative de meurtre, d'instigation au meurtre et les infractions graves aux *Conventions de Genève de 1949* et de leurs *Protocoles additionnels de 1977*. Les chefs d'accusation de génocide et de crimes contre l'humanité ont été écartés par le tribunal dès le début du procès, parce que le droit pénal suisse ne contenait pas de normes spécifiques permettant la poursuite sous ces chefs d'accusation à l'époque du dépôt de la plainte[339].

En appel de ce jugement devant la Cour suisse de cassation militaire, celle-ci a déclaré que les dispositions pénales des Conventions internationales énoncent des obligations mises à la

---

335 En avril 1999, la Suisse n'avait pas de législation sanctionnant le génocide et elle n'avait pas encore ratifié la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Elle l'a ratifiée le 7 septembre 2000.

336 Reed Brody, « Union africaine: Le Sénégal consent à juger Hissène Habré », Human Rights Watch, Juillet 2006. En ligne: *www.hrw.org* Dernière visite: Le 31 mars 2009.

337 Voir notamment le Rapport de Human Rights Watch daté du 16 mai 2008. En ligne: *http://hrw.org/english/docs/2008/05/14/senega18826.htm* Dernière visite: le 17 mars 2009.

338 Affaire *Fulgence Niyonteze*, Jugement de première instance, rendu le 30 avril 1999. Disponible au http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf Dernière visite: le 12 octobre 2008.

339 *Ibid.*

charge des Parties contractantes, mais qu'elles ne contiennent pas de règles directement applicables au jugement des infracteurs[340]. Pour elle, « en adoptant l'art. 109 du Code pénal militaire, la Suisse s'est acquittée de l'obligation de promulguer une législation spéciale, tel que requis par l'art. 146 al. 1 de la *CG* no IV »[341].

En ce qui concerne une quelconque référence aux règles de procédure du TPIR ou à la coutume internationale pour combler les lacunes internes, la Cour de cassation militaire déclare que « les juridictions suisses n'ont pas à appliquer les règles de procédure étrangères ou internationales. Mais seulement celles du droit suisse »[342].

5^{0}. Par contre, en octobre 1998, dans la foulée de l'arrestation d'Augusto Pinochet à Londres, en exécution d'un mandat d'arrêt international décerné par le juge espagnol Baltasar Garzon, des plaintes ont également été déposées en Belgique contre l'ancien président du Chili demandant la délivrance d'un mandat d'arrêt. Le juge Damien Vandermeersch, saisi de l'affaire, s'est déclaré compétent, sur la base du droit international coutumier, malgré le fait que les crimes contre l'humanité, dont Pinochet était accusé, n'étaient pas encore incoporés en droit belge:

> Notre droit pénal interne ne connaît pas la notion de crime contre l'humanité mais des actes tombant sous la définition de crime contre l'humanité peuvent recouper certaines incriminations de droit commun (telles que l'assassinat, le meurtre, les coups et blessures, la séquestration avec torture, la prise d'otage ...). [...] Par conséquent, il y a lieu de considérer qu'avant d'être codifié dans des traités ou des lois, le crime contre l'humanité est consacré par la coutume internationale et fait partie, à ce titre, du *Jus cogens* international qui s'impose dans l'ordre juridique interne avec effet contraignant "*erga omnes*" [...] le principe de légalité des incriminations tel que prévu à l'article 2 du Code pénal ne parait pas s'opposer à l'intentement de poursuites pour de telles infractions sous la qualification de crimes contre l'humanité étant entendu que les peines applicables seraient celles qui étaient en vigueur au moment de la conclusion des infractions en vertu du droit pénal commun (principe de légalité des peines)[343].

---

340 Affaire *Fulgence Niyonteze,* Jugement d'appel rendu le 27 mars 2001, para 9(a). Disponible au http://www.frompeacetojustice.nl/eCache/DEF/6/667.html Dernière visite: le 26 septembre 2008.

341 *Ibid.*

342 *Ibid,* para. 4(b);
Marco, Sassoli, « Le genocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international », (2002) 12 Revue suisse de droit international et de droit européen 151-178.

6^0. Au Canada, l'inexistence des notions de crime contre l'humanité dans la législation nationale avant 1987 n'était pas perçue par la Commission Jules Deschênes[344] comme étant un obstacle à la répression canadienne de ces crimes. En effet, cette commission était d'avis qu'une poursuite pouvait être intentée devant une Cour supérieure canadienne de juridiction criminelle sur le fondement de la violation des principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations[345]. Le 28 août 1987, le législateur canadien a, pour se conformer à ses obligations internationales, expressément incorporé au Code criminel lesdits crimes internationaux[346]. En ce qui concerne les crimes extraterritoriaux, le législateur canadien a alors présumé que l'auteur d'un acte - fait ou omission - commis à l'extérieur du Canada, qui constitue un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, est réputé avoir commis cet acte ou cette omission au Canada[347].

La Cour suprême canadienne n'a pas, pour sa part, suivi l'interprétation de la Commission Jules Deschênes. Pour elle, « afin que nul ne soit puni pour un acte qui n'aurait pas été, à l'époque [des faits], un crime en droit canadien, l'accusé est jugé et, le cas échéant condamné, pour une infraction sous-jacente au crime de guerre ou contre l'humanité, comme le meurtre ou l'assassinat, bien définie, à l'époque des faits, dans le droit pénal canadien »[348].

En ce qui concerne la procédure pénale, les poursuites engagées au Canada à l'égard des crimes de guerre et contre l'humanité sont exercées conformément aux règles de preuve et de procédure en vigueur au Canada au moment du procès[349].

---

343 Ordonnance du 6 novembre 1998 contre Pinochet, *supra* note 264, para. 3.3.2.

344 Constituée en 1985 pour enquêter et produire rapport sur la possible présence au Canada de criminels de guerre nazis. Son rapport est disponible au *http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/CIR/873-f.htm* Dernière visite: le 5 avril 2009.

345 *Ibid.* à la p. 140-142.

346 Voir les anciens para. 7(3.71) à (3.77) du C.cr., (abrogés en 2000).

347 *Ibid.*

348 *R. c. Finta, supra* note 75 à la p. 51.

349 Voir le para. 7(3.72) du C.cr. (abrogé en 2000).

Il ressort de ce qui précède que dans l'ensemble, l'inaction du législateur national nuit à la répression étatique des crimes de guerre et contre l'humanité. En l'absence d'incrimination expresse de ces crimes en droit interne, le comportement des juges nationaux est imprévisible. Tantôt, ils appliquent directement au particulier la norme coutumière internationale, tantôt ils refusent catégoriquement d'utiliser ce droit et acquittent l'accusé ou le condamnent pour des infractions de droit commun, alors qu'il s'est rendu coupable d'un crime international. Cette imprévisibilité témoigne de la difficulté judiciaire de saisir l'esprit et l'exacte portée de la légalité formelle des crimes de guerre et contre l'humanité. Nous y reviendrons lorsque nous aborderons, à la fin de cette section, la raison d'être de cet obstacle et son importance constitutionnelle comme élément fondamental du « Due Process Model », modèle retenu pour les fins de cette thèse.

Il faut maintenant déterminer ce qui se passe lorsque la loi interne d'adaptation aux conventions internationales est postérieure aux faits en cause. Nous allons voir que les tribunaux nationaux déclinent généralement compétence en invoquant le principe de la « non-rétroactivité des lois pénales plus sévères », corollaire du principe de la légalité.

B. La non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère

Nous avons vu que les lois nationales d'adaptation aux conventions internationales sont récentes. Il est regrettable de trouver également que, sauf quelques rares exceptions, comme celle du Canada[350], les États n'ont pas déclaré expressément ces lois rétroactives. En conséquence, elles ne peuvent pas s'appliquer sans heurt aux situations qui leurs sont antérieures.

Généralement, à l'exception de dispositions nouvelles favorables au prévenu, une loi pénale ne dispose que pour l'avenir. Elle ne peut donc rétroagir à des situations antérieures à son édiction que si elle est:

---

350 *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, *supra* note 78, art. 6 à 9 prévoient qu'elle s'applique rétroactivement aux crimes de guerre et contre l'humanité commis avant son adoption parce que ces crimes violent le droit international coutumier et conventionnel.

(i) définie par le législateur comme telle. Il s'agit de cas très rares, pris par le législateur en cas de crises ou d'une situation d'exceptionnelle gravité[351];

(ii) plus douce que les lois existentes. Lorsqu'une loi intervient pour assouplir une pénalité, cette loi est applicable pour une procédure en cours, dont le jugement définitif n'est pas encore intervenu (le principe de rétroactivité *in mitius*)[352];

(iii) de compétence, de prescription ou de procédure. Une nouvelle loi pénale de forme relative à l'organisation judiciaire, apportant une modification concernant la procédure, la prescription et la compétence des tribunaux, s'applique, non seulement aux instances futures concernant des faits antérieurs, mais encore aux instances engagées avant sa promulgation. Ici la loi ne porte pas atteinte à la procédure déjà accomplie ainsi qu'aux décisions déjà rendues[353];

(iv) interprétative. Les lois interprétatives clarifient les lois existantes et en constituent le prolongement. Elles s'appliquent donc aussi à des faits commis avant leur entrée en vigueur[354]. Elles ne servent qu'à une interprétation restrictive de la loi puisque le juge n'a pas le droit de l'étendre à des situations autres que celles qu'elles visent ouvertement. Qui plus est, en cas d'ambiguïté, le texte profite à l'accusé[355].

Dans tous les 18 États d'Europe, d'Amérique latine, d'Asie et d'Afrique qui ont poursuivi des criminels de guerre et/ou contre l'humanité selon leur compétence territoriale[356], le législateur national a promulgué une loi *ad hoc* pour faire échec au vide juridique existant. Il l'a alors définie comme étant rétroactive. Cette situation est acceptable parce que l'État faisait face à une situation d'exceptionnelle gravité. Il faut cependant remarquer que ce sont des régimes politiques nouveaux qui ont fait voter des lois nouvelles pour juger et punir les leaders des régimes précédents, qui sont à la fois les bourreaux et les ennemis politiques des leaders de ce changement. Dans les autres cas, deux courants opposés s'affrontent. Selon le premier, ces dispositions créent des infractions nouvelles et ne peuvent donc pas s'appliquer rétroactivement aux faits commis avant leur édiction, alors que le second - le moins populaire - les considère

---

351 Giselle Côté-Harper Pierre Rainville et Jean Turgeon, *Traité de droit pénal canadien,* 4e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998, à la p. 105. **[autres sources]**

352 Corinne Renault-Brahinsky, *supra* note 29 à la p. 18.

353 Giselle Côté-Harper Pierre Rainville et Jean Turgeon, *supra* note 351 à la p. 106.

354 *Ibid.* de la p. 138 – 151.

355 Voir Éric Mathias, *Procédure pénale*, Paris, Bréal, 2005, à la p. 32.

356 Voir Joseph Rikhof, *supra* note 2.

comme étant attributives de compétence et donc susceptibles de rétroagir aux faits antérieurs à leur édiction.

1^{0}. La querelle concernant la nature des dispositions incriminant les crimes de guerre et contre l'humanité remonte aux statuts des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo qui sont les premiers, dans l'histoire, à attribuer, sous la forme écrite, le caractère criminel aux crimes contre l'humanité[357]. Ceci a d'ailleurs poussé les accusés à alléguer que ces statuts violaient le principe de légalité et son corollaire, la non-rétroactivité des lois pénales[358].

Le tribunal de Nuremberg a rejeté cette allégation en déclarant qu'elle n'était pas appuyée par la preuve que leur incrimination faisait défaut au moment de leur accomplissement en droit international coutumier[359]. Pour ce tribunal, ces dispositions n'ont pas créé de nouvelles infractions, « elles n'ont fait que préciser une coutume bien établie à ce sujet en droit international, de même que les jugements de ces juridictions, en condamnant les responsables de la seconde guerre mondiale, n'ont fait qu'appliquer une règle de cette coutume »[360].

2^{0}. Dans *l'affaire Eichmann*, poursuivi en 1961 devant le Tribunal de district de Jérusalem pour sa responsabilité pénale dans la persécution, la déportation et l'extermination de centaines de milliers de personnes, à majorité des Juifs, l'accusé souleva, pour cause de non-rétroactivité des lois pénales, l'inapplicabilité de la *Loi israélienne sur les nazis et les collaborateurs nazis*[361], adoptée en 1950, donc après les faits qui lui sont reprochés. Le Tribunal a rejeté cette prétention en déclarant qu'il appliquait, non pas le droit israélien *stricto sensu*, mais le droit international incorporé par le droit israélien à des fins de compétence juridictionnelle[362].

---

357 Voir les articles 6 b) et 5 b), respectivement des statuts de Nuremberg et de Tokyo.

358 Henri D. de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », (1947) 1: 70 RCADI, de la p. 574 – 575.

359 Voir Stefan Glaser, « Le principe de la légalité des délits et des peines et les procès de criminels de guerre », (1947) RDPC, à la p. 230.

360 Henri D. de Vabres, *supra* note 358 de la p. 574 – 575.

361 *Loi No 64 (5710-1949/50).*

362 *Attorney General of Israël c. Eichmann, supra* note 48 à la p. 26.

L'accusé contestait également l'application de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1948 en argumentant qu'elle était postérieure aux faits qui lui étaient reprochés. Le Tribunal a répondu que cette *Convention* ne faisait qu'incorporer un droit coutumier préexistant, et donc que la répression pouvait même avoir lieu pour des crimes commis avant son entrée en vigueur (*effets ex tunc de la Convention*)[363].

3^0. Aux Pays-Bas, monsieur *Bouterse* était accusé de crime contre l'humanité pour avoir organisé et commis des assassinats systématiques d'opposants politiques, en décembre 1982, à Paramaribo au Surinam[364]. Le 18 septembre 2001, la plus haute juridiction de ce pays a refusé d'appliquer rétroactivement la loi néerlandaise intégrant la *Convention contre la torture* (*1988 Torture Act*), entrée en vigueur le 20 janvier 1989. Elle a statué que l'exception au principe de la légalité, telle qu'autorisée par l'article 7.(2) de la *Convention européenne des droits de l'Homme* et l'article 15.(2) du *PIDCP*, n'était pas encore intégrée en droit néerlandais. Pour elle, aucune clause conventionnelle internationale n'obligeait dès lors les Pays-Bas à poursuivre pénalement et rétroactivement les actes de torture et de crime contre l'humanité[365].

4^0. En 1994, dans l'affaire *Finta* précitée, le premier moyen d'appel auprès de la Cour suprême du Canada concernait la nature juridique des dispositions législatives relatives aux crimes de guerre et contre l'humanité, introduites dans le Code pénal en 1987 et l'impossibilité de les appliquer rétroactivement aux faits survenus durant la seconde guerre mondiale[366]. En première instance, le Juge en chef adjoint Callaghan, alors juge du procès, a jugé que « le para. 7(3.71) est de nature procédurale et ne crée aucune infraction nouvelle. Il confère simplement une compétence rétroactive et extraterritoriale aux tribunaux canadiens sur des actes qui constituent des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité »[367]. La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a rejeté cette position en concluant que « le para. 7(3.71) du Code

---

363 *Ibid.* à la p. 36.

364 Affaire *Bouterse, supra* note 259.

365 *Ibid.*

366 *R. c. Finta, supra* note 75 à la p. 38.

367 *Ibid.* à la p. 44.

criminel crée deux nouvelles infractions, dont un crime contre l'humanité et un crime de guerre »[368]. Par ce fait, son application rétroactive viole donc, en l'absence de stipulation expresse du législateur, le principe de la légalité. Mais, la Cour suprême du Canada a rétabli la position du juge du procès en déclarant que le para. 7(3.71) C.cr. « est incontestablement destiné à conférer aux tribunaux canadiens le pouvoir d'entendre des poursuites au Canada, conformément au droit criminel canadien en vigueur à l'époque de leur perpétration, relativement à des actes commis à l'étranger qui équivalent à des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. La disposition ne crée aucune nouvelle infraction »[369].

Cette liste, non exhaustive, des exemples de blocage des poursuites par le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale démontre que le juge interne est imprévisible lorsqu'il est question de décider si les dispositions législatives incorporant les crimes de guerre et contre l'humanité en droit interne s'appliquent rétroactivement aux faits qui sont antérieurs à leur édiction. Cette imprévisibilité fait preuve que le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, corollaire du principe de la légalité, se pose également en obstacle formel à la répression nationale de ces crimes.

Mais, s'agit-il véritablement d'un obstacle insurmontable? Notre réponse à cette question est négative parce que ces dispositions sont de nature procédurale. Les tribunaux étatiques rencontreraient cependant moins de difficultés si, à l'exemple du Canada, le législateur national les déclarait expressément rétroactives.

En plus des obstacles formels relatifs à l'époque des faits par rapport à celle de la pénalisation expresse en droit interne des notions de crimes de guerre et contre l'humanité, la répression interne de ces crimes est également entravée par les obstacles liés à l'endroit où l'événement (*l'actus reus*) s'est produit. Évidemment, il ne s'agit pas ici de distinguer entre deux endroits dans un même État, d'une part, ou entre un État et un autre État, d'autre part. C'est uniquement cette dernière hypothèse qui nous intéresse.

---

368 *Ibid.*

369 *R. c. Finta, supra* note 75 de la p. 54 à 63.

&2. L'absence de compétence extraterritoriale

Généralement, le législateur national précise bien, dans la loi de procédure pénale, les infractions pour lesquelles il autorise l'application d'une compétence extraterritoriale. Les juges ne peuvent pas l'étendre, de leur propre chef, aux infractions non énumérées (A). En fait, pour ne pas compromettre les droits des accusés, les restrictions qui affectent l'application du droit pénal, comme la légalité formelle des crimes de guerre et contre l'humanité ou la compétence extraterritoriale pour les connaître, doivent provenir du processus législatif interne et non de la réprobation internationale de ces crimes (B).

A. Le défaut de compétence extraterritoriale

Les juges étatiques, sauf indication contraire du législateur, « demeurent d'ordinaire incompétents pour les infractions commises à l'étranger entre étrangers »[370]. Or, si les criminels de guerre et contre l'humanité estiment qu'ils risquent d'être poursuivis, ils évitent la punition en fuyant la juridiction de l'État où le crime a été commis[371]. C'est pour pallier à cette difficulté que les conventions internationales exigent des États-parties de rechercher ces criminels et de les poursuivre s'ils se trouvent sur leurs territoires respectifs.

Pour rendre effectif le devoir étatique de rechercher les criminels de guerre ou contre l'humanité et de les déférer devant leurs tribunaux, ces conventions donnent aux États la compétence de légiférer, non seulement sur le droit pénal matériel qu'elles universalisent, mais également sur la procédure pénale qui permet de le mettre en oeuvre. Malheureusement, nous avons déjà vu que, dans ses deux versants - matériels et procédural - moins de cinquante États se sont dotés d'une compétence véritablement extraterritoriale expresse portant sur les crimes de guerre et contre l'humanité. Ce défaut de compétence extraterritoriale oblige le juge à acquitter l'accusé, « peu importe que tous les éléments des infractions puissent être établis »[372].

---

370 Affaire du mandat du 11 avril 2000, *supra* note 52, Opinion individuelle du juge Guillaume, para. 4 et 5.

371 Voir notamment Kriangsak Kittichaisaree, *supra* note 169 et Cherif Bassiouni, *supra* note 188.

372 *R. c. Finta, supra* note 75 à la p. 20.

1^{0}. Le Sénégal a signé la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* le 4 février 1985 et l'a ratifiée en août 1986[373]. Elle est entrée en vigueur, au niveau international, le 26 juin 1987. Mais le Code pénal sénégalais a incorporé le crime de torture seulement en 1996, sans que la compétence extraterritoriale des tribunaux nationaux ne soit modifiée en conséquence[374].

En février 2000, l'ancien président tchadien, *Hissein Habré*, réfugié au Sénégal depuis la chute brutale de son régime, a été inculpé d'actes de torture et de crimes contre l'humanité supposément commis dans son pays, à l'époque où il était au pouvoir[375]. Ses avocats ont fait remarquer à la Cour que les crimes évoqués dans la plainte ont été commis avant que le Sénégal n'étende la compétence de ses tribunaux aux actes de torture et crimes contre l'humanité commis à l'étranger. Celle-ci a alors constaté son incompétence parce que les Conventions internationales à elle seules ne déterminent aucune compétence juridictionnelle, et ce, malgré la constitution sénégalaise qui subordonne la législation nationale à un traité international[376]. Pour elle, « le droit pénal répond à des règles plus strictes dont notamment l'adoption d'une loi interne d'adaptation visant précisément à établir, dans le cas sous-étude, la compétence des tribunaux internes sur des crimes de torture extra-territoriaux »[377].

2^{0}. Dans l'affaire *Pinochet* précitée, les Law Lords britanniques ont déclaré que des actes de torture, commis en dehors du territoire britannique, n'étaient punissables sur la base du droit interne qu'après l'extension de la compétence nationale aux actes de torture commis à l'étranger par la « section 134 of the *Criminal Justice Act* » de 1988[378].

---

373 Voir la *Loi no 86-26 du 16 juin 1986,* (8 août 1986) J.O.R.S., à la p. 4.

374 Selon l'art. 669 du CPP, celle-ci se limite à « tout étranger qui hors du territoire de la République, s'est rendu coupable soit comme auteur, soit comme complice, d'un crime ou d'un délit attentatoire à la sûreté de l'État ou de contrefaçon du sceau de l'État, de monnaies nationales ayant cours. Il peut être poursuivi et jugé d'après les dispositions des lois sénégalaises ou applicable au Sénégal, s'il est arrêté au Sénégal ou si le gouvernement obtient son extradition ».

375 *Souleymane Guengueng et autres c. Hissène Habré*, Cour de Cassation, Crim, arrêt n° 14 du 20 mars 2001.

376 Selon l'art. 79 de la Constitution du Sénégal, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ».

377 *Souleymane Guengueng et autres c. Hissène Habré, supra* note 375 à la p. 13.

378 *R. v. Bartle, ex parte Pinochet*, (1999) ILM 432, à la p. 448.

3^{0}. Dans *R. c. Finta*, la Cour suprême du Canada a indiqué que sans « une exception à la règle générale de la portée territoriale du droit criminel canadien, formulée dans le paragraphe 6(2) du Code, les tribunaux canadiens ne peuvent pas juger des crimes de guerre et contre l'humanité commis à l'étranger »[379].

4^{0}. En France, l'organisation Reporters sans frontières a déposé, en 1994, auprès le tribunal d'Evry, une plainte pour «complicité de génocide et complicité de crimes contre l'humanité», supposément commis au Rwanda par Agathe Kanziga, veuve de l'ancien président rwandais, Juvénal Habyarimana, assassiné le 6 avril 1994[380]. La justice française, qui n'avait pas encore intégré la notion de compétence universelle (ce fut fait en 1996) à l'endroit des crimes contre l'humanité, s'est alors reconnue incompétente pour connaître de ces faits[381]. Les poursuites ont donc été abandonnées.

Ces quelques exemples démontrent combien le défaut, en droit interne, d'une compétence expresse sur les crimes de guerre et contre l'humanité extraterritoriaux constitue un obstacle procédural important à l'exercice de la compétence personnelle et universelle.

La doctrine pénaliste soutient que les juges nationaux ne doivent pas, sous couvert de bricolage juridique, étendre, de leur propre chef, la portée extraterritoriale du droit criminel national, afin que des poursuites puissent être engagées à l'égard des crimes internationaux les plus graves si leurs auteurs présumés sont découverts sur le territoire national[382].

En nous plaçant du point de vue de la technique et de la logique juridiques, nous pouvons conclure que l'abandon des poursuites, dans l'hypothèse d'un vide juridique ou du défaut de compétence extraterritoriale, sanctionne l'inaction du législateur national et constitue donc une

---

379 *R. c. Finta, supra* note 75 de la p. 54 - 56.

380 Christophe Ayad, « Plainte pour complicité de génocide contre la veuve Habyarimana », Journal Libération de mardi le 13 février 2007, à la p. 1.

381 *Ibid.*

382 Joe Verhoeven, « Quelques réflexions sur l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 » (2002) RBDI 530, à la p. 547.

réponse adéquate. Mais, ce traitement purement formel de la question conduit à l'impunité des grands criminels de guerre et contre l'humanité par un effet de neutralisation des conventions internationales. De plus, il produit un résultat dramatique sur le plan moral et celui de la perspective de la lutte contre l'impunité. Il faut alors, avant de proposer les solutions disponibles pour faire échec aux obstacles qui induisent l'incompétence *ratione materiae* des tribunaux nationaux, situer leur raison d'être dans les exigences du « Due Process Model », notamment en ce qui concerne le respect des droits constitutionnels de l'accusé.

B. Des obstacles constitutionnels

Le procès pénal oppose l'État, motivé notamment par le « crime control » et l'accusé, soucieux surtout du respect d'un « Due Process of Law » qui sauvegarde ses propres droits fondamentaux. Les victimes suivent avec intérêt cette opposition dans le but de connaître la vérité sur les crimes qui les endeuillent et, le cas échéant, recevoir dommages-intérêts. Chacun de cette triptique recherche le maximum de ses intérêts dont la limitation se trouve dans la constitution nationale, seul cadre approprié pour trancher leur éventuel différend.

Avant d'aborder cette limitation, nous allons constater tout d'abord, qu'au niveau de la doctrine, deux théories divergentes s'affrontent lorsqu'il est question de l'application du principe de la légalité de la répression des crimes de guerre et contre l'humanité.

1^0. En premier lieu, les pénalistes professent « la théorie de la légalité restrictive », selon laquelle la seule incrimination qui s'impose aux juges étatiques, et de surcroit aux justiciables, résulte de l'opération de la loi nationale[383]. Par conséquent, lorsque l'État, au nom duquel le juge répressif rend justice, n'a pas encore incorporé les crimes de guerre et contre l'humanité, le principe de la légalité des poursuites, qui figure parmi les fins de non-recevoir catégoriques communes à toutes les infractions, s'oppose à ce qu'il intervienne[384].

---

[383] André Huet et Renée Koering-Joulin, *supra* note 18 à la p. 132.

[384] Damien Vandermeersch, « La répression en droit belge des crimes de droit international », (1997) RICR 145, à la p. 152.

Pour justifier leur position, les pénalistes notent que ni la coutume internationale, ni les conventions internationales, à l'instar du *Statut de Rome*, ne prévoient de peine applicable[385]. Elles exigent, par contre, de l'État qu'il érige ces comportements en infractions et qu'il fixent la peine applicable[386]. Par conséquent, le droit pénal international, tant conventionnel que coutumier, est si vague et flou qu'il ne peut pas, avant d'être transposé en des obligations pour les individus, leur être directement applicable. En d'autres mots, ces individus doivent y consentir dans le cadre d'un contrat social parce que si la compétence venait à résulter automatiquement de l'adhésion aux conventions internationales, leur incrimination, sans pénalité, serait impraticable[387].

En ce qui concerne un possible recours au droit international coutumier pour suppléer au silence du droit interne, les pénalistes constatent que « la grande majorité des systèmes nationaux ont prohibé l'application de la coutume dans le domaine du droit pénal. [...] Même dans les systèmes de *common law*, certaines voix se font entendre pour dénoncer la référence au droit coutumier en matière pénale »[388]. Tenants du positivisme juridique[389], ils proposent que le législateur national incrimine expressément les crimes de guerre et contre l'humanité pour rencontrer effectivement son obligation internationale de les réprimer sans encombre, plutôt que de fonder l'espoir sur le droit divin ou naturel. Au demeurant, l'un et l'autre les considèrent comme étant des « crimes en soi ou des *mala in se* » que l'État doit absolument réprimer sous peine de ne pas défendre l'humanité alors en danger[390].

---

385 André Huet et Renée Koering-Joulin, *supra* note 18 à la p. 132;
Marc Verdussen, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal,* Bruxelles, Bruylant 1995, de la p. 332-333.

386 *CG de 1949*, art. 49/50/129/146;
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. 1;
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, art. *5(2)*;
Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, art. 4.

387 Claude Lombois, « De la compassion territoriale », (1995) 2 Rev. Sc.C.D.P.C., à la p. 401.

388 Marc Henzelin, *supra* note 226 à la p. 829.

389 *Ibid.*

390 *Ibid.* à la p. 822;
Le Procureur c. Akayesu, *supra* note 164, para. 8.

2^0. Contrairement aux pénalistes, certains internationalistes considèrent que la base juridique de l'appréciation et de la punition des crimes de guerre et contre l'humanité n'est pas la législation pénale d'un pays, une convention ou le statut d'un tribunal, mais le droit international coutumier[391]. Pour eux, que ces crimes soient poursuivis devant un tribunal interne ou international, leurs auteurs sont poursuivis et punis seulement du chef de la violation du droit international coutumier[392].

En guise d'argument, cette doctrine considère que la prohibition des crimes de guerre, de génocide et autres crimes contre l'humanité relève du droit international impératif. Elle qualifie alors de superflu une incrimination interne de plus[393]. Pour que les poursuites soient procéduralement possibles, elle propose d'adopter la « théorie de la légalité élargie », c'est-à-dire de prendre pour source des incriminations et de la compétence, en cas de silence du droit interne, le droit international coutumier et les principes généraux de droit[394]. En agissant ainsi, « la règle *nullum crimen* est pratiquement inviolée », suggère-t-elle[395].

Notre position face à cette controverse d'actualité ne consiste pas à nous ranger rapidement derrière l'un ou l'autre des deux courants antinomiques. Nous notons cependant que les conventions internationales étudiées demandent effectivement aux États d'ériger en infraction nationale les crimes ici en cause, ou du moins de fixer les peines applicables pour pouvoir les réprimer[396]. Prenant Beccaria à témoin, nous sommes d'avis que ce travail ne revient pas au juge mais au législateur. Nous notons également que le droit international coutumier offre une possibilité – mais non une obligation - de réprimer les crimes de guerre et contre l'humanité malgré le silence du droit national. Le recours au droit international coutumier pour combler les

---

391 Claude Jorda, « Le point de vue juridique », dans Cassese et Delmas-Marty, *supra* note 30 à la p.72; Stefan Glaser, « Quelques problèmes litigieux du droit international pénal », (1955) Revue pénal belge, à la p. 406.

392 *Ibid.*

393 Roulot, *supra* note 11 à la p. 141.

394 Marc Henzelin, *supra* note 226 à la p. 822.

395 Vincent Lamanda, « Allocution de Monsieur le Premier Président », (2006) 77: 3-4 RIDP, de la p. 721-725.

396 La source se trouve à la note de bas de page no 5.

lacunes du droit interne dépend cependant de ce qu'exigent, dans chaque État, les textes explicites qui formulent le principe de la légalité des incriminations[397].

Les trois textes en question, qu'il faut lire de façon complémentaire pour reconnaître au principe de la légalité sa portée constitutionnelle et supranationale, sont la loi pénale nationale, inclusivement la loi de procédure pénale, la constitution et les instruments internationaux de défense des droits de l'Homme.

1°. En premier, les instruments internationaux de protection des droits humains déclarent que « nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international »[398]. Ces instruments internationaux reconnaissent donc la possibilité de juger et, le cas échéant, de condamner un individu au regard de sa responsabilité pénale dans une infraction de droit international, même si la législation nationale ne la définit pas encore.

La plupart de ces instruments internationaux, à l'instar de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* de 1948, du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, de la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme* et de la *Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples*, ne sont cependant pas des textes d'application directe. D'autres, comme la *Convention européenne des droits de l'homme*, peuvent être invoqués, mais dans les limites établies par la constitution nationale. C'est donc la constitution nationale, qui organise

---

397 Au Canada, conformément à *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, para. 30, « l'incorporation automatique des règles prohibitives du droit international coutumier se justifie par le fait que la coutume internationale, en tant que droit des nations, constitue également le droit du Canada à moins que, dans l'exercice légitime de sa souveraineté, celui-ci ne déclare son droit interne incompatible. La souveraineté du Parlement permet au législateur de contrevenir au droit international, mais seulement expressément. Si la dérogation n'est pas expresse, le tribunal peut alors tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la common law ».

398 Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, art. 11 (2);
Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 8;
Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques, art. 15 (1);
Convention européenne des droits de l'homme, art. 7;
Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme du 2 mai 1948, art. 25;
Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 9;
Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 7 (2).

l'ordonnancement interne des sources de droit, qui permet effectivement de faire appel à ces instruments internationaux pour suppléer aux carences de la législation interne.

2° La constitution nationale est la loi suprême de l'État[399]. Généralement, elle rend inopérante toute règle de droit à l'effet contraire[400]. Les constitutions de presque tous les États consacrent le principe de la légalité des incriminations et de la non-rétroactivité des lois pénales[401]. Elles organisent également la place du droit international en droit interne. Les juges se conforment à cet ordonnancement constitutionnel, sous peine de voir leurs jugements frappés d'inconstitutionnalité[402]. Dans la formulation constitutionnelle du principe de la légalité, on remarque cependant deux variantes. La première ouvre une brèche au juge étatique en légitimant un éventuel recours aux règles de droit international coutumier pour juger certains crimes internationaux. Par contre, la seconde ferme complètement cette brèche en contraignant le juge interne à dire le droit uniquement en vertu des textes législatifs de droit interne. Dans cette dernière occurrence, le silence du droit interne implique automatiquement l'abstention du juge et donc l'impunité du criminel.

Par exemple, au Canada, la *Loi Constitutionnelle de 1982* permet, de façon exceptionnelle, que soient intentées des poursuites fondées sur la violation de la coutume internationale et des principes généraux de droit international en cas de silence du droit canadien[403]. Malgré le fait que le Code criminel exige que seule la loi fédérale ou provinciale crée une infraction[404], « le libellé de l'al. 11g) de la Charte [est] rédigé dans des termes qui accordent une faculté »[405], sans nécessairement heurter le principe de la légalité.

---

399 Voir Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996 (trad. d' Olivier Beaud), à la p. 67.

400 Au Canada, voir *la Charte canadienne des droits et libertés*, art. 52.

401 Erik Claes, « La légalité criminelle au regard des droits de l'homme et du respect de la dignité humaine », dans Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, François Ost, Michel Van de Kerchove et Sébastien Van Drooghenbroeck, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2007, à la p. 212.

402 *Ibid.*

403 *La Charte canadienne des droits et libertés*, art 11 (g).

404 C.cr., art. 6. (3).

405 *R. c. Finta, supra* note 75 à la p. 47.

En Allemagne, la *Loi fondamentale* stipule qu' « un acte n'est passible d'une peine que s'il était punissable selon la loi en vigueur avant qu'il ait été commis »[406]. Par le terme « loi », la constitution allemande se réfère à une loi votée par le parlement national et non au droit international[407]. Il s'ensuit qu'avant l'incorporation en droit allemand des crimes qui nous occupent dans ce travail, les tribunaux allemands ne pouvaient pas les connaître en application du droit international, sous peine de violer la constitution.

Au demeurant, lors de son adhésion à la *Convention européenne des droits de l'homme*, qui permet de « juger et punir une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit »[408], l'Allemagne a émis une réserve sur cette possibilité, contraire à sa constitution[409].

En France, même si le système juridique national est moniste[410], la constitution précise que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée »[411]. Pour sa part, le Code pénal français spécifie que « la loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs »[412]. Il y ajoute que « nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une

---

406 Voir l'article 103, al. 2;
Aux États-Unis d'Amérique, voir le 5e *A*mendement à la constitution, repris par le 14e, à l'art. 2, para. 9.

407 Pour plus de détails, lire Carl Schmitt, *Théories de la constitution*, Paris, PUF, 1993.

408 Art. 7.(2). Cette clause, dite de Nuremberg, avait pour but de punir, avec un effet rétroactif, la trahison et la collaboration avec l'Allemagne nazie.

409 Isabelle-Konstanze Charlier, « La Cour européenne des Droits de l'Homme et l'ordre juridique allemand », (2005) 210 Fondation Robert Schuman, à la p. 5.

410 Selon l'article 55 de la Constitution, en France, « les traités ou accords ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ». En 1989, le Conseil d'État français a accepté la supériorité des normes européennes sur les lois postérieures.
Voir Arrêt Nicolo du Conseil d'État français, 20 octobre 1989, (1989) Recueil Lebon, à la p. 90;
La Cour de Cassation avait déjà accepté ce principe depuis 1975 par l'arrêt Ch. mixte, 24 mai 1975, arrêt Jacques Vabres: D. 1975, jur. p. 497.

411 Constitution française de 1958, art 34.

412 Code pénal, art. 111-2.

peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention »[413].

Le Conseil constitutionnel français a statué qu'il résultait de ces dispositions l'obligation pour le législateur français de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire[414]. De plus, les tribunaux français estiment qu'ils sont tenus par la constitution et le code pénal de ne réprimer que les infractions expressément définies par le parlement français et non par le droit international[415].

En Belgique, la constitution stipule que « nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit »[416]. Elle ajoute que « nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi »[417]. Le Code pénal spécifie que « nulle infraction ne peut être punie de peines qui n'étaient pas portées par la loi avant que l'infraction fût commise »[418].

Le terme « loi » est cependant compris au sens large et non au sens restreint. C'est-à-dire qu'il couvre aussi bien la Constitution, règle de base du droit belge, que les autres lois internes émanant du pouvoir législatif fédéral ou régional, mais également le droit international coutumier[419]. Il est alors intéressant de conclure que la *Convention européenne des droits de l'homme*[420] agit comme un remède aux insuffisances de la législation nationale belge en

---

413 *Ibid.*, art. 111-3.

414 Voir Décision n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, Sécurité et liberté.

415 C'est ce qui ressort des arrêts *Aussares* et *Javor*, précités, où les tribunaux français ont retenu l'exception juridictionnelle, à cause, entre autres, du défaut de crime contre l'humanité en droit français à l'époque des faits.

416 Constitution belge, art. 12 al. 2.

417 *Ibid.*, art. 14.

418 Code Pénal belge, art. 2.

419 Voir notamment Jacques Velu et Rusen Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1991, de la p. 82 à 87.

420 *Convention européenne des droits de l'Homme*, art. 7.

légitimant et non en obligeant – la différence est de taille - à poursuivre un individu pour des crimes de guerre et contre l'humanité, sur la base uniquement du droit international coutumier[421]. L'accusé ne peut donc pas invoquer le silence du droit belge pour prétendre, tant devant les tribunaux belges que devant la Cour européenne des droits de l'homme, qu'il est illégal de le juger et, le cas échéant, le condamner pour ces crimes.

En conclusion, il n'est pas nécessairement contraire au principe de la légalité des incriminations de poursuivre, sur la seule base du droit international coutumier, les auteurs de crimes de guerre ou contre l'humanité si, au moment où ils ont été commis, la législation nationale ne les interdisait pas de façon expresse. Mais, en revenant sur les exigences du « Due process Model », nous constatons que le principe de la légalité criminelle a été établi pour protéger la personne poursuivie et non la victime[422]. Or, il est acquis que si la loi internationale lui est défavorable alors que la loi interne lui est favorable, l'interdiction de l'interprétation par analogie *in defavorem*, un autre corollaire du principe de la légalité, joue en sa faveur. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si la loi internationale lui est favorable alors que la loi interne lui est défavorable, l'interprétation par analogie *in favorem* favorise l'infracteur. Il est alors procéduralement interdit qu'un juge interne s'arroge le droit de violer ce principes de droit pénal, consacré par les diverses constitutions du monde en invoquant la seule gravité des crimes.

Par ailleurs, la proposition internationaliste rétablit le « Crime control Model », caractérisé par une extrême sévérité de la part de l'État face aux infractions et à leurs auteurs. Ce sont les dangers de cette sévérité qui nous poussent à soutenir que les juges doivent laisser au pouvoir législatif le pouvoir exclusif de réduire les droits et libertés individuelles des accusés même lorsqu'ils sont soupçonnés de crimes de guerre et contre l'humanité. Le Professeur Henzelin, soutient cette position lorsqu'il trouve que « toute restriction à des libertés individuelles, mais surtout les restrictions particulièrement graves, comme celles qui découlent de l'application du droit pénal, doit atteindre une densité normative minimale. Cette densité peut

---

421 Jacques Robert, « Le rôle des instruments internationaux dans la protection nationale des droits de l'homme (Applicabilité directe des traités internationaux) ». En ligne*:* http://concourt.am/old/Conferences/roberfr.html Dernière visite: le 26 avril 2009.

422 Yves Cartuyvels et Cie, *supra* note 401 à la p. 29.

être atteinte soit par un processus d'adoption démocratique, ou particulièrement rigide (légalité formelle), soit par les nombreuses décisions rendues sur une longue durée dans le même sens lorsqu'il s'agit de droit coutumier »[423].

En plus des blocages *ratione materiae*, la répression interne des crimes de guerre et contre l'humanité, notamment par l'exercice de la compétence personnelle et universelle, se heurte aux immunités de juridiction pénale des « personnalités de rang élevé » en déplacement à l'étranger.

Section 2. Défaut de compétence ratione personae

Le droit international conventionnel et coutumier protège une certaine catégorie de criminels contre toute poursuite à l'étranger, même lorsqu'ils sont supposés avoir commis ou ordonné de commettre des crimes de guerre ou contre l'humanité (& 1). Cette protection, qui empêche les auteurs supposés de tels crimes d'être traduits et poursuivis devant les tribunaux nationaux a pour but d'assurer la sécurité des relations internationales (& 2).

&1. Sur les bénéficiaires de l'immunité pénale

Le droit international exige des États de respecter les immunités de source conventionnelle (A) et coutumière (B) des personnalités étrangères et ainsi de s'abstenir de porter des accusations même en cas de crimes ici sous-étude.

A. De source conventionnelle

Selon Hervé Ascensio, l'immunité internationale peut être définie comme étant l'obligation qui est faite à l'État, en vertu du droit international public, de ne pas exercer sa juridiction contre un État étranger ou son représentant[424]. L'immunité de juridiction « est donc

---

[423] Marc Henzelin, *supra* note 226 à la p. 830.

[424] Hervé Ascensio, « L'immunité internationale du chef d'État », (2000) 6 La Lettre de la documentation française, à la p. 7.

plus une obligation que les juridictions du *for* doivent respecter qu'un droit du représentant étranger mis en cause devant elles »[425]. Il s'agit, avancent les Professeurs Verhoeven et Pierre d'Argent, d'une norme du droit des gens échappant totalement à la maîtrise du législateur national[426]. Elle n'est donc pas une cause d'excuse mais un obstacle parfait à l'exercice même d'une compétence juridictionnelle, que celle-ci soit relative à un crime de droit international ou à toute autre infraction[427].

À la lumière notamment du *Traité de Versailles* du 28 juin 1919[428], des principes énoncés à Nuremberg, de la jurisprudence des TPI *ad hoc* et des Conventions internationales[429], une partie de la doctrine est d'avis que « les immunités et privilèges attachés aux dirigeants en exercice comme à leurs représentants en poste à l'étranger disparaissent lorsque la preuve est apportée que ces personnes ont commis, ordonné de commettre ou se sont rendus complices – y compris par leur abstention d'empêcher l'acte criminel – d'infractions internationales graves »[430].

---

425 Pierre d'Argent, « Les nouvelles règles en matière d'immunités selon la loi du 5 août 2003 », (2004) 64: 1-2 Revue de droit de l'ULB 191-207;
Joe Verhoeven, « Les immunités de juridictions et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international », (2001) 69 Annuaire de l'Institut de droit international 441-553.

426 Pierre d'Argent et Jean d'Aspremont Lynden, « La loi de compétence universelle revue mais pas corrigée », (2003) journal des tribunaux 480.

427 Ainsi définie, l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère fait obstacle aux poursuites lorsqu'elles n'existent pas encore, et elle les suspend, une fois qu'elles ont été intentées, et que la personne mise en cause vient d'accéder aux hautes fonctions de l'État et ce, jusqu'à ce qu'elle en soit écartée.
Marina Spinedi, « State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur? », (2002) EJIL 895-899;
Isabelle Fichet et David Boyle, « Le jugement de la chambre des Lords dans l'affaire Pinochet », (1998) 12 Actualité et Droit International, à la p. 19;
Brigite Stern, « Les dits et les non dits de la Cour internationale de Justice dans l'affaire RDC contre Belgique », (2002) 3:4 Forum du droit international 104-116;
Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, (RDC c. Belgique), *supra* note 52, para. 58;
L'affaire *Kadhafi*, Cour de cassation française, Cass. Fr., 13 mars 2001, (2001) RGDIP 474 et note Fl. Poirat;
Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (*Djiboutie c. France*), CIJ, arrêt rendu le 4 juin 2008, (2008) CIJ Rec., para. 191.

428 Entre l'Allemagne et les puissances victorieuses de la Première Guerre mondiale, à savoir les États-Unis, la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et leurs alliés, le Traité de Versailles du 28 juin 1919, dans son article 227, ordonne la mise en accusation de Guillaume II, en écartant expressément les obstacles tirés de la souveraineté et de l'impersonnalité de l'acte d'un souverain au motif que « l'impunité de l'empereur porterait une irrémédiable atteinte au droit international nouveau ». Voir notamment Claude Lombois, *supra* note 310 à la p. 59.

429 Statut de Rome, art. 27 et *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, art. 4;
Statut du TPIR, art. 6(2), Statut du TPIY, art. 7(2) et principe no. 1 et 3 des Principes de Nuremberg.

Fondamentalement, cette doctrine estime que « l'argument tiré du respect de la souveraineté étatique pour justifier l'exonération pénale des dirigeants en exercice n'est pas fondé. [...] l'inculpation d'un criminel, fut-il un chef d'État, ne pouvant être interprétée ni comme la mise en cause d'un gouvernement étranger, ni comme un acte d'ingérence dans les affaires intérieures d'un État étranger »[431]. La Chambre d'appel du TPIY, dans l'affaire *Blaškić*, souscrit également à cette doctrine:

> Il est bien établi que le droit international coutumier protège l'organisation interne de chaque État souverain [...]. Le corollaire de ce pouvoir exclusif des États est que chacun d'eux est en droit d'exiger que les actes ou opérations accomplis par l'un de ses organes agissant ès qualités soient imputés à l'État, si bien que l'organe en question ne peut être tenu de répondre de ces actes ou opérations. La règle générale en cause est bien établie en droit international et repose sur l'égalité souveraine des États (*par in parem non habet imperium*). Les rares exceptions concernent une conséquence particulière de cette règle. Ces exceptions naissent des normes du droit international pénal prohibant les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide. D'après ces normes, les responsables de ces crimes ne peuvent invoquer l'immunité à l'égard des juridictions nationales ou internationales, même s'ils ont commis ces crimes dans le cadre de leurs fonctions officielles. De même, d'autres catégories de personnes (par exemple les espions, tels que définis à l'article 29 du Règlement concernant les lois et coutumes de guerre sur terre annexé à la Convention IV de La Haye de 1907), bien qu'agissant en tant qu'organes de l'État, peuvent être tenues pour personnellement responsables de leurs actes illicites[432].

Les sources conventionnelles et coutumières démontrent cependant que cette doctrine prête aux États une obligation qu'ils n'ont pas vraiment voulue assumer ou qu'ils n'ont même pas eu conscience d'assumer. En respect de leurs immunités internationales, les États se sont toujours abstenus d'enquêter, et le cas échéant, d'arrêter et poursuivre les hauts représentants de

---

430 Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford International Law Library, 2002, à la p. 538;
Ghislaine Doucet, « La responsabilité pénale des dirigeants en exercice », Actualité et droit international, janvier 2001. En ligne www.ridi.org/adi Dernière visite: le 26 mars 2009;
Anne Muxart, « Immunité de l'ex-chef d'État et compétence universelle: quelques réflexions à propos de l'affaire Pinochet », (1998) 12 Actualité et Droit International, à la p. 12;
Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2004, à la p. 243.

431 *Ibid.*

432 *Le Procureur c. Blaškić* (1997), affaire no IT-95-14, (TPIY, Chambre d'appel), arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, para. 41.

l'État qui voyagent à l'étranger pour une mission spéciale et les diplomates ou fonctionnaires consulaires accrédités sur leurs territoires respectifs.

Du point de vue du droit positif, trois conventions internationales garantissent expressément une immunité de juridiction pénale aux diplomates et aux fonctionnaires consulaires, ainsi qu'aux personnalités de rang élevé d'un État, lorsque celles-ci prennent part à une mission spéciale à l'étranger. En termes de portée, nous constaterons que ces conventions ne renvoient pas à une éventuelle possibilité de lever les immunités, qu'elles garantissent lorsque le bénéficiaire est poursuivi pour certains crimes internationaux.

1^{0}. La *Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques*[433] règle les rapports diplomatiques entre les États et réglemente l'immunité du personnel diplomatique. Entre États-signataires, elle stipule que les agents diplomatiques jouissent de l'immunité totale de la juridiction pénale de l'État accréditaire[434]. Plus encore, elle édicte que « la personne de l'agent diplomatique est inviolable. Il ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention. L'État accréditaire le traite avec le respect qui lui est dû, et prend toutes mesures appropriées pour empêcher toute atteinte à sa personne, sa liberté et sa dignité »[435]. Par agent diplomatique, il faut entendre, en plus des diplomates *per se* (agents de missions diplomatiques permanentes), les membres de leurs familles respectives qui les accompagnent, les membres du personnel de service de la mission et leurs domestiques respectifs[436].

Ainsi, la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* édicte une obligation, d'une part, de caractère négatif de ne pas commettre d'actes susceptibles de porter atteinte à la protection des agents de missions diplomatiques permanentes, les membres de leurs familles respectives qui les accompagnent, les membres du personnel de service de la mission et leurs domestiques respectifs. Elle édicte, d'autre part, une obligation positive de prendre toutes les mesures appropriées pour prévenir les atteintes à la liberté, à l'honneur et la dignité de ces

---

433 Entrée en vigueur le 24 avril 1964, (1961) 500 R.T.N.U. 95 [179 États-Parties].

434 *Ibid.*, art. 31.(1).

435 *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, art. 29.

436 *Ibid.*, art. 10, 33, 37 et 38.

personnes, pour autant qu'elles ne soient pas des ressortissantes de l'État accréditaire ou n'y ont pas leur résidence permanente[437].

Dans l'espace, la protection est restreinte au territoire de l'État accréditaire. Celui-ci ne pouvant agir que si l'État accréditant lève l'immunité qu'il a conférée à son agent ou si les fonctions de l'agent prennent fin. En ce qui concerne la matière, la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* ne précise pas si l'immunité diplomatique couvre seulement les actes accomplis dans l'exercice des fonctions officielles de l'agent. Il faut donc procéder à une analyse juridique pour déceler si elle s'applique à tous les types d'infraction, y compris les crimes de guerre et contre l'humanité ou si ces derniers en sont exclus comme l'affirme une certaine doctrine[438].

La *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1948 et les CG de 1949, devancières de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, ne contiennent pas de dispositions expresses selon lesquelles l'immunité des diplomates tombe lorsqu'ils sont accusés devant un tribunal étranger de génocide ou d'infractions graves au droit de Genève. Par contre, ce statut tombe si l'intéressé est poursuivi devant les tribunaux de son propre pays[439]. Qui plus est, la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* est entrée en vigueur le 24 avril 1964, soit quatorze ans après l'adoption des principes de Nuremberg. Le fait qu'elle ne fasse pas référence aux crimes de guerre et contre l'humanité indique clairement que les diplomates ne seront pas traduits devant les tribunaux étrangers et, le cas échéant, jugés en ignorant leur statut officiel comme le prévoient ces principes[440].

Le Statut de Rome, récemment entré en vigueur, précise bien que « les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour pénale internationale

---

437 *Ibid.*, art. 29.

438 Voir la note 427.

439 *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, art. 4.

440 Principes no 1 et 3 des principes de Nuremberg.

d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne »[441]. Il élimine donc l'obstacle en ce qui concerne l'intervention de la CPI. Toutefois, la CPI ne peut pas contraindre un État d'arrêter et lui remettre une personne protégée par les immunités diplomatiques ou un accord entre son État d'origine et l'État où elle se trouve réellement, à moins d'obtenir au préalable la levée de cette immunité ou l'annulation de l'accord entre les deux États[442]. En d'autres mots, la CPI doit, au préalable, avoir le consentement de l'État qui a conféré les immunités avant de pouvoir faire arrêter et juger un diplomate, un fonctionnaire consulaire ou en mission spéciale à l'étranger.

Devant les tribunaux nationaux, le Statut de Rome n'exclut pas expressément d'invoquer le statut officiel de diplomates, de fonctionnaires consulaires ou de personnalités de haut rang en mission spéciale à l'étranger. Il se contente seulement de déclarer qu'il « s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle »[443]. Une telle formulation d'ordre général n'est pas suffisante pour soutenir l'hypothèse selon laquelle les immunités des diplomates disparaissent lorsque la preuve est apportée qu'ils ont commis, ordonné de commettre ou se sont rendus complices de crimes de guerre ou contre l'humanité.

Dans ces conditions, nous pouvons conclure que la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* protège l'agent diplomatique contre toute poursuite à l'étranger sans tenir compte de la relation entre l'objet de la procédure judiciaire et ses fonctions officielles. Elle garantit donc, entre États-parties, aux diplomates et assimilés, sous réserve d'une règle équivalente à l'effet contraire, une immunité procédurale indiscutable même si les crimes de guerre ou contre l'humanité sont en cause.

Par poursuites, il faut largement entendre tout acte d'enquête, d'instruction, de règlement d'instance ou de jugement, c'est-à-dire, pour reprendre les termes de la CIJ, tout acte d'autorité de la part des organes de l'État étranger[444]. Il n'y a donc pas lieu de faire une quelconque

---

441 Statut de Rome, art. 27. (2).

442 *Ibid.*, art. 98.

443 *Ibid.*, art. 27. (1).

444 Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, (*RDC c. Belgique*), *supra* note 52, para. 54.

distinction entre le fait d'ouvrir une enquête et d'instruire le dossier, qui serait permis malgré l'immunité, et la délivrance d'un mandat d'arrêt, qui serait prétendument seule prohibée[445].

2^0. Aux termes de la *Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires*[446], sous réserve de la renonciation[447], les fonctionnaires consulaires et les employés consulaires, les membres de leurs familles respectives qui les accompagnent et leurs domestiques respectifs ne sont pas justiciables des autorités judiciaires et administratives de l'État de résidence pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions consulaires[448]. Ils peuvent cependant l'être en cas de crimes graves:

> 41. (1). Les fonctionnaires consulaires ne peuvent être mis en état d'arrestation ou de détention préventive qu'en cas de crime grave et à la suite d'une décision de l'autorité judiciaire compétente.
> (2). A l'exception du cas prévu au par. 1 du présent article, les fonctionnaires consulaires ne peuvent pas être incarcérés ni soumis à aucune autre forme de limitation de leur liberté personnelle, sauf en exécution d'une décision judiciaire définitive.

La *Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires* ne definit pas ce qu'il faut entendre par crimes graves. Toutefois, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne peuvent pas être considérés comme étant des actes officiels d'un agent consulaire[449]. Qui plus est, ils sont graves en droit international. Par conséquent, nous pouvons faire l'argument que durant la période en poste, la *Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires* ne crée pas d'empêchement procédural en faveur des fonctionnaires

---

445 L'arrêt Sharon, Cour de cassation belge, Cass., 12 février 2003, (2003) 22 journal des tribunaux 247;
Pierre d'Argent, « Monsieur Sharon et ses juges belges », (2003) JT, de la p. 247-252;
Dans *Djiboutie c. France*, *supra* note 425, para. 166, la CIJ donne raison à la France en déclarant que la convocation d'un chef d'État étranger à témoigner ne porte en aucune manière atteinte à celui-ci.

446 Entrée en vigueur le 19 mars 1967, (1963) 596 R.T.N.U. 261 [163 États-Parties].

447 *Ibid.*, art. 45 (seul l'Etat accréditant peut renoncer à cette immunité).

448 *Ibid.*, art. 43.

449 Voir *R. v. Bartle*, ex parte Pinochet, *supra* note 63 à la p. 1337;
Andrea Bianchi, «Immunity Versus Human Rights: The Pinochet Case», (1999) 10 EJIL, à la p. 237;
Dans *Gerritsen v. de la Madrid Hurtado*, 819 F2d 1511 (9th Cir. 1987), 101 ILR 175, l'agression, survenue en dehors des locaux du consulat, était jugée non couverte par l'immunité parce que ce n'est pas un acte officiel.

consulaires, les membres de leurs familles respectives qui les accompagnent et leurs domestiques respectifs lorsqu'ils sont présumés auteurs de crimes de guerre ou contre l'humanité. Ils pourraient donc être mis en état d'arrestation ou de détention préventive, et le cas échéant traduits en jugement, sur la base de soupçons portant sur ces crimes qui menacent la paix et la sécurité internationales[450]. Toutefois, nous verrons, ultérieurement, qu'ils sont protégés par les immunités de juridiction pénale de source coutumière contre une quelconque action pénale[451].

3^{0}. Finalement, la *Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales*[452] prévoit que « les représentants de l'État dans une mission spéciale et les membres du personnel diplomatique de celle-ci jouissent de l'immunité de la juridiction pénale de l'État de réception »[453] et de tout État de transit[454]. De plus, le chef de l'État[455], «le chef de gouvernement, le ministre des affaires étrangères et les autres personnalités de rang élevé, quand ils prennent part à une mission spéciale de l'État d'envoi, jouissent dans l'État de réception ou dans un État tiers, en plus de ce qui est accordé par la présente convention, des facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international [coutumier]»[456]. L'État d'envoi peut cependant renoncer à cette immunité[457] ou décider de poursuivre lui-même la personnalité mise en cause[458].

La *Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales* définit l'expression «mission spéciale» comme étant « une mission temporaire, ayant un caractère représentatif de l'État, envoyée par un État auprès d'un autre État avec le consentement de ce

---

450 *Ibid.*, art. 41(1).

451 Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, (*RDC c. Belgique*), *supra* note 52, para. 51.

452 Entrée en vigueur le 21 juin 1985, (1969) 1155 R.T.N.U. 331 [43 États-Parties].

453 *Ibid.*, art. 31.(1).

454 *Ibid.*, art. 42.

455 *Ibid.*, art. 21.(1).

456 *Ibid*, para. 29 et 31.(4).

457 *Ibid.*, art. 41.

458 *Ibid.*, art. 31.(5).

dernier pour traiter avec lui de questions déterminées ou pour accomplir auprès de lui une tâche déterminée »[459].

Dans le temps, les membres de la mission spéciale bénéficient de leurs privilèges et immunités dès leur entrée sur le territoire de l'État de réception pour exercer leurs fonctions dans la mission spéciale[460]. S'ils se trouvent déjà sur ce territoire, cette protection commence dès que le Ministère des affaires étrangères de l'État de réception de la mission reçoit la notification de leur nomination[461]. Lorsque ces fonctions prennent fin, les privilèges et immunités qui leurs sont attachées cessent, sauf pour les actes accomplis dans l'exercice des fonctions officielles[462].

Au niveau des bénéficiaires de l'immunité, la *Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales* protège contre les poursuites à l'étranger, les « personnalités de haut rang », à l'instar du chef de l'État, du chef de gouvernement, du ministre des affaires étrangères, qui prennent part à la mission spéciale de l'État à l'étranger. Par le terme général de « personnalités de haut rang », la *Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales* n'énumère pas de façon limitative les postes officiels concernés. Elle ne définit pas, non plus, les critères à appliquer pour limiter le nombre ou le niveau de représentants de l'État qui peuvent bénéficier de cette immunité. En ne délimitant pas de façon complète et limitative la notion de « personnalités de haut rang » pouvant faire partie d'une mission spéciale, il nous semble que la *Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales* étend sa protection procédurale à tous les fonctionnaires ou agents officiels d'un État-partie, qui voyagent à l'étranger pour une certaine mission dite spéciale.

La doctrine entend par « personnalités de haut rang » notamment les Chefs d'État, les vice-présidents, les chefs de gouvernement, les présidents des chambres, les présidents des juridictions nationales suprêmes, les chefs des collectivités constitutives d'un État fédéral, les

---

459 *Ibid., a*rt 1(a).

460 *Ibid.*, art. 43 .(1).

461 *Ibid.*

462 *Ibid.*, art. 43 . (2).

Ministres des affaires étrangères et autres membres de gouvernement, ainsi que les membres de leurs délégations (n'importe qui) lorsqu'ils prennent part à une mission spéciale de l'État[463].

D'un point de vue matériel, il n'y a aucune indication expresse ou implicite dans la *Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales* qui permetrait de conclure que les crimes de guerre et contre l'humanité sont exclus de l'immunité de la juridiction pénale étrangère qui protège les « personnalités de haut rang » en mission spéciale. Par conséquent, lorsqu'ils participent à une mission officielle à l'étranger, ces personnalités bénéficient de l'immunité de juridiction pénale totale dans l'État de réception de la mission comme dans les États de transit, peu importe l'objet de leur mise en cause.

Cela étant, un traité lie les États-parties seulement[464]. Il ne crée pas d'obligation pour un État tiers sans son consentement (*Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) donné souverainement et par écrit[465]. Par conséquent, pour que l'une ou l'autre de ces conventions internationales empêche de poursuivre un diplomate, un fonctionnaire consulaire ou une personnalité de haut rang en mission spéciale à l'étranger, les deux États concernés doivent en faire partie. Dans le cas contraire, elle ne peut pas bloquer les poursuites exercées en vertu de la compétence universelle ou de la compétence personnelle passive contre un présumé criminel de guerre ou contre l'humanité.

Par ailleurs, la protection que garantit la *Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales* ne s'étend pas en dehors de missions spéciales, c'est-à-dire qu'elle ne protège pas les personnalités de haut rang lorsqu'elles sont en visite privée à l'étranger. Les personnalités de haut rang en visite privée, les diplomates et fonctionnaires consulaires accrédités dans un État non signataire des conventions précédentes ne seront cependant pas automatiquement accessibles à la justice nationale. En effet, ces conventions codifient les

---

463 Simone Dreyfus, *Droit des relations internationales*, Paris, Cujas, 1992, à la p. 168.

464 *Convention de Vienne sur le droit des traités,* art. 26.

465 *Ibid.,* art. 29 et 34.

immunités pénales d'origine coutumière[466], par conséquent, ces dernières permettent de faire échec aux poursuites qui peuvent être déclenchées contre cette catégorie de criminel. Nous analysons, ci-après, leur portée et leurs limites à travers la pratique étatique.

B. De droit international coutumier

Avant 2003, l'immunité attachée à la qualité officielle d'un étranger n'empêchait pas les tribunaux belges d'entamer contre lui des poursuites du chef de crime de droit international humanitaire[467]. Toutefois, « en vertu du principe général de loyauté de l'action de la justice, une immunité d'exécution devait être reconnue à tout représentant d'un État accueilli sur le territoire belge en tant que tel (en visite officielle) »[468]. Dans cette occurrence, « l'État accueillant et ses différentes composantes s'engagent à ne prendre aucune mesure coercitive à l'égard de son hôte et cette invitation ne pourrait devenir le prétexte pour faire tomber l'intéressé dans ce qui devrait alors être qualifié de guet-apens »[469].

Le 11 avril 2000, les autorités judiciaires belges ont effectivement émis et diffusé un mandat d'arrêt international contre Abdulaye Yerodia Ndombasi, alors chef de cabinet du président de la RDC, devenu par la suite ministre des affaires étrangères, en vue de son arrestation et extradition vers la Belgique, où il devait répondre aux accusations de crime contre l'humanité et d'appel au génocide[470]. Ledit mandat indique cependant de ne pas arrêter le concerné s'il participe à une mission officielle de l'État congolais.

---

466 *Convention de New York du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales*, art. 21(1) et (2);
Dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du Il avril 2000 (*RDC c. Belgique*), *supra* note 52, para. 52, la CIJ note que la *convention de Vienne sur les relations diplomatiques* reflète le droit international coutumier.

467 Voir le Doc. Parl., Sénat, session 1998-1999, 1-749/3, à la p. 21;
Loi de 1993 relative aux violations graves du droit international humanitaire, tel qu'amendée en 1999, art. 5 (3).

468 Marc Henzelin, « L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice », (2002) 120 Revue Pénale Suisse, de la p. 249-264.

469 *Ibid.*

470 Dans un discours public, Ndombassi aurait demandé à ses compatriotes de tuer toute personne d'origine Tutsi qui se trouve sur le territoire de la RDC. Lire notamment Collette Braeckman, *L'enjeu congolais. L'Afrique centrale après Mobutu*, Paris, Fayard, 1999, de la p. 356-385.

Le 17 octobre 2000, la RDC a saisi la CIJ d'une requête introductive d'instance alléguant la violation, par la Belgique, de l'immunité de son ministre des Affaires étrangères. Le 14 février 2002, la CIJ a rendu une décision, dans laquelle elle déclare « qu'il est clairement établi en droit international [coutumier] que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent, dans les autres États, d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales »[471]. Pour elle, l'extension de compétence juridictionnelle des États en réponse aux obligations conventionnelles « ne porte en rien atteinte aux immunités résultant du droit international coutumier, et notamment aux immunités des ministres des affaires étrangères. Celles-ci demeurent opposables devant les tribunaux d'un État étranger, même lorsque ces tribunaux exercent une telle compétence sur la base de ces conventions »[472].

La justice nationale étrangère est donc incapable d'atteindre « les personnes occupant un rang élevé dans l'État », qui sont généralement les organisateurs, commanditaires et planificateurs des pires atrocités[473]. Cette responsabilité pénale ne peut être recherchée que « lorsque l'intéressé est poursuivi dans son propre pays, lorsque son immunité a été levée, lorsqu'il a cessé d'occuper ses fonctions (sauf s'il est poursuivi pour des actes commis à titre officiel), et lorsqu'il est poursuivi devant une juridiction internationale»[474]. L'immunité de juridiction continuera à lui être accordée même après qu'il aura cessé d'être le représentant d'un État pour « les actes qu'il a accomplis durant ses fonctions et qui participaient de leur exercice, mais pas pour les infractions internationales – au demeurant accomplies principalement pour satisfaire un intérêt personnel ou l'appropriation frauduleuse des avoirs ou des ressources de l'État »[475].

---

471 Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*RDC c. Belgique*), *supra* note 52, para. 51 et 54.

472 *Ibid.*, para. 59.

473 Serge Sur, « Le droit international pénal entre l'État et la société internationale », dans Roth et Henzelin, *supra* note 40 de la p. 56-57.

474 Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*RDC c. Belgique*), *supra* note 52, para 58 – 61.

475 Institut de droit international, « Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'État et de gouvernement en droit international », Treizième Commission, Session de Vancouver, 2001, art. 2 et 13.

La doctrine accuse la CIJ de développer une vision pragmatique pour expliquer au lecteur quelles sont les fonctions d'un ministre des Affaires étrangères et en quoi le mandat d'arrêt belge ferait obstacle à ces fonctions, sans vraiment démontrer la pratique des États pour asseoir son raisonnement[476]. Pour nous, ce n'est pas cette pratique qui est préoccupante, mais le paradoxe selon lequel la recherche de la responsabilité pénale de ceux dont le pouvoir est le plus grand devrait être retardée et conditionnée à leur retrait des fonctions officielles de l'État alors que la justice doit frapper avec rigueur et célérité ceux qui ont perdu la guerre[477]. Nous discuterons de cette question après avoir éclairé le lecteur sur la pratique en question.

&2. Une pratique véritablement constante et générale

L'immunité de juridiction pénale des personnes occupant un rang élevé dans l'État, à l'instar des ministres des Affaires étrangères, est une norme de droit international coutumier (A), instituée dans le but prioritaire « d'assurer la sécurité des relations internationales »[478] (B).

A. Une règle véritablement coutumière

Nous avons déjà vu que la coutume internationale est une source non écrite du droit international et dont l'existence se prouve par la réunion de deux éléments, à savoir l'élément matériel, soit une pratique constante et généralisée des États (*usus*) et l'élément subjectif ou l'*opinio juris*, soit la conviction des États que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit[479]. Nous avons également déjà signalé qu'une loi, une déclaration ou encore un jugement rendu par une juridiction nationale ainsi que l'adhésion aux différents traités en la matière constituent la base de cette pratique[480].

---

476 Marc Henzelin, *supra* note 468 à la p. 251.

477 Mr. Robert H. Jackson, Procureur à Nuremberg, refusait « d'accepter le paradoxe que la responsabilité pénale devrait être la plus faible alors que le pouvoir est le plus grand ». Voir Telford Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials. A Personal Memoir*, New York, Alfred A. Knopf, 1992, à la p. 53.

478 Marc Henzelin, *supra* note 468 à la p. 250.

479 Voir depuis la p. 61.

480 *Ibid.*

1[0]. **La pratique des États.** Le Professeur Henzelin, qui a longuement commenté l'arrêt de la CIJ, est d'avis qu'il y a « un défaut de pratique établie des États en matière de reconnaissance ou de refus d'immunité pénale pour les ministres des affaires étrangères, en exercice ou à la retraite »[481]. Même restreint sur le cas des ministres des affaires étrangères, nous ne partageons pas l'analyse du Professeur Henzelin. D'un point de vue législatif, presque tous les États, à l'instar du Canada, prévoient que les chefs d'État et assimilés, chef de gouvernement ou tout ministre des affaires étrangères, tout membre de la famille d'une telle personne qui l'accompagne; tout représentant, fonctionnaire ou personnalité officielle d'un État et tout membre de sa famille qui l'accompagne jouissent d'une immunité de juridiction totale à l'étranger[482]. Ce simple fait suffit amplement pour justifier notre désaccord. En effet, ces législations, nombreuses et concordantes[483], indiquent un ordre donné aux autorités policières et judiciaires de ne jamais toucher aux immunités des diplomates, des fonctionnaires consulaires et des personnalités de haut rang en mission spéciale à l'étranger.

2[0]. Au niveau judiciaire, en novembre 1998, la Fédération internationale des droits de l'Homme a saisi le Procureur de la République française à Paris, requérant de lui qu'il entame des poursuites pour crime contre l'humanité à l'encontre de Monsieur Laurent Désiré Kabila, alors Président en exercice de la RDC, en visite officielle en France[484]. Celui-ci a soulevé d'office l'immunité dont bénéficie un chef d'État en exercice en droit international coutumier et en droit français, « d'autant plus lorsqu'il se trouve sur le territoire français à l'invitation officielle de la France - principe d'immunité et principe dit de courtoisie »[485]. Le dossier fût classé sans suite.

---

481 Henzelin, *supra* note 468 à la p. 252.

482 Voir C.cr. art. 2.

483 Hazel Fox, *supra* note 430 à la p 426 et ss.

484 Shiva Eftekhari, « International Criminal Justice: Rwanda and French Human Rights Activism », (2001) 23: 4 Human rights Quarterly 1032, à la p. 1041.

485 Selon Dominique Carreau, *Droit international*, 3[e] éd., Paris, Pedone, 1991, à la p. 260, par courtoisie, « il faut entendre des règles de bienséance, de convenance ou de politesse internationale qui guident le plus souvent la conduite des États ».
Voir aussi David Ruzié, *Droit international public*, 15[e] éd., Paris, Dalloz, 2000, à la p. 1.

3^{0}. Au Royaume-Uni, le 25 novembre 1998, la Chambre des Lords, saisie en dernier appel de l'affaire *Pinochet*, a déclaré qu'un ancien chef d'État ne bénéficie de l'immunité contre l'arrestation en Grande-Bretagne que pour des actes effectués dans l'exercice de ses fonctions et non pour des «crimes internationaux tels que la torture ou la prise d'otages »[486]. Les *Law Lords* sont unanimes pour reconnaître cependant que si le Général Pinochet assumait encore les fonctions de chef d'État, il jouirait d'une immunité étatique en vertu du *State Immunity Act* promulgué en 1978[487] et du fait que « the English courts would give effect to immunities available under customary international law, subject to statutory requirement not to do so »[488].

4^{0}. Dans *Tatchell v. Mugabe*[489], Peter Tatchell demande aux autorités britanniques d'émettre un mandat d'arrêt contre Robert Mugabe, président en exercice du Zimbabwe, fondé sur des allégations de crime contre l'humanité et de torture ordonnés et survenus dans son pays. En refusant d'émettre le mandat demandé, Tim Workman, *Senior District Judge,* déclare qu'en droit britannique, les chefs d'État étrangers ne pourront pas faire l'objet d'enquête ou d'une quelconque mesure judiciaire pour établir les allégations de crimes de guerre ou contre l'humanité qui pèseraient sur eux:

> 5. Whilst international law evolves over a period of time international customary law which is embodied in our Common Law currently provides absolute immunity to any Head of State.
> 6. In addition to the Common Law our State Immunity Act of 1978 which extends the Diplomatic Privileges Act of 1964 provides for immunity from the criminal jurisdiction for any Head of State.
>
> 7. I am satisfied that Robert Mugabe is President and Head of State of Zimbabwe and is entitled whilst he is Head of State to that immunity. He is not liable to any form of arrest or detention and I am therefore unable to issue the warrant that has been applied for.

---

486 Voir *R. v. Bartle, ex parte Pinochet, supra* note 63.

487 *United Kingdom State Immunity Act of 1978*, s. 14 and 20 provide for immunity from the criminal jurisdiction for any Head of State and other specific dignitaries.

488 *R. v. Bartle, ex parte Pinochet*, (No 3), (2000) 1 AC 119, para. 5.

489 Bow Street Magistrates' Court, 14 January 2004, (2004) ILDC 96.

Déçu de ce jugement, Peter Tatchell a saisi les tribunaux français de sa plainte contre le président du Zimbabwe. Le 21 février 2003, le parquet de Paris a classé sans suite cette plainte, au motif que le mis en cause bénéficie d'une immunité de droit international coutumier et de droit interne français[490].

5⁰. Dans *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*[491], les proches des victimes palestiniennes demandent au *Bow Street Magistrates' Court* d'émettre un mandat d'arrêt contre le Général Shaul Mofaz, alors ministre de la défense de l'État d'Israël, en visite officielle au Royaume-Uni, pour violation des quatre CG de 1949[492]. Aussitôt mis au courant de l'accusation, le Général Mofaz a fit valoir aux autorités britanniques qu'il était protégé par une immunité internationale. Les victimes soumirent cependant au Juge Pratt que « the proper time to raise the question of immunity was at the first hearing after the arrest warrant had been executed». Considérant le jugement de la CIJ du 14 février 2002, le Juge Pratt conclut que l'immunité reconnue au ministre des Affaires étrangères pouvait s'étendre « to a range of other officials who might be considered to perform, when abroad, a representative function akin to that of a diplomatik or Head of State. A Defence Minister is one candidate ». Un ministre de la défense bénéficie automatiquement de la protection des immunités contre des poursuites lorsqu'il voyage au Royaume-Uni:

> The basis for saying that a Foreign Minister should have state immunity was to enable him effectively to fulfil his function which would include travel or diplomatic missions on behalf of the State. Would such immunity extend to any other Minister of State, including a Defence Minister?

---

490 Reporters sans frontières, «France - le parquet de Paris a classé sans suite une plainte visant le président du Zimbabwe, Robert Mugabe, en se fondant sur le principe de l'immunité des chefs d'Etat en exercice». En ligne: http://www.rsf.org/article.php3?id_article=5033 Dernière visite: le 21 février 2009.

491 Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz, Decision of the Bow Street Magistrates' Court, 12 February 2004, UK, (2004) ILDC 97, par Cl Pratt, Dist. J.

492 Ils allèguent « that General Mofaz had ordered the commission of grave breaches of the Fourth Geneva Convention, namely wilful killing, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, and extensive destruction and appropriation of property not justified by military necessity and carried out unlawfully or wantonly, which are recognized as crimes of universal jurisdiction under English law by s. 1 of the Geneva Conventions Act 1957».

> I conclude that a Defence Minister would automatically acquire state immunity in the same way as that pertaining to a Foreign Minister. Given that finding, I decline to issue the warrant requested[493].

En plus du ministre de la Défense, la présente décision protège quiconque détient une fonction proche de celle d'un diplomate et qui l'emmène à voyager à l'étranger pour le compte d'un État souverain. Au demeurant, tel que le déclare la Cour italienne de cassation dans *Public Prosecutor v. Djukanovic*[494], cette protection ne s'étend pas aux dirigeants des entités territoriales, tels que ceux de Monténégro, qui ne jouissent pas, en droit international, de la pleine souveraineté[495].

6^{0}. Depuis le 9 décembre 2002, la République du Congo demande à la CIJ d'ordonner la suspension immédiate de la procédure entamée par le juge d'instruction du Tribunal de grande instance de Meaux (France) . Celle-ci fait suite à une plainte pour crimes contre l'humanité et tortures présumément commis au Congo sur des personnes de nationalité congolaise et mettant en cause le Président congolais, monsieur Denis Sassou Nguesso, le ministre congolais de l'Intérieur, le général Pierre Oba, ainsi que d'autres personalités, dont le général Norbert Dabira, inspecteur général des forces armées congolaises, et le général Blaise Adoua, commandant la garde présidentielle[496].

Le général Norbert Dabira, qui fut mis en examen le 11 septembre 2002, possède une résidence en France et il s'est effectivement trouvé sur le territoire français après les faits. Après sa mise en examen, il est rentré au Congo et, de là, il a fait savoir aux autorités françaises qu'il bénéficiait de l'immunité de fonction. Le 16 septembre 2002, un juge d'instruction a délivré à l'encontre du général Dabira un mandat d'amener, exécutable uniquement si celui-ci décidait de revenir en France[497]. En d'autres mots, le général Dabira bénéficie, comme tous ses complices,

---

493 *Ibid.*,

494 Court of cassation, third criminal section, 28 December 2004, no 49666, (2005) 30 ILDC 74 .

495 *Ibid.*, para 12, 20 et 35.

496 Affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France (*République du Congo c. France*), [2003] C.I.J. Compte rendu 2003/221. En ligne: http://www.icj-cij.org Dernière visite: le 5 janvier 2009.

497 Trial Watch, « Norbert Dabira », En ligne:

d'une impunité au motif qu'ils sont protégés par une immunité de fonction et, ultimement, par la souveraineté de l'État dont ils auraient martyrisé les ressortissants.

7^{0}. La justice espagnole a ouvert en 2005 une enquête sur la mort de neuf Espagnols assassinés au Rwanda entre 1994 et 2000, à la suite d'une plainte du Forum international pour la vérité et la justice en Afrique des Grands Lacs[498]. L'enquête a conduit l'Audience nationale, principale instance pénale espagnole, à lancer des poursuites, accompagnées de mandats d'arrêt internationaux, contre 40 militaires rwandais pour « génocide, crime contre l'humanité et terrorisme »[499]. Selon le communiqué de l'Audience nationale, l'actuel président du Rwanda, Paul Kagame, est exclu des poursuites espagnoles, parce qu'il est un chef d'État en exercice bénéficiant à ce titre d'une immunité de droit international coutumier[500].

8^{0}. Le 17 novembre 2006, après avoir conclu son enquête sur l'attentat du 6 avril 1994 contre l'avion de l'ancien Président rwandais, Juvénal Habyarimana, considéré comme étant l'acte déclencheur du génocide contre les Tutsi rwandais en 1994[501], le juge d'instruction français du Parquet près le Tribunal de Grande instance de Paris, Jean-Louis de Bruguière, a émis, en accord avec le parquet de Paris, des mandats d'arrêt internationaux contre neuf dignitaires du régime rwandais[502]. Mais bien que visé au premier chef par l'enquête du juge Bruguière, Paul Kagame, actuel Président du Rwanda, ne fait, en revanche, pas l'objet d'un mandat d'arrêt. En vertu de l'immunité judiciaire due aux chefs d'État en exercice tant en droit international coutumier qu'en droit français, les autorités françaises ont préféré renvoyer son cas devant le TPIR[503]. Celui-ci n'a entrepris, à ce jour, aucune mesure de mise en accusation.

---

http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/facts/norbert_dabira_539.html Dernière visite: le 6 mai 2009.

498 Disponible en ligne au *http://www.grandslacs.net/doc/3574.pdf* Dernière visite: le 7 mai 2009.

499 *Ibid.*

500 En ligne: http://www.latinreporters.com/espagnepol07022008.html Dernière visite: le 18 juin 2009

501 Ordonnance de Soit-Communiqué, *supra* note 259.

502 Sur la liste du juge Bruguière se trouvent le chef d'État major de l'armée rwandaise, l'ambassadeur du Rwanda en Inde, le chef du protocole du Président rwandais et d'autres haut-cadres de l'armée rwandaise.

503 Ordonnance de Soit-Communiqué, *supra* note 259 de la p. 61-62

En conclusion, rien dans cette pratique ne permet de conclure que les immunités des dirigeants étrangers, à l'instar des diplomates et des fonctionnaires consulaires, tombent lorsqu'ils sont accusés de crimes de guerre ou contre l'humanité à l'étranger.

Au niveau de ***l'opinio juris sive necessitatis***, c'est-à-dire de la conviction que l'abstention des États de poursuivre les dirigeants étrangers en exercice devant les tribunaux nationaux étrangers est rendue obligatoire par une règle de droit, nous sommes d'avis qu'après 1960, les trois conventions internationales que nous avons analysées, qui ont reçu une adhésion quasi universelle de la part des États, du moins si on en croit la liste des lois nationales de mise en œuvre[504], font la preuve d'une *opinio juris*. Avant cette codification en droit international positif, les justifications concernant l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère ont d'abord consisté à créer des fictions juridiques de droit divin ou de droit naturel. Ces fictions avaient cependant une valeur juridique indiscutable pour les États.

1^0. La première fiction remonte de 1625, lorsque Grotius, et par la suite le jurisconsulte hollandais Cornelius van Bynkershoek, Burlamaqui et Vattel, ont développé la fiction juridique de l'exterritorialité pour expliquer l'immunité qui extrait les souverains et leurs répresentants à tout jugement devant les juridictions nationales étrangères[505]. Selon cette fiction, les États sont convaincus qu'« un chef d'État est censé, en quelque lieu qu'il se trouve, tout comme les agents diplomatiques qui représentent leur pays au dehors, ne pas avoir quitté le sol de sa patrie; dès lors il échappe nécessairement à l'action des lois étrangères et à la juridiction des tribunaux étrangers »[506]. En d'autres mots, lorsque le souverrain ou un de ses représentants est dans un pays étranger, il est considéré comme continuant à vivre dans son propre territoire et,

---

504 Voir notamment Hazel Fox, *supra* note 430 de la p.426 et ss.

505 Hugo Grotius, *De Jure Belli et Pacis* (1625), Livre II, chap. XVIII, para. 5 (trad. Campbell): «as according to the law of nations, the ambassador represents in a kind of fiction the actual person of his master, so he is regarded, by a similar fiction, as being outside the territory of the power in respect of whom he exercises his functions».
Emmerich de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Leiden, Leiden University Press, 1758 (réed 1980), de la p. 19-27.

506 Voir notamment Alphonse Heyking, « L'exterritorialité et ses applications en extrême orient », (1925) II: 7 RCADI 237, à la p. 239.

par conséquent, n'est pas soumis au régime des lois du pays où il se trouve ou même réside réellement[507].

2⁰. Aux environs de 1910, le juriste britannique John Westlake estime que les États justifient l'incompétence générale de leurs tribunaux à l'égard des infractions de souverains étrangers par « le caractère inviolable et sacré dont ils sont revêtus et qu'ils portent partout avec eux»[508]. Pour les États, ce caractère absolu place le souverain et ses représentants, « au-dessus de toute autorité étrangère, de toute justice étrangère, et de toute sentence étrangère »[509]. Le souverain ne peut être jugé, avance-t-il, que par les magistrats qu'il a lui-même nommés et qui relèvent de ses pouvoirs, sous peine de méconnaître justement sa souveraineté[510].

3⁰. Après le caractère absolu et sacré dont les souverains seraient revêtus, les États ont avancé que le souverain agit toujours pour le compte de l'État et ne fait qu'un avec lui[511]. Par conséquent, « un crime commis par un prince est un acte d'État et, s'il est suffisamment grave, peut éventuellement constituer une infraction internationale et engager la responsabilité de l'État mais non du prince»[512]. En fait, depuis le principe d'égalité souveraine entre les États, consacré par les Traités de Westphalie[513], l'idée qu'un souverain puisse être soumis au système légal national d'un autre souverain est considérée comme un affront fait à ce principe d'égalité et à l'État étranger lui-même[514]. Si jamais le dignitaire étranger viole le droit des gens, la souveraineté de son État sert de frein aux poursuites qui peuvent être engagées contre lui, parce qu' « il

---

507 *Ibid.*

508 Voir André Weiss, « Compétence ou incompétence des tribunaux à l'égard des États étrangers », (1923) I:1 RCADI 521-551.

509 *Ibid.* à la p. 528.

510 *Ibid.*

511 Marc Henzelin, *supra note* 18 de la p. 60 – 63.

512 *Ibid.*

513 Les *Traités de Westphalie*, signés en en octobre 1648, mettent fin à la guerre de Trente Ans. L'Europe devient alors un ensemble d'États, disposant chacun de frontières précises et reconnues par les autres. À l'intérieur de ces frontières, le monarque exerce sa pleine et entière souveraineté, reconnue comme telle à l'extérieur.

514 Antoine Bailleux, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau. De l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, Bruxelles, Bruylant, 2005, à la p. 45.

n'accomplit pas un acte personnel mais un acte collectif, un acte de gouvernement, c'est donc la nation tout entière qui est coupable et qui doit être punie »[515]. Ce sentiment a perdu de sa valeur lorsque les juges du Tribunal international de Nuremberg ont constaté que ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent des crimes contre le droit international, et ce n'est qu'en punissant ceux qui ont commis ces crimes que l'on peut faire respecter les dispositions du droit international[516].

4^{0}. De droit divin ou de droit naturel, l'abstention des États, face aux infractions commises par les dignitaires étrangers, participe d'une obligation juridique et non de la simple courtoisie[517]. Pour preuve, en 1871, la Cour d'appel de Paris a statué que soumettre un souverain étranger à la justice française, « ce serait évidemment violer une souveraineté étrangère et blesser en cette partie le droit des gens »[518]. Pour sa part, la Cour d'appel d'Alger a affirmé que suivant un principe de droit international universellement admis, « les souverains et chefs d'État participent de l'indépendance de l'État dont ils sont les représentants; que placés en quelque sorte au-dessus des lois de tout État étranger, ils ne peuvent être soumis à aucune juridiction que celle de leur propre nation »[519].

Nous concluons de cette démonstration que l'immunité de juridiction des diplomates, des fonctionnaires consulaires et autres « personnes occupant un rang élevé dans l'État » constitue un empêchement procédural aux poursuites qui peuvent être déclenchées contre eux à l'étranger en raison de leur participation aux crimes de guerre ou contre l'humanité. Cette immunité de juridiction porte un coup dur à l'exercice de la compétence universelle ou personnelle mise en

---

515 Alexandre Merignhac, *Traité de droit public international*, Paris, LGDJ, 1905, à la p. 52.

516 Joe Verhoeven, dir., *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Paris, LGDJ, 2004, à la p. 31.

517 Pour plus de détails, lire notamment Simone Dreyfus, *supra* note 461. Il distingue les privilèges de juridiction, qui seraient des mesures de courtoisie, des immunités, qui, elles, sont obligatoires en droit international.

518 Dlle Masset, S. 1871. 26, Cour d'appel de Paris, 23 Août 1870, dans Ascensio, Décaux et Pellet, *supra* note 8 à la p. 183.

519 *Ben Aïad c. Bey de Tunis*, Cour d'appel d'Alger, 22 janvier 1914, (1914) JDI, à la p. 1290.

place justement pour lutter contre l'impunité de ces crimes[520]. Son but est de protéger les relations internationales.

B. Privilégier les relations internationales

Nous venons de voir que les immunités d'ordre conventionnel et de source coutumière font obstacle aux poursuites qui devraient être engagées contre les dirigeants en exercice qui voyagent à l'étranger, lorsqu'ils sont accusés de crimes de guerre ou contre l'humanité. Nous ne conclurons cependant pas que ces immunités induisent une impunité perpétuelle. En effet, la CIJ tempère ce risque d'impunité en indiquant que la personne concernée pourra être poursuivie (1) par une certaine juridiction internationale, (2) dans son propre pays, ou (3) à l'étranger lorsque l'État qui a conféré les immunités en question les lève. Sinon, (4) il faudra attendre sa retraite des fonctions officielles[521]. En dehors de ces quatre situations, la CIJ oublie bien sûr qu'un État lésé peut également user du pouvoir du Conseil de Sécurité[522] ou du retrait de sa reconnaissance du gouvernement en cause afin d'enclencher les poursuites[523].

Selon la CIJ, le but de la protection procédurale indirecte des immunités dont bénéficie un officiel étranger est de lui permettre de remplir ses obligations officielles « sans risque d'être arrêté, emprisonné ou mis dans l'embarras par le système judiciaire d'un pays étranger »[524]. Elles assurent donc la sécurité des relations internationales en préservant la bonne entente entre les États et la non-ingérence des uns dans les affaires intérieures des autres[525].

Pour nous, ce but serait concialliable avec celui de la lutte contre l'impunité si, dès la mise en cause d'un dirigeant à l'étranger, l'État de nationalité, en vertu de sa compétence

---

520 *R (on the application of Alamieyeseigha) v. The Crown Prosecution Service* [2005] EWHC (Admin), [2005] All ER (D) 348 ou (2005) ILDC 93.

521 Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*RDC c. Belgique*), *supra* note 52, para. 61.

522 Conformément au chapitre VII de la charte de l'ONU.

523 Voir Henzelin, *supra* note 468 à la p. 255-256.

524 Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*RDC c. Belgique*), *supra* note 52, para. 55.

525 Hazel Fox, *supra* note 430 à la p. 529.

territoriale ou personnelle, enquêtait immédiatement sur les allégations avancées et, le cas échéant, poursuivait en jugeant lui-même cette personne, sans égard à ses immunités. Dans les exemples répértoriés plus haut, les États ont malheureusement tous choisi de ne pas enquêter et de ne pas poursuivre alors que des indices laissaient supposer que leurs leaders avaient effectivement pris part à des crimes de guerre ou contre l'humanité. Par ce manquement, ces États ont violé et violent toujours leurs engagements internationaux de rechercher, arrêter et poursuivre tout criminel de guerre ou contre l'humanité se trouvant sur leur territoire respectif sans exception. C'est ce manquement qui produit l'impunité et démontre que la proposition de renvoyer les plaintes devant les tribunaux de l'État qui a accordé l'immunité constitue un exercice futile[526].

Maintenant que nous venons d'identifier et analyser les exceptions d'incompétence des tribunaux nationaux qui handicapent la répression interne des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, voyons, dans le chapitre qui suit, les moyens d'irrecevabilité de l'action publique.

---

526 *Ibid.* à la p. 516.

CHAPITRE II - LES MOYENS D'IRRECEVABILITÉ DE L'ACTION PUBLIQUE

Les crimes de guerre et contre l'humanité, bien qu'imprescriptibles et inamnistiables en droit international, ne peuvent être poursuivis dans l'ordre juridique interne que lorsqu'aucune mesure de clémence (Section 1) ou aucun délai de prescription (Section 2) ne les a privés de l'élément légal qui les rend punissables.

Section 1. Le bénéfice de mesures internes de clémence

Les auteurs des crimes de guerre et contre l'humanité profitent, au niveau national, des mesures de clémence sous la forme de lois d'amnistie ou de grâce (&1) promulguées, notamment, dans le but de mettre fin aux conflits armés ou de réussir un processus de réconciliation nationale ou de transition vers la démocratie (& 2).

&1. L'amnistie et la grâce

L'amnistie et la grâce, dont nous délimitons les effets en procédure pénale (A), ne sont pas interdites de façon radicale en droit international conventionnel concernant la répression des crimes de guerre et contre l'humanité (B).

A. Les notions juridiques d'amnistie et de grâce

La première condition procédurale au déclenchement de l'action publique par le Ministère public ou par les victimes, tient à son existence[527]. Normalement, l'action publique disparaît – et les poursuites deviennent impossibles et donc irrecevables – en conséquence, entre autres, du prononcé d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, de l'entrée en vigueur d'une loi d'amnistie ou de la prescription de l'action publique[528].

---

527 Voir Jean-claude Soyer, *Manuel de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, LGDJ, 1987, à la p. 208.

528 Voir par exemple le CPP français, art 6.

En ce qui concerne les crimes de guerre et contre l'humanité, le droit international édicte des restrictions à l'application de ces règles d'extinction de l'action publique. Mais, avant d'étudier ces restrictions, définissons d'abord les notions d'amnistie et de grâce et délimitons leurs effets juridiques en procédure pénale.

1^0. Selon le Professeur Soyer, **l'amnistie** est une sorte de mesure de clémence prise par le pouvoir législatif en vue de «faire sombrer dans l'oubli certains faits délictueux, prévenir ou faire cesser les poursuites répressives provoquées par ces faits et anéantir les condamnations pénales qu'ils ont entraînées»[529]. Elle est la forme la plus ancienne du pardon pénal en usage depuis l'Antiquité, par les Grecs qui lui ont donné le nom[530]. Elle vient en effet du grec « *alpha* », privatif, et « *mnesis* », mémoire, et signifie donc perte totale - volontaire ou involontaire- de la mémoire. Les Romains l'appelaient «*abolitio*» et en France, elle a pris le nom «d'abolition générale»[531].

L'amnistie ne peut, en principe, être accordée que par la loi, qui précise alors les infractions amnistiées et les effets auxquels leurs auteurs, ou du moins certains d'entre eux, doivent s'attendre[532]. Au demeurant, la loi d'amnistie peut laisser au juge le soin de désigner qui bénéficiera effectivement de l'amnisitie[533].

En termes d'effets juridiques, l'amnistie enlève pour l'avenir tout caractère délictueux aux faits pénalement répréhensibles qu'elle couvre, en interdisant toute poursuite à leur égard ou en effaçant les condamnations qui les ont frappés[534].

---

529 Soyer, *supra* note 527 à la p. 189.

530 En 403 av. J.-C., le général Thrasybule, également homme politique athénien, a fait voter par l'assemblée des citoyens la première loi d'amnistie pour consacrer l'oubli des divisions antérieures et revenir à la démocratie. Voir notamment Stéphane Gacon et Suzanne Citron, « Amnistie – Les contraintes de la mémoire officielle », dans Dimitri Nicolaïdis, dir., *Oublier nos crimes: L'amnésie nationale, une spécificité française?*, Paris, Autrement, 2002, à la p. 100

531 Soyer, *supra* note 527 à la p. 189.

532 François De Fontette, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2000.

533 Voir par exemple, en France, la *Loi portant amnistie n° 95-884 du 3 août 1995*, JO n° 182 du 6 août 1995.

534 Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 2, Paris, Cujas, 2001, no 942.

Si l'amnistie intervient avant que les poursuites n'aient été entreprises, elles n'auront jamais lieu. L'action publique ne peut donc plus être exercée. Si elle intervient alors que les procédures sont en cours mais que la condamnation n'est pas encore prononcée, celles-ci sont abandonnées. L'action publique s'éteint immédiatement à moins que la loi d'amnistie elle-même ne concerne que les condamnations déjà prononcées. Si l'amnistie intervient après que la condamnation ait été prononcée, celle-ci est rétroactivement effacée et toutes ses conséquences disparaissent sur-le-champs. En d'autres mots, le condamné est dispensé de sa peine. Mais, généralement l'amnistie ne préjudicie pas les droits des tiers, c'est-à-dire que les victimes conservent le droit de demander réparation au civil.

2^0. Quant à **la grâce**, elle est un acte de clémence du chef de l'État ou des tribunaux qui fait au condamné remise totale ou partielle de sa peine[535]. Elle ne peut affecter cependant que les peines véritablement prononcées, définitives et exécutoires[536]. Elle peut être accordée d'office ou à la demande du condamné. Elle peut également être individuelle, c'est-a-dire en faveur d'un seul condamné, ou collective, c'est-a-dire décretée au profit d'un groupe de condamnés.

La grâce amnistiante, pour sa part, est un moyen terme entre l'amnistie et la grâce. Elle est à la fois cause d'extinction des peines et cause d'effacement des condamnations[537].

En terme d'effets juridiques, la grâce a une conséquence moins radicale que l'amnistie. Elle empêche un condamné d'exécuter tout ou partie de sa peine, et prive par conséquent de réalité la condamnation d'une personne qui s'est rendue coupable d'un acte ou omission criminelle. Elle laisse cependant subsister la condamnation. En d'autres mots, celle-ci reste inscrite au casier judiciaire de la personne concernée, avec mention de la grâce accordée, de même qu'elle compte pour la récidive et qu'elle n'efface pas les incapacités et déchéances qui

---

535 Constitution française du 4 octobre 1958, art. 17 et art. 34 de l'actuelle constitution.

536 Soyer, *supra* note 527 à la p. 187.

537 *Ibid.*

résultent parfois de la condamnation. De plus, le condamné gracié reste tenu des restitutions, dommages-intérêts et frais, lesquels sont soumis à la prescription civile et non pénale[538].

La doctrine rapporte que l'amnistie et la grâce sont des notions juridiques acceptées par toutes les constitutions du monde, exceptée celle de la Chine[539]. Elles sont généralement utilisées comme mode de régulation du taux de remplissage des prisons[540]. En plus d'être un instrument de politique pénitentiaire, elles constituent un moyen de réhabilitation du condamné[541]. Dans leur dimension morale, elles serait le revers de la vengeance[542].

En droit international, l'amnistie a représenté, avant le 20e siècle, un geste de paix et de réconciliation à la fin d'une guerre[543]. En effet, les traités de paix mettant fin à une guerre contenaient toujours « une clause *d'oblivio* et une clause d'amnistie. Par *l'oblivio*, on entend l'oubli des torts causés avant la guerre et qui servirent de motif, de cause à celle-ci [...]. Par amnistie, on entend l'oubli à jamais des torts causés mutuellement durant la guerre. Ces clauses étaient, de manière inhérente, liées au rétablissement de la paix: par nature, la paix emportait *oblivio* et amnistie »[544].

---

538 Voir Naghi Tolooei Rahimabadi, *Les effets de l'amnistie en droit comparé*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris II (Panthéon-Assas), 1979, à la p. 169. [non publié]

539 Kathleen Moore, *Pardons, Justice, Mercy, and the Public Interest*, New York, Oxford University Press, 1997, à la p. 7.
Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 1995, à la p. 56.

540 Voir notamment Gilles Faravel-Garrigues, « Priorités et limites de la politique pénitentiaire en Russie » (2002) 16 Critique internationale 121, à la p. 124.

541 Luc Huyse et Ellen Van Dael, *Projet Justice après transition*, Leuven, De l'Université catholique de Leuven, 2001, à la p. 4

542 Sandrine Lefranc, *Politiques du pardon–Amnistie et transitions démocratiques– Une approche comparative*, Thèse de doctorat en sciences politiques, Institut d'études politiques de Paris, 2000, à la p. 519.
Roseline Letteron, « Le droit à l'oubli », (1996) 2 Revue du droit public 385, à la p. 395.

543 L'article 2 du *Traité de paix entre l'Empire Romain-Germanique et la Suède*, conclu et signé à Osnabrück le 24 Octobre 1648, exprime le contenu de cette institution lorsqu'il prévoit « [...] que toutes les rigueurs, violences, hostilités et défenses qui ont été faites et causées de part et d'autre, tant avant que pendant la guerre, de fait, de parole ou par écrit, sans aucun égard aux personnes et aux choses, soient entièrement abolies, si bien que tout ce que l'on pourrait demander et prétendre de l'autre à ce sujet, soit enseveli dans un perpétuel oubli ».

544 Pierre D'Argent, « Réconciliation, impunité, amnistie: quel droit pour quels mots? » (2003) 117: 11 La revue nouvelle 30, à la p. 31.

Historiquement, cette pratique a été interrompue pour la première fois à la fin de la guerre des Boers, qui s'est déroulée du 11 octobre 1899 au 31 mai 1902. Elle opposait la Grande-Bretagne et les deux républiques afrikaners d'Afrique du Sud, en l'occurrence l'État libre d'Orange et le Transvaal. À cette occasion, les Britanniques ont réussi à obtenir, conformément à la *Convention II de la Haye* du 29 juillet 1899, la répression des violations des lois et coutumes de la guerre qu'ils avaient dénoncées durant ce conflit armé[545].

À la veille de la fin de la Première Guerre mondiale, les signataires du *Traité de Versailles* ont également exigé de traduire en justice les personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre[546]. L'échec des procès de Leipzig et l'amnistie accordée par le *Traité de Lausanne* à la Turquie, pour le génocide controversé qui a fait plus de 600 000 victimes parmi les Arméniens, poussent la doctrine à constater « une fausse aube: l'incapacité de faire respecter la justice internationale après la Première Guerre mondiale »[547].

À la fin de la Seconde Guerre mondiale, les procès des Tribunaux pénaux internationaux de Nuremberg et Tokyo font preuve de l'exclusion de l'amnistie en faveur des grands criminels de guerre et contre l'humanité[548]. Mais, il faut noter qu'à partir de 1949, le gouvernement allemand, installé à Bonn, pressé par son opinion publique, a demandé notamment au gouvernement français de libérer les derniers suspects qu'il détenait et d'amnistier les condamnés, sous peine d'entraver l'amélioration rapide des relations franco-allemandes[549]. La France a effectivement mis un frein à sa politique de répression systématique des crimes nazis[550].

---

545 *Ibid.*

546 *Traité de Versailles*, signé le 28 juin 1919, (3e) 11 MARTENS 323, art. 227 et 228.

547 Jackson M. Nyamura, *Droit international: War Crimes and Realpolitik. International Justice from World War I to the 21st Century,* Boulder/Londres, Lynne Rienner Publishers, 2004, de la p. 18-37.

548 Voir notamment Mathilde Philip-Gay, *supra* note 41 à la p. 481.

549 Voir bibliographie sur la question dans Claudia Moisel, *supra* note 47.

550 Plusieurs grands criminels, dont certains étaient déjà condamnés à mort, à l'instar de Karl Oberg et Helmut Knochen, furent graciés, libérés discrètement ou amnistiés publiquement. Dans Le Monde Juif (Journal du Centre de documentation juive contemporaine), n° 18, 1963, à la p. 89, Lucien Steinberg, s'indigne en ces termes: « il est d'usage, après une exécution capitale de prononcer la formule « Justice est faite ». Karl Oberg et Helmut Knochen, bien que condamnés à mort n'ont pas été exécutés. Il n'est donc pas possible de prononcer cette formule ».

Par la suite, la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* et les *Convention de Genève de 1949* ont exigé de réprimer le génocide et les crimes de guerre sans exception, en raison de leur gravité[551]. Malheureusement, du fait surtout de l'absence de consensus entre les grandes puissances, les multiples crimes de guerre et contre l'humanité commis durant la guerre froide n'ont pas été réprimés[552]. Depuis la chute du mur de Berlin, les internationalistes et l'organisation des Nations-Unies désavouent l'amnistie « accordée en ce qui concerne les crimes internationaux, comme le génocide, les crimes contre l'humanité ou autres violations graves du droit international humanitaire »[553]. Ils sont d'avis que « la justice s'impose comme une alternative durable évitant la spirale de la revanche et l'éternelle vendetta qui endeuillera chaque génération. Elle impose de purger, une fois pour toutes, les hypothèques majeures qui empoisonnent le tissu social »[554].

Toutefois, l'énoncé de principe excluant l'adoption de mesure de clémence au profit des criminels de guerre et contre l'humanité ne s'est pas encore accompagné d'une interdiction contraignante à l'adresse des États.

B. L'interdiction d'amnistier et grâcier les crimes de guerre et contre l'humanité

En général, aucune interdiction explicite n'est faite aux États d'adopter des lois d'amnistie qui couvrent les crimes de guerre et contre l'humanité, pas plus qu'il n'existe, dans les instruments internationaux, une règle explicite qui empêche qu'une loi d'amnistie déjà adoptée puisse faire obstacle à l'action pénale. Il existe cependant « une incompatibilité manifeste des amnisties pures et simples (« blanket amnesty ») avec certains principes bien

---

551 *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, art. 1;
Conventions de Genève du 12 août 1949, art. 49/50/129/146.

552 Pour plus de détails, lire Claudia Moisel, *supra* note 47;
Steven R. Ratner, Jason S. Abrams et James Bischoff, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law, Beyond the Nuremberg Legacy*, 2d ed., Oxford, Oxford University Press, 2001, de la p. 8-9

553 Ascensio, Décaux et Pellet, *supra* note 8 à la p. 623;
Rapport du Secrétaire général de l'ONU sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra-Léone, daté du 4 octobre 2000, Doc. S/2000/915.

554 *Ibid.*

établis, comme l'obligation de punir et le principe de la responsabilité pénale personnelle » des criminels de guerre et contre l'humanité[555]. Ces incompatibilités sont reprises par plusieurs sources de nature internationale.

1⁰. À titre illustratif, la Déclaration finale adoptée lors de la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme, qui s'est tenue à Vienne du 14 au 25 juin 1993, demande aux États d'abroger les lois qui assurent l'impunité aux personnes responsables de violations graves des droits de l'homme, telles que les actes de torture, et de poursuivre les auteurs de ces violations, asseyant ainsi la légalité sur des bases solides »[556]. De même, la Déclaration de l'Assemblée Générale des Nations-Unies du 18 décembre 1992 édicte que « les auteurs d'actes de disparitions forcées ne peuvent pas bénéficier d'une amnistie ou d'autres mesures analogues qui auraient pour effet de les exonérer de poursuites ou sanctions pénales »[557]. Finalement, selon la Résolution de l'Assemblée générale de l'ONU relative aux procès des Khmers rouges, « le gouvernement royal du Cambodge ne doit pas accorder d'amnistie ou de grâce à une personne poursuivie ou condamnée pour les crimes de guerre ou contre l'humanité »[558]. Ces documents n'ont pas de valeur normative en droit international, mais ils indiquent la *lege ferenda*.

---

555 Douglass Cassel, « Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities », (1996) 59 L. & Cont. Prob. 191;
Pour un point de vue contraire, voir Michael P. Scharf, « The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court », (1999) 32 Corn. Int'l L. J. 507.

556 Déclaration et programme d'action de Vienne, para. 60.

557 UN Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, U.N. G.A. Res. 47/133, 18 December 1992, art. 18 (1): « persons who are alleged to have committed forced disappearances "shall not benefit from any special amnesty law or similar measures that might have the effect of exempting them from any criminal proceedings or sanction ».

558 Accord entre les Nations-Unies et le Royaume du Cambodge relatif aux poursuites en vertu de la loi cambodgienne des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique, Résolution adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU, 57/228, 27 février 2003, cinquante-septième session, article 11.
Le 18 décembre 1992, l'Assemblée Générale de l'ONU a adopté la Déclaration relative à la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (Résolution 74/133). Elle stipule, en son article 18, que les auteurs présumés de disparitions forcées ne peuvent bénéficier d'aucune loi d'amnistie spéciale ni d'autres mesures analogues qui auraient pour effet de les exonérer de toute poursuite ou sanction pénale. Quant au droit de grâce, celui-ci devra s'exercer en tenant compte de « l'extrême gravité des actes conduisant à des disparitions forcées ».

2^{0}. Au niveau régional, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme qualifie « d'inamnistiables » les violations graves des droits de l'homme[559] et déclare nulles et sans aucun effet les lois qui accordent l'amnistie pour ces crimes[560]. Elle a jugé que ces lois d'amnistie violaient, à la fois, l'article 1er (obligation de respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention), l'article 8 (droit à un procès équitable) et l'article 25 (droit à un recours judiciaire efficace) de la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*[561].

3^{0}. Au niveau des tribunaux nationaux, un juge argentin, dans une décision du 6 mars 2001, a déclaré nulles et non avenues deux lois d'amnistie, à savoir la *loi N°23.492* du 12 décembre 1986 dite *Loi de Point final* et la *loi N°23.521* du 04 juin 1987 dite *Loi d'Obéissance Due*, pour violation des obligations internationales de l'Argentine, dont notamment le droit à un recours effectif des victimes[562].

Au Chili, la Cour suprême a confirmé la décision de la Cour d'appel selon laquelle la loi d'amnistie (*Decreto Ley No 2191*) promulguée en 1978 « with regard to all crimes committed between 11 September 1973 and 10 March 1978 was non–applicable » afin de préserver le droit des victimes à un recours utile[563].

4^{0}. Paradoxalement, au niveau des conventions internationales, le second Protocole de 1977 additionnel aux CG du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux recommande l'octroie de l'amnistie dès la cessation des hostilités:

---

559 *Chimbipuna Aguire c. Pérou (affaire Barrios Altos)*, Cour interaméricaine des droits de l'Homme, arrêt du 14 mars 2001 et celui du 30 novembre 2001, Series C, No. 87, para. 41;
Case of Godínez-Cruz v. Honduras, Cour interaméricaine des droits de l'Homme, Jugement du 20 janvier 1989, Series C, No. 5, para. 178.

560 *Ibid.*, para. 41– 44 et 51.

561 *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Cour interaméricaine des droits de l'Homme, jugement du 29 juillet 1988, Series C, No. 4, para. 169 et 174.

562 Résolution du juge fédéral Gabriel Cavallo, Tribunal National en matière criminelle et correctionnelle, Fédéral N°4, dossier 86 86/2000, cas Simon Julio, Del Cerro Juan. En ligne: http://www.humansecurity.info/vol61-bourdon/4527390222 Dernière visite: 20 juillet 2009.

563 *Miguel Angel Sandoval case*, Supreme Court of Chile, Rol No. 517–2004, 17th December 2004, (2004) ILDC 394.

> 6 (5). À la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues.

Le commentaire de la Croix-Rouge indique que l'objet de cette disposition du second Protocole est « d'encourager un geste de réconciliation qui contribue à rétablir le cours normal de la vie dans un peuple qui a été divisé »[564].

La doctrine internationaliste s'entend pour dire que cette disposition ne permet pas en réalité d'amnistier les crimes de guerre et contre l'humanité[565]. Le Professeur Roht-Arriaza, qui a étudié les conditions d'élaboration du second Protocole, constate cependant que les infractions dont cet article incite à amnistier les auteurs ne connaissent pas d'exception[566]. Qui plus est, elle note que les différentes propositions d'amendements à l'article 6(5), précisant que ce dernier ne pourrait s'appliquer aux crimes de guerre et contre l'humanité, ont été rejetées[567].

Dans la pratique étatique, le deuxième Protocole additionnel aux CG de 1949 est invoqué par les États pour justifier l'octroi de l'amnistie et l'opposabilité juridictionnelle des lois d'amnistie dans le but de barrer la route aux poursuites des criminels de guerre et contre l'humanité[568].

---

564 C.I.C.R., *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Martinus Nijhoff, 1986, à la p. 1426, n° 4618.

565 Louis Joinet, dir., *Lutter contre l'impunité – Dix questions pour comprendre et agir,* Paris, La Découverte, 2002, de la p. 47-48;
Pierre D'Argent, *supra* note 544 à la p. 33.

566 Naomi Roht-Arriaza, « Special Problems of a Duty to Prosecute: Derogation, Amnesties, Statutes of Limitation, and Superior Orders », dans Naomi Roht-Arriaza, *supra* note 304 à la p. 58.

567 *Ibid.*

568 Louis Joinet, *supra* note 565 à la p. 47;
Andreas O'Shea remarque par exemple que cette justification apparaît dans tous les arrêts de la Cour suprême chilienne confirmant la validité de l'amnistie de 1978.
Andreas O'Shea, *Amnesty for Crime in International Law and Pactice*, La Haye, Kluwer Law international, 2002, à la p. 61;
Diane Orentlicher, « Independent Study on Best Practices, Including Recommendations, to Assist States in Strengthening Their Domestic Capacity to Combat all Aspects of Impunity », United Nations, Commission on Human Rights, E/CN.4/2004/88, 27 February 2004, para. 27;

En Afrique du sud par exemple, la *loi de promotion de l'unité nationale et de la réconciliation* de 1995 prévoit une amnistie en faveur des auteurs de l'apartheid, un crime contre l'humanité[569]. Dans l'arrêt *Azapo*, la défense met en doute la conformité de cette loi d'amnistie au droit international et demande à la Cour de la déclarer nulle et sans effet. La Cour constitutionnelle sud-africaine, se basant sur l'article 6(5) du Protocole II additionnel aux CG de 1949, déclare cette amnistie valide en droit international pour autant qu'elle concerne les actes commis durant le conflit interne sud-africain sous le régime d'apartheid[570]. Le Professeur John Dugard s'objecte à cette décision, la présentant comme probablement juste du point de vue constitutionnel, mais très décevante s'agissant du droit international[571].

Pour leur part, les CG de 1949 disposent qu'aucune Partie contractante ne pourra s'exonérer elle-même, ni exonérer une autre partie contractante des responsabilités encourues par elle-même ou par une autre partie contractante en raison des infractions graves qu'elles interdisent [572]. Par cette disposition, les CG de 1949 interdisent aux États de s'accorder, par convention internationale, des amnisties relativement à des crimes de guerre commis à l'occasion d'un conflit armé international[573]. Cela n'a pas empêché qu'à la fin de la guerre d'Algérie, ce pays et la France, contrairement à leurs engagements vis-à-vis des CG de 1949, se sont accordés une amnistie réciproque[574].

Elizabeth G. Salmón, « Reflections on International Humanitarian Law and Transitional Justice: Lessons to Be Learnt From the Latin American Experience », (2006) 88: 862 RICR, à la p. 338.

569 *Promotion of National Unity and Reconciliation Act,* 1995, s. 20 (application for amnesty).

570 Azanian *Peoples Organisation (AZAPO) and others v President of the Republic of South Africa and others*, South African Constitutional Court, Judgment, 25 July 1996, (1996) 4 The South African Law Reports, à la p. 671.

571 John Dugard, « International Law And The South African Constitution », (1997) 8: 1 EJIL 77, à la p. 93: « Although the judgment of the Constitutional Court, written in moving and eloquent language by Deputy President Mahomed, accurately captures the intention of the two parties responsible for the amnesty compact contained in the « postamble », and is probably correct as a matter of constitutional interpretation, it is disappointing from the perspective of international law ».

572 CG de 1949, art. 51/52/131/148.

573 Pierre D'Argent, *supra* note 544.

574 L'Algérie a ratifié les CG de 1949 le 20 juin 1960 et la France, le 28 juin 1951. Les Accord d' Evian du 18 mars 1962, mis en œuvre par le Decret no 62-327 du 22 mars 1962 portant amnistie des infractions commises au titre de l'insurrection algérienne et le Décret No 62-328 du 22 mars 1962 portant amnistie de faits commis dans le cadre des opérations de maintien de l'ordre dirigé contre l'insurrection algérienne.

Une partie de la doctrine infère de l'interdiction des CG de 1949 que « l'accusé ne peut pas déduire d'un accord interétatique de renonciation à la réparation le fait qu'il ne pourrait plus être puni »[575]. Mais, l'autre partie estime que l'État souverain peut choisir d'amnistier aussi bien les infractions de droit commun que les crimes internationaux les plus graves[576].

En guise de redressement, si jamais des lois d'amnistie sont adoptées, le droit international permet, par ricochet, de limiter leur portée dans l'espace et dans le temps.

1^{0}. **Dans l'espace**, les mesures de clémence édictées en déhors de toute enquête sur les crimes commis et qui, au surplus, ne prévoient aucune possibilité de réparation pour les victimes sont frappées de nullité *ab initio*[577]. Les États ne devraient pas voter des lois d'amnistie pour les criminels de guerre et contre l'humanité, « si néanmoins une pareille loi est promulguée par un État, les autres États ne doivent pas reconnaître ses possibles effets internationaux»[578]. En conséquence, en cas d'application d'une loi d'amnistie par l'organe juridictionnel de l'État dont relève la victime, celle-ci pourra loger son action devant tout tribunal étranger, sous le principe de la compétence personnelle ou universelle. Cette nouvelle action ne serait être déclarée irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes; celles-ci étant inexistantes[579].

En plus des autres États, les statuts des juridictions pénales internationales les autorisent à rejuger les accusés ayant bénéficié de mesures nationales de clémence ou acquittés par des

---

Stéphane Gacon, *L'amnistie, De la Commune à la guerre d'Algérie*, Paris, Seuil, 2002, à la p. 184.

575 Pierre d'Argent, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des États à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., à la p. 769.

576 Anne Freyssinier, *Le droit de grâce du chef de l'Etat. Le cas de la V^{ème} République*, Thèse de doctorat en droit, Université de Toulouse I, 2001, à la p. 382. [non publiée]

577 Voir la décision du juge argentin du 6 mars 2001 déclarant nulles et non avenues les deux lois d'amnistie argentines n° 23.492 du 12 décembre 1986 dite loi de point final et n° 23.521 du 4 juin 1987 dite loi d'obéissance due pour violation des obligations internationales de l'Argentine en ce que notamment ces lois étaient incompatibles avec le droit à un recours effectif. En ligne sur le site de la Corte Suprema de Justicia de la Naciòn: http://www.csjn.gov.ar. Dernière visite: le 20 decembre 2008.

578 Affaire *Pinochet*, décision du 10 décembre 1999, *supra* note 63, para. 153 – 155.

579 Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, art. 56(5) et CEDH, art. 35(1).

tribunaux nationaux à l'issue d'un simulacre de procès[580]. En ce qui concerne particulièrement la CPI, si une mesure de clémence intervient avant la condamnation par une juridiction répressive nationale et met ainsi fin aux poursuites qui ont été engagées ou auraient dû l'être, elle pourra rejuger l'affaire, si jamais elle est saisie, parce que les autorités de cet État ont, avant le dénouement, agi « dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale»[581]. Par contre, nous ne croyons pas que le Statut de Rome permet que la CPI révise ou annule les mesures de clémence, telles que la grâce, la libération anticipée ou l'amnistie, intervenues après que la décision d'une juridiction répressive nationale, prise en bonne et due forme, soit passé en force de chose jugée.

En limitant les effets de l'amnistie sur le territoire national de l'État qui l'a promulguée, le droit international s'est donc donné « un palliatif permettant de répondre au besoin élémentaire de justice des victimes»[582].

2^{0}. **Dans le temps**, la prohibition, bien qu'indirecte, de l'amnistie pour les auteurs de crimes internationaux les plus graves a une dimension intemporelle[583]. Par conséquent, au niveau du forum qui a accordé l'amnistie, ses bénéficiaires peuvent quand même être tenus pour responsables de leurs crimes, sous un régime ultérieur[584]. Au niveau international, les victimes peuvent, en tout temps, si elles en ont la capacité juridique et matérielle, engager une action devant une instance judiciaire nationale étrangère ou internationale compétente, afin d'obtenir que la mesure nationale soit déclarée contraire au droit international.

---

580 Voir Statut du TPIY, art. 10; Statut du TPIR, art. 9 et Statut de Rome, art. 20.

581 Statut de Rome, art. 20.

582 Louis Joinet, *supra* note 565 de la p. 49 à 58;
La Loi relative à la création de Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour juger les crimes qui ont été commis durant la période du Kampuchéa démocratique du 10 août 2001 dépouille expressément de tout effet les amnisties adoptées avant condamnation pour des infractions relevant de la compétence de ces juridictions. Voir notamment Mathilde Philip-Gay, *supra* note 41deuxième partie, para. 390.

583 *Ibid.*, para. 693.

584 *Le Procureur c.Furundzija* (1998), affaire no IT-95-17/1-T-10, (TPIY, 1ère instance), para. 155.

Malheureusement, la CPI n'a pas de compétence sur les crimes commis avant juillet 2002[585]. Pour ceux commis après cette date, elle pourrait être valablement saisie du seul fait de l'application d'une loi d'amnistie. Par conséquent, chaque État-partie au Statut de Rome, « en dehors de tout manque de volonté ou d'indisponibilité de l'État, pourrait être conduit à arrêter et à remettre à la Cour une personne à raison de faits couverts, selon la loi nationale, par l'amnistie ou la prescription»[586].

La doctrine est majoritairement d'avis que les grands criminels de guerre et contre l'humanité, c'est-à-dire les planificateurs de ces crimes, les donneurs d'ordre et les meurtriers de grand renom, ne doivent pas bénéficier de mesures de clémence[587]. Malheureusement, cette doctrine ne s'est pas encore traduite par un développement consécutif du droit positif des États en la matière. Par conséquent, il nous semble que le droit international peine à soustraire du pouvoir d'amnistie du législateur national les crimes ici sous-étude. L'interdiction par ricochet, soit par l'obligation de répression, n'est pas suffisante pour conclure, comme le propose Micaela Frulli, « qu'on assiste à la formation d'une règle coutumière qui interdit toute disposition d'amnistie relative aux crimes internationaux les plus graves »[588]. Nous sommes cependant satisfaits que la communauté internationale se soit dotée de moyens, notamment via la CPI, permettant de restreindre l'effet des mesures internes visant à extraire les criminels de guerre ou contre l'humanité de leur responsabilité pénale internationale au niveau du forum qui les adopte.

D'un point de vue politique, les arguments ne manquent cependant pas pour légitimer le recours aux mesures de clémence au profit des criminels de guerre et contre l'humanité. D'après leurs partisans, ces mesures scellent « la suprême extinction des colères » et le rétablissement de la paix sociale[589]. Mais, pour leurs détracteurs, avec qui nous sommes d'accord, elles organisent

---

585 Statut de Rome, art. 24.

586 Traité portant statut de la CPI, Conseil constitutionnel français, Décision no 98-408 du 22 janvier 1999, para. 34.

587 Voir bibliographie dans Michael P. Scharf, *supra* note 283 à la p. 12.

588 Voir Micaela Frulli, *supra* note 13 à la p. 247.

589 Voir Mathilde Philip-Gay, *supra* note 41 partie I.
Stéphane Gacon et Suzanne Citron, *supra* note 530 à la p. 106.

un basculement immoral et injuste vers « l'impunité des ennemis de l'humanité (*hostes humani generis*) et des crimes par eux commis et qui relèvent, pour leur répression, de régimes dérogatoires à ceux en vigueur dans les ordres juridiques internes »[590].

L'observation de la pratique étatique conduit à conclure que les États adoptent toujours des mesures de clémence au profit des auteurs des violations systématiques des droits humains, y compris les criminels de guerre et contre l'humanité[591]. Personne ne peut même prédire avec exactitude, au lendemain d'un crime de guerre ou contre l'humanité, quoi, de la répression ou de l'amnistie, va s'imposer. Or, en plus de l'irresponsabilité pénale, l'amnistie fait généralement échapper les auteurs de ces crimes à leur responsabilité civile en empêchant le dédommagement des victimes pour le préjudice moral et matériel occasionné par ces faits[592]. Cette irresponsabilité civile des bénéficiaires de l'amnistie constitue une négation du devoir de réparation due aux victimes[593].

Ceci étant, la pratique étatique nous fait croire qu'il existe des intérêts récurrents, de la justice étatique et non internationale, qui justifient la tendance observée de privilégier l'amnistie au lieu de la répression. Nous discutons de ces intérêts dans le paragraphe qui suit.

&2. Les raisons avancées pour justifier les mesures de clémence

Dans un contexte de guerre, à la place de la répression, les États justifient les mesures de clémence au profit des responsables des crimes de guerre et contre l'humanité par le but précis de hâter la cessation des hostilités et le retour à la normale (A) ou la réconciliation nationale (B).

---

590 Louis Joinet, *supra* note 565 à la p. 9.

591 Pour une liste complète des lois d'amnistie, voir notamment la compilation de la Queen's University, School of Law, « Records in Amnesty Process Table ». En ligne: http://www.queens.ie/schools/SchoolofLaw/Staff/MsNualaBarnes/test/ Dernière visite: le 5 janvier 2009.

592 En droit international, le devoir de réparation vis-à-vis des victimes est consacré notamment par l'article 10 de la Convention interaméricaine des Droits de l'Homme, l'article 21 de la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, l'article 9 du Pacte international relatif aux Droits civils et politiques, l'article 5 de la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

593 Louis Joinet, *supra* note 565 à la p. 28.

A. Un préalable à la cessation des hostilités

Généralement, les autorités nationales n'ont aucun intérêt à poursuivre les criminels de guerre et contre l'humanité, lorsque la responsabilité de l'État et, *a fortiori*, leur propre responsabilité, pourraient être engagées. C'est du moins ce qui ressort de plusieurs expériences que rapportent les observateurs[594].

En France, par exemple, le 31 juillet 1968, le Parlement a voté la *Loi portant amnistie de l'ensemble des crimes commis pendant la guerre d'Algérie*[595]. Elle déclare que « sont amnistiées de plein droit toutes les infractions commises en relation avec les événements d'Algérie, toutes les infractions commises par des militaires servant en Algérie »[596].

En ce qui concerne les crimes qui auraient été commis pendant la guerre d'Indochine par les militaires et agents secrets français, la *Loi n°66-409 du 18 juin 1966* portant amnistie déclare également qu'ils sont amnistiés de plein droit[597].

Pour le Professeur Janick Roche-Dahan, les lois françaises d'amnistie visent notamment les infractions « (...) qui mettent en péril les priorités de la politique gouvernementale. À travers les exclusions, le pouvoir politique ne tient pas à édicter un code de valeurs morales fondamentales mais désire annoncer les grands axes de la politique qu'il entend mener »[598]. Cette politique consiste à ne pas désavouer, par le jugement, le comportement de ses agents et soldats.

---

[594] Amnesty International, « Pérou. La loi d'amnistie, un revers pour les droits humains », En ligne : *http://www.amnestyinternational.be/doc/article13703.html* Dernière visite: le 2 mai 2009.

[595] *Loi du 31 juillet 1968 portant amnistie de l'ensemble des crimes commis pendant la guerre d'Algérie*, JORF, 2 août 1968, à la p. 7521.

[596] *Ibid.*, art. 1er.

[597] *Loi n°66-409 du 18 juin 1966 portant amnistie*, art. 30.

[598] Janick Roche-Dahan, « Commentaire de la loi n° 95-884 du 3 août 1995 portant amnistie », (1995) 32 Recueil Dalloz 241, 1995, à la p. 245.

Pour les tribunaux français, « aucun principe constitutionnel, ni aucun principe de droit international, ne permet d'affirmer qu'une catégorie d'infractions seraient, par nature, soustraite au pouvoir d'amnistie du législateur national. Celui-ci peut moduler l'ampleur et les modalités de chaque loi d'amnistie. Il peut choisir d'effacer des infractions vénielles, comme les contraventions, mais encore les infractions les plus graves, comme les crimes, et même les crimes contre l'humanité »[599]:

> Il est vrai que les crimes contre l'humanité inclus dans le droit interne français depuis la loi du 26 décembre 1964 sont imprescriptibles par leur nature; que la prescription et l'amnistie reposent sur des fondements différents, la première dressant un obstacle à d'éventuelles poursuites en raison du temps écoulé et la seconde procédant de l'idée d'oubli avec pour effet d'enlever après coup à un fait délictueux son caractère d'infraction; que les crimes contre l'humanité étant des crimes de droit commun, commis dans certaines circonstances et pour certains motifs, mais cependant régis par les règles de procédure pénale ordinaire, il s'ensuit que, bien qu'imprescriptibles, il ne peuvent être poursuivis que dans la mesure où une loi d'amnistie n'a pas privé les infractions qu'elle vise de l'élément légal qui les rend punissables; que le principe d'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité qui constitue une dérogation exceptionnelle aux règles de procédure pénale ordinaire, doit être restrictivement interprété (...) que l'amnistie doit s'appliquer également aux crimes contre l'humanité et donc aux faits susceptibles d'être reprochés à Boudarel[600].

Par conséquent, les juges français déclarent irrecevables les plaintes ou dénonciations concernant les crimes de guerre commise en Algérie et en Indochine. Le cas le plus récent concerne le général Paul Aussaresses. Dans son livre-témoignage, celui-ci raconte avec force détails les crimes de guerre et contre l'humanité qu'il a commis ou ordonnés pendant la guerre d'Algérie. Notre mission, écrit-il, nous impose des résultats qui passent souvent par la torture et les exécutions sommaires[601]. Pour donner une légitimation à ses agissements, il explique que l'ampleur de sa mission à cette époque, lui imposait de raisonner beaucoup plus en termes

---

599 *Wladyslaz Sobanski et Association nationale des anciens prisonniers internés d'Indochine c. Georges Boudarel*, Bull. crim. N° 143, Gaz. Pal., 24 juin 1993, à la p. 14, Rapp. Guerder.
Jean-François Roulot, « Un Etat peut-il amnistier des actes constitutifs de crimes internationaux? », note sous cass. crim., 30 mai 2000, JCP, Semaine juridique, n° 27, 04/07/01, de la p. 1328 à 1330.

600 Affaire *Georges Boudarel*, citée par la Cour de cassation dans son arrêt *Sobansky Wladyslav*, C. cass., crim, 1er avril 1993, n° de pourvoi: 92-82273, Bulletin criminel 1993, n° 143, à la p. 351.

601 Paul Aussaresses, *supra* note 328 de la p. 34-35.

d'efficacité que de morale[602]. Le 4 mai 2001, la justice française a été saisie d'une plainte pour apologie de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité sur la base de ce livre témoignage du général Aussaresses[603]. Le 11 septembre 2001, le juge d'instruction a rendu une ordonnance de refus d'informer, dans laquelle il déclare que « les faits [en cause] ne peuvent recevoir que la qualification de crime de guerre et ces crimes sont amnistiés par la loi de 1968 »[604]. Bref, quoique avérés, *la loi du 31 juillet 1968 relative aux crimes et délits commis pendant la guerre d'Algérie* a éteint l'action publique relative aux faits imputables au Général français à la retraite.

Paradoxalement, le 23 octobre 2002, la Cour de cassation française, dans un arrêt rendu dans l'affaire *Ely Ould Dha*, un militaire mauritanien aux études en France, a estimé que « la loi mauritanienne du 14 juin 1993 portant amnistie, indépendamment de la légitimité d'une telle amnistie dans le cadre d'une politique locale de la réconciliation, ne saurait recevoir application en France sous peine de priver de toute portée le principe de la compétence universelle »[605]. En d'autres termes, la loi mauritanienne n'a aucun effet sur le territoire de l'État français et n'y est pas opposable, dans le cadre de la mise en œuvre du droit international concernant la répression des crimes de guerre et contre l'humanité à titre universel.

Gallo Blandine Koudou, avec qui nous sommes parfaitement d'accord, voit dans cette décision récente de la juridiction française de cassation, un revirement de jurisprudence[606]. Il est surprenant de dénier à l'État mauritanien la capacité de protéger, par l'amnistie, ses ressortissants, tout en affirmant que les lois françaises de même portée sont valides au regard du droit international. Cette politique de deux poids deux mesures traduit bien l'importance de l'obstacle en question.

---

602 *Ibid.*

603 Cette plainte est reproduite dans Arnaud Grellier, « La guerre d'Algérie sur le front juridique », (2001) Diplomatie Judiciaire 5.

604 Voir les détails dans William Bourdon, « Amnistie et droit», dans Roy Gutman et David Rieff (éd.), *Crimes de guerre, ce que nous devons savoir*, Paris, Autrement, 2002, à la p. 39.

605 Arrêt Ely Ould Dha, Cass., 23 octobre 2002. En ligne: *http://www.fidh.org/justice/ely.htm*. Dernière visite: le 7 novembre 2008.

606 Gallo Blandine Koudou, « Amnistie et impunite des crimes internationaux », (2004) 4 Droits fondamentaux, à la p. 92.

En plus de la France, en Argentine[607] et en Uruguay[608], le législateur a voté, au début des années 1990, des lois d'amnistie (*amnésie* ou l'oubli) pour les personnes impliquées dans des violations graves et systématiques des droits de l'homme commises au cours des dictatures militaires des années 1970–1987. À en croire le Tribunal fédéral de La Plata, ces violations sont constitutives de crime contre l'humanité, voir même de génocide[609].

Au Bangladesh, après les atrocités de la guerre d'indépendance de 1971, des tribunaux spéciaux jugèrent, à partir de mars 1972, environ 2850 prévenus dont seulement 750 furent condamnés. Une amnistie générale au profit des condamnés fut décrétée le 30 novembre 1973[610]. En conséquence, les auteurs de crimes de guerre commis dans ce pays n'ont pas assumé, au plan pénal, les conséquences de leurs atrocités.

Au Rwanda, une amnistie *de facto* couvre les crimes de guerre et contre l'humanité commis par l'ancienne rébellion tutsi[611]. Les commentateurs rapportent également que certaines personnes proches du régime en place, à l'instar des meurtriers des quatre évêques rwandais en

---

607 Voir la Loi argentine n° 23-492 du 12 décembre 1986 portant amnistie, dite « Loi de point final » (*Ley de punto final*) dans Jac Forton, *Vingt ans de lutte et de résistance au Chili 1973-1993*, Genève, CETIM, 1993, de la p. 84-96. Cette loi empêche d'engager, au-delà d'une certaine date, des procès contre les responsables de la dictature militaire qui a prévalu de 1976 à 1983. En juin 1987, une seconde loi d'amnistie dite du « Devoir d'obéissance due » soustrait les officiers subalternes aux poursuites en fixant une présomption irréfragable de « non culpabilité » pour les personnels de troupe comme pour les officiers subalternes, jusqu'au grade de Lieutenant-colonel « ayant agi en vertu du devoir d'obéissance ».

608 La loi uruguayenne de décembre 1986, dite «La ley de caducidad ou loi de caducité de l'action punitive de l'État », amnistie les crimes contre l'humanité commis par les responsables militaires et policiers au cours de la période de dictature de 1973 à 1985. Voir William Bourdon, *supra* note 599 à la p. 43.

609 Voir la traduction du FIDH (site web de cette organisation) de la décision du 19 septembre 2006 par le Tribunal fédéral de la Plata, rédigée en espagnol sous le titre « delitos de lesa humanidad en el marco del genocidio que tuvo lugar en Argentina entre los años 1976 y 1983 », condamnant Miguel Etchecolatz, ancien directeur de la police de Buenos Aires pendant la dictature argentine, à la réclusion à perpétuité pour crimes contre l'humanité. Pour ce tribunal, les crimes dont Miguel Etchecolatz a été reconnu coupable ont été commis « dans le cadre d'un génocide qui a eu lieu en Argentine entre 1976 et 1983 ».

610 Gallo Blandine Koudou, *supra* note 606 à la p. 72 discute de l'amnistie générale décrétée au Bangladesh le 30 novembre 1973 et de l'ordonnance présidentielle portant amnistie du 26 septembre 1975.

611 Edouard Karemera, *Le drame rwandais*, Lille, Sources du Nil, 2006, à la p. 34;
Message des évêques catholiques du Rwanda pour la période des juridictions gacaca sous le titre « Rwanda: L'Eglise demande de continuer à poursuivre les crimes de guerre » (2002) 253 Afrique expresse, à la p. 2.

1994, bénéficient d'une impunité déguisée par l'inexécution de la sanction régulièrement prononcée[612].

La doctrine informe que ces quelques exemples, loin d'être des cas isolés, sont similaires à bien d'autres situations[613].

Dans un contexte particulier de conflit armé, la plupart des diplomates et politiciens sont d'avis que l'amnistie constitue un moyen efficace pour arriver rapidement à une paix négociée[614]. Pour ce motif, même si elle fait obstacle à la répression des crimes de guerre et contre l'humanité, l'amnistie est mise en avant comme étant un instrument destiné à dissuader les criminels de poursuivre leurs activités criminelles, mais surtout à les inciter à se montrer raisonnables à la table des négociations.

Pour illustrer notre propos, nous donnons, ci-après, quelques exemples précis dans lesquels les États ont préféré accorder la clémence aux criminels de guerre et contre l'humanité dans le but de les amener à signer des accords de paix.

1°. En Ouganda, la guerre civile en cours a fait, jusqu'à ce jour, des centaines de milliers de morts et provoqué le déplacement d'environ deux millions de personnes dans le nord du pays[615]. Pour encourager la démobilisation de la rebellion et hâter la fin du conflit, le gouvernement a promulgué, en janvier 2000, une loi d'amnistie, renouvelable tous les six mois, au profit « de tout Ougandais engagé dans des actes de rébellion depuis le 26 janvier 1986 »[616].

---

612 Voir notamment « Rwanda: Academic Scholars Call for ICTR to Fulfill Mandate and Prosecute RPF/RPA Members », World News Journal, edition du lundi 1er juin 2009, à la p. 1.

613 Voir Micaela Frulli, *supra* note 13 à la p. 247;
Mark Amstutz, *The Healing of Nations: The Promise and Limits of Political Forgiveness*, New York, Rowman & Littlefield Publishers, 2005, à la p. 19.

614 Voir Florence Hartmann, *Paix et chatiment. Les guerres secretes de la politique et de la justice internationales*, Paris, Flammarion, 2007, à la p. 27.
Linda M. Keller, *supra* note 42 à la p. 12.

615 Adam Branch, « International Justice, Local Justice », (2004) 51 Dissent 22, de la p. 22–23.

616 *The Amnesty Act*, 2000, Part II, s. 3 to 6. En ligne: http://www.c-r.org/our-work/accord/northern-uganda/documents/2000_Jan_The_Amnesty_Act.doc Dernière visite: le 7 janvier 2009.

La loi ougandaise d'amnistie ne fait pas de distinction entre la gravité des crimes commis ou le niveau hiérarchique et d'implication criminelle du rebelle. Tout rebelle, peu importe ses crimes, est amnistié sous la seule et unique condition de quitter la rébellion et de déposer les armes. En plus de l'amnistie totale de tous les crimes commis durant le conflit, le rebelle qui dépose les armes reçoit une somme d'argent et une trousse de réinstallation contenant l'équipement familial (matelas, couvertures, casseroles, semences, ...)[617].

Faute d'efficacité de la loi d'amnistie, le 16 décembre 2003, le Président ougandais a renvoyé le dossier des crimes graves commis par les rebelles ougandais à la CPI[618]. En juillet 2004, le Procureur de celle-ci a ouvert une enquête sur tous les crimes de guerre et contre l'humanité perpétrés dans le nord de l'Ouganda depuis le 1er juillet 2002, date de mise en place officielle de cette Cour. En juillet 2005, la CPI a inculpé le chef de l'Armée de Résistance du Seigneur (*Lord Resistance Army* (LRA)), Joseph Kony, son adjoint, Vincent Otti, et les hauts commandants Dominic Ogwen, Okot Odiambo et Raska Lukiwiya pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité[619].

Entre 2005, un chercheur de la *Suffolk University Law School* a proposé que « in some circumstances, the ICC would be warranted in deferring to States that choose to invoke certain non-penal approaches to condemning crimes and imposing accountability »[620]. Dans le cas de l'Ouganda, il estime que « many victims and their families argue that ICC prosecution will deter the rebels from negotiations, and that their traditional restorative justice mechanisms will better

---

617 *Ibid.*

618 Adam Branch, *supra* note 615 de la p. 22–23;
Payam Akhavan, « The Lord's Resistance Army Case: Uganda's Submission of the First State Referral to the International Criminal Court », (2005) 99 Am. J. Intl L. 403, de la p. 407–408.

619 *Le Procureur c. Joseph Kony*, Vincent *Otti, Okot Odhiambo et Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/05.

620 Eric D. Blumenson, « National Amnesties and International Justice » (2005) 1: 2 Eyes on the ICC, à la p. 1;
Voir aussi Linda M. Keller, « Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms », (2008) 23 Conn. J. Int'l L. 209;
Tim Allen, *Trial Justice: The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

serve the ends of justice and reconciliation. [...] a morally acceptable response to extreme criminality »[621].

En 2007, le gouvernement ougandais a demandé à la CPI de surseoir aux mandats d'arrêt à l'encontre des dirigeants rebelles pour inciter la LRA à renoncer à l'insurrection et à retourner à la table des négociations[622]. En mai 2008, la rébellion ougandaise a prévenu qu'elle ne signerait pas un accord de paix définitif avec le gouvernement de Kampala tant que les poursuites internationales contre ses dirigeants ne seraient pas définitivement abandonnées[623]. La CPI aurait effectivement suspendu les poursuites dans le but de donner la chance à la paix. Il est même presque probable que les tractations internationales en cours la conduisent à l'abandon total des poursuites avec la promesse que les tribunaux ougandais vont les reprendre. Et pourtant, au niveau ougandais, la loi d'amnistie (*the Amnesty Act*) est effective et donc opposable aux poursuites qui devraient être lancées contre les criminels présumés.

2[0]. Le 23 février 2007, le parlement afghan a voté une loi d'amnistie pour tous les « leaders accused of war crimes during a quarter-century of fighting, arguing that it would help heal the deep divisions in Afghanistan »[624]. La loi a pour but véritable d'inciter les insurgés à négocier la paix avec le gouvernement en place. Ce n'est pas la première fois que l'Afghanistan se lance dans l'aventure d'amnistier les crimes de guerre et contre l'humanité. Il avait déjà en 1981 publié deux décrets d'Amnistie - « Amnesty Decrees »- datés du 27 avril 1981 et du 18 juin 1981 et un troisième en 2003, tous non suivis d'effet sur le plan de la cessation des hostilités[625]. En fait, sur cette base juridique, les criminels qui ont endeuillé ce pays ne risquent aucune

---

621 *Ibid.*

622 Pour les débats qui ont précédé la demande de retrait des plaintes, voir notamment Abigail H. Moy, « The International Criminal Court's Arrest Warrants and Uganda's Lord's Resistance Army: Renewing the Debate Over Amnesty and Complementarity », (2006) 19 Harvard Human Rights Journal 257, de la p. 269 - 271.

623 Linda M. Keller, *supra* note 42 à la p. 209.

624 Voir Amnesty International, « Human Rights in Afghanistan ».
En ligne: *http://www.amnesty.org/en/region/afghanistan/report-2008* Dernière visite: le 30 janvier 2009.

625 *Ibid.*

poursuite au niveau des tribunaux afhgans. Les groupes insurgés n'ont pas déposé les armes pour autant et la paix n'est pas rétablie.

3^{0}. Les cas ougandais et afghan ressemblent à plusieurs autres expériences où des années de guerre civile, qui ont fait des centaines de milliers de victimes finissent par une loi d'amnistie. Nous pouvons rappeler le cas de la RDC[626], de l'Accord de paix de Sierra-Leone, signé à Lomé en juillet 1999, entre le Gouvernement de Sierra Leone et le Front révolutionnaire-uni (RUF). Celui-ci visait, avec une clause d'amnistie, à permettre une entente entre les parties et *in fine* la réconciliation nationale[627]. L'amnistie de l'Accord de paix de Lomé ne s'applique cependant pas devant le Tribunal spécial pour la Sierre-Léone[628]. Le statut de celui-ci stipule, en effet, que « an amnesty granted to any person falling within the jurisdiction of the Special Court in respect of the crimes referred to in articles 2 to 4 of the present statute shall not be a bar to prosecution »[629]. Seulement treize personnes sont poursuivies devant ce tribunal. Le reste du contingent des criminels profitent donc de l'amnistie de droit sierra-leonais.

Par ailleurs, le Secrétaire Général de l'ONU de l'époque, monsieur Koffi Annan, a désavoué l'amnistie de Lomé, laquelle « not only has no place in an international system of justice, but also is prohibited under international law »[630]. Cette amnistie a été désavouée également par le Président du tribunal spécial Siera Léonais qui, avant de commencer son

---

626 En RDC, les journaux rapportent que « le prix de la paix, c'est-à-dire l'impunité pour tous les criminels de guerre, est monnayé sans sourciller parce que les partenaires de la paix veulent la fin de la guerre tout de suite, la justice attendra ». Malgré la mise en garde de Ban Ki Moon, Secrétaire Général de l'ONU, contre l'intégration de criminels dans l'armée nationale congolaise, le gouvernement et « les rebelles –mis en cause devant la CPI- négocient des postes au niveau provincial et national et réclament l'amnistie ».
Colette Braeckman, « République démocratique du Congo: la rencontre de Goma », Journal Le Soir de samedi le 21 et dimanche 22 mars 2009, à la p. 2.

627 Voir Daniel J. Malacuso, « Absolute and Free Pardon: The Effect of the Amnesty Provision in the Lome Peace Agreement on the Jurisdiction of the Special Court for Sierra Leone », (2001) 27 Brooklyn Journal of International Law 1;
Sierra Leone Peace Accord, Lomé, July 1999, U.N. Doc. S/1999/777, art. IX.

628 Créé par la Résolution 1315 (200) du 14 août 2000 du Conseil de sécurité des Nations Unies.

629 Statut du Tribunal spécial pour la Sierre-Léone, art. 10.

630 Déclaration du Secrétaire Général de l'ONU, Mr. Koffi Annan lors du lancement du Tribunal spécial pour la Sierra Leone. Depuis 2002, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone juge 13 plus importants responsables des crimes commis durant la guerre civile de Sierra Leone.

mandat, a déclaré que les crimes « just as genocide and torture are repugnant to international law to such an extent that no circumstances can justify them - so amnesties given to perpetrators of such deeds by frightened or blackmailed governments cannot be upheld by international law »[631].

4⁰. En Algérie, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (tortures, viols, assassinats, massacres et disparitions forcées) perpétrés par les groupes armés islamistes et par les forces de sécurité de l'État, entre février 1992 et fin 2004, ont choqué plus d'un[632]. Toutefois, la loi algérienne du 13 juillet 1999, dite « *Loi de concorde civile* »[633], la *Charte pour la paix et la réconciliation nationale* du 29 septembre 2005 et l'ordonnance du 27 février 2006 accordent trois possibilités aux combattants armés qui renoncent à l'usage des armes et se présentent aux autorités. Ils peuvent bénéficier de l'exonération des poursuites[634], de la mise sous probation ou de la réduction de peine[635]. Le but précis de cette amnistie est d'aboutir à la paix avec les islamistes et la réconciliation nationale des Algériens[636]. Ces lois ont consacré l'impunité de ces crimes.

5⁰. Contrairement aux exemples précédents, les accords de paix conclus le 29 décembre 1996 entre le gouvernement du Guatemala et l'Union révolutionnaire nationale guatémaltèque précisent que le gouvernement ne doit faire adopter aucune loi qui puisse conférer

---

631 Geoffrey Robertson, *Crimes Against Humanity*, London, Penguin Press, 1999, à la p. 242.

632 Stéphane Gacon, *Amnistie; de la commune à la guerre d'Algérie*, Paris, Seuil, 2002;
Madjib Benchikh, « Algérie: L'auto-amnistie s'installe au mépris du droit », (2006) 6 Chronique d'Amnesty internationale, à la p. 2.

633 Voir notamment Karim Kettani, « Algérie: concorde civile, impunité et droit international », (2001) 1 Revue électronique des droits de l'homme pour le Maghreb, à la p. 4.

634 Selon l'article 3 de cette loi, sera exonéré quiconque n'a pas « commis ou participé à la commission des infractions prévues à l'article 87 bis du code pénal ayant entraîné mort d'homme ou infirmité permanente, viol, ou qui n'a pas utilisé des explosifs en des lieux publics ou fréquentés par le public ».

635 Selon les articles 6 et 12 de cette même loi, la mise sous probation implique, un gel des poursuites pénales durant une période probatoire de trois à dix ans au cours de laquelle les poursuites pénales sont suspendues. Si pendant cette période, le combattant fait amende honorable, l'article 25 de la loi prévoit que les poursuites seront définitivement abandonnées.

636 *Ibid.*

une quelconque impunité aux auteurs de violations des droits de l'homme et qu'aucune disposition légale ou juridictionnelle ne pourra être invoquée pour assurer cette impunité[637].

Le présent cas ressemble aux accords de paix de Côte d'Ivoire[638]. Il ressemble egalement à ceux de Dayton du 21 novembre 1995, signés à Paris le 14 décembre 1995, pour mettre fin au conflit des Balkans[639]. Ces derniers prévoient une amnistie générale, non applicable cependant aux criminels de guerre et contre l'humanité[640]. Ce principe fut arraché cependant à la dernière minute parce que plusieurs diplomates mettaient en avant l'amnistie totale en avançant que la menace d'une inculpation contre les dirigeants bosno-serbes, notamment Slobodan Milošević, Radovan Karadžić et Ratko Mladić, responsables du nettoyage ethnique dans les Balkans à cette époque, constituait un danger contre la paix[641]. Ils ont qualifié l'acte d'inculpation contre Slobodan Milosevic, publié le 22 mai 1999, d'obstacle supplémentaire à la voie d'une solution négociée et « qui pourrait retarder ou compliquer le règlement de la crise ou mettre en danger les chances de paix »[642].

À la lecture des exemples illustratifs qui précèdent, la question qui se pose consiste à savoir s'il faut vraiment accepter d'accorder une amnistie aux seigneurs de la guerre, qui se

---

637 Comprehensive Agreement on Human Rights, (1997) ILM 276, art. III.(1) et (3).

638 En Côte d'Ivoire, pour sortir de la guerre civile ayant fait plusieurs milliers de morts, l'Accord intervenu à Marcoussis entre les partis politiques, les groupes rebelles et le Président de la République ivoirienne, prévoit que le gouvernement de réconciliation désigné à l'issue de l'Accord accordera l'amnistie à « tous les militaires détenus pour atteinte à la sûreté de l'État et fera bénéficier de la même mesure les soldats exilés, à l'exception des auteurs de violations du droit international humanitaire ». La loi d'amnistie, qui met en œuvre l'accord de Marcoussis, n'exonère pas effectivement les auteurs de violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Lire l'Accord de Marcoussis du 24 janvier 2003, article VII-5;
Selon la *loi ivoirienne n° 2003-309 du 08 août 2003 portant amnistie,* JORCI n° 2, Numéro spécial du 18 août 2003, article 3(b), les auteurs des « infractions graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire » ne peuvent pas bénéficier de l'amnistie.

639 L'accord de paix pour la Bosnie-Herzégovine conclu le 21 novembre 1995 à Dayton (États-Unis) et signé à Paris le 14 décembre 1995 par les présidents de la République de Bosnie-Herzégovine, de la République fédérative de Yougoslavie et de la République de Croatie, pour mettre un terme aux hostilités sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, reproduite dans Ministère des affaires étrangères français (éd.), *Accords de paix concernant l'ex-Yougoslavie, Documents d'actualité internationale*, Paris, février 1996, de la p. 23-64.

640 Accords de Dayton, art. VI de l'annexe 7. Ces accords sont mis en oeuvre par *Federal Amnesty Law of 1 July 1996*, Bosnia-Herzegovina Federation, Official Gazette No 48/99, 3 Dec 1999 à la p. 3.

641 Hartmann, *supra* note 614 à la p. 14-15 et 21.

642 *Ibid.* à la p. 17.

rendent coupables de crimes internationaux les plus graves, pour les motiver à cesser les hostilités. La doctrine s'y est appesantie. Elle est divisée en deux courants antinomiques sur une telle opportunité.

1⁰. Le courant favorable à l'amnistie avance que celle-ci est une carte maîtresse de la diplomatie[643]. Dans le sens où les criminels présumés sont des interlocuteurs indispensables à la paix malgré leurs crimes supposés, devant l'impératif de paix, ce qui compte et qui est urgent, c'est de les emmener à la table des négociations et non devant les tribunaux. Aux yeux des tenants de cette position, la justice pénale, mise en branle durant un conflit armé, contrecarrerait « tout espoir d'arriver à une paix négociée. Et, sous prétexte de combattre l'injustice, elle risque de la prolonger »[644]. Bref, l'exigence d'« une paix juste peut entraîner une poursuite de la guerre et donc la mort et la souffrance de populations entières »[645].

2⁰. Le second courant, défavorable à l'amnistie, trouve, pour sa part, que l'inculpation des suspects en plein conflit armé apporte une contribution significative à la paix et que finalement « aucune paix durable et crédible ne peut reposer sur l'injustice et l'impunité »[646]. Par conséquent, ce courant propose qu'à côté des moyens classiques – usage des armes ou négociations – pour mettre fin à une situation inacceptable, la voie judiciaire, ouverte non après la fin du conflit mais alors que celui-ci est encore en cours, peut, par des poursuites rapides contre les responsables des exactions, « contribuer à les faire cesser ou, pour le moins, inciter nombre d'exécutants subalternes à s'abstenir d'apporter leur concours. Elle est aussi, pour les victimes, un réconfort dans la mesure où elles peuvent être assurées que tout sera fait pour le châtiment des coupables »[647].

---

643 Voir bibliographie dans Gary Bass, *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals,* Princeton University Press, 2000.

644 Hartmann, *supra* note 614 à la p. 19.

645 *Ibid.* à la p. 21.

646 *Ibid.* à la p. 19.

647 Lettre adressée au Président du Conseil de Sécurité, le 10 février 1993, par le représentant français auprès de l'ONU, S/25266, no 93-08042 2689, à la p. 4.

Pour notre part, nous avons déjà établi que les conventions internationales, négociées sous le poids de la douleur incommensurable de la Shoah, obligent effectivement les États-parties à réprimer sans aucune exception les crimes de guerre et contre l'humanité. Elles ne permettent donc pas aux criminels de monnayer leur impunité en brandissant les armes. Toutefois, elles n'interdisent pas expressément aux États d'amnistier ces faits. Sur le plan purement moral, ce qui est choquant, c'est que l'amnistie étant décrétée par les protagonistes de l'Accord de paix, elle est perçue comme une négation officielle de l'évènement criminel en ce qu'elle pardonne des comportements qu'on savait intolérables[648].

Par ailleurs, en l'état actuel des connaissances, « le choix de subordonner l'exercice de la justice à l'impératif de la paix et ainsi surseoir à la poursuite des plus hauts responsables politiques et militaires dans l'espoir qu'ils arrêteront au plus vite d'infliger des souffrances et négocieront n'a pas encore démontré son efficacité »[649]. Par contre, « les incidences profondes de l'impunité, tant sur le plan moral, éthique et juridique que sur le plan politique, représentent une entrave sérieuse au développement démocratique et au maintien de la paix et de l'unité nationales tant recherchées. Elle ouvre la porte à la vengeance et aux violations les plus graves et les plus odieuses des droits de l'homme»[650].

À titre illustratif, rappelons que la clause d'amnistie de l'Accord de paix de Lomé précité, n'a pas empêché la reprise du conflit armé en Sierra Leone moins d'une année seulement après la signature dudit Accord[651]. Cela a d'ailleurs incité le Secrétaire général des Nations-Unies à déclarer que «l'expérience de la Sierra Leone a confirmé que de telles amnisties ne sauraient

---

[648] Gallo Blandine Koudou, *supra* note 606 de la p. 67-95.

[649] Hartmann, *supra* note 614 à la p. 33;
Pour Patrick Baudoin, « confortés dans l'idée que leurs agissements sont plus efficaces qu'aucun autre acte et qu'ils peuvent les répéter à l'infini parce que la justice n'aura pas su les atteindre. Ce qui explique que l'amnistie dont ils bénéficient soit rarement dissuasive ».
Voir Patrick Baudoin, « Pourquoi il faut juger Aussaresses », (2001) 48 La Nouvelle Lettre de la FIDH 4;
Louis Joinet, *supra* note 565 à la p. 17.

[650] Richard Goldstone, « CPI–Guide pratique à l'usage des victimes », dans Reporters sans frontières et Réseau Damoclès, 2003, à la p. 26. Disponible au www.icc-cpi.int. Dernière visite: le 26 juillet 2007.

[651] Rapport du Secrétaire général au Conseil de Sécurité sur la protection des civils dans les conflits armés, 30 mars 2001, Doc. ONU S/2001/331, para. 10.

mener à une paix et à une réconciliation durables »[652]. Pour leur part, les parlementaires ivoiriens, lors de l'examen du projet de loi portant amnistie, ont déploré « le caractère récurrent des lois d'amnistie qui ont jalonné l'histoire de la Côte d'Ivoire » sans rien résoudre, puisque, « dans les cas les plus récents, ce sont les mêmes personnes qui sont mises en cause, et pour les mêmes infractions »[653]. En Ouganda et en Afghanistan, la guerre civile continue malgré les lois d'amnistie mises en force pour hâter le retour à la paix.

Dans la mesure où « des trêves imposées par la violence ne sont jamais que provisoires et ne pacifient pas les esprits »[654], nous pouvons conclure de ce qui précède que la clémence des criminels de guerre et contre l'humanité ne mène pas nécessairement à la paix. Généralement, elle fait inutilement obstacle à la répression interne des crimes de guerre et contre l'humanité. Elle fait néanmoins la preuve de la difficulté pratique d'amener les combattants, en pleine capacité militaire, à dévoiler la vérité sur les crimes reprochés. Le besoin d'une accalmie relative pousse à ne pas écarter une amnistie pour amorcer le dialogue et ultimement « les nécessités de la réconciliation nationale »[655].

Voilà qui nous emmène à questionner, dans le paragraphe qui suit, l'acceptation, de plus en plus observée, d'accorder l'amnistie et de faire traiter les crimes de guerre et contre l'humanité par la justice réparatrice à des fins de la réconciliation nationale.

---

652 *Ibid.*

653 Voir sur ce point, Rapport et Annexe n° 076 sanctionnant les séances des 4 et 5 août 2003 de la Commission des Affaires générales et institutionnelles de l'Assemblée Nationale de Côte d'Ivoire relativement au projet de loi portant amnistie dans le cadre du processus de réconciliation nationale.

654 Émile Durkheim, *De la division du travail social,* Paris, PUF,(réed.) 1994, à la p. piii.

655 Le juge Schomburg, dans l'affaire Deronjic, en opinion dissidente, déclare que « a limited amnesty or early release, if at all, can only be granted by those to whom this power is or will be vested, based on a sentenced person's entire post-crime conduct, or in order to restore peace ».
Le Procureur c. Deronjic (2004), affaire IT-02-61, (TPIY, Chambre de 1ère instance II), opinion dissidente du Juge Schomburg, para. 11;
Pour avis contraire, voir Vladimir Jankélevitch, *L'imprescriptible: pardonner? Dans l'honneur et la dignité,* Paris, Seuil, 1986, à la p. 39 pour qui, en présence de crimes aussi révoltants que les crimes de guerre et contre l'humanité, « le mouvement naturel d'un homme de coeur est de s'indigner et de lutter passionnément contre l'oubli et de poursuivre les criminels, comme les juges du tribunal allié de Nuremberg l'avaient promis, jusqu'au bout de la terre ».

B. Un préalable à la réconciliation nationale

À des fins de réconciliation nationale, plusieurs pays ont tenté récemment, et certains y sont parvenus, de passer d'une guerre civile, d'un régime de dictature, de violences politiques et d'absence de libertés fondamentales à une démocratie[656]. Cela s'est malheureusement fait « en concluant une sorte de pacte préalable, prévoyant de ne pas poursuivre les responsables des violations massives et systématiques de droits humains en échange de leur retrait politique et de la mise en place, dans les meilleurs délais, d'un État de droit »[657]. Cela s'est fait de deux manières différentes. D'un coté, les États ont accordé une amnistie sans condition, de l'autre, ils ont demandé des aveux en échange de l'impunité par le jeu de la justice restauratrice[658].

Trois questions juridiques surgissent face à ces deux manières de traiter les crimes de guerre et contre l'humanité. Tout d'abord, il faut déterminer si l'un et l'autre sont conformes aux obligations étatiques de droit international. Si la réponse est négative, il faut se demander si une exception peut être soulevée pour permettre ce traitement. Finalement, il faut déterminer l'étendue d'une telle exception en vérifiant si elle octroie aux personnes qui en bénéficient la protection équivalente à celle d'un jugement, sous le concept de l'autorité de la chose définitivement jugée.

1^{0}. **Conformité au droit international.** Le droit international demande clairement que les personnes suspectées de crimes de guerre et contre l'humanité soient recherchées,

---

656 Abderrahmane Moussaoui, « Algérie, la réconciliation entre espoirs et malentendus », (2007) 2 CAIRN 339, à la p. 350 note que le processus de réconciliation algérien, passé d'une politique de clémence à une politique de concorde civile, puis d'amnistie, a soigneusement évité tout retour concret sur la guerre civile des années 1990 et ses acteurs, toute recherche des responsabilités.

657 En tant qu'élément de la transition à la démocratie et l'État de droit ou de stabilisation de la guerre à la paix, la justice réparatrice a été une manière utile de réconcilier la population en République sud africaine, au Chili, au Bénin, au Mali, Guatemala, et ailleurs, et de résoudre, à sa façon, la question des atrocités du passé.
Voir notamment André Dulait, « Rapport d'information sur la Cour pénale internationale », n°313/1998-99, Paris, sénat français, 1999.
L'exposé des motifs de la *Loi ivoirienne n° 2003-309 du 8 août 2003 portant amnistie*, JORCI n° 2, numéro spécial du 18 août 2003 considère l'amnistie comme « une étape essentielle dans la phase actuelle du processus de réconciliation ».

658 Cario, *supra* note 100 à la p. 46.

arrêtées, traduites en justice et, si elles sont reconnues coupables, châtiées[659]. Toutefois, ce droit « n'est pas immuable; il s'adapte sans cesse aux besoins d'un monde changeant »[660]. Ainsi, selon les circonstances, « the full prosecution may not be necessary »[661] pour rencontrer l'obligation de réprimer le génocide, les crimes de guerre et les autres crimes contre l'humanité. En fait, cette obligation, qui incombe aux États, « would be violated only by a complete failure to punish genocide [war crime or crime against humanity] and not by a failure to punish every individual who participated in the crime »[662]. Cette marge d'appréciation permet de limiter la répression aux seuls « plus grands responsables » de ces crimes si les circonstances le justifient[663]. Elle ne permet cependant pas à un État, dans une perspective d'arrêt des combats, de réconciliation nationale ou d'une transition vers la démocratie, de renoncer totalement aux poursuites pénales des criminels de guerre et contre l'humanité en leurs octroyant une amnistie générale et inconditionnelle. Un tel comportement constituerait un manquement à l'obligation internationale de répression. Il peut engager la responsabilité internationale de l'État et hypothéquer les chances d'une réconciliation nationale véritable[664].

2[0]. **L'exception de restreindre la répression aux plus grands responsables**. D'un point de vue pragmatique, le besoin d'une accalmie relative pour amorcer le dialogue et obtenir

---

659 Résolution 3074 (XXVIII), 1[er] para.

660 Voir Procès des grands criminels de guerre, *supra* note 12 à la p. 233.

661 Stef Vanderginste, *Law as a Source and Instrument of Transitional Justice in Burundi*, Thèse de doctorat en droit, Université d'Antwerpen, 2009, à la p. 447. [Non publiée].

662 Diane Orentlicher, *supra* note 568 à la p. 2566;
Louise Mallinder, « Can Amnesties and International Justice Be Reconciled? », (2007) 1: 1 International Journal of Transitional Justice, à la p. 214;
Yasmin Naqvi, « Amnesty for War Crimes: Defining the Limits of International Recognition », (2003) 85: 851 RICR 583, à la p. 614.

663 *Ibid.*
Les mesures de clémence *ex post* (libération anticipée et grâce) que les États adoptent pour anéantir ou alléger les effets de la condamnation opèrent également un déni de justice. Pour cette démonstration voir notamment Frédéric Mégret, « Qu'est-ce qu'une juridiction « incapable » ou « manquant de volonté » au sens de l'article 17 du Traité de Rome? Quelques enseignements tirés des théories du déni de justice en droit international » (2004) 17 : 2 Revue québécoise de droit international, de la p. 212 et ss.

664 Pour avis contraire, lire David Wuppman, « Exaggerating the ICC » dans Joanna Harrington, Michael Milde et Richard Vernon , *Bringing Power to Justice? The Prospects of the International Criminal Court*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2006, de la p. 120-123 [la répression judiciaire ne favorise pas la réconciliation].

un « cessez le feu » et ultimement tenter une réconciliation nationale et mettre en branle les conditions préalable à l'émergence d'un État de droit ainsi que les difficultés pratiques de réprimer un crime de masse plaident pour qu'une exception soit érigée en faveur des « moins responsables »[665]. Dans cette perspective d'adaptation de « la justice à la diversité des situations, si le jugement des principaux responsables est indispensable et contribue à la paix, il ne dispense pas – tout au contraire – de trouver des solutions politiques » amnistiant leurs subordonnés, sous condition cependant que la vérité sur les crimes commis soit connue[666].

Cette position repose sur l'argument du philosophe Bouretz selon lequel « les victimes ne demandent effectivement pas un châtiment, une punition, elles ne réclament pas une réparation; elles attendent la reconnaissance publique, la médiation du procès comme moyen de transformer l'individuellement ressenti en socialement arrivé, le vécu en discours »[667]. Ainsi, soutient Joinet, rendre justice aux victimes se donne comme une cure pour elles « de dépasser l'esprit de vengeance »[668]. Dès lors que la reconnaissance publique de leurs souffrances est faite, que l'auteur des violations est identifié et qu'il manifeste son repentir, le pardon, condition de toute réconciliation, en tant qu'acte privé devient possible[669]. Et comme le dit bien Joinet, « tel est, au-delà du jugement, la finalité essentielle du droit à la justice »[670].

Par conséquent, dans une perspective d'arrêt des combats, de réconciliation nationale ou d'une transition vers la démocratie, un État peut renoncer aux poursuites des « moins

---

665 Voir Robert Cario, *supra* note 100 à la p. 136.

666 Voir Antoine Garapon, *supra* note 12 à la p. 114 et 271;
Christian Nadeau, *supra* note 39 et Muriel Paradelle et Hélène Dumont, *supra* note 42.

667 Cité par Louis Joinet, *supra* note 565 à la p. 25.

668 *Ibid.*

669 Jankélévitch note une impossibilité presqu'ontologique de ce pardon forcé parce que « dans l'universelle amnistie morale depuis longtemps accordée aux assassins, les déportés, les fusillés, les massacrés n'ont plus que nous pour penser à eux. Si nous cessions d'y penser, nous achèverions de les exterminer et ils seraient anéantis définitivement. Les morts dépendent entièrement de notre fidélité ».
Voir Vladimir Jankélévitch, *supra* note 655 de la p. 59-60.

670 Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques), Rapport final établi par Louis M. Joinet, en application de la Résolution 1995/35, E/CN.4/Sub.2/1996/18, 20 juin 1996, principe no 19 des principes relatifs à la lutte contre l'impunité des criminels de guerre et des criminels contre l'humanité.

responsables » au profit des mécanismes de la justice réparatrice, à l'instar des CVR, à conditions que ceux-ci permettent aux victimes d' accèder à une certaine vérité.

Au demeurant, la démarche de la justice réparatrice équivaut à un procès, abrégé cependant par un aveu de culpabilité, même si obligatoirement le verdict de culpabilité n'est pas suivi d'une sentence d'emprisonnement. Qui plus est, la réparation des dommages subis, la restitution et la réparation, incluant la dissolution des groupes armés et la révocation des fonctionnaires de haut rang impliqués dans les violations graves du droit international humanitaire, peuvent être obtenus en dehors d'un procès *per se*[671]. Loin de constituer de l'évitement de la répression, les procédés de la justice réparatrice, à l'instar des CVR, constitue bel et bien une solution de rechange aux difficultés de concilier répression et réconciliation[672]. Elles jugent sans nécessairement punir: la traduction, non pas au pénal, d'un criminel, mais à l'opprobre social, présente, pour la victime, la satisfaction de la nomination publique de la faute et de la réparation. Mais, la sanction pénale, notamment la prison, qui éloigne l'infracteur des victimes et nourrit chez elles un sentiment de sécurité sociale, est remplacée par la désapprobation sociale du crime. Cette dernière participe à l'élimination des risques de récidive[673]. Mais, il faut éviter une autoamnistie derrière le travail des mécanismes de la justice réparatrice. Pour ce motif celui-ci doit rencontrer certaines conditions de validité.

2^0. **En terme d'étendue**, nous rappelons que sous le concept de « l'autorité de la chose jugée », le droit international offre clairement à tout accusé la garantie de ne pas être jugé deux ou plusieurs fois de suite pour les mêmes faits pour lesquels il a déjà été condamné ou acquitté[674]. Toutefois, cela suppose que certaines conditions soient remplies.

---

671 Pour Jankelevitch, « il n'y a pas de dommages-intérêts qui puissent nous dédommager pour six millions de suppliciés, il n'y a pas de réparation pour l'irréparable ». Voir Vladimir Jankelevitch, *supra* note 655 à la p. 59.

672 Pour Jacques Derrida et Paul Ricœur, la CVR sud-africaine ne jugeait pas, elle amnistiait (ou non) des actes, mais pas des individus, avec d'ailleurs une relative parcimonie: sur 7116 demandes d'amnistie, 1312 ont été accordées, et 5 143 rejetées.
Voir Jacques Derrida et Paul Ricœur, *Vérité, réconciliation, réparation*, Paris, Seuil, 2004, à la p. 187;
Antoine, Garapon, *supra* note 12 à la p. 9.

673 Antje Krog, *La Douleur des mots*, Arles, Actes Sud, 2004, à la p. 304;
Desmond Tutu, *supra* note 114 à la p. 252.

674 Statut de Rome, art. 20.

Tout d'abord, il faut un acte juridictionnel, c'est-à-dire un jugement émanant d'un tribunal ou d'une Cour de justice régulièrement constituée. Par conséquent un acte administratif ou grâcieux ne peut avoir l'autorité de la chose jugée[675]. Ensuite, il faut que le jugement ait été rendu au fond (ou principal). De ce fait, tous les autres jugements prononcés à titre provisoire, conservatoire ou préparatoire n'ont pas autorité de chose jugée. Ils ne constituent pas un jugement définitif[676]. Finalement, le jugement rendu par une structure non juridictionnelle, à l'instar des CVR ou des commissions d'enquête, ne devrait pas, théoriquement du moins, donner lieu à l'autorité de la chose définitivement jugée, dans le sens juridique du terme.

En 1999, le Professeur John Dugard a cependant identifié les conditions selon lesquelles le traitement des crimes de guerre et contre l'humanité par une commission de vérité et de réconciliation plutôt que par une juridiction répressive serait opposable aux poursuites ultérieures. Ces conditions sont les suivantes:

> la commission doit être établie par un régime démocratique; elle doit être représentative de la société et indépendante; elle doit être dotée d'un très large pouvoir d'investigation; elle doit pouvoir tenir des audiences publiques et recevoir les témoignages des victimes; les auteurs des violations les plus graves doivent être identifiés, et doivent se voir accorder le droit de contester les accusations portées contre eux; la commission doit être à même de faire des recommandations et de déposer un rapport final dans un délai raisonnable; elle doit avoir le pouvoir de formuler des recommandations relatives à des mesures de réparation; l'amnistie doit être refusée aux auteurs des crimes les plus graves qui refusent de dévoiler toute la vérité ou de coopérer avec la commission[677].

Le Professeur John Dugard, avec qui nous sommes d'accord, suggère donc que si la CVR a été mise en branle de façon consensuelle, elle a fait son travail de façon indépendante, les infracteurs ont offert un aveu de culpabilité clair, exprimé des remords et un repentir honnête, tel

---

675 Comme le note bien Amnesty International, « in the terms of Article 17 of the ICC Statute such amnesties [for political killings, torture and forced disappearances] could be an indication of 'unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute'; they would therefore not prevent the ICC from declaring a case inadmissible ».
Voir Amnesty International, « The Prohibition of Amnesties and Similar National Measures of Impunity for Crimes Under International Law », AI Index: AFR 51/012/2003, 1 november 2003.

676 José Louis De La Cuesta, « Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe 'ne bis in idem' » 73 (2002) 3-4 RIDP 673 à 705.

677 John Dugard, « Dealing With Crimes of a Past Regime: Is Amnesty Still an Option? », (1999) Leiden Journal of International Law 1001-1015. [trad. De Pierre d'Argent, *supra* note 544 à la p. 35].

que cela s'est passé en Afrique du sud, après avoir pris en compte les revendications des victimes, ses décisions devraient protéger durablement leurs bénéficiaires au même titre qu'un verdict judiciaire. Si ces conditions ne sont pas remplies, nous sommes en face d'une autoamnistie[678] ou d'une parodie de pardon condamnable que « la communauté internationale ne devrait pas être tenue de reconnaître»[679].

En conclusion, dans les circonstances d'un crime de masse, la mise en œuvre de la priorité accordée au jugement des criminels de guerre et contre l'humanité, qui conduit à leur refuser toute amnistie en raison de la gravité de ces crimes, est nuancée pour permettre aux autorités nationales d'user de la prérogative amnistiante. C'est seulement en vue de parvenir à un accord de paix, de faciliter la mise en place durable de la démocratie et de relancer la réconciliation nationale que l'amnistie conditionnelle des « moins responsables », accordée dans des circonstances exceptionnelles d'un crime de masse, et suivant des balises claires que le Professeur Dugard établit bien, peut-être compatible avec le droit pénal international[680].

Après l'amnistie, voyons comment la prescription fait, à son tour, obstacle à l'action publique relative à un crime de guerre ou contre l'humanité au détriment de la règle internationale, à l'effet contraire.

---

678 L'auto-amnistie est la mesure par laquelle les criminels détournent l'amnistie à leur profit par la proclamation de lois d'amnistie. Voir notamment Patrick Baudouin, « Juridictions internationales et compétence universelle. Vers une justice sans frontières », (2000) 32 La nouvelle lettre de la FIDH, de la p. 2 - 3.

679 Rapport de la 48e session de la Commission du droit international, tenue du 6 mai au 26 juillet 1996, DOC. ONU A/51/10, 1996, art.12 (commentaire).
Gallo Bandine Koudou, *supra* note 606 à la p. 79.

680 Voir John Dugard, « Possible Conflicts of Jurisdiction With Truth Commissions », dans Antonio Cassese, John R.W.D. Jones et Paola Gaeta, *The Rome Statute for an International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, de la p. 699-700;
Yasmin Naqvi, *supra* note 662 à la p. 604 ;
Les principes de la Commission onusienne des droits de l'homme relatifs à la lutte contre l'impunité des criminels de guerre et des criminels contre l'humanité, principe no 29;
Irwin P. Stotzky, « Haiti: Searching for Alternatives », dans Naomi Roht-Arriaza (ed), *supra* note 304 à la p. 196.

Section 2. L'acquisition de la prescription

En droit international, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, incluant le génocide, sont imprescriptibles (& 1). Toutefois, la pratique étatique démontre que les dispositions en matière de délais de prescription prévus dans la plupart des codes pénaux nationaux dressent un obstacle formel à d'éventuelles poursuites contre leurs auteurs en raison du temps écoulé (& 2).

&1. L'interdiction internationale de soumettre les crimes graves à prescription

La notion de prescription est très récente en droit pénal international (A). Toutefois, l'adhésion massive des États au Statut de Rome vient de propulser l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité au statut d'une règle de droit international coutumier (B).

A. Les notions juridiques de prescription

Notons d'emblée que « la doctrine n'est pas unanime sur la portée de la règle de la prescription. Est-ce une règle de fond? Est-ce une règle de procédure? »[681]. Dans cette étude, nous l'avons placée dans les règles formelles par choix selon la procédure occidentale et burundaise.

En matière pénale, on distingue deux sortes de prescription extinctive, à savoir la prescription de l'action publique et la prescription de la peine.

1°. La prescription de l'action publique est une règle aux termes de laquelle l'écoulement d'un certain délai, bien défini dans la législation nationale, entraîne l'extinction de l'action publique et rend, de ce fait, toute la poursuite dorénavant impossible en matière criminelle. L'institution d'un délai de prescription de l'action publique repose sur deux idées principales. D'une part, l'écoulement du temps rend la réunion des preuves difficile et, en

---

[681] Doudou Thiam, « Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (Partie II) », Rapporteur spécial, Document A/CN.4/404 and Corr.1 and Corr. 2, (1987) I : 1 Ann. C.D.I., à la p. 379.

conséquence, la poursuite aléatoire. D'autre part, l'impératif de diligence qui pèse sur l'État en matière de poursuites pénales exige qu'il entreprenne les poursuites dans un délai raisonnable. Au-delà de ce délai, il est pratique que la prescription de l'action publique sanctionne l'inaction de l'État.

En général, la prescription de l'action publique commence à courir à partir de la date de la commission de l'infraction. Mais, pour certaines infractions, à l'instar de la fraude, c'est à partir de la découverte des faits que le délai commence à courrir[682]. Dans le cas de dissimulation avérée ou de clandestinité de l'infracteur, le départ du délai de prescription de l'action publique commence à courir, non pas au moment où les faits sont commis ni lorsqu'ils sont découverts, mais au jour où ils sont apparus dans les conditions permettant au Ministère public l'exercice de l'action publique[683].

2° . Quant à la prescription de la peine, elle est l'extinction du droit de faire exécuter une sanction pénale, lorsqu'un certain laps de temps s'est écoulé depuis la condamnation sans qu'elle ait été subie[684]. Elle renvoie donc au délai, au cas où la peine prononcée n'aurait pas été exécutée, par exemple parce que le condamné s'est enfui, au-delà duquel son exécution n'est plus légalement possible.

Au demeurant, la peine s'éteint normalement par son exécution complète. Sa prescription, à l'instar du décès du condamné, de la grâce, de l'amnistie et de la grâce amnistiante, est donc une mesure exceptionnelle qui y met fin avant même tout commencement d'exécution. Le point de départ du délai de prescription de la peine se situe, soit au jour où la condamnation est devenue définitive, c'est-à-dire lorsque les délais pour exercer les voies de recours sont expirés,

---

682 Paul Martens, *supra* note 34 à la p. 29.

683 Cette option se justifie par le principe selon lequel la prescription ne court pas contre celui qui ne peut agir - « contra non valentem agere non currit praescriptio ».

684 Laurent Desessard, « France, Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem », (2002) 3-4 : 73 RIDP, de la p. 913-940.

soit au jour de l'évasion, si le condamné s'est échappé après que sa condamnation soit devenue définitive[685].

En terme d'effets, la prescription de la peine dispense de son exécution, mais elle laisse subsister la condamnation. Celle-ci demeure inscrite au casier judiciaire; elle constitue le premier terme d'une récidive et, finalement, produit toutes les déchéances et incapacités qui y sont attachées. Qui plus est, le condamné dont la peine est prescrite doit tout de même s'acquitter des obligations de nature civile (restitutions, dommages-intérêts et frais) inhérentes à sa condamnation, puisqu'elles sont soumises à la prescription civile, dont les délais peuvent être différents avec ceux de droit pénal.

Après ce bref rappel d'ordre général, notons que le droit international s'est intéressé très récemment à la question de la prescription pénale des crimes de guerre et contre l'humanité. En effet, l'Accord de Londres de 1945 instituant le Tribunal militaire international de Nuremberg est resté muet sur la question et aucune déclaration durant la guerre de 1939-1945 (celle de Saint-James ou celle de Moscou) n'avait fait état de la prescription. Nous verrons que c'est la nécessité de poursuivre les auteurs des crimes odieux commis pendant la Seconde Guerre mondiale et l'obstacle opposé à cette poursuite par la règle de la prescription connue de plusieurs droits nationaux qui ont amené à introduire, par la *Convention du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, la règle de l'imprescriptibilité dans le droit international.

Nous discutons donc ici d'une question nouvelle en droit pénal international, mais dont l'importance est grande dans la perspective de la lutte contre l'impunité des criminels de guerre et contre l'humanité.

---

685 Jean Larguier, *Droit pénal général et procédure pénale*, Paris, dalloz, 1977, à la p. 237.

B. L'interdiction internationale

Dans l'ensemble, quatre conventions internationales exigent des États-parties de rendre imprescriptibles en droit interne les crimes de guerre et contre l'humanité. À part le Statut de Rome, ces instruments internationaux n'ont cependant pas reçu une adhésion significative de la part des États.

1^0. Le premier instrument de référence sur l'interdiction de soumettre les crimes de guerre et contre l'humanité à prescription est la *Convention onusienne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*[686]. En 1968, soit exactement vingt trois ans après la fin de la Seconde Guerre mondiale, le délai de prescription, dans beaucoup d'États européens, venait de s'écouler en ce qui concernait les crimes nazis. Le risque de voir les anciens dignitaires nazis, en fuite, échapper à toute poursuite pour les crimes de guerre et contre l'humanité commis sous leur autorité, sous l'effet de la prescription, inquiétait les victimes et les États les plus intéressés[687]. La *Convention onusienne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* constate cette inquiétude en ces termes: « l'application aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité des règles de droit interne relatives à la prescription des crimes ordinaires inquiète profondément l'opinion publique mondiale car elle empêche que les personnes responsables de ces crimes soient poursuivies et châtiées »[688].

Les rédacteurs de la *Convention onusienne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* reconnaissent « qu'il est nécessaire et opportun d'affirmer en droit international, le principe de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité et d'en assurer l'application universelle »[689]. Celle-ci déclare alors les crimes de

---

686 Adoptée par l'Assemblée Générale dans sa Résolution 2391 (XXIII) du 26 novembre 1968 et entrée en vigueur le 11 novembre 1970, conformément aux dispositions de l'article VIII.

687 Claudia Moisel, *supra* note 47 2e partie, para. 690.

688 Convention onusienne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, para. no 6 du préambule.

689 *Convention onusienne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, para no 7 du préambule.

guerre et les crimes contre l'humanité imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis[690].

La *Convention onusienne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* attribue à l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité, qui conduit ces crimes à ne pas être effacés à l'avenir par l'écoulement d'un délai, un caractère rétroactif, lui permettant ainsi de produire des effets même dans le passé. L'action publique les concernant revêt donc un sceau d'intemporalité. Le but précis de cette exception au principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères est de permettre à la justice d'atteindre les nazis en fuite si jamais ils réapparaissent[691].

Pour rendre effective, au niveau national, cette nouvelle règle de droit international, les États-parties à la *Convention onusienne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* se sont « engagés à prendre toutes mesures législatives ou autres qui seraient nécessaires pour assurer l'imprescriptibilité de ces crimes, tant en ce qui concerne les poursuites qu'en ce qui concerne la peine »[692]. En d'autres mots, ces États doivent créer dans leurs droits internes, si les infractions criminelles y sont normalement prescriptibles, une exception pour ces crimes. Malheureusement, *la Convention onusienne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, vu qu'elle s'applique, en vertu de son article premier, même aux situations antérieures à son entrée en vigueur, a été critiquée et même boudée par la quasi-totalité des États[693]. Aucun pays occidental, sauf la Russie, n'a adhéré à cette Convention.

Dans la mesure où très peu d'États ont épousé l'engagement de rendre l'obligation de poursuivre les auteurs des crimes de guerre et contre l'humanité intemporelle, l'impact

---

690 *Ibid.*, article 1er.

691 Ruth A. Kok, *Statutory Limitations in International Criminal Law*, The Hague, Asser Press, 2007, à la p. 14-17.

692 *Convention onusienne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, art. IV.

693 Seulement 9 États signataires, 44 Parties sur environ 198 États, aucun pays occidental, sauf la Russie, n'adhère à cette Convention.

international de la *Convention onusienne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* est demeuré négligeable.

2^{0}. Partant de cette mauvaise expérience onusienne, les pays européens ont tenté de mettre en branle une convention purement européenne contre la prescription des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité sans exiger qu'elle soit rétroactive[694]. Les signataires de la *Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* sont « soucieux d'éviter que la répression de ces crimes soit entravée par la prescription de la poursuite et de l'exécution des peines »[695]. Ils s'engagent alors à prendre les mesures nécessaires afin de les rendre punissables, dans leurs législations nationales et de ne pas appliquer la prescription à leur poursuite et à l'exécution des peines prononcées à l'endroit de leurs auteurs[696].

Malheureusement pour des motifs et intérêts variés, la *Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* n'a mérité que l'adhésion de trois États, en l'occurrence la Belgique, la Roumanie et les Pays-Bas. La France l'a signée mais ne l'a pas ratifiée. En conséquence, son impact en droit interne est également de très faible importance.

3^{0}. La *Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes* déclare que la pratique systématique de la disparition forcée des personnes constitue un crime contre l'humanité[697]. Elle dispose que « l'action pénale introduite à raison de la disparition forcée des personnes et les peines qui sont imposées judiciairement aux auteurs de cet acte ne sont pas

---

694 *Convention Européenne sur l'Imprescriptibilité des Crimes contre l'Humanité et des Crimes de Guerre*, adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1974, reproduite dans 13 Int'l Leg. Mats., à la p. 540. L'art. 2 stipile que:

> Dans chaque État contractant, la présente Convention s'applique aux infractions commises après son entrée en vigueur à l'égard de cet État.
>
> Elle s'applique également aux infractions commises avant cette entrée en vigueur dans les cas où le délai de prescription n'est pas encore venu à expiration à cette date.

695 *Ibid.* préambule.

696 *Ibid.*, art. 1.

697 *Convention interaméricaine sur la disparition forcée de personnes*, 5^{e} boulet du préambule.

sujettes à prescription »[698]. Loin d'interdire catégoriquement la prescription de ce crime, en cas d'existence d'une norme fondamentale contraire, cette convention permet de ramener la période de prescription à celle applicable au délit le plus grave sanctionné dans la législation interne de l'État partie en cause[699].

Dans la même veine, la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* permet l'intervention de mesures de prescription, mais elle précise expressément que le « délai de prescription de l'action pénale doit être de longue durée et proportionné à l'extrême gravité de ce crime ». Qui plus est, ce délai de prescription doit « commencer à courir lorsque le crime de disparition forcée cesse, compte tenu de son caractère continu »[700].

4^{0}. Le seul texte qui fait actuellement l'unanimité de plusieurs États en matière d'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité est le Statut de Rome. Il dispose que ces crimes ne se prescrivent pas:

> Les États parties au présent Statut, (...) affirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale; déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes, (...) sont convenus de ce qui suit.... [...]
> Les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas[701].

Il faut noter cependant que, du fait de la non rétroactivité de la loi pénale la plus sévère, le statut de Rome s'applique uniquement aux crimes commis après son entrée en vigueur, soit en juillet 2002[702]. Par conséquent, la compétence de la CPI ne s'étend pas aux crimes commis avant

---

698 *Ibid.*, art. 7 al. 1.

699 *Ibid.*, al. 2.

700 *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, 21 décembre 1965, 660 R.T.N.U. 195, art. 8.

701 Statut de Rome, préambule et art. 29.

cette date. La mise en conformité des systèmes juridiques nationaux avec ce statut risque donc de se faire sans cachet d'intemporalité pouvant affecter les faits antérieurs à 2002.

Cela étant, dans ses multiples résolutions, l'Assemblée générale de l'ONU et ses organes déclarent que «les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, où qu'ils aient été commis et quel que soit le moment où ils ont été commis doivent faire l'objet d'une enquête, et les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis de tels crimes doivent être recherchés, arrêtés, traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés» [703].

Pour leur part, les principes de la Commission des droits de l'homme relatifs à la lutte contre l'impunité des criminels de guerre et des criminels contre l'humanité déclarent que:

> La prescription pénale ne peut courir pendant la période où il n'existe pas de recours efficaces.
>
> Elle n'est pas applicable aux crimes graves selon le droit international qui, indépendamment du préjudice causé à la victime, constituent une atteinte à la dignité de l'humanité telle qu'ils sont par nature imprescriptibles, afin que le cours de la justice ne puisse être tenu en échec.
>
> La prescription n'est pas opposable aux actions civiles, administratives ou disciplinaires exercées par les victimes en réparation de leur préjudice[704].

Dans ces circonstances, nous pouvons conclure que les crimes de guerre et contre l'humanité sont imprescriptibles au regard de l'ONU. De plus, les conventions que nous venons d'inventorier font la preuve qu'il existe, du moins depuis l'entrée en vigueur du Statut de Rome,

---

[702] Statut de Rome, para. 24 (1) stipule que « nul n'est pénalement responsable, en vertu du présent Statut, pour un comportement antérieur à l'entrée en vigueur du Statut ».

[703] Voir notamment la Résolution 3 (I), adoptée le 13 février 1946;
La Résolution 170 (II), adoptée le 31 octobre 1947 portant sur l'extradition et le châtiment des criminels de guerre ;
La résolution 95 (I) du 11 décembre 1946, confirmant les principes de droit international reconnus par le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg et par le jugement de ce tribunal;
Les Résolutions 2184 (XXI) du 12 décembre 1966 et 2202 (XXI) du 16 décembre 1966, par lesquelles l'Assemblée Générale a expressément condamné en tant que crimes contre l'humanité, d'une part, la violation des droits économiques et politiques des populations autochtones et, d'autre part, la politique d'apartheid;
Les Résolutions 1074 D (XXXIX) et 1158 (XLI) du Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies, en date des 28 juillet 1965 et 5 août 1966, concernant le châtiment des criminels de guerre et des individus coupables de crimes contre l'humanité.

[704] Principe n° 28.

une *opinio juris* permettant de conclure, si la pratique des États le sous-tend, que l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité est une règle coutumière de droit international. Nous pouvons cependant, même en l'absence « de pratique étatique générale, acceptée comme étant le droit »[705], conférer le statut de règle coutumière à l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité conformément à la théorie selon laquelle « la coutume internationale peut se réduire à une disposition conventionnelle dès lors que celle-ci a été adoptée par un nombre suffisant d'États »[706]. Le Statut de Rome, auquel a adhéré plus d'une centaine d'États, remplit amplement cette condition[707]. Nous pouvons également, en l'absence de pratique étatique uniforme et continue, conférer le statut de règle de droit international coutumier à l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité en procédant, comme le fait parfois la CIJ, à une nette relativisation du rôle de la pratique des États dans la formation d'une règle coutumière en mettant l'emphase sur *l'opinio juris*, dont le moyen d'expression se trouve dans de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale des Nations-Unies[708].

La conséquence de cette conclusion, aux fins de notre recherche, serait que les États, qui ne sont pas tenus par une obligation conventionnelle de ne pas soumettre à prescription les crimes de guerre et contre l'humanité, sont quand même tenus de se conformer à la règle coutumière, selon laquelle l'écoulement d'un certain délai qui, d'ordinaire, permettrait de considérer l'action publique comme éteinte, ne saurait être pris en compte dans le cadre de la répression de ces crimes internationaux. Il faut cependant dater de 2002 ce statut de norme obligatoire. Par conséquent, l'application rétroactive de cette règle d'imprescriptibilité aux crimes prescrits avant 2002 incombe seulement aux États qui ont souscrit aux conventions que nous venons de citer.

---

705 Statut de la CIJ, art. 38(b).

706 Affaire *concernant le Plateau continental de la mer du Nord*, *supra* note 290 à la p. 42;
Les décisions de la CIJ sont citées notamment dans Éric David et Jean Salmon, *Droit des gens*, t. 1, Bruxelles, PUB, 1998, à la p. 54;
Prosper Weil, « Vers une normativité relative en droit international », (1982) no spéc.R.G.D.I.P. 5, à la p. 43.

707 En juillet 2008, 108 États avaient ratifié le Statut de Rome et 139 l'avaient signé.
William A. Schabas, *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, à la p. 93 conclut que l'imprescriptibilité de ces crimes est devenue du droit coutumier.

708 *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, supra* note 290 à la p. 6.

Nous allons constater effectivement qu'au niveau national la prescription continue de faire obstacle aux poursuites lancées contre les présumés grands criminels de guerre et contre l'humanité. Nous tenterons de comprendre pourquoi.

&2. La pratique des États: un moyen de protéger ses ressortissants

Contrairement à l'engagement international de la part des États de rendre imprescriptibles les crimes de guerre et contre l'humanité, plusieurs législations nationales contiennent encore des délais de prescription. Pire encore, ces délais sont reçus pour s'opposer aux poursuites lancées contre les présumés criminels de guerre et contre l'humanité. Cette attitude trouve son fondement dans le rejet du caractère rétroactif de cette règle, mais surtout dans le refus de soumettre leurs propres ressortissants à ses effets, soit l'intemporalité de l'action de la justice.

Le refus d'appliquer la règle de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité à ses ressortissants se lit particulièrement dans l'expérience allemande concernant la prescription hâtive des crimes nazis de 1939-1945. En 1964, dans le but précis de mettre fin à toute possibilité de poursuivre les nazis en sol allemand, le parlement a déclaré que tous les crimes de guerre, le génocide et les autres crimes contre l'humanité commis avant cette date seraient prescrits à compter du 8 mai 1965, soit très exactement vingt ans après la fin de la Seconde Guerre mondiale[709]. Dans ce geste de l'Allemagne, qui peut être le fait de tout autre État, d'aucuns y voient la volonté politique de mettre ses propres ressortissants à l'abri de la justice pour les crimes odieux dont ils se sont rendus coupables[710]. Sans abroger la loi de 1964, l'actuel code pénal allemand prévoit que seuls le génocide[711] et l'assassinat[712] ne se prescrivent

---

709 Jean Paul Bazelaire et Thierry Cretin, *La justice pénale internationale*, Paris, PUF, 2000, à la p. 43; Ascensio, Décaux et Pellet, *supra* note 8 à la p. 888.

710 La majorité des Allemands voulaient tourner la page alors que les victimes étaient opposées à toute indulgence envers ceux qui avaient commis des crimes graves dans les pays occupés.
Claudia Moisel, *supra* note 47 citant Norbert Frei, *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, Munich, Beck, 1996, à la p. 136;
Annette Wieviorka, *Déportation et Génocide*, Paris, Plon, 1992.

711 Code pénal allemand, para. 220 (a).

712 *Ibid.*, para. 211.

pas. En conséquence, en Allemagne, les crimes de guerre et contre l'humanité dont l'infraction sous-jacente n'est pas l'assassinat se prescrivent de 30 ans[713].

Choqué par la loi allemande de 1964, le parlement français a directement promulgué la *loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité*[714]. Aux termes de celle-ci, « les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis par la résolution des Nations-Unies du 13 février 1946, prenant acte de la définition des crimes contre l'humanité telle qu'elle figure dans la charte du tribunal international du 8 août 1945, sont imprescriptibles par nature »[715]. Pour la Cour de cassation française, la *loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964*, qui s'applique uniquement aux crimes contre l'humanité commis durant la Seconde Guerre mondiale, « constate un fait acquis en droit interne, par l'effet des textes internationaux auxquels la France avait adhéré »[716]. Ces textes sont l'Accord de Londres de 1945, auquel est attaché le Statut de Nuremberg, et les déclarations qui l'ont précédé. La France limite donc le caractère imprescriptible aux seuls crimes contre l'humanité commis par les nazis. Il y a lieu de nous demander pourquoi la France se limite-t-elle seulement aux crimes contre l'humanité commis durant la Seconde Guerre mondiale. Nous pourrions également questionner pourquoi la France exclut de cette loi les crimes de guerre. Jean Paul Bazelaire et Thierry Cretin, experts de la répression de crimes internationaux en droit français, suggèrent que les crimes de guerre commis par les militaires et agents secrets français à l'étranger, particulièrement en Indochine et en Algérie, ne sont pas étrangers à cette attitude[717]. En fait, la France ne veut pas appliquer rétroactivement la règle de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité aux crimes commis par ses ressortissants, en son nom durant notamment la guerre d'Indochine et la guerre d'Algérie.

---

713 *Ibid.*, para. 78 du chap.2.

714 Dans Jean Paul Bazelaire et Thierry Cretin, *supra* note 706 à la p. 42.

715 *Loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 tendant à constater l' imprescriptibilité des crimes contre l'humanité*, art. 1.

716 Bull. Crim., no 34, JCP, 1984. II. 20197.

717 Jean Paul Bazelaire et Thierry Cretin, *supra* note 709 à la p. 43.

Les inconvénients de la prescription des crimes de guerre en droit français sont apparus au grand jour à l'occasion du procès *de Klaus Barbie*, en 1985. La Cour de cassation, dans son arrêt du 20 décembre 1985, a dû prendre les comportements, qui devaient se qualifier de crime de guerre, comme étant des crimes contre l'humanité pour contourner la prescription de l'action publique[718]. Pour y arriver, elle a procédé à une interprétation extensive de la notion de crime contre l'humanité, en y incluant les crimes commis par un régime d'occupation contre ses opposants politiques, « quelle que soit la forme de leur opposition »[719], ce qui englobe l'opposition armée.

Depuis 1994, le nouveau code pénal français prévoit l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité[720], du génocide[721] et des crimes de guerre aggravés, c'est à dire des crimes contre l'humanité commis en temps de guerre[722]. En conséquence de cette qualification fallacieuse, les crimes de guerre qui n'ont pas un caractère massif ou systématique, sont soumis à la prescription trentenaire dans l'ordre juridique français. Tout récemment, le *Projet de loi portant adaptation du droit pénal français à l'institution de la Cour pénale internationale* a réservé l'imprescriptibilité dans le droit français aux seuls crimes contre l'humanité afin « d'en marquer le caractère incommensurable avec toute autre infraction »[723]. Les délais de prescription de l'action publique et de la peine sont portés à trente ans pour tous les autres crimes[724]. Par conséquent, au-delà du délai de trente ans, les juridictions françaises perdent la faculté de juger un criminel de guerre présent sur le territoire national. En pareille occurrence, il est possible que la compétence

---

718 Richard Joseph Golsan, dir., *The Papon Affair: Memory and Justice on Trial*, Routledge, Taylor & Francis, 2000, de la p. 135 et ss;
Robert Cryer dir., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2007, de la p. 65 et ss;
François Ost, Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, à la p. 94.

719 *Ibid.*

720 Code pénal français, art. 213-5.

721 *Ibid.*, art. 212-3.

722 *Ibid.*, art. 212-2.

723 Voir Patrice Gélard, « Rapport n° 326 (2007-2008) fait au nom de la commission des lois », déposé le 14 mai 2008. En ligne: http://www.senat.fr/rap/l07-326/l07-326.html Dernière visite: le 6 janvier 2009.

724 Voir l'article 462-10 du Code pénal.

de la CPI s'enclenche en raison du principe de complémentarité. Il est cependant manifeste que le projet de loi français s'écarte, sur ce point précis, du Statut de Rome qui, lui, pose le principe de l'imprescriptibilité des crimes de guerre, du génocide et des autres crimes contre l'humanité[725].

La France n'explique pas pourquoi son système juridique national crée une exception qui n'existe pas en droit international. Les tribunaux de ce pays n'invalident pas, non plus, cette façon de faire. En effet, alors que l'application d'une convention internationale dépend en grande partie de la bonne volonté des États liés par celle-ci, celle de la constitution nationale s'impose à tous ceux qui sont sur le territoire qu'elle régit. Les juges français doivent donc se conformer à la constitution nationale et aux lois en vigueur au lieu de tanter de redresser un droit international mal intégré en droit français. Au demeurant, le 25 janvier 2002, dans l'affaire *le général Aussaresses* précitée, le tribunal correctionnel de Paris a estimé que les faits de l'espèce étaient constitutifs de crimes de guerre prescrits et amnistiés par la *Loi du 31 juillet 1968*[726].

Au Rwanda, tous les crimes sont prescrits 10 ans après les faits[727], sauf le génocide et les crimes contre l'humanité qui sont imprescriptibles[728]. Les crimes de guerre sont donc soumis à une prescription de dix ans. Cette attitude du Rwanda est l'expression du rejet ou de la dénonciation, comme inadéquat ou inopportun, du projet international de poursuivre, sans limitation dans le temps, les criminels de guerre. Ce rejet s'explique par la volonté de protéger ses propres ressortissants qui sen seraient rendus coupables de tels crimes en RDC et au Rwanda depuis 1990.

Ce ne sont pas cependant tous les États qui violent la règle internationale de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité. Au Chili par exemple, les crimes contre l'humanité commis dans le passé entraînent la responsabilité de leurs auteurs, souvent de

---

725 Statut de Rome, art. 29.

726 En ligne: *http://www.denistouret.net/textes/Aussaresses.html#condamnation* Dernière visite: le 5 mai 2009.

727 Code pénal, art. 112 à 116.

728 La *Loi organique no 40/2000 du 26 janvier 2001 portant création des "Juridictions Gacaca" et organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité, commises entre le 1er octobre 1990 et le 31 décembre 1994*, art. 37.

haut dirigeants politiques. Les tribunaux chiliens ont déclaré que ces crimes ne pouvaient s'éteindre par la prescription ou l'amnistie prévue par le décret-loi d'amnistie de 1978 couvrant les infractions commises entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978[729].

Eu égard à ce qui précède, une conclusion peut-être tirée selon laquelle la répression interne des crimes de guerre et contre l'humanité continue d'être entravée par la prescription de la poursuite et de l'exécution des peines. Les raisons invoquées ne justifient pas qu'une exception circonstancielle soit érigée. Il y a lieu d'ailleurs de se réjouir que les effets de cette prescription sont limités seulement au niveau de l'État qui l'a consacrée. En effet, le juge international et le juge étranger, si jamais ils sont saisis de l'affaire, dans des circonstances qui leur permettent d'intervenir, passeront outre cette prescription.

Après avoir vu les obstacles juridiques, voyons maintenant les obstacles pratiques qui persuadent les autorités nationales qu'il est inopportun de poursuivre, peu importe si elles opèrent selon le principe de la légalité des poursuites ou celui de l'opportunité des poursuites[730]. On dit, en effet, que le service des poursuites, au nom du Procureur général, « reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner »[731].

---

729 Corte suprema de Chile, 18 nov. 2004, *Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda et Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Krassnoff Martchenko y otr.*, Rol. n° 517-2004, para. 16, 27, 34 et s. [résumé dans Mathilde Philip-Gay, *supra* note 41].

730 Théoriquement, « dans le premier cas, le ministère public n'est que l'instrument de la loi, qui présume que l'intérêt général exige des poursuites; dans le second cas, la loi laisse au contraire aux autorités d'accusation le soin d'apprécier l'utilité concrète de la répression et l'intérêt de la société à voir punie l'infraction commise: c'est sur ce point fondamental que se marque la différence des deux systèmes ».
Voir Merle et Vitu, *supra* note 534 [version de 1989] à la p. 331, n° 279.

731 Code d'instruction criminelle belge, art. 28 al. 1 et CPP français, art. 40 al. 1;
Corinne Renault-Brahinsky, *supra* note 29 à la p. 33.

CHAPITRE III - LES MOYENS JUSTIFIANT LE CLASSEMENT SANS SUITE POUR CAUSE DE L'INOPPORTUNITE DES POURSUITES OU DE L'INTÉRÊT DE LA JUSTICE

En vertu de son pouvoir discrétionnaire d'apprécier l'opportunité des enquêtes et des poursuites concernant une infraction donnée, le ministère public peut conclure, après analyse des allégations reçues, que celles-ci ne sont pas judicieuses au regard du contexte en présence. Cette décision de nature purement administrative, dont nous cernerons l'application aux crimes de guerre et contre l'humanité, s'appelle « le classement sans suite » pour cause d'intérêt de la justice ou d'inopportunité des poursuites (Section 1). Au niveau étatique, ses motifs en procédure pénale relative à ces crimes internationaux les plus graves sont controversés à telle enseigne d'être pris pour des empêchements procéduraux à leur répression (section 2).

Section 1. L'application du principe de l'opportunité à la répression des crimes de guerre et contre l'humanité

Les questions de classement sans suite administratif que nous abordons dans cette partie de notre recherche ne consistent pas à choisir entre le principe de l'opportunité des poursuites et celui de la légalité, deux notions dont nous délimitons l'étendue en procédure pénale (& 1). Elles concernent plutôt la portée de la discrétion de l'État dans l'appréciation de l'intérêt de la justice et la mise en mouvement subséquente de l'action publique (& 2).

&1. Du système procédural de l'opportunité à l'intérêt de la justice

D'un point de vue procédural, le droit international exige de réprimer tout crime de guerre ou contre l'humanité sans nécessairement imposer aux États d'adopter le système de la légalité plutôt que celui de l'opportunité des poursuites (A). Il soumet cependant l'abandon discrétionaire des poursuites au seul critère de l'intérêt de la justice (B).

A. Les notions de l'opportunité et de la légalité des poursuites

En procédure pénale, on distingue deux systèmes théoriques. D'une part, le système de l'opportunité des poursuites qui permet à l'organe étatique, chargé de réprimer les infractions à la

loi, la possibilité de n'engager les poursuites pénales que quand elles lui semblent opportunes[732]. Et d'autre part, le système de la légalité des poursuites, qui ne reconnaît à cet organe aucun pouvoir d'appréciation puisqu'il l'oblige à poursuivre toutes les infractions qui parviennent à sa connaissance, quelles qu'en soient la gravité ou les circonstances[733].

Dans le système de la légalité des poursuites, « la mise en mouvement et l'exercice de l'action publique sont retirés à la libre appréciation des magistrats du parquet »[734]. Par contre, dans celui de l'opportunité des poursuites, « le parquet est libre de donner la suite qu'il veut à l'affaire: d'une part, il peut mettre en mouvement l'action publique ou classer le dossier sans suite; d'autre part, une fois les poursuites commencées, il peut abandonner l'accusation et arrêter le cours du procès, malgré la saisine des juridictions de jugement compétentes »[735].

La *ratio legis* d'une disposition légale qui crée le classement sans suite pour cause d'inopportunité des poursuites ou d'intérêt de la justice est d'assurer une grande souplesse dans la répression, en permettant au service des poursuites la prise en considération des situations concrètes[736]. À l'inverse, on reproche au système de la légalité des poursuites d'être trop rigide et de ne pas permettre au poursuivant la prise en considération des circonstances de fait[737]. Or, celles-ci peuvent être telles que la répression se révèle inopportune, voire même nuisible à l'ordre public. Par exemple, le ministère public peut estimer, dans la phase de négociation de la paix, que les poursuites systématiques peuvent être un frein au retour à la normale. Mais, « à côté de

---

732 Le répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Paris, Dalloz, 1987, n° 77 montre que le système de l'opportunité des poursuites, assorti de quelques atténuations plus ou moins importantes, est appliqué par exemple en France, Belgique, Pays-bas, Égypte, Israël, Allemagne, Espagne, Grèce, pays anglo-saxon et anciens pays socialistes.

733 Merle et vitu, *supra* note 534 [version de 1997] à la p.331, n° 278-280 rapportent bien que les deux systèmes sont assez également représentés dans les divers pays du monde.

734 *Ibid.*

735 *Ibid.*, n° 1092.

736 Le poursuivant prend généralement en considération la gravité du mal social causé par l'infraction, l'attitude de la victime (faute préalable de sa part, désir de vengeance ou de pardon) l'offre de réparation, la teneur du casier judiciaire de l'intéressé, sa volonté de témoigner à charge contre ses coauteurs, ses complices ou d'autres personnes poursuivies et finalement sa volonté de devenir un informateur de la police et du parquet.

737 Merle et vitu, *supra* note 534, n° 1093.

ses avantages, le principe de l'opportunité des poursuites présente le danger de devenir une source d'arbitraire ou d'abus par l'étouffement de certaines affaires suite à des décisions empreintes de partialité»[738].

De l'avis de madame Rassat, le principe de l'opportunité des poursuites viole la règle *nullus judex sine lege* « dans la mesure où ce principe lui [ministère public ou parquet] donne le droit de ne pas poursuivre une infraction qui parait légalement constituée, rapprochant ainsi la décision du parquet des actes du juge en ce qu'elle statue sur la gravité juridique, sociale et morale de l'acte qui lui est soumis et dont il soustrait l'auteur à la justice »[739].

Pratiquement parlant, aucun des deux systèmes n'est pleinement satisfaisant: appliqué sans nuance, le principe de la légalité dans la mise en mouvement des poursuites risque d'encombrer les tribunaux en contraignant le parquet à poursuivre chaque infraction, même si la faute commise par le délinquant est sans gravité, ou si la comparution en justice présente des inconvénients beaucoup plus importants pour l'ordre public qu'une abstention d'agir. De son côté, le système de l'opportunité peut introduire un intolérable arbitraire dans les affaires, puisque le ministère public peut classer certaines affaires pour favoriser certains coupables notamment haut placés. C'est la raison pour laquelle, en réalité, « aucun de ces deux systèmes n'est appliqué dans sa conception idéale. Quel que soit le système choisi, des tempéraments, plus ou moins importants, y sont chaque fois apportés pour en atténuer la rigueur. Lorsqu'on dit d'un pays qu'il a opté pour tel ou tel autre système, on veut tout simplement signifier que telle est l'orientation dominante se trouvant à la base du système »[740].

Après ce rappel d'ordre général, notons qu'au niveau du droit international, aucune disposition conventionnelle ne s'oppose à ce que les autorités nationales usent du principe procédural de leur choix pour sélectionner les plaintes ou dénonciations qui méritent d'être portées au prétoire.

---

738 *Ibid.*

739 Rassat, *supra* note 29, no. 302.

740 Ildefonse Murayi-Habimana, *Du principe de l'opportunité des poursuites en droit de la procédure pénale rwandais*, Mémoire de licence en droit, Université nationale du Rwanda, Faculté de droit, 1990, à la p. 4.

Loin d'imposer de poursuivre tout suspect sans tenir compte des circonstances de fait, certaines conventions internationales, à l'instar de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, demandent aux autorités nationales de traiter les crimes qu'elles interdisent de la même façon que toute autre infraction de droit commun[741]. Pour la doctrine, cette position est « widely recognized as embodying international common law »[742]. Or, cette common law, tout comme le statut de Rome d'ailleurs, permet d'abandonner les poursuites contre les criminels de guerre et contre l'humanité pour cause d'intérêt supérieur de la justice internationale.

Pour la FIDH, « par la mention d'intérêts de la justice, le traité de Rome a souhaité introduire une référence téléologique pour se prémunir contre les risques qu'un corset trop contraignant de règles ferait encourir (à l'image de références à « l'équité » dans certains droits internes) »[743]. Toutefois, nous rappelons qu'au niveau du droit commun, on parle de la tolérance d'une délinquance de faible gravité; alors que dans le contexte international, la gravité des crimes est par construction toujours grande. Il ne s'agit donc pas de passer l'éponge sur des accidents de parcours d'un délinquant ou d'économiser les forces de l'institution judiciaire, mais « de renoncer *ab initio* d'enquêter sur des crimes qui tirent leur spécificité non seulement du nombre de victimes mais aussi de leur nature même»[744]. On ne peut le faire que si l'intérêt protégé justifie vraiment le choix d'un véritable déni de justice.

C'est pour ce motif que nous allons circonscrire cette notion d'intérêt de la justice internationale avant de vérifier si, au niveau national, le poursuivant le détermine correctement lorsqu'il décide discrétionnairement de faire échec à la répression.

---

741 *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, art. 7(2).

742 Abigail H. Moy, *supra* note 622 à la p. 273.

743 Sidiki Kaba, « Réflexions sur la notion d'intérêt de la justice au terme de l'article 53 du statut de Rome », Lettre adressee au Procureur de la CPI en date du 20 juin 2005, à la p. 6.

744 *Ibid.*

B. La notion de l'intérêt de la justice aux yeux du droit international

En vertu de la *common law*, « l'intérêt général et celui de la répression commandent de ne pas poursuivre certaines infractions peu graves »[745]. Ici, le bien de la société et de la justice est exprimé en termes d'économie de ressources (temps et argent) -facteurs réels de l'intérêt de la justice- que l'abstention de poursuivre génère au profit des affaires importantes[746].

Il arrive cependant que le ministère public fausse l'évaluation de cet intérêt de la justice en se permettant des démesures pouvant conduire à l'abstention alors que le bien de la société - transfiguré en certains standards comme l'ordre public et la bonne administration de la justice - exige de poursuivre pour connaître la vérité et dissuader l'infracteur de ne plus récidiver[747]. Dans cette hypothèse, on parle de l'abus de l'opportunité des poursuites. Lorsque des mécanismes de contrôle ne sont pas mis en œuvre, l'infracteur en profite pour échapper au jugement.

En ce qui concerne les crimes internationaux les plus graves, les intérêts combinés de la communauté internationale et des victimes justifient, en considération de la particulière gravité des comportements en cause, de poursuivre[748]. La *ratio legis* du principe de complémentarité, énoncée dès le préambule du Statut de Rome, veut que les criminels ne doivent pas échapper aux poursuites, au plan interne, d'abord, et, à défaut, au plan international[749]. La communauté internationale a, en la matière, délégué l'exercice de ses pouvoirs à l'État qui détient le suspect. Celui-ci peut s'abstenir d'engager des poursuites ou les abandonner si elles sont déjà en marche lorsqu'il extrade le suspect ou s'il est en présence des motifs d'intérêt de la justice[750].

---

745 Voir Jérôme Bossan, *L'intérêt général dans le procès pénal*, Thèse de doctorat en droit, Université de Poitiers, 2007, para. 78. [non publiée].

746 *Ibid.*

747 Roger Merle et André Vitu, *supra* note 534, [version de 1997], no 315.

748 Statut de Rome, préambule.

749 Pierre-Marie Dupuy, « Unité d'application du droit international à l'échelle globale et responsabilité des juges », (2007) 1: 2 EJIL, à la p. 57.

750 Statut du Tribunal de Nuremberg, art. 14 et 15, du TPIY, art. 16, du TPIR, art. 15, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, art. 1 et 15;

Dans l'affaire *Ntuyahaga,* la Chambre de première instance du TPIR a déclaré sans équivoque que « le Procureur est maître des poursuites et juge de leur opportunité »[751]. Il n'a pas cependant délimité les motifs sur lesquels repose l'inopportunité des poursuites en matière de répression des crimes de guerre et contre l'humanité.

Ultérieurement, le TPIR a demandé que les poursuites soient retirées pour servir au mieux les intérêts de la justice lorsque les droits de l'accusé, en l'espèce Jean Bosco Barayagwiza, ont été violés de manière flagrante de la part du Tribunal lui-même[752].

Les faits de l'espèce concerne l'arrestation de monsieur Jean-Bosco Barayagwiza et sa mise en détention au Cameroun, à la demande du Procureur du TPIR en 1996, pendant huit mois avant d'être informé des motifs de sa détention. Arrivé à Arusha, au siège du tribunal, Barayagwiza attend encore cinq mois avant sa première comparution. Le 3 novembre 1999, se fondant sur la doctrine de l'abus de procédure judiciaire, la Chambre d'appel annule les charges retenues contre lui et ordonne sa libération immédiate tout en interdisant au Procureur d'exercer de nouvelles poursuites pour les mêmes faits[753].

Dans sa décision interlocutoire du 14 décembre 2006, dans *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*[754], la CPI souscrit à l'abandon des poursuites lorsque l'accusé démontre une

---

Loi du 10 août 2001 établissant les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens en vue de poursuivre les crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique, art. 1, 2, 16 et 17;
Voir Hervé Ascensio, Elisabeth Lambert-Abdelgawad et Jean-Marc Sorel, dir., *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kossovo, Sierra Léone, Timor Leste)*, Paris, Société de législation comparée, 2006.
Sophinie Ong, « Les Chambres extraordinaires du Cambodge: une dernière tentative de lutte contre l'impunité des dirigeants khmers rouges » (2006) 10 RDPC 949, à la p. 950.

751 *Le Procureur c. Bernard Ntuyahaga* (1999), affaire no ICTR-98-40 T, (TPIR, chambre de 1ere instance), para. 4.

752 *Le Procureur c. Jean-Bosco Barayagwiza* (1999), affaire n° ICTR-97-19-AR72, (TPIR, Chambre d'appel), para. 73 -78 et 101.

753 *Ibid.*

754 Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) (a) of the Statute, CPI, affaire No 01/04-01/06 (OA4).

violation, de la part du procureur ou de la Cour, d'une des règles du droit international des droits de l'homme:

> 29. Instances of stay of proceedings on grounds of abuse of process are provided by cases involving a) delay in bringing the accused to justice, b) broken promises to the accused with regard to his prosecution, c) bringing the accused to justice by illegal or devious means.
> [...]
> 39. Where the breaches of the rights of the accused are such as to make it impossible for him/her to make his/her defence within the framework of his rights, no fair trial can take place and the proceedings can be stayed. To borrow an expression from the decision of the English Court of Appeal in Huang v. Secretary of State [2005] 3 All ER 435, it is the duty of a court: "to see to the protection of individual fundamental rights which is the particular territory of the courts [...]" Unfairness in the treatment of the suspect or the accused may rupture the process to an extent making it impossible to piece together the constituent elements of a fair trial. In those circumstances, the interest of the world community to put persons accused of the most heinous crimes against humanity on trial, great as it is, is outweighed by the need to sustain the efficacy of the judicial process as the potent agent of justice[755].

En plus de la violation flagrante des droits de l'accusé, dans le cas des crimes de guerre et contre l'humanité commis au Rwanda, le TPIR s'est trouvé dans une situation de nécessité et a délibérément omis de poursuivre les criminels proches du régime actuel de l'État rwandais malgré les résultats de ses enquêtes et les rappels répétés des ONG de défense des droits humains[756]. Cette abstention, contraire au mandat du tribunal, est motivée par un dilemme: si le TPIR poursuit ces gens, il risque de perdre la coopération du Rwanda et donc ne plus avoir accès aux preuves dont il a besoin dans les procès contre les génocidaires Hutu. Or, ceux-ci constituent le gros morceaux, « du moins le plus apte à constituer une marque de commerce pour bénéficier de l'appui des bailleurs de fonds »[757].

---

[755] La jurisprudence canadienne citée: *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616; *R. v. keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, à la p. 658-59.

[756] Paul Ricœur, « Réflexions sur quelques difficultés du jugement pénal en situation. A propos du procès d'assises de quatre accusés rwandais », (2001) 11 RDPC, à la p. 971.

[757] Augustin Ngirabatware, *Rwanda – Le faite du mensonge et de l'injustice*, Paris, Sources du Nil, 2006, à la p. 42.

Au regard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Procureur du TPIR, Édouard Karemera s'indigne que « des criminels avérés continuent de jouir de l'impunité suite aux poursuites sélectives pratiquées par le Procureur sans provoquer de réactions à l'ONU »[758]. Quant à André-Michel Essoungou, il s'insurge contre une situation qui évite « à certains grands criminels les phares de la justice »[759].

Pour notre part, nous constatons effectivement que la situation dans laquelle le tribunal s'est trouvé justifie, en l'absence de l'appui musclé du Conseil de sécurité de l'ONU, l'inopportunité des poursuites. En effet, l'administration de la justice aurait été totalement impossible si le Rwanda avait rompu sa relation avec le TPIR. Or, l'impossibilité d'atteindre les uns ne pouvait induire l'impunité pour les autres. Nous doutons cependant que cette inopportunité rencontre les critères de l'intérêt de la communauté internationale, encore moins celui des victimes.

Ceci dit, nous pouvons conclure que le critère de l'intérêt supérieur de la justice commande, en droit international, d'abandonner les poursuites, même si le crime est constitué, en cas de violation par les autorités judiciaires, inclusivement le service des poursuites, d'un des droits fondamentaux de l'accusé ou lorsque ces poursuites peuvent conduire au déni de justice pour des faits semblables. Nous verrons cependant que pour certains États, la notion d'intérêt supérieur de la justice peut désigner l'intérêt de la justice nationale, pour d'autres, elle désigne l'intérêt supérieur de la justice internationale, et pour d'autres encore il s'évalue selon les enjeux régionaux et stratégiques en présence.

&2. La discrétion nationale de choisir le système procédural

La doctrine note que le système pénal de presque tous les États est fondé sur un système mixte alliant les principes d'opportunité et de légalité des poursuites[760]. En d'autres mots, le

---

758 Edouard Karemera, *supra* note 611 à la p. 24 et 74.

759 André-Michel Essoungou, *Justice à Arusha. Un tribunal international politiquement encadré face au génocide rwandais,* Paris, L'Harmattan, 2006, à la p. 77 et 78.

760 Mireille Delmas- Marty, dir., *Les Procédures pénales d'Europe*, Paris, Thémis, 1995, à la p. 377 et ss.

ministère public examine d'abord la légalité des poursuites, c'est-à-dire qu'il apprécie le bien-fondé apparent de l'action publique et sa recevabilité et apprécie, subséquemment, l'opportunité de poursuivre ou de classer l'affaire sans suite.

Il est d'emblée utile de préciser qu'il n'existe pas, au niveau mondial, de statistiques quantitatives actuelles qui démontrent l'importance du classement sans suite administratif des plaintes relatives aux crimes de guerre et contre l'humanité. Mais ce vide statistique n'est pas capable de masquer indéfiniment une dangereuse réalité que l'on observe depuis au moins la fin de la première guerre mondiale[761]. À cette occasion, les alliés ont abandonné l'idée de juger les 2100 personnes suspectées d'avoir commis des crimes de guerre, laissant ainsi à la Cour suprême de Leipzig le soin de juger seulement 21 officiers allemands[762]. Depuis lors, les TPI *ad hoc* mis en place après le génocide contre les Juifs et les crimes de guerre et contre l'humanité commis au Rwanda, en ex-Yougoslavie, au Cambodge, en Irak, en Sierra Leone et au Timor oriental, n'ont jugé, faute de moyens, qu'une poignée de grands criminels. Au niveau des États, plusieurs exemples de classement sans suite, par pure opportunité, illustrent bien notre propos.

1^{0}. Au Canada, depuis 1987, date de la publication du rapport de la Commission Jules Deschaînes mettant en garde contre la présence de plusieurs centaines de criminels de guerre au Canada, seulement deux procès ont eu lieu[763]. Il ne faut surtout pas en conclure que les résultats d'enquête pour les autres suspects n'ont pas révélé de motifs raisonnables de croire que le renvoie au procès serait justifié[764]. Après l'acquittement controversé d'Imre Finta en 1992, le Procureur Général a discrétionnairement mis fin aux poursuites contre trois suspects relatifs aux crimes de guerre commis entre 1939 et 1945 et qui étaient pendantes devant les tribunaux[765].

---

761 Voir notamment Robert Cario, *supra* note 100 à la p. 12;
Georges Kellens, *Punir. Pénologie et droit des sanctions pénales*, Liège, de l'Université de Liège, 2000, à la p. 61.

762 Voir Jean-Paul Bazelaire et Thierry Cretin, *supra* note 709 à la p. 15.

763 *R. c. Finta*, *supra* note 75 et *R. v. Munyaneza, supra* note 140. Munyaneza, un civil actif de la milice criminelle « Interahamwe », est reconnu coupable de génocide, crime contre l'humanité et crime de guerre commis au Rwanda en 1994.

764 Pour preuve, lire *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, *supra* note 79.

765 *R. c. Pawlowski,* Court File No. 293, S.C.O. Ottawa – Carleton, Ontario;
R. c. Reistetter, Court File No RE 185/90, S.C.O. Toronto, Ontario;

Beaucoup d'autres dénonciations subséquemment reçues ont également été classées sans suite ou ont fait objet de mesures administratives d'exclusion du territoire canadien sans qu'aucun moyen soit mis en œuvre pour s'assurer que les expulsés répondent de leurs présumés actes criminels.

En abandonnant les poursuites ou en classant sans suite les dossiers, le Procureur Général a agi, dans ses droits. En effet, peu importe le type d'infraction, « the Attorney–General in addition to prosecuting someone, has the right to select on what charges that person shall be prosecuted. He has the further right to decide to terminate a prosecution once begun, and the concurrent or analogous right to decide not to prosecute a person at all offences that that person has allegedly committed »[766].

Au demeurant, la *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et modifiant certaines lois en conséquence* requiert, en sus du consentement habituel et discrétionnaire du service des poursuites[767], le consentement personnel écrit du Procureur général ou du Sous-Procureur général du Canada pour pouvoir enclencher les poursuites contre un criminel de guerre ou contre l'humanité qui se trouve au Canada[768].

Une interprétation *a contrario* de cette disposition légale canadienne consacrant le consentement du Procureur Général du Canada aux poursuites, laisse affirmer qu'après avoir examiné les circonstances de l'affaire dont il est saisi, à l'aide des documents qu'il possède et notamment au vu des éléments de preuve que lui a fournis l'enquête policière, le Procureur Général du Canada prend, discrétionnairement, une décision sur la suite à donner à une affaire. Il décide souverainement de poursuivre ou de classer l'affaire sans suite.

R. c. Grujicic, Court File No. 92/03319 Windsor, Ontario.

766 *R v. Betest*, (1975), 30 C.C.C. (2d) 233, à la p. 243 [Juge Graburn d'Ontario Country Court]; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170.

767 Le service des poursuites consent normalement aux poursuites si (1) les allégations sont sérieuses, (2) démontrent la participation personnelle du suspect, (3) celui-ci était un dirigeant militaire ou civil.

768 *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, *supra* note 78, para. 9(3).

La *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en oeuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et modifiant certaines lois en conséquence* est silencieuse sur les motifs qui guident la discrétion du Procureur général du Canada dans son choix de ne pas poursuivre. Il n'y a, non plus, pas de document public disponible qui encadre cette discrétion. Nous savons cependant que « les poursuites engagées dépendent avant tout de la faisabilité et de la décision de placer les ressources dans les affaires qui seront les plus fructueuses »[769]. Nous savons également que le Procureur général « doit tenir compte du fait que les enquêtes supplémentaires requises auront souvent lieu à l'étranger »[770]. Par conséquent, le poids financier des démarches subséquentes et les relations diplomatiques ou d'entraide judiciaire avec l'État où le crime a été commis font partie des considérations gouvernementales d'ordre purement pratique tenues en considération lorsque le Procureur général du Canada décide de ne pas porter une affaire en justice.

Sauf s'il intente une action sans motif raisonnable et probable ou sans fondement suffisant, les décisions du Procureur Général de ne pas poursuivre « have not been subject to the review of the Courts but were left to the legislative bodies that the Attorney-General is answerable to supervise »[771]. Les tribunaux canadiens n'ont donc aucun pouvoir de contrôle sur la décision administrative de ne pas enclencher ou d'abandonner les poursuites.

2^0. En Grande-Bretagne, il appartient à la police, chargée de mener une enquête pour une infraction, de décider de poursuivre ou non l'auteur de celle-ci[772]. La décision relève de l'autorité exclusive de l'officier de police une fois les preuves rassemblées et le suspect interrogé[773]. Toutefois, lorsqu'il s'agit des affaires particulièrement importantes ou complexes, comme les crimes de guerre ou contre l'humanité, les officiers de police subordonnent leur

---

769 Voir les rapports annuels du programme canadien sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre en ligne : http://www.justice.gc.ca. Dernière visite: le 4 mai 2009.

770 *Ibid.*

771 *Renvoi Warren and the Queen*, (1981), 61 C.C.C. (2d) 65, at p. 70 [juge Linden de l'Ontario High Court]; *Miazga v. Kvello Estate* [2007] S.J. No. 247 or 2007 SKCA 57, para. 80.

772 Voir Code criminel, para. 16.(1) à 16.(3) et la *Police and Criminal Evidence Act 1984*, s. 47 (3) (b).

773 *Ibid.*

décision de poursuite à l'avis du Procureur Général. Et, une fois les poursuites déclenchées, la police transmet l'affaire au *Crown Prosecution Service*, qui, à son tour, peut agir en toute opportunité pour demander à la police de continuer les procédures ou de les arrêter immédiatement[774].

Si donc le *Crown Prosecution Service*, la police judiciaire ou le Procureur général, lui-même, conclut que les circonstances en présence ne sont pas favorables aux poursuites, le dossier sera classé sans suite. Les tribunaux n'ont aucun droit de regard sur cette décision.

Dans le cas de la Grande Bretagne, il nous a été aussi impossible de trouver les documents qui encadrent la discrétion du ministère public. Toutefois, en cas de classement sans suite administratif, tout citoyen, et pas seulement la victime, est autorisé à engager directement les poursuites, mais à ses propres frais[775]. Cette mesure permet, à nos yeux, de limiter les abus éventuels de l'opportunité des poursuites par le ministère public.

3^{0}. En Belgique, malgré le déluge de plaintes relatives aux crimes de guerre et contre l'humanité, déposées devant les tribunaux au cours de ces dix dernières années[776], presque toutes ont été classées sans suite avant qu'un juge ne vérifie véritablement leur fondement[777].

Dans la procédure pénale belge, conformément au Code d'instruction criminelle, le ministère public doit examiner, avant tout, la légalité des poursuites et la recevabilité de l'action publique y relative avant d'apprécier, discrétionnairement, l'opportunité de poursuivre[778]. Plus

---

774 *Prosecution of Offences Act* 1985, s. 3(2)(A), s. 23.

775 *Ibid.*

776 Le Rapport de la Commission parlementaire concernant les évènements du Rwanda, 6 décembre 1997, Doc. parl., Sénat, 1997-1998, n°1-611/7, chapitre 3, section 12, point 2 recense plus de 325 plaintes dont une trentaine visaient des chefs d'États ou dignitaires étrangers.
Voir aussi Éric David, « La compétence universelle en droit belge », (2004) 30 Rev. Fac. Dr. ULB 2 ou (2004) 64: 1-2 Annales Fac. Dr. UCL 2.

777 Pierre D'Argent, « La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire », (1999) journal des tribunaux, de la p. 554 – 555;
Joe Verhoeven, « M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle », note sous Corr. Bruxelles, 6 Novembre 1998, dans (1999) journal des tribunaux 308, à la p. 311.

particulièrement, depuis le 7 mai 2003, le consentement express du Ministre fédéral de la justice est requis pour que les juridictions belges connaissent des crimes de guerre et contre l'humanité, indépendamment du lieu où ceux-ci ont été commis. Il peut surseoir aux poursuites ou expulser du territoire belge la personne mise en cause sans aucun mécanisme de vérifier si effectivement justice sera rendue[779]. Les critères qu'il prend en considération dans l'appréciation de cette opportunité ne sont pas cependant connus du grand public.

4^{0}. En France, les statistiques crédibles affirment que la police judiciaire a reçu plus d'une cinquantaine de cas d'allégation de crime de guerre et contre l'humanité entre 1995 et 2008[780]. Presque tous ont été classés sans suite, malgré l'importance de la preuve en charge pour la plupart d'entre eux. Les seuls jugements enregistrés dans ce pays concernent les crimes de guerre et contre l'humanité commis durant la seconde guerre mondiale[781].

Madame Rassat rapporte que c'est une circulaire du Ministre français de la justice, datée du 28 janvier 1828, qui a, pour la première fois, posé nettement le principe de la libre appréciation du ministère public en stipulant que:

> Il appartient au ministère public d'examiner librement, s'il y a lieu ou non de donner suite aux dénonciations qui lui sont portées [...]. Le ministère public qui est chargé de veiller au maintien de l'ordre public et d'assurer la paix de la société décide seul si cet ordre ou cette paix ont été troublés et si, par conséquent, il est nécessaire ou convenable d'intenter une action publique[782].

---

778 *Loi de 1993 telle que modifiée par la loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire*, Moniteur Belge du 5 août 1993, à la p. 17751, art 7.

779 *Ibid.*

780 Lettre de la documentation française no 2009/04 -12, à la p. 11.

781 Voir les résumés des affaires Touvier, Barbie, Leguey, Bousquet et Papon dans André Huet et Renée Koering-Joulin, *supra* note 18 à la p. 100.

782 Michèle-Laure Rassat, *supra* note 29, no 307.

Depuis le 31 décembre 1957, le code de procédure pénale français prévoit expressément que, peu importe la nature des infractions en cause, « le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner »[783].

Pratiquement, après enquête, la police judiciaire transmet son dossier au ministère public qui saisit alors le juge d'instruction pour une enquête approfondie. Lorsque le juge d'instruction a clôturé son travail d'instruction (à charge et à décharge) et qu'il estime que les faits reprochés sont constitutifs d'une infraction, il rend une ordonnance de « soit-communiqué » aux termes de laquelle il transmet son dossier au Parquet de la République qui peut alors discrétionnairement prendre des réquisitions de « renvoi » au procès ou de « non-lieu »[784].

Dans l'occurrence d'un renvoi au procès, le parquet, après obtention de l'accord du Garde des sceaux (Ministre de la justice), saisit ensuite la Chambre de l'instruction (anciennement dénommée chambre d'accusation). Celle-ci contrôle l'instruction du juge et elle peut prendre une décision de classement sans suite en pure opportunité. Dans le cas contraire, elle entame une mise en accusation devant la Cour d'assises. Ce n'est qu'à ce moment-là que le suspect est inculpé. Par conséquent, un classement sans suite en pure opportunité se produit lorsque le parquet (service de poursuite) prend, de son propre chef ou sur ordre du Ministre de la justice, des réquisitions de « non-lieu », ou si la Chambre de l'instruction décide de ne pas mettre en accusation la personne concernée en estimant que le procès n'est pas opportun.

Aucun indice législatif ou jurisprudentiel ne permet de conclure, en France, que la procédure relative aux crimes de guerre et contre l'humanité déroge à cette règle. Ce qui est connu, c'est que la décision du ministère public de ne pas poursuivre ne peut pas faire l'objet d'un recours en révision judiciaire. En effet, les tribunaux français ont déjà statué que « est irrecevable le moyen qui tend à mettre en cause l'appréciation faite par le Procureur de la République de la suite qu'il lui appartenait de donner à une plainte selon les pouvoirs qui lui sont reconnus par l'art. 40 du code de procédure pénal français. Les tribunaux répressifs ne sauraient,

---

783 CPP de la France, art. 40.(1).

784 Pour plus de détails lire Ordonnance de Soit-Communiqué du 17 novembre 2006, *supra* note 259;
Pour plus de details sur le Juge d'instruction francais, lire Corinne Renault-Brahinsky, *supra* note 29 à la p. 23.

sans excès de pouvoirs, critiquer l'exercice que le ministère public fait de ses droits quant à l'opportunité d'engager ou non des poursuites »[785].

5^{0}. En plus de la France, la Belgique et le Royaume-Uni, le principe de l'opportunité des poursuites prévaut dans la quasi-totalité des pays membres de l'Union européenne et s'applique à toutes les catégories d'infraction[786]. Il est d'ailleurs établi en droit européen, que le principe de l'opportunité des poursuites n'est pas contraire aux dispositions de l'art. 6, al. 1er de la *Convention européenne des droits de l'Homme* qui garantit le droit à toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi[787]. En conséquence, la décision de classer sans suite les dossiers ne peut pas faire l'objet d'une révision judiciaire.

6^{0}. Au Rwanda, plusieurs génocidaires proches du régime militaire en place échappent actuellement aux poursuites par simple décision discrétionnaire des autorités administratives de classer sans suite toute plainte ou dénonciations les concernant.

Depuis 1924, date de l'introduction du droit européen par la colonisation belge au Rwanda, l'accusation émane du parquet qui dispose de pouvoirs étendus pour trier les dénonciations et les plaintes qui lui parviennent[788]. Et pourtant, sauf quelques références implicites dans le Code de procédure pénale de ce pays[789], avant 2000, il n'existait aucune loi ou règlement prévoyant de façon explicite le principe de l'opportunité des poursuites[790]. Les récentes lois organiques portant répression du génocide de 1994 donnent plein pouvoir au

---

785 Crim. 21 mai 1979: Bull. Crim. No 178.

786 Mireille Delmas- Marty, *supra* note 760.

787 Crim. 21 sept. 1993: Gaz. Pal. 1993. 2. 573.

788 Ildéfonse Murayi-Habimana, *supra* note 740 à la p. 7.

789 Voir par exemple l'article 54 qui discute de la mainlevée de la mise en détention préventive que le ministère public accorde lorsqu'il décide qu'il n'y a pas lieu de poursuivre: « Lorsque le ministère public décide d'exercer l'action publique.... ». Une lecture *a contrario* permet de conclure que le ministère public peut ne pas poursuivre en invoquant des motifs propres à son appréciation, donc relevant de l'application du principe de l'opportunité des poursuites.

790 Murayi-Habimana, *supra* note 740 de la p. 7 à 8.

ministère public (parquet et auditorats militaires) et au Procureur Général de la Cour suprême de juger de l'opportunité de poursuivre ou de classer sans suite toute affaire concernant ce génocide[791]. Les tribunaux rwandais n'ont aucun droit de regard sur cette décision.

7^{0}. Aux États-Unis d'Amérique, lorsque l'infraction lui semble légalement constituée et la poursuite lui semble légalement possible, le Procureur poursuivant apprécie en termes d'opportunité les suites à donner aux faits. Il bénéficie d'une autonomie quasi totale en matière d'exercice de la poursuite. Selon une « Court of Appeals », le pouvoir de l'United States attorney - un fonctionnaire de l'exécutif- de déterminer quand une poursuite doit être engagée ou abandonnée est discrétionnaire. En vertu de la séparation constitutionnelle des pouvoirs, sauf une sélection irrégulière, qui serait « délibérément fondée sur un critère injustifiable, tel la race, la religion ou une autre classification arbitraire »[792], les cours et tribunaux ne doivent pas interférer avec le libre exercice de ses pouvoirs discrétionnaires[793].

À la lumière de ces quelques exemples, nous retenons que le principe de l'opportunité des poursuites qui, en droit national, permet au ministère public de classer sans suite de façon discrétionnaire l'action publique au regard du contexte en présence, est également applicable lorsqu'un tribunal interne doit réprimer un crime de guerre ou contre l'humanité. Les tribunaux n'ont généralement pas de pouvoir de contrôle sur ce pouvoir souverain de l'exécutif. Il faut maintenant nous demander si cette inopportunité des poursuites se détermine conformément à l'intérêt véritable de la justice internationale.

---

791 *Loi organique no 40/2000 du 26/01/2001 portant création des juridictions Gacaca et organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité commis entre le 1er octobre 1990 et le 31 décembre 1994, supra* note 725, art. 47, 48, 49;
Loi du 30 août 1996 sur l'organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité, commises à partir du 1er octobre 1990, art. 7, 8, 9, 33.

792 Le XIVème Amendement interdit aux États de « refuser à toute personnes relevant de leur juridiction la protection égale des lois ». Voir notamment *Cycler v. Boyles,* 368 US 448, 1962.

793 *United States v.Cox,* 342F, 2nd 147, 5th Cir.., 1965 et *Engle v. Chipman,* 51 Mich.524.1883.

Section 2. Les motifs de classement pour cause d'inoportunité des poursuites

Pour des besoins purement méthodologiques, nous regrouperons les différents motifs que les États invoquent pour abandonner les poursuites en pure opportunité en deux grandes catégories. Tout d'abord, nous discuterons des facteurs objectifs, soit ceux qui se rattachent à la nature et la gravité des crimes ici en cause, ou qui tiennent compte de l'influence qu'exercerait sur l'ordre social la poursuite ou, au contraire, l'impunité de leurs présumés auteurs (& 1). Ensuite, nous aborderons les facteurs subjectifs résultant de l'appréciation de la situation personnelle, sociale et politique du criminel présumé (& 2).

&1. Les facteurs objectifs

Selon la pratique étatique, le ministère public fait échec aux poursuites contre les grands criminels de guerre et contre l'humanité lorsque celles-ci risquent d'entraîner des coûts politiques et économiques fâcheux (A) ou lorsque les autorités nationales privilégient des mesures administratives, comme l'expulsion du territoire national, en la place de la répression *stricto sensu* (B).

A. Les coûts politiques et économiques fâcheux

Précisons d'emblée que nul ne pourrait prétendre être à même d'établir la liste exhaustive de tous les motifs susceptibles de justifier le classement sans suite pour cause d'inopportunité des poursuites d'un dossier par le service des poursuites. Cependant, en s'inspirant de l'expérience des pays qui ont eu à se prononcer effectivement sur cette question, il y a lieu de tenter d'énumérer certains de ces motifs que l'on peut soupçonner d'arbitraires.

Notons cependant que dans la plupart des cas, ces facteurs interagissent ensemble pour dissuader le ministère public de ne pas poursuivre. Ainsi par exemple, en Belgique, le statut officiel de certains suspects (facteur subjectif) est entré en ligne de compte en même temps que

les implications politiques et socio-économiques (facteur objectif) que les poursuites contre lesdits suspects, dirigeants de pays alliés de la Belgique, auraient occasionnées[794].

En pareille occurrence, nous sommes d'avis qu'il n'est pas possible de préciser avec exactitude lequel des deux facteurs (subjectif ou objectif) aurait joué le rôle déterminant dans la décision des autorités belges. Il est alors plus juste de dire qu'ils ont tous les deux contribué à rendre les poursuites inopportunes aux yeux des autorités belges.

Aucune étude spécifique ne s'est encore penchée sur les critères nationaux de l'inopportunité des poursuites contre les criminels de guerre et contre l'humanité. Mais, les exemples qui suivent nous poussent à noter que les États préfèrent s'abstenir d'engager des poursuites au lieu de s'exposer aux contrecoups politiques ou économiques de leurs alliés lorsque ceux-ci ne souhaitent pas voir leurs ressortissants traduits en justice.

1°. Le 14 novembre 2006, l'avocat berlinois, Wolfgang Kaleck, dépose une plainte auprès du parquet contre monsieur Donald Rumsfeld, l'ancien Directeur de la CIA George Tenet, et d'autres hauts responsables américains pour crimes de guerre prétendument commis en Iraq, en Afghanistan et à Guantánamo[795].

---

794 Après les plaintes émises à l'encontre notamment de M. Bush Sr., de Colin Powell et de Tommy Franks, « la pression s'est accrue et la menace de nous enlever l'OTAN est soudain devenue bien réelle. C'est pourquoi nous devons aujourd'hui adapter et édulcorer dans l'urgence la loi sur les violations du droit humanitaire. On peut se demander si, à nouveau, cela ne sera pas trop peu et trop tard. [...] Pour que cette loi puisse survivre et permette des relations internationales normales avec nos pays amis, on utilise un certain nombre d'artifices. [...] des membres de la majorité ont le sentiment désagréable que les intérêts économiques et politiques l'emportent sur la politique éthique, les droits de l'homme et ceux des victimes des violations du droit humanitaire. [...] Nous devrions tous comprendre que seuls les dirigeants de petits pays et encore plus de ceux qui perdent les guerres se trouveront un jour face à leurs juges. Nous ne parviendrons jamais à juger Li Peng, le boucher de la Place de la Paix céleste. En tant que président du Parlement, il a reçu la visite officielle du premier ministre. Le message adressé à ces gens est que les délits contre les droits humanitaires sont parfaitement possibles mais il faut veiller, avec tous les moyens du bord, à rester au pouvoir et à gagner la guerre. Je doute fortement que ce message puisse faire avancer l'humanité ». Voir Sénat de Belgique, « Projet de loi relative aux violations graves du droit international humanitaire », Doc. 3-136, Discussion générale du vendredi le 1er août 2003, Annales - version française 3-11.

795 Voir notamment www.ccr-ny.org/germancase Dernière visite: le 23 avril 2009;
Damien Millet et Eric Toussaint Renaud Vivien, « De Botha à Rumsfeld, la douloureuse question de l'impunité », en ligne: *http://www.mondialisation.ca/index.php?context=va&aid=3974* Dernière visite: le 26 août 2009.

L'ancien Secrétaire d'État américain à la défense, monsieur Donald Rumsfeld, après avoir pris connaissance des accusations portées contre lui en Allemagne, aurait fait savoir aux autorités allemandes qu'il ne participera à une réunion prévue à Berlin qu'à condition que les poursuites contre lui soient abandonnées. Le 27 avril 2007, la Procureure Fédérale allemande, alors Monika Harms, annonce qu'elle classe ce dossier sans suite. Elle justifie sa position en disant que « les crimes avaient été commis en dehors de l'Allemagne et que les défendeurs ne résidaient pas en Allemagne, ni ne s'y trouvaient en ce moment, et n'allaient pas bientôt entrer sur le territoire allemand »[796].

Aussitôt la plainte retirée, monsieur Rumsfeld s'est retrouvé en Allemagne pour participer à la réunion internationale tel que prévu. Cela a permis aux commentateurs de soutenir l'hypothèse selon laquelle la décision du Procureur allemand est « fondamentalement une décision politique et non juridique ». Pour eux, elle résulte des pressions américaines pour faire échouer une réunion de haute importance. Ils vont même plus loin pour dire que « la loi allemande de compétence universelle n'a pour intérêt que de faire bonne allure sur papier, sans jamais être utilisée »[797].

Le 26 octobre 2007, alors que monsieur Rumsfeld séjournait à Paris, la Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH), le Center for Constitutional Rights (CCR), l'European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) et la Ligue française des droits de l'Homme (LDH) ont également déposé une plainte contre lui auprès du Procureur du Tribunal de Grande Instance de Paris, pour avoir ordonné et autorisé la torture et les crimes de guerre en Irak[798]. Les autorités françaises ont rejeté toute possibilité d'enquête et de poursuite dans cette affaire au nom de la subsidiarité de la compétence universelle sur la compétence territoriale et personnelle[799]. Ces dernières ne s'étant pas activées, les commentateurs sont d'avis que le motif véritable du classement sans suite était l'inopportunité politique de la procédure et

---

796 *Ibid.*

797 Voir Michel Masse, « Droit pénal international – Actualité de la compétence universelle », (2008) 2 Rev. Sc.C.D.P.C., de la p. 444-449.

798 Voir le commentaire du FIDH en ligne: http://www.fidh.org/IMG/pdf/plainteFINALE25oct07.pdf

799 *Ibid.*

surtout les risques d'une détérioration des relations diplomatiques entre les deux pays si jamais la justice française enquêtait sur les éventuels crimes commis par les Américains en Irak ou arrêtait monsieur Rumsfeld[800].

Pour notre part, nous n'avons pas la preuve de ce qu'avancent les commentateurs, c- à -d le fait que la France et l'Allemagne ont effectivement abandonné les poursuites pour éviter des contrecoups politiques ou économiques de la part des américains. Advenant cependant cette vraisemblance, nous dirons que l'attitude allemande et française n'est pas conforme au droit international conventionnel qui prévoit une obligation d'enquêter et, le cas échéant, traduire en justice tous les criminels de guerre et contre l'humanité, sans aucune exception. Cette attitude n'est pas, non plus, conforme à la *ratio legis* de la disposition légale permettant d'abandonner les poursuites pour l'intérêt de la justice. Le classement sans suite aurait cependant été justifié par les immunités de juridiction dont jouit, en droit international coutumier, le Secrétaire d'État américain à la défense lorsqu'il représente son pays à l'étranger.

3^{0}. La Belgique, qui a fait office de pionnière en adoptant en 1993 une loi visant la répression des crimes de guerre et contre l'humanité, a enregistré de très vives réactions de la part des divers gouvernements, à l'instar du gouvernement congolais, israélien et américain, dont les ressortissants étaient mis en cause devant ses tribunaux. Dans leurs réactions, ces États menaçaient directement la Belgique de rompre leurs liens diplomatiques et de lui retirer des avantages économiques considérables tel que la présence, à Bruxelles, du siège social de l'OTAN et d'autres organisations internationales[801].

En 2003, les pressions directes exercées par des gouvernements étrangers dont les responsables pouvaient être interpellés par les tribunaux de l'État belge ont conduit celui-ci à réviser sa loi sur la compétence universelle de façon significative[802]. Cela a permis le

---

800 En ligne *http://mondialisation.ca/index.php?va&aid=718* Dernière visite: le 12 mai 2009.

801 Voir Luc Reydams, « Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law », (2003) 1 JICJ 679.
Jan Fermon, « L'OTAN à Bruxelles: Qu'ils s'en aillent ». En ligne : *http://www.narosnews.fr/spip.php?article111* Dernière visite : 26 juillet 2009.

développement d'une perception très répandue voulant que la compétence universelle soit « très affaiblie, si ce n'est déjà à l'agonie »[803].

4⁰. L'Audience nationale, la plus haute instance judiciaire espagnole, a lancé des enquêtes judiciaires concernant des responsables israéliens, sud américains, rwandais, chinois ou américains. En retour, ces pays ont formulé plusieurs critiques en se plaignant de faire l'objet de procédures sur la base de la loi espagnole de compétence universelle. Ces pressions ont poussé les députés espagnols, jeudi le 25 juin 2009, à limiter l'étendue de leur loi. Dorénavant, les magistrats espagnols ne pourront plus engager de poursuites dans le cadre de la juridiction universelle que lorsque « les responsables présumés se trouvent en Espagne ou bien qu'il existe parmi les victimes des Espagnols et que les faits ne soient pas déjà l'objet d'une enquête pénale dans le pays où les faits ont été commis ou par un tribunal international »[804]. Vu que cette loi révisée ne sera pas rétroactive, les dossiers actuellement en cours ne seront pas abandonnés[805].

5⁰. Dans d'autres cas, les autorités nationales abandonnent les poursuites, sans qu'aucune accusation ne soit portée, par défaut de cadre de coopération judiciaire avec l'État où s'est commis le crime.

À titre illustratif, en 1994, alors que monsieur Pinochet était de passage dans un hôtel à Amsterdam, au Pays-Bas, la branche néerlandaise du Comité Chili des droits de l'Homme a déposé une plainte auprès des autorités de ce pays pour crimes contre l'humanité commis au moment où Pinochet était encore président du Chili. Tout en reconnaissant le caractère fondé de la plainte, le ministère public néerlandais a décidé de ne pas y donner suite en avançant les

---

802 Philippe Coppens, « Du droit de punir: par humanité? (à propos de la compétence universelle) », (2005) 35 RGD 403, à la p. 405 parle d'habillage progressif et de dépeçage presque complet de la loi.

803 Antonio Cassese, « Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction », (2003) 1 JICJ 589;
Voir aussi la décision du Conseil de l'Europe 2003/335/JHA du 8 mai 2003, (2003) JOEU, à la p. L. 118/12.

804 Piotr Moszynski, « La justice de moins en moins universelle », Journal Libération, éd. du 26 juin 2009.

805 *Ibid.*

difficultés politiques de mener à terme cette affaire, en l'absence de convention d'entraide judiciaire entre le Chili et les Pays-Bas[806].

En appel de cette décision, la Cour d'appel d'Amsterdam en a confirmé le bien-fondé dans ces termes: « it is, after all, evident that prosecution of Pinochet by the Dutch Public Prosecutions Department would encounter so many legal and practical problems that the Public Prosecutor was perfectly within his rights to decide not to prosecute »[807]. Sans tenter de voir si le Chili allait consentir volontairement à la collaboration dans cette affaire, les Pays-Bas ont seulement tiré une inférence négative de l'absence de cadre de coopération et les autres coûts pour abandonner discrétionnairement les poursuites.

Nous pouvons conclure de ce qui précède que les États classent sans suite certains dossiers en invoquant des arguments, tel que le défaut de cadre de coopération judiciaire, la menace de rompre des liens diplomatiques et d'infliger des représailles économiques ou autres. Malheureusement, ces motifs ne cadrent pas vraiment avec l'intérêt de la justice internationale.

B. L'application de mesures administratives alternatives aux poursuites

Dans plusieurs États, le ministère public abandonne les poursuites parce que l'exécutif privilégie de s'investir dans des mesures administratives tel que l'expulsion du territoire national plutôt que d'entreprendre des procédures judiciaires ou ne rien faire du tout[808].

À titre d'exemple, après la seconde guerre mondiale, le Canada a poursuivi les criminels nazis en Allemagne en application de la *Loi n° 10 du Conseil de contrôle* et de la *War Crimes Regulations (Canada)*[809]. Quelques années plus tard, le Canada a abandonné cette répression

---

806 4 Jan 1995, (1997) NYIL, à la p. 345.

807 *Ibid.* à la p. 365.

808 Janik Kinga, *supra* note 74 à la p. 17.

809 P.C. 5831, 30 August 1945, re-enacted by the *War Crimes Act*, 1946, S.C. 1946, C. 73.

pour se consacrer aux urgences du moment, en l'occurrence les préoccupations de la guerre froide[810].

En 1987, le rapport de la commission Jules Deschênes a révélé que plus de 700 criminels présumés, profitant de ce moratoire sur la répression, ont trouvé refuge au Canada. Pour répondre à ce constat malheureux, le législateur canadien a amendé le Code criminel pour permettre aux tribunaux canadiens de poursuivre, au Canada, en appliquant le droit canadien, les criminels de guerre et les auteurs de crimes contre l'humanité trouvés sur le territoire national[811]. Lors de l'affaire *Finta*, précitée, ce régime a conduit à un acquittement controversé de l'accusé et s'est révélé être contraire, en grande partie, au droit international[812].

Pour éviter d'autres acquittements, le gouvernement s'est résolu à demander l'annulation de la citoyenneté ou de la résidence canadienne des individus soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre et contre l'humanité. Après cette révocation, le gouvernement procède à leur expulsion du Canada et ce, « quel que soit le moment ou le lieu où le crime a été perpétré »[813].

Concrètement, une personne naturalisée canadienne, un réfugié ou un détenteur du statut de résident permanent dont on a établi qu'il existe des raisons de croire qu'elle a commis, à l'étranger, un crime de guerre ou contre l'humanité, peut faire l'objet d'une révocation de sa citoyenneté ou être privée de son statut de réfugié ou de résidant permanent et se voir imposé une mesure d'expulsion du Canada[814].

---

810 Voir la Commisison Jules Deschênes , *supra* note 343 de la p. 29 – 30.

811 Introduction dans le C.cr.C des para. 7. (3.71) à (3.77).

812 Voir Kinga, *supra* note 74 à la p. 21.

813 Au total, 221 personnes ont été renvoyées du Canada entre 2001 et 2006.
Voir Rapport final d'évaluation sommative du Programme canadien sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre d'octobre 2008, à la p. 44. En ligne : http://www.justice.gc.ca/fra/pi/eval/rap-rep/08/guerre-war/guerre.pdf Dernière visite: le 8 juin 2009.

814 *Loi sur la citoyenneté*, L.R., 1985, ch. C-29, art. 10(1).

Dans une telle occurrence, les suspects sont retournés dans leurs pays d'origine, où ils ne répondront probablement pas aux crimes dont on les accuse[815]. En effet, le Canada ne fait pas de suivi à l'expulsion pour exiger que ces expulsés soient traduits en justice. Le gouvernement canadien est simplement d'avis que l'annulation de la citoyenneté et l'expulsion du Canada constituent une réparation appropriée contre une personne présumée avoir commis un crime de guerre ou contre l'humanité[816].

La pratique canadienne d'expulsion du territoire national, qui existe également dans plusieurs autres États, à l'instar du Pays-Bas, du Royaume-Uni, de l'Allemagne et des États-Unis d'Amérique[817], n'est pas conforme au droit international obligeant l'État de traduire en justice tout suspect qui se trouve sur son territoire. Elle protège, certes, l'intérêt de l'État qui ne veut pas investir ses ressources dans la répression. Mais, elle est contraire au droit international dans la mesure où elle protège, en quelque sorte, les criminels de guerre et contre l'humanité.

Après les facteurs objectifs, voyons les facteurs subjectifs qui également handicapent la répression interne des crimes de guerre ou contre l'humanité.

&2. Les facteurs subjectifs

Parmi les facteurs subjectifs qui poussent les autorités judiciaires nationales à abandonner les poursuites en pure opportunité se trouvent l'indulgence à l'égard des suspects gravement malades ou en état de vieillesse avancée (A) et les privilèges constitutionnels au profit de certaines personnalités nationales (B).

---

815 Pierrette Landry, « Citoyenneté et criminels de guerre », Services de recherche et d'information de la bibliothèque nationale du Canada, en ligne: http://www.nlc-bnc.ca/9/2/p2-0011-05-f.html Dernière visite: le 4 avril 2009.

816 *Oberlander c. Canada (Procureur Général),* 2008 CF 1200, para 24.

817 Voir affaire *Ivan Nikolaïewitsch Demjanjuk, supra* note 261. C'est un ancien gardien de camp de concentration ukrainien, immigré aux États-Unis d'Amérique et actuellement jugé en Allemagne après être relâché par les tribunaux israéliens.

A. L'état de santé et l'âge avancé de l'inculpé

Les objectifs majeurs de la répression criminelle, à savoir la sauvegarde de l'ordre public, la prévention de la récurrence des crimes par l'effet dissuasif de la répression et dans une certaine mesure l'amendement du délinquant, imposent aux services nationaux des poursuites de tenir en considération la personnalité de l'inculpé, mais uniquement en ce qui concerne son caractère dangereux ou pervers et non son état de santé et sa situation socio-politique. L'état de santé intéresse les autorités uniquement à des fins de déterminer l'aptitude à subir le procès ou l'aliénation mentale au moment des faits[818]. La situation socio-économique interviendra à des fins d'accès à l'aide juridique[819]. Mais, vu que certains pays ne disposent pas encore d'établissements pénitentiaires spécialisés capables de recevoir durablement des détenus infirmes ou gravement malades (un tuberculeux ou un cancéreux au stade terminal, etc...), le ministère public considère que l'état de santé et l'âge très avancé de l'inculpé constituent un motif de classement sans suite de son dossier pour servir au mieux l'intérêt de la justice[820].

1°. Dans l'affaire *Pinochet*, précitée, le suspect est arrêté à Londres le 16 octobre 1998, dans la clinique médicale où il est soigné. Le 5 janvier 2000, à la demande du Chili, une expertise médicale est menée par quatre spécialistes de la santé. Leur rapport conclut que l'ancien président est gravement malade pour subir un procès. En conséquence, le 2 mars 2000, le ministre de l'intérieur annonce son refus catégorique de l'extrader pour des « raisons médicales » estimant qu'il n'est pas en état de passer en procès. Le 4 mars 2000, il est remis en liberté pour cause de maladie et il retourne au Chili[821]. Tous les pays qui réclamaient son extradition à des fins de subir un jugement, à la tête desquels se trouvent l'Espagne, la Suisse et la Belgique, ont classé le dossier Pinochet sans suite.

---

818 Edwin A. Tollefston et Bernard Starkman, *Mental Disorder in Criminal Proceedings*, Toronto, Carswell, 1993, à la p. 16.

819 Stuart Whitley, *Criminal Justice and the Constitution*, Toronto, Carswell, 1989.

820 Henri Oberdorff, *Droits de l'homme et libertes fondamentales*, Paris, PUF, 2006, chapitre 4, para. 3.

821 Raphaële Bail, « L'affaire Pinochet: rencontre entre les médias et les Chiliens de France », (2004) 8 Amérique Latine Histoire et Mémoire 4.

Les victimes ont manifesté, sans succès, leur désapprobation de ce classement sans suite administratif qu'elles qualifient de scandaleux[822]. Heureusement, une fois arrivé au Chili, Monsieur Pinochet a vu son verdict d'inaptitude à subir son procès anéanti par la Cour suprême de ce pays avec ordonance de poursuivre les procédures comme si la question d'inaptitude n'avait pas été soulevée. En effet, au Chili, comme presque partout ailleurs, un verdict d'inaptitude à subir son procès n'empêche pas l'accusé de subir son procès par la suite lorsqu'il devient apte à le subir[823].

Le 25 octobre 2006, le général Augusto Pinochet, inculpé, par le juge chilien Alejandro Solis, pour actes de torture et crime contre l'humanité (3.000 morts et disparus en tout), commis pendant son régime militaire de 1973-1990, a engagé une nouvelle demande d'annulation des poursuites en invoquant, cette fois-ci, l'incapacité à subir son procès à cause de son âge trop avancé, soit 91 ans. Il est mort, le 10 décembre 2006, après une longue bataille judiciaire purement procédurale sans aucun jugement au fond, ni condamnation. En tout, la bataille procédurale de Pinochet pour faire avorter son procès a duré plus de douze années. Plusieurs États, à l'instar de la Belgique, la France, les Pays-Bas, l'Espagne, le Royaume-Uni, la Suisse et le Chili, ont participé à cet exercice qui leurs a coûté plusieurs dizaines de millions de dollars américains[824]. Curieusement, l'affaire n'a jamais été traitée au fonds.

2^0. Au Canada, six personnes, parmi celles qui ont été dénaturalisées à cause des soupçons de crimes internationaux qui pèsent sur elles, demeurent au Canada pour des raisons d'âge ou de santé, sinon les deux à la fois[825]. Elles ne sont donc pas ni expulsées, ni jugées parce que l'intérêt de la justice commande de ne pas entreprendre de poursuites pénales contre elles et de s'abstenir de les expulser. Par example, Jacob Fast, 96 ans, « lives in a nursing home and suffers from Alzheimer's disease»[826]. Mais, le Professeur Stan Sadava, de la Brock University,

---

822 Santiago Villalpando, *supra* note 289 à la p. 417.

823 Voir par exemple C.cr. Canadien, para. 672.32 (1).

824 Mohamed Salah Mahmoud, *supra* note 241 à la p. 1038..

825 Helmut Oberlander (86 ans); Vladmir Katriuk, Wasyl Odynsky, Jacob Fast (96 ans); Jura Skomatchuk et Josef Furman.

est d'avis que « if there is compelling evidence that they are war criminals, I don't care how old they are or when it happened, they should be deported ». Quant à Leo Adler, Director of National Affairs at Friends of Simon Wiesenthal Center, «this doesn't mean that he can be let off the hook» parce que « Mr. Fast may forget due to his Alzheimers, but the world will not forget»[827].

3^{0}. Dans ces rapports 1999/2008, Human Rights Watch rapporte qu'en août 1999, Izzat Ibrahim al-Duri, un des bras droits du président irakien Saddam Hussein, fut autorisé à quitter un hopital en Autriche, bien qu'une plainte criminelle, décrivant sa participation active dans le génocide des Kurdes, ait été déposée à son encontre. Il rapporte également que les autorités sud-africaines ont, elles aussi, refusé de répondre aux demandes d'arrestation et d'extradition de Mengistu Haile Mariam, l'ancien dictateur éthiopien, en exil au Zimbabwe depuis 1991. Il était venu, en novembre 1999, suivre un traitement médical en Afrique du Sud[828].

Nous sommes d'avis que dans le plus grand intérêt de la justice, tous les criminels de guerre et contre l'humanité devraient systématiquement faire l'objet de poursuites pénales. Cela n'enlève en rien cependant que, sans être arbitraire, le bon sens plaide pour que les vieillards bénéficient d'un classement sans suite au titre de l'intérêt de la justice et les malades de la suspension des procédures pour inaptitude à subir un procès. Mais encore, faut-il qu'ils soient réellement malades ou trop âgés pour subir un procès.

Le fondement de cette position réside dans le fait que, autant l'opinion publique est choquée de voir des criminels de guerre et contre l'humanité jouir de la vie en toute impunité, autant elle s'indigne lorsque la justice pénale ne se montre pas indulgente à l'égard des suspects gravement malades ou en état de vieillesse très avancée[829]. Néanmoins, hors l'état de la démence sénile, la maladie ou la vieillesse n'est pas une cause d'irresponsabilité pénale, encore moins une

---

826 Lishanthi Caldera, « Nazi Collaborators Lose Canadian Citizenship a Second Time » The Epoch Times International, éd. du 1-7 juin 2007, à la p. A2 et celle du 31 mai 2007, à la p. A1.

827 *Ibid.*

828 Human Rights Watch, Les violations des droits de l'homme dans le monde, rapports 2006 / 2008.

829 Henri Oberdorff, *supra* note 820 au chapitre 4.

cause de son atténuation[830]. Ce fondement, sans base légale, n'est donc pas suffisant pour ériger une exception à l'application du droit international en la matière.

B. L'honorabilité et le statut officiel du suspect

Bien que la loi soit la même pour tous, la justice qui la met en œuvre prévoit certaines différenciations parmi les citoyens en assurant à certains parmi eux des privilèges de juridiction, d'instruction ou de poursuites.

Les conventions internationales demandent à l'État sur le territoire duquel un crime de guerre ou contre l'humanité a été commis de traduire en justice et juger ses auteurs, qu'ils soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle[831]. Malheureusement, l'ensemble des constitutions nationales prévoient une immunité ou des privilèges de juridiction au profit des chefs d'État ou de gouvernement, des membres du parlement ou du gouvernement, des représentants élus ou de certains agents de l'État. Eu égard à ces protections formelles, « states often fail to institute domestic prosecution of their own officials and agents who are alleged to have committed international crimes »[832]. La ratification du Statut de Rome a remis à jour ce conflit patent[833].

Appelées à se prononcer sur ledit conflit, certaines Cours constitutionnelles ont maintenu les dispositions constitutionnelles tout en les interprétant comme accordant uniquement l'immunité dans les procédures internes[834]. En fait, elles « ont établi une responsabilité à deux

---

830 Pierre Bouzat et Jean Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Dalloz, 1970, no 235.

831 *Statut de Rome,* art. 27;
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. IV

832 Dapo Akande, « The Application of International Law Immunities in Prosecutions for International Crimes », dans Joanna Harrington, Michael Milde et Richard Vernon , *supra* note 664 à la p. 470.

833 Voir les décisions des Cours constitutionnelles des États membres de l'union européenne dans la base de données CODICES en ligne: http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm Dernière visite: 5 juin 2009.

834 Par exemle, dans sa décision du 23 septembre 2002, ALB-2002-3-007 (CODICES), la Cour constitutionnelle albanaise constate que l'absence d'immunité pour les titulaires de charges prévue par le Statut de

niveaux et ont ainsi fait une distinction entre le niveau national et le niveau international »[835]. D'autres par contre, à l'instar du Conseil constitutionnel français, ont estimé que le statut de Rome était incompatible avec les dispositions constitutionnelles relatives à l'immunité des dignitaires français et que la Constitution nationale devait être modifiée avant sa ratification[836]. La modification adoptée maintient cependant les immunités processuelles pour les procédures qui peuvent avoir lieu en France. Elle permet tout simplement, le cas échéant, de transférer des Français à la CPI sans tenir compte de leurs immunités constitutionnelles. Finalement, d'autres cours constitutionnelles ont recommandé de ne pas adhérer au Statut de Rome pour sauvegarder les privilèges de juridiction des dirigeants nationaux[837].

En conclusion, même si les États parties au Statut de Rome souscrivent au principe de remettre, le cas échéant, leurs ressortissants à la CPI sans tenir compte de leurs immunités, cela n'empêche pas qu'ils doivent procéder à la levée de cette immunité avant d'entreprendre le jugement au niveau national. Ce conflit patent entre les constitutions nationales et le droit international alimente donc un débat, préliminaire au procès, qui coûte cher à l'État et qui retarde sinon handicape la répression des crimes de guerre et contre l'humanité. Dans certains cas, comme dans l'affaire *du Beach* precitée, cet handicap conduit à l'impunité.

Ainsi ce que dénonçaient Lafontaine à son époque, soit la culpabilité et la condamnation du plus faible - « selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir »[838] - et par après Peyrefitte – « l'inégalité qui rend la justice sévère aux faibles et douce aux forts est la plus scandaleuse, parce que systématique et constituant une

---

Rome est contraire aux dispositions de la Constitution. Elle recommande de ne pas changer la constitution mais déclare que celle-ci continuera de s'appliquer au niveau des poursuites qui auront lieu en Albanie.

835 Commission européenne pour la démocratie par le droit, « Supplément au rapport sur les questions constitutionnelles soulevées par la ratification du Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale », CDL-INF(2001)001, Strasbourg, le 4 novembre 2008, à la p. 8, para. 34.

836 Conseil constitutionnel français, 22 janvier 1999, FRA-1999-1-002 (CODICES), para. 17 et 42.

837 Voir les exemples de pays européens dans la base de données CODICES, *supra* note 833.

838 Jean De La Fontaine, « Les animaux malades de la peste », Livre VII – Fable I, Paris, Hachette, 1988.

inégalité dans le droit qu'aggraverait l'inégalité dans les faits, au lieu de la redresser »[839] s'applique même aux crimes les plus infâmes.

Les garanties offertes aux victimes contre les abus possibles de l'application du principe de l'opportunité des poursuites sont d'une efficacité douteuse. Notre étude serait cependant incomplète si nous ne mentionnions pas les limites de ces garanties.

1^0. Nous avons vu que certaines législations prévoient notamment de communiquer les motifs de la décision de classement administratif sans suite d'un dossier criminel à l'auteur de la plainte. Si celui-ci est la victime directe de l'infraction, il peut faire contrôler le bien-fondé du classement en intentant un pourvoi auprès du supérieur hiérarchique du procureur, auteur de la décision de classement. Cela s'appelle « la récusation » du magistrat instructeur, c'est-à-dire que la victime, qui a des raisons sérieuses de suspecter la partialité du poursuivant, peut s'adresser directement au supérieur hiérarchique du procureur qui a pris la décision de classement sans suite pour le faire remplacer par un autre.

Nous avons vu que, dans l'ensemble, pour les crimes de guerre et contre l'humanité, le Procureur Général, lui-même, autorise les poursuites. Donc, la garantie de récusation ne s'applique pratiquement pas aux crimes de guerre et contre l'humanité puisque généralement le refus de poursuivre vient du patron du ministère public.

2^0. Dans certains droits internes, soucieux de garantir complètement l'indépendance du ministère public et celle des juridictions, nous avons vu que le législateur a cependant consacré une position intermédiaire: il s'est rallié, mais avec des restrictions, au principe d'opportunité dans la mise en mouvement des poursuites, et il l'a tempéré par le droit conféré à la victime de l'infraction d'intenter elle-même des poursuites concurremment ou de façon supplétive avec le ministère public. C'est-à-dire que si le ministère public décide de ne pas poursuivre l'auteur d'un crime de guerre ou contre l'humanité, la victime peut saisir, elle-même, le tribunal correctionnel par voie de citation directe. Les éléments dont elle dispose doivent caractériser suffisamment ledit crime et permettre l'identification de son auteur.

---

[839] Alain Peyrefitte, *Les chevaux du lac Ladoga - La justice entre les extrêmes*, Paris, Plon, 1981, à la p. 39.

La première limite à cette possibilité réside dans le fait que pour mettre en mouvement l'action publique, de simples citoyens doivent assumer la totalité des frais de procédure et rassembler eux-mêmes les preuves requises. Ce coût, *per se,* constitue un discriminant insurmontable pour la majorité des victimes. La seconde limite de cette solution réside dans le fait que le droit des victimes à se constituer parties civiles se heurte au refus de consentement personnel écrit du Procureur Général. Or, dans tous les États, ce consentement est requis pour lancer des poursuites contre un criminel de guerre ou contre l'humanité surtout à titre universel.

3^0. Finalement, les personnes qui disposent des immunités de juridiction, tel que les chefs d'État et de gouvernement, les ministres, les juges, certains officiers supérieurs de l'armée et les parlementaires, ne sont pas susceptibles d'être citées directement en justice. Il faut d'abord obtenir la levée de leurs privilèges et immunités. Or, cet exercice est périlleux pour un simple citoyen, victime de crime que de telles personnalités ont ordonné ou commis.

Dans ces circonstances, nous concluons que malgré la preuve disponible, la police judiciaire ou le bureau du Procureur Général prend discrétionnairement la décision de ne pas poursuivre un grand criminel de guerre ou contre l'humanité en invoquant une situation de conflit dont on veut favoriser le dialogue entre les belligérants, un suspect protégé par l'État de nationalité qui menace d'entreprendre des représailles contre l'État poursuivant, l'état de santé ou l'âge trop avancé du suspect, le choix de déporter le suspect en la place de le juger, etc. Ces arguments favorisent l'impunité alors qu'ils ne corrroborent pas l'intérêt de la justice internationale. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'elle a suscité, en Belgique du moins, une controverse selon laquelle l'exécutif s'est doté d'un important système de filtrage des plaintes afin de favoriser certains suspects hauts placés[840].

Au regard de l'importance de dossiers classés effectivement sans suite, nous sommes porté à croire qu'il faut effectivement appliquer aux crimes de guerre et contre l'humanité « le principe de légalité, [qui] est le seul qui garantit la complète indépendance des juridictions, puisqu'il ne dépend que d'elles- et non de la partie poursuivante- de mettre fin aux procès qu'on

---

[840] Pierre D'Argent et Lynden J. D'Aspremont, « La loi de compétence universelle revue mais pas corrigée », (2003) journal des tribunaux 480, à la p. 484 et s.

leur a soumis, en prononçant les décisions qui s'imposent à la suite de procédures régulièrement conduites jusqu'à leur terme »[841]. Mais, est-ce qu'une telle décision serait vraiment réaliste? Nous ne le croyons vraiment pas dans la mesure où face aux impondérables politique ou budgétaire, la force du droit seule ne suffit pas.

Après avoir identifié les obstacles formels qui affectent la compétence des tribunaux nationaux, la recevabilité de l'action publique et l'opportunité des poursuites concernant les crimes de guerre et contre l'humanité, il est maintenant temps d'approcher leurs raisons d'être.

841 Merle et Vitu, *supra* note 534 [version de 1997], no 279.

CHAPITRE IV. LES RAISONS D'ÊTRE DES EXCEPTIONS PROCÉDURALES EXTINCTIVES

Les obstacles formels qui s'opposent à ce que les crimes, qui menacent la sécurité de l'humanité, soient jugés au fond, trouvent leurs raisons d'être dans la protection des intérêts légitimes de l'accusé ou des intérêts politique ou économique de l'État (section 1). Contrairement aux idées reçues, leur répression possible par la CPI n'empêche pas totalement ces obstacles de droit interne d'opérer *de facto* leur impunité et n'interviendra nécessairement pas avant que les États n'investissent leurs ressources dans des procès improductifs (section 2).

Section 1. La protection des intérêts

La raison d'être des obstacles formels qu'invoquent les accusés se trouve, d'une part, dans l'incompatibilité de l'état du droit interne avec l'exigence d'administrer un procès juste et équitable (& 1) et, d'autre part, dans la volonté politique de l'État de soustraire à la répression certains crimes ou criminels, sinon par son manque de ressources (& 2).

&1. De l'accusé

Trois éléments juridiques motivent l'accusé à soulever un empêchement procédural pour faire avorter ou retarder son procès. En premier, l'accusé, de façon préliminaire à son procès, dépose une requête préjudicielle d'incompétence questionnant la légalité formelle des faits qui lui sont reprochés lorsque le droit interne est caractérisé par un vide juridique ou des lacunes quant à l'étendue des incriminations ou de la compétence des tribunaux nationaux. Deuxièmement, il dépose une requête préjudicielle d'irrecevabilité lorsque le droit interne contient des mesures de clémence dont il veut profiter par le biais du principe de l'application régulière de la loi, c'est-à-dire selon les voies de droit reconnues par le parlement et par les tribunaux [842]. Finalement, le dirigeant en exercice soulève la protection constitutionnelle ou de droit international portant sur ses immunités ou privillèges constitutionnels sous le sceau de la prévention de l'incursion chaotique de l'État du *for* dans les affaires intérieures d'un autre[843].

---

842 *R. c. Houle*, 2003 CanL II (Qc.CA.), para. 101 et *Curr c. La Reine*, [1972] RCS 889, à la p. 1.

843 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, à la p. 306.

1^{0}. **L'impératif d'un procès équitable**. Par volonté politique ou simple manque de diligence ou parce que certains croyaient que leurs compétences pouvaient être complétées par la simple adhésion aux conventions internationales, les États ont manqué à leur obligation de mettre de l'ordre dans leurs législations de façon à réprimer, sans violer le droit à un procès juste et équitable, les crimes de guerre et contre l'humanité.

Dans cette occurrence, la répression a souvent échoué ou la justice est devenue lente, voir même extrêmement onéreuse au point de décourager les poursuites ultérieures parce que la constitution nationale et le droit international coutumier permettent de questionner ce vide juridique. En effet, les instruments juridiques internationaux, à l'instar de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* du 10 décembre 1948 et du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* du 19 décembre 1966, prescrivent le respect quasi absolu des règles relatives à un procès équitable dans le cadre des poursuites pénales[844]. Même si ces instruments ne sont pas en soi des instruments juridiques contraignants, les principes de base (*negotium*) qui y figurent sont repris dans la quasi-totalité des constitutions nationales[845]. De là, leur contenu a acquis une valeur internationalement obligatoire[846]. Par conséquent, la répression, même si elle concerne les crimes de droit international impératif, doit se faire dans le respect des règles d'un procès équitable.

Au demeurant, lorsque l'État privilégie en procédure pénale l'objectif de sécurité (le maintien de l'ordre public, la prévention du crime et la protection du public) au détriment de l'objectif de justice (l'équité, l'impartialité, la protection des droits et libertés de l'accusé contre les pouvoirs de l'État, et la nécessité d'assurer une réaction appropriée aux méfaits), il inscrit son système répressif dans le « crime control model » et non dans le « due process of law ». Dans cette occurrence, en plus du risque de condamner des innocents, même si justice est rendue, elle

---

844 Voir William A. Schabas, *Précis du droit international des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1997, à la p. 9;
Claude Lombois, *supra* note 387 de la p. 399-403;
Amnesty international, *Au-delà de l'État, le droit international et la défense des droits de l'homme*, Paris, d'Amnesty international, 1985, à la p. 17.

845 William A. Schabas, *Ibid.* à la p. 56.

846 *Ibid.*

n'est pas ainsi perçue[847]. Les parties aux différentes conventions internationales l'ont compris en s'engageant à prendre des dispositions législatives et autres nécessaires pour assurer la répression des crimes de guerre et contre l'humanité de façon compatible avec le standard international d'un procès juste et équitable.

À cause de leur manque de diligence à honorer cet engagement, dans tous les États où ces crimes ont été commis, à l'instar de l'Allemagne, de l'Éthiopie et du Rwanda, et dans les États qui ont manifesté une volonté d'exercer leur compétence personnelle ou universelle, si ce n'est le vide juridique qui prévaut, la loi qui sert de base de répression a vu le jour quelques années après la fin de la tragédie[848]. Les questions de procédure qui découlent de cet état du droit interne font tourner en rond les tribunaux, gaspillant ainsi énormément de temps et d'autres ressources.

Pour illustrer, une fois de plus, notre propos, rappelons l'affaire *Mutimura c. France* où, depuis juillet 1995, des poursuites engagées contre un ressortissant rwandais, l'Abbé Wenceslas Munyeshyaka, accusé de participation au génocide, piétinent suite à de nombreuses questions préjudicielles, à l'instar de la contestation de la recevabilité des constitutions de partie civile, l'inapplicabilité de la loi pénale française, l'incompétence des tribunaux français parce que la législation française ne conférait pas encore au juge français la compétence pour connaître d'un crime de génocide commis à l'étranger[849]. Il a fallu attendre l'adoption de la *loi no 96-432 du 22 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la Résolution 955 du Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies* pour régler la question de la compétence des tribunaux français vis-à-vis du génocide rwandais. La requérante, Mme Yvonne Mutimura, se plaint de la longue durée de l'instruction de sa plainte avec constitution de partie civile. En déclarant que « compte tenu des circonstances de l'espèce et en dépit de leur particularité, l'on ne saurait considérer comme raisonnable une durée globale de presque neuf

---

847 Voir les deux grands objectifs associés au droit pénal dans le document du Ministère de la Justice du Canada, « *Le droit pénal dans la société canadienne* », Ottawa, 1982.

848 Voir les vingt lois nationales d'adaptation aux statuts des tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda et l'Ex-Yougoslavie dans Cyril Laucci, « Juger et faire juger les auteurs de violations graves du droit international humanitaire », (2001) 83: 842 RICR 407, à la p. 436.

849 *Ibid.*, para. 27-31.

ans pour une information pénale au demeurant toujours en cours »[850], la Cour européenne des droits de l'homme lui donne raison. Elle lui octroie d'ailleurs un montant de 13 000 euros pour dommage et frais[851]. Elle n'oblige cependant pas la France de juger le suspect avec célérité ou d'abandonner les poursuites. Elle ne dit aucun mot, non plus, sur les questions préjudicielles qui ont conduit à cette lenteur de la justice, comme si le désordre législatif français n'était pas blâmable.

Le présent flagrant retard de la justice n'aurait pas eu lieu si la France avait mis en œuvre ses engagements internationaux en temps utile. Il risque d'ailleurs de se transformer en déni de justice parce que même si la société a certes grand intérêt à ce que les accusations graves soient jugées au fond, l'accusé aurait demandé que les procédures soient abandonnées pour motif de violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Il avance que ce délai extrêmement long, plus de 14 ans, est entièrement attribuable à des retards institutionnels et des désordres législatifs auxquels il est étranger[852].

Plusieurs affaires similaires à celle-ci nous ont conduit à conclure que la compétence nationale ne peut être complétée par la simple adhésion aux différentes conventions internationales. Elle passe nécessairement par l'adaptation de la législation nationale à ces conventions en remplissant, à la fois, le devoir de pénalisation qu'elles posent et en étendant, par la voie législative, la compétence territoriale, personnelle et universelle des juridictions nationales à l'égard de ces crimes. Toute tentative de vouloir inférer automatiquement cette compétence de l'engagement conventionnel de les réprimer est farouchement contestée par les accusés. En fin de compte, elle ne résiste pas au manque de caractère directement applicable desdites conventions[853].

---

850 *Yvonne Mutimura c. France*, *supra* note 248, para. 74.

851 *Ibid.*, para. 86 et ss.

852 Régis Audemard, « La France tarde à juger deux Rwandais » Journal Le Temps, 3 août 2007, à la p. 1. Au Canada, dans *R. c. Godin*, 2009 CSC 26, para. 41 -un cas d'agression sexuelle et non de crime de guerre ou de crime contre l'humanité- un délai de plus de 14 mois est jugé déraisonnable. Les procédures furent abandonnées.

853 Voir Cyril Laucci, *supra* note 848 à la p. 423.

Nous avons déjà vu qu'une certaine doctrine, non encore appuyée par la jurisprudence, avance que la question du défaut des incriminations ou de leur intégration tardive ou imparfaite peut être résolue de façon satisfaisante en recourant au droit international coutumier ou à l'inculpation des suspects du chef des infractions sous-jacentes aux crimes internationaux.

Cette construction théorique, dite de la légalité élargie – autorisation de punir les actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient criminels d'après la coutume internationale et les principes généraux du droit – emprunte au droit divin et au droit naturel en créant « des crimes en soi »[854]. Ce faisant, elle contrarie la formulation de presque l'ensemble des constitutions nationales contemporaines qui exigent que tout accusé soit « poursuivi dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit »[855]. Selon ces constitutions, « la coutume internationale peut imposer des règles de procédure mais elle ne peut être une norme d'incrimination »[856].

En exigeant de légiférer pour pouvoir réprimer les crimes de guerre et contre l'humanité, les conventions internationales confirme que le principe de la légalité élargie consacre seulement « un ordre juridique d'exception, mis en place pour réprimer un crime spécifique, celui du régime nazi, et n'est donc pas susceptible d'être appliqué à ses imitateurs ultérieurs »[857]. Le désordre législatif constitue donc une justification considérable des questions préjudicielles extrêmement onéreuses que soulèvent les criminels présumés pour protéger leurs droits.

2^{0}. **L'application régulière de la loi**. Dans les droits internes où des clauses d'amnistie ont été déjà adoptées et des délais de prescription existent, la législation de procédure

---

854 Marc Henzelin, *supra* note 226 à la p. 852.
Paul Martens, « Les droits de l'humanité l'emportent-ils sur les droits de l'homme? », dans Yves Cartuyvels et cies, *supra* note 401 de la p. 601-602.

855 Sébastien Van Drooghenbroeck, « Droits de l'homme et droit pénal, un retournement ? », dans Yves Cartuyvels et Cie, *supra* note 401 à la p. 29.

856 Michel Masse, « La coutume internationale dans la jurisprudence de la Chambre criminelle: affaire Kadhafi et Aussaresses », (2003) 4 Rev. Sc.C.D.P.C., à la p. 899.

857 Les Professeurs Velu et Egec, cités par Paul Martens, *supra* note 854 à la p. 593, soutiennent que la justification de ce régime réside dans la volonté « de ne pas condamner a posteriori l'œuvre du tribunal de Nuremberg ».

pénale nationale, par les garanties et les formalités qu'elle impose, permet aux accusés d'exiger que les autorités judiciaires respectent la volonté du législateur en appliquant régulièrement, aux faits qui leurs sont reprochés, ces clauses pour autant qu'elles sont en vigueur. Tout refus de le faire porte atteinte au principe de l'application régulière de la loi. Il justifie alors un débat préliminaire qui occasionne des coûts en terme de temps, d'argent et de ressources en personnel.

Nous avons noté que, sauf devant les tribunaux internationaux et les tribunaux nationaux étrangers, ce débat profite généralement aux accusés. En effet, les tribunaux ont pris la position selon laquelle « l'État est en droit d'adopter, dans le cadre de sa politique criminelle, les lois d'amnistie qu'il juge nécessaires à condition toutefois qu'un équilibre soit ménagé entre les intérêts légitimes d'un État et l'intérêt des justiciables à ce que le droit à la vie soit protégé par la loi »[858]. Ils estiment qu'un tel équilibre n'est pas menacé par l'amnistie des pires violations des droits humains[859].

3^{0}. **Le rejet de l'incursion chaotique dans les affaires intérieures d'un autre État.** Les conventions internationales, à l'instar du Statut de Rome, stipulent que la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale d'un criminel de guerre ou contre l'humanité[860]. Mais, sauf devant les tribunaux pénaux internationaux, ces conventions et le droit international coutumier n'empêchent pas vraiment aux accusés d'invoquer leurs immunités et privilèges de juridiction pour bloquer ou retarder les poursuites lancées contre eux. À l'étranger, la protection procédurale des immunités de juridiction permet aux représentants de l'État étranger qui en bénéficie de remplir librement et sans entrave les fonctions dont il a la charge[861]. Malheureusement, cela permet aux criminels de guerre et contre l'humanité de représenter des États au sein du concert des nations.

---

858 *Laurence Dujardin et autres c. France*, 2 septembre 1991, Commission européenne des droits de l'Homme, req. no 16734/90, Décisions et Rapports, 72, de la p. 236-240.

859 Paul Martens, *supra* note 854 de la p. 590– 592.

860 Voir ci-dessus, à partir de la p. 92 et ss.

861 Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*RDC c. Belgique*), *supra* note 52, para. 52.

Nous avons vu que le droit international, par le biais de la décision de la CIJ dans l'affaire du mandat du 11 avril 2000 (*RDC c. Belgique*), n'est pas outragé par cette limite procédurale dont la raison d'être se situe dans la protection des relations internationales plutôt que dans l'intérêt de la justice internationale[862].

En plus de l'incompatibilité d'un procès équitable avec le désordre législatif non résolu avant que les autorités judiciaires ne soient saisies d'un dossier concernant un crime de guerre et contre l'humanité, les intérêts politique et/ou économique des États justifient certains obstacles formels qui s'opposent à ce que ces crimes soient jugés au fond et ultimement punis.

&2. De l'État

La volonté politique de soustraire certains crimes ou criminels à la répression et le manque de moyens d'assumer cette répression constituent le fondement stratégique de l'arsenal législatif qui met en place des mesures de clémence ou des mesures administratives de tri discrétionnaire des plaintes ou dénonciations à porter devant les tribunaux.

1^0 **Les limites législatives.** Profitant de sa souveraineté législative et répressive, le ministère public considère, avant même d'amorcer la phase judiciaire de la procédure, les dispositions légales qui installent l'amnistie, la prescription ou l'immunité de juridiction au profit d'un suspect et renonce ainsi à enquêter, et le cas échéant, à poursuivre. Lesdites mesures législatives ont été mises en place pour protéger notamment les membres de la classe politique dirigeante au niveau interne mais également pour constituer « un obstacle à la ferme volonté des autres États de les poursuivre »[863]. Elles font donc la preuve d'une volonté délibérée de soustraire à la répression les criminels ou les crimes qu'elles couvrent.

Dans les rares situations où le ministère public a décidé d'ignorer les mesures de clémence qui créent un « paradis judiciaire » au profit des criminels, les accusés ont requis

---

862 Marc Henzelin, *supra* note 468 à la p. 250.

863 Mouna Kraïem-Dridi, *La responsabilité du chef de l'État*, Thèse de doctorat, Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), 2005, à la p. 7-9 [non publiée].

l'abandon des poursuites[864]. Le débat interlocutoire qui s'en est suivi a souvent donné lieu à une application sélective de la loi, minant ainsi considérablement la crédibilité de la justice. Cette façon de faire dénote également la volonté de l'État de soustraire certains crimes ou criminels à la répression[865].

À titre de rappel, dans l'affaire *Barbie*, les tribunaux français ont statué que « la prescription de l'action publique ne pouvait bénéficier au demandeur, en raison de la nature des crimes dont il est inculpé, quelle que soit la date à laquelle ils ont pu être commis »[866]. Mais, dans les affaires subséquentes relatives aux guerres d'Indochine et d'Algérie, ces mêmes tribunaux ont abandonné les poursuites en acceptant que les crimes contre l'humanité en question sont prescrits et amnistiés[867] comme s'ils opéraient d'une nature différente de ceux commis entre 1939 - 1945. Cette application sélective de la loi a conduit le Professeur Martens à ironiser qu'« ainsi l'humanité s'installe –t-elle dans le statut de victime mais les conséquences de cette novation sont si douloureuses politiquement qu'elle devient une notion conjoncturelle »[868].

Malheureusement, on ne peut pas espérer que les tribunaux obligent le législateur pénal à honorer ses engagements internationaux en mettant de l'ordre dans sa législation pénale. En effet, « les États disposent d'une liberté déliée de contrainte juridictionnelle, tant au niveau de l'incrimination primaire, c'est-à-dire de l'édiction des incriminations pénales, que de l'incrimination secondaire, c'est-à-dire, au travers du principe de l'opportunité des poursuites »[869]. Le droit international, non plus, ne dispose quasiment pas de moyen de contrainte pour limiter le mauvais usage de cette liberté. Dès la fin de la guerre des trente ans, soit en 1648, couronnée par les traités de Westphalie, jusqu'aujourd'hui, le droit international

---

[864] Julie Goffin, Catherine Denis et Alexis Goldman, « La mise en oeuvre du droit pénal international dans l'ordre juridique Belge: perspectives au regard de l'ordonnance du 6 Novembre 1998 », (1999) 104 RDT, à la p. 419.

[865] Philippe Coppens, *supra* note 802 à la p. 405-406.

[866] Paul Martens, *supra* note 854 à la p. 595-598.

[867] *Ibid.*

[868] *Ibid.* à la p. 597

[869] Sébastien Van Drooghenbroeck, *supra* note 855 à la p. 77.

s'est construit sur le principe de la souveraineté des États selon lequel ceux-ci se prétendent juridiquement égaux entre eux[870]. Il découle de cette égalité, théorique bien sûr, que « chaque État souverain possède, sur son territoire, la puissance absolue et perpétuelle, l'autorité suprême, un pouvoir illimité et indépendant des autres États d'ériger les faits en infraction, sans rendre compte à quiconque »[871].

Les conventions internationales, qui érigent en infraction les crimes de guerre et contre l'humanité n'ont pas voulu perturber cet ordre des choses. Elles s'inscrivent dans le schéma classique de Georges Scelle selon lequel les conventions doivent être respectées volontairement selon le principe « *Pacta sunt servanda* »[872]. Malheureusement, cette clef de voûte du droit international, en l'absence de mécanisme de contrainte, n'impulse pas la diligence des États à légiférer, et ultimement juger, dans le sens de leurs engagements internationaux. De plus, le droit international des droits de l'homme « a gardé une attitude de non-ingérence dans l'autonomie procédurale pénale des États »[873]. Par conséquent, le système de droit international crée une obligation juridique de réprimer les crimes de guerre et contre l'humanité tout en accusant une carence de moyen de coercition qui, à son tour, conforte la conviction selon laquelle le « charbonnier est maître chez soi »[874].

Cependant, cette mollesse relative des instruments internationaux n'est pas la seule cause de l'échec de la répression. De plus, les modifications législatives ne résoudraient qu'une partie de la problématique. En effet, si l'inadéquation de la législation nationale semble bien réelle, elle n'explique pas tout. Les vraies questions ne concernent pas seulement la technique procédurale, mais également la politique criminelle que les États veulent bien mener en matière de poursuite des

---

870 voir notamment Bertrand Badie, *Un monde sans souveraineté*, Paris, Fayard, 1999;
Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6e ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, à la p. 301.

871 Anthony C. Arend et Robert J. Beck, *International Law and the Use of Force: Beyond the UN Charter Paradigm*, London, Routledge, 1993, de la p.16 –17;
Erik Claes, *supra* note 401, à la p. 215.

872 Georges Scelle, *Droit international public*, Paris, Domat-Montcrestien, 1944, à la p. 47.

873 Sébastien Van Drooghenbroeck, « Droit pénal et droits de l'homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », dans Yves Cartuyvels et Cie, *supra* note 401 à la p. 107.

874 Mario Bettati, *Le droit d'ingérence. Mutation de l'ordre international,* Paris, Odile Jacob, 1995, à la p. 18.

criminels de guerre et contre l'humanité. La discrétion administrative des États de choisir lesquels des criminels ou des crimes seront jugés explique également certaines limites à la répression.

2^0. **Les mesures administratives.** Dans l'ensemble, nous avons vu que la législation de procédure pénale nationale édicte que, quand bien même le crime en cause serait le plus abominable qui soit, que les faits sont reconnus, l'enquête quasiment bouclée, le Procureur général peut décider que l'intérêt de la justice exige, selon son appréciation, de ne pas poursuivre.

Dans cette hypothèse, conformément au principe de la séparation des pouvoirs, les juges n'ont généralement aucun droit de regard sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant[875]. Par conséquent, la répression des crimes de guerre et contre l'humanité a échoué parce que l'exécutif, de façon déliberée, a abusé de sa discrétion d'abandonner les poursuites contre leurs auteurs en retenant des critères qui ne corroborent pas nécessairement l'intérêt de la justice internationale.

Pour évaluer la conformité de l'exercice de la discrétion du ministère public au droit international, nous nous contentons de référer, une fois de plus, au Statut de Rome. Les États-parties à ce Statut considèrent que « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis »[876]. C'est brièvement cela qui constitue l'intérêt de la justice internationale. Il combine l'obligation de répression *per se* et celle de documenter les crimes en question pour l'intérêt des victimes à connaître une certaine vérité et celui de l'histoire à retenir l'évènement. Nous avons vu que selon la jurisprudence des TPI et de la CPI, cet intérêt de la justice internationale commande d'abandonner les poursuites si et seulement si les droits fondamentaux et les garanties procédurales de l'accusé ont été violés par l'instance saisie de l'affaire. Il commande également de ne rien faire lorsque ces poursuites peuvent conduire au déni de justice pour des faits semblables. Aucun autre motif n'a, jusqu'aujourd'hui, conduit les juridictions internationales répressives à faire avorter les

---

875 Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, 16e éd., Paris, Armand Colin, 1999, de la p. 106 -167.

876 Statut de Rome, préambule.

poursuites. Toutefois, les tractations sont en cours pour que la CPI sursoit au mandat d'arrêt contre le Président soudanais, Omar El-Bechir sous le pretexte « qu'il est urgent de sécuriser le Darfour avant de sauter sur la justice »[877].

Au niveau des États, l'exécutif fait délayer les procédures contre un criminel de guerre ou contre l'humanité en introduisant dans l'analyse de nouveaux critères tel que les coûts de l'opération ou le risque de représailles de la part d'un autre État. Bref, l'intérêt de la justice internationale est balancé avec ceux des États, notamment en matière de sécurité nationale et de relations internationales. Cette attitude a une justification historique.

Le Professeur Martens, qui a fait l'étude de cette réalité, indique que lorsque la vindicte ou la miséricorde des princes n'est pas soumis totalement au contrôle des juges, « au lendemain des guerres, des révolutions ou des restaurations, si c'est le ressentiment des vainqueurs qui l'emporte, le droit répressif devra aggraver ses vertus répressives pour satisfaire leur désir d'épuration. Si c'est le pardon qui triomphe, il devra au contraire se laisser désarmer par les mesures de prescription, d'amnistie et autres procédés juridiques d'effacement des rancunes »[878].

Les conventions internationales requerrant la répression des crimes de guerre et contre l'humanité, en édictant une obligation juridique de répression sans exception, ont voulu justement enlever à l'exécutif cette discrétion de puiser dans la puissance régalienne du prince la force d'imposer juridiquement le pardon ou la répression selon ce qu'ordonne son propre sentiment[879]. Elles n'ont pas cependant obligé les États de surseoir à leur droit de choisir entre le système de la légalité et celui de l'opportunité des poursuites. Elles ont assujetti simplement l'inopportunité de celles-ci au seul critère de l'intérêt de la justice internationale. Sans moyen de

---

877 La Ligue arabe et l'Union africaine demandent au Conseil de sécurité de l'ONU la suspension du mandat d'arrêt de la CPI conformément à l'art. 16 du Statut de Rome.
Voir Élise Mbock, « Condamnation du Président Soudanais par la CCI: la Ligue Arabe et l'Union Africaine demandent un moratoire », magazine Scène Publique, 10 mars 2009, à la p. 1.

878 Rosine Letteron, « Le droit à l'oubli », (1996) RDP, à la p. 390 et 394-395;
Mark Amstutz, *The Healing of Nations: The Promise and Limits of Political Forgiveness*, New York, Rowman and Littlefield Publishers, 2005, à la p. 19.

879 Cette discrétion a permis au Führer de « décider qu'aucune poursuite judiciaire ne pouvait importuner ceux qui avaient participé aux massacres de la nuit des Longs Couteaux ou aux destructions de la nuit du Cristal ».
Voir François Rigaux, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, de la p. 100-104.

contraindre les États à se soumettre à ce critère quasi unique, ces conventions n'ont pas affecté la discrétion de chaque État de choisir lesquels crimes ou criminels porter au prétoire.

Pour preuve, la première hypothèse s'est réalisée après la seconde guerre mondiale, que ce soit devant les tribunaux allemands ou ceux des puissances alliées, lorsqu'ils jugèrent les serviteurs du III[e] Reich. La doctrine pénaliste trouve que ce précédent fait fi des grands principes de droit pénal, à l'instar du principe de légalité et ses corollaires, tel que le principe de prévisibilité et celui de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères[880]. Durant ces procès, par exemple, les juges allemands ont appliqué rétroactivement, sous l'ordre de la Cour constitutionnelle allemande, la notion « d'incompatibilité entre la doctrine nationale - socialiste et la dignité humaine commune à tous », introduite dans la constitution nationale en 1949, donc après les faits reprochés aux accusés[881]. Cette répression – qualifiée par d'aucuns de « marquer le retour à la barbarie juridique »[882] ou de « justice des vainqueurs »[883]- s'inscrit en quelque sorte dans la sévérité étatique de la lutte contre la criminalité. Il n'est pas ici question de discuter de la légitimité de ce précédent mais de l'aborder par rapport aux trois modèles historiques de la procédure pénale.

La seconde hypothèse s'est réalisée, par exemple, dans le traitement des crimes contre l'humanité (un massacre de plus de 350 personnes, connu sous l'appellation de l'affaire du Beach) commis au Congo Brazzaville entre avril et mai 1999. Ces crimes demeurent pratiquement impunis conformément aux ordres du gouvernement en place[884]. On peut également rappeler l'exemple des crimes commis par l'armée soudanaise contre la minorité chrétienne et animiste de ce pays[885] ou ceux commis par certains membres de l'actuelle armée

---

880 Pierre Hazan, *Juger la guerre, juger l'histoire, du bon usage de la justice internationale et des commissions vérité*, Paris, PUF, 2007, de la p. 67-71.

881 *Ibid.*

882 Paul Martens, *supra* note 854 à la p. 590.

883 Voir la p. 37.

884 voir Amnesty international, *République du Congo, une ancienne génération de dirigeants responsable de nouveaux carnages*, index AI : AFR 22/001/1999, à la p. 42.

rwandaise entre 1990 et 1995. Dans ces trois cas illustratifs, le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif, non soumis au contrôle des juges, a conduit à un intégral effacement.

À cause de cette discrétion, les crimes des vainqueurs des différentes guerres et dictatures échappent à la répression alors que ceux des vaincus sont généralement punis[886]. Et pourtant, ce n'est pas la puissance du prince, mais la gravité de l'infraction et ses conséquences sur le plan social, qui devrait dicter le droit de décider quels crimes porter au prétoire et lesquels pardonner.

La seconde hypothèse s'est réalisée également avec la mise à contribution de la commission Vérité et Réconciliation dans la prise en charge nationale des crimes de guerre et/ou contre l'humanité en Afrique du sud après l'apartheid[887], au Chili en 1990[888], au Guatemala en juin 1994[889] et en Sierra Leone en 1999[890].

Dans ces cas illustratifs d'une tendance qui se généralise de plus en plus, la CVR s'est contentée des aveux obtenus, allant même « jusqu'à imposer aux victimes qu'elles renoncent à poursuivre judiciairement les coupables en aveu »[891]. Les raisons qui ont poussé à mettre en

---

885 Dawn Yamane Hewett, « Sudan's Courts and Complementarity in the Face of Darfur», (2006) 31 Yale Journal of International Law 276, à la p. 278.

886 Pierre Hazan, *La justice face à la guerre, de Nuremberg à La Haye*, Paris, Stock, 2000;
Pierre Hazan, *Cour pénale internationale: guide pratique à l'usage des victimes*, Paris, Damoclès, 2003, à la P. 34.

887 Catherine Anderson, *All Shades of Truth: Reviewing the Road to Democracy in South Africa*, Toronto, The Mackenzie Institute, 1987, à la p. 10.

888 Mark Ensalaco, *Chile Under Pinochet: Recovering the Truth*, Philidelphia, University of Pennsylvania Press, 2000, à la p. 183.

889 Lisa North et Alan Simmons, Journeys of Fear: Refugee Return and National Transformation in Guatemala, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1999, à la p. 9;
Hayner Priscilla, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, New York, Routledge, 2001, à la p. 214.

890 International Center for Transitional Justice, *The Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission: Rethinking the first year*, New York, Cromwell Publications, 2004, à la p. 3;
Final Report of the Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission, 2004. En ligne: http://www.sierra-leone.org/trcbook-contents.html Dernière visite: le 19 avril 2009.

891 Philippe Xavier, « La justice dans les constitutions de transition: régime dérogatoire ou justice d'exception? L'exemple de la commission Vérité et Réconciliation en Afrique du Sud », 2000 (95) Pouvoirs, de la p. 159-169.

branle « cette procédure aussi atypique par rapport à ce qu'est normalement un procès », réside dans le besoin de réconciliation nationale ou de rétablissement de la paix mais également dans l'incapacité matérielle de supporter les coûts d'un procès. Entre la rétribution et l'intégral effacement, une solution intermédiaire, soit le pardon conditionnel à l'aveu, par « son anthropologie du rachat », a permis de rebâtir la cohésion sociale[892]. Le passage pacifique de la dictature violente à la démocratie ou de la guerre à la paix aurait échoué si l'État avait tenté d'organiser des procès dont il n'avait pas les moyens ou déclaré une amnistie générale et inconditionnelle malgré l'énormité des crimes commis[893].

3^{0}. Le **manque de moyens,** en plus de la volonté politique de soustraire certains crimes ou criminels à la répression, constitue la raison d'être de certains abandons de poursuites sous le prétexte de leur inopportunité.

Sur le fondement de la compétence territoriale, plus particulièrement lorsque le crime en cause est, non seulement un crime contre l'humanité ou un génocide, mais également un crime de masse, le manque de moyens explique l'inopportunité des poursuites intégrales.

Par exemple, après le génocide perpétré contre la minorité Tutsi en 1994, le gouvernement rwandais a estimé que les tribunaux ordinaires prendraient plus de cent ans pour juger plus d'un million de personnes qui y auraient matériellement pris part[894]. Il n'a même pas été capable de disponibiliser les dossiers criminels des 125 000 suspects en détention préventive pendant plus de dix ans. En fait, il s'est résolu à « vider les prisons d'une population carcérale trop encombrante économiquement, socialement et politiquement»[895] en mettant en branle les juridictions traditionnelles « gacaca » pour administrer une justice hybride, soit la rétribution

---

892 Anne-Marie Dillens et Emmanuel Babissagana, « La justice inopportune? Aux détours de l'amnistie » dans Yves Cartuyvels et Cie, *supra* note 401 à la p. 554-560.

893 *Ibid.*

894 Frédéric Paquin, *supra* note 116 de la p. 53 à 58.

895 Muriel Paradelle et Hélène Dumont, *supra* note 42 à la p. 101, para. 7.

pour les grands responsables de ce génocide et le pardon, conditionnel aux aveux, pour les simples exécutants[896].

Sur le fondement de la compétence personnelle ou universelle, le manque de moyens est rarement invoqué pour justifier l'abandon des poursuites ou le refus de poursuivre un criminel de guerre ou contre l'humanité. Mais, c'est une limite bien réelle, parfois aussi un prétexte pour camoufler la réticence à la répression de crimes commis à l'étranger par des étrangers à l'encontre des victimes étrangères, sans que soit affecté l'ordre public national.

À titre illustratif, au Canada, un des États qui allouent beaucoup de ressources à la répression des crimes de guerre et contre l'humanité, « le manque de ressources est si criant que la Section des crimes de guerre du ministère de la justice a été forcée de réduire de 100 à 60 le nombre d'enquêtes criminelles qu'elle avait lancées » sur des suspects qui se trouvent au Canada[897]. Ce faisant, il « a perdu la trace de 154 présumés criminels de guerre. Les mandats d'arrestation délivrés contre ces individus - potentiellement dangereux - n'ont jamais été exécutés »[898]. Le Professeur Irwin Cotler affirme que « pour une question d'argent: on a la preuve, mais pas les ressources pour intenter des poursuites criminelles contre eux »[899]. Pour sa part, le Professeur Payam Akhavan, de l'Université McGill, regrette que dans l'ensemble, les politiciens « sont loin d'être enthousiastes à l'idée de consacrer des ressources à ce genre

---

896 Phil Clark, « Hybridity, Hilism and Traditional Justice : The Case of the Gacaca Courts in Post-Genocide Rwanda »,, (2007) 39 : 4 George Washington International Law Review, à la p. 4;
Phil Clark et Zachary D. Kaufman, *After Genocide: Transitional Justice, Post-Conflict Reconstruction, and Reconciliation in Rwanda and Beyond*, New York, Columbia University Press, 2008, à la p. 18;
Frédéric Paquin démontre, à partir des contradictions entre les objectifs officiels et les objectifs officieux de ces juridictions, qu'à titre de dispositif anatomo-politique et biopolitique, elles ne visent qu'à imprégner le corps social rwandais de la vilenie des administrations passées hutues et coloniales, seules responsables du «mal rwandais » et à légitimer le gouvernement rwandais en place depuis la fin du génocide. En conséquence, il conclut que l'impact réel de ce type de juridictions parallèles est tout autre. Voir Frédéric Paquin, *supra* note 116 à la p. 4.

897 Chaque année, le Canada dépense environ 15,6 millions de dollars. Le Professeur Irwin Cotler estime que « c'est impossible de lutter contre l'impunité avec si peu. [...] il fallait 60 millions pour avoir un programme efficace ».
Isabelle Hachey, « Le Canada, une **plaque** pour les criminels de guerre », La presse, éd. du 16 nov. 2007, à la p. 1.

898 Voir le neuvième rapport annuel du Programme canadien sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, 2005-2006 et le rapport final d'évaluation sommative de ce programme daté d'octobre, *supra* note 811 à la p. 38.

899 Entrevue avec Isabelle Hachey, *supra* note 897 à la p. 3.

d'enquêtes. Pour eux, l'argent devrait être consacré aux crimes locaux, qui nous affectent directement »[900].

Ce n'est pas seulement au Canada que le manque de ressources fait obstacle à la répression des crimes de guerre et contre l'humanité et qu'il est urgent de prendre les mesures les plus appropriées pour chaque cas et pour l'ensemble de cette criminalité hors du commun. En Belgique, le procès des quatre Rwandais, accusés de génocide en avril 2001, a nécessité huit semaines d'audience, la convocation de 170 témoins, ainsi que plusieurs missions d'enquête à l'étranger. Le tout a coûté au trésor belge plusieurs millions de francs belges[901]. Le succès de ce procès a induit le dépôt de 325 autres plaintes[902]. La doctrine belge en a alors conclu « que la Belgique va devenir le réceptacle des plaintes les plus diverses alors qu'elle ne dispose pas de moyens pour y donner suite » dans un délai raisonnable[903]. Par la suite, toutes ces plaintes ont effectivement été déclarées inopportunes ou irrecevables, mais pas officiellement pour cause de manque de moyens. Il faut être cependant naïf pour ne pas comprendre que « cet obstacle est si évident, si insurmontable, qu'il sert bien souvent de prétexte aux autorités nationales qui ne désirent pas engager de poursuites sur le fondement de la compétence universelle»[904].

Les États-Unis d'Amérique n'engagent pas de poursuites criminelles contre les personnes soupçonnées d'avoir trempé dans les crimes de guerre ou contre l'humanité qui se retrouvent sur leur territoire après les faits. Ils se contentent d'intenter des poursuites pour fraude en matière

---

900 *Ibid.*

901 Voir Laure de Vulpian, *Rwanda, un genocide oublié ?, Un procès pour mémoire*, Paris, Complexe, 2004; Vincent Ntezimana, *La justice belge face au génocide rwandais: l'affaire Ntezimana*, Paris, L'Harmattan, 2000.

902 Rapport de la Commission parlementaire concernant les évènements du Rwanda, 6 décembre 1997, Doc. parl., Sénat, 1997-1998, n°1-611/7, chapitre 3, section 12, point 2;
Selon Philippe Coppens, *supra* note 802 à la p. 406, « la loi belge du 5 août 2003 est alors apparue comme l'expression d'un repli stratégique initié par un ordre juridique étatique qui n'avait plus guere les moyens de ses ambitions dans le contexte géopolitique international ».

903 Pierre D'Argent, « La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire » (1999) JT, de la p. 554 – 555;
Joe Verhoeven, « M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle », note sous Corr. Bruxelles, 6 Novembre 1998, (1999) Journal des tribunaux, à la p. 311.

904 Cyril Laucci, *supra* note 848 à la p. 431;
Flavia Lattanzi, « La compétence de la CPI et le consentement des États », (1999) 2 RGDIP, à la p. 425.

d'immigration, et en cas de verdict de culpabilité, celui-ci donne lieu à la dénaturalisation et à l'expulsion du territoire national[905]. Ici, c'est un choix politique de ne pas poursuivre et non un manque de moyens qui explique la mesure administrative d'expulsion du territoire national.

Ce n'est pas, non plus, seulement au Canada, aux États-Unis d'Amérique et en Belgique que le ministère public, alors qu'il détient la preuve de la complicité dans des crimes de guerre ou contre l'humanité, décide de ne pas poursuivre parce qu'on n'a pas les ressources requises. Ici, la seule chose qu'on a faite, c'est de les expulser, ailleurs, comme en Afrique ou en Asie, on ne fait tout simplement rien, estime Isabelle Hachey[906].

Nous pouvons conclure de ce qui précède que les trois types d'obstacle de procédure identifiés dans cette recherche trouvent leur raison d'être stratégique dans les largesses découlant de la souveraineté de l'État, de la mollesse du droit international et du manque de moyens. Ces trois sources demeurent les difficultés principales à l'épanouissement de la répression étatique des crimes de guerre et contre l'humanité. Le défaut du droit interne d'intégrer correctement les normes de droit international constitue le fondement opérationnel des obstacles formels à cette répression. C'est dans la tentative de suppléer ce désordre législatif par le droit international coutumier que se brise le lien nécessaire entre l'obligation de répression et l'exigence d'administrer un procès équitable. Elle conduit souvent à « faire du droit pénal une application transhistorique, voire anachronique, au risque de l'ébranler dans ses fondements mêmes »[907] et ainsi violer la constitution nationale.

Ceci étant, voyons si le Statut de Rome de la CPI permet d'empêcher aux obstacles formels qui précèdent de faire tourner en rond les tribunaux étatiques et de permettre que les crimes de guerre et contre l'humanité soient facilement jugés au fond.

---

905 Rapport final d'évaluation sommative du Programme canadien, *supra* note 813 à la p. 44.

906 Isabelle Hachey, *supra* note 897 à la p. 3.

907 *Ibid.*

Section 2. La solution du statut de Rome de la CPI

Depuis 2002, la répression possible des crimes de guerre et contre l'humanité par la CPI est présentée comme une solution devant empêcher dorénavant les obstacles d'ordre interne d'opérer *de facto* leur impunité. Au regard de ses conditions d'intervention (& 1), la CPI ne va malheureusement pas anéantir tous les obstacles formels que nous avons identifiés dans cette recherche. Elle ne va surtout pas décharger les États de la déséconomie de leurs ressources dans des procès improductifs (& 2).

&1. Les conditions d'intervention de la CPI

Les juridictions répressives nationales sont le principal acteur de la lutte contre l'impunité des crimes de guerre et contre l'humanité. C'est du moins « ce pari séduisant, mais risqué, qu'ont pris les États en inscrivant, à Rome en 1998, le principe de complémentarité au frontispice du Statut de la Cour pénale internationale »[908]. Dans les pages qui suivent, nous résumons l'étendue de ce principe et les conditions de sa mise en œuvre avant de vérifier parmi les situations étudiées, lesquelles pourraient effectivement être résolues par l'action de la CPI.

1[0]. **La compétence matérielle et ratione temporis de la CPI.** Au regard de son statut, deux conditions essentielles sont requises pour que la CPI soit compétente à l'endroit d'un crime de guerre ou contre l'humanité:

> (i) matériellement, l'acte doit avoir été commis à l'intérieur du territoire d'un État-partie au Statut de Rome ou ayant reconnu la compétence de la CPI pour ledit acte, quelle que soit la nationalité de l'auteur du crime ou des victimes, ou par les ressortissants d'un tel État, peu importe l'endroit où ils l'ont commis[909]. La CPI sera cependant compétente pour un crime commis sur le territoire d'un État non partie au statut de Rome si la

---

908 Cyril Laucci, *supra* note 848 à la p. 448;
Statut de Rome, art. 1 dit que la CPI est complémentaire des juridictions criminelles nationales.

909 *Ibid.*, art. 12.

situation lui est déférée par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations-Unies[910];

(ii) d'un point de vue *ratione temporis*, le crime doit avoir été commis après l'entrée en vigueur du Statut de Rome, soit le 1er juillet 2002 pour les États qui avaient souscrit à cet instrument à cette date ou après l'entrée en vigueur du Statut pour l'État qui l'a ratifié après le 1er juillet 2002[911].

2°. **La saisine de la CPI**. Eu égard à cette compétence matérielle et temporelle de la CPI, peut, en premier, déférer une affaire concernant un crime de guerre ou contre l'humanité, et requérir d'enquêter et, le cas échéant, l'enclenchement des poursuites, à un État-Partie au Statut de Rome[912] ou un État, n'ayant pas ratifié le Statut, mais ayant fait une déclaration reconnaissant la compétence de cette Cour sur des crimes ayant eu lieu sur son territoire ou commis par ses ressortissants[913]. Deuxièmement, le Procureur de la CPI peut entreprendre, *proprio motu*, une enquête sur la foi d'informations obtenues de diverses sources[914]. Il ne peut le faire cependant que pour un crime ayant eu lieu sur le territoire d'un État partie au Statut de Rome ou commis par ses ressortissants. Il doit obtenir une autorisation préalable de la Cour. Finalement, les signataires de cette convention ont permis au Conseil de sécurité de l'ONU, conformément au chapitre VII de la Charte de l'ONU, de déférer également à la CPI une affaire visant un État ayant adhéré ou pas au statut de Rome[915]. Il aurait été naïf et surtout moins efficace, en effet, de limiter la compétence de la CPI à la reconnaissance facultative de celle-ci par les États.

---

910 *Ibid.*, para. 13(b).

911 *Ibid.*, art. 11.

912 *Ibid.*, para. 13(a);
La RDC, l'Ouganda et la République centre africaine, constatant leur incapacité à mener des poursuites, ont saisi la CPI des dossiers de leurs propres ressortissants.

913 Voir l'exemple de la Côte d'Ivoire dans Jean-François Gareau, « Cour pénale internationale (CPI) », Université de Montréal, Étude postdoctorale. En ligne: *http://www.operationspaix.net/-Cour-penale-internationale-CPI-* Dernière visite: le 15 juin 2009.

914 Statut de Rome, para. 13(c) et art. 15. Il n'a pas encore utilisé ce pouvoir.

915 *Ibid.*, para. 13(b);
Dans sa résolution no 1593, le Conseil de sécurité a renvoyé devant la CPI le dossier concernant les crimes de guerre et contre l'humanite commis au sud du Soudan (dans le Darfour).

Il découle de ce qui précède que les individus, notamment les victimes individuellement ou collectivement, et les organisations non gouvernementales ne peuvent pas porter plainte et se constituer partie civile devant la CPI[916].

Le système de la CPI reconnaît cependant aux victimes l'aspect réparation matérielle des dommages subis[917]. Mais, dans l'ensemble, elles occupent la position de témoins ordinaires même si elles peuvent être représentées devant la Cour pour exprimer leurs points de vue et faire des demandes[918]. Ne pouvant pas saisir directement la Cour, les droits qui sont reconnus aux victimes par le Statut de Rome ne l'inscrivent pas dans la « victim satisfaction model ». Il faut alors vérifier si ce système a adopté le « due process ou le crime control model » et, déterminer, le cas échéant, l'implication de ce choix sur le type de procès qui va se dérouler au niveau national.

3^{0}. Une fois la saisine accomplie régulièrement, la **recevabilité d'une affaire** par la CPI ne sera pas automatique. Selon le principe de la complémentarité, elle va dépendre de l'attitude (l'incapacité ou du manque de volonté) des États compétents.

Au terme du Statut de Rome, une affaire est jugée irrecevable par la Cour, primo, lorsqu'elle fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce[919]. Sauf retard injustifié, le stade d'avancement de l'enquête importe peu et la compétence de l'État peut être universelle, personnelle ou territoriale. Deuxièmement, lorsque l'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un État ayant compétence en l'espèce et que cet État a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée pour des motifs autres que le manque de volonté ou l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien des poursuites[920]. Tertio,

---

916 Voir Sylvie Koller, « La Cour pénale internationale : ses ambitions, ses faiblesses, nos espérances », (2003) 1: 398 Etudes, de la p. 33-42.

917 Statut de Rome, art. 75.

918 *Ibid.*, art. 68.

919 *Ibid.*, para. 17(1) a).

920 *Ibid.*, para 17(1) b).

lorsque la personne concernée a déjà été régulièrement jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte[921].

A contrario de ce qui précède, une affaire sera jugée recevable si l'enquête ou la procédure d'un État a subi un retard injustifié qui, dans les circonstances, dément l'intention de traduire en justice la personne concernée ou si la procédure de l'État en question avait pour but de soustraire cette personne à sa responsabilité pénale pour les crimes de guerre et contre l'humanité qui lui sont reprochés[922].

En plus de ces conditions de manque de volonté, le principe *sui generis* de relation entre les juridictions répressives nationales et la CPI, appelé principe de complémentarité, prévoit que la CPI va également intervenir si elle détermine qu'aucun État compétent - à titre territorial, personnel ou universel - n'a la capacité, en raison notamment de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire, de se saisir de l'accusé, de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien les poursuites[923].

Sur le front procédural, le Statut de Rome fait de la CPI « a model of due process, guaranteeing defendants all of the procedural protections required by the International Covenant on Civil and Political Rights ('ICCPR') »[924]. Toutefois, en ce qui concerne les procès qui se dérouleront devant les tribunaux nationaux, pour les mêmes faits, il est pratiquement muet sur la question de savoir si les accusés doivent bénéficier d'un procès équitable nanti de tous les droits et garanties procédurales. Le Professeur Kevin Jon Heller en conclut que « the prospect of an unfair national proceeding does not render a State 'unable' or 'unwilling' to investigate or

---

921 *Ibid.*, para. 17(1) c).

922 Douanodji Appolinaire, « CPI: Les États parties respecteront-ils leurs engagements? », Journal APLET, éd. du 17 décembre 2007. En ligne: http://www.aplft.org/spip.php?article68 Dernière visite: le 6 juin 2009.

923 *Ibid.*

924 Statut de Rome, art. 63-70;
See Albin Eser, « For Universal Jurisdiction: Against Fletcher's Antagonism », (2004) 39 Tulsa L. REV. 955, à la p. 963.

prosecute »[925] comme semble l'avancer une certaine doctrine[926]. Par conséquent la CPI n'a pas l'obligation de ne pas déférer une affaire devant les tribunaux étatiques ou requérir leur dessaisissement même si elle détermine que « the State asserting jurisdiction over it will not provide the defendant with due process »[927]. Ce qui importe pour elle, c'est de s'assurer que le crime sera puni peu importe le modèle de procédure pénale en vigueur. En effet, «the Court to find a State 'unwilling or unable' only if its legal proceedings are designed to make a defendant more difficult to convict. If its legal proceedings are designed to make the defendant easier to convict, the provision requires the Court to defer to the State no matter how unfair those proceedings may be »[928].

Le Statut de Rome exige donc de la CPI d'assurer aux accusés un procès équitable mais sans requérir des États de faire garantir le même droit pour les personnes accusées des mêmes faits devant leurs propres tribunaux. Il s'en suit qu'aucun accusé ne pourra demander à la CPI « to vacate a national conviction that resulted from a trial that was 'not conducted independently or impartially in accordance with the norms of due process'. Doing so, however, would literally turn the ICC into a court of appeal »[929].

---

925 Kevin Jon Heller, « The Shadow Side of Complementarity: The Effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process », (2006) 17 Criminal Law Forum 255-280.

926 Chérif M. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Ardsley, NY Transnational Publishers, 2003, à la p. 236 et 518;
Oscar Solera, « Complementary Jurisdiction and International Criminal Justice», (2002) 84 CICR Int L. Rev. 145, à la p. 166;
Mark S. Ellis, « The International Criminal Court and Its Implication for Domestic Law and National Capacity Building», (2002) 15 FLA. J. INT'L L. 215, à la p. 241;
George P. Fletcher et Jens David Ohlin, « Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case », (2005) 3 J. Int'L Crim. Just. 539, à la p. 540;
Rappelons que lors de la négociation du Statut de Rome, l'Italie a suggéré de trouver l'État incapable ou sans volonté d'agir si la procédure n'allait pas être « conducted with full respect for the fundamental rights of the accused ». Voir Draft Proposal by Italy, 44, UN Doc. A/AC.249/1997/WG.3/IP.4 (Aug. 5, 1997);
Pour l'échec de cette proposition, voir, John T. Holmes, « Complementarity: National Courts Versus the ICC », dans Antonio Cassese et al., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, à la p. 50.

927 Kevin Jon Heller, *supra* note 925.

928 John T. Holmes, *supra* note 926 à la p. 674.

929 See George E. Edwards, « International Human Rights Law Challenges to the New International Criminal Court: The Search and Seizure Right to Privacy », (2001) 26 YALE J. INT'L L. 323.

Dès lors que la CPI ne se mêlera pas aux « demands of fairness »[930], elle risque de ne pas résoudre la question des obstacles formels qui touchent à l'exigence d'un procès équitable identifiés dans cette étude ainsi que les coûts y afférents. Nous abordons point par point les obstacles que la CPI peut aider à contrer et ceux qui lui échappent.

&2. La CPI ne résout pas tous les obstacles formels identifiés

1°. **Les carences législatives**. Nous venons de voir que le Statut de Rome, par son principe de complémentarité, veut que la CPI se saisisse d'une affaire non poursuivie par un État, ou poursuivie sans la volonté ou sans la capacité d'aller jusqu'au bout de la procédure. D'un point de vue psychologique, cela « devrait normalement motiver les États à introduire dans leur droit matériel des dispositions qui correspondent aux infractions prévues par le Statut »[931]. Malheureusement, depuis sont entrée en vigueur, en 2002, nous avons vu qu'il y a un retard flagrant de la part de plus de 100 États-parties au Statut de Rome de procéder au toilettage de leurs législations nationales pour permettre, le cas échéant, à leurs tribunaux de réprimer sans encombre les crimes de guerre et contre l'humanité, peu importe le lieu de leur perpétration. Ce retard sera questionné, dans le cadre de la conférence de révision et d'évaluation sur la mise en œuvre de ce traité, prévue cette année[932].

Entre temps, si des plaintes ou dénonciations étaient reçues par lesdits États, comme cela est arrivé en RDC ou en Ouganda, le ministère public pourrait refuser d'enquêter et de poursuivre pour motif de manque de moyens ou de dispositions légales applicables. Il pourrait également accorder à l'infraction internationale dénoncée une qualification de droit commun et ainsi poursuivre sur cette base juridique.

Dans ces deux occurrences, la CPI pourra intervenir si elle est régulièrement saisie. Dans la première hypothèse, la recevabilité de l'affaire repose sur le fait que le crime ne fait pas l'objet

---

930 Fletcher et Ohlins, *supra* note 926 à la p. 541.

931 Marc Henzelin, *supra* note 226 à la p. 833.

932 Statut de Rome, art. 121-123 (amendements et révision du Statut après sept ans depuis l'entrée en vigueur).

d'une enquête ou de poursuites au niveau national, alors que dans la seconde, elle repose sur le fait que l'État en question agit dans le sens de soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale.

Advenant cependant qu'un État engage des enquêtes et poursuites, sous une qualification juridique correcte, mais qui n'existe pas en droit interne, la CPI n'interviendra que si elle détermine que cette façon de faire est mise en branle aux seules fins de soustraire le criminel à une comparution possible devant la CPI. Si ces enquêtes et poursuites ne sont pas dilatoires, elle ne se mêlera pas des questions préjudicielles d'incompétence ou d'irrecevabilité relatives à la légalité des poursuites que soulèvera l'accusé avant son procès. Si ultimement la décision interlocutoire profite à l'accusé, la CPI pourra rejuger l'affaire en invoquant que la procédure visait à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale.

L'intention de soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale ne peut cependant être vérifiée qu'après la décision interlocutoire décrétant l'abandon des poursuites ou le verdict irrégulier de non-culpabilité. Dans ces conditions, l'économie de la CPI ne consiste pas à prévenir des procès improductifs, mais à gommer simplement l'impunité sans égard aux ressources investies de la part d'un État donné et sans aucun égard aux dangers d'administrer des procès inéquitables. La CPI n'est donc pas bien outillée pour pallier, ex-ante, aux difficultés processuelles inhérents à l'état du droit interne.

2^0. **Les privilèges et immunités de juridiction des dirigeants en exercice.** Devant la CPI, « la responsabilité pénale individuelle sera examinée indépendamment de la qualité officielle et hiérarchique de la personne accusée. La CPI ne reconnaît ainsi pas d'immunité aux diplomates, chefs d'État ou de gouvernement, ministres, parlementaires, représentants élus ou agents de l'État, et ce peu importent les dispositions de la loi nationale »[933].

Si donc un État, partie au Statut de Rome ou pas, recevait une plainte ou dénonciation portant sur un crime de guerre ou contre l'humanité, commis après 2002, et refusait d'y donner suite en faisant valoir les privilèges et immunités de juridiction des suspects, la CPI pourrait

933 Jean-François Gareau, *supra* note 913 et Statut de Rome, art. 27.

théoriquement actionner directement sa compétence si elle est régulièrement saisie. Le motif de recevabilité serait le manque de volonté de traduire en justice la personne concernée sinon l'intention de la soustraire à sa responsabilité pénale internationale. Toutefois, l'arrestation et la remise du suspect à la CPI ne sera pas chose facile puisque l'État de nationalité doit y consentir[934]. Qui plus est, dans le seul but d'« éviter que la CPI ne vienne fouiner dans leurs intimes exactions »[935], certains États pourront « déclencher des enquêtes ou poursuites dilatoires et s'en prévaloir pour empêcher la mise en branle de la machine CPI »[936]. La solution du Statut de Rome risque donc d'être inopérante ou du moins subir des retards dans sa mise en oeuvre.

3^{0}. **Le manque de volonté politique et de ressources pour poursuivre.** Lorsqu'un État déclarera inopportun les poursuites contre un criminel de guerre ou contre l'humanité seulement pour motif de manque de moyen ou de volonté politique, si la CPI est régulièrement saisie de ce dossier, cette inopportunité sera considérée comme la preuve du refus de traduire en justice la personne concernée ou de la soustraire à sa responsabilité pénale pour les crimes de guerre ou contre l'humanité qui lui sont reprochés[937].

En ce qui concerne particulièrement l'abandon des poursuites pour des motifs tel que le choix de privilégier la déportation, éviter des contrecoups économiques et l'âge de l'accusé, il dépendrait réellement du rôle de la personne en cause (chef d'État ou simple exécutant) et de l'étendue des crimes commis. Plus la personne est haut placée et plus ses crimes sont graves, moins il y aurait de chances pour cette personne de ne pas être poursuivie par la CPI, sous réserve que la personne soit apte à subir son procès. En effet, plus que l'intérêt de punir la personne pour ces actes, il y aurait également l'intérêt de documenter les crimes en question à des fins de dégager une certaine vérité au profit des victimes et des générations futures. Nous

---

934 *Ibid.*, art. 98.

935 Douanodji Appolinaire, « Cour Pénale Internationale: Les États parties respecteront-ils leurs engagements? » Journal APLET, éd. du 17 décembre 2007, à la p. 2.

936 Les poursuites lancées par le pouvoir du Soudan contre quelques chefs des milices Djandjawids, acteurs importants dans la crise du Darfour, en constituent l'exemple. En effet, le Soudan reste très hostile à l'intervention de la CPI dans la gestion de ce conflit pour masquer les crimes de son armée et ses milices Djandjawids.

937 Douanodji Appolinaire, *supra* note 935.

pensons que la CPI va effectivement contrer le manque de volonté des États d'opérer l'impunité des crimes ici sous-étude, pour autant qu'ils soient commis après le 1er juillet 2002.

L'apport de la CPI peut cependant ne pas être satisfaisant sur la question du manque de moyen alors que la solution au seul niveau national risque de ne pas être suffisante. Par conséquent, les États devraient s'asseoir ensemble pour négocier, au-delà du Statut de Rome, comment peut-on financer la répression étatique des crimes de guerre et contre l'humanité. Nous pensons que la mise en place d'un fonds spécial à cet effet peut débloquer la situation. Ce fonds serait géré par la CPI. Probablement que l'on peut envisager, non seulement un fonds de dépannage, mais également la possibilité de remettre les éléments de preuve, tant à charge qu'à décharge, recueillis par le procureur de la CPI et des autres agences onusiennes dans le cadre de la coopération que préconise le statut de Rome[938]. Si les juridictions nationales parviennent à avoir accès à une masse de preuves qu'elles n'auraient jamais pu obtenir sans le travail des services d'enquête internationaux, probablement que l'obstacle de moyens peut être contenu.

4°. **Les mesures de clémence**. Lorsqu'un État abandonnera les poursuites contre un criminel de guerre ou contre l'humanité seulement en application des mesures de clémence tel que les clauses d'amnistie ou les délais de prescription, la CPI, si elle est régulièrement saisie de ce dossier, pourra également intervenir pour prévenir l'impunité. En effet, la CPI est « fondée sur une aversion pour l'impunité ainsi que sur l'imputabilité pour la commission des crimes internationaux »[939]. Par conséquent, devant elle, «la justice, mise en oeuvre sous la forme de poursuites, doit être prioritaire par rapport à la paix et à la réconciliation nationale »[940] avec le lot de mesures de clémence qui les accompagne[941].

Cependant, la CPI ne pourra pas « involontairement faire échouer des accords fragiles visant à transmettre le pouvoir ou bien, lorsque de tels accords ont déjà été passés, saper

---

938 Statut de Rome, art. 86-102.

939 John Dugard, *supra* note 680, para. 702-703.

940 *Ibid.*.

941 *Ibid.*, para. 701-703.

l'autorité et la crédibilité du nouveau régime démocratique »[942]. Le statut de Rome lui permet de décliner sa compétence si des circonstances exceptionnelles se présentent[943]. Pour surseoir aux enquêtes ou abandonner les poursuites déjà entreprises, elle dispose de quatre possibilités, à savoir:

(1) une demande de sursis à enquêter par le Conseil de sécurité, parce qu'il juge que des poursuites constitueraient une menace à la paix internationale[944];

(2) l'irrecevabilité de l'action parce que la justice réparatrice négociée entre les belligerants s'en charge[945];

(3) l'application du principe *ne bis in idem*, traitant l'action de cette justice comme ayant revêtu l'affaire de l'autorité de la chose jugée et ainsi bloquant les procédures à venir devant la CPI[946]; et

(4) la discrétion dans les poursuites permet au Procureur de la CPI de décliner les poursuites dans l'intérêt de la justice[947].

La dichotomie entre paix et impunité n'est donc pas définitivement réglée par le Statut de Rome. Celui-ci, non plus, n'a pas fermé la porte « à la reconnaissance de certaines méthodes non juridictionnelles, dans des circonstances extrêmes »[948] tel que le traitement d'un crime de masse.

Nous sommes pro-poursuite et donc défavorable à une quelconque clause des Accords de paix et même celle du Statut de Rome qui permet au Conseil de sécurité ou un État de demander l'abandon des poursuites pour arracher un accord de paix[949]. Nous reconnaissons cependant qu'il n'y a rien de vraiment tranché au niveau du droit international. Au niveau de la

---

942 Voir notamment Linda M. Keller, *supra* note 42 de la p. 17-18.

943 *Ibid.* à la p. 13 [Keller estime que si une commission de vérité, qui a le mandat et les ressources adaptés, pourrait servir la paix tout en garantissant une certaine forme de justice, la CPI abandonnerait les poursuites].

944 Statut de Rome, art. 16.

945 *Ibid.*, art. 17

946 *Ibid.*, art. 20.

947 *Ibid.*, art. 53;
Pour une proposition visant à ajouter un protocole au statut de Rome, qui reconnaîtrait expressément les amnisties, voir Andreas O'Shea, *supra* note 568.

948 John Dugard, *supra* note 680, para. 701.

949 Statut de Rome, art. 16 (sursis à enquêter ou à poursuivre sur demande du Conseil de sécurité).

doctrine, la confrontation entre le courant en faveur de la diplomatie et celui en faveur de la justice à tout prix n'est pas, non plus, réglée. Le Statut de Rome, en penchant vers le pragmatisme du premier courant doctrinaire, veut que chaque cas soit considéré individuellement. Il peut, en effet, être possible qu'il ne soit pas dans l'intérêt public de poursuivre si par ce fait on pourrait prolonger les hostilités ou entraver un possible processus de paix. C'est le manque de force pour arrêter la guerre et les criminels qui l'alimentent qui ouvre la porte à la possibilité de leurs offfrir une amnistie, cautionnant ainsi leurs agissements qui « devraient se qualifier de racket et de chantage »[950].

Eu égard à tout ce qui précède, nous pouvons faire les conclusions préliminaires qui suivent.

Les crimes de guerre et contre l'humanité restent une réalité tristement actuelle. Tantôt ils se produisent durant un conflit international, tantôt pendant que les forces gouvernementales d'un État sont aux prises avec des forces dissidentes ou à l'occasion d'un régime totalitaire. Quelquefois même les trois situations se juxtaposent.

Dans la première partie de notre travail, nous avons procédé à un double éclairage. D'une part, nous avons démontré que le droit international définit clairement les crimes de guerre et contre l'humanité et demande de sanctionner, sans exception, la responsabilité pénale personnelle de leurs auteurs. D'autre part, nous avons démontré que le droit international prévoit une obligation conventionnelle, en voie de devenir coutumière, qui incombe à l'État de « rechercher et poursuivre ou extrader » ces derniers dès qu'il apprend qu'ils se trouvent sur son territoire. Cette démonstration, en posant ces deux prémisses, constitue un préalable à notre thèse qui consiste à analyser certaines règles de procédure pénale qui empêchent les règles de fond du droit pénal international de fonctionner efficacement au niveau national et qui créent des circonstances d'impunité au profit des présumés criminels de guerre et contre l'humanité.

Dans la seconde partie, nous avons démontré que, située au confluent du droit pénal international et du droit pénal interne, la législation de procédure pénale est devenue, au niveau

---

950 Luis Moreno-Ocampo, « Bâtir un avenir fondé sur la paix et la justice », allocution de Nuremberg le 24/25 juin 2007, citée par Linda M. Keller, *supra* note 620 à la p. 1.

national, la matière par excellence par laquelle les gouvernements trouvent facilement des mécanismes de contrôle de la répression des crimes de guerre et contre l'humanité. Plus concrètement, nous avons vu que les États, contrairement à leurs engagements internationaux, n'ont pas tous légiféré de façon à ce que leurs tribunaux puissent poursuivre sans encombre les criminels. Or, sur base de moulte exemples, nous avons observé que l'absence d'un texte législatif sanctionnant expressément les crimes de guerre et contre l'humanité se dresse en obstacle d'incompétence des tribunaux internes. Dans le cas particulier des crimes de guerre et contre l'humanité commis à l'étranger, nous avons établi que le défaut d'un texte prévoyant la compétence extraterritoriale expresse sur ces crimes repousse également les poursuites.

Par ailleurs, nous avons vu que le droit international et la législation de procédure pénale nationale s'entendent, dans une sorte de complicité du silence, pour interdire aux juges internes de rechercher aisément la responsabilité pénale personnelle des dirigeants politiques et militaires pour les actes criminels les plus graves dont ils se rendent coupables. Le premier bloque les tribunaux étranger d'avoir accès, via la compétence personnelle ou universelle, à ces criminels au pouvoir. La seconde prescrit un long processus de déchéance des privilèges de juridiction dont ces dirigeants disposent, avant que la justice ne puisse les atteindre. Cette double protection des dirigeants en exercice rend la justice impossible, sinon lente et onéreuse. Elle fait preuve que la communauté internationale n'est pas en voie d'atteindre bientôt la primauté du droit sur le politique en matière de lutte contre l'impunité. Et pourtant, « la responsabilité personnelle des dirigeants politiques et militaires pour les crimes qu'ils prétendent perpétrer au nom d'un État, ou au nom d'un peuple au sein d'un État qu'ils répudient, facilite le rejet de la notion voulant que la souveraineté d'un État doive empêcher qu'ils soient interpellés par la communauté contre laquelle se sont inscrits leurs gestes, soit l'humanité toute entière »[951].

Sur un autre front, nous avons noté qu'en droit international, ces crimes sont imprescriptibles. Ils sont également inamnistiables même s'il n'existe aucune disposition conventionnelle explicite à cet effet. Certes, comme le dit bien le Professeur Della Morte, « étant

---

[951] Louise Arbour, « L'exportation de la justice pénale », Exposé lors de la Conférence commémorative O.D. Skelton, Ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, Le 1er mars 2001, à la p. 11. En ligne: http://www.international.gc.ca/odskelton/assets/pdfs/skelton-arbour-fr.pdf

donné l'ampleur des principes qui peuvent être sous-jacents aux lois d'amnistie (transition, paix, réconciliation, pardon, vérité), les risques associés à une éventuelle convention sur ce thème représenteraient un coût trop cher pour la souveraineté des États »[952]. En fait, l'amnistie est un instrument de politique criminelle des États qu'on tient à garder disponible pour gérer certaines circonstances exceptionnelles.

En plus des obstacles juridiques, les poursuites avortent ou ne sont pas entreprises par pure décision d'opportunité au niveau administratif. À ce niveau, nous avons vu que les facteurs politiques et financiers, qui normalement ne sont pas pertinents ou même pernicieux et dangereux en droit criminel, dictent au ministère public de classer le dossier sans suite. Dans certains cas flagrants, les États font même usage sélectif du droit, « substituant à la gravité des crimes, seul critère pertinent de la justice, des considérations d'ordre essentiellement politique, en considérant notamment justiciables leurs ennemis plutôt que leurs amis »[953]. Cette situation, qui jette un discrédit sur l'administration de la justice, ne peut se résoudre que par la responsabilisation des États pour exercer rapidement leur compétence.

Eu égard à ce qui précède, l'une des conclusions principales à tirer de cette étude consiste à dire que banir les crimes de guerre, le génocide et les autres crimes contre l'humanité au niveau international n'est pas suffisant pour les réprimer au niveau étatique. L'autre conclusion importante qu'il faut tirer consiste à affirmer que tous les obstacles de procédure interne qui font l'objet de cette étude ne doivent pas être considérés comme étant non conformes au droit international même si ils handicapent l'action des tribunaux internes. Finalement, le droit pénal international ne dispose pas de moyens de contrôler les décisions qui se prennent entre la phase d'enquête et celle d'ouverture d'un procès. Cette étape négligée ruine l'objectif international

---

952 Gabriele Della Morte, « Pré-rapport: l'amnistie en droit international et en droit international pénal: Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit ?», Rapport de recherche sur amnistie, grâce, prescription en Europe, Paris, UMR droit comparé, Mission « Droit et justice », 2005, à la p. 9.

953 Florence Hartmann, *supra* note 614 à p. 55;
Françoise Digneffe regrette que l'exercice discriminatoire de la compétence universelle contribue à attiser la violence au lieu de la conjurer. Elle note qu'à terme il fragmente la société victime au lieu de la réconcilier si cette discrimination se fait au niveau des criminels d'un pays donné, comme au Rwanda ou les Etats poursuivent seulement les criminels d'ethnie Hutu et laissent courir ceux de l'ethnie Tutsi.
Françoise Digneffe, « Réflexions sur quelques difficultés du jugement pénal en situation. A propos du procès d'assises de quatre accuses rwandais », (2001) 11 RDPC, de la p. 970 – 980.

d'assurer que tout crime de guerre et tout crime contre l'humanité soit, sous réserve de l'intérêt de la justice, poursuivi de manière effective, par un organe national d'abord, et sinon par un organe international[954]. C'est sur ce terrain de l'entre enquête et de l'avant procès, qu'il nous paraît intéressant de réfléchir pour éviter aux États de nourrir, par leur inaction vis-à-vis de la justice pénale internationale, un sentiment d'échec et de laisser faire comme si leur obligation internationale de répression était réductible à quelques gestes de complaisance. Notre travail ouvre modestement le débat sur ces questions en indiquant les espaces non encore codifiés qui laissent aux seules sensibilités individuelles le soin de réprimer les crimes ici en cause.

Cela étant, revenons maintenant, pour fin d'illustration, sur le cas particulier du Burundi. Cet État tente présentement de réussir une transition entre l'ancien ordre des choses et le nouveau, c'est- à -dire entre la dictature et la démocratie ou encore entre la guerre civile et la paix. Étant donné l'importance des violations massives des droits humains qui ont marqué l'histoire récente de ce pays, la justice est au cœur des préoccupations urgentes afin de ne plus « encourager les dirigeants peu scrupuleux à choisir le massacre ethnique comme instrument de pouvoir»[955].

---

954 Statut de Rome, 4e et 5e para. du préambule.

955 Human Rights Watch, « Burundi: La justice doit faire partie du processus de paix », 23 Mars 2000.

TITRE III. ÉTUDE DE CAS: LES OBSTACLES DE PROCÉDURE DANS LA RÉPRESSION ÉTATIQUE DES CRIMES COMMIS AU BURUNDI

Dans cette étude de cas, après avoir établi les faits à la lumière de la documentation disponible, nous procéderons à leur qualification juridique pour vérifier s'ils constituent véritablement des crimes de guerre et/ou contre l'humanité (Chapitre I). Nous étudierons ensuite, à travers la législation et la pratique judiciaire burundaises, les obstacles formels qui peuvent empêcher les tribunaux de ce pays de les réprimer sans encombre (Chapitre II). Finalement, parce que la répression des crimes de masse appelle d'autres questions et réponses que celles apportées par la justice pénale, il nous a semblé opportun de consacrer également un volet à la justice transitionnelle que le Burundi et ses bailleurs de fonds voudraient mettre en branle prochainement afin de vérifier si les obstacles étudiés résistent également à ce nouveau mécanisme de résolution des conflits (Chapitre III). En conclusion, nous tirerons des leçons de cette expérience quant à son efficacité à vaincre les obstacles formels dans la répression interne des crimes internationaux les plus graves.

Mais avant d'entrer dans le vif du sujet, éclairons d'abord le lecteur, dans un bref chapitre préliminaire, sur quelques éléments essentiels concernant les causes historique et politique de la criminalité grave, jusqu'ici impunie, qui a marqué l'histoire récente du Burundi.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE: LES ORIGINES DE LA CRIMINALITÉ GRAVE AU BURUNDI

Avec une superficie de 27 834 km^2, le Burundi est l'un des plus petits États du monde en général et de l'Afrique subsaharienne en particulier. Géographiquement parlant, il est situé sur la ligne de séparation des eaux du fleuve Congo et du Nil, au cœur de la région des grands lacs africains[956]. Il est bordé, au nord, par le Rwanda, à l'Est, par la Tanzanie et à l'Ouest, par la République démocratique du Congo (RDC).

---

[956] Les Grands Lacs d'Afrique sont le lac Tanganyika (32 900 km² / 1 433 m), le lac Victoria (68 100 km² / 82 m – il est le troisième lac du monde par sa taille), le lac Malawi (30 900 km² / 706 m), le lac Albert (5 270 km² / 51 m), le lac Édouard (2 150 km² / 117 m) et le lac Kivu (2 700 km² / 485 m). Les lacs Victoria, Albert et Édouard se jettent dans le Nil Blanc, alors que les lacs Tanganyika et Kivu se jettent dans le fleuve Congo.

D'un point de vue démographique, en 1972, avant les massacres, le Burundi comptait environ 3 440 000 habitants[957]. La population du Burundi est actuellement estimée à environ dix millions d'habitants, composée de trois groupes présentés comme étant ethniques, à concurrence de 85 % de Hutu, 14 % de Tutsi et 1 % de Twa[958].

D'un point de vue économique, il est généralement acquis qu'avant la colonisation, les Tutsi vivaient de l'élevage, les Hutu de l'agriculture et les Twa de la cueillette et de la chasse[959]. Ce type de vie s'est rompu probablement vers la fin du 19^{e} siècle, au fur et à mesure que la population devenait sédentaire et que le pays s'ouvrait aux cultures étrangères, notamment arabe, indienne et occidentale[960]. Aujourd'hui, plus de quatre-vingt-dix pour cent de la population burundaise vit de l'agriculture de subsistance. Le revenu par habitant est l'un des plus faibles de la planète, soit moins d'un dollar américain par jour, du fait, principalement, de la très forte pression démographique sur la terre (densité de 327 habitants au km^2) et de la faiblesse extrême des secteurs industriel et des services[961].

Après ces brefs généralités sur le Burundi, à titre liminaire, trois observations essentielles doivent être faites afin de préciser l'horizon temporel de notre étude et placer les crimes qui nous intéressent dans leur cadre historique.

---

957 Jean Pierre Chrétien et Jean-François Dupaquier, *Burundi 1972. Au bord des génocides*, Paris, Karthala, 2007, à la p. 282.

958 *Ibid.* à la p. 45.
Augustin Nsanze, *Le Burundi contemporain: l'État – nation en question (1956-2002)*, Paris, L'Harmattan, 2007, à la p. 1.

959 *Ibid.*

960 Térence Nsanze, *L'édification de la République du Burundi au carrefour de l'Afrique*, Bruxelles, Remarques Africaines, 1970, à la p. 139.

961 Seulement 1% de la population vit du secteur industriel et des services.
Voir Programme des Nations-Unies pour le Développement, *Rapport National sur le développement humain 2005*, Bujumbura, du PNUD, 2007, à la p. 8;
Hakim B. Hammouda, *Burundi: Histoire économique et politique d'un conflit*, Paris, L'Harmattan, 1995, à la p. 112.

1. Les observations essentielles

En mettant en place son plan de justice transitionnelle, un État peut se fixer un objectif d'établir la vérité[962], d'imputabilité et/ou de réparation et de réconciliation nationale[963]. Il a la latitude de mettre plus de poids sur un de ces objectifs par rapport à d'autres. L'objectif de cette recherche est de discuter des obstacles de forme qui empêchent l'État burundais de poursuivre, conformément au droit international, les criminels de guerre et contre l'humanité et donc de dégager une vérité judiciaire. Nous allons donc concentrer nos efforts sur l'objectif d'imputabilité.

Dans sa structure actuelle, la législation de procédure pénale burundaise risque de constituer un blocage plutôt qu'un levier d'une justice transitionnelle ambitieuse parce qu'elle n'est pas totalement conforme aux exigences du droit international. Elle est mue, en effet, par son opportunisme politique dont les éléments de base se situent dans la délimitation même du concept d'ethnie, le choix des événements violents à réprimer et finalement le type de justice à privilégier par rapport à l'impossibilité d'administrer une justice intégrale par rapport à tous les crimes commis depuis l'indépendance du Burundi. Nous prenons position par rapport à ces trois éléments avant d'entreprendre l'analyse de cette législation.

1^0. Premièrement, dans cette étude, les termes « Hutu et Tutsi » seront considérés, non pas comme étant des réalités anthropologiques, mais plutôt comme étant « des réalités socio-politiques »[964]. En effet, ces deux « entités existent; elles sont politiquement pertinentes, et leur existence a causé des millions de morts, de blessés et d'exilés »[965] par le truchement de

---

962 Yasmin Naqvi, « The right to the truth in international law: fact or fiction? », (2006) 88: 862 RICR, à la p. 267.

963 Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, de la p. 14-15.

964 Filip Reyntjens, *L'Afrique des grands lacs en crise: Rwanda, Burundi: 1988-1994*, Paris, Karthala, 1994, à la p. 10.

965 *Ibid.* à la p. 29.
René Lemarchand , « Burundi: Ethnicity and the Genocidal State », dans Pierre L. Van Den Berghe (ed), *State Violence and Ethnicity*, Niwot, University of Colorado, 1990, à la p. 93.

massacres à caractère ethnique d'une extrême gravité[966]. À travers les luttes et les compétitions politiques, elles ont permis le développement d'un discours ravageur que nous ne pouvons pas ignorer lorsque nous abordons le volet juridique portant sur la répression de ces massacres. Nous n'avons donc pas l'intention de nous ranger ni du côté des chercheurs qui, d'un point de vue anthropologique, affirment que ces notions constituent véritablement des ethnies différentes[967], ni de ceux qui contestent cette thèse[968]. Nous ne nous mêlerons pas non plus du débat autour de la question de savoir si ces notions sont le fait artificiellement imposé par la colonisation belge[969].

Notre point de vue là dessus, s'il faut en avoir un, c'est simplement que les Hutu et les Tutsi du Burundi, comme ceux du Rwanda d'ailleurs, sont justement des entités falsifiées offrant une identité réputée ethnique à des divisions d'un autre ordre, comme l'affirme la sociologue française Claudine Vidal[970]. En ce qui concerne leur origine, nous sommes du même avis que le Professeur Reyntjens, lequel soutient que la colonisation du Burundi par la Belgique, de 1919 à 1962, a « renforcé, structuré et exacerbé les catégories identitaires, mais elle ne les a pas

---

966 René Lemarchand, *Burundi, Ethnocide as Discourse and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, de la P. 85 – 106;
Jean-Marie Sindayigaya, *Burundi: quatre décennies de crimes contre l'humanité*, Paris, L'Harmattan, 2002 ;
André Guichaoua, dir., *Les crises politiques au Burundi et au Rwanda (1993 – 1994). Analyses, faits et documents*, Paris, Karthala, 1995, à la p. 45.

967 Voir notamment Hans Meyer, *Le Burundi, une étude ethnologique en Afrique orientale*, Paris, Société française d'histoire d'outre-mer, 1984, à la p. 15.

968 Pour plus de détails, lire notamment Dominique Darbon et Philippe Hoiry, *Pouvoir et intégration politique: le cas du Burundi et du Malawi*, Bordeaux, Centre d'étude d'Afrique Noire, 1982, à la p. 31;
Jean Pierre Chrétien et André Guichaoua, « Burundi, d'une République à l'autre: bilans et enjeux », (1988) 29 Politiques africaines 93;
Hakim B. Hammouda, *supra* note 961 à la p. 13.

969 Jean-Pierre Chrétien affirme que les Hutu et les Tutsi, en tant que catégories ethniques, sont essentiellement des constructions coloniales.
Voir Jean-Pierre Chrétien, « Manipulations de l'histoire, manipulations des identités et violence politique: les enseignements du cas burundais », dans Bogumil Jewsiewicki et Jocelyn Létourneau, dir., *Constructions identitaires: questionnements théoriques et études de cas*, Québec, du Septentrion, 1992, de la p. 11-29 ;
René Lemarchand et Alison DesForges soutiennent par contre que les termes Hutu et Tutsi se rapportaient à des individus du Rwanda et du Burundi avant le régime colonial mais que celui-ci a contribué à leur exacerbation.
Voir René Lemarchand, *supra* note 965 de la p. 58-76;
Alison Desforges, *Burundi: Failed Coup or Creeping Coup*, (1994) 93 Current History 583.

970 Claudine Vidal, *Sociologie des passions (Côte d'Ivoire, Rwanda)*, Paris, Karthala, 1991, à la p. 24;

créées »[971]. Elles étaient là bien avant elle[972]. Leur exacerbation s'est amplifiée lorsqu'il s'est produit, probablement aux environs de 1945, une concentration de pouvoir politique aux mains des Tutsi[973].

Ceci est d'autant plus vrai que « les Hutu et les Tutsi ne se distinguent les uns des autres ni par la langue, ni par la culture, ni par la religion, ni par la localisation, ni, de façon mécanique et simpliste, par les traits physiques »[974]. Qui plus est, beaucoup d'historiens rapportent qu'avant la colonisation, « les distinctions entre Hutu et Tutsi étaient plus flexibles. Les personnes pouvaient passer d'une catégorie à l'autre, en fonction de leur fortune et de leur prestige politique, et les conflits politiques tendaient généralement à dépasser les caractères identitaires plutôt qu'à les renforcer »[975].

2^0. En deuxième lieu, il faut bien reconnaître que la recherche de la vérité sur les violations massives des droits de l'Homme commises au Burundi depuis 1962 est une entreprise complexe et parsemée d'embûches, comme le risque de se perdre dans de considérations politiques[976]. En effet, de 1962 à 2006, le Burundi a connu un cycle ininterrompu de violences, certes discontinu, mais où les acteurs sont presque les mêmes[977] et les événements s'enchaînent

---

Hakim B. Hammouda, *supra* note 961 à la p. 12.

971 Filip Reyntjens, *supra* note 964 à la p. 12.

972 Lire notamment Roger W. Louis, *Ruanda-Urundi (1884-1919),* Oxford, Clarendon Press, 1963;
René Lemarchand, *Burundi:histoire et mémoire historique*, Californie, Université de Floride, 1983.

973 Filip Reyntjens, *supra* note 964 à la p. 21;
La doctrine rapporte par exemple que les lignages *Abadogo* et *Abasoro* qui font partie des Tutsi Banyaruguru sont réellement des clans Hutu anoblis.
Voir notamment Firmin M. Rodegem, *Essai d'onomastique rundi*, Bujumbura, Ronéo, 1965, à la p. 88 et 94.

974 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 16.

975 René Lemarchand, *supra* note 965 de la p. 6-16;
Françoise Digneffe, Jacques Fierens et Béatrice Chapaux, *Justice et gacaca: l'expérience rwandaise et le génocide*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2003, à la p. 132.

976 Lire Colette Braeckman, *supra* note 122, Filip Reyntjens, *supra* note 964 et Guichaoua, *supra* note 966.

977 André Guichaoua, *Ibid.* à la p. 93.

comme s'il s'agissait d'un continuum[978]. En conséquence, un des grands problèmes de notre recherche aura été le choix des violences ou des périodes, voire même des dates précises à étudier.

Cela étant, nous avons choisi d'étudier les massacres de 1972, de 1988 ainsi que les tueries massives de 1993, qui ont précédé la guerre civile de 1994 à 2006 et pendant laquelle des crimes de guerre et contre l'humanité ont été également commis en toute impunité[979]. Le présent choix procède de notre ambition de rester fidèle à notre entreprise purement juridique et académique et de ne pas nous perdre dans des discussions politiques souvent complexes, voire même insolubles. Nous avons donc pris le parti de n'évoquer que les situations susceptibles d'être qualifiés de crimes de guerre ou contre l'humanité. En excluant de notre champ d'investigation la période allant de 1994 à 2006, nous faisons un choix délibéré. D'une part, il a été bien établi que durant cette période, les rebelles et les forces armées burundaises ont bel et bien commis des crimes de guerre et contre l'humanité[980]. Nous croyons que ces crimes ne font l'objet d'aucune contestation sérieuse et sont bien documentés. D'autre part, vu leur caractère récent, ils n'échappent pas facilement aux critiques des Burundais et aux demandes pressantes de juger et punir leurs auteurs[981]. Mais tel n'est pas le cas pour les crimes commis en 1972, 1988 et en 1993 au Burundi. Nous observons, d'ailleurs, une tendance à réduire le bilan de la criminalité au Burundi à ce qui s'est passé durant la période de 1994 à 2006 seulement[982].

Dans cette recherche, nous nous limiterons donc à ces trois événements et nous démontrerons que les massacres qu'ils concernent portent tous les éléments constitutifs, soit d'un crime contre l'humanité ou d'un crime de guerre, en l'occurrence le ciblage ethnique des

---

978 Térence Nsanze, *supra* note 960 à la p. 139.

979 D'après le Rapport S/1996/682 de la Commission internationale d'enquête, créée suivant la résolution 1012 du Conseil de Sécurité en date du 28 août 1995, le Burundi fait face, depuis octobre 1993, à la perpétration sur son territoire du crime de génocide ainsi que de violations systématiques des droits de l'Homme qui pourraient être qualifiées de crimes contre l'humanité. En ligne: *http://www.burundi-agnews.info/ceirpt.htm#483* Dernière visite: Le 20 mars 2008.

980 *Ibid.*

981 Stef Vandeginiste, *supra* note 661 à la p. 16.

982 Pour ceux qui s'intéressent à la vérification de l'hypothèse d'une convergence entre les conflits ethniques au Burundi et les périodes de crise économique, lire notamment Hakim B., Hammouda, *supra* note 961.

victimes qui fait preuve de l'intention d'exterminer une ethnie en tout ou en partie comme telle, l'ampleur des tueries, systématiques et généralisées, dirigées contre une population civile en raison de son appartenance ethnique, ainsi que la violation flagrante des garanties reconnues aux civils dans un conflit armé de nature interne.

Dans cette partie de notre thèse, ce qui est recherché, ce n'est pas la compréhension sociologique ou l'établissement de la responsabilité politique des violences[983]. Notre but est plutôt d'éviter la fâcheuse tendance burundaise à la globalisation et à la culpabilisation collective d'un groupe ethnique ou d'une organisation politique[984]. En individualisant les responsabilités criminelles d'abord et, ensuite, en indiquant les pistes pouvant faire échec aux obstacles formels à la vérité sur cette responsabilité pénale individuelle, notre travail donne à la justice pénale les moyens de s'épanouir. Nous sommes de l'avis qu'autour de cette vérité judicaire, la réconciliation nationale et la reconstruction du Burundi pourraient être envisagées de façon durable.

Cela étant dit, notre thèse ne fournit pas la liste des suspects. Elle ne désigne pas non plus les coupables. Elle invite simplement la communauté internationale en général, et l'État burundais en particulier, à s'investir dans ce travail. Nous croyons, en effet, que rien de mieux que la justice ne peut panser les plaies de ce contentieux de sang et révéler avec force et de manière aussi poignante les méfaits des haines interethniques au Burundi et le long chemin qu'il reste à parcourir avant que ne s'apaise le sentiment d'amertume qu'ils ont laissé.

3^0. En dernière analyse, eu égard au nombre très élevé des personnes impliquées dans les massacres de masse ayant eu lieu au Burundi depuis 1962 jusqu'en 2006, et aux limites, entre autres, économique et financière, auxquelles fait face actuellement ce pays, il s'avère qu'une justice intégrale et totale est impossible. Les autorités burundaises et leurs bailleurs de fonds ont d'ailleurs pressenti ce problème. Les discussions sont en cours pour faire traiter une partie de ces crimes par une CVR, tel que prévu par les Accords de paix de Tanzanie (conclu successivement

---

983 Sur ces points, voir notamment André Guichaoua, *supra* note 966.

984 Voir par exemple l'Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi, 28 août 2000, para. 6.(6).

en 2000, 2003 et 2006)[985] et ne traiter judiciairement que le cas des grands responsables[986]. Nous ne chercherons pas à désavouer cette démarche que nous jugeons plutôt de pragmatique. Mais nous notons que « le plus grand danger qui menace la région des Grands Lacs est celui d'une mémoire ethnicisée, où chaque groupe se dispute le privilège de détenir la vérité, et où l'histoire départage les bons des mauvais suivant l'appartenance ethnique »[987]. Il est alors important que les événements incroyables qui ont endeuillé le Burundi soient publiquement et clairement prouvés, de façon à ce que nul ne doute jamais qu'ils relevaient de la réalité et non de la fiction. Les instances non juridictionnelles peuvent concourrir à ce travail de mémoire. Mais, l'exigence de justice nous conduit à proposer d'éviter à tout prix l'alternative stérile de l'effacement intégral et du ressassement sans fin. Le mal subi doit être officiellement dit pour s'inscrire à jamais dans la mémoire collective, pour permettre aux Burundais en général et aux générations actuelles en particulier de mieux se tourner vers l'avenir. Nous sommes donc d'avis que le choix politique de poursuivre uniquement les hauts responsables militaires, administratifs et politiques des actes commis au Burundi et d'accorder l'amnistie aux autres, par le biais d'un travail de mémoire administré par une CVR, est raisonnable. Mais, il se justifie seulement une fois que « l'offense a été reconnue publiquement, non pour imposer l'oubli, mais pour laisser le passé au passé et donner une nouvelle chance au présent »[988]. En d'autres mots, nous suggérons qu'aucune mesure de clémence ne bénéficie aux criminels de second rang qui refusent de coopérer pleinement avec les mécanismes de la justice transitionnelle.

Ceci étant, si tout le monde s'accorde pour affirmer que les violations graves, massives et systématiques des droits humains sont une réalité au Burundi entre 1962 et 2006, des divergences apparaissent immédiatement lorsqu'il s'agit de qualifier juridiquement ces violations,

---

985 Voir notamment le Protocole I, portant nature du conflit burundais, problèmes de génocide et d'exclusion et leurs solutions, signé le 28 août 2000, art. 8.

986 Voir la *Loi N°1/021 du 27 décembre 2004 portant missions, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation*, art. 2 et 4.

987 Chrétien et Dupaquier parlent de mémoire occultée, officiellement étouffée par le fait que chaque groupe ethnique dénonce les crimes commis par l'autre mais garde un silence complice sur ceux commis par les siens.
Voir Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 81;
René Lemarchand, *supra* note 122 à la p. 167;
Marc Ferro, *L'Histoire sous surveillance*, Paris, Calmann-Levy, 1985, à la p. 71.

988 *Ibid.*

d'en identifier les auteurs et d'établir les responsabilités individuelles. Pour vaincre cette divergence, nous nous proposons, dès ce chapitre préliminaire, de comprendre les événements survenus au Burundi en les plaçant, ne serait ce que brièvement, dans le cadre de l'histoire récente de ce pays.

2. Du protectorat allemand à la colonisation belge

Historiquement parlant, le Burundi est évoqué pour la première fois en Occident à la Conférence de Berlin en 1885 par des récits indirects des explorateurs européens[989]. Ce n'est qu'en 1894 cependant que le comte Von Goëtzen, un officier allemand, arrive dans ce pays et y trouve une monarchie de type féodal bien structurée[990]. De retour en Europe, la façon dont il décrit ce coin nourrit directement un projet de colonisation de la part des dirigeants allemands. Lors de la Conférence Internationale de Berlin (1884-1885)[991], l'Allemagne demande et obtient que le Burundi, le Rwanda et une grande partie de la Tanzanie actuelle passent effectivement sous son protectorat[992]. Depuis 1896, elle administre ces territoires par le biais des chefs locaux, système connu sous le nom d' « *indirect rule* »[993].

À la fin de la première guerre mondiale et considérant la défaite de l'Allemagne, la Société des Nations (SDN) décide, le 7 mai 1919, d'arracher sans tarder à l'Allemagne ses territoires Est africains au profit de la Belgique et de la Grande-Bretagne. Ainsi, la Tanzanie passe sous colonat britannique alors que la Belgique hérite du Burundi et du Rwanda. Elle les annexe à la RDC pour former la grande colonie belge d'Afrique centrale[994]. Le Burundi, tout

---

Certes, on peut tourner la page, mais comme le disent si bien les latino-américains, « il faut avoir lu la page avant de la tourner ».

989 Evariste Ngayimpenda, *Histoire du conflit politico-ethnique burundais: les premières marches du calvaire (1960-1973)*, Bujumbura, de la Renaissance, 2004.

990 *Ibid.*

991 Tenue du 15 novembre 1884 au 26 février 1885, sur l'initiative de Bismarck, elle départage l'Afrique entre les puissances colonisatrices, à savoir la France, l'Allemagne, le Portugal, l'Angleterre et la Belgique.

992 Warren Weinstein, *Historical Dictionary of Burundi*, Metuchen (NJ), Scarecrow Press, 1976, à la p. 67.

993 Voir Joseph Gahama, *Le Burundi sous administration belge*, Paris, Karthala, 1983, à la p. 19.

comme ses voisins le Rwanda et la RDC, est donc une ancienne colonie belge, de qui il a d'ailleurs hérité le système procédural romano-germanique avec prédominance du principe de l'opportunité des poursuites[995].

Lorsque les Européens sont arrivés au Burundi, le pouvoir politique était entre les mains des Baganwa – descendants directs du roi –depuis environ cinq siècles[996] pendant lesquels les trois groupes ethniques cohabitaient sur le territoire national sans conflits majeurs[997]. Chaque groupe est néanmoins resté conscient de son identité distincte sans que cela ne provoque de conflit sanglant à caractère ethnique.

Les *Baganwa* ne se qualifiaient pas de Tutsi ou de Hutu, encore moins de *Twa*, mais d'intègres Burundais[998]. Cette position de neutralité ethnique rendait la cour royale plus apte à diriger le pays, mais surtout à rendre impartialement justice pour tout conflit, voire même dans le cas d'un crime inter-tribal ou interethnique[999]. La justice était rendue partout au nom du roi par les chefs Baganwa, sous le contrôle des sages ou des Bashingantahe, soit des notables émanant de la population, sans discrimination spécifique entre Hutu et Tutsi. Il y avait même moyen de saisir le tribunal royal, faisant fonction d'instance d'appel ou au roi comme instance de dernier recours[1000].

---

994 Le 20 juillet 1922, la Ligue des Nations place officiellement sous mandat belge le Ruanda-Urundi.
Voir Jean Paul Harroy, *Burundi (1955 – 1962). Souvenirs d'un combattant d'une guerre perdue*, Bruxelles, Hayez, 1987, à la p. 67.

995 Murayi, *supra* note 740 à la p. 9.

996 Joseph Gahama, *supra* note 993 à la p. 35.
Augustin Nsanze, *supra* note 958 à la p. 2.

997 *Ibid.*

998 Une certaine doctrine assimile cependant les Baganwa aux Tutsi. Voir notamment Henri-Philippe Cart, « Étudiants et construction nationale au Burundi (1962–1969), (1973) 2 : 3 Les Cahiers du Cedaf, à la p. 46.

999 *Ibid.*

1000 Chrétien Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 52.

Aussitôt installés au Burundi, les Belges collaborent avec la maison royale et participent de la consolidation de son pouvoir[1001]. Pour asseoir leur propre pouvoir, les Belges procèdent cependant à une série de transformations de la vie politique et administrative du pays qui entraînent, par la suite, l'affaiblissement du pouvoir royal, le renforcement du pouvoir des fonctionnaires de l'administration belge et la destitution progressive des chefs Hutu[1002]. L'administration belge décide par exemple de regrouper les chefferies, évitant ainsi l'éparpillement des terres aux mains de trop nombreux chefs, au bénéfice des seuls chefs Tutsi[1003]. La doctrine rapporte qu'aux environs de 1933, ces réformes administratives belges ont permis d'éliminer tous les Hutu du pouvoir et de faire naître chez eux un sentiment de frustration[1004]. De plus, les Belges, et par après les régimes militaires burundais, favorisaient les Tutsi plus que les Hutu dans l'accès aux études secondaires et universitaires[1005]. Enfin, en 1934, la puissance coloniale impose la carte d'identité à mention ethnique, distinguant mieux encore les trois ethnies[1006]. À partir de cette date, une concentration de pouvoir politique aux mains des Tutsi se renforce et fait naître une intense frustration chez leurs compatriotes Hutu.

Dès 1952, l'élite Tutsi, beaucoup plus instruite et organisée politiquement, s'estimant plus apte à diriger le pays, commença à réclamer ouvertement le départ des Belges et

---

Hakim B. Hammouda, *supra* note 961 à la p. 59.

1001 Joseph Gahama, *supra* note 993 à la p. 21.

1002 *Ibid.*

1003 Le regroupement administratif des chefferies ramenèrent celles-ci de 131 en 1929 à 35 en 1945. Par cette réorganisation administrative du territoire, les chefs Hutu passèrent de 10% à 0% alors qu'au même moment, les chefs Tutsi progressaient de 21 à 26%, le reste revenant aux Baganwa (descendants mâles de sang royal).
Hakim B. Hammouda, *supra* note 961 à la p. 57.

1004 Dans une lettre pastorale publiée en mai 1988, le clergé de Bururi, attirait l'attention sur la nécessité de s'atteler à la résolution du conflit ethnique, à une véritable réconciliation nationale en éliminant les frustrations et les humiliations couramment observées depuis 1933. La lettre pastorale note qu'aucun régime n'y a prêté oreille. Elle est reproduite dans Augustin Nsanze, *supra* note 958.

1005 Hakim B. Hammouda, *supra* note 961 à la p. 57 rapporte par exemple qu'en 1932, seuls 9 étudiants Hutu, contre 44 Tutsi, incluant les Baganwa et 14 Congolais, ont été admis à l'école d'Astrida (Butare – Rwanda), la seule qui formait des fonctionnaires de l'administration coloniale au Rwanda, Burundi et RDC. En 1954, ils sont 3 Hutu du Rwanda et 16 du Burundi contre 63 Tutsi , incluant les Baganwa et 3 Congolais.

1006 Joseph Gahama, *supra* note 993 à la p. 42.

l'indépendance immédiate du Burundi[1007]. Les Hutu, eux, dénoncent ce qu'ils qualifient de « double colonisation » dont ils sont victimes: celle des Tutsis, puis celle des Belges. Ils réclament une participation significative aux décisions nationales et l'autonomie progressive du Burundi par rapport à la puissance coloniale[1008].

Les Belges ont mal accueilli les revendications indépendantistes dans leurs colonies tant en RDC, au Rwanda qu'au Burundi. Raison pour laquelle, ils ont cessé de s'allier avec les Tutsi au Rwanda, qui réclamaient une indépendance immédiate, pour s'appuyer cette fois-ci sur les Hutu afin de conserver le contrôle du pays[1009]. Au Burundi, ils ont estimé que le processus démocratique départagerait les voix en leur faveur[1010]. Ils se sont alors impliqués activement dans la création et la promotion de partis politiques qui, à l'instar du Parti Démocrate Chrétien (PDC) – pro Hutu, se déclaraient adversaires d'une indépendance trop rapide au détriment de ceux, comme l'Union pour le progrès national (UPRONA) – à dominance Tutsi, réclamaient l'indépendance immédiate[1011].

Le choix belge n'a cependant pas empêché le Prince Louis Rwagasore, chef de file de l'UPRONA, de remporter les élections législatives du 18 septembre 1961 et devenir ainsi Premier Ministre. Mais ses adversaires politiques, trois membres du PDC, refusent le verdict électoral et l'assassinent le 13 octobre 1961[1012]. Plus tard, les coupables seront arrêtés et pendus après un procès sommaire et le défunt remplacé, au poste de Premier ministre, par un Hutu de son propre parti politique, en la personne de Pierre Ngendandumwe[1013].

1007 *Ibid.*

1008 Augustin Nsanze, *supra* note 958 à la p. 42.

1009 Augustin Mariro, *Burundi 1965: La 1ere crise ethnique*, Paris, L'Harmattan, 2005, de la p. 30-57.

1010 *Ibid.*

1011 *Ibid.* à la p. 70-74.
Henri-Philippe Cart, *supra* note 998 de la p. 46 - 51.

1012 Chrétien et Dupaquier identifient les fils du grand chef Baranyanka, autocrates proches de l'administration belge, comme étant les conspirateurs véritables de cet assassinat.
Voir Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 19.

1013 Henri-Philippe Cart, *supra* note 998 à la p. 51.

3. Les cinq crises violentes majeures de l'histoire burundaise

En réponse à l'assassinat du prince Rwagasore, le climat politique se détériore. Mais, suite aux requêtes insistantes d'autonomie progressive et d'indépendance immédiate des uns et des autres, le Burundi accède à son indépendance le 1er juillet 1962. Il devient alors une monarchie constitutionnelle; le tout, cependant, dans un climat de conflit ethnique ouvert, accentué par plusieurs autres assassinats politiques.

1°. Le 15 janvier 1965, le Premier ministre désigné, alors Pierre Ngendandumwe, est également assassiné, par un réfugié Tutsi Rwandais. Rapidement, un certain nombre de réfugiés rwandais, la plupart des dirigeants de l'APLR, une armée de Tutsi Rwandais, proches de la Chine, qui avait ses quartiers généraux à Bujumbura, furent arrêtés. Les violences ethniques entre Hutu et Tutsi s'en suivent et font déjà plus de 3 000 victimes[1014].

Pour calmer la situation, le roi organise, le 10 mai 1965, de nouvelles élections législatives. À l'issue du scrutin, l'UPRONA remporte, une fois de plus, la victoire. Derrière cette victoire d'un parti se dissimule cependant une considération ethnique importante: les candidats Hutu du parti UPRONA et ceux du Parti du Peuple (PP) ont raflé 23 des 33 sièges à l'assemblée nationale[1015]. Les politiciens Tutsi et la Cour royale ont tout fait pour ignorer ce verdict électoral. En effet, conformément à la constitution de cette époque, le Premier Ministre devait provenir du parti vainqueur[1016]. Á ce titre, l'UPRONA présenta d'ailleurs deux candidats au poste de Premier Ministre, mais le roi les refusa et nomma son secrétaire privé, un Ganwa, en la personne de Léopold Bihumugani, à la tête du gouvernement en déclarant que « désormais, la couronne reprenait l'État en main »[1017].

1014 *Ibid.*

1015 L' UPRONA avait fait élire 13 députés Hutu et le PP, dix. Voir Cart, *Ibid.* à la p. 59.

1016 *Ibid.*

1017 *Ibid.* à la p. 64;
Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 22 ainsi que Hakim B. Hammouda, *supra* note 961 à la p. 115

Cette décision anticonstitutionnelle fâcha toute l'élite burundaise dans son ensemble, aussi bien Hutu que Tutsi. Elle donna d'ailleurs lieu au projet de renverser, sans tarder, la monarchie burundaise[1018].

Le 19 octobre 1965, un groupe de gendarmes et de militaires Hutu se rebelle contre la monarchie, tue environ douze officiers Tutsi et force le Premier ministre désigné et le roi à fuir le pays en lançant des attaques armées contre des installations gouvernementales[1019]. L'organisateur de ce coup de force raté s'appellerait Antoine Serukwavu, alors Secrétaire d'État à la gendarmerie[1020]. Aucun chiffre n'est proposé concernant le nombre de victimes de ce que la doctrine, avec qui nous sommes parfaitement d'accord, qualifie de « tentative de coup d'État Hutu »[1021]. La répression de ce putsch raté a fait, quant à elle, plusieurs milliers de réfugiés Hutu ainsi que l'exécution presque sans procès de plus de 4 000 Hutu dont 80 personnalités alors en vue dans l'administration publique, la gendarmerie et l'armée[1022]. En effet, « the state of emergency was declared and the government established military tribunals to replace all civil courts, including to prosecute civilians through summary trials »[1023].

Une année plus tard, depuis son exil européen, Mwambutsa IV abdique de son règne en faveur de son fils Charles Ndizeye[1024]. Celui-ci ne réussit cependant pas, non plus, à rallier les partis politiques et ainsi imposer son autorité à telle enseigne que quelques mois seulement après son intronisation, plus concrètement le 28 novembre 1966, les officiers militaires Tutsi le

---

1018 *Ibid.*

1019 Henri-Philippe Cart, *supra* note 998 à la p. 64.
Edward L. Nyankanzi, *Genocide. Rwanda and Burundi*, Rochester, Schenkman Books, 1998, à la p. 40.

1020 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 45.

1021 Filip Reyntjens, *supra* note 964 à la p. 23.

1022 Henri-Philippe Cart, *supra* note 998 à la p. 65.
Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 22.

1023 Arrêté royal N° 001/792 du 20 octobre 1965 instaurant le régime militaire et d'exception dans toutes les provinces du Royaume, (1965)12 B.O.B. 845.
Arrêté-loi N° 001/795 du 21 octobre 1965 modifiant l'Arrêté-Loi N° 001/791 du 20 octobre 1965 déterminant les règles applicables au régime militaire et d'exception, (1965) 12 B.O.B. 841.

1024 Proclamé roi du Burundi le 1er septembre 1966 sous le nom dynastique de Ntare V.
Voir Augustin Nsanze, *supra* note 958 à la p. 145.

déposent et abolissent la monarchie au profit d'une république. Ils nomment le Capitaine Michel Micombero, un militaire Tutsi de Bururi, province du sud du Burundi, alors Premier ministre, ministre de la défense nationale et de la fonction publique, comme président[1025].

Sous ce nouveau régime militaire, les partis politiques sont abolis, sauf l'UPRONA, parti unique de droit, qui devient, avec une armée « dominée par les ressortissants Tutsi du Bururi, l'instrument de la monopolisation du pouvoir entre les mains des Tutsi, et progressivement des seuls Tutsi de la souche clanique dite Hima de la province de Bururi, au sud du Burundi »[1026].

2⁰. Les historiens rapportent qu'avec le remaniement ministériel du 3 mars 1971, « un groupe Tutsi issu de la région du Bururi a pris la tête de la compétition sociale en s'assurant le monopole du pouvoir, au détriment des autres régions du pays » [1027]. Sa crainte, estime le professeur français, André Guichaoua, était de voir un jour les Hutu, vu leur supériorité numérique, émerger, par la force des choses, et leur disputer cette hégémonie[1028]. Profitant d'une attaque rebelle Hutu localisée dans le sud du pays, entre le 29 avril et le 3 mai 1972, ses animateurs entreprirent alors un « génocide sélectif »[1029], c'est-à-dire l'élimination ou l'éradication de l'élite Hutu et la traumatisation subséquente de la masse paysanne[1030].

Quatre ans plus tard, plus exactement le 1er novembre 1976, un coup d'État militaire, dirigé par le Colonel Jean-Baptiste Bagaza, un autre militaire Tutsi-Hima de la province de

---

1025 Henri-Philippe Cart, *supra* note 998 à la p. 72.
René Lemarchand, *supra* note 972 de la p. 58-75.

1026 *Ibid.*

1027 Dominique Darbon, « Les conflits de pouvoir au Burundi » dans Dominique Darbon et Philippe Hoiry, *Pouvoir et intégration politique: le cas du Burundi et du Malawi,* Bordeaux, Centre d'étude d'Afrique Noire, 1982, à la p. 80;
Chrétien et Dupaquier nomment quatre ministres - orchestre de ce « groupe bururien », qu'ils qualifient de régionalistes et de fascisants. Voir Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 55.

1028 André Guichaoua, *Destins paysans en Afrique centrale*, Paris, Karthala, 1995.

1029 Jeremy Greenland utilise le terme de « solution finale ».
Jeremy, Greenland, *A propos des droits de l'homme au Burundi*, (1976) 128 RFEPA, à la p. 70.

1030 Braeckman, *supra* note 165 à la p. 107 rapporte par exemple que depuis les massacres de 1972, les paysans Hutu hésitèrent d'envoyer leurs enfants à l'école de peur de les voir massacrer.

Bururi, commune Rutovu, évince le régime du colonel Michel Micombero. Il lui reproche, entre autres, le fait que son administration se trouve ankylosée par une corruption et un népotisme virulents et de n'avoir jamais eu le temps de s'occuper des problèmes de développement économique[1031].

3^{0}. Malheureusement, sous ce nouveau régime, le président a tellement concentré le pouvoir entre les mains des seuls ressortissants de la souche tutsi dite Hima de Bururi à telle enseigne que les analystes parlent de la consolidation de la « himacracy »[1032]. Qui plus est, les libertés fondamentales, notamment la liberté de culte, étaient tellement brimées afin de s'assurer un pouvoir absolu sur la société[1033], qu'un autre coup d'État militaire intervint pour rétablir la liberté et la sécurité publiques. Celui-ci propulsa, en 1987, le major Pierre Buyoya, un autre militaire Tutsi-Hima, natif de la même municipalité que son prédécesseur, à la tête de l'État. Il était orchestré par un Comité militaire de salut national (ci-après CMSN), soit un groupe de 31 officiers Tutsi[1034].

En 1988, un an seulement après la prise du pouvoir par le major Pierre Buyoya, « a Hutu uprising, during which hundreds of Tutsi were killed, their houses burned and destroyed, was violently suppressed by the army, in a manner which, according to Amnesty International, was aimed at repression rather than at merely restoring order »[1035]. Le nombre de victimes de cette tragédie s'estime entre 5 000 et 20 000 morts, sans compter le flot de réfugiés[1036].

1031 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 57;
Filip Reyntjens parlent des institutions sclérosées. Mais, il note « qu'il s'agit d'une véritable révolution de palais ». Voir Filip Reyntjens, « Burundi 1972 – 1988. Continuité et changement », (1989) Les cahiers du Centre d'étude et de documentation africaines, à la p. 13.

1032 Edward L. Nyankanzi, *supra* note 1019 à la p. 43.

1033 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 43 et Hammouda, *supra* note 961 à la p. 117.

1034 Filip Reyntjens, *supra* note 1031 à la p. 31.

1035 Amnesty International, *Burundi: Killings of Children by Government Troops,* London, 1988.

1036 René Lemarchand, *supra* note 972 de la p. 118-130.

4^0. Depuis les massacres de masse de 1972, la colère et la peur animent les réfugiés Hutu du Burundi, comme d'ailleurs les réfugiés Tutsi du Rwanda depuis 1959[1037]. Elles forgent leur pensée politique et leur identité en développant chez eux le sentiment que seul la force armée peut leur rendre la liberté et le droit au retour[1038]. Quant aux Tutsi du Burundi, ils ont vu dans le massacre des Tutsis Rwandais et dans leur perte de pouvoir une sorte d'avertissement. Ils ont développé la panique ou le traumatisme qu'un éventuel partage du pouvoir avec les Hutu au Burundi peut mener également à un massacre de Tutsis sur une grande échelle[1039]. Chaque groupe redoute en fait la violence de l'autre, voire même une possible extermination par l'autre, et ressent toujours de la colère face aux souffrances du passé. Il suffira d'attendre le moment opportun pour que ces frustrations s'apaisent ou explosent et occasionnent encore des crimes inouïs.

Ce moment opportun va provenir d'abord, en 1986, de l'imposition des politiques d'ajustement structurel par les institutions financières internationales de Bretton-Woods, en l'occurrence la Banque mondiale et le Fonds monétaire international[1040]. Ces institutions exigent dorénavant, avant d'octroyer des financements au développement, des réformes économiques, mais aussi politiques, avec une participation populaire plus grande à la gestion du pays[1041].

Le discours de François Mitterrand, alors président de la France, à la Baule en juin 1990 à la cérémonie d'ouverture du 16e Sommet des Chefs d'État de France et d'Afrique, sonne le glas

---

Voir aussi Chrétien, Guichoua et Le Jeune, Gabriel, « La crise d'août 1988 au Burundi », (1989) 6 Cahiers du C.R.A., de la p. 45-56.

1037 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 16.

1038 Lisa H. Malkki, *Purity and Exile: Violence, Memory, and National Cosmology Among Hutu Refugees in Tanzania*, Chicago, University of Chicago Press, 1995.

1039 Henri-Philippe Cart, *supra* note 998 à la p. 53.

1040 Hammouda, *supra* note 961 à la p. 167 – 172.

1041 *Ibid.*

en exigeant que l'Afrique adopte dorénavant « le système représentatif, élections libres, multipartisme, liberté de la presse, indépendance de la magistrature, refus de la censure »[1042].

Les réfugiés burundais profitent de ce *momentum* pour fustiger publiquement le mode de gouvernement installé au Burundi, désormais en décalage avec les aspirations universelles à plus de liberté. Ils requièrent des autorités en place la libéralisation de l'espace politique vers un système plus ouvert où le choix des dirigeants se ferait par le suffrage universel[1043]. Le chef de l'État burundais, alors le Major Pierre Buyoya, acquiesçant à cette demande, change alors la constitution nationale et fait adopter une loi cadre instaurant le multipartisme au Burundi. En conséquence, il y eut un retour en masse des réfugiés Hutu burundais et la création d'au moins quatre partis politiques, suivis des élections libres[1044].

Le 10 juillet 1993, Melchior Ndadaye devient officiellement le premier Président Hutu du Burundi suite à la victoire du Front des Démocrates du Burundi (FRODEBU)[1045], un parti à dominance Hutu[1046].

En tant que président, Ndadaye opéra rapidement d'importants changements dans l'administration locale, plaçant des membres de son parti aux postes clés de l'État. Il envisageait, non seulement, de séparer la gendarmerie de l'armée, mais aussi d'élargir la diversité ethnique et régionale au sein des forces armées[1047]. Ces anticipations ont poussé un groupe de militaires

---

1042 Allocution de M. François Mitterrand, Président de la République, sur la situation économique de l'Afrique, les possibilités d'aide des pays les plus riches et la position française en matière de coopération et d'aide financière, la Baule le 20 juin 1990. Disponible au *http://discours.vie-publique.fr/notices/907015400.html* Dernière visite: le 20 juin 2008.

1043 Olivier Delorme et Michel Gaud, « Chronologie Politique du Burundi », (1996) 179 Afrique Contemporaine, à la p. 64.

1044 La nouvelle Constitution et le code électoral sont promulgués respectivement en mars et octobre 1992.

1045 Le président sortant, Pierre Buyoya, qui se présente aux électeurs en qualité de candidat présidentiel pour l'UPRONA - largement Tutsi, a remporté 33 pour cent des suffrages aux élections présidentielles du 1er juin 1993, tandis que Melchior Ndadaye, candidat du FRODEBU, un parti largement Hutu, remporte 65 pour cent des voix. Au cours des élections législatives du 29 juin, le FRODEBU remporte 65 sièges sur 81.
Lemarchand, *supra* note 972 de la p. 178-187.

1046 Olivier Delorme et Michel Gaud, *supra* note 1043, de la p. 63-79.

Tutsi à s'emparer du pouvoir le 21 octobre 1993[1048] en exécutant le président élu ainsi qu'un certain nombre de ses collaborateurs[1049], dont le président de l'assemblée nationale, possible successeur désigné du président en vertu de la constitution[1050].

Alors que la nouvelle de l'assassinat du Président élu et de ses proches collaborateurs se répandait dans tout le Burundi, anticipant un assaut de l'armée, les Hutu bloquent les routes dans le Nord, le centre et l'Est du pays. Certains d'entre eux s'attaquent déjà aux civils Tutsi et aux « Hutu supporters of the UPRONA party, either as a spontaneous reaction or as the result of a systematic operation - sometimes qualified as genocide - organized and supported by local authorities (many of whom were Frodebu members)» [1051]. L'armée riposte par des attaques contre les civils Hutu, ne faisant aucune différence entre les individus impliqués dans les violences contre les Tutsis et ceux qui ne l'étaient pas. En l'espace de trois mois seulement, entre 30.000 et 50.000 personnes sont tuées; le nombre de victimes étant plus ou moins égal dans chaque groupe ethnique[1052].

5^{0}. Début 1994, quelques responsables du FRODEBU organisent un mouvement armé, en l'occurrence le Conseil National pour la Défense de la Démocratie (CNDD) et son bras armé, les Forces pour la Défense de la Démocratie (FDD). Ils combattent immédiatement les forces armées burundaises afin de rétablir un gouvernement démocratique[1053]. D'autres groupes

---

1047 Edward L. Nyankanzi, *supra* note 1019 à la p. 43-44 ;
André, Guichaoua, *supra* note 966 de la p. 736-737.

1048 Filip, Reyntjens, « Burundi: Prospects for Peace », Minority Rights Group, London, 2000, à la p. 14.

1049 Sont assassinés, entre autres, le Président de la République, le Président et le Vice Président de l'Assemblée nationale, le ministre de l'intérieur et l'administrateur général de la documentation nationale et des migrations (services de renseignement).

1050 Le Président de l'Assemblée Nationale est le successeur automatiquement désigné par la Constitution, conformément à l'art. 85 de la Constitution de la République du Burundi, annexe 2.

1051 United Nations, Security Council, Letter dated 25 July 1996 from the Secretary-General addressed to the President of the Security Council;
Voir aussi le Rapport S/1996/682, 22 août 1996, para. 483.

1052 Human Rights Watch World Report 1993, New York, Human Rights Watch, 1994, à la p. 13.

rebelles Hutu plus petits, dont le parti pour la libération du peuple Hutu (PALIPEHUTU) et le Front pour la Libération Nationale (FROLINA) rejoignent les FDD dans la guérilla contre l'armée burundaise[1054]. En fin de compte, le Burundi s'embarque dans une guerre civile qui va durer une douzaine d'années durant lesquelles des crimes de guerre et contre l'humanité furent commis en toute impunité. Durant cette période, comme Hitler mettait en avant la thèse de la suprématie ethnique pour exterminer les Juifs, les extrémistes, Hutu comme Tutsi, burundais développent une conception criminogène[1055] des notions « d'ethnie et de pouvoir ». Selon cette conception, leur groupe est le seul apte à diriger le Burundi; les autres étant corvéables à merci[1056].

Dès juin 1998, sous la pression de la communauté internationale, les forces en présence - le gouvernement alors en place, les groupes armés et les partis politiques - négocient les Accords de paix dans la ville tanzanienne d'Arusha sous la médiation respective de l'ancien président tanzanien Julius Nyerere et, après son décès, de l'ancien président sud africain, Nelson Mandela. En les signant, les bélligerants mettent un terme à la guerre civile[1057]. Lesdits Accords de paix prévoient, entre autres, la mise en branle d'une justice transitionnelle chargée de l'enquête, suivie

---

1053 « L'objectif premier du CNDD est de défendre ce qui a été acquis aux élections de juin 1993 en restaurant les droits inaliénables des gens, notamment le droit d'être gouvernés par les dirigeants de leur choix avec un programme qui correspond à leurs intérêts ».
Voir Léonce Ndarubagiye, *Burundi: The Origins of the Hutu-Tutsi Conflict*, Nairobi, 1995, à la p. 81.

1054 Gaëtan Sebudandi et Pierre-Olivier Richard, *Le drame burundais: Hantise du pouvoir ou tentation suicidaire*, Paris, Karthala, 1996.

1055 Pour en savoir plus sur cette notion, voir Christian Debuyst, « Les conceptions criminologiques de la culpabilité » (1976) 24:1-2 Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse 51-172.

1056 Elle est criminogène dans le sens où elle dénie à certains Burundais le droit à la vie et le droit à l'égalité dans la participation à la gouverne de leur propre pays.
La *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée le 10 décembre 1948, par l'Assemblée générale à Paris au Palais de Chaillot dans sa Résolution 217 A (III), art. 21 proclame que « toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ». Nul ne peut être privé de ce droit que par la loi.
René Lemarchand , *supra* note 965 à la p. 93;
Colette Braeckman, *supra* note 165.

1057 Les textes complets de ces Accords sont disponibles au website de l'USIP au lien qui suit: http://www.usip.org/library/pa/burundi/pa_burundi_08282000_toc.html Dernière visite: Le 23 avril 2008.

de la qualification des massacres de civils Burundais et le jugement des crimes graves commis au Burundi depuis son accession à l'indépendance[1058].

Il ressort de ce rappel historique que le Burundi, tout comme son voisin du nord, le Rwanda, « fait partie de ces pays dont l'histoire est marquée par la répétition de violences exacerbées par la mobilisation politique des appartenances ethniques »[1059]. La succession de régimes politiques instables à déficit de gouvernance tant politique qu'économique (non-respect des droits humains et des libertés fondamentales et carence généralisée de la paix sociale à travers une politique de discrimination, exclusion, intolérance, massacres; mauvaise gestion des affaires publiques avec corruption, clientélisme), caractérise ce pays depuis son accession à l'indépendance, soit le 1er juillet 1962, jusqu'aujourd'hui. D'après les différents rapports des commissions *ad hoc* d'experts mises en place par l'ONU, c'est cette mauvaise gouvernance qui a conduit le Burundi, en tout, à connaître six crises violentes marquées par de graves crimes internationaux et massacre à grande échelle, soit en 1965, 1972, 1988, 1991, 1993 et 1994 à 2006[1060]. Aucun de ces crimes et massacres à grande échelle n'a fait cependant l'objet d'enquête et de poursuites judiciaires proprement dites. Mais, les négociations entre le gouvernement burundais et l'ONU[1061] sont en cours pour que les crimes de guerre et contre l'humanité, qui auraient été commis durant ces massacres, fassent l'objet d'enquête et de poursuite *via* des mécanismes de justice transitionnelle[1062].

1058 Arusha Peace and Reconciliation Agreement for Burundi, 28 August 2000, article 6: Principles and measures relating to genocide, war crimes and other crimes against humanity.

1059 Benoît Guillou, « Crimes de masse et responsabilité individuelle », Champ pénal, Responsabilité/Irresponsabilité Pénale mis en ligne: *http://champpenal.revues.org/document372.html* Dernière visite, le 2 juillet 2008.

1060 Voir notamment le rapport Whitaker de 1985, le rapport des ONG de 1994, le rapport de 1994-95 des Ambassadeurs Siméon Aké et Martin Houslid dans Guichaoua, *supra* note 966 ainsi que le le Rapport S/1996/682 de la Commission internationale d'enquête, *supra* note 979.

1061 Accord Cadre du 2 novembre 2007 entre le Gouvernement de la République du Burundi et l'Organisation des Nations Unies portant création et définition du mandat du Comité de pilotage tripartite en charge des Consultations nationales sur la justice de transition au Burundi.

1062 Voir le Rapport Kalomoh, UN Doc. S/2005/158, 11 March 2005, produit par la Commission internationale d'enquête répondant à la demande du Conseil de Sécurité, UN Doc. S/2004/72 en date du 26 Janvier 2004 « to consider to advisability and feasibility of establishing an international judicial commission of inquiry, as provided for in the Arusha Peace and Reconciliation Agreement of August 2000 ».

Les enquêtes et poursuites envisagées s'inscrivent dans la perspective des engagements du Burundi de ne pas laisser impunis les crimes qui portent atteinte à la paix et la sécurité de l'humanité. Cet engagement est cependant récent pour le Burundi au point qu'il faut déterminer si le Burundi était, en 1972, en 1988 et en 1993, dans l'obligation juridique internationale de réprimer les crimes de guerre et contre l'humanité qui se sont déroulés sur son territoire et si son manquement peut engager sa responsabilité internationale.

Ces précisions préliminaires étant faites, penchons nous maintenant sur les massacres de civils commis au Burundi en 1972, en 1988 et en 1993 pour les qualifier juridiquement avant de discuter des obstacles formels qui peuvent handicaper, voir même contrecarrer totalement, leur répression étatique.

CHAPITRE I. IDENTIFICATION ET QUALIFICATION DES MASSACRES COMMIS AU BURUNDI

Dans ce premier chapitre de cette partie de notre étude, nous décrirons d'abord les faits comme tels survenus au Burundi en 1972 et procéderons ensuite à leur qualification juridique (Section 1). Par la suite, nous fairons le même exercice pour ceux de 1988 (Section 2) et de 1993 (Section 3). Ces deux éclairages – factuel et juridique- nous permettront de mieux cerner le régime juridique applicable à chacun d'eux, ainsi que les obstacles formels qu'il porte et qui pourraient handicaper, le cas échéant, leur répression au niveau national et plus particulièrement par les tribunaux burundais.

Section 1. Les massacres commis en 1972

En rétablissant les faits, nous trouvons que du 29 avril à fin juillet 1972, l'armée du Burundi a massacré plus de 200 000 Hutu à la suite d'une rébellion Hutu qui fit plus de 800 victimes chez les civils Tutsi de la province de Bururi (& 1). Juridiquement parlant, ces deux massacres ont tous les éléments requis pour se qualifier de crime de guerre au sens large, de crime contre l'humanité et de génocide (& 2).

&1. Rétablissement des faits

En 1972, les rebelles Hutu burundais ont délibérément massacré plus de 800 civils Tutsi dans la région de Bururi (A). En représailles, l'armée et ses alliés ont massacré plus de 200 000 civils Hutu durant et après leurs hostilités contre ces rebelles (B).

A. Les massacres de civils Tutsi par les rebelles Hutu

L'avènement de la 1ère République, en novembre 1966, coïncide avec l'arrivée au pouvoir de Tutsi sudistes connus sous l'appellation du « groupe de Bururi car l'ensemble de ses dirigeants venaient de quelques communes du sud »[1063], de la frustration des Hutu qui ont raté le putsch de l'année précédente ainsi que celle des Baganwa et des Tutsi du nord (Banyaruguru) qui ont vu leur roi exilé et son successeur assassiné. Pour s'imposer, le nouveau régime, au lieu de tenter l'apaisement, se laisse dominer, au fil du temps, par les tenants d'un pouvoir Tutsi fort[1064]. Cette option extrémiste s'attire la résistance des Hutu, à telle enseigne que, le samedi 29 avril 1972, dans le sud du Burundi (les régions de Minago, Vyanda, Nyanza-Lac et de Rumonge), des rebelles Hutu attaquent et tuent plusieurs centaines de civils Tutsi[1065]. Ils proclament immédiatement, à Vyanda, une « République de Matyazo en dressant un drapeau vert barré de rouge »[1066]. Il s'agit d'une rébellion ouverte de Hutu contre le régime militaire en place au Burundi[1067].

1063 Hammouda, *supra* note 961 à la p. 116.

1064 *Ibid.*

1065 Selon les estimations bien documentées, le nombre de victimes varie entre 800 et 2000, mais certains avancent, sans preuve, le chiffre de 5 000 victimes.
Voir notamment Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 140;
Augustin, Nsanze, *Burundi: Le passé au présent. La République contre le peuple, 1966-1993*, Nairobi, 1998, à la p. 121 et 157;
Boniface Kiraranganya, *La vérité sur le Burundi,* Sherbroock, Naaman, 1977, à la p. 79;
Le Professeur Nyankanzi précise que « forty Tutsi government officials were murdered. Two thousand Tutsi were killed». Voir Edward L. Nyankanzi, *supra* note 1019 à la p. 41 (note de bas de page no 35).

1066 *Ibid.*

1067 Augustin Nsanze, *Ibid.* à la p. 157.

En guise de moyens de combat, les rebelles étaient principalement armés de machettes, très peu parmi eux avaient des armes à feu. Il est d'ailleurs possibles que les quelques dizaines de mercenaires congolais, payés pour combattre uniquement pendant quatre jours, soient les seuls qui savaient utiliser des fusils. Lorsqu'ils se sont retirés du théâtre des opérations, on n'a pratiquement plus entendu de bruit d'un fusil[1068].

La doctrine nous apprend de l'identité des leaders politiques de cette rébellion[1069]. Mais, elle ne nous indique pratiquement rien de leur organisation militaire ou d'une quelconque participation étrangère à son intervention armée. Concernant le nombre des insurgés, « des colonnes de 100 à 600 hommes » auraient participé à l'attaque[1070]. Le Professeur Nyankanzi parle de « band of ten thousand Hutu hoodlums »[1071]. Nous ne savons pratiquement rien sur le commandement militaire de cette rébellion. À notre connaissance, aucun auteur ne s'est encore penché sur ce volet de la crise de 1972.

D'un point de vue de la méthode d'extermination des victimes, toutes les sources sont unanimes pour dire que les rebelles ont bel et bien « éventré et coupé en morceaux des femmes enceintes, torturé avant de tuer leurs victimes et qu'ils s'attaquaient systématiquement aux Tutsi »[1072]. Elle souligne également que l'attaque rebelle a été très meurtrière à Bururi, province du sud du Burundi, où toutes les autorités civiles et militaires, tous Tutsi d'origine, sont massacrées[1073]. Mais en fait, la rébellion n'a pas réussi à étendre son insurrection et sa violence en dehors de cette province. Elle est d'ailleurs complètement anéantie aux environs du 8 mai 1972[1074].

1068 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 de la p. 87- 97.

1069 Le cerveau serait un groupe de quatre étudiants de l'Université officielle de Bujumbura, Albert Butoyi, D. Ndabiruye, Celius Mpasha et Ezechias Biyolero, tous membres du Parti du peuple burundais (PPB).
Voir notamment Boniface F. Kiraranganya, *supra* note 1065 de la p. 77-78.

1070 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 88.

1071 Edward L. Nyankanzi, *supra* note 1019 à la p. 41.

1072 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 91.

1073 *Ibid.* à la p. 78.

1074 *Ibid.* à la p. 177.

B. Les massacres de civils Hutu par les forces gouvernementales

Le lendemain de l'attaque rebelle, le régime militaire du Colonel Micombero, qui remplace la monarchie depuis 1966, ordonne alors des arrestations préventives au sein de la communauté Hutu. Il arrête également et exécute directement Charles Ndizeye (nom royal Ntare), le jeune monarque déchu, prévenant ainsi l'éventualité d'un ralliement Hutu autour de lui[1075]. Il mobilise directement l'armée, la police, les services de renseignements, la gendarmerie et les organes du parti unique – l'UPRONA, principalement les Jeunesses révolutionnaires Rwagasore (JRR), tous immédiatement épurés de leurs éléments Hutu[1076]. Il leur enjoint de rafler les Hutu d'un certain statut social à travers tout le pays[1077]. Les commerçants et intellectuels Hutu capturés sont directement détenus dans des conditions inhumaines puis systématiquement exécutés souvent le jour même de leur arrestation[1078].

La répression est particulièrement sanglante à Bururi où presque un millier de Tutsi ont été tué par les rebelles. Environ 20 000 Hutu y sont froidement massacrés par l'armée. La doctrine utilise les termes de nettoyage ethnique, d'épuration ethnique ou d'extermination pour décrire ce qui s'est passé dans la province de Bururi après sa reconquête par les forces gouvernementales[1079]. La radio nationale appelle d'ailleurs « toutes les autres provinces à suivre cet exemple et encadrer les militants du parti pour mener une action de nettoyage ethnique [...] pour anéantir à jamais ces ennemis » [1080]. Effectivement, par la suite, cette « consigne d'éradication des élites Hutu est ainsi appliquée avec beaucoup de détermination et d'efficacité dans tout le Burundi »[1081].

1075 Pour plus de détails sur cette exécution, lire Albert Shibura, *Témoignages*, Bujumbura , Typescript, 1993

1076 Filip Reyntjens, *supra* note 1031 à la p. 6.

1077 Voir Le Soir, journal francophone belge, 16 septembre 1967 cité par Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 152 et 172.

1078 *Ibid.* à la p. 176.

1079 *Ibid.*

1080 I*bid.* à la p. 177 [Chrétien et Dupaquier citent l'éditorial de *Flash Infor* du 4 mai 1972 et du 6 mai 1972].

1081 *Ibid.* à la p. 186.

À Bujumbura, pourtant loin du foyer de la rébellion, entre 5 000 et 10 000 Hutu sont sommairement exécutés, y compris tous les membres du gouvernement et les fonctionnaires des services publics d'origine Hutu: « tout élément Hutu un tant soit peu intellectuel est arrêté, battu, torturé, voire abattu sur place sans jugement [...]. Même les employés subalternes sont atteints par la répression: plantons, domestiques, ainsi que certains employés Hutu de diverses sociétés privées »[1082].

Selon « Le Soir », un quotidien francophone belge, « des Hutu sont exécutés sur simple dénonciation, certains ont été fusillés en public par les forces de l'ordre [...]. Les gens arrêtés sont empilés dans des camions, couchés sur le ventre; les soldats se tiennent debout sur eux, le doigt sur la détente; plusieurs camions de cadavres venant du camp militaire ont été aperçus [...]. Cette répression prend de plus en plus l'allure d'un véritable génocide de l'élite Hutu »[1083].

À l'exception de ceux qui prirent la fuite vers le Rwanda, la Tanzanie ou la RDC[1084], pratiquement toutes les élites Hutu furent annihilées, y compris les étudiants de l'université de Bujumbura et les adolescents des écoles secondaires:

> entre le 29 avril 1972 et le 2 juillet 1972, à l'université de Bujumbura, deux tiers des étudiants a disparu, c'est-à-dire environ 250 sur 350. Une soixantaine est tuée soit après arrestations, soit dans les environs du campus par d'autres étudiants. À l'école normale de Ngagara, on compte environ 40 % de disparus sur 314 élèves; à l'école normale supérieure de Bujumbura, « 55 élèves sur 135 ont disparu; à l'école technique de Kamenge-Bujumbura, 170 élèves ont disparu sur un total de 415, une soixantaine de tués soit après arrestations, soit appréhendés après fuite. À l'Athénée de Bujumbura, 40 % ont disparu sur environ 700 élèves [...] ; quelques élèves ont été tués à l'hôpital par des militaires après avoir reçu des soins médicaux suite à une bagarre; à l'Athénée de Gitega, 148 élèves partis sur 380; une bonne quarantaine est tuée, plusieurs lors de la répression dans la prison de Gitega; d'autres se sont enfuis[1085]. À l'Institut technique de Gitega, 40 élèves

---

1082 Journal Le Soir, Journal francophone belge, publication du 27 mai 1972, à la p. 2

1083 *Ibid.*

1084 Environ 200,000 Burundais se sont enfuis vers l'étranger en 1972.
Voir en détail Marc Manirakiza, *Burundi: de la révolution au régionalisme 1966-1976*, Bruxelles, Le Mat de Misaine, 1992.
Minority Rights Group, *Génocide Sélectif au Burundi*, London, 1974.

1085 *Ibid.*

sur 79 ont disparu alors qu'à l'École normale de Kiremba, au moins 100 exécutions sur 355 élèves, et trois ou quatre professeurs[1086].

La doctrine estime « qu'un élève sur 5 ou 6 a été exécuté dans le cycle supérieur des écoles secondaires et dans l'enseignement supérieur, garçons et filles ensemble, mais en prenant seulement les garçons, la proportion est nettement plus élevée »[1087]. À cette comptabilité macabre s'ajoute l'exécution de 18 abbés Hutu ainsi que l'épuration totale d'éléments Hutu dans l'armée: environ 750 soldats et 290 gendarmes passés par les armes, sans procès, dès le début de la rébellion, ainsi que tous les éléments Hutu ayant atteint le rang d'officier[1088].

En tout, la doctrine estime qu'entre 100 000 et 300 000 Hutu burundais furent massacrés par l'armée, la police, les services de renseignements du Burundi et la milice JRR entre mai et juillet 1972[1089].

D'un point de vue méthode d'extermination, « les officiers seront pris et torturés en vue de leur faire signer des aveux drôles, ridicules. Après quoi ils furent massacrés et jetés dans les fosses communes »[1090]. Quant aux victimes civiles, dans l'ensemble, elles étaient enterrées dans des fosses communes ou jetées, parfois vivantes, dans des rivières[1091]. En plus des massacres, l'armée et ses alliés Tutsi auraient brûlé les maisons des environs de leurs différents postes

---

1086 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 101.

1087 *Ibid.*

1088 *Ibid.* à la p. 180.

1089 Boniface F. Kiraranganya, *supra* note 1065 à la p. 79;
Augustin Nsanze, *supra* note 1065 à la p. 157;
United Nations, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide*, Prepared by Mr. Benjamin Whitaker, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 July 1985.

1090 US. Embassy cables, no 1028, 25 juillet 1972 reproduit dans la collection de documents sur le Burundi sous le titre de Lemarchand papers, American Embassy Cables, Box 11, bibliothèque de l'université de Floride. En ligne: www.uflib. ufl.edu/cm/africana/fulltext.htm Dernière visite: le 14 juin 2008;
Voir également Sylvestre Ntibantuganya, *Une démocratie pour tous les Burundais: de l'Autonomie à Ndadaye, 1956-1993*, vol. I, Paris, L'Harmattan, 1999, à la p. 112;
Boniface F. Kiraranganya, *supra* note 1065 à la p. 79.

1091 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 966 à la p. 141.

d'opération en les incendiant également de façon sélective. Le but de cette destruction consistait à semer la terreur pour empêcher aux survivants Hutu d'envisager toute possibilité de retourner chez eux. La destruction de leurs biens constituait un signal très clair leur indiquant qu'ils n'auraient plus la possibilité de vivre paisiblement au Burundi[1092].

Ces événements que nous venons de résumer ont fait l'objet de publication et de critique de la part des consulats étrangers et des historiens les plus qualifiés[1093]. Nous pouvons donc conclure, sans risque de nous tromper, qu'ils sont bien connus dans le monde entier, même si, en dépit de cela, ils n'ont jamais donné lieu à une quelconque qualification juridique définitive et mesure répressive pour des raisons que nous expliquerons plus tard. Pour ce motif, nous allons contribuer à la qualification juridique de ces violations systématiques et massives de droits humains en commençant par ressortir le point de vue de la doctrine la plus crédible ainsi que celui du gouvernement burundais et des observateurs étrangers.

&2. Contribution à la qualification juridique des massacres de 1972

À des fins de poursuite judiciaire, la qualification juridique des massacres se fait en deux étapes. D'abord, nous chercherons à savoir si juridiquement parlant, le Burundi était engagé dans un conflit armé, de caractère interne ou international, entre avril et juillet 1972 (A). Ensuite, nous déterminerons si, oui ou non, les faits allégués, de la part des rebelles ou des forces gouvernementales, constituent effectivement des crimes de guerre ou contre l'humanité conformément au droit international (B).

A. La situation au Burundi entre avril et juillet 1972

Les massacres de civils Hutu burundais en 1972 par des éléments de l'armée et leurs alliés, notamment la police, les services de renseignement et les JRR, faisaient suite à une

---

1092 *Ibid.*

1093 Voir notamment René Lemarchand, *supra* note 122 à la 167 et ss.
Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 et Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122.

rébellion Hutu qui avait fait environ un millier de victimes chez les Tutsi[1094]. Par ce phénomène, certains retiennent que le Burundi faisait face à un conflit armé[1095]. Mais est-ce vraiment le cas? Si oui, de quelle nature de conflit s'agit-il: interne ou international? Voilà deux questions juridiques qui méritent une réponse satisfaisante afin de nous permettre de déterminer, par la suite, le droit applicable à ces massacres ainsi que ses exigences procédurales.

Alors que les crimes contre l'humanité, incluant le génocide, qu'ils soient commis en temps de paix comme en temps de guerre, engagent, depuis les jugements de Nuremberg, la responsabilité pénale individuelle de leurs auteurs[1096], les crimes de guerre ne peuvent être commis que dans le cadre d'un conflit armé. Il importe peu cependant que celui-ci soit de nature internationale ou purement interne[1097]. Toutefois, «il doit exister un lien de connexité entre l'infraction et le conflit armé. Autrement dit, l'infraction doit être étroitement liée aux hostilités ou perpétrée dans le contexte du conflit armé»[1098], sans qu'il soit nécessaire que des hostilités armées aient eu lieu dans l'endroit exact du crime « ou que les combats se soient déroulés pendant la période précise où les actes criminels allégués ont été perpétrés»[1099]. Si ces conditions sont remplies, quiconque, membre des forces gouvernementales, rebelles ou simple individu non affilé à ces entités, viole les CG de 1949 en porte la responsabilité pénale[1100].

1094 René Lemarchand, *supra* note 122 de la p. 167 et ss.

1095 *Ibid.*

1096 *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, art. 1.
Le Procureur c. Dusko Tadic, *supra* note 136, arrêt du 2 octobre 1995, para. 141.

1097 Jean Marie Henckaerts, « Customary International Humanitarian Law: a Rejoinder to Judge Aldrich », (2006) 76 British YIHL 525;
Claude Emmanuelli, « L'étude du CICR sur le droit humanitaire coutumier: la coutume en question » (2006) 110:2 RGDI 435 ;
Statut de Rome, art. 8 (2).

1098 Voir *Le Procureur c. Musema*, *supra* note 155, para. 259-262.

1099 *Le Procureur c. Bagilishema, supra* note 151, para. 105.

1100 Dans *Le Procureur c.Dusko Tadic*, *supra* note 136, 2 October 1995, para. 134, la chambre d'appel du TPIY déclare que « le droit international coutumier impose une responsabilité pénale pour les violations graves de l'article 3 commun, complété par d'autres principes et règles générales sur la protection des victimes des conflits armés internes, et pour les atteintes à certains principes et règles fondamentales relatives aux moyens et méthodes de combat dans les conflits civils ».
Voir également Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Cela étant, le droit international conventionnel ne définit pas la notion de «conflit armé ». Mais, il est généralement admis qu'il implique une situation dans laquelle «il y a recours à la force armée entre États ou un conflit prolongé entre les forces armées gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État »[1101]. La distinction entre conflit armé international et conflit armé interne repose donc sur un critère purement géographique: si le conflit est confiné à l'intérieur du territoire d'un État et qu'il y a utilisation d'armes sans intervention d'une armée étrangère, il s'agit alors d'un conflit armé interne[1102], dans la mesure où les critères du contrôle effectif du territoire sont remplis[1103].

On peut donc conclure de ce qui précède qu'un conflit armé survenant sur le territoire d'un État entre ses forces armées et les forces armées dissidentes, ou tout autre groupe armé organisé, devrait être considéré comme un conflit armé à caractère non international[1104]. Au demeurant, « un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie »[1105]. Il y a donc une situation d'occupation ou de contrôle effectif quand une partie au conflit exerce une certaine autorité, ou un certain contrôle, sur un territoire étranger ou lorsqu'une partie au conflit peut exercer sur un territoire ennemi l'autorité suffisante lui permettant de s'acquitter de toutes les obligations qui découlent du droit de l'occupation[1106].

Il découle de ce qui précède que l'expression conflit armé évoque en soi l'existence d'hostilités entre des forces armées plus ou moins organisées. En conséquence, « pour se

---

1101 *Le Procureur c. Dusko Tadic supra* note 136, arrêt du 2 octobre 1995, para. 70 et 98;
Uhler Coursier, *Commentaire de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, Genève, 1956, à la p. 420.

1102 L'article 42 du Règlement de La Haye de 1907 dispose qu'un « territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. Il y a donc une situation d'occupation quand une partie au conflit exerce une certaine autorité, ou un certain contrôle, sur un territoire étranger ou lorsqu'une partie au conflit peut exercer sur un territoire ennemi l'autorité suffisante lui permettant de s'acquitter de toutes les obligations qui découlent du droit de l'occupation.

1103 Éric, David, *supra* note 49.

1104 *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana, supra* note 155, para. 170.

1105 *Ibid.*

1106 Voir le Règlement de La Haye de 1907, art. 42.

prononcer sur l'existence d'un conflit armé interne, [...] il faudra dès lors apprécier à la fois l'intensité du conflit et l'organisation des parties au conflit»[1107]. En effet, « les simples actes de banditisme, les situations de tensions internes et de troubles intérieurs, ainsi que les insurrections inorganisées et sans lendemain en sont à exclure»[1108].

Nous rappelons qu'il y a troubles intérieurs lorsque l'État utilise la force armée pour maintenir l'ordre, tandis que la tension interne consiste en l'emploi de la force comme une mesure préventive, afin de maintenir le respect de la loi et de l'ordre[1109].

En l'espèce, le 29 avril 1972, les forces rebelles ont lancé une attaque armée – les machettes, les lances, les arcs et flèches ainsi que quelques fusils étaient utilisés - directement contre les civils Tutsi de Bururi, mais aussi implicitement contre les forces de l'ordre burundais.

Nous avons déjà noté que le cerveau de cette rébellion était constitué de quatre étudiants, bien connus, de l'Université officielle de Bujumbura et de tous membres du PPB. Ils ont même recruté des mercenaires, les anciens combattants mulélistes de la RDC, en plus de confectionner un drapeau servant de leur emblème et repère[1110]. Bien que nous n'ayons pas de données sur leur commandement militaire, nous pouvons conclure qu'ils étaient très bien organisés.

Durant les deux premiers jours de l'attaque, les autorités locales et six gendarmes qui assuraient leur sécurité sont éliminées. Les rebelles règnent en maîtres absolus sur le Bururi[1111]. Ils ont donc pris le contrôle effectif du Bururi entre le samedi 29 avril et le vendredi 5 mai 1972. Toutefois, dès le matin du 30 avril 1972, le Burundi en entier est placé sous un régime militaire d'exception[1112] et une confrontation armée entre l'armée burundaise et la rebellion est

---

1107 *Le Procureur c. Akayesu, supra* note 164, para. 620.

1108 *Le Procureur c. Rutaganda, supra* note 179, para. 92.

1109 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 291.

1110 République du Burundi, Ministère de l'Information, *Livre blanc sur les événements survenus aux mois d'avril et mai 1972*, Bujumbura, 1972, de la p. 34-36.

1111 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 966 à la p. 291.

officiellement enclenchée. Dans leur contre-attaque, les forces armées gouvernementales sont équipées d'un arsenal militaire moderne (fusils de toute sorte, hélicoptères de combat, etc...). Le parti insurgé est anéanti endéans cinq jours de combat localisé dans la seule province de Bururi: « cette rébellion n'a duré pratiquement que 4 à 5 jours. Les rebelles sont restés huit jours seulement dans la région de Vugizo-Gishiha. Le 7 mai, tous les assaillants étaient tués ou en fuite »[1113].

Dans ces circonstances, nous pouvons conclure qu'il y a eu effectivement recours à la force armée entre un groupe armé bien organisé et les forces gouvernementales en 1972 dans le sud du Burundi. Ce conflit armé n'a duré qu'une semaine de temps. On peut donc, sans risque de se tromper, dire qu'il est de courte durée. Mais, vu l'importance des victimes aussi bien que le nombre faramineux de rebelles, il y a lieu de dire que les hostilités étaient acharnées et donc intenses. Nous pouvons aussi dire que les rebelles ont reçu leur entraînement militaire à l'étranger, probablement en Tanzanie ou en RDC, mais aucun élément crédible ne permet de conclure qu'il y a eu une intervention militaire étrangère. L'hypothèse d'un conflit armé international est cependant accréditée par les autorités burundaises, pour qui, les Tutsi « ont été menacés de génocide par les rebelles soutenus par des forces étrangères impérialistes »[1114]. Par ailleurs, au cours de ce conflit, la rébellion n'a pas réussi à se faire reconnaître explicitement ou implicitement, par le gouvernement burundais ou par une quelconque puissance étrangère, comme une partie au conflit.

Malgré l'échec initial de l'insurrection et sa localisation restreinte dans une seule province, nous ne pouvons pas qualifier la situation au Burundi en 1972 de trouble intérieur ou de tension interne, parce que l'État n'utilise pas la force armée pour seulement maintenir l'ordre, ni encore moins comme une mesure préventive, afin de garantir le respect de la loi et de l'ordre[1115]. L'État utilise la force armée pour mâter une véritable rébellion, bien organisée et qui contrôle depuis quelques jours la province de Bururi avec risque de s'étendre à l'ensemble du territoire national. Dans ces conditions, la non-participation de forces étrangères aux combats

---

1112 *Ibid.*

1113 *Ibid.* à la p. 106.

1114 *Ibid.* à la p. 312.

1115 Eric David, *supra* note 49.

nous conduisent à qualifier la situation au Burundi en 1972 de conflit armé interne de courte durée ou, pour utiliser le terme consacré, non prolongé.

La conséquence juridique de cette conclusion, qui met en évidence la courte durée des hostilités, peut-être fatale quant à la qualification et la répression interne ou internationale des crimes commis durant ce conflit. En effet, le lien de connexité exigée entre un crime de guerre et un conflit armé risque de ne pas être établi à cause de la courte durée des hostilités[1116]. Certains pourraient dire que sans conflit prolongé, il n'était pas possible de respecter la norme internationale telle qu'elle ressort de l'art. 3 commun aux CG de 1949[1117]. Dans notre opinion, le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture du conflit armé[1118]. Le critère de durée requise pour l'application du droit international des conflits armés ne pourrait donc bénéficier en aucun cas à ceux qui s'attaquent, dès le début de leur attaque armée, aux civils ou ceux qui, d'entrée de combat, viole les CG de 1949 et autres lois et coutumes de la guerre.

Ayant conclu que la courte durée des hostilités, environ huit jours, n'empêche pas de qualifier la situation du Burundi en 1972 de conflit armé de nature interne, voyons maintenant quelle est la nature véritable des massacres de civils commis par les rebelles, les forces gouvernementales et leurs alliés respectifs.

B. La nature véritable des crimes commis en 1972

Avant d'apporter notre contribution à la connaissance du caractère véritable des masacres de 1972, au regard des éléments juridiques qui les constituent, passons en revue d'abord les

---

1116 Theodor Meron, *supra*, note 16, à la p. 559.
CICR, « Comment le terme « conflit armé » est-il défini en droit international humanitaire? », Prise de position, mars 2008. En ligne : *http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/armed-conflict-article-170308* Dernière visite: 29 juillet 2009.
Le Statut de Rome, par son art. 8, par. 2 f), « s'applique aux conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux ».

1117 Theodor Meron, « The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law », (1996) 90: 2 AJIL, de la p. 243-256 démontre que « the violations of common article 3 entail individual criminal responsibility under customary international law ». Il insiste sur cette notion de durée.

1118 *Le Procureur c. Tadic*, *supra* note 136, arrêt du 2 octobre 1995, para. 70

points de vue de la doctrine, des chancelleries étrangères sur place au moment des faits et du gouvernement burundais.

D'un point de vue de la doctrine, le professeur Reyntjens, expert belge de l'Afrique centrale, estime, dans un article publié en 1989, que « l'insurrection lancée par des rebelles Hutu est sanguinaire, attaquant systématiquement les Tutsi. La phase de la rébellion coûte la vie à quelques milliers de personnes, dont le beau-frère du Président Micombero, le gouverneur de Bururi et quelques dizaines de fonctionnaires provinciaux. Si l'insurrection avait été brutale, la répression est terrible (...) »[1119]. Dans un livre publié en 1994, cet éminent juriste affirme que lors « des événements sanglants de 1972 au Burundi, les Hutu sont les victimes d'un véritable génocide »[1120].

Les Professeurs Chrétien et Dupaquier, experts français en histoire politique du Burundi, étaient sur place au moment des faits. Ils sont d'accord avec la qualification populaire des Burundais selon laquelle les massacres de 1972 constituent un « *ikiza* - le fléau » [1121]. Ils insistent sur le fait que la répression qui se développe entre mai et juillet 1972 vise tout spécialement les Hutu instruits: cadres, fonctionnaires, commerçants, paysans aisés, et surtout les étudiants et les élèves du secondaire. Ces historiens concluent leur récente publication en affirmant que « l'épuration ethnique dans les établissements d'enseignement constitue l'un des aspects les plus odieux et les plus terrifiants d'une vengeance d'État impitoyable et relativement bien organisée, dont la qualification ne peut échapper au terme de génocide »[1122].

Le Professeur Lemarchand, expert américain en histoire politique du Burundi, affirme que « l'objectif était de décapiter non seulement la rébellion mais également la société hutue, et par la même occasion, poser les bases d'un ordre social totalement nouveau. L'anéantissement

---

1119 Filip Reyntjens, *supra* note 1031 à la p. 6.

1120 Filip Reyntjens, *supra* note 964 à la p. 29.

1121 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957.

1122 *Ibid.*

des élites hutues éliminait effectivement toutes les éventuelles menaces hutues à l'hégémonie tutsie, tout au moins pour la génération suivante »[1123].

Le Professeur Lemarchand estime par ailleurs que les Hutu du Burundi, en 1972, ont fait l'objet d'un génocide comparable à celui qui s'est abattu sur les Tutsi Rwandais en 1994: « dans un cas comme dans l'autre, nous sommes en présence de ce qu'Helen Fein appelle 'a retributive genocide', un génocide qui s'opère en réaction à une menace, réelle ou imaginaire »[1124].

Après avoir vu la position unanime de la doctrine la plus crédible sur ces faits, voyons maintenant celles des chancelleries étrangères sur place au moment des faits avant de voir celle du gouvernement burundais et finalement de qualifier nous-mêmes ces évènements.

Durant les massacres de 1972, les extraits des dépêches confidentielles de l'ambassade des États-Unis à Bujumbura, désormais publiques[1125], qualifient les atrocités de 1972 de génocide: « no respite, no letup. What apparently is a genocide continues. Arrests going on around the clock. Charge d'affaires' laundry boy fled JRR band last night, says they are killing most Hutu on the spot [...] »[1126]. Le Premier secrétaire d'ambassade des États-Unis au Burundi, alors monsieur Michael Hoyt, qualifie lui-même les tueries de 1972 de « génocide sélectif » sans que cela ne provoque de réaction pour y mettre fin[1127]. En fait, les autorités américaines ne reconnaissent pas officiellement qu'il se commet un génocide au Burundi. Simplement, ils

---

1123 René Lemarchand et David Martin, *Selective Genocide in Burundi*, Londres, Minority Rights Group, 1973, de la p. 18-19;
René Lemarchand, « The Hutu-Tutsi Conflict in Burundi », dans Jack Nusan Porter, *Genocide and Human Rights: A Global Anthology*, University Press of America, 1982, de la p. 195-217;
Christian Thibon, « Les origines historiques de la violence politique au Burundi », dans André Guichaoua, *supra* note 966 de la p. 57-58.

1124 René Lemarchand, *supra* note 122 de la p 176-1777.

1125 Voir Lemarchand Papers, American Embassy Cables, Box 11, *supra* note 1090.

1126 René Lemarchand, *supra* note 122;
Sophie Pontzeele, *Burundi 1972/ Rwanda 1994: L'efficacité , dramatique, d'une reconstruction du passé par la presse*, Lille, 2004.

1127 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 80.

s'étonnent que les États africains « ne fassent quoique ce soit pour mettre un terme à ces terribles violations des droits de l'Homme dans un État indépendant »[1128].

Du 23 au 28 juin 1972, une mission spéciale de l'ONU, dépêchée par Kurt Waldheim, alors Secrétaire Général des Nations-Unies, et dirigée par l'ancien président nigérien, Issoufou Djermakoye Saidou, séjourne au Burundi pour évaluer la situation. Dans son rapport, elle reconnaît le caractère systématique des représailles contre les Hutu et avance notamment que « le gouvernement du Burundi, lui-même, a informé la mission spéciale que 80.000 personnes avaient péri depuis le 29 avril 1972 et que 500.000 personnes, y compris 50.000 veuves et des dizaines de milliers d'orphelins étaient en proie à de graves souffrances et avaient besoin d'une assistance humanitaire »[1129].

Le 4 mai 1972, l'ambassadeur belge au Burundi, M. Pierre Van Haute, rapporte à son gouvernement qu'« une répression antihutu systématique est intervenue aussitôt après que les groupes rebelles sont éliminés. La répression s'exerce principalement contre les élites, et s'en prend également aux femmes »[1130]. Le 19 mai 1972, le chef du gouvernement belge, alors M. Gaston Eyskens, déclare, à l'issue d'un conseil des ministres, que « le Burundi n'est pas confronté avec une lutte tribale, mais avec un véritable génocide »[1131]. Et pourtant, le gouvernement belge n'entreprend aucune action pour y mettre fin.

Quant à l'ambassade de France au Burundi, elle informe l'État français, le 24 mai 1972, que l'épuration ethnique de l'armée s'est terminée le 7 mai 1972 et que les 70 militaires Hutu tués ces derniers temps « a clôturé le martyrologe Hutu »[1132] . Les autres chancelleries occidentales présentes au Burundi, telles celles de Suisse, du Vatican et autres alertèrent également leurs gouvernements que les actions en cours constituent ou tendent à constituer un

---

1128 *Ibid.*

1129 *Ibid.* à la p. 81.

1130 Propos recueillis par Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957.

1131 Voir le journal belge La Cité, Bruxelles, 21- 22 mai 1972, à la p. 1.

1132 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 181.

véritable génocide sélectif des élites Hutu[1133]. Et pourtant, aucun État n'entreprend de mesure pour y mettre fin ou, plus tard, réprimer ses auteurs.

Deux éléments conjoints expliquent le silence, sinon l'inaction, de la communauté internationale. Non seulement « le Burundi avait cessé d'être un enjeu de la guerre froide, comme il le fut en 1964 et 1965 lorsque le pays devint un point d'implantation privilégié de la Chine communiste, mais la question des droits humains n'avait encore qu'une très faible résonance à l'échelle internationale »[1134].

Ceci dit, voyons la position du gouvernement burundais lui-même.

Le gouvernement burundais en exercice en 1972, rejette l'anathème génocidaire sur les rebelles en accréditant l'idée qu'il y eut seulement « des attaques de malfaiteurs venus de l'extérieur qui furent réprimées juste à temps pour ne pas entraîner le génocide des Tutsi »[1135]. Le 8 juin 1972, dans une interview radiodiffusée, le président Micombero, lui-même, déclare « qu'il y a eu une véritable tentative de génocide contre les Tutsi. Tous devaient être tués de même que les Hutu qui refusaient de suivre les rebelles. Nous menons une campagne de pacification. [...] Ce sont les syndicats chrétiens et les autorités de la tutelle qui ont semé la division chez nous »[1136].

Immédiatement après cette sortie présidentielle, la délégation du Burundi aux Nations-Unies ainsi que les postes diplomatiques burundais à l'étranger ont répercuté cette thèse de génocide évité de justesse dans le livre blanc distribué à l'étranger. Selon ce livre, confrontées à des « agresseurs qui voulaient, non seulement renverser la république du Burundi, mais voulaient

---

1133 *Ibid.* de la p. 382 – 437;
Le Canadien William Aquin Carew, nonce apostolique et doyen du corps diplomatique, fut le premier diplomate à proposer aux autres chancelleries de signer un texte qui appelle à arrêter les tueries systématiques de civils Hutu.

1134 *Ibid.* à la p. 325. [Chrétien et Dupaquier estiment que la situation stratégique du Burundi par rapport à la RDC, un pays riche en minerais stratégique comme le cobalt, oblige les grandes puissances à garder le silence pour que les concurrents ne les supplantent pas].

1135 *Ibid.*

1136 *Ibid.* à la p. 382.

systématiquement procéder à l'extermination de tous les Tutsi, les autorités n'avaient d'autre choix que de traiter sévèrement les responsables de ce génocide »[1137].

Pour Térence Nsanze, représentant du Burundi aux Nations-Unies en 1972, « la responsabilité de ces événements incombe à des individus ou des intérêts privés qui ont financé l'opération dans le but de perpétrer un génocide, de prendre le pouvoir au Burundi, pour constituer une base d'attaque en vue d'un putsch contre le gouvernement de Kinshasa »[1138].

Nous notons en passant une certaine partialité dans la lecture de la criminalité et du tribalisme burundais par les auteurs burundais: « s'ils sont Tutsi, ils dénoncent, au besoin avec des complots tactiques à l'appui, un péril Hutu à combattre; s'ils sont Hutu, ils dévoilent un apartheid Tutsi à combattre » [1139].

Du coté judiciaire, les rares Hutus à subir un procès ont été jugé pour trahison, massacres et pillage[1140], mais pas pour crime de guerre ou contre l'humanité, encore moins de génocide. Ceux-ci étant inexistants en droit burundais à cette époque. En plus de la peine capitale, exécutée après un jugement sommaire, « les véhicules privés appartenant aux personnes condamnées seront vendus en faveur des victimes de la rébellion, les biens mobiliers saisis de ces personnes seront restitués à leurs familles et ayants droit, leurs comptes en banque seront débloqués en faveur de leur famille à concurrence de 100 francs Burundi, le solde étant consacré aux victimes de la rébellion »[1141].

En conclusion, les autorités de Bujumbura ont nié de la façon la plus catégorique leur participation à un quelconque crime international. Par contre, elles accusent les rebelles Hutu d'avoir commis une tentative de génocide. Ceci n'est pas un cas isolé. Historiquement parlant,

---

1137 *Ibid.* à la p. 12.

1138 Térence Nsanze, *supra* note 966 à la p. 32.

1139 Sur ce sujet, voir Hammouda, *supra* note 961 à la p. 116.

1140 Conformément au CP, article 417.

1141 Certains riches Hutu furent pourchassés dans l'unique but de leur faire signer des chèques en blanc afin de vider leurs comptes en banque. Voir Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 193.

partout où le parti des criminels ne fut pas écarté du pouvoir, comme au Burundi, un silence ou « un non-dit » officiel parfaitement complice entoure toujours la tragédie[1142].

2.1. Pour notre part, nous nous demandons, dans un premier temps, si les rebelles Hutu se sont rendus coupables de crime de guerre, de crime contre l'humanité et finalement de génocide. Nous rappelons d'emblée que la doctrine est silencieuse sur ce volet de la crise de 1972 au Burundi.

1^0. Nous commençons ici par vérifier si les rebelles Hutu ont commis, par les massacres de civils Tutsi, des crimes de guerre au sens large, c'est-à-dire incluant la violation de l'article 3 commun aux CG de 1949, dont le Burundi est une partie contractante depuis le 22 décembre 1971.

Nous avons déjà vu que la situation au Burundi entre avril et juillet 1972 se qualifie de conflit armé interne auquel prenaient part les forces gouvernementales du Burundi et les rebelles Hutu. En 1972, les conflits armés à l'intérieur d'un État sont réglementés par l'article 3 commun aux quatre CG de 1949. Ces instruments protègent les personnes qui ne prennent pas une part active aux hostilités, notamment les civils, en interdisant, au titre de crime de guerre, entre autres, les violences à l'encontre de leur intégrité physique, particulièrement les assassinats, mutilations, torture et traitements cruels et la prise d'otages.

Nous avons déjà établi qu'il prévalait, au Burundi, en 1972, une situation de conflit armé interne opposant les forces gouvernementales et les rebelles Hutu. Les rebelles Hutu, appuyés par des mercenaires congolais, ont lancé une attaque armée contre le pouvoir en place. Malheureusement, ils n'ont pas directement attaqué des camps militaires ou des stations de police. Tout au début de ce conflit, ils se sont attaqués « systématiquement aux civils Tutsi »[1143], qui n'ont posé aucune action d'ordre militaire pour résister à l'attaque. Les rebelles les recherchaient chez eux ou dans les cachettes de fortune qu'ils s'étaient créées pour les tuer. Ils ont effectivement tué ou blessé ces civils jusqu'à faire environ huit cents victimes, accomplissant ainsi au moins deux des

---

1142 Stef Vanderginste, « Synthèse des contributions pour la justice en période post-conflit », dans Justice en période de post-conflits: actes du Colloque international, Université du Burundi, Chaire Unesco en éducation à la Paix et à la Résolution des conflits, Bujumbura, Burundi, 2006.

1143 Reytnjens, *supra* note 1031 à la p. 21.

actes matériels d'un crime de guerre, à savoir les meurtres et torture de personnes qui ne prennent aucune part active aux hostilités. Il y a donc une connexité entre le conflit en question et les massacres de civils Tutsi. Par ce comportement, il est manifeste qu'ils ont lancé des attaques délibérées contre des cibles illégitimes, à savoir des civils qui ne prennent pas directement une part active aux hostilités.

L'intention du groupe armé dissident, communément appelé rébellion Hutu, de s'attaquer à des cibles illégitimes et de causer ainsi la mort des civils Tutsi peut se déduire, entre autres, de leur slogan « *Batutsi zi – Bahutu oyé* ». Celui-ci témoigne, à notre avis, de leur choix délibéré de s'attaquer massivement aux civils Tutsi et non aux forces armées burundaises comme telles. Ils savaient et voulaient donc causer la mort des civils Tutsi contrairement aux prescriptions de l'article 3 commun aux CG de 1949. Dans ces conditions, nous pouvons conclure que les rebelles Hutu burundais ont commis des actes prohibés, comme étant des crimes de guerre ou des violations graves du droit de Genève, durant le conflit armé interne de 1972.

2^0. En second lieu, vérifions s'il existe des éléments de preuve tendant à prouver que les rebelles Hutu burundais se sont également rendus coupables de crime contre l'humanité.

Rappelons qu'il appert du droit international que l'acte criminel est considéré comme étant un crime contre l'humanité lorsque quatre conditions sont remplies, à savoir: (1) commission de l'un des actes prohibés énumérés, (2) perpétration dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique et (3) attaque dirigée contre une population civile ou un groupe identifiable, (4) en raison notamment de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse.

Nous devons rappeler qu'«une attaque systématique s'entend d'une attaque perpétrée en application d'une politique ou d'un plan préconçus»[1144] alors que «le caractère 'généralisé' résulte du fait que l'acte présente un caractère massif, fréquent, et que, mené collectivement, il revêt une gravité considérable et est dirigé contre une multiplicité de victimes»[1145]. L'exigence

---

1144 *Le Procureur c. Bagilishema*, *supra* note 151, para. 77.

d'une attaque de nature généralisée ou systématique entraîne alors « l'exclusion des actes inhumains perpétrés de manière isolée, tout aussi bien que des crimes commis de manière fortuite ou encore, à des fins purement personnelles» [1146]; autrement dit, « ceux qui ne procèdent pas d'une politique ou d'un plan d'action de plus grande envergure»[1147].

La documentation disponible sur les événements de 1972 au Burundi permet de dire que, pendant quatre à cinq jours, les rebelles Hutu ont arrêté et tué plus de 800 civils Tutsi de Bururi, à commencer par les autorités de cette province[1148]. En plus de ces meurtres, les rebelles Hutu ont imposé intentionnellement à leurs victimes des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et le refoulement de leurs habitations, calculées pour entraîner leur mort ou une atteinte à leur intégrité physique. Ils ont donc commis des meurtres, des tortures et autres traitements inhumains, soit des actes prohibés énumérés dans les divers instruments internationaux que nous avons vus en première partie de cette étude.

Cela étant établi, il faut déterminer si ces meurtres et ces conditions de vie insupportables s'inscrivaient dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse. Au Burundi, les Tutsi constituent un groupe identifiable de personnes, soit environ 14% de la population comme nous l'avons déjà indiqué dans le chapitre préliminaire de cette partie. Ce groupe est réputé être un groupe ethnique. Dans leur entreprise, on peut dire que les rebelles visaient le plus grand nombre possible de victimes et non quelques individus, puisqu'aucune sélection n'a eu lieu au Bururi. Tout Tutsi localisé était automatiquement tué. En fait, les rebelles Hutu ont attaqué, généralement à l'arme lourde, tous les civils Tutsi de la province de Bururi. N'eut été l'intervention militaire de l'armée, tous

---

1145 *Le Procureur c. Akayesu, supra* note 164, para. 580.
Voir également *Le Procureur c. Rutaganda, supra* note 179, para. 69.

1146 *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana, supra* note 155, para. 122-123.

1147 *Ibid.*

1148 Edward L. Nyankanzi, *supra* note 1019 à la p. 41;
Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 de la p. 84 – 85 et 99.

devaient périr. Qui plus est, cette attaque devait s'étendre sur l'ensemble du territoire national, estiment les Professeurs Chrétien et Dupaquier[1149].

Au niveau de la catégorisation des victimes, nous avons signalé que les seules personnes armées qui ont péri dans l'attaque rebelles sont six gendarmes qui assuraient la sécurité de dignitaires locaux. Leur présence au sein de la population civile ne saurait cependant priver celle-ci de la protection garantie par le droit international dans la mesure où ils n'ont même pas eu recours effectif à leurs armes[1150]. Aucun camp militaire ou station de police ou de gendarmerie n'a été directement visé par l'attaque rebelle. Il n'y a donc pas de doute que la population ciblée soit essentiellement de caractère civil. Aucune preuve permet de ne pas prendre ces faits pour avérés.

Les rebelles savaient bien que les meurtres de civils Tutsi ou leur soumission aux conditions de vie insupportables s'inscrivaient dans le cadre de l'attaque généralisée lancée contre eux pour des motifs purement politique et ethnique. En effet, leurs commentaires publics, tel qu'il appert de leur slogan - « *Bahutu oyé, Batutsi zi* » - prouvent amplement qu'ils connaissaient l'existence de l'attaque lancée contre la population civile Tutsi du Bururi en particulier, et du Burundi en général. Au demeurant, à travers les massacres de civils Tutsi, les rebelles visaient le remplacement du régime en place par un régime purement Hutu. Comme nous l'avons déjà dit, les civils Tutsi ont donc été attaqués pour des motifs ethnique et politique.

Dans ces circonstances, nous pouvons conclure, sans risque de nous tromper, que les meurtres d'environ 800 civils Tutsi de Bururi par les rebelles Hutu en 1972 ont été perpétrés dans le cadre d'une attaque généralisée dirigée contre le groupe ethnique Tutsi ou du moins identifié comme tel en raison de son appartenance ethnique ou politique. Ils constituent donc, à notre avis, un crime contre l'humanité contre les civils Tutsi de Bururi en particulier, et du Burundi en général.

3^{0}. Mais, s'agit-il véritablement d'un génocide?

1149 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 100.

1150 *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, *supra* note 155, para 582.

Depuis l'invention du terme « génocide » en 1944 par le juriste américain Raphaël Lemkin, et nonobstant sa définition juridique dans la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1948, ce mot a acquis une certaine ambiguïté populaire dans la mesure où l'on a tendance à qualifier presque n'importe quelle violation massive des droits de la personne de « génocide »[1151], souvent avec peu d'égard pour les éléments juridiques très précis de ce crime grave. C'est pour cette raison qu'il faut toujours se rappeler les principaux éléments juridiques du génocide avant d'émettre une opinion sur un fait.

Tel que nous l'avons déjà rappelé en première partie de cette étude, le crime de génocide n'est pas subordonné à l'anéantissement de fait d'un groupe tout entier, mais il se produit lorsque trois éléments essentiels sont réunis: « (1) un groupe — identifiable — national, ethnique, racial ou religieux; b) l'intention de détruire ce groupe, dans sa totalité ou en partie (*mens rea*); et (3) la commission, à l'encontre de ce groupe identifiable, de l'un quelconque des actes énumérés (*actus reus*) »[1152] par la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[1153].

Au demeurant, il est admis en droit international «que l'expression 'en partie' semblerait indiquer un nombre assez élevé par rapport à l'effectif total du groupe, ou encore une frange importante de ce groupe, telle que ses dirigeants»[1154]. Mais, «l'intention doit être de détruire le groupe «comme tel», c'est-à-dire comme entité séparée et distincte, et non simplement quelques individus en raison de leur appartenance à ce groupe»[1155]. Il n'est pas cependant nécessaire qu'un génocide se soit déroulé dans l'ensemble du pays: «une personne peut être convaincue de

---

1151 Intervention d'Yves Ternon lors du colloque « Apprendre et se souvenir: Holocauste, génocide et crime d'État organisé au vingtième siècle », qui eut lieu à Berlin, du 12 au 15 mars 2003. Disponible au http://www.imprescriptible.fr/dossiers/ternon/perception-prevention Dernière visite: Le 1er mai 2008.

1152 Marie-Claude Roberge, *Compétence des Tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda concernant les crimes contre l'humanité et le crime de génocide*, (1997) 828 RICR 695, à la p. 698.

1153 Voir art. 2.

1154 *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana, supra* note 155, para. 96-97.

1155 *Le Procureur c. Bagilishema, supra* note 151, para. 64.

génocide sans pour autant qu'il soit établi qu'un génocide s'est déroulé dans l'ensemble du pays dont il s'agit»[1156].

En ce qui concerne l'*actus reus*, fin avril 1972, les rebelles Hutu ont commis des meurtres de plus de 800 civils Tutsi. Ils se sont attaqués d'abord aux autorités de Bururi. Par coïncidence, celles-ci étaient toutes d'ethnie Tutsi. Ce point ne met donc pas bien en évidence si leur intention était de faire disparaître leurs victimes pour aucun autre motif que leur appartenance au groupe spécifique Tutsi[1157]. On peut facilement faire l'argument qu'ils se sont attaqués aux ennemis politiques et non aux Tutsi comme tels. Force nous est cependant de constater qu'il y a eu tueries systématiques de Tutsi, incluant les jeunes enfants et les vieillards qui ne peuvent pas assumer une charge politique.

En dehors de ces tueries, nous n'avons cependant pas de preuves directes sous forme de témoignages oraux ou écrits qui démontrent sans ambiguïté l'intention véritablement génocidaire des rebelles. Aucune enquête n'a été menée pour découvrir cette intention des rebelles. Mais, nous savons déjà que « l'intention spécifique au crime de génocide n'a pas à être clairement exprimée. (...) Elle peut être inférée d'un certain nombre d'éléments, tels que la doctrine générale du projet politique inspirant les actes de génocide ou la répétition d'actes de destruction discriminatoires »[1158].

En l'espèce, le slogan des rebelles, « *Bahutu oyé - Batutsi zi* », indiquerait, pour Chrétien et Dupaquier, que les rebelles voulaient vraiment exterminer (*guhonya*) les Tutsi de Bururi, dans un premier temps et, advenant leur prise de pouvoir, tous ceux du Burundi[1159].

1156 *Le Procureur c. Akayesu, supra* note 164, para. 129;
Cherif M. Bassiouni, *International Criminal Law: A Draft International Criminal Code*, Sijthooff and Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1980, à la p. 73 (trad.CICR).

1157 John Webb, « Genocide Treaty — Ethnic Cleansing: Substantive and Procedural Hurdles in the Application of the Genocide Convention to Alleged Crimes in the Former Yugoslavia », (1993) 377 Georgia Journal of International & Comparative Law, à la p. 391 (trad. du CICR).

1158 *Le Procureur c. Radovan Karadzic et Ratko Mladic* (1996), affaire no IT 95 5 R61, (TPIY, Examen des actes d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve), para. 92 et 94.

1159 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 100.

À cela s'ajoute le fait que, dans leurs rangs, les rebelles ne comptaient aucun élément Tutsi qui tendrait à accréditer l'hypothèse de l'absence de discrimination contre les Tutsi. Qui plus est, les Hutu faisant partie de la bourgeoisie locale de Bururi ou proches du régime en place n'ont pas été systématiquement attaqués, pillés ou arrêtés. Seuls les Tutsi étaient traqués, sans distinction d'âge, de sexe ou de statut social. Dans ces circonstances, il ne serait pas exagéré de conclure que les rebelles Hutu se seraient rendus coupables de génocide ou de tentative de génocide, au regard de ce crime en droit international. Or, la tentative de génocide est considérée, d'un point de vue de son traitement pénal, comme le génocide lui-même[1160].

2. 2. Cela étant, demandons-nous si les forces gouvernementales et leurs alliés se sont rendus également coupables de crime de guerre, de crime contre l'humanité et/ou de génocide par leur répression disproportionnée de civils Hutu en 1972.

1^0. Pour se rendre coupable d'un crime de guerre en 1972, une des parties au conflit armé international devait s'en prendre volontairement à des objectifs non-militaires sans nécessité militaire en violation des lois et coutumes de la guerre, incluant les CG de 1949[1161]. La situation au Burundi en 1972 remplit l'exigence d'un conflit armé à caractère non international. En effet, les forces armées burundaises sont réellement engagées dans les hostilités avec des rebelles Hutu à partir du 2 mai 1972. Ce conflit a eu lieu sur le territoire de l'État burundais sans aucune intervention militaire de forces armées étrangères. Nous avons établi que les forces armées dissidentes étaient bien organisées. Alors que les rebelles étaient anéantis, les forces armées burundaises se sont livrés à des massacres sélectifs de civils Hutu jusqu'à faire entre 100 000 et 300 000 victimes. En plus de ces assassinats ou meurtres, les chercheurs qui se sont penchés sur la crise de 1972 rapportent d'innombrables viols et autres atteintes à l'intégrité physique des victimes commis par ces mêmes acteurs. Même si les hostillités entre la rebellion et l'armée burundaise ont cessé, nous savons que le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint[1162]. Par conséquent, les

---

1160 *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, art. 3.

1161 Éric David, *supra* note 49 à la p. 442-449.

comportements criminels que nous venons de décrire sont directement liés ou connexes au conflit armé en cause.

Au moment de la commission de ces massacres, ces victimes ne participaient pas directement aux hostilités en question, puisque la majorité d'entre elles ont été massacrée dans des endroits où aucun combat n'a eu lieu. Les observateurs affirment que les Hutu étaient tués parce qu'on considérait qu'ils étaient automatiquement des complices des rebelles[1163]. Il ne s'agissait pas de militaires en campagne, ni de combattants sans uniforme, mais de civils qu'on assimilait à l'ennemi à cause de leur appartenance à un même groupe ethnique. Au demeurant, « participer directement aux hostilités, [au sens des CG de 1949], c'est commettre des actes de guerre qui sont de nature à frapper concrètement le personnel ou le matériel des forces armées de l'adversaire» [1164]. Ici, l'armée et ses alliés recherchent ces victimes chez elles, les arrêtent, les rassemblent dans des lieux bien précis. Ils les massacrent en les jetant vivantes ou mortes dans des fosses communes ou des rivières. Il n'y a aucun indicateur de résistance de leur part ou d'affrontement entre ces civils et leurs assaillants. Les éléments de l'armée, de la police et des JRR, en allant dans toutes les régions du Burundi rechercher et massacrer les civils Hutu, savaient très bien qu'ils s'attaquaient aux cibles illégitimes, à savoir des personnes qui ne prenaient pas une part active aux hostilités. Leur *modus operandi* démontre l'existence d'une ligne de conduite délibérée, celle qui vise à s'attaquer à des personnes ne prennant aucune part active aux hostilités. Dans le cadre d'une guerre civile, l'article 3 commun aux CG de 1949 interdisait, en 1972, les comportements que nous venons de décrire.

Avant de conclure sur cette question, notons que les JRR, qui sont normalement des civils, ont pris part aux tueries ici en cause. Point n'est cependant requis de démontrer qu'ils peuvent être reconnus coupables de crimes de guerre. En effet, «les procès qui se sont tenus au lendemain de la Seconde Guerre mondiale ont consacré sans équivoque l'idée d'engager la responsabilité pénale individuelle pour crimes de guerre des civils qui avaient entretenu un lien

---

1162 *Le Procureur c. Tadic*, *supra* note 136, arrêt du 2 octobre 1995, para. 70

1163 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957.

1164 *Le Procureur c. Semanza*, *supra* note 156, para. 360.

ou un rapport avec une partie au conflit »[1165]. Qui plus est, « les protections conférées par l'article 3 commun aux CG de 1949 impliquent nécessairement la sanction effective de toute personne qui en viole les dispositions», sans qu'il soit nécessaire d'opérer une quelconque classification de l'auteur présumé du crime[1166]. Les civils peuvent donc être reconnus coupables de crimes de guerre.

Dans ces circonstances, les éléments des forces armées burundaises qui ont pris part aux massacres de civils Hutu en 1972, ainsi que leurs alliés civils, ont violé l'article 3 commun aux *CG de 1949*. Nous avons deja vu que le Burundi est signataire de ces conventions depuis 1971. Nous analyserons ultérieurement si sur la base de ce régime juridique, ils devaient et doivent alors en répondre devant les tribunaux compétents.

2^0. Ceci étant établi, il faut déterminer si les forces armées burundaises se sont également rendues coupables de crimes contre l'humanité. Pour ce faire, nous devons déterminer, à la lumière des faits en présence, si les assassinats, les meurtres, les viols et autres atteintes à l'intégrité physique des victimes ont été commis dans un certain contexte — une attaque généralisée ou systématique, violente, dirigée contre la population civile Hutu pour un motif par exemple purement politique ou ethnique. Au demeurant, il n'y a pas d'enjeu religieux ou racial dans le contentieux de sang burundais.

De mai à fin juillet 1972, nous avons vu que les forces armées burundaises et leurs alliés raflaient les Hutu d'une région, les rassemblaient dans un stade ou au chef lieu de la commune et les tuaient par balle, en les brûlant par essence ou en les jetant vivants dans des fosses communes[1167]. Tout cela est devenu possible quand tout Tutsi s'est cru investi de l'ordre pour administrer, sans procès, la peine capitale à ceux qu'il considère, de son propre chef ou par ordre manifestement illégal, comme étant des ennemis de l'État[1168]. En plus de ces meurtres de masse, la doctrine rapporte de nombreux viols et autres atteintes à l'intégrité physique des victimes[1169].

1165 *Le Procureur c. Musema*, *supra* note 155, para. 274-275.

1166 *Le Procureur c. Semanza*, *supra* note 156, para. 360.

1167 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 139 et 141.

Ces actes inhumains et violents ont été commis, non pas contre des combattants, mais contre une population civile pendant la guerre civile qui oppose les forces armées aux rebelles Hutu mais plus particulièrement après que ces derniers furent anéantis. Il est bien connu que ces civils Hutu ont été tués parce qu'on considérait qu'ils étaient automatiquement des complices des rebelles à cause de leur appartenance à un même groupe ethnique[1170]. Dans ces conditions, nous pouvons conclure que les persécutions des Hutu ont été menées sur la base de motifs purement politiques et ethniques

Notons par ailleurs que lesdites atteintes à l'intégrité physique des victimes ne s'adressent pas à quelques individus isolés. Il s'agit d'une action de masse impliquant plus de 200 000 victimes à travers tout le pays. Étant donné leur envergure, persistance et coordination, il semble évident que l'attaque contre des civils Hutu burundais en 1972 était bien généralisée. Mais, s'agit-il aussi d'une attaque systématique, c'est-à-dire perpétrée en application d'une politique ou d'un plan préconçus? Pour des raisons que nous développerons dans le paragraphe concernant le génocide, nous pensons effectivement qu'elle a fait suite à une politique – de la faction fasciste du gouvernement burundais de 1972, agissant de concert avec des milices irrégulières Tutsi – qui ciblait les membres de la composante Hutu de la population de ce pays, en commençant par son élite.

Dans ces circonstances, nous pouvons conclure que les forces gouvernementales et leurs alliés ont lancé une attaque systématique et généralisée contre la population civile Hutu en raison de son appartenance réputée ethnique en 1972. Ils ont commis, à l'occasion de cette attaque, des homicides, assassinats ou meurtres et autres traitements inhumains assimilés à un crime contre l'humanité pour avoir causé intentionnellement la mort de plus de 200 000 civils Hutu.

3^0. Mais, s'agit-il véritablement d'un génocide? En d'autres mots, est-ce que les massacres de civils Hutu de 1972 portent tous les signes distinctifs du génocide, à savoir le ciblage ethnique des victimes, l'intentionnalité exterminatrice de ce groupe, l'ampleur des

---

1168 *Ibid.* à la p. 203.

1169 *Ibid.*

1170 *Ibid.* de la p. 202 - 204.

tueries, comme le prétend la doctrine[1171]. Nous allons répondre à cette question dans les pages qui suivent.

En l'espèce, les atrocités dont il est fait état rentrent dans les catégories des actes prohibés définies par la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1948[1172]. Pour rappel, à partir du 1er mai 1972, ordre est donné à la radio, par téléphone et dans le cadre de réunions secrètes, aux commandants des armées et des garnisons locales de rafler, massacrer et emprisonner tous les Hutu dorénavant considérés et présentés comme étant des rebelles, des espions et des traîtres à l'État burundais[1173]. Ceux appartenant à l'élite intellectuelle sont d'abord arrêtés et exécutés sans jugement. Mais les autres sont aussi systématiquement victimes de tueries, de mauvais traitements, de passages à tabac, de viols et d'actes de torture généralisés[1174].

En tenant ces faits en question pour avérés, il faut alors prouver qu'il existait dans l'esprit de leurs auteurs, une intention de détruire en tout ou en partie un groupe ethnique, en l'occurrence le groupe Hutu du Burundi en tant que tel. En effet, pour qu'il y ait génocide, il faut que les individus responsables des arrestations et des exécutions de Hutu en 1972, ait été animés de l'intention spécifique de détruire « en tout ou en partie » le groupe ethnique Hutu. Nous avons pris connaissance d'un tract, adressé aux officiers Tutsi, qui aurait circulé dans les camps militaires, invitant les militaires Tutsi à liquider « ces chiens de Hutu qui comptent sur les soldats américains pour envahir Bujumbura »[1175]. Il n'est pas cependant suffisant, à lui seul, pour établir l'intention exterminatrice des auteurs des massacres de civils Hutu.

Or, nous n'avons pas identifié d'autres preuves directes - enquête ayant collecté des témoignages crédibles ou écrits - qui nous permettraient de conclure directement que les forces

---

1171 René Lemarchand, *supra* note 122 à la p. 168.

1172 Voir à l'article II.

1173 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 293 – 295.

1174 Nous avons déjà vu que la doctrine allègue que plus de deux cents milles Hutu burundais ont été tués entre mai et juillet 1972.

1175 Bernard Aupens, « L'engrenage de la violence au Burundi » (1973) 91 Revue française d'études politiques africaines, de la p. 48-69.

gouvernementales ont commis un génocide contre les Hutu. Les tribunaux qui se pencheront sur ces massacres devront interroger notamment les victimes encore vivantes. Mais, en attendant, beaucoup de faits circonstanciels, à l'instar des déclarations faites par certains dirigeants politiques de cette époque, démontrent que, pour eux, l'intention était vraiment d'éliminer, entièrement ou du moins substantiellement, les Hutu du Burundi, de manière que, comme cela a été dit à plusieurs reprises, « leurs enfants, plus tard, n'aient pas à les combattre pour se maintenir au pouvoir »[1176]. Les commentateurs rapportent, par exemple, qu'au cours d'une réunion publique, le ministre des Affaires étrangères, alors Arthémon Simbananiye, aurait déclaré qu'il n'aurait «la paix que lorsqu'il n'y aurait plus un seul Hutu au Burundi »[1177]. On lui attribue également le plan génocidaire d'égaliser démographiquement les Hutu et les Tutsi du Burundi[1178]. Pour sa part, le président Micombero, insinuant la destruction méthodique de Hutu, aurait publiquement déclaré en mai 1972 que « personne ne peut brûler ou casser d'un seul coup un fagot de bois. On casse un à un les bâtonnets et ils finissent par disparaître » ou « si tu veux faire disparaître une grande forêt, tu abats ses arbres, un par un, jusqu'à ce qu'il n'en reste plus »[1179]. Par ailleurs, ordre est donné à la radio pour que « toute autorité grande ou petite, civile ou militaire se mobilise comme un seul homme pour arracher le chiendent à la racine - *urwiri rukwiye kurandurwa n'imizi* »[1180]. Il faut, réitère cet ordre gouvernemental, « démasquer l'ennemi -*isato itahizwa* – le python qui n'a pas encore été dépisté »[1181].

Ces propos, déshumanisants – le Hutu est traité de python, de chien, de bâtonnet ou de chiendent - rappellent les appels à l'extermination de Juifs de la part de Julius Streicher, éditeur en chef du Journal Der Stürmer, durant la Seconde Guerre mondiale, à savoir « you have to exterminate Jews from Russia, roots and branch »[1182]. À Nuremberg, il fut, à bon droit,

---

1176 Lemarchand, *supra* note 122 à la p. 67.

1177 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 50.

1178 *Ibid.*

1179 *Ibid.* à la p. 187 et 304.

1180 *Ibid.*

1181 Jeremy Greenland, « A propos des droits de l'homme au Burundi », (1976) 128 Revue française d'études politiques africaines, à la p. 70.

condamné à la peine capitale[1183]. Ils rappellent également les ordres de la Radio Télévision des Milles Collines en 1994 de massacrer les Tutsi rwandais, qualifiés alors de cancrelats ou de serpents. Leurs auteurs ont écopé de la réclusion à perpétuité devant le TPIR[1184].

L'usage de termes déshumanisants à l'égard des membres du groupe Hutu, en plus de massacres systématiques de ce groupe, semblent attester que le dessein des auteurs de ces tueries était de faire disparaître à jamais le groupe Hutu de la population burundaise[1185]. En d'autres mots, les Hutu burundais étaient tués pour le seul fait d'être nés Hutu et non pour ce qu'ils avaient fait. Il est clair que les victimes n'ont pas été choisies en raison de leur identité personnelle ou de leur participation au projet de la rébellion, mais bien en raison de leur appartenance audit groupe. Les victimes ont été, en définitive, des membres du groupe choisis en tant que tels.

Nous concluons donc de tout ce qui précède que c'est bien un génocide qui a été commis au Burundi en 1972, contre les Hutu en tant que groupe protégé par la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Ce génocide paraît avoir été méticuleusement organisé et dirigé par le groupe des extrémistes qui a pris le contrôle total du gouvernement dès le 29 avril 1972 et qui s'est allié les hauts cadres de l'armée burundaise, de la radio nationale, du parti unique, de la police, des services secrets et de la justice.

Cela étant, l'histoire du Burundi regorge de commentateurs qui avancent la prémisse fondamentale voulant qu'il n'y ait pas eu de plan de génocide contre les Hutu et que le régime de Micombero n'avait pas de politique ou de plan officiel visant à exterminer les Hutu, en tout ou en

---

1182 Voir Procès de Julius Streicher du journal Der Stürmer à Nuremberg dans Randall L. Bytwerk, *Julius Streicher: Nazi Editor of the Notorious Anti-Semitic Newspaper Der Sturmer*, New York, Cooper Square Press, 2001, de la p. 29-45.

1183 *Ibid.*

1184 Le TPIR a condamné Hassan Ngeze et Ferdinand Nahimana à l'emprisonnement à vie alors que Jean-Bosco Barayagwiza écope de 35 ans de prison, pour incitation à la haine ethnique avant et durant la période du génocide de 1994.
Le Procureur c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze (2003), affaire n° ICTR-99-52-T, (TPIY, chambre de 1ere instance), para. 1105, 1107, 1108.

1185 *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana, supra* note 155, para. 93 et 527.

partie[1186]. D'autres avancent par contre, mais sans preuve sérieuse à l'appui, la mise en œuvre, en 1972, du « plan dit Simbananiye par l'égalité numérique », c'est-à-dire le projet de massacrer le plus de Hutu possible jusqu' à les réduire de 85% à 49.5% de la population burundaise, rendant ainsi égale la proportion Tutsi et Hutu[1187]. Le Professeur Reytnjens, par exemple, voit dans la distribution des armes par le gouvernement en 1972 à des intellectuels et commerçants Tutsi et au JRR, ainsi que leur entraînement à leur maniement, en vue de leur constitution en unités de combat, les éléments d'une préparation étatique[1188]. Il avance, qui plus est, que l'armée était en état d'alerte depuis deux semaines avant l'attaque de la rébellion[1189]. Cependant, le Professeur Reyntjens ne fournit pas de preuve acceptable qui permettrait d'établir vraiment qu'il s'agit d'une planification de longue date.

De toute façon, à tous ceux qui affirment ou réfutent l'existence d'une planification à l'avance, nous répondons simplement que le génocide n'a pas besoin d'une planification préalable de longue date par l'État ou un individu pour être qualifié comme tel[1190]. Mais, «l'existence d'un tel plan serait de nature à établir de manière concluante la présence de l'intention spécifique requise pour le crime de génocide»[1191].

Mais, il faut préciser davantage les choses lorsqu'une certaine doctrine constate que « le système des rafles suivies de l'extermination le soir même est planifié le 5 mai dans les administrations ou entreprises de Bujumbura et dans les établissements d'enseignement »[1192]. Par exemple, Emille Mworoha, Secrétaire Général du parti UPRONA et patron incontesté des JRR, « parle d'un plan de liquidation, puisque les personnes arrêtées sont systématiquement exécutées

---

1186 Pour plus de détails voir notamment Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 de la p. 338–342.

1187 *Ibid.* à la p. 457;
Filip Reyntjens, *supra* note 1031 à la p. 5 ne donne pas de chiffre précis. Pour ses sources, le plan simbananiye visait « à exterminer le plus grand nombre possible de Hutu ».

1188 *Ibid.* à la p. 6.

1189 *Ibid.*

1190 Voir la première partie de cette étude, à la p. 36.

1191 *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana, supra* note 155, para. 94 et 276.

1192 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 de la p. 183 - 184.

dans les heures qui suivent ..... Je pense que Micombero, Simbananiye, Nzohabonayo..., il y a un groupe qui a décidé la chose »[1193]. Pour lui, c'est une évidence, ces personnes auraient effectivement donné l'ordre d'arrêter tous les fonctionnaires, cadres, étudiants, simples employés Hutu, tous ceux ayant un certain statut et de les liquider[1194]. Mworoha ne précise pas si le plan avait été conçu des années, des mois ou des semaines en avance. Nous sommes d'avis qu'il parle simplement d'un ordre et non d'un plan.

En 1972, il y a eu certainement une organisation rapide et immédiate des JRR en une unité de combat et d'autres civils Tutsi en groupe de dénonciation et de traque de Hutu. Les commentateurs ont observé une distribution d'armes à « des intellectuels et des commerçants Tutsi, notamment à Nyanza-Lac et Bururi »[1195]. Mais tout cela répond de l'organisation dans l'action, de la réponse à l'ordre et non de la planification longtemps en avance. Dès le 2 mai 1972, les organes du parti UPRONA et la radio nationale sont mobilisés pour diffuser des mots d'ordre du groupe des extrémistes de Bururi qui contrôle dorénavant le régime Micombero. Opérant dans le cadre d'une vacuité des institutions officielles, à l'exception de l'armée, ce groupe des extrémistes s'autorisait de requérir tout Tutsi en disant « le peuple vous appelle à arrêter les traîtres à sa cause »[1196]. Son pouvoir était réel, « car il avait en main les secteurs clefs comme l'armée, la sûreté, la justice et l'information »[1197].

Toutefois, si le terme planification signifie préparation méthodique et bureaucratique de longue date par l'État, il est fort probable qu'une telle planification n'a pas eu lieu au Burundi en 1972. Ici, le génocide devient un fait d'État qui se situe de manière diachronique[1198]. Si par contre le même terme peut aussi traduire une préparation méthodique de longue date par des

---

1193 *Ibid.* à la p. 156.

1194 *Ibid.*

1195 Filip Reyntjens, *supra* note 1031 à la p. 6.

1196 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 168 - 169.

1197 *Ibid.* à la p. 171.

1198 Par diachronie, le phénomène génocidaire se met en place suivant une évolution observable dans le temps où des acteurs opèrent par un plan et une politique établie d'avance.

groupements privés qui attendent le moment propice, tel que leur prise de pouvoir, pour mettre à exécution leur plan, explicite ou implicite, sommaire ou détaillé, alors nous affirmons qu'une telle planification a bien eu lieu au Burundi en 1972. Dans cette acception, le génocide est un fait d'État, ou de groupe organisé, qui se lit de manière synchronique[1199]. Dans la première hypothèse, l'élément criminel de qualification des faits est bien la planification, par contre dans la deuxième, il s'agit de l'ordre ou de l'organisation. Ce sont ces deux aspects que nous tentons d'élucider dans les lignes qui suivent. Nous pensons qu'ils expliquent bien les mécanismes du génocide de 1972 contre les Hutu du Burundi.

Avant mai 1972, on ne trouve pas de traces, ni de plan bureaucratique, ni d'ordonnances ni de décisions prises qui redescendraient et remonteraient ensuite les échelons administratifs pour former enfin une voûte et une planification stratégique d'une politique d'État d'élimination des Hutu. Il n'existe pas, avant cette date, au niveau de l'État burundais, une mobilisation idéologique de son appareil ni d'ordre efficace, explicite ou implicite, théorisé et véhiculé par les organes de l'État dans le sens de la destruction des Hutu du Burundi. Vu qu'aucune publication n'en parle, nous n'avons pas de preuve d'une pareille mobilisation de l'État ou d'une telle idéologie. La documentation qui existe révèle que le génocide de 1972 contre les Hutu du Burundi n'avait pas été élaboré longtemps en avance par l'État avec un plan précis, comme ce qu'on a observé durant la Seconde Guerre mondiale[1200]. Ce génocide résulte d'un ordre *ad hoc*.

Dans un livre récent, Chrétien et Dupaquier constatent qu'en 1972, le président burundais avait imprudemment laissé le groupe fascisant de Bururi s'emparer de la quasi-totalité des leviers du pouvoir[1201]. Ce groupe politique fasciste, bénéficiant certes, directement, des dividendes versés par l'État, agissait cependant à titre privé, telle une société secrète, et envisageait l'élimination de l'élite Hutu comme un des moyens de son maintien au pouvoir[1202]. Le génocide

---

1199 Par synchronie, il faut entendre la simultanéité de faits ou d'évènements, c-à-d que la planification du phénomène génocidaire se déroule dans l'action même et non longtemps en avance.

1200 En 1941, le Professeur Konrad Meyer-Hetling a présenté à Hitler le plan d'extermination des Juifs polonais, le fameux « General plan Ost ». Ses soldats l'ont exécuté par la suite.
Götz Aly et Susanne Heim, *Les Architectes de l'extermination: Auschwitz et la logique de l'anéantissement*, Paris, Calmann-Lévy, 2006 (trad. de Claire Darmon).

1201 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 à la p. 67.

est devenu possible puisque ledit groupe s'est hissé au pouvoir et a envahi l'État grâce à l'élimination des cadres Hutu de l'armée et de l'administration publique. L'acte fondateur du génocide de 1972 est donc bel et bien l'assassinat des leaders Hutu et des cadres militaires de cette composante de la population burundaise. Cet assassinat permit à la faction politique en question de dominer les rouages de l'administration, d'exercer ensuite le pouvoir réel sur l'État, de donner les ordres (à la radio, au téléphone et dans des réunions secrètes) et de conduire enfin son projet génocidaire, fut-il sommaire. Le génocide de 1972 se pose donc en termes de synchronie et non de diachronie parce que c'est dans son exécution-même qu'il a été organisé.

Il faut donc partir des motivations politiques à la base des massacres pour découvrir les animateurs du courant politique qui avait, en mai 1972, l'intention d'éliminer immédiatement et totalement l'élite Hutu pour se réserver le monopole du pouvoir. Nous constatons déjà que Chrétien et Dupaquier avancent le chiffre d'une centaine de tortionnaires dans tout le Burundi, qui sont responsables de ce génocide. Pour ces deux experts du Burundi, ce réseau de tueurs serait composé de magistrats, de militaires, de gouverneurs de provinces, de civils influents, membres des JRR et de la clique de Bururi au gouvernement qui se sont arrogés le droit de tuer pour « être les seuls au pouvoir »[1203]. C'est ce groupe informel, concluent-ils, qui a fait du génocide des élites Hutu un massacre d'État[1204]. Il doit en répondre devant un tribunal compétent, indépendant et impartial.

Finalement, nous sommes d'avis que l'exécution du génocide de 1972 contre les Hutu du Burundi a probablement pu être facilitée par le conflit armé, en ce sens que les combats contre les insurgés ont servi de prétexte à la propagande incitant à massacrer les Hutu, en faisant un amalgame entre insurgés et civils Hutu, à la faveur de l'idée bien relayée par la radio burundaise selon laquelle chaque Hutu ayant un certain statut social aurait été un complice des insurgés[1205]. Mais, nous notons que ce génocide a pris son ampleur alors que l'armée avait terminé le véritable conflit avec les insurgés. On ne peut donc pas se servir de la crise pour invoquer des

---

1202 *Ibid.*

1203 Voir Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957 aux p. 300, 302, 309 et 465.

1204 *Ibid*

1205 Ibid. à la p. 302.

circonstances atténuantes à sa survenance, comme le propose le Président Micombero lorsqu'il déclare que « les atrocités de l'attaque rebelle, comparables au génocide des Juifs, justifiaient une répression impitoyable, avec ses violences collatérales »[1206]. En effet, on ne peut pas expliquer pourquoi c'est au centre du pays et dans la capitale nationale, Bujumbura, relativement loin du foyer de la rébellion, que l'on dénombre le plus de victimes Hutu[1207].

Ce n'est pas, non plus, à cause de la peur et la provocation du camp adverse que le génocide de 1972 se justifie. Il répond d'une perspective discriminatoire ourdie par le groupe fasciste qui a pris le contrôle effectif de l'État dès le 2 mai 1972. Mais si les tueries avaient cessé dès l'anéantissement des rebelles, nous aurions effectivement souscrit à cette position. C'est seulement à cette condition que nous aurions accepté que ce génocide contre les Hutu soit qualifié de rétributif tel que le proposent Helen Fein et Lemarchand[1208]. En effet, le danger soulevé par l'insurrection hutu a été immédiatement perçu par le régime Micombero comme portant les germes d'une déstabilisation politique de son propre pouvoir et non d'une extermination de l'ethnie Tutsi[1209]. Il a, par contre, entrepris de la présenter comme tel pour ses propres intérêts. Ce projet a réussi parce que, de peur de perdre leurs privilèges, certains cadres Tutsi s'employèrent à inculquer aux autres la haine des Hutu en leur faisant miroiter la promesse d'avantages matériels, faisant valoir que ceux qui se joindraient aux massacres pourraient par la suite occuper les propriétés de leurs victimes[1210]. Il n'est donc pas question d'une panique générale qui aurait poussé les Tutsi à massacrer les Hutu de peur d'être exterminés.

Nous sommes d'accord, vu le nombre important de participants et de victimes, que ce qui s'est passé au Burundi, entre fin avril et juillet 1972, peut sans doute être désigné comme étant

---

1206 *Ibid.* à la p. 298.

1207 *Ibid.*

1208 Helen Fein, « Genocide: A Sociological Perspective », (1990) 38: 1 International Sociological Association 30.
René Lemarchand, « Genocide in the Great Lakes: Which Genocide? Whose Genocide? » (1998) 41: 1 African Studies Review 3-17.

1209 René Lemarchand et Martin David, *supra* note 1123.

1210 Chrétien et Dupaquier, *supra* note 957.

un « crime de masse»[1211]. Mais cela n'enlève en rien le fait que la préparation de l'éradication des cadres Hutu et de son intelligentsia, forme ultime du refus de partager le pouvoir, ne fut pas le fait des paysans, mais des cadres de l'État, notamment des officiers, des politiciens et des intellectuels Tutsi de Bururi[1212]. Pour les rebelles, nous ne disposons pas d'indication précise sur les coupables. Mais plus d'investigation dans leurs rangs peut aider à les identifier. Aucun auteur ne s'est encore penché sur ce volet de la crise de 1972. Faut-il qu'il y ait encore des survivants pour répondre de leurs forfaits.

Ceci dit voyons ce qui s'est passé au Burundi en août 1988 en général et plus particulièrement dans les communes de Ntega et Marangara, qui se situent le long de la frontière du Burundi avec le Rwanda. Ces deux communes comptaient, avant les massacres de 1988, une population d'environ 130 000 habitants; soit, globalement 1 500 Twa, 20 000 Tutsi et 108 500 Hutu[1213].

Section 2. Les massacres de Ntega et Marangara en 1988

En août 1988, des massacres de grande envergure de civils Tutsi par certains éléments Hutu, qualifiés d'insurgés, et une répression disproportionnée de civils Hutu par les forces gouvernementales ont secoué le nord du Burundi (& 1). Au regard de leurs éléments juridiques, ces massacres de civils constituent véritablement des crimes contre l'humanité, mais pas de génocide ou de crime de guerre (& 2).

&1. Rétablissement des faits

Les massacres, viols, tortures, déplacements forcés, enlèvements et disparitions forcées de plusieurs milliers de civils Tutsi de Ntega et Marangara par certains éléments civils Hutu (A), suivis de représailles des forces gouvernementales à l'endroit des civils Hutu de cette région (B)

1211 Terme utilisé notamment par Christian Thibon, *Histoire démographique du Burundi*, Paris, Karthala, 1987, de la p. 2-7.

1212 Sylvestre Ntibantuganya, *supra* note 1090.

1213 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 13.

ont fait autour de 20 000 victimes et 60 000 réfugiés au Rwanda voisin en l'espace de quelques jours seulement[1214].

A. Les massacres de civils Tutsi

À partir du 14 août 1988, plusieurs milliers de civils Tutsi des communes de Ntega et Marangara[1215], au nord du Burundi, dans les provinces respectives de Kirundo et de Ngozi, furent massacrés, torturés, forcés de quitter leurs habitations pour se réfugier dans des marais ou le plus loin possible qu'ils puissent aller[1216]. Certains d'entre eux ont été enlevés de chez eux et ils sont toujours portés disparus. Des viols des femmes et jeunes filles Tutsi font partie de ces tortures inqualifiables[1217]. Ces actes criminels, tant en droit burundais qu'en droit international, sont le fait d'autres civils Hutu de cette région.

D'un point de vue chronologique, depuis le début de l'année 1988, les commentateurs notent qu'il se développe dans les différents coins du Burundi un climat de tension à caractère ethnique généré par une pratique « d'injustice délibérée dans la distribution des postes de responsabilité à la faveur de l'ethnie Tutsi dans la fonction publique, l'armée et l'éducation»[1218]. Les commentateurs observent notamment des réunions nocturnes, la distribution de tracts appelant à la révolte, des élèves du secondaire renvoyés de leurs établissements scolaires et les étudiants Hutu fuient l'université[1219].

1214 Voir notamment le Rapport d'Amnesty International, *Burundi: Killings of Children by Government Troops*, Octobre 1988, à la p. 3.
Filip Reyntjens, *supra* note 1031 à la p. 46.
Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 35.

1215 La commune de Marangara couvre 184 km^2 alors que celle de Ntega s'étend sur 263 km^2.

1216 Filip Reyntjens, *supra* note 1031 à la p. 46.

1217 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 35.

1218 Voir la chronologie des faits dans Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 de la p. 19-38.
Clergé du diocèse de Bururi, « Vivre en frères dans le Burundi aujourd'hui et demain. Unité nationale », 10 mai 1988, (1988) 136 Bulletin d'information africaine 12.
Filip Reyntjens, *supra* note 1031 à la p. 41.

1219 *Ibid*

En mai 1988, le parti pour la libération du peuple Hutu (PALIPEHUTU) lance alors un tract selon lequel, « le clivage Hutu/Tutsi est incontournable et que le Hutu ne doit jamais rien attendre de bon du Tutsi. [...] les Tutsi n'ont d'autre ambition que boire la coupe de sang Hutu...»[1220]. En même temps, à Ntega et Marangara circule un autre « tract en deux versions: l'une à l'intention de la population Tutsi, l'invitant à se préparer contre une attaque Hutu imminente, l'autre à l'intention des Hutu, prétendant que les tueries de 1972 allaient recommencer »[1221].

Les observateurs attribuent la paternité de ce double langage aux « éléments extrémistes anti-Hutu au sein du Comité militaire pour le salut national (CMSN), qui estimaient que le régime faisait trop de concessions aux Hutu »[1222]. Ces tracts enveniment davantage la situation à telle enseigne que des civils Hutu commencent à fuir le nord du Burundi vers le Rwanda alors que « des destructions de points d'eau et de cultures » s'observent presque partout dans le pays. Il s'agit, estime le Professeur Reyntjens, de signes avant-coureurs d'un mécontentement populaire face aux pratiques en place de gestion de la chose publique[1223].

Le 28 juin 1988, durant une réunion communale, l'administrateur communal de Marangara, alors monsieur Emmanuel Kajambere, aurait fait une déclaration publique selon laquelle « quand on tue un Tutsi, le sang coule; quand on tue un Hutu, le sang coule. Préparons-nous: on va se mesurer »[1224]. Il aurait enchainé son discours en déclarant que « *umuntu ararima urwiri, mugabo iy'agiye guteragira ibiharage, hatangura kumera urwiri* – si on cultive du chiendent, même si après on plante des haricots, c'est le chiendent qui prospère»[1225]. Depuis lors,

---

1220 Communiqué no. 6 du PALIPEHUTU,daté de mai 1988, reproduit dans Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 de la p. 182 – 183.

1221 *Ibid.*

1222 Le CMSN est l'organe suprême de l'État, composé de 31 officiers, ayant porté Buyoya au pouvoir. Voir Filip Reyntjens, *supra* note 1031à la p. 43.

1223 *Ibid.*

1224 *Ibid.* à la p. 44.

1225 *Ibid.* à la p. 138.

une liste de Hutu à massacrer aurait circulé dans cette commune, détériorant davantage le climat social[1226].

Le 5 août 1988, un certain nombre de gendarmes est dépêché dans la commune de Marangara pour faire adjonction avec « des militaires en civil qui ont déjà infiltré la région »[1227] afin de prévenir tout désordre[1228] ou, le cas échéant, « éviter son extension »[1229]. Le 7 août 1988, une compagnie d'infanterie arrive sur place. Mais, cette présence militaire n'empêche pas le nombre de tracts, incitant les deux communautés à s'affronter, d'augmenter tant en quantité qu'en formules[1230].

En contestation de cette présence armée, la population de Marangara réagit par des actes de désobéissance civile (érection de barrages, destruction de ponts, etc.) et exige le départ de l'administrateur communal ayant lancé des propos incendiaires ainsi que ses deux amis, un juge et un technicien médical, tous Tutsi[1231]. Entre temps, les civils Tutsi prennent peur et certains d'entre eux fuient la région[1232]. Plus tard, plusieurs paysans Hutu de la commune de Marangara sont arrêtés pour avoir coupé des ponts afin de prévenir toute intervention militaire[1233].

La violence éclate lorsque, « convaincus qu'ils devaient devancer les desseins de notables Tutsi, dans la nuit du 14 au 15 août 1988, des civils Hutu attaquent la maison du commerçant Tutsi Révérien Harushingoro, qui est tué avec sa famille »[1234]. Politicien local, Harushingoro est accusé par ses assaillants, d'une part, d'avoir participé à la confection de listes de Hutu à

1226 Mouvement pour la Paix et la Démocratie, « Un apartheid méconnu est la cause des génocides répétitifs contre les Hutu », communiqué daté du 2 septembre 1988, à la p. 2.

1227 Filip Reyntjens, *supra* note 1031 à la p. 44.

1228 *Ibid.*

1229 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 29.

1230 *Ibid.* de la p. 21-28.

1231 Filip Reyntjens, *supra* note 1031 à la p. 44.

1232 *Ibid.* à la p. 45.

1233 *Ibid.* à la p. 135.

1234 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122.

éliminer, en commençant par ceux à qui il devait personnellement de l'argent. Et d'autre part, de jouer le rôle de relais avec les autorités provinciales et militaires. À Ntega, l'insurrection Hutu suit directement cet incident et s'étend le lendemain à Marangara. Les témoins interrogés par Chrétien, Guichaoua et Le Jeune rapportent que mardi, le 16 août 1988, « vers 9h30, deux camions militaires précédés par une jeep et suivie par un camion transportant un groupe de jeunes Tutsi (très excités) [ont fait fuir] la vingtaine d'hommes armés de lances et de machettes qui se trouvaient sur un barrage »[1235]. Mais, le soir, un groupe de 60 à 100 Hutu seraient revenus attaquer le centre de négoce de Marangara où étaient retranchés environ 200 à 300 Tutsi. Les deux groupes s'affrontent à coups de pierres et de tirs à l'arc, faisant des centaines de victimes[1236].

Par après, les insurgés Hutu, attaquent à l'arme blanche (machettes, lances, arcs, houes, flèches à harpons, gourdins,...) tout Tutsi des environs, incendient leurs maisons, pillent leurs magasins, coupent les ponts et barrent les routes en y jetant des troncs d'arbres[1237]. Plusieurs centaines de Tutsi sont tués alors que des milliers d'autres fuient vers les régions avoisinantes ou se cachent dans les marais[1238].

Les victimes, de tous âges et sexes, sont ligotées et jetées, vivantes ou mortes, soit dans les latrines, les fosses communes ou les rivières[1239]. Au centre de négoce de Ntega « 300 personnes auraient été tuées selon les estimations du Ministre burundais de l'intérieur»[1240]. En tout, le bilan officiel de ces massacres sélectifs de civils Tutsi n'est pas vraiment connu. Mais, il est fort possible qu'il se situe autour de 2 000 personnes parmi les « 5 000 corps enterrés par les services de secours sur place »[1241].

1235 *Ibid.*

1236 *Ibid.* de la p. 30-31.

1237 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 130.

1238 *Ibid.*

1239 *Ibid.* à la p. 131.

1240 *Ibid.* à la p. 31.

1241 *Ibid.*

Face à l'ampleur des dégâts, les autorités burundaises ont l'impression que les insurgés Hutu de Ntega et Marangara se solidarisent et coordonnent leurs actions mais elles ne parviennent pas à localiser leur possible centre de commandement ou de coordination[1242]. D'autres renforts militaires sont envoyés sur place, sur ordre personnel du Président de la République, pour éviter l'extension du conflit. Par leur action, effectivement, l'insurrection est contenue dans les deux communes de Ntega et Marangara, dorénavant militairement encerclées et sous contrôle total de l'armée. « C'est un travail de guerre », estime le ministre de l'intérieur[1243]. Les expatriés quittent Ntega et Marangara pour se replier sur Bujumbura alors que les survivants Tutsi sont évacués vers un endroit sécuritaire[1244].

Après l'évacuation de survivants Tutsi de Ntega et Marangara ainsi que le repli des étrangers vers Bujumbura, voyons ce qui est arrivé aux civils Hutu aussitôt que les éléments de l'armée et de la gendarmerie, exclusivement Tutsi, aient pris le contrôle total des deux communes.

B. Les massacres de civils Hutu

Le 16 août 1988, alors qu'un groupe d'insurgés Hutu affronte et défie les militaires dans la localité de Mugendo, ces derniers demandent au leader rebelle de déposer les armes. Ce dernier conditionne son obtempération à la condition que les militaires déposent également les leurs. Il est froidement abattu avec tous ses compagnons[1245]. Cette bavure militaire aurait coûté la vie à plusieurs civils de cette localité. Le lendemain, des auto-blindées et un hélicoptère quadrillent toute la région de Marangara, tirent « à vue sur les fuyards », brûlent « à la grenade incendiaire leurs maisons » et abattent directement ceux qui se font prisonniers, y compris les femmes et les enfants[1246].

1242 *Ibid.* à la p. 31.

1243 *Ibid.*

1244 *Ibid.* de la p. 31-33.

1245 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 133.

1246 *Ibid.*

Sachant bien que presqu'aucun Tutsi ne se trouve encore sur place, l'armée intervient massivement dans le conflit en tirant sur tout ce qui bouge[1247]. Pratiquement, « l'utilisation d'hélicoptères permet un mitraillage massif et l'usage de grenades incendiaires » dans le but de faire le plus de victimes possibles[1248].

Le nombre de victimes varie selon la source. Ainsi le gouvernement burundais de cette époque parle toujours de 5 000 victimes alors que « les observateurs s'accordent pour estimer le nombre de tués à environ 20 000, des Hutu en majorité. De plus, il est certain qu'environ 60 000 réfugiés sont accueillis au Rwanda tout proche »[1249].

Il est acquis que les massacres de civils Tutsi et Hutu de Ntega et Marangara ont bien été une triste réalité, avec notamment pour conséquence l'assassinat de plus de la moitié des leaders politiques locaux et la fuite vers le Rwanda de l'élite Hutu (enseignants, étudiants, commerçants, fonctionnaires,...) de cette région.

Voyons, ci-après, s'ils ont atteint la nature de crime de guerre ou contre l'humanité.

&2. Contribution à la qualification juridique

Les crimes de guerre étant uniquement commis durant un conflit armé, il est alors requis de nous demander d'abord si juridiquement parlant, le Burundi était impliqué dans un conflit armé interne ou international durant les massacres de Ntega et Marangara en 1988 (A). Cela établi, nous chercherons ensuite à déterminer si oui ou non les faits allégués, de la part des éléments Hutu ou des forces gouvernementales, constituent effectivement des crimes de guerre ou contre l'humanité conformément au droit international (B).

1247 Reyntjens, *supra* note 964 à la p. 46.

1248 *Ibid.*

1249 *Ibid.* à la p. 46.

A. La situation au Burundi en août 1988

La qualification de la situation qui prévalait en août 1988 au Burundi a pour but premier d'aider à déterminer si des crimes de guerre pouvaient se commettre en ce moment, et le cas échéant, fixer le droit applicable, à savoir, faire compléter le droit national par le droit international régissant les conflits armés.

Conformément au droit international, pour constituer un crime de guerre, les assassinats, disparitions forcées, tortures et déplacements forcés de populations civiles ainsi que le pillage de leurs biens doivent s'inscrire avant tout dans le cadre d'un conflit armé. Il importe peu cependant que celui-ci présente un caractère international parce que « ce qui est inhumain et, par conséquent, interdit dans les conflits internationaux, ne peut pas être considéré comme humain et admissible dans les conflits civils »[1250].

Nous avons déjà retenu qu'un conflit armé existe lorsque «il y a recours à la force armée entre États ou un conflit prolongé entre les forces armées gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État »[1251]. Il s'ensuit que « pour se prononcer sur l'existence d'un conflit armé interne, [...] il faudra dès lors apprécier à la fois l'intensité du conflit et l'organisation des parties au conflit»[1252]. Si, dans le cadre d'une guerre civile où les civils des deux camps sont protégés par les *Conventions de Genève de 1949*, une infraction est commise par une personne protégée contre une autre personne protégée, il est alors nécessaire d'établir un lien entre cet acte et le conflit armé. À défaut d'existence de ce lien, l'infraction ne constituerait pas un crime de guerre, mais une infraction de droit commun.

Les Professeurs Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, qui ont enquêté sur les massacres de 1988 au Burundi, notent que « le caractère abominable des crises ethniques au Burundi depuis un quart de siècle tient aux tueries auxquelles elles donnent lieu, à la fois sélectives dans le choix de

---

1250 *Le Procureur c. Dusko, alias Dule, supra* note 136, para. 644.

1251 *Ibid.*, arrêt du 2 octobre 1995, para. 70 et 98.
Uhler Coursier, *Commentaire de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, Genève, 1956, à la p. 420.

1252 *Le Procureur c. Akayesu, supra* note 164, para. 620

la catégorie visée par les uns ou les autres et aveugles dans la qualité des personnes tuées (gens aisés et misérables, hommes et femmes, vieux et enfants). Ce qui frappe le plus dans ce qui s'est passé à Ntega et Marangara, c'est le massacre de simples gens par des gens venus des collines proches »[1253]. Tout comme Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, le Professeur Hammouda estime que ce sont des rumeurs sur un massacre imminent, organisé par l'armée tutsi, qui auraient entrainé un mouvement de panique chez les Hutu et des massacres préventifs contre leurs voisins Tutsi[1254]. « L'armée, se fondant sur l'argument du rétablissement de l'ordre, saisit cette occasion pour organiser de véritables expéditions punitives contre les paysans Hutu », estime-t-il[1255].

Pour le représentant, au Rwanda et au Burundi, du Haut commissariat onusien aux réfugiés, monsieur Code Cissé, « on ne peut pas parler de guerre civile, car les armes sont d'un seul coté. C'est devenu un massacre perpétré par l'armée burundaise »[1256].

Pour notre part, nous constatons d'abord que le conflit de Ntega et Marangara se déroule en deux temps successifs, le premier étant une véritable situation de chasse à l'homme généralisée visant à massacrer spécifiquement des civils Tutsi non armés. Le second se déroule entre une armée régulière, les forces gouvernementales, et une bande fantomatique d'insurgés, munis d'armes blanches, que l'on qualifie abusivement de rebelles Hutu. Finalement, alors que les insurgés sont mis hors d'état de nuire, l'armée s'allie les survivants Tutsi pour massacrer sélectivement les civils Hutu non armés.

La question juridique consiste alors à qualifier ces moments pour savoir si l'un et/ou l'autre se qualifie de conflit armé.

1^0. Au départ, signalons qu'avant l'intervention militaire dans le conflit, le seul usage d'arme à feu signalé à Ntega et Marangara en 1988 est celui du commerçant Révérien

---

1253 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 47.

1254 Hammouda, *supra* note 961 à la p. 166.

1255 *Ibid.*

1256 Voir déclaration faite dans le bimensuel panafricain Jeune Afrique, no 1443 publié à Paris, version du 31 août 1988, à la p. 30.

Harushingoro, qui, en tentant de défendre sa famille avec un fusil en sa possession, a fait cinq morts parmi ses assaillants[1257]. Ceux-ci l'avaient attaqué à l'arme blanche comme ils l'ont d'ailleurs fait à l'égard des autres civils Tutsi[1258].

Aucun indice crédible ne permet de savoir si les insurgés Hutu disposaient d'une organisation permettant de s'acheter des fusils et munitions et d'intimer des ordres aux adhérents à leur cause. Mais, les conclusions des experts qui ont enquêté sur les massacres de Ntega et Marangara stipulent que les attaques des insurgés contre des civils Tutsi étaient structurées et suivaient des itinéraires tracés d'avance[1259]. Toutefois, ils notent que « parfois les relais sont prêts. Parfois, la contrainte et l'intimidation sont mises en œuvre pour conduire des Hutu à aller tuer leurs voisins Tutsi »[1260]. En dehors de cette information d'ordre général, nous n'avons pas de preuve convaincante sur l'organisation des insurgés Hutu. La documentation existante ne dit rien sur ces personnes qui exerçaient la contrainte et l'intimidation sur les autres. Par contre, nous savons très bien que les victimes Tutsi n'avaient aucune organisation du tout. Donc nous avons affaire à un groupe d'insurgés, apparemment mal organisés, qui attaque des civils non armés et non organisés durant environ quatre jours de temps.

En ce qui concerne l'intensité des hostilités, elle est certainement importante si on considère le nombre de victimes, environ 2 000 personnes, mais pas eu égard à l'importance des combats. Ceux-ci se résumant en une véritable chasse à l'homme par une foule enragée. Les civils Tutsi ont été attaqués chez eux ou dans des refuges de fortune. Ils ont été massacrés par d'autres civils à l'arme blanche. Il ne s'agit donc pas d'hostilités entre des groupes armés organisés.

Durant cette attaque, le gouvernement burundais et certains rescapés Tutsi avancent que des rebelles armés seraient venus du Rwanda pour attaquer le Burundi ou que les meneurs du mouvement sont des réfugiés Hutu de 1972, à l'instar de « Sebisiha, Gisake, Bandegeye… ,

---

1257 *Ibid.* à la p. 30 et 48.

1258 *Ibid.*

1259 Chrétien, Guichaoua, Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 132.

1260 *Ibid.*

revenus de leur refuge au Rwanda, armés de machettes pour nous exterminer, se disant envoyés par des militaires »[1261]. Toutefois, les observateurs ne rapportent aucune infiltration d'éléments rwandais ou en provenance du Rwanda. La littérature et les enquêtes ex-post menées sur cette crise violente indiquent bien que les insurgés n'étaient pas, à proprement parler, sous la conduite d'aucun commandement responsable connu et qu'ils ne bénéficiaient d'aucun apport ou appui externe[1262]. On ne connaît pas grand chose sur les leaders de la crise de Ntega et Marangara. Les Professeurs Chrétien, Guichaoua et Le Jeune indiquent seulement qu'une personne sur une motocyclette a appelé les Hutu de son voisinage à attaquer leurs voisins Tutsi et qu'il y avait un conflit au sein des représentants locaux de l'UPRONA[1263]. Mais, ces enquêteurs ne fournissent aucun autre indice qui permettrait de savoir si le donneur d'ordres en question assurait ou opérait d'un commandement politico-militaire organisé.

Tout laisse croire qu'il s'agit d'une tension locale avec ses mobiles politiques. Qui plus est, les insurgés n'ont jamais pris le contrôle effectif d'une quelconque partie du territoire du Burundi ou du moins d'une localité de Ntega et Marangara. En tout, leur insurrection n'a duré que quatre jours. En droit international, les insurrections inorganisées et sans lendemain sont exclues du concept de conflit armé[1264].

2^0. Dès l'engagement des militaires dans le conflit qui oppose les civils Tutsi aux civils Hutu à Ntega et Marangara, des grenades incendiaires et des hélicoptères auraient servi au bombardement des colonnes de fuyards et à la dispersion des insurgés[1265]. On signale environ 18 000 victimes. Certains commentateurs laissent croire que ces massacres de civils, qui surviennent alors que les forces armées burundaises s'attaquent aux insurgés ou lorsqu'ils ont fini de les mettre hors d'état de nuire, constituent des crimes de guerre[1266].

1261 *Ibid.* à la p. 99-100.

1262 *Ibid.*

1263 *Ibid.* à la p. 99.

1264 *Le Procureur c. Rutaganda, supra* note 179, para. 92.

1265 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122.

1266 Sylvestre Ntibantuganya, *supra* note 1090.

Nous avons vu que l'armée burundaise est envoyée à Ntega et Marangara à la fois pour maintenir l'ordre et prévenir l'extension du conflit[1267]. Ce qui veut dire qu'aux yeux des autorités burundaises, avec qui nous sommes parfaitement d'accord, ce qui se passe dans cette région se qualifie de tension interne ou de trouble intérieur. Ceci est d'autant plus vrai que les insurgés ne constituent pas un groupe armé dissident comme tel, organisé ou ayant des branchements avec un État étranger dont il serait le prolongement[1268]. Les massacres qui se commettent durant cette étape sont donc des attaques unilatérales dirigées contre des civils spécifiques et n'ayant aucun lien de rattachement avec les hostilités entre civils Hutu et Tutsi.

Comme le dit bien le représentant du Haut commissariat onusien aux réfugiés, « on ne peut pas parler de guerre civile, car les armes sont d'un seul coté. C'est devenu un massacre perpétré par l'armée burundaise »[1269]. Or, nous savons que seuls les massacres de civils perpétrés par l'armée dans le cadre d'un conflit armé peuvent constituer un crime de guerre dans le sens des lois et coutume de la guerre, incluant le Statut de Rome et les CG de 1949[1270]. En l'espèce, cet abus de la force armée au détriment des civils Hutu constitue certes une violation fragrante de droits humains, mais ce n'est pas un crime de guerre, au sens large, parce qu'il n'est pas lié à un conflit armé.

Ceci étant, il nous reste à vérifier si les actes de violence commis respectivement contre les civils Tutsi par certains éléments Hutu et ceux commis contre les civils Hutu par l'armée en 1988 ne constituent pas véritablement des crimes contre l'humanité ou un génocide.

1267 En plus des hélicoptères, vingt deux camions pleins de militaires auraient participé à l'attaque. Voir Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 99.

1268 *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, *supra* note 290.

1269 Voir déclaration faite dans le bimensuel panafricain Jeune Afrique, no 1443 publié à Paris, version du 31 août 1988, à la p. 30.

1270 Statut de Rome, art. 8.

B. La nature véritable des crimes commis en août 1988

Avant de procéder à notre propre qualification des faits, remarquons d'abord que, à l'instar des gouvernements belge, allemand (ancienne RFA), suisse, canadien et américain, ainsi que le secrétaire général de l'ONU, plusieurs gouvernements occidentaux « condamnent les récentes violences survenues au Burundi, en particulier celles commises par les forces armées »[1271]. Ils exigent, non seulement la conduite d'une enquête impartiale, mais aussi la poursuite des militaires et fonctionnaires responsables de ces massacres et l'élimination de la discrimination dont sont victimes les Hutu[1272]. Ils n'ont pas cependant qualifié les faits de 1988 comme étant un crime de guerre, un génocide ou autre crime contre l'humanité. Ils se contentent du terme « violences ».

Les fonctionnaires belges de l'Administration générale de la coopération au développement (AGCD) – plus d'une centaine – qualifient ces violences de génocide et appellent le gouvernement belge à prendre les mesures qui s'imposent[1273].

Au niveau des médias internationaux, le bimensuel indépendant Jeune Afrique et le New York Times parlent « d'une odeur acre et nauséabonde de génocide qui monte dans le ciel des provinces kurdes d'Irak et des vertes collines du Burundi »[1274].

Du point de vue des autorités burundaises, la responsabilité de la crise violente de Ntega et Marangara incombe aux « rebelles Hutu venus de l'étranger (Rwanda) qui ont attaqué les populations Tutsi »[1275]. L'armée n'a fait que ce qui était nécessaire pour amener l'ordre [1276].

1271 Voir par exemple le texte de la Résolution du Congrès Américain, (Hiver 1989) Journal of the African Studies Association, de la p. 27 – 28.

1272 *Ibid.*

1273 Reytnjens, *supra* note 964 à la p. 57.

1274 Texte reproduit dans Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 174.

1275 *Ibid.* à la p. 147.

1276 République du Burundi, Ministère de l'information, Dossier élaboré par les publications de presse burundaise sur l'origine des événements sanglants de Ntega et Marangara, à la p. 13 cité dans Reyntjens, *supra* note 1031 à la p. 49.

Catégoriquement, le gouvernement burundais nie donc toute implication des forces gouvernementales à une quelconque violation de la loi burundaise et internationale. Il réfute tout argument selon lequel ordre aurait été donné pour fusiller les civils qui s'enfuyaient[1277]. De surcroît, le 11 mars 1989, à l'occasion de la fête des Forces Armées, le président Buyoya s'est félicité de ce que « les soldats ont accompli une tache louable »[1278]. Il refuse cependant aux États et organisations de défense des droits humains l'accès au territoire de Ntega et Marangara pour mener leurs propres enquêtes[1279]. En réponse à cette demande d'enquête, le président du Burundi a nommé une commission d'enquête, soi disant indépendante, pour éclaircir la crise violente de Ntega et Marangara[1280]. Son rapport est toujours attendu!

De leur part, les autorités judiciaires du Burundi ont arrêté et emprisonné des dizaines de Hutu pour leur participation dans les événements de 1988 à Ntega et Marangara. Juridiquement, ils sont coupables de meurtres, de subversion et trouble de l'ordre public mais pas de crime contre l'humanité[1281]. Par contre, aucun militaire n'a été mis en cause dans cette crise violente[1282].

Mais, à l'intérieur du Burundi même, des voix se sont élevées pour fustiger les massacres de civils innocents, planifiés d'avance. L'église catholique, par exemple, condamne le soulèvement Hutu et ceux qui l'ont planifié ainsi que la « répression aveugle » des forces de l'ordre[1283]. Elle n'use pas des termes « génocide ou crime contre l'humanité ».

1277 Interview du chef de l'État, le Major Pierre Buyoya, à la presse nationale et internationale le 25 août 1988. Cité par Reytnjens, *Ibid.* à la p. 49.

1278 *Ibid.*

1279 Liboire Kagabo et al., *A propos des récents événements de Ntega et de Marangara, une réflexion critique*, Bujumbura, du Burundi, 1988, à la p. 12.

1280 « Il existe une commission d'enquête qui a été mise sur pied et qui établira les responsabilités. Les responsables seront traduits devant les cours et tribunaux et seront sanctionnes selon la loi burundaise. La sanction sera à la hauteur des méfaits commis ». Ces propos sont du président Buyoya devant la presse au palais présidentiel de Kigobe en date du 24 août 1988. Voir Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 34.

1281 Reytnjens, *supra* note 964 à la p. 75.

1282 *Ibid.* à la p. 65.

1283 Lettre des Évêques du Burundi datée du 22 septembre 1988, dans Reytnjens, *supra* note 964 à la p. 83.

Pour leur part, vingt sept intellectuels Hutu fustigent le fait que l'armée ait provoqué des tensions, mené la répression dans les campagnes et évacué seulement les Tutsi alors qu'elle massacrait les Hutu[1284]. Ces intellectuels nous informent, dans leur document, que lors d'une réunion de l'UPRONA, un participant Tutsi, fort applaudi, aurait déclaré que « pour en finir avec ce problème (Hutu), je proposerais de décimer ce peuple à partir de tout individu âgé de 16 ans et plus, d'exclure de l'enseignement tout le reste et de les réduire ainsi à de simples paysans »[1285]. D'aucuns ne doutent pas que la chasse aux étudiants et élèves Hutu à l'université et dans les écoles secondaires, en 1988, confirment sans équivoque la teneur de ce discours clairement discriminatoire, voire même génocidaire[1286].

Les Professeurs Chrétien, Guichaoua et Le Jeune parlent « d'un scénario programmé de tous bords » mais hésitent à confirmer l'existence d'instructions venant du sommet du pouvoir intimant l'ordre aux militaires de massacrer les civils Hutu[1287]. De même, ils n'adhèrent pas à la théorie de l'existence de bandes armées venues du Rwanda pour déstabiliser Ntega et Marangara. Pour eux, « les leaders ou les groupes moteurs du mouvement sont au Burundi même »[1288]. Ces experts, qui ont enquêté sur cette crise, sont d'avis que « la mobilisation des Hutu dans les deux communes, qu'elle puisse être interprétée comme sociale ou comme ethnique, s'est opérée autour d'un sentiment prédominant de peur. Ils sont ameutés ou racolés au cri de 'les Tutsi attaquent! Il faut prendre les devants!' »[1289].

Dans sa tentative d'expliquer les causes de la crise violente de 1988 à Ntega et Marangara, le Professeur Reytnjens relève également qu' « il y a convergence d'intérêt de deux

---

1284 Lettre ouverte adressée, le 22 août 1988, par 27 intellectuels Hutu au Président de la République, dans Reytnjens, *supra* note 964 à la p. 79.

1285 *Ibid.* à la p. 60.

1286 La doctrine attribue cette chasse au ministre de l'éducation d'alors, le lieutenant colonel Ndiyo, membre du CMSN et extrémiste réputé. Sur ce, voir notamment Reytnjens, supra, note , à la p. 63.

1287 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 134.

1288 *Ibid.*

1289 *Ibid.* à la p. 137.

extrémismes, l'un Tutsi, l'autre Hutu»[1290]. D'une part, estime le Professeur Reytnjens, l'élite Tutsi cherche à détourner l'attention du monde sur les déboires de corruption auxquelles sont impliqués les barons du précédent régime et, d'autre part, empêcher le nouveau régime de faire des concessions aux Hutu dans ses efforts de réconciliation nationale[1291]. Pour ce faire, « la communauté Hutu devient l'ennemi de la nation; il faut la décapiter pour rétablir le dialogue Tutsi menacé d'éclatement »[1292]. Pour sa part, l'extrémisme Hutu, incarné par le PALIPEHUTU trouve le moment approprié pour prendre les devants et réclamer des Hutu l'occupation de plus d'espace politique. Si besoin est, cette organisation propose, dans des termes à peine voilés, de recourir aux massacres de civils Tutsi tel que le démontre le communiqué no 6 dont il a été question plus haut[1293].

Contrairement aux Professeurs Reytnjens, Chrétien et Guichaoua, le Professeur Nyankanzi estime que la violence de Ntega et Marangara n'était pas organisée d'avance, mais spontanée[1294].

2.1. Pour notre part, demandons-nous d'abord si nous disposons suffisamment de preuves qui tendent à démontrer, hors de tout doute raisonnable, que les massacres de civils perpétrés contre le groupe ethnique Tutsi de Ntega et Marangara constituent véritablement un crime contre l'humanité, voir même un génocide dans le sens que le droit international définit ces concepts.

1^0. Pour que les massacres de civils et autres traitements inhumains perpétrés contre les Tutsi de Ntega et Marangara par des insurgés Hutu constituent un crime contre l'humanité comme tel, ils doivent rencontrer les trois conditions requises par le droit international, à savoir (1) s'inscrire dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, (2) dirigée contre une

---

1290 Reytnjens, *supra* note 964 à la p. 47-48.

1291 *Ibid.*

1292 Lettre ouverte de 27 intellectuels Hutu datée du 22 août 1988, *supra* note 1611.

1293 *Ibid.*

1294 Edward L. Nyankanzi, *supra* note 1019 à la p. 42.

population civile (3) en raison notamment de l'appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse des victimes.

En l'espèce, selon la documentation consultée, les insurgés Hutu, armés d'arme blanche (machettes, lances, arcs, houes, flèches à harpons, gourdins,...) ont attaqué tous les Tutsi de Ntega et Marangara, incendié leurs maisons, pillé leurs magasins après avoir coupé les ponts et barré les routes en y jetant des troncs d'arbres afin de prévenir tout secours[1295]. Dans leur attaque, les insurgés tuaient tout Tutsi, peu importe son âge ou sexe. Globalement, cette attaque a fait au moins 2 000 victimes parmi les 20 000 Tutsi que comptait la région en 1988 et fait fuire vers les régions avoisinantes des milliers d'autres[1296].

Nous savons que les premières victimes Tutsi de Ntega et Marangara, à savoir le commerçant Harushingoro et certains notables Tutsi, ont subi des actes inhumains perpétrés de manière isolée, ou des crimes commis à des fins purement personnelles pour des motifs purement politique ou financier. Ces actes ne sont donc pas des crimes contre l'humanité[1297].

Mais, les massacres qui suivent ces cas là ne sont pas commis de manière fortuite. Ils présentent un caractère massif et ils sont menés collectivement: des civils Hutu s'attaquent collectivement aux civils Tutsi, sans aucune distinction en raison de l' âge, du sexe, du statut social ou aucun autre critère. En faisant plus de 2 000 victimes, on peut dire que les massacres de civils Tutsi par des insurgés Hutu revêtent une gravité considérable et qu'ils sont dirigés contre toute personne d'ethnie Tutsi qui se trouve à Ntega et Marangara. Ils visent donc une multiplicité de victimes et non quelques individus.

L'action des insurgés semble coordonnée avec des relais locaux et des discours de mobilisation et de victoire. On peut donc avancer qu'ils disposaient d'un plan, peut-être sommaire, de la suite des événements. Nous ne pouvons cependant pas confirmer si les insurgés Hutu disposaient d'une politique préconçue. Nous croyons qu'au départ il y avait un plan de

---

1295 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 130.

1296 *Ibid.* à la p. 28.

1297 *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana, supra* note 155, para. 122-123.

s'attaquer aux notables locaux et qu'il y a eu un débordement, mais un débordement coordonné dans l'action. Ce n'est pas suffisant pour conclure à une attaque soigneusement organisée et donc systématique. De toute façon, il n'est pas exigé que l'attaque soit à la fois généralisée et systématique[1298]. Il suffit d'être soit l'une ou l'autre. En l'espèce, tout laisse croire que ces massacres procèdent d'un plan d'action de plus grande envergure. Dans ces conditions, nous pouvons conclure au moins que l'attaque des civils Tutsi était généralisée.

Ayant conclu ainsi, nous émettons une certaine réserve à l'avis de certains médias internationaux selon lesquels il s'est passé, au Burundi en 1988, « une jacquerie de paysans miséreux »[1299]. En effet, les enquêtes sur terrain des Professeurs Chrétien, Guichaoua et Le jeune démontrent clairement que la crise de 1988 est le fait des intellectuels et des leaders locaux plutôt que des paysans burundais[1300]. Ce sont les leaders locaux qui ont effectivement entretenu, à travers des listes préétablies de personnes à tuer, des réunions nocturnes et des déclarations publiques incendiaires, le climat de violence. Certes, la détresse profonde des paysans, bâtie par le manque flagrant de ressources économiques, a également contribué au rêve de prendre le lopin de terre du voisin, après l'avoir massacré, mais ce comportement criminel est davantage l'œuvre des discours haineux des leaders locaux.

Par ailleurs, aucune personne percevable comme étant assimilable aux forces armées (soldat, policier, gendarme,....) ne figure parmi les victimes Tutsi. Et pourtant, des militaires camouflés se dissimulaient depuis longtemps parmi la population de Ntega et Marangara. Les villageois se connaissaient et attaquaient par famille selon les indications du voisinage. Il s'agit donc d'une attaque contre une population civile.

Nous notons également qu'aucun Hutu ou Twa n'a été tué ou pillé durant cette attaque. On peut donc dire que les Tutsi de Ntega et Marangara étaient attaqués en raison de leur

---

1298 *Ibid.*

1299 Voir le condensé des différentes positions des médias internationaux sur cette crise, dans Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 de la p. 153 – 174.

1300 *Ibid.*

appartenance ethnique ou leur assimilation au régime politique en place. Ces deux motifs sont discriminatoires.

Dans ces conditions, nous concluons que le massacre de 2 000 civils Tutsi de Ntega et Marangara en 1988 s'inscrit dans le cadre d'une attaque généralisée lancée contre une population civile, en l'occurrence les Tutsi de ces deux communes, en raison de leur appartenance ethnique et de leur supposée appartenance politique. Ils constituent donc un crime contre l'humanité poursuivable comme tel.

2^0. Ayant conclu que les massacres de civils Tutsi de Ntega et Marangara en 1988 constituent un crime contre l'humanité, déterminons maintenant si nous sommes en présence d'un génocide ou d'une tentative de génocide aux termes de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*.

Pour répondre positivement à cette question, nous devons disposer de preuves irréfutables démontrant que les massacres de 1988 ont été perpétrés avec une intention criminelle caractérisée, soit celle de détruire le groupe ethnique Tutsi, en tout ou en partie, comme tel. Sans preuves directes - écrits ou témoignages-, nous rappelons d'avance que l'on peut déduire cette intention spécifique des circonstances, à l'instar des déclarations publiques des instigateurs de ces massacres.

Dans les faits, la destruction physique de la population Tutsi de Ntega et Marangara est importante. En plus des adultes, de nombreux enfants - même les nouveau-nés n'ont pas été épargnés- et vieillards ont été tués. En fait, les assaillants brûlaient tout sur leur passage et tuaient toute personne Tutsi rencontrée. On parle de meurtres d'environ 2 000 Tutsi sur les 20 000 que comptait cette région. Nous n'avons pas l'intention de nous appesantir outre mesure sur *l'actus reus* de ce crime. Il va de soi que ces meurtres et autres atteintes à l'intégrité physique des victimes sont énumérées parmi les interdictions de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* et du droit pénal burundais.

Vérifions alors si le second critère, soit l'identité des victimes comme seul motif de la destruction, est également rencontré. En effet, pour qu'il y ait un génocide, chaque membre du groupe doit être tué pour ce qu'il est, non pour ce qu'il a fait.

En l'espèce, au niveau de l'acte matériel, les éléments Hutu attaquent d'abord le commerçant Révérien Harushingoro et le tuent chez lui. Cet assassinat tend cependant à démontrer que chaque membre du groupe Tutsi n'est pas assassiné, quel que soit son âge ou son sexe, pour son appartenance au groupe Tutsi. En effet, commerçant et politicien local, monsieur Harushingoro est mis en cause dans des déboires de dettes personnelles et de complot pour éliminer ses créanciers[1301]. D'après les enquêteurs, il aurait été tué, avec tous les membres de sa famille, par des assaillants à qui il devait de l'argent et des opposants politiques avec qui il ne s'entendait pas bien au sein de la section locale de l'UPRONA. De même les leaders Tutsi de Ntega et Marangara auraient été tués pour des conflits politiques locaux relatifs aux élections truquées de représentants locaux du parti UPRONA ou certains candidats Hutu se sont fait flouer[1302]. D'ailleurs, ces derniers seraient les véritables meneurs de l'insurrection Hutu.

Ceci dit, nous savons que depuis avril 1988, la doctrine rapporte qu'un climat de tension prévaut dans tout le pays. Elle dénonce des injustices dans l'embauche de fonctionnaires. Au niveau de Ntega et Marangara, un conflit politique basé sur des élections truquées de représentants locaux du parti unique – UPRONA- oppose l'élite (agronomes communaux, directeurs d'écoles primaires, agents de l'administration communale, ...) Hutu aux notables Tutsi. Cela provoque des dissensions profondes au sein des deux communautés à telle enseigne que la doctrine observe, par la suite, des réunions clandestines et des tracts subversifs incitant à la haine ethnique et à l'extermination de Tutsi dans la région de Ntega et Marangara. Des listes nominatives de personnes à tuer auraient circulé. Toutefois, il est fort probable que ces listes concernent uniquement des notables Tutsi ayant un certain lien avec la politique locale.

Nous avons déjà vu que les observateurs attribuent certains tracts aux Tutsi haut placés au niveau du gouvernement qui veulent saper le programme de réconciliation nationale mis en

---

1301 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122.

1302 *Ibid.*

avant par la troisième république. Nous ne pouvons donc pas inscrire ces tracts sous le compte Hutu. Par contre le communiqué no 6 du PALIPEHUTU, avec son langage incendiaire et discriminatoire opère de la préparation d'un climat de violence pouvant atteindre les dimensions d'un génocide. Mais, à lui seul, ce communiqué ne peut démontrer l'existence d'une intention génocidaire puisque, d'une part, ses rédacteurs sont à l'étranger et, d'autre part, ils n'ont pas de lien direct avec la crise de 1988.

Nous ne disposons pas d'écrits– plan ou autres- qui prouveraient l'intention génocidaire des insurgés Hutu. Mais, au niveau des circonstances, Chrétien, Guichaoua et Le Jeune rapportent, dans leur cahier, les propos d'un paysan Tutsi qui affirme que les insurgés traitaient les Tutsi de « cancrelats – *inyenzi* », ou de serpents qu'il faut exterminer dans tout le Burundi[1303]. Ils rapportent également qu'ils auraient déclaré qu'ils ne respireront pas « tant qu'ils n'auraient pas exterminé les militaires Tutsi… à Ngozi d'abord… »[1304]. Les insurgés reprochent aux Tutsi d'avoir accaparé depuis trop longtemps le pouvoir au Burundi[1305]. Le problème est que les villageois Tutsi en présence n'ont jamais exercé le pouvoir et partagent les mêmes conditions misérables avec leurs compatriotes Hutu. Ce reproche s'adresse donc aux notables locaux et non aux Tutsi comme tel.

Les insurgés Hutu auraient également déclaré « palé Gahutu triomphe de palé Gatutsi »[1306] pour dire que le leader du PALIPEHUTU, monsieur Rémi Gahutu, triomphe du président Tutsi, alors le major Pierre Buyoya. D'aucuns ne doutent que ce pamphlet de victoire hypothétique témoigne d'une attaque à caractère politique et ne prouve rien en ce qui concerne l'intention génocidaire d'exterminer les Tutsi[1307].

1303 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 116.

1304 *Ibid.* à la p. 110.

1305 *Ibid.*

1306 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 137.

1307 *Ibid.* de la p. 135-138

Les éléments que nous venons de voir, pris isolément ou mis ensemble, ne démontrent pas, à notre avis, la volonté des auteurs des massacres de civils Tutsi de Ntega et Marangara d'anéantir en tout ou en partie le groupe ethnique Tutsi comme tel. Ils démontrent cependant la volonté d'utiliser la violence pour pousser le pouvoir en place à faire plus de concessions aux Hutu en terme de partage de pouvoir. En terme de politique locale, ces éléments font preuve de la contestation de la représentation au sein de l'UPRONA- un parti unique.

Notre analyse est confirmée par Chrétien, Guichaoua et Le Jeune pour qui les déclarations des insurgés et leurs actions « soulignaient des privilèges (réels ou prétendus) sur les plans culturel et économique, et d'une façon générale le pouvoir tutsi »[1308]. Pour ces chercheurs, et nous partageons ce point de vue, la crise violente de Ntega et Marangara et ses massacres de civils Tutsi s'inscrivent « plutôt dans une confrontation politique locale entre notables Hutu et Tutsi »[1309].

Par ailleurs, l'on peut prétendre qu'en 1988, les massacres étaient circonscrits dans les deux communes de Ntega et Marangara et qu'en conséquence la destruction physique ne visait pas les Tutsi du Burundi comme tel. Cet argument ne serait pas acceptable parce qu'«une personne peut être convaincue de génocide sans pour autant qu'il soit établi qu'un génocide s'est déroulé dans l'ensemble du pays dont il s'agit»[1310].

En conclusion, en 1988, à Ntega et Marangara, le groupe ethnique Tutsi n'a pas fait l'objet de génocide ou de tentative de génocide tel que ces concepts s'entendent en droit international. Ils ont par contre été victimes de crime contre l'humanité.

2.2. Ceci étant, demandons-nous maintenant si les massacres de civils Hutu, de Ntega et Marangara, perpétrés par l'armée et les survivants Tutsi, constituent, à leur tour, un crime contre l'humanité, voir même un génocide ou une tentative de génocide.

1308 *Ibid.*

1309 *Ibid.* à la p. 137.

1310 *Le Procureur c. Akayesu, supra* note 164, para. 129.

1^{0}. Au Burundi en 1988, nous avons déjà établi que les civils Hutu ont été victimes d'assassinats, expulsion de leurs habitations, torture, viol et autres actes inhumains de la part des membres de l'armée déployés sur place. On parle d'environ 18 000 victimes et 60 000 réfugiés.

Pour constituer un crime contre l'humanité, ces actes, criminels en soi, doivent avoir été perpétrés dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile pour un motif souvent discriminatoire, telle que son appartenance ethnique, raciale, politique ou nationale.

Les militaires, tous Tutsi, ont d'abord participé à l'évacuation de survivants Tutsi dans les deux communes de Ntega et Marangara. Par après, ils ont quadrillé, suivant les ordres du gouvernement, cette région et ont entrepris de tirer sur tout ce qui bouge, notamment les colonnes de réfugiés qui partaient vers le Rwanda[1311]. Ils n'avaient pas de listes nominatives des individus à arrêter ou tuer. Ils s'attaquaient donc à tout Hutu et non à quelques individus pris isolément. En l'espace de quelques jours, 18 000 personnes ont été massacrées, soit un nombre faramineux de victimes.

Au regard de la réaction des militaires, tirant systématiquement sur tout ce qui bouge alors qu'ils étaient au courant que Ntega et Marangara se sont vidés de leur population Tutsi, Amnesty international estime que « leurs ordres ne furent pas seulement de mettre fin aux désordres, mais d'effectuer des exécutions massives de membres de la communauté Hutu (...). Les troupes furent engagées dans une répression dirigée contre la population civile Hutu dans son ensemble et exercée dans le but de les punir et éliminer plutôt que de restaurer l'ordre»[1312]. Amnesty international, qui a bien documenté les massacres de 1988, indique qu'en répondant à des ordres gouvernementaux de quadriller la région et d'user de la force pour prévenir l'extension du conflit, les soldats ont fait jusqu'à 18 000 meurtres[1313]. Ils visaient tout Hutu et non seulement les insurgés, pour cause ceux-ci ne sont pas identifiables. Et d'ailleurs, aux dires

---

1311 Rapport d'Amnesty International, *Burundi: Killings of Children by Government Troops*, Octobre 1988, à la p. 7.

1312 *Ibid.* à la p. 3.

1313 *Ibid.*

de cette organisation, le gouvernement aurait donné l'ordre de tirer sur les fuyards pour les empêcher de sortir du Burundi[1314]. Malheureusement, d'autres civils Hutu, qui ne faisaient pas nécessairement partie des insurgés ou des fuyards, ont été victimes de cette attaque simplement parce qu'ils étaient Hutu. En effet, lorsque la campagne de bombardement s'est calmé, les militaires se sont mis à pourchasser les personnes assimilables aux insurgés dans les villages. Toutefois, dans la plupart des cas, les interventions militaires ont été piégées ou biaisées par des paysans qui réglaient leurs propres comptes au niveau local pour des motifs fonciers ou autres ou qui visaient un avantage inhérent à la disparition d'un voisin[1315].

Tous ces éléments mis ensemble nous laissent croire que les massacres de civils Hutu de Ntega et Marangara ont été soigneusement organisés par les notables Tutsi qui ont fait venir l'armée et qui l'ont bien déclaré dans leurs interventions publiques d'avant conflit. Il est aussi quasi certain que le gouvernement, qui a décidé de l'envoi de l'armée sur place, aurait donné l'ordre de tirer sur les civils, plus particulièrement les insurgés et les fuyards pour prévenir l'extension du conflit et empêcher des milliers de gens de s'exiler vers les pays voisins[1316].

Vu l'importance de l'attaque, des camions pleins de militaires appuyés par des bombardements en hélicoptères, l'intervention militaire présente sans nulle doute un caractère massif, mené collectivement, il revêt une gravité considérable et est dirigé contre une multiplicité de victimes. On ne peut donc pas parler d'actes inhumains perpétrés de manière isolée, ou commis de manière fortuite. Toutefois, il y a ici et là des tueries et pillage commis à des fins purement personnelles. Ceux-là ne procèdent pas d'un crime contre l'humanité.

Dans ces circonstances, il s'agit alors d'une attaque en bonne et due forme d'une population civile sur base des motifs discriminatoires d'ordre ethnique et politique suivant le plan gouvernemental et des notables locaux. En conséquence, ces actes de violence contre des

---

1314 *Ibid.* à la p. 4.

1315 Voir les exemples dans Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 à la p. 145.

1316 Rapport d'Amnesty International, *Burundi: Killings of Children by Government Troops*, Octobre, 1988.

civils Hutu en 1988 à Ntega et Marangara peuvent être qualifiés de crimes contre l'humanité et poursuivis comme tels.

3^0. Posons-nous maintenant la question de savoir si le groupe ethnique Hutu comme tel a fait l'objet d'un génocide ou d'une tentative de génocide de la part de l'armée et des survivants Tutsi en 1988 au Burundi.

Le mot «génocide» véhicule une telle charge émotive que tous les groupes victimes de meurtres massifs ou collectifs ont tendance à considérer qu'ils ont subi un génocide[1317]. Mais, ce crime s'accomplit dès lors que l'on observe une destruction délibérée d'êtres humains pris individuellement en raison de leur appartenance à une collectivité humaine - nationale, raciale, ethnique ou religieuse - comme telle[1318].

Dans le cas de la destruction de Hutu de Ntega et Marangara en 1988, la présence de militaires et de gendarmes en civil bien avant le conflit, l'exode massif de Tutsi de Marangara vers Ntega quelques jours avant l'attaque Hutu ainsi que certaines déclarations publiques des insurgés et celles des autorités locales, du moins pris ensemble, révèlent, pour nous, une intention caractérisée de liquider les Hutu de cette région, ou du moins l'élite locale.

En 1988, l'armée burundaise avaient un lourd passé criminel. Après la crise violente de 1972, l'on pouvait craindre le pire, c'est-à-dire la répétition d'un génocide. Avant son arrivée massive à Ntega et Marangara, les massacres n'avaient pas commencé même si les deux groupes ethniques doutaient d'un éclatement. Il n'était donc pas légitime d'intervenir. Les politiciens pouvaient désamorcer la crise sans intervention militaire. Sa présence massive, sans aucun élément Hutu ne pouvait rassurer l'ensemble de la population. Par contre, elle a aggravé un problème latent, en partie sous-estimé: la criminalité des villageois sur fonds d'une pauvreté

[1317] Intervention d'Yves Ternon lors du colloque « Apprendre et se souvenir: Holocauste, génocide et crime d'État organisé au vingtième siècle », qui eut lieu à Berlin, du 12 au 15 mars 2003. Disponible au http://www.imprescriptible.fr/dossiers/ternon/perception-prevention Dernière visite: Le 1er mai 2008.

[1318] *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, art. 2.

manifeste. L'engagement de l'armée au côté des survivants Tutsi fournit à ces derniers l'occasion de se venger par l'extermination des Hutu qui n'ont pas pris la fuite vers le Rwanda.

Aux tueries collectives de civils Hutu s'ajoutent les déclarations publiques antérieures et les listes de Hutu à tuer. Au demeurant, l'administrateur communal de Marangara, monsieur Emmanuel Kajambere, a publiquement déclaré que « *umuntu ararima urwiri, mugabo iy'agiye guteragira ibiharage, hatangura kumera urwiri* – si on cultive du chiendent, même si après on plante des haricots, c'est le chiendent qui prospère»[1319]. Le chiendent est réputé être de la mauvaise herbe. Les haricots ne peuvent pas survivre en sa présence, il faut l'arracher, la brûler et l'éliminer totalement des champs si l'on veut s'assurer d'une bonne récolte. Dans ce sens, la déclaration du notable Tutsi témoigne du refus de la politique de réconciliation nationale entre les deux communautés que propose la 3^{e} République et d'un projet génocidaire.

En rapprochant le dicton de l'administrateur communal sur le chiendent et la fable sur le fagot de bois qu'il faut briser en cassant un par un[1320], il y a lieu de déboucher sur la conclusion qu'effectivement ce leader local appelle au génocide des Hutu et que du côté Tutsi, certains groupes extrémistes avaient prévu d'avance la possibilité de la répression des Hutu au point d'atteindre les proportions « d'une solution finale »[1321]. Mais, les tueries sont l'œuvre de militaires venus d'ailleurs et suivant des ordres autres que ceux émis localement. Les villageois Tutsi de Ntega et Marangara téléguident certes ces militaires, mais uniquement vers des cibles dont ils veulent s'accaparer les propriétés ou se venger. Aucune intention exterminatrice n'est alors observée de leur part.

Dans ces circonstances, nous ne croyons pas disposer de suffisamment de preuves pour conclure que les Hutu de Ntega et Marangara ont fait l'objet d'un génocide ou d'une tentative de génocide. Ils ont été victime d'un crime contre l'humanité.

1319 Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, *supra* note 122 de la p. 120 –121 et 138.

1320 En 1972, Micombero aurait proposé de casser un fagot de bois en cassant une unité à la fois pour être méthodique et efficace. Par unité, on entend le Hutu alors que par fagot, on sous-entend leur majorité numérique.

1321 Filip Reyntjens, *supra* note 1031 à la p. 6.

Section 3. Les massacres qui ont suivi le coup d'État d'octobre 1993

Le rétablissement des faits permet de constater qu'immédiatement après l'assassinat du président démocratiquement élu et de ses proches collaborateurs, en date du 21 octobre 1993, certains éléments Hutu se sont livrés à des massacres à grande échelle de civils Tutsi et, en retour, une répression disproportionnée de Hutu, de la part de l'armée burundaise, a causé des milliers de morts (& 1). Juridiquement parlant, nous chercherons à déterminer si ces massacres et cette répression se qualifient de crime de guerre et/ou contre l'humanité, voire de génocide (& 2).

&1. Rétablissement des faits

Entre le 21 octobre et fin décembre 1993, les massacres de Tutsis par certains éléments Hutus d'une part (A) et de Hutus par les soldats d'autre part (B) se généralisent simultanément au Burundi, faisant des milliers de victimes dans les deux communautés. Ces massacres ont plongé le Burundi dans une guerre civile qui a duré de 1994 à 2006 et durant laquelle des crimes graves ont été commis en totale impunité[1322].

A. Les massacres de civils Tutsi

Le 21 octobre 1993, des militaires Tutsi se sont emparés du pouvoir en séquestrant d'abord le président démocratiquement élu ainsi qu'un certain nombre de ses collaborateurs[1323].

Aussitôt ces dignitaires mis en état d'arrestation, « un comité de gestion de la crise », devenu par après le « Conseil national de salut public », a été constitué au quartier général de l'armée sous la présidence d'un certain François Ngeze, député à l'assemblée nationale, membre

---

1322 Luc Claessens, « Burundi: Various reports on human rights violations; Future Government-ONUB collaboration », (2006) 21 Monthly Publication of the European Network for Central Africa (EURAC), à la p. 4.

1323 Sont assassinés, entre autres, le Président de la République, le Président et le Vice Président de l'Assemblée Nationale, le Ministre de l'Intérieur, le ministre des affaires étrangères et l'Administrateur Général de la Documentation Nationale et des Migrations (service national des renseignements).

du parti UPRONA[1324]. Ce comité a, par la suite, ordonné aux commandants militaires dans les provinces d'arrêter les gouverneurs civils, généralement Hutu, et de les remplacer[1325].

Lorsque les Burundais ont appris le coup d'État, annoncé sur des radios étrangères, presque partout dans le pays, des arbres sont abattus et des ponts coupés pour bloquer les routes. En de nombreux endroits du Burundi, des adultes Tutsi de sexe masculin ainsi que les Hutu membres actifs de l'UPRONA sont rassemblés et pris en otages dans des endroits bien déterminés[1326]. Le pillage de leurs biens commence dès le moment où les otages sont capturés[1327].

Le lendemain, lorsque l'assassinat du président et de ses proches collaborateurs sont confirmés sur des radios étrangères, captées au Burundi, « l'assassinat des otages a commencé »[1328]. Il a pris de l'ampleur au fil des jours, « au point que des familles Tutsi entières étaient abattues»[1329] par certains civils Hutu « souvent après y avoir été incités par les dirigeants politiques ou des membres de l'administration locale, membres du parti FRODEBU »[1330]. Certains magasins de Tutsi ont été pillés, après avoir rassemblé et massacré leurs propriétaires. Les maisons des Tutsis ont également été mises à sac et incendiées. Dans certains endroits, des femmes Tutsi ont été épargnées, encore qu'elles aient souvent été violées ou séquestrées. Dans certaines localités, « les Hutus ont déclaré que les autorités de la commune leur avaient ordonné de tuer les Tutsis »[1331].

1324 *Ibid.*, para 96.

1325 *Ibid.*

1326 Voir notamment le rapport de la CEI, para. 464 et 465.

1327 *Ibid.*, para. 467.

1328 *Ibid.*, para. 97.

1329 *Ibid.*, para. 99.

1330 *Ibid.*

1331 Rapport de la CEI, para. 261.

La CEI parle d'un véritable carnage dans le pays[1332]. Ce nouveau pogrom aurait fait autour de 35 000 victimes Tutsi en l'espace de moins de trois mois, avant de déboucher sur une guerre civile. En guise de méthode d'extermination, la plupart des corps ont été jetés dans les fosses communes ou dans les rivières, notamment l'Akanyaru. Les commentateurs notent que les Hutus de l'UPRONA qui avaient été également appréhendés ont été remis en liberté alors que les Tutsi étaient systématiquement massacrés[1333].

B. Les représailles contre des civils Hutu

Dans le soi-disant but de ramener l'ordre et pacifier le pays, les militaires burundais se sont déployés sur tout le territoire national. Après avoir dégagé les routes coupées par des arbres abattus, ces militaires auraient, le long de leur trajet, porté secours aux survivants Tutsi, mais aussi tué certains individus ayant commis des actes de pillage ou des massacres de Tutsi. Ils auraient également ouvert le feu sans distinction sur tout Hutu et tué le plus grand nombre possible[1334].

Des reportages crédibles les accusent de meurtre systématique, d'attaques disproportionnées et sans objectif militaire contre des villages, de viols, de torture, de déplacement forcé de civils – et j'en passe[1335]. En général, ces attaques étaient dirigées contre des civils Hutu, sous-prétexte qu'ils refusent de reconnaître le nouveau régime et revendiquent le retour à la légalité constitutionnelle[1336].

1332 *Ibid.*, para. 100.

1333 *Ibid.*

1334 *Ibid.*, para. 446 et 468.

1335 Voir surtout Human Rights Watch, International Federation of Human Rights, Ligue des Droits de la Personne dans la Région des Grands Lacs, Organisation Mondiale Contre la Torture, Centre National pour la Coopération au Développement, Nationaal Centrum Voor Ontwikkelingssamenwerking, Novib, « Rapport Final de la Commission Internationale d'Enquête sur les Violations des Droits de l'Homme au Burundi depuis le 21 octobre 1993 », 5 Juillet, 1994.

1336 *Ibid.*

&2. Contribution à la qualification juridique des massacres de 1993

Dans ce second paragraphe, nous cherchons d'abord à savoir si juridiquement parlant, le Burundi était dans un conflit armé de nature interne ou internationale entre octobre et décembre 1993 (A), ensuite nous tentons de qualifier juridiquement les massacres commis durant cette même période (B).

A. La situation au Burundi entre octobre et décembre 1993

L'étape primordiale de la qualification juridique des massacres d'octobre à décembre 1993 de populations civiles consiste à s'assurer si, oui ou non, le Burundi se trouvait dans une situation de conflit armé. Ceci ayant pour but premier d'aider à déterminer si des crimes de guerre pouvaient se commettre en ce moment. En effet, ces crimes là ne peuvent se commettre que dans le cadre d'un conflit armé.

Pour savoir si entre octobre et décembre 1993, le Burundi était dans une situation de conflit armé, nous devons prouver qu'il y a eu recours à la force armée entre États ou un conflit prolongé entre les forces armées gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein de l'État burundais[1337]. À des fins de cette détermination, nous savons déjà qu'il faut apprécier, cas par cas, à la fois l'intensité du conflit et l'organisation des parties au conflit[1338]. En effet, « les situations de tensions internes et de troubles intérieurs, ainsi que les insurrections inorganisées et sans lendemain en sont à exclure»[1339].

Le 21 octobre 1993, les militaires burundais commettent un coup d'État bien organisé contre les institutions démocratiques nouvellement mises en place. Au niveau des villages, les civils Hutu réagissent en brisant les ponts et bloquant les routes afin d'empêcher aux militaires de se déployer librement dans le pays. Ils prennent également en otage les adultes mâles Tutsi et

---

1337 *Le Procureur c. Dusko Tadic, supra* note 136, 2 octobre 1995, para. 70 et 98;
Uhler Coursier, *Commentaire de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, CICR, Genève, 1956, à la p. 420.

1338 *Le Procureur c. Akayesu, supra* note 164, para. 620.

1339 *Le Procureur c. Rutaganda, supra* note 179, para. 92.

les jeunes de plus de 16 ans qu'ils tuent lorsqu'ils apprennent que leurs élus ont été assassinés. Ces tueries s'étendent aux femmes et enfants au fil du temps jusqu'à faire en moyenne 500 victimes par jour durant les 70 jours qui suivent le coup d'État.

En guise de représailles, des militaires, purement Tutsi, lancent une opération de nettoyage d'envergure visant à éliminer, à travers tout le Burundi, les membres du FRODEBU, qu'ils accusent d'être de véritables génocidaires[1340]. Ces représailles se seraient généralisées à tout civil Hutu parce que, dans l'ensemble, les Hutu refusent de reconnaître le nouveau régime militaire. Elles auraient fait autour de 40 000 victimes parmi les Hutu du Burundi en moins de trois mois[1341].

Eu égard à ce qui précède, il est manifeste que nous n'avons pas affaire à l'usage de la force armée entre États puisque les forces armées burundaises ne s'affrontent pas avec une autre armée étrangère. Il n'y a pas, non plus, de conflit prolongé entre les forces armées burundaises et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein de l'État burundais. En effet, les civils burundais tuent d'autres civils alors que les forces armées attaquent des civils spécifiquement Hutu qui résistent au coup d'État. L'État burundais, du moins le pouvoir putschiste dans tout ce qu'il a comme légitimité et place *de facto*, utilise la force armée pour maintenir l'ordre là où il est totalement troublé, notamment dans les communes où la prise d'otages et leurs tueries font rage et comme une mesure préventive, afin de maintenir le respect de la loi et de l'ordre, là où la situation est relativement calme.

Dans ces conditions, nous pouvons conclure qu'il sévit au Burundi, une situation de tensions internes et de troubles intérieurs ou du moins une insurrection inorganisée contre le coup d'État militaire. Or, nous savons bien que de telles situations sont à exclure du concept de conflit armé[1342]. Cette conclusion nous permet d'affirmer alors qu'aucun crime de guerre n'a été

1340 Rapport S/1996/682 de la Commission internationale d'enquête de l'ONU sur de la mission d'évaluation concernant la création d'une commission d'enquête judiciaire internationale pour le Burundi, 11 mars 2005 (Rapport Kalomoh).

1341 *Ibid.*

1342 *Le Procureur c. Rutaganda, supra* note 184, para. 92.

commis entre octobre et décembre 1993 au Burundi puisque de tels crimes exigent un lien de connexité avec un conflit armé.

Cela étant, vérifions, ci-après, si les massacres de civils commis durant cette période rencontrent les critères de crime contre l'humanité ou de génocide.

B. La nature véritable des crimes commis en 1993

Avant d'apporter notre contribution à la qualification des massacres de civils Tutsi par des éléments Hutu et ceux de civils Hutu par l'armée putschiste, voyons d'abord le point de vue de la doctrine, du gouvernement burundais et des organisations ou consulats étrangers qui se sont penchés sur la nature de ces faits.

Le 28 août 1995, le Conseil de Sécurité de l'ONU a mandaté le Secrétaire Général de l'ONU, alors le Dr. Boutros Boutros Ghali, « d'établir les faits concernant l'assassinat du Président du Burundi, ainsi que les massacres et les autres actes de violence graves qui ont suivi cet assassinat; recommander des mesures de caractère juridique, politique ou administratif, ainsi que des mesures visant à traduire en justice les responsables de ces actes»[1343] . Celui-ci a immédiatement dépêché sur place une Commission d'Enquête Internationale (CEI) à cet effet.

Dans son rapport, la CEI conclut sans équivoque qu'elle dispose des éléments de preuve suffisants « pour établir que des actes de génocide ont été perpétrés contre la minorité Tutsi à l'instigation et avec la participation de certains militants et responsables Hutu du FRODEBU, y compris au niveau des communes »[1344]. Toutefois, « les éléments de preuves ne permettent pas de déterminer si ces actes avaient été planifiés ou ordonnés par des dirigeants au niveau supérieur ... Même si ces preuves manquent, les éléments indirects permettent de conclure que

---

1343 Voir la Résolution 1012 (1995), Conseil de sécurité, 3571e séance, le 28 août 1995, art. 1.

1344 Rapport S/1996/682 de la Commission Internationale d'enquête de L'ONU sur le Burundi, para. 483.

certains membres haut placés du FRODEBU avaient planifié une riposte face à un coup d'État de l'armée »[1345]. La CEI ne publie cependant pas le contenu de sa preuve.

En ce qui concerne les massacres de civils Hutu, la CEI constate que « les Hutu sont systématiquement victimes de tueries indiscriminées par l'armée burundaise »[1346]. Elle est d'avis que des preuves existent en nombre suffisant pour affirmer que ces massacres constituent des crimes contre l'humanité[1347]. La CEI conclut finalement que « l'assassinat du Président Melchior Ndadaye et ses collaborateurs a été prémédité dans le cadre d'un coup d'État préparé et exécuté par des officiers haut placés de l'armée burundaise[1348]. La CEI n'identifie toutefois pas ces personnes.

Du côté judiciaire, les autorités ont préventivement arrêté 9.500 civils Hutu pour avoir apparemment participé aux massacres de Tutsi de 1993[1349]. Ils en ont jugé, condamné à mort et exécuté six parmi eux[1350]. En tout, seulement vingt pour cent auraient été jugés. Des milliers d'autres, qui attendaient leur procès, ont été récemment libérés, au titre de l'amnistie provisoire prévue par les Accords de paix d'Arusha[1351]. En fait, aux yeux des autorités actuelles de Bujumbura, ces détenus étaient des prisonniers d'opinion et non des criminels. Pour le Professeur Stef Vanderginste, la question se structure comme suit:

> Thousands of Hutu suspects were arrested – very often on an arbitrary basis – and spent years in pre-trial detention – almost systematically in violation of the Code of Criminal Procedure – for their alleged involvement in the 1993 massacres. What constituted a systematic and repressive abuse of criminal procedure for the

---

1345 *Ibid.*, para 484 et 485.

1346 Rapport S/1996/682 de la Commission Internationale d'enquête de L'ONU sur le Burundi.

1347 *Ibid.*

1348 *Ibid.*, para. 215.

1349 Déogratias Nimpagaritse, *Le conflit ethnique au Burundi, Causes, Soubassements et Limites du Processus démocratique*, Thèse de doctorat en sciences politiques, Université de Gand, Belgique, 2004. [non publiée].

1350 Jean Baptiste Nyakiki, « La problématique des prisonniers politiques au regard du droit », (2006) 8 : 9 Nouvelle Revue du Droit du Burundi, de la p. 82 - 87.

1351 *Ibid.*

suspects and their relatives, was – at the same time - by others experienced and denounced as a failure to render justice to victims and their families[1352].

À ce jour, aucun militaire burundais n'a été arrêté pour avoir participé dans la répression violente qui a suivi le coup d'État de 1993. Il faut dire que selon les autorités burundaises de cette époque, «l'opération de nettoyage [lancé par ses militaires] n'avait rien de génocidaire puisqu'elle visait à éliminer les Hutu du FRODEBU, les seuls véritables génocidaires»[1353]. Par contre, en ce qui concerne le coup d'État *per se*, les magistrats burundais chargés de l'affaire *Ndadaye* ont jugé coupables un certain nombre d'officiers de grade peu élevé, mais ont acquitté plusieurs officiers supérieurs ou de stature politique plus importante[1354].

2.1. Pour notre part, débutons notre analyse en vérifiant si les massacres de civils Tutsi, commis par certains éléments Hutu entre octobre et décembre 1993, rencontrent les critères d'un crime contre l'humanité ou d'un génocide tel que l'exige le droit international.

1^0. Pour que les massacres de civils Tutsi de 1993 constituent un crime contre l'humanité comme tel, ils doivent s'inscrire dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique, être dirigés contre une population civile et avoir été commis en raison de l'appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse des victimes.

Au Burundi en 1993, depuis le coup d'État, les Hutu ont pris en otages presque tous les adultes de sexe masculin dans les différentes régions du pays. Lorsqu'ils ont su que leur président élu et ses collaborateurs ont été assassinés, ils ont également entrepris d'assassiner leurs otages et tout Tutsi qu'ils attrapaient « au point que des familles Tutsi entières étaient abattues»[1355]. Les biens des victimes ont été pillés et souvent incendiés. Plusieurs femmes Tutsi

---

1352 Stef Vanderginste, « Transitional Justice for Burundi: a Long and Winding Road », dans Kai Ambos, Judith Large et Marieke Wierda, dir., Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Conflict Resolution and Development, Heidelberg, Springer, 2008, à la p. 412.

1353 Rapport S/1996/682 de la Commission Internationale d'enquête de L'ONU sur le Burundi.

1354 Alfred Wasike, « Ndadaye Murder Plot Exposed », New Vision, 17 novembre 1997, à la p. B 2.

1355 Rapport S/1996/682 de la Commission Internationale d'enquête de L'ONU sur le Burundi, para. 99.

ont été violées ou séquestrées[1356]. En tout, 35 000 civils Tutsi sont tués. Durant 70 jours, le pays vit, selon les termes de la CEI, un véritable carnage[1357]. En fin de compte, la plupart de Hutu qui résistent au putsch se transforment en véritables groupes dissidents bien organisés et affrontent militairement l'armée burundaise. La crise se boucle alors par l'éclatement d'une véritable guerre civile qui va durer de 1994 à 2006.

En premier, nous devons déterminer si l'attaque lancée par les éléments Hutu contre des Tutsi est généralisée ou systématique, c'est-à-dire si elle revêt une gravité considérable et est dirigée contre une multiplicité de victimes[1358] ou si elle est perpétrée en application d'une politique ou d'un plan préconçus[1359].

La prise des otages, leur massacre et le pillage de leurs biens s'adressent à tous les adultes Tutsi de sexe masculin à travers tout le Burundi et non à quelques individus. Par après, ces massacres se sont étendus aux femmes et enfants Tutsi. Le caractère généralisé de ces massacres résulte du fait qu'ils s'adressent collectivement à tout Tutsi et non à quelques individus. Le bilan provisoire de 35 000 victimes en fait foi.

Pour savoir si les Tutsis n'ont pas été massacrés dans un accès de violence, mais systématiquement, leurs massacres doivent avoir été commis en exécution d'un plan ou d'une politique préconçu. Pour prouver l'existence préalable de ce plan ou de cette politique, nous rappellerons « qu'au moment où ces actes de violence se sont produits, aucune possibilité de communication n'existait entre les civils au niveau des communes ou à un échelon inférieur — les téléphones et la station de radio ne fonctionnant pas — la similitude de comportements inhabituels dans des endroits très éloignés les uns des autres pouvait constituer un indice de préméditation»[1360].

1356 Maniragaba Balibutsa, *Une archéologie de la violence en Afrique des Grands Lacs*, Libreville, du CICIBA, 1999, à la p. 48.

1357 Rapport S/1996/682 de la Commission Internationale d'enquête de L'ONU sur le Burundi, para. 100.

1358 *Le Procureur c. Akayesu, supra* note 164, para. 580;
Voir *Le Procureur c. Rutaganda, supra* note 179, para. 69.

1359 *Le Procureur c. Bagilishema, supra* note 151, para. 77.

À voir que presque partout dans le pays, des mâles Tutsi adultes sont pris en otage nous permet de conclure que les Hutu, du moins les meneurs de la résistance, à savoir « certains membres haut placés du FRODEBU, avaient planifié à l'avance une riposte face à l'éventualité bien réelle d'un coup d'État de l'armée, que cette riposte consistait notamment à barrer les routes et à armer les Hutus, à prendre en otages des hommes et des jeunes hommes tutsis et que ce plan avait été connu d'avance de certains membres locaux du FRODEBU occupant des postes de responsabilité, y compris au niveau des communes[1361].

Dès lors que les responsables du FRODEBU avaient un plan préétabli ou une politique claire, advenant un putsch militaire, de prendre en otages des hommes et des jeunes hommes Tutsi, certainement qu'ils avaient aussi le plan qui suivrait si les militaires putschistes refusaient de négocier avec eux la libération des otages. Nous sommes d'avis qu'ils avaient prévu alors de les tuer pour forcer les militaires à remettre le pouvoir aux civils.

Dans ces conditions, les massacres de Tutsi, qui ont suivi le coup d'État d'octobre 1993, sont systématiques et généralisés. Il ne s'agit pas « de réactions spontanées, simultanées, de la masse des agriculteurs hutus dirigées contre leurs voisins » comme le suggèrent certains commentateurs[1362].

Par ailleurs, lesdits massacres étaient dirigés totalement contre la population civile Tutsi. Aucun militaire, gendarme ou policier n'a été attaqué. Personne parmi les victimes n'était armée et disposée à combattre. Ce sont de simples villageois surpris chez eux par leurs ravisseurs, regroupés dans des coins précis et finalement collectivement massacrés. De plus, les civils Tutsi étaient attaqués en raison de leur appartenance au même groupe ethnique que les militaires qui ont commis le coup d'État, en l'occurrence le groupe ethnique tutsi.

1360 Rapport S/1996/682 de l'ONU au Burundi, para. 218.

1361 *Ibid*, para. 485.

1362 Jean-François Médard, « Rwanda - Burundi: les racines de la violence », (1999) 13 L'Afrique en direct 83, à la p. 87.

En conclusion, il existe suffisamment de preuves pour établir que les massacres de civils Tutsi par certains éléments Hutu burundais, entre octobre et décembre 1993, sont véritablement constitutifs de crimes contre l'humanité.

2^0. Cela étant, vérifions si ces massacres de civils Tutsi ne constituent pas également un génocide ou une tentative de génocide.

Aux termes de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, le génocide s'entend, entre autres de meurtre et autres atteintes à l'intégrité physiques de membres d'un groupe ethnique, national, racial ou religieux commis dans l'intention de détruire ce groupe, en tout ou en partie, comme tel[1363].

En l'espèce, des éléments Hutu ont commis, en plus d'atteintes à l'intégrité physique de plusieurs milliers de Tutsi burundais, environ 35 000 meurtres contre des Tutsi à partir du moment qu'ils ont su que le Président Ndadaye avait été tué et que son gouvernement avait subi un putsch. Ces actes, interdits en droit international et en droit burundais, peuvent constituer un génocide s'il est établi qu'ils ont été commis dans l'intention de détruire le groupe Tutsi en tout ou « un nombre assez élevé par rapport à l'effectif total de ce groupe, ou encore une frange importante de ce groupe, telle que ses dirigeants»[1364].

Nous ne disposons pas de preuves directes – plans ou autres écrits ou témoignages certains – qui prouveraient hors de tout doute raisonnable qu'en commettant lesdits meurtres et prises d'otages, leurs auteurs avaient l'intention de détruire le groupe ethnique Tutsi «comme tel», « c'est-à-dire comme entité séparée et distincte, et non simplement quelques individus en raison de leur appartenance à ce groupe»[1365].

1363 Voir l'article II.

1364 *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana, supra* note 155, para. 96-97.

1365 *Le Procureur c. Bagilishema, supra* note 151, para. 64.

Il est cependant acquis que les responsables du FRODEBU avaient un plan préétabli, advenant un putsch militaire, de prendre en otages des hommes et surtout des jeunes hommes Tutsi, de les regrouper en des endroits précis, les séquestrer et les utiliser comme monnaie d'échange contre le retour à la légalité constitutionnelle[1366]. Il est également envisageable que ces leaders Hutu avaient aussi le plan d'exécuter leurs otages si les putschistes refusaient de négocier avec eux. Un tel scénario nous semble réaliste et plus que probable. Pour preuve, dans un article faisant suite à l'entrevue que le président Ndadaye a accordée, en septembre 1993, à l'hebdomadaire « The Africa Report », le journaliste conclut son rapport en insinuant que « if Ndadaye were assassineted, every Tutsi family will lose at least one of its members »[1367].

Advenant son existence, nous conclurons que la prise d'otage et ultimement les massacres de males Tutsi âgés de plus de 16 ans n'opèrent pas « de réactions spontanées, simultanées, de la masse des agriculteurs », mais suivent un plan. Nous signalons cependant que les Hutu qui étaient sur place, à qui nous avons demandé un avis, affirment qu'il s'agissait d'une simple manifestation de colère, sans véritable organisation, liée à l'assassinat du président Hutu démocratiquement élu et ses collaborateurs[1368]. Les Tutsi disent le contraire[1369].

La tranche de mâles Tutsi, âgés de 16 ans et plus, constitue une frange importante du groupe Tutsi burundais ou une partie substantielle de ce groupe. Nous notons qu'effectivement 35 000 individus ont été détruits en exécution de ce plan. Nous sommes alors d'avis que l'intention de détruire la frange de mâles Tutsi âgés de 16 ans et plus constitue sans nulle doute une intention génocidaire au sens de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Cette intention, à défaut d'aveux de la part d'un accusé, se déduit de « l'échelle des atrocités commises » et du caractère général de ces atrocités au Burundi en 1993[1370].

1366 Rapport S/1996/682: Enquête de l'ONU au Burundi, 24 Sept.1996, *supra* note 1372.

1367 Voir l'analyse dans Edward L. Nyankanzi, *supra* note 1019 à la p. 47.

1368 Entrevue avec Tharcisse Sibomana, 18 avril 2008, avec Innocent Nsavyimana, le 22 mai 2008.

1369 Lire notamment Maniragaba Balibutsa, *supra* note 1356 à la p. 48.

1370 *Le Procureur c. Akayesu*, *supra* note 164, para. 523-524.

Par ailleurs, le Professeur Nyankanzi rapporte les propos de certains responsables Hutu (ministres, administrateurs de province, directeurs d'écoles qu'il identifie) appelant les Hutu à massacrer leurs voisins Tutsi[1371]. Un membre du clergé Hutu, interrogé par la commission internationale d'enquête de 1995, rapporte les paroles d'un tueur Hutu: «en 1972, ils nous ont eus; ils ne nous auront plus»[1372]. Sommé de ne plus « verser de sang, un autre répond: depuis 1972, c'est notre sang qui a été versé. Aujourd'hui on apprend que le Président Ndadaye a été tué. S'ils ont pu faire cela, demain ce sera nous [...] »[1373]. Ces propos indiquent bien l'existence d'une conscience manifeste de la part des tueurs Hutu de s'attaquer exclusivement aux Tutsi.

Dans ces conditions, l'acte matériel et l'intention requise sont réunis pour conclure qu'un génocide a eu lieu au Burundi en 1993 contre la minorité Tutsi de ce pays. Cette conclusion est partagée par la majorité des observateurs indépendants de la situation, inclusivement la CEI pour qui « ces massacres de Tutsi, loin de constituer uniquement une manifestation d'hostilité de la part d'un groupe politique ou ethnique contre un autre groupe, étaient une tentative d'extermination totale de l'ethnie tutsie »[1374]. Ce crime aurait été commis, estime la CEI, « à l'instigation et avec la participation de certains militants et responsables hutus du FRODEBU, y compris au niveau des communes »[1375]. Ils devraient en répondre devant les tribunaux compétents.

2.2. Après avoir qualifié les massacres de civils Tutsi, penchons-nous maintenant sur ceux de Hutu par l'armée putschiste afin de vérifier s'ils constituent également un crime contre l'humanité ou un génocide aux sens du droit international.

Nous notons d'abord que certains éléments de l'armée burundaise se sont organisés pour remplacer les institutions démocratiques par des militaires dans le cadre d'un coup d'État. Celui-

---

1371 Edward L. Nyankanzi, *supra* note 1019 de la p. 45-47.

1372 Rapport S/1996/682 de l'ONU au Burundi.

1373 Renné Lemarchand, *Burundi: Ethnic Conflict and Genocide, Washington*, Wilson Center Press; Cambridge, Cambridge University Press.

1374 Rapport S/1996/682 de l'ONU au Burundi, para. 481.

1375 *Ibid.*, para. 483.

ci ne s'est malheureusement pas passé sans effusion de sang. Les militaires ont tué le Président nouvellement élu et ses proches collaborateurs le jour même du putsch. Cet acte a provoqué une réaction inattendue de prise d'otages et de massacre à grande échelle de Tutsi à travers tout le pays par notamment les partisans du régime déchu. En représailles, « des éléments de l'armée et de la gendarmerie burundaises et des civils tutsis ont perpétré un massacre aveugle d'hommes, de femmes et d'enfants hutus » sans que les échelons de la hiérarchie militaire ne fasse « aucun effort pour prévenir, arrêter, réprimer de tels actes ou ouvrir une enquête sur ce sujet » [1376].

Par le nombre de ses victimes, environ 40 000 en l'espace de 70 jours, le caractère massif de ces massacres n'est pas discutable. En fait, l'armée s'est mise à tirer sur tout Hutu qui se trouvait sur son chemin sans égard à une quelconque distinction entre ceux qui ont tué des Tutsi et ceux qui ne l'ont pas fait. Ces gens étaient tous des civils.

La CEI, qui a enquêté sur ces massacres, trouve qu'ils s'adressent de façon indiscriminée aux civils Hutu et revêtent un caractère systématique. Elle est d'avis que des preuves existent en nombre suffisant pour affirmer que ces massacres constituent des crimes contre l'humanité[1377]. Nous partageons cette opinion. La CEI affirme finalement que « l'assassinat du Président Melchior Ndadaye et ses collaborateurs a été prémédité dans le cadre d'un coup d'État préparé et exécuté par des officiers haut placés de l'armée burundaise[1378].

Pour notre part, nous notons que l'assassinat du Président Melchior Ndadaye et ses collaborateurs, bien qu'inconstitutionnel en droit burundais et de *lege ferenda* illicite en droit international, ne constitue pas en soi un crime contre l'humanité ou un génocide. En effet, des actes inhumains perpétrés de manière isolée, tout aussi bien que ceux commis de manière fortuite ou encore, à des fins purement personnelles, ne rentrent pas dans la catégorie de crimes contre l'humanité [1379]. Or, aucun indice connu ne permet de conclure que le coup d'État comme tel était précédé d'une intention apparente ou cachée de détruire tout le groupe ethnique Hutu du Burundi

---

1376 *Ibid.*, para. 486.

1377 *Ibid.*

1378 *Ibid.*, para. 215.

1379 *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana, supra* note 155, para. 122-123.

ou du moins l'ensemble des dirigeants Hutu. Seuls certains individus, pas plus d'une dizaine, notamment des ministres, étaient visés par les putschistes. En fait foi le fait que François Ngeze, un Hutu, soit nommé président du Conseil national de salut public qui préside le pays depuis la vacance du pouvoir. Qui plus est, les militaires putschistes ne tentent pas d'exterminer la population Hutu de la capitale burundaise avant de se déployer sur les collines. Dans ces conditions, point n'est besoin de faire la démonstration que les tueries de grande envergure de Hutu burundais en 1993 par l'armée burundaise ne constituent pas véritablement un génocide.

En conclusion générale sur la qualification juridique des faits, les massacres à grande échelle de civils Tutsi de 1993, constituent sans nulle doute, à la fois, des actes de génocide et autre crime contre l'humanité. Par contre, la répression disproportionnée de Hutu, de la part de l'armée burundaise, constitue uniquement un crime contre l'humanié. Le conflit entre l'armée burundaise et les Hutu qui résistent au coup d'État ne se qualifie pas de conflit armé au sens du droit international. Par conséquent, aucun crime de guerre n'a eu lieu au Burundi en 1993.

Nous avons démontré qu'en 1988, le Burundi ne faisait pas face, non plus, à un conflit armé. Par conséquent, aucun crime de guerre ne peut avoir eu lieu durant les événements sanglants de Ntega et Marangara. Par contre des crimes contre l'humanité ont été commis à la fois par les insurgés Hutu et certains éléments identifiables des forces gouvernementales. Durant ces mêmes événements, nous avons prouvé que ni le groupe ethnique Tutsi, ni le groupe Hutu n'a fait l'objet de génocide ou de tentative de génocide tel que ces concepts s'entendent en droit international. Par contre, nous avons démonté qu'il y a eu crimes de guerre et contre l'humanité, incluant le génocide, contre à la fois les composantes Hutu et Tutsi, durant la crise violente de 1972 au Burundi. D'une articulation à l'autre, nous avons établi que ces crimes internationaux les plus graves sont imputables aux rebelles ou insurgés Hutu et aux éléments bien identifiables des forces armées gouvernementales, des membres du gouvernement et des cadres de l'administration publique et du parti UPRONA. Dans l'ensemble, ces criminels n'ont pas été punis. Ceux d'ethnie Tutsi ont bénéficié du « *motus vivendi* »[1380] qui entoure ces crimes alors

[1380] Alain Finkielkraut, *Petit fictionnaire illustré*, Paris, Seuil, 1981, à la p. 56 définit ce terme comme étant le « silence intarissable des époux résignés à s'ennuyer ensemble ». En la place des époux, mettons les criminels et les dictateurs burundais résignés à se supporter mutuellement pour profiter des dividendes d'un pouvoir autocratique.

que les Hutu ont généralement pris le chemin de l'exil; bénéficiant de la protection des États d'accueil.

Ayant qualifié les massacres de civils commis au Burundi en 1972, en 1988 et en 1993 de crimes de guerre ou contre l'humanité, voire même de génocide, voyons maintenant quels sont les obstacles procéduraux qui peuvent s'opposer à leur répression interne.

CHAPITRE II. LES OBSTACLES PROCÉDURAUX À LA RÉPRESSION ÉTATIQUE DES CRIMES DE GUERRE ET CONTRE L'HUMANITÉ COMMIS AU BURUNDI

Comme nous l'avons déjà annoncé au début de la deuxième partie de cette étude, selon une jurisprudence bien établie en droit burundais et en droit international, ce n'est que dans l'hypothèse où il parviendrait à la conclusion qu'il a compétence pour connaître d'une affaire qu'un tribunal se prononcera sur la question de sa recevabilité et de son opportunité. Il convient alors d'analyser successivement les obstacles formels qui peuvent s'appliquer aux crimes internationaux les plus graves commis au Burundi en 1972, 1988 et en 1993 au titre d'exceptions préjudicielles d'incompétence (Section 1), d'irrecevabilité (section 2) ou de l'inopportunité des poursuites (section 3) ainsi que les moyens susceptibles d'y remédier.

Section 1. Les exceptions d'incompétence juridictionnelle

La *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*[1381] crée un régime juridique spécial de répression des crimes de guerre et contre l'humanité commis au Burundi (& 1). Bien qu'elle intègre parfaitement la norme internationale en droit burundais, elle enlève cependant aux tribunaux, du moins temporairement, la compétence requise pour réprimer sa violation (& 2).

&1. Le régime burundais de répression des crimes de guerre et contre l'humanité

En vue de rencontrer ses obligations internationales, le Burundi n'a pas voulu une application directe du droit international comme base de répression des crimes de guerre et

[1381] (2003) 5 B.O.B. 136.

contre l'humanité commis dans le passé sur son territoire. Il a opté pour l'insertion de ces crimes dans une loi spécifique burundaise, en l'occurrence la *Loi du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*, dont nous présentons d'abord le régime matériel (A) et le cadre institutionnel (B) avant d'étudier les obstacles formels qu'elle laisse en suspens.

A. Le régime matériel et procédural

Nous avons établi que l'obligation de « rechercher et poursuivre ou extrader » les auteurs de crimes de guerre ou contre l'humanité constitue une obligation conventionnelle en voie cependant de devenir coutumière. À des fins de déterminer si l'État burundais doit et devait réprimes les crimes commis sur son territoire en 1972, en 1988 et en 1993, il faut d'abord déterminer ses dates d'adhésion aux différents instruments internationaux régissant cette obligation.

Au demeurant, le monisme burundais veut que les traités et les accords internationaux entrent en vigueur dès leur signature par le Président de la République[1382]. Toutefois, ceux « qui modifient les dispositions de nature législative ainsi que ceux qui sont relatifs à l'état des personnes ne peuvent être ratifiés qu'en vertu d'une loi » [1383]. Par conséquent, sans cette loi d'assentiment parlementaire, les conventions pénales internationales ne sont pas régulièrement ratifiées et ne peuvent, donc pas, s'appliquer aux Burundais.

1°. **Durant la période coloniale**, la Belgique a ratifié les *Conventions de Genève du 12 août 1949*, soit le 3 septembre 1952, et la *Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide* le 5 Septembre 1951 en les déclarant applicables à ses colonies africaines, en l'occurrence le Rwanda, le Burundi et la RDC[1384]. Mais, conformément au « clean slate'

1382 Constitution du 18 mars 2009, art. 289.

1383 *Ibid.*, art. 290.

1384 Dans sa déclaration du 20 juillet 1952, citée par Stef Vandeginiste, *supra* note 661 à la p. 394, le ministre des Affaires étrangères belge spécifie qu'« en déposant les instruments de ratification de Sa Majesté le Roi des Belges sur les quatre actes internationaux suivants (...) je déclare que lesdits instruments de ratification valent également pour le territoire du Congo belge et les territoires sous tutelle du Ruanda-Urundi ».

doctrine »[1385], devenu indépendant, le Burundi, à l'instar des deux autres territoires sous tutelle ou colonat belge, a adhéré, de son propre chef, à ces instruments internationaux[1386]. Pour preuve, dans sa *Déclaration du 26 juin 1964*, le Burundi clarifie sa position en ces termes:

> en ce qui concerne les engagements multilatéraux, le gouvernement du Burundi est disposé à y succéder sous les réserves ci-après: 1°. que ces engagements soient encore d'actualité quant à leur projet ; 2°. que ces engagements aux termes de l'article 60 de la Constitution du Burundi, ne grèvent pas l'État ou ne lient pas individuellement les Barundi. De tels engagements, aux termes même de la Constitution ne peuvent avoir effet qu'après avoir reçu l'assentiment des Chambres. Pour ce qui est des engagements multilatéraux ne satisfaisant pas aux conditions ci-dessus, le gouvernement du Burundi est disposé à faire connaître son intention expresse pour chaque espèce. Il en va de même pour les engagements plus récents dont le Burundi applique les dispositions d'une manière tacite, à titre de coutume. Il pourra soit en confirmer la validité, soit formuler des réserves, soit les dénoncer. Il fera connaître au dépositaire, dans chaque cas, s'il entend se lier de son propre chef par voie d'adhésion ou par voie de succession[1387].

En conséquence, « it is impossible to conclude that the Belgian ratification had legal effects after Burundi's day of independence »[1388]. Les *CG de 1949* sont réentrées en vigueur pour le Burundi le 27 juin 1972 alors que la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* est réentrée en vigueur pour ce pays le 6 avril 1997. Entre le 26 juin 1964 et ces dates de remise en vigueur, il y a eu absolument discontinuité de leur applicabilité au Burundi[1389]. Ceci ne veut pas dire cependant que les crimes qu'elles prohibent sont redevenus licites en droit burundais mais simplement que le Burundi n'était plus redevable des obligations « *non erga omnes* »

Pour la *Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*, voir Stef Vandeginiste, *Ibid.* à la p. 412.

1385 *Ibid.*, à la p. 388: « clean slate' doctrine: in principle, a newly independent State begins its international life free from any obligation to continue in force treaties previously applicable with respect to its territory simply by reason of that fact ».

1386 L'adhésion du Burundi indépendant par la *loi n° 1/009* du 22 juillet 1996 à la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1948 date du 6 janvier 1997.
Le Burundi a adhéré aux CG de 1949 le 27 décembre 1971.

1387 Cette déclaration est reproduite dans Stef Vanderginste, *supra* note 661 à la p. 412

1388 *Ibid.*

1389 Pour avis contraire voir Manirakiza, *supra* note 55 à la p. 109.

qu'elles imposent aux États-parties, à l'instar de celle de « rechercher et poursuivre ou extrader » les criminels de guerre et contre l'humanité[1390].

2^0. Le 10 juin 1993, **le Burundi indépendant** a ratifié les deux Protocoles additionnels aux CG de 1949. Ils y sont entrés en vigueur le 10 décembre 1993. Il a signé la *Convention Internationale des Droits de l'enfant* et le *Protocole optionnel concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés* le 13 novembre 2001. Il a ratifié la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* le 18 février 1993 pour entrer en vigueur le 20 mars 1993. Le Burundi a également signé, le 6 février 2007, la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*. Il ne l'a pas encore ratifiée. Finalement, le 13 Janvier 1999, le Burundi a signé le *Statut de Rome*. Celui-ci est entré en vigueur pour cet État en date du 1er décembre 2004 après endossement par une loi de l'Assemblée nationale de transition (adoptée le 22 avril 2003)[1391].

Il résulte de ce qui précède que le Burundi a une obligation de droit international conventionnel de « rechercher et poursuivre » les criminels de guerre et contre l'humanité qui se trouve sur son territoire. Il peut les poursuivre sur la base de la compétence territoriale, personnelle ou universelle.

L'obligation internationale ci-dessus, qui incombe à l'État burundais, a pris naissance de façon graduelle au fil et à mesure qu'il adhérait aux instruments internationaux. En premier, l'engagement international de désormais « rechercher et poursuivre » les auteurs des infractions

---

1390 *Avis consultatif de 1951 sur les Réserves à la convention, supra*, note 148, à la p. 12, para. 23.
Michael Scharf, « From the eXile Files: An Essay on Trading Justice for Peace », (2006) 63 Washington and Lee Law Review, à la p. 342, affirme que « there does not yet exist a customary international law rule requiring prosecution of war crimes in internal armed conflict ». De la p. 365-366, Scharf est d'avis que « though there is no question that the international community has accepted that the prohibition against committing crimes against humanity qualifies as a jus cogens norm, this does not mean that the associated duty to prosecute has simultaneously attained an equivalent status. In fact, all evidence is to the contrary ».
Pour la liste de la doctrine majoritaire selon laquelle « customary international law establishes permissive jurisdiction and no mandatory jurisdiction », voir Stef Vanderginste, *supra* note 661 de la p. 444-448.
Louise Mallinder, « Can Amnesties and International Justice Be Reconciled? », (2007) 1 International Journal of Transitional Justice, à la p. 214 avance que « it is too early to suggest that an international legal custom relating to the prosecution of international crimes is developing, and it cannot yet be said that the customary duty to prosecute crimes against humanity is mandatory».

1391 *Loi portant ratification par la République du Burundi du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, adopté à Rome*, le 17 juillet 1998, (2004) 9 B.O.B. 629.

graves aux CG de 1949 est devenu effectif pour l'État burundais le 27 juin 1972. Cet engagement inclut les violations de l'art. 3 commun aux CG de 1949 même si à cette date, elles ne constituaient pas nécessairement une infraction obligatoirement punissable en droit international. Deuxièmement, l'engagement de dorénavant « rechercher et poursuivre» les responsables de génocide qui se trouvent sur son territoire est devenu effectif pour le Burundi en date du 6 avril 1997. Finalement, le Burundi s'est engagé à réprimer, en complémentarité avec la CPI, tout crime de guerre ou contre l'humanité, commis après le 1er décembre 2004. Les autres États attendent donc que le Burundi se conforme, de bonne foi, à ces engagements.

Vu que « les droits et devoirs proclamés et garantis, entre autres, par la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, [...] font partie intégrante de la Constitution de la République du Burundi »[1392], la répression du génocide, des crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité doit se faire dans le respect quasi absolu des règles d'un procès équitable. Il se pose alors la question de savoir si cela pouvait se faire avant que le Burundi se conforme au devoir d'étendre, par la voie législative, la compétence répressive de ses tribunaux à leur égard. Il faut aussi s'assurer que cela est actuellement faisable.

Avant le 8 mai 2003, le Code pénal aussi bien que le Code de justice militaire[1393] burundais ne contenaient aucune disposition expresse qui sanctionne les crimes de guerre et contre l'humanité comme tel. Aucune loi spéciale ne faisait allusion à ces notions de droit international. C'est d'ailleurs pour ce motif que les Accords de paix d'Arusha demandent « la promulgation d'une législation contre le génocide, les crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité »[1394]. La *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* repond à cette demande en intégrant dans le

---

1392 Constitution du 18 mars 2005, art. 19.

1393 En vertu du Décret-loi no 1/8 de mars 1980 portant réforme du Code pénal militaire, art. 116 relatif à la complémentarité entre le Code militaire et le Code pénal civil, ce dernier est également applicable aux membres des forces armées.

1394 Voir Chapitre II du Protocole I, portant nature du conflit burundais, problèmes de génocide et d'exclusion et leurs solutions, signé le 28 août 2000, art. 6(9).

droit burundais lesdits crimes et en organisant, bien que sommairement, les modalités procédurales de leur répression[1395].

Après avoir compris les engagements internationaux du Burundi, présentons les points pertinents des modalités matérielle et institutionnelle, avant de revenir sur les obstacles formels, que la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* véhicule.

1°. **Incorporation de la norme internationale.** Par l'intégration du génocide, des crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité en droit burundais, le Burundi se conforme en premier à ses engagements internationaux contractés notamment en vertu du *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*, de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, de la *convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*[1396], des quatre *CG de 1949* ainsi que de leurs deux protocoles additionnels.

Il faut cependant remarquer que l'adoption de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* est postérieure aux crimes dont la répression nous occupe dans ce travail. Le premier obstacle formel qui saute aux yeux dans sa mise en oeuvre concerne donc sa compétence temporelle[1397]. Nous y reviendrons ultérieurement plus en détail.

On peut, en partant, féliciter le législateur burundais, non pas seulement qu'il érige expressément en infraction les crimes de guerre, le génocide et les autres crimes contre l'humanité, mais également parce qu'il les définit conformément au droit international contemporain tel qu'il se manifeste dans le *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*[1398].

1395 *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*, art. 1, 21 à 27.

1396 Adhésion de la République du Burundi par la *loi n° 1/005* du 16 juin 2000.

1397 Aux termes de l'article 39 de la *Constitution du 18 mars 2005*, « nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est conformément à la loi. Nul ne peut être inculpé, arrêté, détenu ou jugé que dans les cas déterminés par la loi promulguée antérieurement aux faits qui lui sont reprochés. Le droit de la défense est garanti devant toutes les juridictions. Nul ne peut être distrait, contre son gré, du juge que la loi lui assigne ».
L'article 41 y ajoute que « nul ne sera condamné pour des actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, ne constituaient pas une infraction. De même, il ne peut être infligé de peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ».

Nous notons particulièrement que dans la définition des crimes contre l'humanité, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, conformément au droit international coutumier, tel qu'il appert du Statut de la CPI, n'exige pas que ceux-ci se commettent à l'occasion d'un conflit armé[1399]. Également, le législateur burundais inclut expressément le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable dans cette définition[1400]. Il est regrettable cependant que le législateur burundais oublie d'inclure expressément, dans cette incrimination, la contamination volontaire par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH/SIDA), un des moyens pourtant utilisés ces derniers temps, en Afrique centrale, pour décimer des groupes ethniques[1401].

2°. **La responsabilité pénale individuelle.** En termes de responsabilité, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* met fin aux manipulations observées au Burundi de criminaliser collectivement une ethnie, une région ou un parti politique[1402]. Elle prévoit clairement la responsabilité pénale individuelle pour la planification, l'incitation, la tentative et les autres formes de responsabilité indirecte, dans des termes conformes au droit pénal international contemporain[1403].

Il est regrettable cependant que la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* ne traite pas de la responsabilité pénale d'un chef militaire et autre supérieur hiérarchique pour les crimes de guerre et contre l'humanité commis par les forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs. En droit international, cette responsabilité est engagéee lorsque le supérieur n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces alors qu'il savait, ou, en raison des circonstances,

---

1398 Voir les définitions dans la *Loi no. 1/004 du 8 mai 2003*, art. 2 à 4 .

1399 *Ibid.*, art. 3.

1400 Selon la Résolution n° 1820 (2008) du Conseil de Sécurité de l'ONU, « le viol et toute autre forme de violence sexuelle peut constituer un crime de guerre ou de génocide lorsqu'ils sont perpétrés selon un plan de terreur et d'asservissement planifié et systématique » tel qu'observé récemment en RDC, où en 2007, en six mois, près de 30 000 femmes ont été violées.

1401 Voir notamment Amnesty International, « République démocratique du Congo: la séquelle la plus durable de la guerre », dans *La situation des droits humains dans le monde*, Rapport 2008, AFR 62/026/2004, 1er décembre 2004.

1402 Maniragaba Balibutsa, *supra* note 1356 à la p. 97.

1403 Voir *Loi no. 1/004 du 8 mai 2003*, art. 5 et 6.

aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ou lorsqu'il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.

Au Burundi, les anciens chefs d'État, ministres de la défense nationale, chefs de mouvement rebelle et chefs d'État major de l'armée sont soupçonnés d'avoir manqué à leur obligation de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou arrêter la commission des crimes ici en cause ou pour en punir les auteurs[1404]. Ils sont également soupçonnés d'avoir donné l'ordre de les commettre[1405]. Dans l'ensemble, ces personnes sont actuellement, soit ministres, membres du parlement ou du sénat. Nous les soupçonnons d'avoir joué un rôle prépondérant pour que cet aspect du droit international ne figure nulle part en droit burundais.

Nous sommes d'avis qu'il faut apporter des ajustements à la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* pour prévoir que le fait qu'un acte de génocide, crime de guerre et autre crime contre l'humanité a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait, ou avait des raisons de croire que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour en punir les auteurs ou pour empêcher que ledit acte ne soit commis alors qu'il en avait les moyens.

Il est également regrettable que la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* applique aux crimes de guerre et contre l'humanité, contrairement à la *lege ferenda* internationale, la peine de mort[1406].

Pour nous, le Burundi aurait dû profiter de l'occasion d'incorporation des crimes internationaux les plus graves en droit burundais pour éliminer, dans sa législation, la peine de

---

1404 Augustin Nsanze, *Burundi . La descente au pas du putsch (1993-2000)*, Québec, 2002, 3e partie. Augustin Nsanze, *supra* note 958.

1405 *Ibid.*

1406 Voir en ligne WWW.arib.info Dernière visite le 4 février 2008.

mort. En effet, « à la barbarie du crime ne devrait pas répondre la barbarie du châtiment »[1407]. De toute manière, l'expérience des États qui pratiquent cette cruelle peine prouve que « la crainte du dernier supplice n'a jamais empêché des hommes décidés à offenser la société »[1408].

Par ailleurs, la *Loi N° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* spécifie que ces crimes s'appliquent aux conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire national le Gouvernement et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux »[1409]. On peut tirer une inférence qu'elle ne s'applique pas aux mêmes types de conflits armés mais qui sont de courte durée. Par cette inférence, seuls les crimes commis durant le conflit armé de 1994 à 2006 pourrait alors faire l'objet de répression en application de cette loi. La crise de 1972 en serait exclue. Probablement que cette question posera un obstacle de taille aux violations de l'art. 3 commun aux CG de 1949 commises en 1972 au Burundi.

Pour notre part, nous avons souligné que le droit international humanitaire s'applique au conflit armé depuis l'ouverture des hostilités et continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une des parties opposées, que des combats effectifs s'y déroulent ou non jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint[1410]. Par conséquent, nous maintenons la position selon laquelle, les CG de 1949 s'appliquent au conflit burundais de 1972.

3^{0}. **La compétence extraterritoriale.** Le législateur burundais a oublié de conférer expressément aux tribunaux burundais la compétence extraterritoriale sur des actes constitutifs de crimes de guerre ou contre l'humanité commis à l'étranger. En effet, la disposition qui octroie la compétence *ratione materiae* aux tribunaux burundais n'est pas claire sur le caractère extraterritorial de cette loi. Elle se lit comme suit:

1407 Jean-Claude Farcy, « La peine de mort en France: Deux siècles pour une abolition (1791-1981) », (2006) 8560 CRIMINOCORPUS 2, à la p. 6.

1408 Voir notamment Zimring E. Franklin, *The Contradictions of American Capital Punishment*, New York, Oxford University Press, 2003.

1409 *La Loi N° 1/004 du 8 mai 2003*, art. 4 *in fine*

1410 *Le Procureur c. Tadic*, *supra* note 136, arrêt du 2 octobre 1995, para. 70

> Article 21. Le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre doivent faire l'objet d'une enquête et les personnes contre lesquelles il existe des indices de culpabilité sont recherchées, arrêtées, traduites devant la juridiction compétente et, si elles sont reconnues coupables, punies conformément à la procédure prévue par le code de procédure pénale ou par d'autres dispositions particulières prévues par la loi.

Il résulte de cette disposition que les personnes contre lesquelles il existe des indices de responsabilité pénale seront arrêtées et traduites devant la juridiction nationale compétente. Au demeurant, ils seront jugés conformément à la procédure prévue par le code de procédure pénale et au code de l'organisation et de la compétence judiciaire du Burundi.

La *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* n'étend pas expressément la compétence des tribunaux burundais sur les personnes ayant commis des crimes de guerre ou contre l'humanité en dehors du Burundi, à l'instar des 670 Burundais dont le gouvernement rwandais requiert l'extradition auprès de l'État burundais, supposément pour avoir pris part au génocide contre les Tutsi du Rwanda en 1994[1411].

Malgré cet oubli, ou ce silence délibéré, la compétence extraterritoriale des tribunaux burundais s'inférerait d'une lecture combinée de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* avec les dispositions du *Décret-loi n°1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du code pénal.* Celles-ci stipulent, en effet, que toute infraction commise à l'étranger, et pour laquelle la loi burundaise prévoit une peine de servitude pénale de plus de deux mois, peut être poursuivie et jugée au Burundi si l'inculpé y est trouvé[1412]. Cela exige seulement une requête du Ministère Public, précédée cependant d'une plainte de la partie offensée ou d'une dénonciation officielle[1413].

Le législateur burundais aurait toutefois dû être prévenant et éviter cette gymnastique en accordant expressément aux tribunaux burundais la compétence universelle pour réprimer sans encombre les crimes de guerre et contre l'humanité chaque fois qu'un suspect se retrouve au Burundi, peu importe sa nationalité, celle de ses victimes et le lieu de la perpétration des crimes.

1411 Voir notamment Le confident, journal burundais, version de mercredi le 13 août 2008, à la p. 1

1412 Décret-loi n°1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du code pénal, art. 4 et 5.

1413 *Ibid.*

Malgré les coûts des procès internationaux, le Burundi devrait avoir de l'intérêt pour un jour ouvrir des enqêtes et des poursuites pour des crimes commis en dehors du Burundi. Le cas de Burundais présumés auteurs ou coauteurs d'actes de génocide contre les Tutsi Rwandais en 1994 en constitue l'exemple le plus idoine.

4^{0}. **La citation directe.** La *Loi n^{o} 1/004 du 8 mai 2003* prévoit un droit de recours judiciaire effectif permettant de documenter le crime, établir une certaine vérité et d'octroyer des réparations qu'elle garantit aux victimes de crimes de guerre et contre l'humanité[1414]. Dans ce cadre, il est intéressant de constater que toute personne physique ou morale, donc non seulement le Ministère Public, pourra requérir la mise en mouvement de l'action publique par voie de dénonciation, de plainte ou de citation directe[1415].

La législation burundaise permet ainsi aux organisations de défense de droits humains d'intervenir dans le débat judiciaire des crimes graves qui ont ravagé le Burundi depuis son indépendance. Avec l'appui de ces organisations, les victimes peuvent enfin espérer, après tant d'années de souffrance, obtenir compréhension mais surtout pleine et entière réparation, notamment par la restitution, la réadaptation, l'indemnisation et la réhabilitation[1416].

5^{0}. **Le droit à l'assistance d'un avocat.** Nous nous réjouissons également du fait que, dans la perspective de protéger au maximum les droits fondamentaux, les personnes poursuivies pour crimes de guerre, actes de génocide ou autres crimes contre l'humanité, sous le régime particulier de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, « jouissent du droit de la défense »[1417].

Nous sous-entendons par «droit de la défense », le droit d'être assisté par un avocat commis d'office et payé par l'État. Mais, la *Loi n^{o} 1/004 du 8 mai 2003* ne clarifie pas si ce droit induit la liberté des accusés de choisir leurs propres avocats, comme l'exige le *Pacte*

1414 *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, art. 32: « la juridiction saisie de l'action pénale se prononce d'office sur les dommages et intérêts ».

1415 *Ibid.*, art. 22 et 23.

1416 *Ibid.*, art. 28 – 32.

1417 *Ibid.*, art. 26.

international relatif aux droits civils et politiques[1418], ni le droit de choisir des avocats étrangers aux frais de l'État burundais.

Il est alors envisageable que les accusés, qui seront traduits devant les juridictions répressives burundaises, auront le droit de choisir les avocats de leur choix parmi ceux admis au Burundi[1419]. Rien n'empêchera cependant ceux traduits devant le tribunal pénal international ou spécial pour le Burundi (TPIB) de choisir leurs avocats parmi ceux dûment inscrits à l'étranger, tel que ce principe onusien s'applique devant le TPIR, le TPIY, le Tribunal spécial pour l'Irak, pour le Cambodge, pour la Sierra Leone et la CPI.

Vu la différence entre les avocats burundais et occidentaux en terme d'expérience relative aux procès portant sur les crimes internationaux, nous sommes d'avis que le législateur burundais devrait clarifier ce point important dans le cadre d'un amendement à la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*. Son silence risque d'induire un traitement inégal, injustifié et inconstitutionnel, au détriment des personnes poursuivies devant les juridictions burundaises par rapport à celles poursuivies devant le TPIB[1420].

6^0. **La poursuite in absentia.** La *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, par dérogation aux règles prévues par le code de procédure pénale, prévoit que « le ministère public peut citer en justice les personnes qui n'ont ni domicile ni résidence connus au Burundi ou qui se trouvent à l'extérieur du territoire », pourvu qu'il dispose de preuves irréfutables de culpabilité[1421]. Pour des raisons qui suivent, nous doutons de l'efficacité de cette mesure.

Tout d'abord, lorsqu'ils demanderont l'extradition d'un prévenu, le TPIB envisagé, aussi bien que les juridictions burundaises, ne bénéficieront pas de la force obligatoire pour les États

---

1418 Voir l'article 14.

1419 Prévu par la *Loi no 1-015 du 20 juillet 1999 portant reforme du Code de procédure pénale*, art. 92 – 96.

1420 Constitution du 18 mars 2005, art. 19 et 22.

1421 Selon l'article 24, « Par dérogation aux règles prévues par le code de procédure pénale, le ministère public peut citer en justice les personnes qui n'ont ni domicile ni résidence connus au Burundi ou qui se trouvent à l'extérieur du territoire, et contre lesquelles il existe des preuves flagrantes, concordantes et irréfutables de culpabilité, qu'elles aient pu être ou non préalablement interrogées par lui ».

tiers, tel que cela se passe dans le cas du TPIR et du TPIY agissant sous une Résolution du Conseil de sécurité de l'ONU[1422]. Ils s'appuieront uniquement sur des règles traditionnelles d'extradition pour faire arrêter les personnes citées à comparaître devant eux.

Dans l'occurrence d'un refus d'extradition, la citation risque d'être suivie d'un jugement par contumace, c'est-à-dire, en l'absence des accusés. Or, l'efficacité de tels jugements, à l'instar de la condamnation éthiopienne de Mengistu Hailé Mariam, que le Zimbabwe refuse d'extrader, est douteuse par rapport aux coûts qu'ils occasionnent[1423]. Ensuite, le droit international n'a jamais été favorable à des procédures *in absentia*. Il exige, comme nous l'avons déjà indiqué en première partie de cette étude, que l'auteur de l'infraction se trouve sur le territoire de l'État qui envisage de le poursuivre.

Ceci dit, si le législateur burundais persiste à garder disponible cette option, la loi devrait alors être amendée pour prévoir de commettre d'office un avocat pour l'absent et la possibilité d'une nouvelle audience après l'arrestation du condamné, afin de respecter ses droits fondamentaux dont notamment le droit à une procédure contradictoire et le droit d'appel.

7^0. **La défense d'ordres supérieurs.** Nous avons vu qu'en l'état actuel du droit international, l'ordre de commettre un crime de guerre ou contre l'humanité est manifestement illégal. Nous avons également vu que sauf contrainte morale, il ne peut pas constituer un fait justificatif ou d'atténuation de la peine.

La défense fondée sur l'obéissance aux ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique est recevable en droit burundais. Il est alors regrettable que pour l'application de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, le législateur burundais ne prévoit pas, comme l'exige le droit international, la responsabilité conjointe du supérieur hiérarchique et celle de ses subordonnés en cas d'obéissance à un ordre manifestement illégal de commettre des crimes de guerre et contre l'humanité. Par conséquent, les personnes qui seront mises en accusation pour les crimes de

---

1422 Résolution no 935 (1994) et Résolution no 827 (1993), *supra* note 18, préambule.

1423 Éric David, *supra* note 49.

guerre et contre l'humanité seront tentées de justifier leurs crimes par la défense d'ordres supérieurs comme le fit, mais sans succès, Sire Peter de Hagenbach en 1474[1424].

Nous sommes d'avis qu'il faut apporter des ajustements à la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* pour prévoir que le fait qu'un accusé ait agi en exécution d'un ordre d'un supérieur, *de jure ou de facto*, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale, sous réserve du défaut moral de s'abstenir à cause d'un péril physique imminent.

Après avoir présenté globalement le régime matériel que propose la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*, penchons-nous sur son régime institutionnel.

B. Le régime institutionnel de la justice transitionnelle

D'un point de vue institutionnel, au lendemain d'un conflit violent, un État peut organiser plusieurs modes de règlements [judiciaires ou non judiciaires] pour traiter les atrocités commises. Il peut recourir au modèle international judiciaire, à l'instar des TPI *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, au modèle judiciaire mixte associant une CVR et un tribunal spécial comme en Sierra Leone, au modèle purement national, comme celui qui s'est déroulé dernièrement en Éthiopie, ou le modèle quasi judiciaire administré par les CVR en Afrique du sud de l'après apartheid et enfin le modèle universel que propose la CPI[1425]. Dans le présent paragraphe, notre question ne consiste pas à discuter de quel forum choisir pour juger les criminels de guerre et contre l'humanité: « tribunaux d'exception, chambres spécialisées au sein des tribunaux existants, cours d'assises ou requérir l'assistance de magistrats étrangers qui pourraient venir siéger aux côtés de leurs homologues burundais afin que ces derniers bénéficient

---

1424 Robert K. Woetzel, *The Nuremberg Trials in International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1962, à la p. 20.

1425 Pour plus de détails sur ces modèles, voir notamment Chérif M. Bassiouni, *Post-Conflict Justice, International and Comparative Criminal Law Series*, New York, Transnational Publishers, 2001, à la p. vi et vii. Arnaud Meffre, « La justice transitionnelle à l'épreuve du Sierra Léone. Analyse critique », Université du Québec à Montréal, Centre d'études sur le droit international et la mondialisation (CEDIM), 2005.

de leur expérience »[1426]. Notre débat ne porte pas, non plus, sur quel droit appliquer pour que soit reconnue la spécificité des crimes graves commis au Burundi.

Les Burundais, eu égard aux défis en présence, notamment le nombre élevé de suspects, envisagent de faire traiter les crimes de guerre et contre l'humanité commis au Burundi dans le passé par une Commission nationale pour la vérité, le pardon et la réconciliation (CNVPR)[1427] et un système judiciaire hybride, c'est-à-dire associant de façon concurrente un tribunal à caractère international (TPIB) et les cours et tribunaux burundais[1428]. Le déploiement de leur compétence juridictionnelle est cependant tributaire du rapport d'enquête d'une Commission d'Enquête Judiciaire Internationale (CEJI):

> Article 33. Par dérogation à l'article 21, l'enquête et la qualification des actes de génocide, des crimes de guerre et des autres crimes contre l'humanité commis au Burundi depuis le 01 Juillet 1962 jusqu'à la promulgation de la présente loi, seront confiées à la Commission d'Enquête Judiciaire Internationale.
>
> Au cas où le rapport de cette Commission d'Enquête Judiciaire Internationale établirait l'existence d'actes de génocide, de crimes de guerre et d'autres crimes contre l'humanité, le Gouvernement demandera, en plus de la compétence judiciaire nationale, au Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations-Unies l'établissement d'un Tribunal Pénal International chargé de juger et punir les coupables[1429].

1°. Le système envisagé au Burundi prévoit **un travail en deux temps**. Conformement à la *Loi n°1/018 du 27 décembre 2004 portant missions, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation*, la CNVPR enquêtera sur tous les crimes du passé, réconciliera les Burundais et, enfin, clarifiera

---

1426 Sur ce, voir notamment Pacifique Manirakiza, « Qu'attendre de la commission vérité et réconciliation au Burundi ?», interview accordée au journal électronique Burundi Réalités, Bujumbura, 1er juin 2006. En ligne: *http://www.BurundiRealite.org*. Dernière visite: le 2 juillet 2008.

1427 De l'avis du Professeur Manirakiza, au Burundi la CNVPR « est opportune étant donné l'existence de versions controversées par rapport à certaines périodes sombres de l'histoire de ce pays. Elle contribuerait donc à clarifier les faits et à faire la lumière sur des atrocités et des violations graves des droits de l'homme. Elle établirait ainsi une vérité 'conventionnelle' qui devrait être impartiale et neutre ».
Ibid. à la p. 2.

1428 *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, art. 33.

1429 *Ibid.*

l'histoire; sans toutefois qualifier les faits qui seraient constitutifs de crime de guerre, génocide et autres crimes contre l'humanité:

> Art. 2. La Commission est chargée des missions suivantes:
>
> Enquêter pour : - établir la vérité sur les actes de violence graves commis au cours des conflits cycliques qui ont endeuillé le Burundi depuis le 1er juillet 1962, date de l'indépendance; - qualifier les crimes, autres que les actes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre; - établir les responsabilités ainsi que l'identité des coupables ; - indiquer l'identité des victimes.
>
> Au terme de l'enquête et aux fins d'arbitrer et de réconcilier: - arrêter ou proposer aux institutions compétentes des mesures susceptibles de promouvoir la réconciliation et le pardon; - traiter des revendications découlant des pratiques passées se rapportant au conflit burundais; - décider la restitution aux ayants droit des biens dont ils ont été dépossédés et la réparation des biens détruits, et arrêter des indemnisations conséquentes à charge de l'auteur; - proposer toute mesure politique, sociale ou autre qu'elle juge appropriée, visant à favoriser la réconciliation nationale.
>
> Clarifier toute l'histoire du Burundi en remontant aussi loin que possible pour éclairer le peuple sur son passé[1430].

La CEJI est chargée d'établir et qualifier les faits qui seraient constitutifs de génocide, crime de guerre et/ou autres crimes contre l'humanité, d'établir les responsabilités et de soumettre son rapport au Conseil de sécurité de l'ONU et au gouvernement burundais[1431].

2^{0}. Quant aux **buts visés par les enquêtes**, celles que mènera la CNVPR ont pour but de clarifier l'histoire du Burundi en recommandant des « mesures susceptibles de promouvoir la réconciliation nationale et le pardon »[1432]. La CNVPR permettrait en fait de rechercher de nouvelles bases de cohabitation et d'harmonie sociales en assumant une mission essentiellement quadruple, à savoir dresser un récit historique neutre et impartial des atrocités commises; contribuer au combat contre l'impunité; entendre et tenter de résoudre, si possible, les préoccupations des victimes; formuler des recommandations relativement aux mesures adéquates pour prévenir une répétition des atrocités. Parmi ces mesures figure d'ailleurs l'indication de

---

1430 *Ibid.*, article 2.

1431 Voir notamment le Chapitre II du Protocole I, portant nature du conflit burundais, problèmes de génocide et d'exclusion et leurs solutions, signé le 28 août 2000, art. 6(10).

1432 Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi, protocole I, art.8.

crimes politiques pour lesquelles le parlement adoptera une loi établissant un cadre pour l'octroi d'une amnistie[1433]. Le but des enquêtes de la CEJI, quant à lui, est d'aboutir à la répression des éventuels grands responsables de génocide, crimes de guerre et contre l'humanité qui auraient été commis au Burundi[1434].

Il ressort de ces deux buts que les signataires de l'Accord de paix d'Arusha ont visiblement voulu faire jouer deux formes de justice à travers les deux commissions d'enquête. Par la CEJI, qui conduirait au TPIB en cas de découverte de crimes de génocide, de crimes de guerre et/ou autres crimes contre l'humanité, c'est la justice pénale qui est recherchée[1435], tandis que la CNVPR met en avant une justice restaurative. Il est important de constater que c'est sur la base des résultats des enquêtes de la CEJI, et non sur ce qui est connu aujourd'hui, que les autorités burundaises et onusiennes jugeront s'il est opportun de créer un tribunal à caractère international pour le Burundi.

3^{0}. **La possibilité d'un double procès.** En vertu de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, les tribunaux burundais gardent leur compétence de poursuite et de jugement des auteurs des infractions commises en relation avec les crimes de guerre, de génocide et autres crimes contre l'humanité:

> Article 1. [...]
>
> Tombent également sous le champ d'application de la présente loi, les infractions visées au code pénal ou au code pénal militaire qui ont été commises en relation avec le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.
>
> Article 35. Pendant la période d'investigation de la Commission d'Enquête Judiciaire Internationale, le Ministère public ainsi que les juridictions burundaises gardent leurs prérogatives de poursuite et de jugement des auteurs des infractions commises ou à commettre sous l'empire du décret-loi n° 1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du code pénal.

1433 *Loi n°1/018 du 27 décembre 2004,* art. 2.

1434 *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, art. 33 al. 2.

1435 Voir le Chapitre II du Protocole I, portant nature du conflit burundais, problèmes de génocide et d'exclusion et leurs solutions, signé le 28 août 2000, art. 6(11).
Loi n° 1/004 du 8 mai 2003, art. 35 al. 2.

L'option de poursuivre pour infraction ordinaire alors que les enquêtes continuent ou n'ont pas encore débuté pour vérifier si cette exaction constitue également un crime international est un non-sens juridique. Elle propose au Burundi de se payer le luxe de deux procès pour les mêmes faits matériels.

Eu égard au manque cruel de ressources auquel fait face le Burundi, d'un point de vue pratique, aucune poursuite, à titre d'infraction de droit commun, ne devrait avoir lieu avant la conclusion des enquêtes de la Commission d'Enquête Judiciaire Internationale (CEJI) pour déterminer si ces mêmes faits ne sont pas également constitutifs de crime de guerre ou contre l'humanité. Toutefois, après enquête, les tribunaux burundais devraient disposer de compétence pour effectivement lancer des poursuites pour infractions de droit commun. En effet, nous verrons ultérieurement que compte tenu de la compétence personnelle du TPIB envisagé et des juridictions burundaises, limitée aux grands responsables de crimes internationaux, les exécutants risquent de ne pas être poursuivis. Par conséquent, l'inclusion, dans la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, des infractions de droit commun constitue une sorte de garde fou visant à permettre des condamnations si les poursuites pour crimes internationaux échouent alors que le suspect ne bénéficie pas de l'amnistie de la CNVPR[1436]. Vu l'obstacle de prescription, il valait mieux prévoir de poursuivre pour crime de guerre ou contre l'humanité.

Les missions attribuées à la CNVPR et à la CEJI semblent, *prima facie*, similaires, à savoir enquêter, établir les faits infractionnels, les qualifier et finalement établir les responsabilités. Cependant, elles diffèrent par leurs compétences matérielles spécifiques, c'est-à-dire le type d'infraction qu'elles couvrent, ainsi que par le but même des enquêtes qu'elles auront à mener.

Au niveau de la compétence matérielle, la CEJI enquêtera sur le génocide, les crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité. Elle établira les faits et dira si « oui ou non » ces faits tombent sous la qualification juridique de génocide, crimes de guerre et/ou autres crimes contre

---

[1436] Ligue des Droits de la personne dans la région des Grands Lacs (LDGL), *Burundi: quarante ans d'impunité*, Rapport final, Kigali, juin 2005, à la p. 7.

l'humanité[1437]. Quant à la CNVPR, elle enquêtera, établira les faits et responsabilités et qualifiera les infractions ordinaires, c'est-à-dire « autres que les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes de génocide »[1438].

4^{0}. En ce qui a trait à **l'horizon temporel des enquêtes**, la *Loi n°1/018 du 27 décembre 2004 portant missions, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation* enjoint à la CNVPR de couvrir toute la période allant du 1er juillet 1962 à fin 2004[1439]. Pour la CEJI, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* lui assigne d'enquêter sur tous les crimes graves qui auraient été commis entre juillet 1962 et août 2003[1440].

Le Professeur Manirakiza, avec qui nous sommes parfaitement d'accord, estime que couvrir toute cette période n'est pas du tout réaliste[1441]. Il propose que la CNVPR limite sa compétence fonctionnelle aux épisodes les plus meurtriers de l'histoire du Burundi, comme 1972, 1988 et 1993[1442]. Pour être plus effective et efficace, il est d'ailleurs prévu qu'elle pourrait opérer une régionalisation de son travail par le biais de sous-commissions[1443]. Cette remarque est également valable pour la CEJI.

Loi n° 1/004 du 8 mai 2003, art. 33 al. 1.

1437 *Ibid.*

1438 *La Loi n°1/018 du 27 décembre 2004*, art. 2.

1439 *Ibid.*

1440 *Loi no 1/004 du 8 mai 2003*, art. 33.

1441 Pacifique Manirakiza, *supra* note 1426 à la p. 3.

1442 *Ibid.*

1443 Voir la *La Loi n°1/018 du 27 décembre 2004 portant missions, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation,* art. 8: « la Commission peut proposer des mécanismes complémentaires de réconciliation, ou créer des sous-commissions, selon que de besoin ». Concernant sa durée, les travaux de la Commission s'étalent sur une période de deux ans. Au bout de ces deux années, les autorités évalueront le travail accompli et pourront décider de prolonger d'un an son mandat.

Pour la mise en place de ces deux commissions d'enquête, le gouvernement de transition aurait dû demander la mise en place de la CEJI au plus tard le 10 octobre 1994, soit dans les 30 jours suivant son entrée en fonction[1444]. Les délais étaient de 6 mois pour la CNVPR[1445]. Quinze ans plus tard, l'une et l'autre ne sont pas encore fonctionnelles! En fait, le 24 juillet 2002, le Président burundais, alors Pierre Buyoya, a adressé une lettre au Secrétaire général des Nations Unies sollicitant la création de la CEJI[1446]. En réponse, « il lui aurait été annoncé, sans autre explication, qu'il était dorénavant exclu d'envisager une quelconque CEJI mais qu'il faudrait envisager un autre mécanisme moins contraignant »[1447].

En 2005, un autre rapport onusien, le Rapport Kalomoh, se fondant sur le modèle sierra-leonais, a suggéré la mise sur pied d'un mécanisme double à composition mixte nationale et internationale: une chambre spéciale intégrée à l'appareil judiciaire burundais et une commission pour la vérité[1448]. Depuis lors, l'ONU et le gouvernement burundais négocieraient toujours, mais sans aucun empressement, sur quel mécanisme adopter et comment le mettre en branle. Personne ne peut présager les résultats de ces négociations.

L'ancien ministre des droits humains, Eugène Nindorera, estime que la CEJI est indésirable au Burundi tant par l'ONU que « par les ténors du régime, qui sont les principaux responsables des crimes »[1449]. Les deux parties, conscientes qu'une enquête sérieuse devra nécessairement mettre en cause les signataires des compromis négociés durement, hésitent de prendre le risque de déstabiliser

---

1444 Accords portant convention de gouvernement entre les forces de changement démocratiques et les partis politiques de l'opposition signés à Bujumbura, le 10 septembre 1994, art. 36. [texte intégral reproduit dans Guichaoua, *supra* note 966 à la p. 588].

1445 *Ibid.*

1446 Caroline Sculier, « Négociations de paix au Burundi Une justice encombrante mais incontournable », Centre for Humanitarian Dialogue, Rapport de mai 2008, à la p. 34.

1447 *Ibid.*
United Nations, Security Council, Report of the Security Council Mission to Central Africa, 7 to 16 June 2003, S/2003/653, 17 June 2003, para. 39 - 44.

1448 UN Doc. S/2005/158, 11 March 2005.

1449 Eugène Nindorera, « Le Problème burundais est fondamentalement politique, plutôt qu'ethnique », Centre d'alerte et de préventions des conflits, interview accordé le 9 juin 2006, à la p. 3.

un équilibre et une situation déjà bien fragiles[1450]. Elles sont en fait plus préoccupées par la stabilité politique précaire actuelle que par la répression de crimes lointains, peu importe leur gravité[1451].

5^{0}. **Le blocage institutionnel**. Aux termes de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*, le rapport d'enqête de la CEJI conditionne malheureusement la création du TPIB et le déblocage de la compétence des juridictions burundaises. Par conséquent, ne pas mettre en place la CEJI équivaut à retirer indéfiniment la compétence aux tribunaux burundais sur les crimes graves commis là bas avant 2003.

Dans ces conditions, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* doit subir un amendement afin de confier les enquêtes sur les crimes de guerre et contre l'humanité à la CNVPR, comme le propose l'ONU ou au ministère public. En fait, si jamais, la CEJI n'entre pas en jeu, l'amendement doit préciser que la CNVPR qualifiera également les faits constitutifs de génocide, crime de guerre et autres crimes contre l'humanité et, ultimement, décidera qui poursuivre et qui amnistier.

Pour notre part, nous estimons que toute cette gymnastique n'était pas nécessaire. Nous rappelons qu'en ce qui concerne les massacres de 1972, le rapporteur spécial de l'ONU, le Britannique Benjamin Whitaker les décrit, dans son rapport, comme étant un génocide[1452]. Les événements de Ntega et Marangara ont fait l'objet d'enquête, en plus des Professeurs Chrétien, Guichaoua et Le Jeune, de la part d'Amnesty International[1453]. En ce qui concerne les massacres de masse de 1993, la Commission internationale d'enquête de l'ONU conclut qu'il y a eu un génocide contre les Tutsi et des crimes contre l'humanité contre les Hutu[1454]. Avec ces différents rapports, nous sommes d'avis que point n'est vraiment requis d'en commanditer d'autres. Ils fournissent

---

1450 André Guichaoua, *Exilés, réfugiés, déplacés en Afrique Centrale et orientale*, Paris, Khartala, 2004, à la p. 276.

1451 *Ibid.*

1452 Rapport Whitaker, *supra* note 228.

1453 Voir la note no. 1311 à la p. 314 de cette étude.

1454 Rapport S/1996/682.

suffisamment d'informations tendant à prouver que des violations graves du droit international humanitaire ont été commises sur le territoire du Burundi. Il serait suffisant de mettre en place immédiatement le TPIB et lui donner un Procureur capable de réactualiser rapidement les rapports disponibles en identifiant les responsables des crimes et de porter, le cas échéant, des accusations.

6^0. Au niveau des juridictions de jugement, si jamais le tribunal international pour le Burundi est créé, il pourrait prendre la forme **d'un véritable TPI *ad hoc***, à l'instar du TPIR ou du TPIY, ou celle d'une chambre spéciale au sein de l'appareil judiciaire burundais[1455].

À date, personne ne peut prédire avec exactitude si le TPIB sera créé ou non et quelle sera sa forme exacte. Nous savons seulement que l'ONU et le gouvernement burundais négocient toujours sur cette possibilité[1456]. Advenant sa création, personne ne sait, non plus, si, c'est à titre prioritaire ou subsidiaire que vont agir les juridictions burundaises par rapport à ce TPIB.

Face à ces incertitudes, quatre scénarios sont possibles. Le Burundi va, avec ou sans l'appui de l'ONU, soit:

(i) ignorer la création du TPIB et confier totalement le jugement des suspects aux juridictions répressives burundaises;

(ii) ignorer la création du TPIB et déclarer une amnistie collective;

(iii) aller de l'avant et mettre en branle le TPIB mais se réserver le droit prioritaire de juger les coupables. Cette priorité corroborerait d'ailleurs la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[1457] et le statut de Rome de la Cour pénale internationale[1458] dont le Burundi est partie;

1455 Le Conseil de sécurité des Nations unies a adopté, le 20 juin 2005, la Résolution 1606 avalisant la création d'une chambre spéciale au sein de l'appareil judiciaire burundais. Mais les négociations actuelles penchent plus vers la création d'un TPI pour le Burundi.

1456 Alors que le gouvernement cherche à mettre sur pieds un processus conduisant au pardon et à la réconciliation, l'ONU pousse vers le respect des « standards internationaux » en ce qui a trait aux crimes de génocide, aux crimes de guerre et aux crimes l'humanité, avec une indépendance du procureur à la chambre spéciale établie à cet effet. Le risque est d'évoluer vers une situation où le gouvernement semble coopérer quand la communauté internationale met de la pression sur le régime mais en planifiant de retourner au point zéro quand l'agenda de l'ONU et du Conseil de sécurité se tournent vers d'autres zones chaudes.
Observatoire de l'action gouvernementale, « Les consultations nationales au Burundi. Expériences acquises, défies et stratégies pour la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle », Bujumbura, février 2009, à la p. 76.

1457 *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide,* art. 6.

1458 Statut de Rome, art. 1 et 17 prévoient précisément la priorité des juridictions nationales sur la CPI.

(iv) Finalement, mettre en branle le TPIB et lui accorder la priorité, sinon l'exclusivité de cette répression judiciaire.

Si le Burundi choisit de mettre en branle une chambre spécialisée au sein du système judiciaire burundais[1459], alors elle appliquera principalement le droit burundais et, en tant qu'institution nationale, elle sera juridiquement sous le contrôle de la Cour constitutionnelle et de la Cour suprême du Burundi dans la hiérarchie judiciaire[1460].

Les deux juridictions pourraient alors casser les jugements de la chambre spécialisée pour invalidité constitutionnelle[1461] ou erreur de fait, de droit ou mixte de fait et de droit[1462]. De plus, cette chambre sera confrontée aux critères de compétence et de recevabilité de l'action publique que nous identifierons ultérieurement.

Advenant la création du TPIB, la question de sa priorité par rapport à la compétence des juridictions burundaises se pose avec acuité. Eu égard aux principes et pratiques en vigueur à l'ONU, un tel tribunal ne prononcera pas de peine de mort alors que les juridictions burundaises vont le faire[1463]. Il ne peut, non plus, ne pas se conformer aux exigences du « *Due Process Model* ».

1459 Le Professeur Manirakiza réfute catégoriquement l'idée de proposer une chambre spéciale intégrée dans un système paralysé. Il estime que cela constituerait un mauvais choix et un mauvais investissement pour le Burundi et la communauté internationale. Il serait en effet impensable, conclut-il, que cette chambre puisse décoller toute seule alors que l'ensemble du système est défectueux. Voir Pacifique Manirakiza, *supra* note 1426 à la p. 10-11.

1460 Aux termes de la Constitution du Burundi, art. 153: « toute personne physique ou morale qui a intérêt à agir ainsi que le Ministère Public peuvent saisir la Cour Constitutionnelle concernant la constitutionnalité des lois, soit directement par voie d'action, soit indirectement en soulevant l'exception d'inconstitutionnalité dans le cadre d'une affaire soumise à une autre juridiction. Celle-ci sursoit à statuer jusqu'à la décision de la Cour Constitutionnelle, qui doit intervenir dans un délai de trente jours ». Les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Pour plus de détails, voir Décret-loi 1/08 du 14 avril 1992 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle ainsi que la procédure suivie devant elle. Disponible au http://droit.francophonie.org/df-web/publication.do?publicationId=2006 Dernière visite: le 12 janvier 2008.

1461 Constitution du 18 mars 2005, art. 225: « la Cour Constitutionnelle est la juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité des lois et interprète la Constitution ».

1462 Constitution du 18 mars 2008, art. 221: « la Cour Suprême est la plus haute juridiction ordinaire de la République. Elle est garante de la bonne application de la loi par les cours et tribunaux ».

1463 Voir *Loi no. 1/004 du 8 mai 2003*, art. 8, 9 et 10.

Dans cette occurrence, dessaisir le TPIB au profit d'une juridiction où la peine de mort est d'application constitue un enjeu important que les inculpés ne manqueraient pas de contester sans réserve. À l'instar des individus d'ethnie Hutu Rwandais, accusés de génocide de 1994 à la fois devant le TPIR et au Rwanda, ils invoqueraient le risque d'impartialité et de manque d'indépendance des tribunaux burundais et la possibilité de se voir imposer la peine capitale.

En terme de droit applicable, le TPIB appliquera plus un mélange de principes internationaux que le droit purement burundais alors que les tribunaux exclusivement burundais conduiront les procès en vertu de la législation pénale burundaise actuellement en vigueur[1464]. Compte tenu des faiblesses de cette dernière, les inculpés voudront profiter au maximum de toute lacune. Ils pourraient alors contester tout transfert vers le TPIB en faisant valoir notamment l'argument constitutionnel selon lequel « nul ne peut être distrait, contre son gré, du juge que la loi lui assigne »[1465]. Les inculpés pourraient soutenir leur argument en faisant valoir que le dessaisissement des juridictions burundaises au profit du TPIB, dans des circonstances autres qu'un manque de volonté ou une incapacité réelle des autorités burundaises de mener des enquêtes ou des poursuites, porte atteinte à l'exercice de la souveraineté nationale[1466].

La contestation du transfert des accusés vers le TPIB, ou vice-versa, n'est pas une question insoluble. La Constitution du Burundi permet de porter atteinte, par la loi, aux garanties et droits qu'elle protège[1467]. Il n'est donc pas inconstitutionnel d'organiser, par la loi, un système de dessaisissement entre les juridictions burundaises et le tribunal à caractère international que l'on envisage de créer dans le cadre de la justice transitionnelle au Burundi.

Cela étant, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, qui annonce le principe de compétence concurrente entre le TPIB et les juridictions burundaises[1468], non seulement ne précise pas l'ordre

---

1464 *Ibid.*, art. 21.

1465 Voir la Constitution de la République du Burundi du 18 mars 2005, art. 39 et art. 20 de celle de 2001.

1466 Ils s'inspireront du modèle du Statut de Rome, art. 1 et 17 et de l'exemple du Rwanda qui refuse de collaborer avec le TPIR en ce qui concerne les suspects proches de l'actuel régime.

1467 Constitution du Burundi de 2001, art. 11et art. 47 de la Constitution du 18 mars 2005: « aucune restriction des droits constitutionnels ne peut être imposée que par la loi ».

de priorité entre les deux types de juridiction; elle est également silencieuse quant à savoir quelle instance prononcera le dessaisissement et quels critères présideront à sa décision. Par ces motifs, cette loi peut-être déclarée vague au point de donner raison à ceux qui contesteraient le transfert du TPIB vers les juridictions burundaises ou vice-versa.

Dans l'occurrence d'un TPIB concurrent mais prioritaire aux juridictions burundaises, pour répondre au prescrit constitutionnel voulant qu'une restriction aux droits protégés constitutionnellement ne puisse être imposée que par la loi, un amendement de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* sera nécessaire. Il faudra y insérer la règle de priorité faisant, dans les cas de génocide, crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité commis au Burundi, prévaloir la compétence du TPIB sur celles des juridictions burundaises. Le parlement burundais pourrait également prévoir cette priorité dans le Statut du TPIB, pourvu qu'il ait force de loi au regard de la constitution du Burundi.

Il sera également requis, pour rencontrer l'exigence constitutionnelle énoncée plus haut, de préciser, dans le cadre de l'amendement à la *Loi du 8 mai 2003* ou dans le statut même du TPIB, quand et à quel stade des procédures le dessaisissement sera possible.

Nous suggérons qu'il soit prononcé uniquement lorsque le Procureur du TPIB aura mis officiellement en œuvre la procédure de saisine de cette juridiction. Dans cette occurrence, le dessaisissement résulte de ce que le TPIB a mis en œuvre sa compétence. Mais, celle-ci n'a plus d'effet si ses juges refusent effectivement de poursuivre ou si son Procureur retire l'acte d'accusation. Si donc le TPIB décide de ne pas juger les faits qui lui ont été soumis par son Procureur, les juridictions burundaises devraient à nouveau redevenir compétentes afin d'éviter que des criminels ne profitent du disfonctionnement institutionnel.

Au niveau de l'instance décisionnel, nous suggérons d'éviter que le dessaisissement éventuel des juridictions nationales soit le seul fait du pouvoir exécutif. Il convient que pareil dessaisissement soit prononcé par une juridiction sur la base de critères précis établis par la loi. Pour ce faire, nous proposons de soumettre le pouvoir d'appréciation aux autorités judiciaires,

---

1468 *Loi no. 1/004 du 8 mai 2003*, art. 33 al. 2.

plus précisément à la Cour suprême du Burundi. Le rôle du ministre de la Justice se limiterait alors à informer les juridictions des faits qui ont été dénoncés à la justice burundaise. Il ne doit impliquer aucune immixion de sa part dans le processus juridictionnel proprement dit, sous peine de violer la Constitution. Celle-ci garantit, en effet, « la non-ingérence de l'exécutif et du législatif dans le processus judiciaire »[1469].

Le régime institutionnel de répression des crimes de guerre et contre l'humanité formalisé dans la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* origine des Accords portant convention de gouvernement entre les forces de changement démocratiques et les partis politiques de l'opposition, signés à Bujumbura le 10 septembre 1994. Mais voilà que, quinze ans plus tard, il sommeille, probablement avec peu d'espoir de réveil, sur le papier sur lequel il est couché. Si jamais, il est mis en œuvre, nous avons pointé du doigt les retouches requises pour qu'il ne soit pas une entrave formelle à la répression des crimes internationaux les plus graves commis au Burundi.

Pour terminer, certains se demandent pourquoi les crimes graves commis au Burundi ne sont pas référés directement à la Cour pénale internationale, basée à La Haye, au Pays-Bas[1470]. La réponse est simple. Généralement, cette Cour n'est compétente que pour les crimes de guerre et contre l'humanité commis après la date de l'entrée en vigueur de son statut, c'est-à-dire le 1er juillet 2002. En ce qui concerne le Burundi, il a ratifié le Statut de Rome de la CPI, en date du 21 septembre 2004. Ainsi, la CPI n'a de juridiction sur le Burundi que pour les actes commis après le 21 septembre 2004, date à laquelle le Burundi a accédé au Statut de la Cour[1471]. Or, les crimes dont la répression nous préoccupe dans cette étude remontent à 1972, 1988 et 1993, soit antérieurement à l'entrée en vigueur du Statut de Rome pour le Burundi.

1469 Voir la *Constitution du Burundi de 2001*, art. 133 et du 18 mars 2005, art. 209.

1470 Voir, entre autres, Bella Nceke, « Prisonnier politique, et alors? », interview accordée au Journal électronique ABARUNDI.ORG, Bujumbura, le 17 Août 2007.

1471 Statut de Rome, art. 126.

D'autres ont recommandé la possibilité de confier, comme au Rwanda voisin, aux juridictions traditionnelles burundaises, dites des « Bashingantahe », le soin de réprimer les crimes de guerre et contre l'humanité commis au Burundi[1472].

Nous partageons l'avis du Professeur Manirakiza selon lequel, demander à des « Bashingantahe » de qualifier juridiquement les crimes d'une gravité inouïe et dont les éléments constitutifs sont très complexes serait irréaliste[1473]. Les résultats médiocres, d'un point de vue de la qualité procédurale des procès, de l'expérience rwandaise soutiennent cette position[1474].

Nous venons de signaler les points les plus saillants de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.* Voyons, dans les pages qui suivent, comment cette loi empêche les autorités judiciaires burundaises de mener des enquêtes et, le cas échéant, de poursuivre les actes de génocide, de crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité commis au Burundi; mettant ainsi les présumés criminels à l'abri de toute mesure d'instruction, de contrainte ou de jugement pour un délai quasi illimité.

&2. Les limitations sine die de compétence juridictionnelle

La *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* sanctionne les crimes de guerre et contre l'humanité commis au Burundi même avant sa promulgation (A). Elle barre cependant la route à leur répression effective par les tribunaux jusqu'à une date encore incertaine (B).

1472 Voir notamment Centre pour le dialogue Humanitaire, « The Role of Informal Justice Systems in Fostering the Rule of Law in Post-Conflict Situations: The Case of Burundi », juillet 2005;
Zenon Manirakiza, « Report of the International Conference on Intercultural Dialogue and the Culture of Peace in Central Africa and the Great Lakes Region? », Libreville, Gabon, 18-20 Nov. 2003, à la p. 7.

1473 Pacifique Manirakiza, *supra* note 1426 à la p. 1.

1474 Jacques Fierens, « The Rwandan Courts in Quest of Accountability. Gacaca Courts: Between Fantasy and Reality », (2005) 3: 4 Journal of International Criminal Justice 896-919.

A. Les limitations explicites

D'un point de vue *ratione temporis*, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* enlève expressément aux tribunaux burundais la compétence sur les crimes commis avant sa promulgation. D'un point de vue *ratione personae*, la Constitution du 18 mars 2005 annule le principe de défaut de qualité officielle pour les personnes accusées de crimes internationaux que consacre la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*[1475]. Elle entrave alors l'arrestation des dirigeants actuels burundais qui auraient pris part aux crimes ici en cause.

1°. Le **blocage ratione temporis en attendant le rapport de la CEJI.** Depuis le 8 mai 2003 jusqu'à la production du rapport de la commission d'enquête internationale chargée d'établir les faits, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* interdit expressément aux tribunaux burundais d'enquêter et de qualifier tout fait qui serait constitutif de crime de guerre, de génocide ou autre crime contre l'humanité commis au Burundi entre le 1er juillet 1962 et le 8 mai 2003[1476].

Le Burundi est donc tenu d'exercer sa compétence en ouvrant des enquêtes sur les personnes soupçonnées de participation aux crimes de guerre et contre l'humanité, en engageant des poursuites à l'encontre de ces personnes[1477] et en les jugeant dans le cadre de procès conformes aux normes internationales d'impartialité et d'équité[1478]. Mais, ses tribunaux doivent s'abstenir totalement d'enquêter ou de qualifier les actes de génocide, de crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité qui auraient eu lieu au Burundi entre le 1er juillet 1962 et le 8 mai 2003 jusqu'à ce qu'une CEJI, ou un autre mécanisme à convenir, s'y penche, conclut à leur existence et désigne les responsables.

1475 *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, art. 20.

1476 *Ibid.*, art. 33.

1477 *Ibid.*, art. 21.

1478 *Ibid.*

Advenant que le rapport de la CEJI établirait l'inexistence, avant mai 2003, d'actes de génocide, de crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité au Burundi, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* laisse entendre que les tribunaux burundais ne chercheraient plus, *proprio motu*, de qualifier à leur tour les massacres de masse qui ont eu lieu notamment en 1972, 1988 et 1993 au Burundi. La qualification de la CEJI s'imposerait donc aux Burundais comme étant leur histoire véritable, du moins aux yeux de la loi[1479].

Eu égard à ce qui précède, nous pouvons conclure que la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* enlève totalement aux tribunaux burundais, jusqu'à la production du rapport de la CEJI, la compétence rétroactive sur les faits survenus avant sa promulgation, plus particulièrement ceux de 1972, 1988 et 1993, pour autant qu'ils se qualifient de crimes de guerre et contre l'humanité. Par conséquent, les présumés criminels de guerre et contre l'humanité burundais profitent d'un délai de grâce légalement consacré par la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*. Durant ce délai, le ministère public ou le tribunal saisi d'une affaire de ce genre devra décliner sa compétence, sous peine d'ouvrir la voie à une requête préjudicielle déclinatoire de compétence[1480].

L'interdiction légale faite aux tribunaux burundais d'enquêter et qualifier les actes de génocide, de crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité selon la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* s'applique uniquement aux actes commis au Burundi avant le 8 mai 2003[1481]. Par conséquent, les autres actes de ce genre qui auraient été commis au Burundi après cette date, à l'instar des massacres de Gatumba[1482] et de Muyinga[1483], ne sont pas soustraits à la compétence

---

1479 *Ibid.*, art. 33 al. 2 – [interprétation a contrario].

1480 *Ibid.*, art. 25 « les demandes incidentes ou les exceptions de procédure sont portées devant le juge saisi du fond qui les apprécie souverainement et y statue par décision sans recours ».

1481 *Ibid.*, art. 33 al. 1.

1482 Il s'agit du massacre, revendiqué par les Forces nationales de libération (FNL), de 160 réfugiés Tutsi congolais dits « Banyamulenge » survenu le 13 août 2004 dans le camp de Gatumba.
« United states opposes referring these allegations of war crimes in Burundi to ICC ». Voir (2005) 99: 2 The Amercan Journal of International Law 502-503;
Colum Lynch, «Massacre probe concerns U.S. », Washington Post, 2 Dec 2004, à la p. A24.

1483 Les services de renseignement auraient été impliqués dans l'élimination d'une trentaine de personnes à Muyinga, au nord du Burundi, entre juin et juillet 2006. Ce massacre reste impuni parce que le chef de l'Etat burundais attend le référer à la commission vérité et réconciliation au lieu du système répressif.
Voir notamment Caroline Sculier, *supra* note 1446 à la p. 40.

actuelle des juridictions pénales burundaises. Celles-ci pourraient donc engager des poursuites judiciaires contre toute personne dont elles disposeraient des indices de culpabilité conformément à la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*[1484]. Nous verrons cependant, plus tard, que pour des raisons d'inopportunité des poursuites, même cette compétence leur est également temporairement enlevée dans le but officiel de favoriser l'arrêt complet des hostillités.

2^0. En plus du retard à mettre en branle la CEJI ou son substitut, il y a **blocage en attendant la réorganisation des tribunaux.** Comme critère de compétence supplémentaire, les juridictions burundaises ne peuvent connaître les crimes de guerre et contre l'humanité avant qu'elles soient réorganisées pour être « composées à tous les stades de la procédure d'enquête et de jugement dans le respect des équilibres ethniques nécessaires »[1485].

L'argument derrière l'exigence de doter les tribunaux burundais de magistrats selon les critères d'un équilibrage ethnique - la population burundaise est composée de 84% de Hutu, 14% de Tutsi et 1% de Twa - résulte du fait que la justice à l'époque des négociations, voir même aujourd'hui, est presque mono ethnique Tutsi. Les procès ne peuvent donc pas être perçus comme étant équitables. Les exilés Hutu, « as a condition for their return, they requested a guarantee that they would not be prosecuted by what they considered to be a one-sided and arbitrarily operating judicial system »[1486]. Ils ont même obtenu la libération des prisonniers déjà jugés par ce système[1487].

À date, les observateurs ne notent aucun début d'exécution de cette réorganisation judiciaire. Il est par conséquent, approprié de conclure que la réorganisation des tribunaux burundais constitue un obstacle formel de taille à la répression des crimes graves commis au Burundi entre 1962 et 2006.

1484 Voir art. 21 et 33 (interprétation a contrario).

1485 *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, art. 34.

1486 Stef Vandeginste, *supra* note 1352 à la p. 409.

1487 Ordonnances ministérielles n°550/18 du 9 janvier 2006 (libération de 673 détenus), n°550/116 du 10 février 2006 (libération de 780 détenus), n°550/245 du 14 mars 2006 (libération de 1595 détenus), n°550/246 du 14 mars 2006 (libération de 239 détenus).

Cela étant, lorsque la CEJI, si jamais elle est mise à contribution, sinon alors la CNVPR, conclura ses enquêtes en établissant que des crimes de guerre, de génocide et autres crimes contre l'humanité ont été effectivement commis avant 2003 au Burundi, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* habilite le Ministère Public et les tribunaux burundais d'en poursuivre immédiatement les coupables, conjointement avec un tribunal à caractère international[1488].

3^{0}. Dans cette occurrence, les inculpés bénéficiant des **privilèges de juridiction** en vertu de la Constitution du 18 mars 2005 auront alors qualité procédurale de demander l'arrêt sinon le classement sans suite d'une plainte, d'un procès-verbal ou d'une procédure d'enquête préliminaire les concernant en attendant l'issue des procédures extraordinaires qui entourent la levée de leurs privilèges de juridiction.

Conformément au droit international, la *Loi du 8 mars 2003* permet aux autorités judiciaires de conduire aisément les enquêtes et les procédures en consacrant le principe du défaut de pertinence de la qualité officielle, pour les crimes de guerre et contre l'humanité. En effet, elle stipule que « les dispositions portant sur les exceptions relatives aux personnes justiciables des juridictions militaires et aux personnes jouissant des privilèges de juridiction ne sont pas observées »[1489].

Ceci n'est cependant qu'une question d'apparence. La Constitution du Burundi, approuvée par référendum du 28 février 2005, prévoit une immunité de juridiction pour certaines personnes sans en exclure le cas particulier des crimes internationaux les plus graves.

Plus particulièrement, la Constitution du 18 mars 2005 dispose que le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison, et qu'il est jugé par la Haute Cour de justice[1490]. Il ne peut être mis en accusation

---

1488 *Ibid.*

1489 *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, art. 20.

1490 Aux termes de la Constitution post-intérimaire du 18 mars 2005, article 117 et de la Constitution promulguée le 13 Mars 1992, article 78, il y a haute trahison lorsqu'en violation de la Constitution ou de la loi, le Président de la République commet délibérément un acte contraire aux intérêts supérieurs de la nation qui

que par l'Assemblée Nationale et le Sénat réunis en Congrès et statuant, à vote secret, à la majorité des deux tiers des membres[1491].

La constitution du 18 mars 2005 prévoit également une irresponsabilité pénale de tout parlementaire ou sénateur à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions au cours des sessions[1492]. En cas de flagrant délit, les députés et les sénateurs ne peuvent, pendant la durée des sessions, être poursuivis qu'avec l'autorisation du Bureau de l'Assemblée Nationale ou du Bureau du Sénat. Hors session, ils peuvent être arrêtés moyennant l'autorisation du Bureau de l'Assemblée Nationale pour les députés ou du Bureau du Sénat pour les sénateurs[1493].

Enfin, la Constitution du 18 mars 2005 affirme que les membres du gouvernement peuvent être tenus pour pénalement responsables des infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions[1494]. Mais, ils sont justiciables seulement de la Cour Suprême[1495].

Il résulte de la Constitution du 18 mars 2005 que le Président de la République ainsi que les membres du parlement et du sénat, hors le cas de haute trahison, bénéficient d'une immunité procédurale. Au surplus, pendant la durée de leurs fonctions, leur responsabilité pénale ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de Justice, selon les modalités particulières que fixe la Constitution.

---

compromet gravement l'unité nationale, la paix sociale, la justice sociale, le développement du pays ou porte gravement atteinte aux droits de l'homme, à l'intégrité du territoire, à l'indépendance et à la souveraineté nationales. Notons qu'aux termes de l'article 233, « la Haute Cour de Justice est composée de la Cour Suprême et de la Cour Constitutionnelle réunies ». Elle juge, conformément à l'article 234, le Président de la République pour haute trahison, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat et les Vice-Présidents de la République pour crimes et délits commis au cours de leur mandat.

1491 *Ibid.*

1492 Constitution post-intérimaire du 18 mars 2005, article 150 et Constitution promulguée le 13 Mars 1992, article 103.

1493 *Ibid.*

1494 *Constitution post-intérimaire du 18 mars 2005,* art. 136.

1495 *Ibid.*

Au demeurant, la Constitution du Burundi est la loi suprême et toute loi non conforme à la Constitution est frappée de nullité[1496]. Qui plus est, toute disposition législative et réglementaire, antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution du 18 mars 2005, est automatiquement abrogée si elle lui est contraire[1497].

Dans ces conditions, nous constatons que les privilèges et immunités constitutionnels, consacrés postérieurement à la promulgation de la *Loi du 8 mars 2003*, ont préséance sur la disposition de celle-ci qui les écarte en cas de poursuite pour génocide, crime de guerre ou autres crimes contre l'humanité. En d'autres mots, les procédures spéciales de jugement que prescrit la Constitution du 18 mars 2005 ont anéanti le principe du défaut de pertinence de la qualité officielle, pour les crimes de guerre et contre l'humanité que la *Loi du 8 mars 2003* laisse entrevoir en droit burundais. La Constitution du 18 mars 2005 a donc réintroduit un obstacle procédural important dans l'arsenal juridique burundais capable d'annuler, retarder ou faire avorter la recherche, l'arrestation, la détention, les poursuites ou le jugement éventuels du chef de l'État burundais, d'un ministre, d'un sénateur ou d'un parlementaire pour génocide, crime de guerre ou autres crimes contre l'humanité.

Rappelons ici que tous les anciens présidents burundais, en tout quatre, sont des sénateurs; donc non facilement atteignables par la justice. Et pourtant, certains d'entre eux sont soupçonnés, en leur qualité d'anciens chefs des armées ou d'une organisation politique, d'avoir donné l'ordre de commettre un crime de guerre ou contre l'humanité ou omis de les punir[1498].

La Constitution du Burundi devrait donc être revue pour s'inscrire dans la direction du Statut de Rome et de la tendance actuelle des lois nationales qui en résultent, soit de reconnaître des dérogations expresses au principe d'immunité des dirigeants en exercice dans le domaine particulier des crimes de guerre et contre l'humanité lorsqu'ils sont accusés dans leurs propres pays ou devant les juridictions internationales.

1496 *Ibid.*, article 48.

1497 *Ibid,* art. 305.

1498 Le Centre d'Analyse et d'Action pour le Burundi, « Burundi: Quand le génocide et des des crimes contre l'humanité deviennent un fonds de commerce », Document CAAB N° 2, Bruxelles, novembre 1999, à la p. 10.

En plus des limitations de compétence explicitement inscrites dans la *Loi n° 1/004 du 8 mai* 2003, les inculpés auront également qualité procédurale de demander le classement sans suite d'une plainte, d'un procès-verbal ou d'une procédure d'enquête préliminaire concernant les crimes internationaux les plus graves de 1972, 1988 et 1993, en faisant valoir certaines limitations implicites que nous examinons dans le paragraphe qui suit.

B. Les limitations implicites

En droit burundais, comme dans tout droit interne d'ailleurs, les cours et tribunaux étatiques possèdent la compétence matérielle absolue pour connaître toute infraction qui s'est déroulée sur le territoire (au sens large) national[1499]. Pour les infractions extraterritoriales, cela exige une autorisation légale expresse afin de prévenir l'incursion chaotique des États dans les affaires intérieures des autres.

Par infraction, on entend au Burundi « une action ou une omission qui se manifeste comme une atteinte à l'ordre social et que la loi sanctionne par une peine »[1500]. *A contrario*, si le ministère public trouve qu'un fait (une omission ou un acte), rapporté dans une plainte, une dénonciation ou un procès verbal de police l'informant de son occurrence, ne se retrouve pas dans les différentes « catégories juridiques »[1501] définies par la loi avec une peine correspondante, le principe de la légalité des poursuites et de la non-rétroactivité de la loi pénale la plus sévère, qui figure parmi les fins de non-recevoir catégoriques communes à toutes les infractions, s'oppose à ce qu'il entreprenne des poursuites[1502].

Avant la promulgation de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, le ministère public burundais a reçu des plaintes contre des personnes impliquées dans les massacres de 1972, 1988 et 1993. Il était sollicité de porter des accusations sous le chef de crimes de guerre et contre l'humanité ou

---

1499 Voir le Décret-loi n°1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du code pénal, art. 3.

1500 *Ibid.*, art. 1.

1501 Voir Jean-Claude Soyer, *supra* note 527 à la p. 72.

1502 Voir la Constitution du 18 mars 2005, art. 19.
Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques, art. 15 (1).

de génocide. Il a cependant refusé de le faire en faisant valoir que ces crimes n'existent pas dans la législation burundaise. Les suspects étaient simplement poursuivis pour des infractions ordinaires contre les personnes ou la sûreté de l'État, tel que le meurtre ou la trahison[1503].

Certains internationalistes affirment cependant que le vide de la législation burundaise n'était qu'apparent[1504]. Ils avancent, en effet, que les autorités judiciaires pouvaient, avant l'adoption de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, appliquer directement les conventions internationales[1505]. Nous démontrons, ci-après, que cet argument, bien que théoriquement valide dans les systèmes monistes, n'est pas applicable au Burundi d'avant le 8 mai 2003.

1°. **L'absence de convention applicable.** Le Burundi est un pays moniste où le Président de la république négocie, signe et ratifie les Accords internationaux, qui prennent effet après avoir été régulièrement ratifiés[1506]. Par conséquent, les internationalistes ont raison d'avancer que le Ministère Public et les tribunaux pouvaient opposer au manque d'incrimination applicable en droit burundais, le principe de l'application directe des conventions internationales devant les juridictions repressives burundaises. Malheureusement, au moment des faits, aucune convention internationale concernant les crimes ici en cause n'était effective pour le Burundi.

Avant 1993, le Burundi avait certes adhéré à plusieurs instruments internationaux relatifs aux droits humains, dont certains font désormais partie intégrante de sa Constitution[1507]. Ces instruments, bien qu'ils prévoient la protection contre les meurtres, la torture ou autre mauvais

---

1503 Voir le Décret-loi n°1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du code pénal, art. 141-158.

1504 Eugène Nindorera, *L'agencement et l'applicabilité des différentes lois en matière de lutte contre l'impunité au Burundi*, Bujumbura, octobre 2003, à la p. 3.

1505 Stef Vanderginste estime que le principe de l'application directe des conventions internationales devant les juridictions burundaises – bien que très rarement mis en application – n'est pas contesté. Il se base notamment sur les décisions de la Cour Constitutionnelle, RCCB 54, Arrêt, 5 octobre 1995, à la p. 9.
Cour Suprême, Chambre de cassation, *Maniraho Ange c. Ministère Public* – RPC 1301, Arrêt, 28 juin 2001, p. 3;
Nations-Unies, *Document de base constituant la première partie des rapports présentés par les Etats-parties. Burundi*, HRI/CORE/1/Add.16/Rev.1, 16 juin 1999, para. 134.
Stef Vanderginste, *supra* note 1142.

1506 Constitution du 18 mars 2005, art. 292.

1507 *Ibid.*, art. 19.

traitement[1508], n'incriminent pas expressément les crimes de guerre, le génocide et autres crimes contre l'humanité. Sauf en ce qui a trait aux garanties procédurales qu'elles protègent, ils ne sont donc pas invocables dans le présent débat.

En plus de ces instruments de protection de droits humains, le Burundi a adhéré à certaines conventions internationales, à l'instar du *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*, de la *Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*, de la *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* et des quatre *CG de 1949*, qui prévoient des protections contre le génocide, les crimes de guerre et contre l'humanité. Toutefois, ces conventions, à l'exception des quatre *CG de 1949*, ne sont pas applicables aux crimes internationaux les plus graves de 1972, 1988 et 1993 parce que leur effectivité pour le Burundi est postérieure à ces dates.

Nous avons vu qu'il ne fait aucun doute que le conflit au Burundi, entre les rebelles et l'armée nationale, quoiqu'un conflit interne de courte durée, constitue un conflit armé au sens de l'article 3 commun aux *CG* de 1949. Durant ce conflit, il y a eu contravention intentionnelle, sur une grande échelle, des garanties qu'offre cet article aux civils[1509]. Mais, les quatre CG de 1949 sont entrées en vigueur pour le Burundi le 27 juin 1972, soit durant la seconde phase de la crise de 1972. Cette phase consiste à déployer l'armée et les miliciens un peu partout dans le pays pour massacrer les civils Hutus accusés d'être des sympatisants des rebelles.

Dans ces conditions, les interdictions de l'art. 3 commun aux CG de 1949 faisaient partie du droit burundais depuis le 27 juin 1972. Les tribunaux burundais pouvaient alors, en vertu du monisme, exercer leur compétence inhérente pour les réprimer.

Les présumés criminels de guerre s'opposeraient cependant à cette approche en alléguant

---

Voir aussi la *Loi No 1/017 du 28 octobre 2001 portant promulgation de la constitution de transition,* qui abroge la constitution de 1992, préambule.

1508 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 5.

1509 Par les violations de l'article 3 commun aux CG de 1949, on entend notamment les atteintes à la vie et l'intégrité physique et mentale des civils, des personnes blessées ou des prisonniers et autres personnes qui ne participent pas aux hostilités.

que certes, le Burundi connaît un système moniste, en ce sens que les conventions internationales produisent des effets à compter de leur entrée en vigueur. Or, celle-ci est sujette à la réalisation des conditions de mise en vigueur prévues par ces conventions multilatérales elles-mêmes[1510].

En l'espèce, les CG de 1949 ne prévoient pas de peine applicable. Elles exigent de tout État-partie de prendre, sur le plan national, des mesures législatives nécessaires pour poursuivre, faire juger et punir conformément à leur juridiction les personnes responsables ou accusées des infractions graves qu'elles définissent[1511]. Cette condition de mise en vigueur exigée par les *CG de 1949* est déterminante pour leur application directe au Burundi. Sans son exécution, l'application directe des *CG de 1949* serait en violation de l'exigence constitutionnelle, qui veut que toute infraction soit punie de peines alors « portées par la loi avant que l'infraction fût commise »[1512]. Qui plus est, à cette époque là, les violations de l'art. 3 commun aux CG de 1949 n'étaient pas punissables en droit international. Seule une loi burundaise en bonne et due forme pouvait rendre la chose possible.

Dans ces conditions, les *CG de 1949* ne pouvaient pas, non plus, constituer la source d'une infraction directement applicable en droit burundais avant le 8 mai 2003, date de l'adoption de mesures législatives fixant le degré de peine applicable aux personnes coupables des infractions graves qu'elles définissent et de la violation des interdictions de l'art. 3 commun à ces conventions.

Est-ce suffisant pour conclure que les autorités judiciaires du Burundi étaient, avant l'adoption de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*, complètement désarmées face à l'impératif de la lutte contre l'impunité des crimes de guerre et contre l'humanité commis dans ce pays en 1972, 1988 et 1993? La réponse nous paraît être négative dans la mesure où il fallait également questionner l'application directe du droit international coutumier aux Burundais.

1510 Constitution du 18 mars 2005, art. 292 : « les traités ne prennent effet qu'après avoir été régulièrement ratifiés et sous réserve de leur application par l'autre partie pour les traités bilatéraux et de la réalisation des conditions de mise en vigueur prévues par eux pour les traités multilatéraux ».

1511 CG de 1949, art. 49/50/129/146.

1512 *Ibid.*, art. 2.

2^{0}. **L'application directe de la coutume internationale.** Les autorités judiciaires burundaises, avant de poursuivre sous le chef des qualifications de délit commun, auraient d'abord effleuré la possibilité de faire découler les incriminations qui nous préoccupent ici de la coutume internationale et des principes généraux de droit international. En effet, avant 1945, ces deux sources de droit international incriminaient clairement les crimes de guerre et contre l'humanité et autorisaient –n'obligeaient pas - les tribunaux de tout État d'en rechercher les auteurs et de les juger selon le droit interne[1513].

Au niveau du jugement, deux options sont possibles. Tout d'abord, rien n'empêchait à un juge internationaliste, comme Lord Millet dans l'affaire *Pinochet*, précitée, de statuer que le droit international coutumier lui donnait la compétence de juger, au Burundi, un génocidaire, un criminel de guerre ou contre l'humanité malgré le silence du droit burundais. Un bricolage juridique pouvait le conduire à tirer la conclusion selon laquelle le principe de légalité des incriminations tel que prévu par le *Décret-loi n°1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du code pénal*[1514] et la *Constitution du Burundi*[1515], ne s'opposait pas à ce que l'on intente de poursuites pour des crimes du *jus cogens*[1516]. Il est sous-entendu que les peines applicables auraient été celles qui étaient en vigueur au moment des faits pour les infractions sous-jacentes au génocide, crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité[1517]. Mais, les cours et tribunaux burundais pouvaient également statuer que la Constitution du Burundi ne permet pas, à l'appui des poursuites pénales, d'invoquer une coutume internationale ou les principes généraux de droit international. En effet, ces sources internationales ne prévoient pas de peine applicable aux crimes qu'elles interdisent. Sans cette peine, si elles peuvent, le cas échéant, guider l'interprétation d'une disposition légale, elles ne peuvent, en tout état de cause, créer, *ab initio*,

---

1513 Henri D. de Vabres, *supra* note 358 de la p. 574 – 575;
United States c. Goering, Tribunal de Nuremberg, 1 October 1946, 13 Annual Digest, à la p. 203

1514 Voir art. 1er et 2^{e}.

1515 Voir les art. 20 et 22 de la Constitution de 1991.

1516 Commentant l'avis consultatif du 28 mai 1951 concernant les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Diane Orentlicher, *supra* note 568 à la p. 2565 affirme que « although the opinion does not specify which provisions reflect customary norms, those requiring punishment pursuant to the territorial principle, which are at the heart of the Convention, surely are included ».

1517 Voir l'Ordonnance du 6 novembre 1998 contre Pinochet, *supra* note 264, para. 3.3.2.

une incrimination de crime de guerre ou contre l'humanité. Cette position trouve son appui dans la non-rétroactivité du statut de Rome de la CPI[1518].

Vu les deux possibilités, soit de juger et dire que les crimes de guerre et contre l'humanité ne pouvaient être punis, ou pouvaient l'être par l'opération de la coutume internationale, en droit burundais avant 2003, nous pouvons conclure que le droit pénal international, tel qu'il était alors applicable au Burundi, n'était pas complètement équipé pour répondre de manière précise à la question de la compétence permettant la poursuite et le jugement des génocidaires, criminels de guerre et contre l'humanité de 1972, 1988 et 1993. Pour ce motif, l'adoption d'une loi à cet effet était nécessaire.

3^0. Questionnons alors **la rétroactivité** de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* qui intègre, dans le système juridique burundais, les crimes de guerre, le crime de génocide et autres crimes contre l'humanité:

> Article 1: La présente loi a pour objet d'intégrer dans la législation burundaise le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, et d'organiser la procédure de poursuite et de mise en jugement des personnes accusées desdits crimes.
>
> Tombent également sous le champ d'application de la présente loi, les infractions visées au code pénal ou au code pénal militaire qui ont été commises en relation avec le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre.

En usant du terme « intégrer » dans l'objet de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, le législateur burundais a donné l'argument aux critiques voulant que cette loi crée trois nouvelles infractions, dont un crime contre l'humanité, un crime de guerre et un génocide. Par conséquent, il est conceptuellement possible, que les présumés criminels de guerre et/ou contre l'humanité de 1972, 1988 et 1993 soumettent une requête en exception déclinatoire de compétence fondée sur l'inconstitutionnalité de la rétroactivité de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*[1519].

[1518] Statut de Rome, art. 24.(1).

[1519] Selon l'art. 20 de la Constitution de 2001 et l'art. 41 de celle du 18 mars 2005, « nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas une infraction ».

La requête concernant la rétroactivité de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* peut être résolue en questionnant la nature véritable de cette loi et le contexte particulièrement grave de son adoption.

3.1. **Une loi attributrice de compétence.** Dans une décision préalable au procès, les cours et tribunaux burundais peuvent statuer que la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* est de nature véritablement procédurale et non créatrice d'infractions nouvelles. En effet, ces infractions de droit international existaient en droit burundais par la souscription aux différentes conventions internationales que ladite Loi répertorie d'ailleurs dans son préambule. Ce qui manquait, c'était la fixation de l'échelle des peines applicables.

Étant exclusivement juridictionnelle, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* ne crée donc pas les trois infractions qu'elle porte. Elle confère simplement une compétence rétroactive aux tribunaux burundais sur des actes qui constituaient des infractions de droit commun au moment de leur perpétration, pour autant que ces actes constituent des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, incluant le génocide. Or, rien n'empêche aux lois apportant une modification concernant la procédure et la compétence des tribunaux, de s'appliquer aux instances futures concernant des faits antérieurs et aux instances engagées avant leurs promulgations[1520].

Les cours et tribunaux burundais peuvent cependant statuer que la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* crée trois nouvelles infractions et les intègre dans le système juridique burundais, à savoir les crimes de guerre, le crime de génocide et les autres crimes contre l'humanité. En effet, comme c'est le cas pour les autres infractions prévues au Code pénal burundais, il est déclaré, dans la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* que quiconque commet l'acte visé est coupable d'une infraction:

> Article 5: Est coupable de crime de génocide, de crime contre l'humanité, de crime de guerre, quiconque conçoit, planifie, complote, ordonne, incite à commettre, tente de commettre ou commet l'une des infractions visées

---

1520 Côté-Harper, Rainville & Turgeon, *supra* note 351 à la p. 106.

> respectivement aux articles 2, 3 et 4 de la présente loi suivant les modes de participation criminelle tels que prévus aux articles 67 à 69 du code pénal.

En outre, il y a prévision autonome d'une peine pour l'auteur de ces infractions[1521]. Finalement, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* permet à la poursuite de porter des accusations à la fois pour des infractions définies au Code pénal au moment des faits[1522] et des infractions constitutives de génocide, crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité[1523]. Ces dernières sont donc des notions nouvelles en droit burundais.

Dans ces circonstances, les tribunaux peuvent effectivement conclure que l'intention du législateur burundais était de créer d'abord des incriminations nouvelles au niveau du Burundi et étendre ensuite la portée du droit criminel burundais afin que des poursuites puissent être engagées à leur égard conformément au droit international.

Cette interprétation de la loi est d'ailleurs étayée par son historique législatif. Elle est le fruit de recommandations formulées par les Accords de paix d'Arusha. Le nœud de ces recommandations était de « promulguer » au Burundi une législation contre le génocide, les crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité. Par la promulgation, soit l'acte par lequel le Chef de l'État constate officiellement l'existence de la loi et la rend exécutoire, on peut argumenter que le législateur burundais a donc choisi de créer trois infractions matérielles précises de crime de guerre, de génocide et de crime contre l'humanité, sur la recommandation des Accords de paix d'Arusha.

En conclusion, l'étude de la nature véritable de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* peut conduire à deux interprétations différentes. L'une la considérant comme étant une simple loi de compétence et l'autre comme étant une loi créatrice d'infractions nouvelles.

1521 *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003,* art. 8-18.

1522 *Ibid.*, art. 1.

1523 *Ibid.*, art. 21.

3. 2. Sans vouloir nécessairement jouer les Cassandre[1524], admettons que les tribunaux burundais accepteraient l'interprétation selon laquelle la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* est créatrice d'infractions nouvelles.

Dans cette occurrence, il faut alors vérifier si la constitution du Burundi permettait, le 8 mai 2003 lorsque la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* a été promulguée, et permet aujourd'hui de porter atteinte au droit fondamental de ne pas être condamné pour des actions ou omissions qui, au moment ou elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit burundais dès lors qu'elles existaient en droit international.

La Constitution de transition, promulguée en 2001 et en vigueur le 8 mai 2003, permet de déroger, par la loi, aux droits fondamentaux qu'elle garantit mais seulement dans des circonstances justifiables et acceptables en droit international. Celle du 18 mars 2005, actuellement en vigueur, stipule que « toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale; elle doit être justifiée par l'intérêt général ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui; elle doit être proportionnée au but visé» [1525].

Ainsi les lois pénales de fond pouvaient, le 8 mai 2003, être définies par le législateur burundais comme étant rétroactives lorsqu'elles étaient promulguées dans des circonstances qui se justifient en droit international.

En l'espèce, la répression des crimes de guerre et contre l'humanité commis au Burundi avant le 8 mai 2003 est une situation d'extrême nécessité et d'exceptionnelle gravité justifiée en droit international des droits de l'Homme, pour qui, l'impunité n'est plus tolérable[1526]. L'intervention du législateur burundais, en votant une loi pénale rétroactive, si tel est l'interprétation des tribunaux burundais, n'était donc pas inconstitutionnelle le 8 mai 2003.

1524 Cette expression signifie prédire des malheurs.

1525 Selon l'article 47.

1526 Statut de Rome, 5e boulet du préambule.

L'actuelle Constitution du Burundi, soit celle du 18 mars 2005, permet de faire des restrictions aux droits fondamentaux pourvu qu'une telle restriction soit justifiée par l'intérêt général ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui. La restriction doit cependant être proportionnée au but visé, comme nous l'avons annoncé plus-haut.

En l'espèce, il serait superflu de faire la démonstration que rendre justice aux victimes burundaises de génocide et crimes contre l'humanité commis avant 2003 est justifiée à la fois par l'intérêt général et par la protection d'un droit fondamental de ces victimes. Il serait également superflu de faire la démonstration qu'appliquer rétroactivement la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* est proportionnée au but visé, à savoir découvrir la vérité sur les crimes graves commis au Burundi et punir les coupables afin de prévenir leur réitération.

Nous en concluons alors que la rétroactivité de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* est constitutionnellement valide. Avant son adoption, nous rappelons que le défaut de disposition légale expresse pouvait effectivement invalider les poursuites des responsables des massacres de 1972, 1988 et 1993 sous le chef véritable de crime de guerre, génocide ou autre crime contre l'humanité. Sa promulgation résout donc une question importante de droit et de procédure pénale.

Malheureusement, en conditionnant la compétence rétroactive des tribunaux burundais aux enquêtes de la CEJI et à la réorganisation préalable des tribunaux burundais, et en faisant primer les privilèges de juridiction de certains dirigeants burundais sur le principe de défaut de la qualité officielle pour les criminels de guerre et contre l'humanité, les critères de compétence ne sont pas remplies pour traduire en jugement les auteurs des crimes internationaux les plus graves qu'a connus le Burundi.

Après les incertitudes entourant la compétence des tribunaux burundais, voyons si le régime juridique burundais ne contient pas également des limites formelles à la recevabilité de l'action publique concernant les crimes graves de 1972, 1988 et 1993.

Section 2. Les exceptions d'irrecevabilité de l'action publique

Au Burundi, « l'action publique s'éteint par la mort du prévenu, l'abrogation de la loi pénale, la chose jugée, l'amnistie ou la prescription »[1527]. Tenant compte de cet état du droit, nous discutons, dans cette section, de comment la prescription et l'autorité de la chose jugée selon le droit commun (& 1) ainsi que les mesures de clémence adoptées par certains gouvernements burundais (& 2) pourront empêcher, entièrement ou partiellement, les poursuites contre les criminels de guerre et contre l'humanité d'avoir lieu.

&1. La prescription des faits et l'autorité de la chose jugée

Au Burundi, les défenses procédurales de prescription (A) et de l'autorité de la chose jugée (B) peuvent entraver l'ouverture de poursuites ou leur continuation sous l'empire de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*.

A. La prescription des infractions sous-jacentes

Dans la législation burundaise d'avant mai 2003, « l'action publique résultant d'une infraction est prescrite après dix ou vingt ans si l'infraction commise constitue un crime punissable de plus de cinq ou dix ans de servitude pénale ou de mort »[1528]. Les notions de crime de guerre et contre l'humanité n'existaient pas comme tel. Mais, leurs infractions sous-jacentes, à l'instar du meurtre et du viol, étaient punissables[1529] et donc prescriptibles[1530].

Conformément aux engagements du Burundi, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* prévoit

---

1527 Voir le Décret loi N° 1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du Code pénal, art. 85.

1528 Décret-loi N° 1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du Code Pénal, art. 89.

1529 Décret-loi n°1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du code pénal, Bulletin officiel, 1981-06-01, n° 6, de la p. 250-298, titre I (infractions contre les personnes)

1530 Selon le Décret loi N° 1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du Code pénal, (1981) 6 B.O.B., à la p. 250, art. 89, 90 et 91, l'action publique résultant d'une infraction punissable de plus de cinq ans de servitude pénale est prescrite après dix ans à compter du jour où l'infraction a été réalisée. Celle d'une infraction punissable de plus de dix ans de servitude pénale ou de la peine de mort se prescrit après vingt ans. Ceci sous reserve de l'interrumption par des actes d'instruction ou de poursuite faits avant l'écoulement de cette période.

désormais que « l'action publique et les peines relatives aux infractions constitutives de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre sont imprescriptibles »[1531]. Elle permet, sans égard au temps écoulé depuis leur survenance, au ministère public, d'une part, de réprimer les infractions de droit commun commises en relation avec ces crimes internationaux les plus inouïs[1532]. Elle permet, d'autre part, d'enclencher les poursuites contre les personnes suspectées de participation aux infractions constitutives de crimes de guerre, de génocide et autres crimes contre l'humanité, incluant celles commises avant sa promulgation[1533]. Il est alors conceptuellement possible, dans les deux cas de figure, de plaider l'illégalité des poursuites, inhérente à la prescription acquise.

1°. La *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* autorise expressément le ministère public et les tribunaux burundais à réprimer les infractions commises en relation avec les crimes de guerre, de génocide et autres crimes contre l'humanité commis au Burundi, sans fournir d'explication concernant leur possible prescription[1534].

La *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* ne définit pas c'est quoi une infraction commise en relation avec un crime de guerre, un génocide et/ou un autre crime contre l'humanité. Dans son usage usuel, l'expression « en relation avec » signifie « au cours d'un même événement ». Ces infractions sont donc des meurtres, assassinats, viols, coups et blessures, séquestration avec torture, prise d'otage, etc..., commis au cours du même événement que les crimes internationaux mais sans revêtir l'intention véritable de ces derniers.

Pour bien comprendre ce concept, illustrons notre définition par un exemple. Depuis fin janvier 1972, monsieur Jacques Ndayishimye, un Tutsi, soupçonne son voisin, Laurent Maniraho, un Hutu, d'avoir une liaison amoureuse avec son épouse, Angela. Il nourrit alors l'intention de le tuer mais attend de les surprendre en flagrant délit d'adultère pour avoir une

---

1531 *Loi N° 1/004 du 8 mai 2003,* art. 27.

1532 *Ibid.*, art. 1.

1533 *Ibid.*, art. 1, 21, 27 et 35.

1534 *Ibid.*, art. 1 al. 2.

excuse absolutoire ou atténuante[1535]. Le 4 mai 1972, en plein génocide contre les Hutu, l'épouse de Jacques, Hutu de naissance, apporte de quoi manger à Maniraho et sa famille qui se cachent dans une maison abandonnée, pour échapper aux massacres. Averti, Ndayishimye se procure un bidon d'essence et met le feu sur la maison en question, tuant d'un seul coup tous les six occupants hutu, inclusivement son épouse. Monsieur Ndayishimye, dont l'intention véritable était de liquider les deux supposés amants, s'est rendu coupable, non pas de génocide de Hutu, mais d'assassinat commis en relation avec le génocide de 1972 contre les Hutu[1536]. Il n'avait pas, en effet, l'état d'esprit coupable requis, à savoir l'intention d'exterminer en tout ou en partie l'ethnie Hutu, pour commettre un acte de génocide.

Monsieur Ndayishimye n'a jamais quitté le Burundi mais ce crime passionnel, connu de tout son entourage et du Ministère Public, n'a jamais fait objet d'investigation et de poursuite. Les régimes en place considéraient que les Tutsi avaient généralement agi en légitime défense[1537]. La *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* permet de poursuivre aujourd'hui tous ceux qui, comme monsieur Ndayishimye, ont commis des infractions ordinaires durant les crises violentes qu'a connues le Burundi[1538].

Conformément au *Décret-loi n°1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du code pénal*, l'action publique concernant les assassinats, meurtres, coups et blessures, séquestration avec torture, prise d'otage, rébellion et autres actes infractionnels, sans exception, commis en relation avec les crimes de guerre, le génocide et autres crimes contre l'humanité de 1972, 1988 et 1993 est prescrite respectivement depuis 1983, 1998 et 2003 pour tout suspect n'ayant posé ou subi aucun acte interruptif de délai de prescription. Il est donc clair que lorsque la *Loi n° 1/004 du 8*

1535 Fernand Diskeuve, *Droit pénal général du Burundi*, Recueil de cours, Facultés universitaires Notre Dame de la Paix, Namur, 2008, à la p. 27.

1536 Selon le *Décret-loi n°1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du code pénal*, art.142, « l'homicide commis avec l'intention de donner la mort est qualifié de meurtre. Il est puni de servitude pénale à perpétuité ou de la peine de mort ». Qui plus est, selon l'art. 144, « le meurtre commis avec préméditation est qualifié d'assassinat. Il est puni de mort. Il y a préméditation quand le dessein visé à l'article 141 a été formé avant l'action ».

1537 *Ibid.*, art. 17 para. 3: la légitime défense de soi-même ou d'autrui constitue un fait justificatif de l'infraction, pourvu que la défense soit proportionnelle à la gravité de l'agression.

1538 Loi n° 1/004 du 8 mai 2003, art. 1 et 33 al. 2.

mai 2003 a été promulguée, la prescription de l'action publique relative aux infractions commises en relation avec les crimes internationaux de 1972 et 1988 était déjà acquise.

La *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* stipule que « toutes les règles de droit, notamment celles contenues dans le code pénal, le code pénal militaire, le code de procédure pénale et le code de l'organisation et de la compétence judiciaire, demeurent d'application pour autant qu'elles ne soient pas contraires à la présente loi »[1539]. Le *Décret loi N° 1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du Code pénal* prescrit que l'action publique résultant d'une infraction s'éteint après dix ans si l'infraction commise constitue un crime punissable de cinq à dix ans de servitude pénale ou de la peine de mort, à compter du jour où l'infraction a été réalisée[1540]. Au-delà de ce délai décennal de la prescription, l'action publique est irrecevable parce que les poursuites sont illégales[1541].

Dans ces conditions, il y a, en ce qui concerne la répression des infractions commises en relation avec les crimes de guerre et contre l'humanité de 1972, 1988 et 1993, contrariété entre le régime juridique du *Décret loi N° 1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du Code pénal* et celui de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*. Le premier énonce un principe de prescription de dix ans alors que l'autre autorise de réprimer des infractions déjà prescrites. De plus, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* n'indique pas le nouveau délai de prescription au-delà duquel les poursuites ne seront plus possibles pour ces infractions. Elle donne l'impression de les rendre imprescriptibles sans que cela soit uniforme pour toutes les autres infractions de même nature. Par conséquent, les dispositions du *Décret loi N° 1/6 du 4 avril 1981* qui édictent la prescription de dix ans sont inopérantes pour autant qu'elles concernent les infractions commises en relation avec les crimes de guerre, de génocide et autres crimes contre l'humanité commis au Burundi avant mai 2003.

Toute personne inculpée des infractions ordinaires commises en relation avec les crimes de guerre, de génocide et autres crimes contre l'humanité commis au Burundi en 1972, 1988 et 1993, à l'instar de monsieur Ndayishimye, demanderaient alors aux Cours et tribunaux de

---

1539 *Ibid.*, art. 35 al. 2.

1540 Décret loi N° 1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du Code pénal, para. 89 et 90.

1541 *Ibid.*, art. 85: « l'action publique s'éteint par la mort du prévenu, l'abrogation de la loi pénale, la chose jugée, l'amnistie ou la prescription ».

vérifier si la disposition législative qui autorise de poursuivre des faits déjà prescrits, et qui de surcroît rend ces infractions ordinaires seules imprescriptibles, ne relève pas d'un abus de droit qui serait alors discriminatoire et donc inconstitutionnel[1542].

Le législateur burundais ne motive pas sa disposition. Les Cours et tribunaux peuvent alors choisir librement d'être d'opinion que la prolongation *ad infinitum* des délais de prescription des seules infractions de droit commun commises à certaines dates fixes de l'histoire du Burundi opère de la discrimination et de l'abus du droit. Dans la mesure où la prescription initiale des poursuites était déjà acquise longtemps avant l'adoption de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, l'action publique concernant les infractions de droit commun commises en relation avec les crimes internationaux les plus graves de 1972 et 1988, serait alors aujourd'hui irrecevable.

Pour les infractions ordinaires commises en relation avec le génocide et les autres crimes contre l'humanité de 1993, la prescription est acquise depuis fin décembre 2003. Les tribunaux burundais peuvent considérer que la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* a interrompu cette prescription. Mais après six années d'inaction, opposer - aux termes de l'exigence de poursuivre dans un délai raisonnable[1543] - une fin de non-recevoir aux poursuites, serait également constitutionnellement justifiée.

Deux exceptions méritent cependant d'être signalées. Tout d'abord, les périodes pendant lesquelles les autorités, de droit ou de fait, n'ont pas la volonté ou sont dans l'incapacité de mener des enquêtes et de traduire les infracteurs présumés devant les tribunaux, suspendent la prescription[1544].

Avant 2003, l'État burundais se trouvait dans des circonstances d'incapacité de mener les enquêtes et subséquemment les poursuites contre les inculpés qui s'étaient alors réfugiés à l'étranger. Ensuite, parmi ceux qui étaient toujours présents au Burundi figureraient des inculpés

---

1542 contrairement à la Constitution du 18 mars 2005, art. 19 et 22.

1543 *Ibid.*, art. 38.

1544 Lire notamment *Kononov c. Lettonie*, CEDH, anc. Sect. III, 24 juillet 2008, req. No 36376/04 (prescription des infractions commises en relation avec les crimes de guerre nazis).

qui contrôlaient le système judiciaire d'alors et/ou qui bénéficiaient des privilèges de juridiction empêchant ainsi la justice pénale de les atteindre. Il est ici question notamment d'anciens chefs d'État burundais, ministres, parlementaires, magistrats et officiers de haut rang dans l'armée burundaise. Pour ces deux catégories de suspects, il est légalement possible de mettre en mouvement l'action publique sans violer la loi puisque le délai de prescription ne court pas lorsque les autorités judiciaires sont incapables d'atteindre ou retracer le suspect[1545].

Pour les autres suspects, il faut blâmer le manque de volonté de l'État. Celui-ci ne peut pas alors se disculper en adoptant une loi qui ignore catégoriquement la prescription acquise. Les cours et tribunaux seraient alors justifiés de déclarer abusive et discriminatoire la disposition légale qui permet de poursuivre des faits qui lui sont antérieurs, *a fortiori* déjà prescrits selon les dispositions du droit commun qu'elle abroge.

Nous sommes conscients que cette position profiterait, non pas à tous les Burundais, mais seulement aux Tutsi ayant pris part aux massacres de 1972, 1988 et 1993 contre les membres de l'ethnie Hutu. Ce sont eux que les régimes précédents n'ont pas voulu poursuivre. Elle donne alors l'impression d'une application partielle de la loi. La logique actuelle, politiquement correcte d'ailleurs, demande de punir également les Tutsi ayant pris part aux infractions ordinaires commises à l'occasion des massacres de 1972, 1988 et 1993. Juridiquement, cette logique nous semble être fallacieuse car elle risque de tailler l'application de la loi et de la justice post-conflit aux humeurs ethniques de la région des grands lacs africains.

2^0. En ce qui concerne les infractions constitutives de crimes de guerre, de génocide et autres crimes contre l'humanité, au regard du droit pénal international, nous avons déjà vu que la *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* stipule expressément que lesdits crimes sont imprescriptibles, « quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis »[1546]. Pour sa mise en vigueur au niveau national, cette Convention exige cependant aux États-parties de prendre les « mesures législatives ou autres qui seraient

---

1545 Les principes de Bruxelles contre l'impunité et pour la justice internationale, adoptés par le « Groupe de Bruxelles pour la justice internationale » à la suite du colloque « Lutter contre l'impunité: Enjeux et perspectives » Bruxelles, 11-13 mars 2002, Principe 7 (imprescriptibilité).

1546 Voir l'article I.

nécessaires pour assurer l'imprescriptibilité de ces crimes, tant en ce qui concerne les poursuites qu'en ce qui concerne la prime »[1547].

Le Burundi est une partie à la *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* depuis seulement le 16 juin 2000[1548]. Pour sa mise en œuvre, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* confirme que « l'action publique et les peines relatives aux infractions constitutives de génocide, de crime contre l'humanité ou de crimes de guerre sont imprescriptibles » en droit burundais[1549].

Les personnes inculpées de crime de guerre ou contre l'humanité seraient alors tentées de contester l'application de cette disposition en alléguant qu'elle est postérieure à l'acquisition de la prescription des poursuites concernant les infractions sous-jacentes aux crimes graves de 1972 et 1988. Ils pourraient, à l'appui de leur allégation, avancer que l'application rétroactive de la *Convention onusienne sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*[1550], lui a valu d'être, lui-même, boudée par la quasi-totalité des États[1551].

Le Ministère Public pourrait répliquer que la postériorité de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* à l'acquisition de la prescription des infractions de droit commun de 1972 et 1988 n'affecte pas la validité d'une action actuelle contre les auteurs des crimes de guerre et contre l'humanité puisqu'au regard de l'évolution actuelle du droit international, leur imprescriptibilité revêt un caractère coutumier[1552] . En effet, depuis 2002, plus de 120 États, dont le Burundi, ont adopté le

---

1547 Voir l'article IV.

1548 Voir la *Loi n° 1/005 du 16 juin 2000 portant adhésion de la République du Burundi à la convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 26 novembre 1968.*

1549 *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, art. 27.

1550 Voir l'article 1er.

1551 Seulement 9 États signataires, 44 Parties, aucun pays occidental, sauf la Russie, n'adhère à cette Convention.

1552 Voir notamment Patrick Daillier, Nguyen Quoc Dinh et Alain Pellet, *Droit international public,* L.G.D.J., Paris, 1999, à la p. 684.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, consacrant, entre autres, le principe de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité[1553].

Au demeurant, la coutume internationale peut se déduire d'une disposition conventionnelle adoptée par un nombre suffisant d'États[1554].

En réplique, les accusés avanceraient que si le principe de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité a atteint le degré coutumier après l'entrée en vigueur du Statut de Rome, ce serait alors bien après l'acquisition de la prescription des crimes de guerre et contre l'humanité commis au Burundi en 1972 et en 1988. Qui plus est, le fait que le Statut de Rome consacre le principe de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité est sans pertinence puisque ce Statut ne s'applique véritablement qu'aux crimes commis après son entrée en vigueur, soit en juillet 2002.

Les Cours et tribunaux burundais pourraient accepter cet argument mais rejeter quand même la requête des inculpés en statuant que les périodes pendant lesquelles les autorités burundaises, de droit ou de fait, n'avaient pas la volonté ou étaient dans l'incapacité de mener des enquêtes et de traduire les auteurs présumés de ces crimes graves devant les tribunaux, suspendent la prescription.

Nous avons vu qu'en ce qui concerne les criminels Tutsi, les régimes précédents considéraient qu'ils avaient agi en légitime défense. En ce qui concerne les Hutu, en général, ils ont pris le chemin de l'exil. Dans le premier cas, les autorités burundaises n'avaient donc pas la volonté d'agir. Dans le second, elles étaient dans l'incapacité de mener des enquêtes et de traduire les auteurs présumés de ces crimes graves devant les tribunaux. Alors, les délais de prescription étaient suspendus. Ils ont repris leur rythme cependant depuis que le Burundi s'est doté d'une nouvelle constitution et des institutions démocratiques.

1553 Voir l'article 29.

1554 Voir *Affaires du Plateau continental de la mer du Nord, supra* note 290 à la p. 42; Éric David et Jean Salmon, *Droit des gens,* t. 1, Bruxelles, PUB, 1998, à la p. 54.

Les juges burundais, malgré que les délais de forclusion dans la législation burundaise ont expiré, ne devraient donc pas rejeter les poursuites contre les criminels de guerre et contre l'humanité. Vu que la constitution nationale n'est pas violée, ils devraient constater cependant que depuis le 18 mars 2005, le délai risque d'être déraisonnable pour poursuivre.

Ceci dit, il convient également d'examiner l'effet, en vertu du principe *ne bis in idem*, des condamnations antérieures pour infractions de droit commun de personnes dont on disposerait, après enquête, la preuve irréfutable que les infractions pour lesquelles elles ont été déjà jugées, sont également constitutives de crime de guerre, génocide ou autres crimes contre l'humanité.

B. L'effet juridique des jugements antérieurs

Avant d'entreprendre notre analyse sur l'application du principe *ne bis in idem* au niveau de la procédure pénale burundaise concernant la répression des crimes internationaux de 1972, 1988 et 1993, rappelons en premier lieu le contenu de ce principe et précisons ses caractéristiques propres au droit pénal burundais.

1^0. Selon le Professeur Mario Pisani, « antique est la règle selon laquelle, une fois achevé le procès pénal à la suite et par effet d'une décision pénale irrévocable ou définitive, relative au même fait et envers la même personne, on ne peut ouvrir un deuxième procès envers elle *(ne bis in idem*). On parle, à ce propos, de forclusion ou d'autorité négative de la chose jugée »[1555].

D'un point de vue intérêt juridique, le principe *ne bis in idem* est basé sur un double fondement social, à savoir la protection de la liberté individuelle et la sécurité publique[1556]. En effet, le justiciable définitivement jugé, acquitté ou condamné, doit retrouver sa tranquillité sociale sans menace de nouvelles poursuites. Tout autre trouble basé sur les mêmes faits porterait

---

[1555] Mario Pisani, « Italie, le principe ne bis in idem au niveau international et la procédure pénale italienne », (2002) 73 RIDP, à la p. 1017.

[1556] Ramdane Zerguine, « Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem», *Ibid.* à la p. 774-775.

atteinte à l'ordre public en minant la crédibilité des décisions judiciaires et la confiance du public aux institutions de jugement[1557].

Bien que l'énoncé du principe *ne bis in idem* demeure universel, son application requiert cependant des particularités nationales souvent difficiles à concilier avec l'exigence de justice face aux crimes internationaux les plus graves. Celles-ci ne concernent pas les conditions tenant à l'identité des parties ou au caractère définitif de la décision de fond. Elles concernent l'identité des faits et dans une moindre mesure le type de décision. En effet, dans certains États, par identité d'objet, on réfère à la qualification juridique des événements et non aux faits matériels[1558]. Dans d'autres, par contre, ce sont ces derniers qui comptent[1559].

Le droit international, quant à lui, permet de poursuivre une personne pour crime international même si elle a déjà été définitivement condamnée ou acquittée pour un crime de droit commun fondé sur les mêmes faits historiques[1560]. En effet, le critère de « même fait » n'est pas ici rencontré puisque le droit international considère le fait juridique et non le fait matériel. Pour ce motif, réouvrir les dossiers d'une personne jugée et condamnée ou acquittée pour des infractions de droit commun alors que leurs exactions constituent également un génocide, un crime de guerre ou contre l'humanité, n'est pas contraire au principe *ne bis in idem.*

Dans les États où « l'identité des faits » réfère aux faits matériels, les poursuites pour infractions ordinaires bloquent, sauf disposition légale expresse à l'effet contraire, toute nouvelle action sous le chef véritable de crime de guerre, génocide ou autres crimes contre l'humanité. Il faut vérifier si le Burundi ne tombe pas dans cette occurrence.

2^0. Au Burundi, le principe *ne bis in idem*, emprunté au droit belge par le truchement de la colonisation, est reconnu sous le fondement légal du *Décret loi N° 1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du Code pénal* selon lequel l'action publique s'éteint, entre autres, par l'autorité

1557 *Ibid.*

1558 *Ibid.* de la p. 778-779.

1559 *Ibid*

1560 Voir par exemple le para. 10. (2) du statut du TPIY et l'article 20 du Statut de Rome de la CPI.

de la chose jugée[1561]. Il est protégé au niveau constitutionnel, par l'incorporation immédiate des droits garantis par la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, le *Pacte international relatif au droit civils et politiques* ainsi que la *Charte africaine des droits de l'homme*[1562].

D'un point de vue contenu, à travers le principe constitutionnel *ne bis in idem*, une personne qui a fait l'objet d'une procédure régulière ayant abouti à une décision juridictionnelle définitive ne peut être poursuivie de nouveau pour les mêmes faits, même sous une qualification différente[1563].

Afin d'empêcher une nouvelle instruction, la nouvelle poursuite doit viser obligatoirement la même personne que dans la procédure précédente, que ce soit comme auteur ou complice. Contrairement au droit international, la nouvelle poursuite doit reposer, non pas sur la même incrimination (élément légal), mais porter obligatoirement sur les mêmes faits (élément matériel) que la précédente. Finalement, la phase atteinte par la première procédure doit être, un jugement définitif sur le fond, rendu par une instance burundaise ou étrangère[1564]. Par conséquent, il y a lieu d'exclure les décisions gracieuses, à l'instar des décisions récentes de mettre en liberté les détenus dits politiques et celles qui sanctionnent les irrégularités de procédure. Il faut aussi y exclure les décisions non juridictionnelles ainsi que les classements sans suite par le parquet qui exerce son droit d'apprécier l'opportunité des poursuites. Ces dernières sont révocables en tout temps, avant bien sûr l'écoulement du délai de prescription.

Dès qu'un jugement est coulé dans le béton de la chose jugée, toute ouverture d'un autre procès d'instruction est totalement fermée, sous réserve de la révision ou d'un procès *de novo*

1561 Voir art. 85 selon lequel la chose jugée éteint l'action publique. En effet, ce qui a été définitivement jugé constitue une présomption irréfragable de vérité selon l'adage « *res judicata pro veritate habetur* » ou « chose jugée, chose démontrée ».

1562 Constitution du 18 mars 2005, art. 19.

1563 Fernand Diskeuve, *supra* note 1535 à la p. 39.

1564 *Décret loi N° 1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du Code pénal*, art. 5 stipule que lorsque l'infraction a été commise à l'étranger, aucune poursuite n'a lieu au Burundi si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger et, en cas de condamnation, qu'il a subi, prescrit sa peine, obtenu sa grâce ou son amnistie.

suite à l'apparition de charges ou preuves nouvelles. Cette exception d'irrecevabilité est d'ordre public. Elle peut être soulevée d'office et à tout moment[1565].

Eu égard à ce qui précède, la notion de « même fait » (*l'idem*) selon laquelle, on ne peut ni émettre une nouvelle condamnation envers la même personne -acquittée ou condamnée par le passé- ni même, encore avant, donner suite à un deuxième procès (*ne bis...*), est la plus essentielle pour ce qui concerne notre étude des obstacles formels à la répression des crimes de guerre et contre l'humanité au Burundi.

En effet, nous venons de voir que contrairement au droit international, le principe *ne bis in idem* se base, au Burundi, sur le fait réel (historique et matériel) et non sur la qualification juridique de l'événement à travers les caractéristiques de l'incrimination légale (au sens d'un certain acte criminel). Ainsi, il est possible d'alléguer que le jugement de certains individus Hutu ayant pris part aux massacres de 1972, 1988 et 1993, pour infractions ordinaires, entraîne un effet de blocage des poursuites futures sous le chef véritable de génocide, crimes de guerre ou contre l'humanité.

Cependant, en plus de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* qui exige de poursuivre sous le chef de crime international[1566], la *Loi n°1/018 du 27 décembre 2004 portant missions, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation* prévoit que « les affaires en rapport avec les jugements ou arrêts coulés en force de chose jugée sont recevables devant la Commission Vérité et Réconciliation» [1567]. À des fins de ses enquêtes, « celle-ci les examine dans le souci de la découverte de la vérité et prend des décisions qu'elle juge nécessaires pour la réconciliation des Burundais »[1568]. Toutefois, « seules les affaires en rapport avec les jugements ou arrêts coulés en force de chose jugée relatives aux assassinats et

---

1565 Fernand Diskeuve *supra* note 1535 à la p. 41.

1566 Voir les art. 21 et 33.

1567 Voir *Loi n°1/018 du 27 décembre 2004*, article 40.

1568 *Ibid.*

aux procès politiques peuvent être réouvertes devant les Cours et Tribunaux »[1569]. Advenant des « cas où les conclusions de la Commission seraient en contradiction avec les décisions judiciaires [antérieures], la Commission propose des mesures susceptibles de promouvoir la réconciliation nationale »[1570]. En d'autres mots, la CNVPR est habiletée à revoir les décisions judiciaires concernant les assassinats de 1972, 1988 et 1993. Si elle n'est pas satisfaite de la décision judiciaire, elle pourra alors l'annuler et prendre d'autres sanctions qu'elle juge appropriées. Elle peut donc, entre autres, ne pas reconnaître l'effet juridique d'un jugement et renvoyer l'affaire à nouveau devant les tribunaux.

Dans ces circonstances, la *Loi n°1/018 du 27 décembre 2004* et la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* prévoient de faire fi du principe *ne bis in idem* tel qu'il est actuellement applicable au Burundi. Il faut alors vérifier si cette décision légale, conforme au droit international, est également conforme à la Constitution nationale[1571] pour ne pas constituer une entrave à la répression des crimes de guerre et contre l'humanité de 1972, 1988 et 1993.

En ce qui concerne la possibilité de rejuger les auteurs de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre de 1972, 1988 et 1993, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* n'apporte, aux yeux de la pratique burundaise, qu'une nouvelle qualification des faits historiques. Le principe *ne bis in idem* devrait donc être une entrave à toute nouvelle poursuite contre une personne ayant déjà été définitivement acquittée ou condamnée.

Mais, cette entrave n'est pas rédhibitoire dans la mesure où la constitution permet de faire des restrictions, par la loi, aux droits qu'elle garantit. La *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* abroge toutes les règles de droit, notamment celles contenues dans le code pénal, le code pénal militaire, le code de procédure pénale et le code de l'organisation et de la compétence judiciaires, à l'effet

---

1569 *Ibid.*, art. 40 *in fine*.

1570 *Loi n°1/018 du 27 décembre 2004* , article 41.

1571 La Constitution du 18 mars 2005, art. 19 protège contre un second jugement basé sur les mêmes faits.

contraire. Le législateur burundais aurait dû indiquer clairement qu'il introduit en droit burundais la notion de *ne bis in idem* tel qu'il s'applique en droit international concernant la répression des crimes de guerre et contre l'humanité.

Cela étant, bien que le principe *ne bis in idem* soit reconnu dans sa dimension nationale horizontale, c'est-à-dire au regard des jugements, coulés en force de chose jugée, au niveau de l'État burundais et des juridictions nationales étrangères, il ne l'est pas encore dans la dimension « verticale nationale-supranationale »; c'est-à-dire au niveau des jugements des TPI *ad hoc* et de la CPI. Et pourtant, ces juridictions internationales jugeraient, dans l'avenir, des ressortissants burundais ou des crimes graves commis au Burundi.

Par ce manque de règles applicables au niveau supranational, le droit pénal burundais n'est pas bien outillé en terme de garanties contre l'abus du droit, qui par exemple, peut découler du fait qu'un procès serait un « procès apparent » conçu pour déclencher un effet de blocage afin de protéger le coupable face aux poursuites futures devant le TPIB et la CPI. Cette situation contraste avec l'adhésion du Burundi au Statut de Rome. Celui-ci prévoit, en effet, l'application du principe *ne bis in idem*, à la fois pour ses propres jugements et dans les rapports entre les jugements de cette Cour et ceux qui ont été ou seront prononcés par les tribunaux nationaux[1572].

Tout d'abord, personne ne peut être rejugée par la CPI pour des actes pour lesquels elle a déjà été condamnée ou acquittée par elle. Ensuite, personne ne peut être rejugé par une autre juridiction pour un crime pour lequel il a déjà été condamné ou acquitté par la CPI. Quiconque a été jugé par une autre juridiction ne pourra être rejugé par la CPI que si la procédure devant l'autre juridiction avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale[1573].

Pour rencontrer ses obligations envers le Statut de Rome et vu la possibilite de mettre en place le Tribunal à caractère international pour juger les grands responsables de crimes graves commis au Burundi, celui-ci devrait reconnaître, dans le cadre de l'amendement à la *Loi du 8*

1572 Voir son article 20.

1573 *Ibid.*

mai 2003 ou dans le statut même de ce tribunal, l'impossibilité, formée par la règle *ne bis in idem*, de rejuger les personnes déjà jugées au niveau international et vice-versa.

À cet effet, les formules existantes, à l'instar de celle de la CPI, peuvent servir d'exemple. Globalement, il faut prévoir qu'une personne définitivement jugée par le tribunal à caractère international ne peut pas être rejugée sur les mêmes faits juridiques par un tribunal burundais et, inversement, celle qui a été jugée par un tribunal burundais ne pourra pas, non plus, être rejugée, pour les mêmes faits juridiques, par le Tribunal international, sauf si:

a) le fait pour lequel, la personne a été jugée a été qualifié comme délit commun;
b) le procès devant le tribunal burundais n'a pas été impartial ou indépendant, ou s'il avait pour but véritable de protéger le prévenu des responsabilités pénales internationales.

En ce qui concerne les infractions ordinaires commises en relation avec les crimes de guerre et contre l'humanité de 1972, 1988 et 1993, la *Loi n°1/018 du 27 décembre 2004*, en autorisant expressément la CNVPR de réouvrir les dossiers, coulés dans le béton de la chose jugée, pour autant qu'il s'agisse des assassinats et procès politiques non constitutifs de génocide, crime de guerre ou crime contre l'humanité, est contraire au principe constitutionnel *ne bis in idem*.

Pour ne pas enfreindre le principe *ne bis in idem*, consacré par la Constitution du Burundi, nous sommes d'avis que même la CNVPR devrait admettre la force légale des condamnations déjà prononcées et des peines purgées dans l'ordre juridique burundais, sous réserve de produire des éléments nouveaux ou allégation d'impartialité au profit du délinquant.

Nous notons que reconnaître l'effet juridique d'un jugement pénal ne préjudicie en rien les victimes puisqu'elles peuvent connaître la vérité et recevoir compensation sans remettre en doute les décisions judiciaires. C'est ici justement que la CNVPR pourrait proposer des mesures, autres que judiciaires, susceptibles de promouvoir la réconciliation nationale.

3^0. **La question du type de décision.** L'expérience de l'Afrique du Sud a permis de constater que la justice restaurative peut jouer un rôle efficace dans le traitement des crimes

internationaux les plus graves. Elle a également permis de conclure que « les sanctions pénales peuvent ne pas constituer l'unique moyen de sanctionner des violations de la loi, les poursuites et les décisions de nature non pénale revêtant un effet punitif équivalent devraient également empêcher une nouvelle poursuite »[1574]. L'amnistie, conditionnelle à l'aveu complet des attrocités commises, octroyée aux criminels lèse-humanité peut donc bloquer à jamais toute autre poursuite si elle respecte les conditions de validité que soulignent les Professeurs Naqvi et Dugard.

Les Burundais envisagent d'associer la justice restaurative à la justice répressive dans le traitement des crimes qu'ils ont connus. Dans cette occurrence, les autorités burundaises doivent s'assurer que l'amnistie ne touche que les « moins responsables » et respectent les conditions en question pour empêcher toute nouvelle poursuite, inclusivement devant le TPIB[1575].

Ayant donc exposé la discipline destinée à exclure l'applicabilité du *ne bis in idem* au Burundi lors de la répression des crimes internationaux les plus graves, voyons maintenant l'effet juridique des mesures de clémence adoptées par les divers gouvernements burundais au profit des auteurs des massacres à caractère ethnique commis avant la promulgation de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003.*

&2. L'effet juridique des mesures antérieures de clémence

Dans le passé, le législateur burundais a amnistié expressément les crimes qui font l'objet de cette étude (A). Nous nous demandons alors quel effet juridique ou entrave formelle cette amnistie va avoir sur l'application de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, qui autorise dorénavant à entreprendre des poursuites contre leurs auteurs (B).

1574 Voir Résolutions du XVII[e] congrès international de droit pénal, 12-19 septembre 2004, tenu à Beijing, Chine, (2004) 75 RIDP 777, art. 2 et 5.1.

1575 *Ibid.*

A. Les lois d'amnistie

Comme nous l'avons déjà vu, en deuxième partie de cette étude, l'amnistie est la plus grande mesure de clémence et signifie que les pouvoirs publics renoncent à tous les actes de la procédure judiciaire en rapport avec une catégorie bien déterminée d'infractions ou d'infracteurs.

En droit pénal burundais, l'amnistie se définit comme étant « l'acte par lequel le pouvoir législatif interdit d'exercer ou de continuer des poursuites pénales, et efface les condamnations prononcées »[1576]. Elle peut en principe, être générale; toutefois, elle peut être limitée à certaines catégories d'infractions ou d'infracteurs[1577]. Étant d'ordre public, l'amnistie est acquise de plein droit même à l'insu et malgré ceux qui en bénéficient[1578]. L'amnistie éteint donc l'action publique; efface ou réduit toute condamnation de nature pénale mais laisse subsister les dispositions n'ayant pas un caractère répressif. À ce titre, elle ne peut être opposée aux droits de l'État et des tiers[1579].

Par ailleurs, le droit burundais distingue l'amnistie proprement dite de la grâce amnistiante. Celle-ci est la combinaison de la grâce et de l'amnistie à laquelle le législateur recourt pour introduire plus de justice dans l'application de l'amnistie[1580]. Plus concrètement, le législateur fie dans une loi d'amnistie le fait délictueux auquel devra s'étendre la mesure d'indulgence; mais il laisse au chef de l'État le soin de déterminer ensuite, par voie de grâce individuelle, quels seront, parmi les auteurs des faits prévus, les seuls bénéficiaires d'amnistie[1581]. La grâce amnistiante efface ou réduit les condamnations pénales mais elle laisse subsister les autres effets de l'action publique ou de la condamnation[1582].

1576 Voir le décret loi N° 1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du Code pénal, art. 123.

1577 *Ibid.*, art. 124 et 126.

1578 *Ibid.*, art. 125.

1579 *Ibid.*, art. 128.

1580 *Ibid.*, art. 129.

1581 *Ibid.*, article 130.

1582 *Ibid.*, article 131.

La grâce proprement dite consiste dans la remise totale ou partielle par le pouvoir exécutif de l'exécution des peines prononcées ou dans leur commutation en d'autres peines moins graves déterminées par la loi[1583]. Elle peut s'appliquer à toutes les peines principales, accessoires ou complémentaires. Elle ne s'applique cependant pas à la contrainte par corps exercée pour le recouvrement des amendes ni aux frais de justice, ni aux réparations civiles, encore moins aux mesures de sûreté dépourvues de caractère pénal[1584]. Mais, il faut bien noter que « peuvent seules faire l'objet d'une mesure de grâce, les peines exécutoires et résultant d'une condamnation définitive »[1585].

Au Burundi, « la grâce peut être, ou sans conditions ou subordonnée à l'exécution d'une condamnation énoncée par la décision de grâce. Si cette condition n'est pas réalisée, la révocation de la grâce a lieu de plein droit et la condamnation est ramenée à exécution »[1586]. Dans ce cas, la prescription de la peine est suspendue entre la notification et la révocation de la grâce[1587]. Mais la grâce n'éteint que les peines visées par la décision graciante, elle n'atteint donc pas les condamnations civiles telles que les restitutions et les dommages-intérêts[1588].

Les recours en grâce sont instruits par le Ministère Public, soit de la juridiction qui a prononcé la condamnation, soit de la résidence du requérant, soit du lieu de détention[1589]. Mais, lorsqu'elle est générale, la grâce est proposée à la diligence du Ministre ayant la justice dans ses attributions; la requête en est présentée par le condamné ou tout intéressé agissant en son nom lorsqu'elle est individuelle[1590]. Après instruction, les dossiers de grâce son adressés au Ministre

---

1583 Voir le Décret loi N° 1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du Code pénal, art. 106.

1584 *Ibid.*, article 107.

1585 *Ibid.*, article 108.

1586 *Ibid.*, article 110.

1587 *Ibid.*

1588 *Ibid.*, article 111.

1589 *Ibid.*, article 112.

1590 *Ibid.*, article 113.

ayant la justice dans ses attributions qui présente un rapport au chef de l'État pour décision discrétionnaire[1591].

Concernant les massacres à caractère ethnique de 1972, qualifiés de génocide, crime de guerre et autres crimes contre l'humanité, ainsi que ceux de 1988, qualifiés de crimes contre l'humanité, en plus de l'amnistie *de facto* « collective but nevertheless one sided, benefiting only those perpetrators that were friendly to the regime in power »[1592], deux lois d'amnistie ont été adoptées « under the stated objective of national reconciliation »[1593]. Elles amnistient clairement les crimes graves de droit international commis en 1972 et 1988.

1°. Nous avons retenu qu'en date du 24 août 1988, le président du Burundi, alors le Major Pierre Buyoya, a mis sur pieds une Commission d'enquête ayant pour mandat d'établir les responsabilités et indiquer qui sont les auteurs des massacres de Ntega et Marangara pour qu'ils soient punis selon la loi burundaise.

Le 30 août 1990, avant même de recevoir le rapport de la commission d'enquête, le président Pierre Buyoya promulguait le *Décret-loi N°1/034/90*[1594] qui amnistie « les auteurs, coauteurs ou complices d'infractions commises à l'occasion des événements survenus dans les communes de Ntega et Marangara en août 1988 »[1595]. La solution de juger ces individus a été écartée « pour des raisons de sagesse et de probité politique »[1596]. L'amnistie accordée a pour but de permettre « principalement la création des conditions propices à la poursuite de l'unité

1591 *Ibid.*, article 114.

1592 Stef Vanderginste, *supra* note 1352 à la p. 412.

1593 *Ibid.*

1594 *Décret-loi N°1/034/90 d'août 1990 portant la mesure d'amnistie en faveur de prévenus ou condamnés de certaines infractions*, (1990) 10 – 12 B.O.B. 288.

1595 *Ibid.*, art. 1.

1596 Lettre aux cadres n° 30 du 1er septembre 1990, disponible sur www.netpress.bi Rubrique « Agora ». Dernière visite: Le 23 mars 2008.

nationale et de la réconciliation de toutes les composantes de la population, en accordant le pardon à ceux qui ont commis des infractions à connotation politique »[1597].

Pratiquement, cette amnistie s'adresse aux 51 Hutu qui avaient été appréhendés, considérés comme étant les responsables des tueries et autres infractions commises dans les communes de Ntega et Marangara en 1988. Selon notre appréciation, ces tueries sont constitutives de crimes contre l'humanité. Cela n'empêche pas qu'aux yeux du droit burundais, cette amnistie éteint l'action publique; efface ou réduit toute condamnation de nature pénale mais laisse subsister les dispositions n'ayant pas un caractère répressif[1598].

Au demeurant, la Commission d'enquête chargée d'établir les responsabilités et indiquer qui sont les auteurs des massacres de Ntega et Marangara n'a jamais produit son rapport. De plus, les victimes n'ont eu droit à aucun recours, encore moins aucune compensation. Donc, cette mesure de clémence n'est pas précédée par la clarification des faits tel que requis par le droit pénal international.

2^{0}. Par la *Loi n^{o} 1/001 du 9 septembre 1993*[1599], le législateur burundais amnistie tous les faits, constitutifs d'infractions de toutes natures, commis au Burundi avant le 1er juin 1993, pour autant qu'ils sont liés aux troubles sanglants qu'a connus le Burundi ou sont constitutifs des infractions d'atteinte à la sûreté de l'État:

> art. 1. Aux termes de la présente Loi, sont amnistiées les personnes qui, de l'intérieur ou de l'extérieur du Burundi ont commis, avant le 1er juin 1993, des faits constitutifs des infractions d'atteinte à la sûreté de l'État telles que prévues et punies par le Code pénal.
>
> Sont également amnistiées les personnes qui, soit à l'occasion ou sous le couvert des troubles sanglants qu'a connus le Burundi, soit à l'occasion ou sous le couvert de la répression desdits troubles, en profitant ou non, pendant ou après lesdits troubles, de leur position sociale, se sont adonnées à la perpétration des faits

---

1597 *Ibid.*
Décret-loi N°1/034/90 d'août 1990, préambule, 5^{e} paragraphe.

1598 *Ibid.*, art. 128.

1599 *Loi no 1/001 du 9 septembre 1993 portant amnistie*, (1993) 10 B.O.B. 543.

> constitutifs des infractions de toutes natures autres que les infractions d'atteinte à la sûreté de l'État.

En 1993, les personnes suspectées, inculpées ou condamnées « d'atteinte à la sûreté de l'État » sont notamment celles qui avaient pris part aux tentatives de coup d'État et aux attaques armées contre les précédents gouvernements. Celles suspectées, inculpées ou condamnées de « perpétration des faits constitutifs d'autres infractions liées aux troubles sanglants qu'a connu le Burundi » sont notamment les auteurs, coauteurs et complices des massacres à caractère ethnique de 1972 et 1988[1600].

Les civils comme les militaires, Hutu ou Tutsi, en fuite, déjà jugées et condamnées ou pas, bénéficient de cette amnistie pourvu qu'ils aient commis leurs infractions avant le 1er juin 1993. Au demeurant, le Président Ndadaye explique bien le but de sa loi d'amnistie:

> en amnistiant tous ceux qui, de l'intérieur ou de l'extérieur, ont porté atteinte aux droits fondamentaux du Peuple burundais en général, et des individus qui le composent en particulier, nous voulons, plus qu'il ne l'a été jusqu'à présent, assumer notre histoire sans toutefois en être prisonniers. Nous voulons, à travers un pardon national, assurer un contexte de sécurité à tous les Burundais à qui leur coeur ou la nation burundaise reproche des actes commis pendant les tragédies vécues dans le passé. En effet, face aux événements dramatiques que notre peuple a connus, avec parfois des responsabilités partagées mais souvent diffuses, il faut passer l'éponge. Il faut envisager l'avenir avec plus de lucidité, d'assurance et de sérénité. Cela constitue une base solide pour la paix intérieure, mais également contribue au rétablissement et à la consolidation optimale de la sécurité et de la paix dans notre sous-région[1601].

C'est donc dans le but de consolider la paix intérieure que la *Loi n° 1/001 du 9 septembre 1993* amnistie les infractions de toute nature, incluant les crimes internationaux les plus graves de 1972 et 1988, commises à l'occasion ou sous le couvert des troubles sanglants qu'a connus le Burundi avant septembre 1993. Elle éteint donc, au regard du droit burundais, l'action publique y relative.

1600 *Ibid.*

1601 Discours de Son Excellence Melchior Ndadaye, Président du Burundi devant la 48ème Session de l'Assemblée Générale des Nations-Unies, citée par Augustin Nsanze, *supra* note 964 à la p. 325.

Deux ans plus tard, les auteurs du coup d'Etat manqué contre le Président Ndadaye, en date du 3 juillet 1993, ont contesté devant la Cour constitutionnelle la limitation *ratione temporis* de la *Loi no 1/001 du 9 septembre 1993 portant amnistie* en alléguant son caractère discriminatoire[1602]. Ils ont demandé que l'amnistie ne se limite pas seulement aux infractions commises avant le 1er juin 1993, mais s'étende également à celles qui leurs sont reprochées et qui ont été commises avant la promulgation de la *Loi no 1/001 du 9 septembre 1993 portant amnistie*. Dans son jugement, la Cour constitutionnelle note que la *ratio legis* de la limitation temporaire de la *Loi no 1/001 du 9 septembre 1993 portant amnistie* était d'exclure les putschistes de son bénéfice parce qu'ils se sont attaqués aux institutions démocratiques fraichement mises en place. Elle ne trouve cependant pas que cela constitue une raison objective et raisonnable pour violer la constitution du Burundi. Elle annule alors la limitation contestée et amnistie également les demandeurs[1603].

Signalons, en terminant, que les deux lois d'amnistie confirment bien qu'au Burundi, comme partout ailleurs où l'amnistie est utilisée pour ne pas poursuivre les criminels, ce sont soit les dirigeants du système sortant, ici le régime militaire, qui promulguent une amnistie avant leur départ pour s'éviter des poursuites pour leurs abus; soit les dirigeants du système entrant, en 1993 le nouveau régime démocratiquement élu, pour ne pas s'attirer les foudres de leurs prédécesseurs. Ceux-ci, en effet, risqueraient, s'ils sont menacés de poursuite, de renverser le nouveau pouvoir encore fragile, d'autant plus que souvent, ils jouissent encore des faveurs de l'armée. Les deux lois visaient donc à faire en sorte que la transition d'un régime à parti unique au multipartisme opère une mutation pacifique et démocratique d'un système injuste vers un autre plus juste. Le coup d'Etat et la violence d'octobre 1993 démontrent les limites de cette illusion.

1602 Interdit par la Constitution, art. 15.

1603 Cour Constitutionnelle, RCCB 54, Arrêt, 5 October 1995, à la p. 430: « attendu que l'on peut dire qu'il y a discrimination lorsqu'une différence de traitement entre catégories de personnes se trouvant dans une situation objective de départ semblable, e[s]t arbitraire, c'est-à-dire manque de justification objective et raisonnable". L'exclusion des requérants du bénéfice de l'amnistie du 9 septembre 1993 était justifiée par la circonstance que les putschistes présumés du 3 juillet 1993 voulaient porter atteinte aux nouvelles institutions démocratiques qu'il importait de protéger ».
Marc Manirakiza, *Burundi. Quand le passé ne passe pas (Buyoya I – Ndadaye) 1987-1993*, Brussels, La Longue Vue, 2002, de la p. 53-60;
Filip Reyntjens, *supra* note 964 de la p. 216-217.

Ayant constaté que le *Décret-loi N°1/034/90* et la *Loi n° 1/001 du 9 septembre 1993* amnistient totalement les massacres de 1972 et 1988, peu importe leurs qualifications juridiques, et cela avant que la vérité ne soit connue et les victimes compensées, nous questionnons dans le sous-paragraphe qui suit leur impact juridique sur l'application de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003.*

B. Effet juridique de l'amnistie accordée

Les Professeurs Yasmin Naqvi et John Dugard nous ont permis d'accepter que le droit international n'interdit pas aux États d'accorder une amnistie à ceux qui sont considérés comme « les moins responsables » des crimes de guerre et contre l'humanité, lorsque cette amnistie est associée à des mesures de contrôle et vise à faciliter l'instauration d'une paix durable[1604]. Pour être valide en droit international, les circonstances et conditions suivantes doivent être remplies:

(i) l'objet de l'amnistie est limité à la réalisation des objectifs de rétablir la paix et de lancer ou de promouvoir la réconciliation nationale;

(ii) l'amnistie est accompagné d'autres mesures de responsabilisation, tels que les commissions vérité et autres moyens pour établir la vérité et mettre en place des réparations;

(iii) la façon dont l'amnistie est mise en place. Si elle est autoproclamée, alors sa validité sera contestée;

(iv) ses bénéficiaires doivent être de petits exécutants considérés comme étant « les moins responsables». Il faut exclure les principaux responsables, notamment ceux qui occupent des postes de la haute autorité[1605].

Si ces conditions ne sont pas cumulativement remplies, l'État qui accorde l'amnistie viole son devoir de faire enquête et, le cas échéant, de poursuivre les criminels de guerre et contre l'humanité commis sur son territoire. Si elles sont remplies, l'État peut adopter la position selon laquelle « selective or exemplary prosecutions of offenders suffice to meet its duty to prosecute »

1604 Yasmin Naqvi, *supra* note 662 à la p. 614: « Prosecutions that focus on those most responsible for devising and implementing a past system of war crimes, and are combined with a limited amnesty for persons not within this category, would still be consistent with the obligations to terminate the serious breach and not to recognize as lawful a situation created by a serious breach. By recognizing the limited amnesty, the courts of third States would likewise be in keeping with the Restatement approach, under which customary law would be violated by complete impunity for jus cogens crimes, but which would not require prosecution of every person who committed such an offence ».

1605 *Ibid.* à la p. 604;
Yuval Shany, « Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? », (2006) 16: 5 EJIL 907.

et accorder alors aux criminels « moins responsables » de la clémence sans qu'il y ait violation du droit international[1606].

En droit burundais, les massacres de masse de 1972, 1988 et 1993, qualifiés de crimes de guerre et contre l'humanité, ont été amnistiés non seulement par le régime militaire, mais également par le nouveau pouvoir démocratiquement élu, dans le but de rétablir ou consolider la paix et la réconciliation nationale. Toutefois, dans les deux cas, l'amnistie n'est pas accompagnée d'autres mesures de responsabilisation, ni de réparations au profit des victimes. Certes, on ne peut pas parler d'auto-amnistie *per se*, mais, les principaux responsables, notamment ceux qui occupent des postes de la haute autorité, n'en sont pas exclus.

Dans ces conditions, les deux lois d'amnistie ne rencontrent pas les critères de validité des Professeurs Naqvi et Dugard. C'est donc en bon droit que durant la négociation des Accords de paix de Tanzanie, les négociateurs Burundais ont exclu d'office la possibilité d'accorder l'amnistie aux responsables des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre commis au Burundi depuis le 1er juillet 1962 jusqu'au 28 août 2000.

1°. Le choix des Accords de paix inter-burundais vise à rompre avec l'impunité et ainsi dissuader les extrémistes d'être tentés de recourir à nouveau à de telles extrémités. Toutefois, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, qui met en œuvre ces Accords de paix en ce qui concerne la répression des crimes de guerre et contre l'humanité, n'a pas annulé clairement les lois d'amnistie promulguées avant elle. Elle n'a pas, non plus, déclaré les crimes de guerre et contre l'humanité dorénavant inamnistiables au Burundi. Elle se contente seulement de déclarer inapplicables toute règle de droit antérieure qui serait à l'effet contraire de ses directives[1607].

La promulgations du *Décret-loi N°1/034/90* et celle de la *Loi n° 1/001 du 9 septembre* 1993 sont antérieures à celle de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*. De plus, ces deux textes énnoncent une règle de droit, à savoir l'amnistie des faits qualifiés de crimes de guerre et contre l'humanité, contraire à celle qu'édicte la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*. Celle-ci stipule que

---

1606 Telle est également la conclusion de Stef Vanderginste, *supra* note 661 à la p. 456.

1607 *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, art. 35 al. 2.

dorénavant « le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre doivent faire l'objet d'une enquête et les personnes contre lesquelles il existe des indices de culpabilité recherchées, arrêtées, traduites devant la juridiction compétente et, si elles sont reconnues coupables, punies » pourvu qu'ils aient été commis après le 1er juillet 1962[1608].

Eu égard à ce qui précède, nous sommes d'avis que les Accords de paix d'Arusha et la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* ont définitivement abrogé la *Loi n° 1/001 du 9 septembre 1993* et le *Décret-loi N°1/034/90* et toute autre forme d'amnistie qui leur sont antérieures. Cette abrogation, au détriment, fort heureusement, des criminels de guerre et contre l'humanité, s'adresse à ceux qui ont commis leurs forfaits entre juillet 1962 et mai 2003 au Burundi. Elle est conforme au droit international pour qui l'impunité n'est plus tolérable. Elle permet de réprimer, sans encombre, les crimes couverts jadis par une amnistie en anéantissant *ab initio* son effet juridique.

2°. Nous notons cependant que la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* n'exclut pas, pour l'avenir, la possibilité d'accorder de nouveau une amnistie aux Burundais qui auraient pris ou prendraient part aux crimes de guerre et contre l'humanité. Cette position partielle vise à éviter l'obligation de réviser la Constitution. Celle-ci ne limite pas, en effet, le droit du président burundais d'accorder la grâce[1609] et celle de l'Assemblée nationale d'adopter des lois d'amnistie en faveur de tout infracteur[1610].

De même la *Loi n°1/018 du 27 décembre 2004 portant missions, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation* permet à celle-ci, au terme de ses enquêtes et aux fins de réconcilier les Burundais, de « déterminer les crimes politiques pour lesquels une loi d'amnistie pourrait être votée »[1611]. Pour ne pas étendre ses pouvoirs discrétionnaires aux crimes graves du passé, ladite loi crée une

---

1608 *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, art. 21

1609 Selon la Constitution du 18 mars 2005, art. 113, « le Président de la République a le droit de grâce qu'il exerce après consultation des deux Vice-Présidents de la République et après avis du Conseil Supérieur de la Magistrature ».

1610 *Ibid.*, art. 107.(3).

1611 Article 4.

exception *ad hoc* selon laquelle « les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ne sont pas amnistiables »[1612]. Toutefois, cette exception est un trompe-œil. En effet, elle n'empêche pas le Président burundais ou l'assemblée nationale de gracier ou amnistier, à tout moment, les criminels de guerre et contre l'humanité burundais en usant de leurs pouvoirs constitutionnels.

En gardant la possibilité d'amnistier les crimes internationaux les plus graves, la législation burundaise reflète la politique et la pratique des Nations-Unies solidement établies, qui disposent que le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ne sont pas amnistiables seulement en ce qui concerne les grands responsables. Par conséquent, une révision de la Constitution du Burundi ne sera pas nécessaire. Il sera toujours possible de faire appel aux pouvoirs discrétionnaires du président ou de l'assemblée nationale du Burundi pour obtenir une grâce présidentielle ou une amnistie, mais il faudra veiller à ce qu'elle ne couvre pas les grands criminels.

Nous venons de démontrer que certains critères de compétence et de recevabilité de l'action publique concernant les crimes internationaux les plus graves commis au Burundi en 1972, 1988 et en 1993 ne sont pas encore remplis. Nous avons indiqué les moyens de les remplir. Malheureusement cela n'est pas suffisant pour débloquer les enquêtes et, le cas échéant, les poursuites les concernant. Nous allons voir, dans la section qui suit que les autorités burundaises ont conclu, après analyse du contexte en présence, qu'elles ne sont pas opportunes.

1612 *Ibid.*

Section 3. L'inopportunité des poursuites

Dans le but de favoriser l'arrêt des hostilités et le retour des exilés, les Accords de paix inter-Burundais et leurs lois de mise en œuvre déclarent inopportun de poursuivre, immédiatement après la cessation des hostilités, les auteurs de « crimes à mobile politique » commis au Burundi entre 1962 et 2006 (& 1). En plus de leurs consacrer une immunité provisoire, ils optent pour poursuivre, plus tard, seulement les grands responsables des crimes de guerre et contre l'humanité et d'amnistier la masse des exécutants (& 2).

&1. Les raisons justifiant l'inopportunité des poursuites au Burundi

Au Burundi, comme partout ailleurs, la décision de déclarer inopportunes les poursuites échoit normalement au Ministère Public (A). Dans le cas des crimes de guerre et contre l'humanité, cette décision est imposée aux autorités judiciaires, par les Accords de paix et leurs lois de mise en œuvre, pour des raisons que nous examinons (B).

A. Dans la répression des infractions ordinaires

Normalement, en droit positif répressif burundais, le classement sans suite peut être décidé pour des raisons procédurales inhérentes à l'incompétence de la juridiction ou l'irrecevabilité de la poursuite[1613]. Il peut intervenir également pour manque de preuves ou pour des raisons tenant simplement à l'opportunité des poursuites[1614].

La *Loi no 1/015 du 20 juillet 1999 portant réforme du Code de Procédure Pénale*, qui fait allusion à cette possible décision du Ministère Public de ne pas engager de poursuites contre un suspect pour motif d'inopportunité des poursuites, malgré que la légalité des poursuites (déclenchement obligatoire de la poursuite pénale) demeure un principe fondamental de la procédure pénale burundaise, n'en donne pas les modalités d'application. Elle se contente de prévoir que « toute autorité constituée, tout agent ou officier Public qui, dans l'exercice de ses

---

1613 *Décret loi N° 1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du Code pénal*, art. 85.

1614 *Loi no 1/015 du 20 juillet 1999 portant réforme du Code de Procédure Pénale*, art. 39.

fonctions acquiert la connaissance d'une infraction à la loi pénale est tenu d'en donner avis sans délai au Procureur de la République et de lui transmettre de même tous les renseignements, procès-verbaux, actes et pièces qui y sont relatifs »[1615].

Le Procureur de la République, qui représente en personne ou par ses substituts, le Ministère Public auprès du tribunal de 1ère instance, statuant en matière répressive[1616], « reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner, notamment l'opportunité de la poursuite »[1617].

En fait, lorsqu'il reçoit les renseignements, procès-verbaux, actes et pièces relatifs à n'importe quelle infraction, le Procureur de la République peut prendre l'une ou l'autre des trois décisions qui suivent:

> a) Soit classer sans suite si l'infraction n'est pas constituée ou si ses auteurs n'ont pas été identifiés, ou parce qu'il estime la poursuite inopportune. Dans cette hypothèse, le classement sans suite est une mesure administrative qui n'interdit pas la reprise de l'enquête ou de la poursuite;
>
> b) Soit saisir directement le Tribunal compétent si le dossier est en état d'être jugé et si les circonstances de l'affaire ne permettent ou ne justifient pas une mesure de placement en détention préventive;
>
> c) Soit, dans le cas contraire, procéder à l'ouverture d'une instruction[1618].

Dans le but de mitiger les risques d'abus de l'inopportunité des poursuites, l'arsenal juridique burundais prévoit que lorsqu'il classe une affaire sans suite, le ministère public en avise, par écrit ou verbalement, le plaignant ou la victime ou les deux, selon ce qu'il échet [1619]. Les motifs de la décision de classement doivent donc être communiqués à l'auteur de la plainte.

1615 *Ibid.*, art. 39. al. 3.

1616 *Ibid.*, art. 37. al. 1.

1617 *Ibid.*, art. 39. al. 1.

1618 *Ibid.*, art. 41.

1619 *Ibid.*, art. 39 al. 2.
Mélence Nkubanyi, *La problématique de la position de la victime dans la justice pénale burundaise*, Thèse de doctorat, Université catholique de Louvain, Louvain-La-Neuve (Belgique), 1999, à la p. 19. [non publiée]

Si celui-ci est la victime immédiate de l'infraction, il peut faire contrôler le bien-fondé du classement en intentant un pourvoi auprès du supérieur hiérarchique du procureur, auteur de la décision de classement[1620]. En cas de rejet de ce pourvoi, la victime peut saisir directement la juridiction de jugement, par requête, et ainsi obtenir l'ouverture des poursuites malgré une première décision de classement[1621].

À part les affaires les moins importantes[1622], la *Loi no 1/015 du 20 juillet 1999 portant réforme du Code de Procédure Pénale* ne précise pas exactement quelles peuvent être les raisons exactes susceptibles de justifier la décision du Ministère Public de classer sans suite un dossier pour motif de poursuites inopportunes. Par conséquent, c'est dans la pratique judiciaire communément admise au Burundi ainsi que dans les directives de politique criminelle, determinées par le Ministre de la justice, qu'il faut trouver ces justifications.

Au demeurant, le classement sans suite pour les infractions les plus légères, par le Procureur de la République, suppose l'absence d'opposition du Procureur Général de la République ou du Ministre de la justice[1623]. Selon les statistiques les plus récentes, environ les trois quart des affaires sont classées sans suite à cause de leur faible importance aux yeux du Ministère Public burundais[1624].

Selon les directives de politique criminelle du Ministre de la justice, le ministère public burundais ne poursuit pas les suspects trop malades, tel un cancéreux en phase terminale, ou de très vieilles personnes[1625]. Dans ces situations, il renvoie les affaires devant les juridictions

---

1620 *Loi no 1/015 du 20 juillet 1999 portant réforme du Code de Procédure Pénale*, art. 34-36.

1621 *Ibid.*, art. 103.

1622 *Ibid.*, art. 34-36.

1623 *Ibid.*

1624 Statistiques fournies par le Directeur Général des affaires juridiques, Bujumbura, Burundi, 30 juin 2008. Voir aussi le rapport gouvernemental de mars 2006 produit conformément à la Convention contre la torture.

1625 Ministère de la Justice, « Politique Sectorielle 2006-2010 », Bujumbura, juin 2006, à la p. 24. Robert Kint, « La mise en mouvement de l'action publique au Burundi », (1971) 3 R.A.J.B., de la p. 61-77.

traditionnelles (le conseil des Bashingantahe) pour taxer des dommages-intérêts et orchestrer une demande de pardon[1626].

Par ailleurs, un classement sans suite sous condition est possible, pour toutes les infractions, dans la mesure où une telle décision n'est pas contraire à l'intérêt public[1627]. Dans ce cas, le prévenu doit cependant se soumettre à certaines obligations, tel le versement de dommages-intérêts à la victime et d'une somme d'argent à l'État sous la forme de frais de justice ou d'une caution[1628].

Vu l'importance particulière des crimes de guerre et contre l'humanité, les motifs qui justifient normalement l'inopportunité des poursuites en droit burundais ne sont pas applicables. En effet, ce ne sont pas des infractions de moindre importance ou des infractions dont l'impunité n'est pas contraire à l'intérêt public. Au contraire, celle-ci engendre la vengeance et trouble la paix de l'humanité. Mais, les autorités politiques burundaises, en la place du ministère public, ont décidé que leur répression, immédiatement après la cessation des hostilités, n'était pas opportune. Il faut alors questionner les raisons qu'elles avancent et les actions envisagées pour bloquer *ad infinitum* la levée de cette inopportunité des poursuites.

B. Dans la répression des crimes de guerre et contre l'humanité

Les Accords de paix inter-burundais « reconnaissent que des actes de génocide, des crimes de guerre et d'autres crimes contre l'humanité ont été perpétrés depuis l'indépendance contre les communautés ethniques Hutu et Tutsi au Burundi »[1629]. Cependant, les décideurs burundais ont adopté la position selon laquelle le contexte en présence n'est pas favorable aux

---

1626 Etienne Nyahoza, « La résolution alternative des conflits dans le contexte burundais », (2007) Observatoire de l'Action Gouvernementale 3, à la p. 7.

1627 Selon l'appréciation du ministre de la justice et ses procureurs.

1628 *Loi no 1/015 du 20 juillet 1999 portant réforme du Code de Procédure Pénale*, art. 13, 29, 33 et 35.

1629 Voir notamment Accord d'Arusha, signé en 2000, Protocole I, Nature du conflit burundais, problème de génocide et d'exclusion et leurs solutions, para. 3. (3).

poursuites. Ils invoquent les contraintes, à la fois d'ordre politique et pratique, que nous résumons en trois arguments principaux qui suivent.

1[0]. **L'urgence d'obtenir un cessez le feu.** En 2000, lorsque les négociations de paix ont été possibles entre les belligérants, le Burundi venait de vivre six années de guerre civile meurtrière avec un nombre faramineux de déplacés intérieurs et de réfugiés[1630]. Face à cette catastrophe humanitaire pressante, la justice était certes vue comme une nécessité mais pas comme la plus prioritaire. Il fallait avant tout disposer d'un cessez-le feu afin de limiter le nombre de tués par jour et la déterioration économique de l'État burundais[1631].

Historiquement, les criminels de guerre et contre l'humanité, à juger, avaient d'abord perdu le pouvoir ou étaient sur le point de le perdre[1632]. Dans le cas du Burundi, les responsables des crimes avaient une parcelle importante du pouvoir tant au niveau des mouvements rebelles que du gouvernement. Ils l'ont utilisée dans les négociations des Accords de paix, non seulement pour que ceux-ci leur en donnent davantage, mais également pour imposer facilement la logique selon laquelle « on ne peut pas amener les chefs de guerre à cesser les hostilités si c'est pour les conduire directement dans une cellule de prison »[1633]. Ils ont alors exigé, comme condition de consentir à la cessation des hostilités, une immunité provisoire contre toute poursuite pour les crimes commis durant leur lutte armée[1634]. En retour, les membres des forces armées burundaises et leurs alliés ont également demandé l'assurance qu'ils ne pourront pas être, non plus,

---

1630 Entre 1993 et 2005, on parle d'environ 100 000 morts, 627 000 déplacés intérieurs et plus de 2 millions de réfugiés Hutu. À la fin de l'année 2006, plus de 100 000 personnes vivaient toujours dans des camps pour personnes déplacées, essentiellement dans les provinces du Nord et de l'Est du pays.
Voir notamment les statistiques de World Perspective, 2005.
Amnesty International, *Rapport 2007: La situation des droits humains dans le monde*, Londres, 2008, à la p. 110.

1631 Voir Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), Rapport sur le développement humain 2005, En ligne: *http://hdr.undp.org/reports/global/2005/francais/pdf/HDR05_fr_HDI.pdf* Dernière visite: le 8 septembre 2008.

1632 Tel est le cas de ceux des deux guerres mondiales, du Rwanda, de l'ex-Yougoslavie, de l'Irak, etc.

1633 Eugène Nindorera, « Le long chemin de la réconciliation au Burundi », (2002) 8 Revue Au Cœur de l'Afrique 2, à la p. 4.

1634 Stef Vanderginste, *supra* note 1352 à la p. 17.

poursuivis pour leurs propres crimes, peu importe leur gravité et la date de leur commission[1635]. De commun accord, les poursuites ont alors été reculées dans le temps.

Et pourtant, il était prévu, depuis le 10 septembre 1994, que les personnes impliquées de près ou de loin dans les tragédies de l'histoire du Burundi depuis son indépendance, notamment dans les génocides récurrents, devaient être exclues des postes de responsabilité de l'État[1636]. Pour certains, procéder ainsi aurait donné l'argument aux belligérants pour continuer indéfiniment la guerre[1637].

2°. **Des crimes de masse difficiles à juger**. Les responsabilités dans les différents crimes de masse enregistrés au Burundi sur ce dernier demi-siècle ne sont pas seulement extrêmement variées mais elles sont aussi si nombreuses que la voie judiciaire est insuffisante pour traiter plus de 200 000 suspects alors que les prisons sont déjà pleines[1638]. Pour ce motif, il faut faire appel également à la justice restauratrice; la justice pénale s'occupant uniquement des planificateurs et cadres de commandement ainsi que de ceux qui ont omis sciemment d'adopter des mesures d'empêchement de cette criminalité.

Au demeurant, ce choix déchirant de ne juger que les grands responsables n'est pas une particularité burundaise. Dans la plupart des autres pays où il a été fait l'option d'une justice restaurative, une des raisons étaient que les crimes commis dépassaient l'imaginable, non seulement en horreur, mais aussi en quantité[1639]. L'ambition de traduire tous les criminels en justice s'avérait dès lors démesurée et irréalisable. Il n'y avait pas assez de juges, ni assez de

---

1635 Protocole de Pretoria sur les questions en suspens liées au partage du pouvoir politique, à la défense et à la sécurité, 2 novembre 2003, art. 2.(2).

1636 Accords portant convention de gouvernement, *supra* note 1439, art. 11, 24, 29 et 40.

1637 Human Rights Watch, « Burundi: Le gouvernement doit relâcher les civils détenus sans charges », Document publié le 30 mai 2008, à la p. 7.

1638 En mars 2000, la population carcérale du Burundi s'élevait à 9173 personnes, dont 6717 en détention provisoire, 2456 détenus et condamnés alors que la capacité officielle du système pénitentiaire était limitée à 3650 personnes. La très grande majorité des détenus étaient des Hutu, soupçonnés ou condamnés pour leur participation aux massacres des Tutsis de 1993 ou leur soutien aux groupes armés rebelles. La décongestion de cette surcharge a été rendue possible par la libération de ce que l'on a appelé, en 2006, les prisonniers politiques.

1639 Joël Hubrecht, « Crimes de masse et responsabilité individuelle: la place du droit et ses alternatives », En ligne: http://champpenal.revues.org/document338.html. Dernière visite: le 9 août 2009.

prisons pour le faire. Sur ce, qu'il nous soit permis de rappeler le cas de l'Afrique du Sud où les leaders noirs se sont satisfaits, en la place de la répression du crime contre l'humanité, de l'éradication du système politique discriminatoire d'apartheid et son remplacement par un régime démocratique.

Dans le cas burundais, nous avons également affaire à ce que Garapon et Arendt appellent « un crime qu'on ne peut ni punir ni pardonner car le crime de masse échappe par son énormité à la justice »[1640]. Les élites Hutu et Tutsi, en se partageant le pouvoir par le biais des Accords de paix d'Arusha, ont pris en considération les difficultés qui entourent la répression des crimes de masse et se sont donnés du temps pour disposer des moyens requis.

3^{0}. **Le défaut de régime juridique applicable.** De l'indépendance du Burundi, en juillet 1962, jusqu'à la fin juillet 2006, le Burundi a vécu au moins cinq événements violents accompagnés généralement de crime contre l'humanité, voir même de génocide. Par conséquent, rassembler la preuve, confectionner de véritables dossiers judiciaires et organiser les procès pour démasquer la responsabilité de leurs auteurs sur une période aussi longue exige non seulement beaucoup de moyens humains et financiers; mais, également une législation et des institutions appropriées dont le Burundi ne disposait pas en 2000 lorsque les négociations ont abouti à un Accord de paix. Il fallait alors se donner du temps, non seulement pour ériger en infractions ces comportements, mais pratiquement pour bâtir des pans entiers de droit en mettant sur pieds un véritable régime juridique spécifique aux crimes internationaux les plus graves.

Par ailleurs, le système judiciaire burundais, en plus de sa partialité et corruption, ne reflétait pas la composition ethnique de la population burundaise. Elle était perçue comme étant à la solde des Tutsi, ou du moins, du parti au pouvoir[1641]. Les Hutu ne voulaient en tout cas pas comparaître devant elle[1642].

1640 Antoine Garapon, *supra* note 12 de la p. 49-52.

1641 Amnesty International, *supra* note 1625 à la p. 107 et 109.

1642 Stef Vanderginste, *supra* note 1352 à la p. 12.

La mise en place des institutions appropriées au jugement des crimes internationaux et l'adaptation du droit burundais au droit international, pour éliminer toutes les contrariétés existantes entre ces deux régimes juridiques, nécessitaient du temps. De plus, les autorités avaient réellement besoin de temps pour négocier avec les bailleurs de fonds, surtout les agences des Nations-Unies, pour qu'ils apportent un soutien financier et humain au gouvernement burundais dans ce chantier. Elles ont alors décalé les poursuites.

Ceci étant, les leaders burundais ne se sont pas contentés seulement de décaler la répression des criminels, ils ont également inventé des mécanismes pour bloquer indéfiniment les poursuites en empêchant aux tribunaux de lever, sans l'accord du gouvernement burundais, leur inopportunité. Nous les examinons dans les lignes qui suivent.

&2. Les mécanismes inventés pour repousser indéfiniment les poursuites

Deux mécanismes, nouveaux en droit burundais, sont utilisés pour maintenir en permanence l'inopportunité des poursuites. Il s'agit de l'immunité provisoire (A) et, lorsque le gouvernement l'estimera opportun, du choix de poursuivre quelques gros poissons et accorder l'amnistie aux autres (B).

A. L'immunité provisoire

Dans ce sous paragraphe, nous n'avons pas l'ambition d'aborder la question de savoir si, pour des raisons juridiques, politiques ou sociales, il était (in)opportun et/ou (il)légitime d'accorder une immunité provisoire qui a comme effet – au moins temporairement – que les responsables de certains crimes commis au Burundi ne sont ni identifiés, ni poursuivis, ni punis. Nous aurons l'occasion de livrer notre réflexion sur l'opportunité même de la justice pénale ou de l'amnistie dans le chapitre qui va suivre. Pour le moment, nous constatons que cette immunité provisoire est en vigueur depuis l'an 2000. Elle constitue donc une réalité juridique au Burundi. Nous voulons simplement mettre en évidence son impact juridique sur la répression des crimes de guerre et contre l'humanité commis au Burundi. Cet impact se mesure par les crimes qu'elle affecte, les personnes qu'elle protège ainsi que la durée de sa validité.

1^{0}. Les Accords de paix entre le gouvernement burundais et chaque mouvement rebelle garantissent une immunité provisoire pour les « crimes à mobile politique » commis avant leur signature. Les crimes de guerre et contre l'humanité n'en sont pas exclus, pour autant qu'ils soient d'intentionnalité politique.

1.1. Tout d'abord, l'Accord pour la Paix et la Réconciliation au Burundi, dit Accord d'Arusha, signé le 28 août 2000 par la majorité des parties alors au conflit, à l'exception du Conseil national pour la défense de la démocratie au Burundi–Forces pour la défense de la démocratie au Burundi (CNDD-FDD) et des Forces nationales de libération (FNL), prévoit l'octroi de l'immunité provisoire pour tous les «crimes politiques» commis avant cet Accord:

> Article 22 (2). c), Par la signature de cet Accord, l'Assemblée nationale convient, dans un délai de quatre semaines, d'adopter les textes législatifs nécessaires pour accorder, en attendant la mise en place d'un Gouvernement de transition, l'immunité provisoire à l'égard de toute poursuite au titre de crimes à mobile politique commis avant la signature de l'Accord[1643].

Le but de l'immunité temporaire pour « les crimes à mobile politique » commis au Burundi avant le 28 août 2000, est de permettre le retour au Burundi des dirigeants politiques Hutu en les protégeant contre toute poursuite[1644]. Ses bénéficaires sont les dirigeants, politiques et militaires, qui rentrent au pays représenter les signataires de l'Accord dans les institutions nationales; mais également les combattants des groupes armés qui réintègrent les forces armées burundaises, une fois le cessez-le-feu obtenu.

En terme de validité dans le temps, cette mesure était limitée à la période d'attente de la mise en place d'un gouvernement de transition. Aussitôt celui-ci mis en place, il devait s'atteler à rendre justice et lever automatiquement l'immunité en question[1645]. Cela n'a malheureusement pas été fait probablement parce que les puissants groupes armés, en l'occurrence le CNDD-FDD et les FNL, n'avaient pas encore souscrit aux accords de paix.

1643 Voir également les Accords portant convention de gouvernement, *supra* note 1444, art. 36.

1644 Protocole II, art. 23, para. 2 (c).

1645 *Ibid.*, par interprétation.

1.2. En plus de l'Accord d'Arusha, le Protocole de Pretoria sur les questions en suspens liées au partage du pouvoir politique, à la défense et à la sécurité, signé le 2 novembre 2003, entre le Gouvernement du Burundi et le mouvement CNDD-FDD, offre une immunité provisoire tant aux rebelles qu'aux forces pro-gouvernementales dans les termes qui suivent:

> 2. L'IMMUNITÉ PROVISOIRE
>
> 2.1 Les parties conviennent qu'une immunité provisoire sera accordée à tous les leaders et combattants du CNDD-FDD. 2.2 Ils conviennent que ceci s'appliquera aussi aux forces de sécurité du gouvernement du Burundi. 2.3 Ils conviennent d'établir une Commission mixte pour étudier des cas individuels de civils actuellement en prison afin de déterminer qu'ils auront droit à l'immunité provisoire. 2.4 Ils adhèrent aux Accords mentionnés dans l'Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi en vue de la création d'un Tribunal pénal international et d'une Commission nationale vérité et réconciliation.

Contrairement à l'Accord d'Arusha, d'un point de vue *ratione materiae*, le Protocole de Pretoria n'exige pas de « mobile politique » pour accorder l'immunité provisoire. Il s'applique à toute infraction commise avant sa signature; pourvu qu'elle soit commise *ratione personae*, par un des leaders ou combattants du CNDD-FDD ou des forces de sécurité du gouvernement du Burundi[1646].

Finalement, l'immunité provisoire bénéficie également aux civils, en prison le 2 novembre 2003, soit pour une détention provisoire ou purgeant une peine, si la Commission mixte, à mettre en place, les considère comme éligibles[1647]. Vu l'adhésion à l'Accord de paix du 28 août 2000, ces civils peuvent être des auteurs de n'importe quelle infraction à mobile politique, pourvu qu'il ait été commis avant cette date. Ceci inclut donc les crimes internationaux les plus graves commis au Burundi entre 1962 et 2003.

[1646] Selon le Décret N° 100/023 du 23 mars 2004 portant modalités d'application de l'immunité provisoire prévue par l'Accord Global de Cessez-le-feu du 16 novembre 2003, art. 2 et 3, la notion de collaborateurs couvre un large éventail de personnes, y compris les gens qui ont fourni des armes ou d'autres équipements, les personnes qui ont nourri les combattants, les personnes qui ont transporté les combattants, les munitions ou du matériel, les personnes qui ont incité la population à se joindre à la rébellion, les personnes qui ont fourni des informations, etc.... Les membres des forces de sécurité ont été définis comme étant en particulier les soldats de l'armée de lutte contre les combattants rebelles, des membres des forces de police qui ont appuyé l'armée ainsi que des membres de la milice les «gardiens de la paix ».

[1647] Voir aussi l'Accord d'Arusha, Protocole III, art. 25. 2 (c).

Nous constatons que le champ d'application de l'immunité provisoire s'est considérablement accru entre le 28 août 2000 et le 2 novembre 2003, passant des crimes à mobile politique, commis avant le 28 août 2000, aux infractions de toute nature, sans exception aucune, commises avant le 2 novembre 2003. D'un point de vue bénéficiaire, non seulement l'immunité provisoire profite aux membres des mouvements rebelles et aux forces de sécurité du Burundi, mais également aux civils en prison. Toutefois, le décret du 23 mars 2004, instituant la commission mixte pour étudier les cas individuels des détenus, déclare explicitement que les combattants et les militaires coupables de crimes de guerre, d'actes de génocide ou autres crimes contre l'humanité sont exclus de l'immunité provisoire[1648].

Malgré l'importance de cette déclaration de principe, elle est, dans la pratique, dénouée de sens. En effet, aucune personne dans les prisons du Burundi n'a déjà été reconnu coupable de crime de guerre, de génocide ou de crimes contre l'humanité. Personne, non plus, n'était mise en détention préventive sous le chef de ces crimes internationaux. Qui plus est, la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre* interdit aux tribunaux de connaître ces crimes avant qu'une CEJI n'enquête sur eux et produise son rapport. Cette CEJI n'est pas encore mise en place.

Les personnes condamnées pour n'importe quel type d'infraction commise après le 24 novembre 1994, soit la date de création du CNDD-FDD, sont donc éligibles à l'immunité prévue par le protocole de Prétoria du 2 novembre 2003[1649]. Entre 2004 et 2006, quelque 3 839 personnes ont d'ailleurs été libérées sur la base des travaux de la Commission. Parmi elles figurent celles qui sont soupçonnées ou condamnées pour participation aux massacres de 1993[1650]. Fait à noter, ces personnes ne sont ni des anciens membres de la force de sécurité du Burundi, ni du CNDD-FDD.

1648 Décret N° 100/023 du 23 mars 2004, *supra* note 1646, art. 1 et 6.

1649 *Ibid.*, art. 5.

1650 Le Décret N° 100/02 du 3 janvier 2006 portant immunité provisoire des prisonniers politiques détenus dans les maisons de détention de la République du Burundi, (2006) 1 B.O.B. 2, décide que tous ceux qui ont été identifiés par la commission bénéficient d'une immunité provisoire. Ces libérations, de presque tous les Hutus incarcerés, répondent à la nécessité d'une réconciliation nationale, déclare l'Ordonnance n° 550/18 du 09 janvier 2006, du Ministre de la Justice.

Le 9 mars 2006, trois organisations de la société civile, à savoir le Forum pour le renforcement de la société civile (FORSC), l'Observatoire de l'action gouvernementale (OAG), et la Ligue Iteka, ont contesté devant la Cour constitutionnelle ces libérations en demandant l'annulation des arrêtés ministériels qui les autorisent sur la base de la violation de la Constitution[1651] et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1652]. Selon ces ONG, les arrêtés ministériels en question constituent une « amnistie déguisée » de graves violations des droits de l'homme, qui est contraire au droit burundais et au droit international[1653].

La Cour constitutionnelle a déclaré irrecevable la demande des ONG parce qu'elle trouve que, conformément à la Constitution[1654], « individual persons and legal persons, such as the three associations, can only challenge the constitutionality of laws, not of presidential or ministerial decrees »[1655].

Nonobstant la décision de la Cour constitutionnelle, il nous semble que le décret en cause n'est pas *ultra vires* des Accords de paix. En effet, ceux-ci autorisent la libération de personnes, membres ou non des forces de défense du Burundi ou des mouvements rebelles, ayant commis n'importe quelle infraction avant le 2 novembre 2003, pour autant qu'une Commission mixte établie pour étudier les cas individuels de civils en prison détermine que les concernés ont droit à l'immunité provisoire et à la libération immédiate. Ledit décret rencontre donc les critères de l'immunité provisoire pour ces civils en détention. Il aurait été mieux de contester les Accords de paix. Malheureusement, la Cour constitutionnelle n'a pas juridiction sur cette matière qui est du domaine purement politique.

1651 Constitution du 18 mars 2005, art. 48, 159 et 161.

1652 Le para. 3 (a) garantit un recours utile aux victimes de violations de droits et libertés reconnus dans le Pacte.

1653 Stef Vanderginste, *supra* note 661 à la p. 145-147.

1654 Voir l'article 230, para. 2 qui dispose que « toute personne physique ou morale intéressée ainsi que le Ministère Public peuvent saisir la Cour Constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement par voie d'action soit indirectement par la procédure d'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire soumise à une autre juridiction. Celle-ci sursoit à statuer jusqu'à la décision de la Cour Constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours ».

1655 Décision résumée par Stef Vanderginste, *supra* note 661 à la p. 146.

1.3. Finalement, l'Accord de principe de Dar-es-Salaam, signé le 18 juin 2006 entre les FNL et le gouvernement, alors en place au Burundi, stipule que «dès le début de la mise en oeuvre effective du cessez-le-feu, les membres du Palipehutu-FNL jouissent de l'immunité provisoire. Il sera aussi enclenché une procédure de libération des prisonniers politiques et des prisonniers de guerre»[1656].

L'Accord de cessez-le-feu global du 7 septembre 2006 entre le Gouvernement burundais et les FNL, qui complète celui du 18 juin 2006, réitère que «le gouvernement proclamera l'immunité provisoire des membres du Palipehutu-FNL, pour les crimes commis pendant la lutte armée jusqu'à la signature de l'Accord du cessez-le-feu»[1657]. De plus, «les Parties doivent s'assurer que les prisonniers politiques et de guerre sont libérés sur la base des procédures convenues après la signature de l'Accord global de cessez-le-feu»[1658].

L'immunité temporaire, garantie aux membres (civils et militaires) du Palipehutu-FNL, ne se limite pas aux crimes à caractère politique. Elle couvre toute infraction, qu'elle soit politique ou non, commise pendant leur lutte armée jusqu'à la signature de l'Accord[1659].

Au demeurant, le Palipehutu-FNL a commencé sa lutte armée en 1980 « sous l'insigne du respect des droits de l'homme »[1660]. Par conséquent, ses membres ont bénéficié de lois d'amnistie, dont nous avons discuté la teneur, pour une éventuelle participation aux crimes graves de 1988 et 1993. Advenant toute autre infraction ultérieure, ils bénéficient de l'actuelle immunité provisoire.

1656 Voir l'article II, para. 1.

1657 Annexe I, para. 2.1.5.

1658 para. 1.11.

1659 Voir l'Annexe II, qui traite des modalités de mise en œuvre de l'Accord global, paragraphe 3 (intitulé 'Libération des prisonniers'), sous- para. 3.1.

1660 Jean Bosco Sindayigaya, « Mise au point du Palipehutu sur la crise socio-politique du Burundi », Bujumbura, 1996, à la p. 7.

2^0. Les lois de mise en oeuvre des Accords de paix inter-Burundais confirment le principe de l'immunité provisoire au profit des membres des mouvements rebelles et des forces armées burundaises. Elles en excluent cependant les crimes de guerre et contre l'humanité.

2.1. Fin novembre 2003, l'Assemblée nationale burundaise a promulgué la *Loi N° 1/022 du 21 novembre 2003 portant immunité provisoire de poursuites judiciaires en faveur des leaders politiques rentrant d'exil*[1661]. Elle définit l'immunité provisoire qu'elle consacre comme étant «la suspension des poursuites pénales [pour] les infractions à mobile politique»[1662]. Il s'ensuit que ses bénéficiaires ne peuvent pas être arrêtés, inculpés ou poursuivis durant toute la période de validité de cette immunité. Les poursuites sont donc reculées dans le temps, elles ne sont cependant pas définitivement abandonnées tel que cela se fait dans le cas d'une amnistie.

Les bénificiaires de l'immunité de la *Loi N° 1/022 du 21 novembre 2003* sont les dirigeants politiques qui auraient été impliqués dans des crimes à caractère «politique», depuis le 1er juillet 1962 jusqu'à la date de la promulgation de cette loi, soit le 21 novembre 2003. Nous notons en passant que les notions de « crime à mobile politique » et de « leaders politiques » sont nouvelles en droit positif burundais.

2.2. Dans cette même veine, la *Loi N°1/32 du 22 novembre 2006*, en vigueur depuis la date de sa promulgation[1663], offre une protection temporaire aux membres du Palipehutu-FNL pour les actes commis pendant leur lutte armée jusqu'au jour de la signature de l'Accord de cessez-le feu, soit le 7 septembre 2006[1664].

1661 (2003) 11 B.O.B. 780.

1662 *Ibid.*, art. 1 et 3.

1663 *Loi N°1/32 du 22 novembre 2006 portant immunité provisoire de poursuites judiciaires en faveur des membres du Mouvement signataire de l'Accord Global de cessez-le-feu du 7 septembre 2006*, (2006) 11: 1 B.O.B. 1523, art. 5.

1664 *Ibid.*, art. 2, 3 et 4;
Décret N° 100/357 du 20 décembre 2006 portant application de l'immunité provisoire prévue par l'Accord Global de cessez-le-feu de Dar-es-Salaam du 7 septembre 2006, (2006) 12 B.O.B. 1778.

Selon la *Loi n°1/32 du 22 novembre 2006*, «l'immunité provisoire est la suspension des poursuites pénales des infractions à mobile politique, pendant une période déterminée, à l'égard des membres du mouvement signataire de l'Accord global de Cessez-le feu du 7 septembre 2006»[1665]. Cette immunité constitue donc un empêchement procédural pour les crimes commis «durant la période allant du 1er juillet 1962 jusqu'à la signature de l'Accord Global», pourvu qu'il s'agisse «des infractions à mobile politique»[1666].

En ce qui concerne les bénéficiaires de l'immunité provisoire, selon la lecture combinée des Accords de paix et de leurs lois de mise en œuvre, il faut entendre par leaders et membres des mouvements rebelles, plusieurs catégories de bénéficiaires potentiels, dont premièrement le leadership et les personnalités en exil qui ont accepté de représenter leurs mouvements dans les nouvelles institutions de l'État burundais; les combattants qui rejoignent les forces régulières et ceux qui sont démobilisés. Il faut y inclure également les membres des mouvements rebelles en détention préventive et – « même si, d'une perspective juridique cela semble un non-sens - les membres condamnés purgeant leur peine en prison »[1667]. Il faut y ajouter finalement tout militaire ou cadres des forces de sécurité burundaise, miliciens et autres agents de défense, qui auraient commis une infraction en relation avec les massacres à caractère politique qu'a connus le Burundi entre 1962 et 2006.

Toutes ces personnes, pour autant qu'elles aient commis, des infractions « à caractère politique » entre 1962 et 2006, bénéficient de l'immunité provisoire contre les poursuites qui peuvent être entreprises à leur encontre.

1665 *Ibid.*, art. 1.

1666 *Ibid.*, art. 1, 2 et 3.

1667 Stef Vandeginste, « Immunité provisoire et blocage des négociations entre le gouvernement du Burundi et le Palipehutu-FNL: une analyse juridique », dans Stefaan Marysse, Filip Reyntjens et Stef Vandeginste, dir., *L'Afrique des grands lacs. Annuaire 2007-2008*, Paris, l'Harmattan, 2008, de la p. 83.

Concernant les infractions couvertes par l'immunité provisoire, les Accords de paix et leurs lois de mise en œuvre utilisent, sans la définir, la notion « d'infraction à mobile politique »; retenant ainsi le mobile ou la motivation de l'auteur du crime comme critère de définition[1668].

À en croire le Professeur Stef Vandeginste, il serait pourtant erroné de croire qu'il s'agissait d'une simple omission parce qu'une version antérieure du projet de loi qui a abouti à la *Loi du 21 novembre 2003* mettait en avant différentes options pour déterminer quels crimes seraient couverts par l'immunité provisoire[1669]. Pour ce projet, «sont considérées comme infractions politiques, les faits constitutifs d'infractions d'atteinte à la sûreté intérieure et extérieure de l'État ainsi que les actes dirigés contre le libre exercice des droits politiques des citoyens»[1670].

L'arsenal juridique burundais ne définit malheureusement pas «les actes dirigés contre le libre exercice des droits politiques des citoyens ». Par contre, les atteintes à la sûreté (intérieure et extérieure) de l'État sont définies par le Code Pénal du 4 avril 1981[1671]. D'après celui-ci, ces atteintes comprennent, entre autres, la trahison, l'espionnage, le mercenariat, les attentats et complots contre le chef de l'État ou contre l'autorité de l'État et l'intégrité du territoire, les attentats et complots tendant à porter le massacre, la dévastation ou le pillage, la participation aux bandes armées et finalement la participation à un mouvement insurrectionnel.

Les massacres à caractère ethnique de 1972, 1988 et 1993 rentrent directement dans cette définition. En effet, les rebelles de 1972 et les insurgés Hutu de 1988 et 1993 ont, au moins, pris part aux massacres, dévastation ou pillage. En représailles, les forces armées burundaises et leurs alliés se sont rendus coupables des mêmes infractions. C'est donc de façon délibérée que la notion de crime à mobile politique n'est pas explicitée pour couvrir presque toutes les situations qui arrangent la classe dirigeante burundaise et ses sponsors.

1668 *Loi N° 1/022 du 21 novembre 2003 portant immunité provisoire de poursuites judiciaires en faveur des leaders politiques rentrant de l'exil*, (1 novembre 2003) 11 B.O.B. 780.

1669 Stef Vandeginste, *supra* note 1667 à la p. 84.

1670 *Ibid.*

1671 Voir les articles 393 à 439.

En conclusion, les Accords de paix inter-burundais et leurs lois de mise en œuvre garantissent aux membres des mouvements rebelles, signataires desdits Accords, aux forces de sécurité burundaise et leurs alliés une immunité provisoire pour toute infraction commise entre 1962 et 2006. Cette immunité sera levée, en ce qui concerne les crimes de guerre et contre l'humanité, lorsque le gouvernement burundais jugera opportun de mettre en place l'instance chargée de faire enquête et indiquer, le cas échéant, les responsables de ces crimes. Avant la publication du rapport de cette instance, pouvant être la CEJI ou la CNVPR, les crimes de guerre et contre l'humanité tombent sous le coup de l'immunité provisoire. Celle-ci constitue donc un ordre intimé aux juridictions répressives burundaises, de façon légale, de surseoir à leur compétence jusqu'à une date que seul le gouvernement peut décider à sa guise.

3^0. La question à l'ordre du jour au Burundi est de savoir pour combien de temps va encore durer la protection offerte par l'immunité provisoire, après quoi les poursuites pénales pourront enfin démarrer particulièrement en ce qui concerne les crimes internationaux les plus graves.

3.1. Dans l'Accord d'Arusha de 2000, l'immunité provisoire était prévue pour couvrir uniquement la période de transition, c'est-à-dire jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle Constitution[1672]. Celle-ci devait intervenir dans les 36 mois à partir de la promulgation de la constitution transitoire[1673]. Cette dernière a été promulguée en 2001. Quatre ans plus tard, une nouvelle Constitution a été promulguée, soit exactement le 18 mars 2005. Depuis lors, l'immunité provisoire n'a jamais été levée.

On peut rejeter la responsabilité de ce retard sur le fait qu'un des mouvements rebelles, en l'occurrence les FNL, n'avait pas encore réintégré le processus de paix.

1672 Voir Prot. II, Chapitre 2, art. 12, para. 1.

1673 *Loi N° 1/017 du 28 octobre 2001 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi*, (2001) 10 B.O.B. 1269, art. 2.

3.2. Les FNL ont signé un accord de paix avec le gouvernement burundais en 2006. Par après, la *loi no 1/32 du 22 novembre 2006*, qui garantit une immunité aux membres des FNL, définit la période de validité de l'immunité provisoire qu'elle consacre en précisant bien que celle-ci « est valable pour la période d'avant la mise sur pied de la Commission Vérité et Réconciliation et du Tribunal Spécial au Burundi»[1674]. C'est donc cette nouvelle exigence qui devient le nouveau critère pour lever l'inopportunité des poursuites. Elle est également laissée à la discrétion du gouvernement burundais.

Aux dernières nouvelles, les autorités burundaises ont nommé, comme convenu, une équipe de quatre personnes chargée de préparer, avec deux fonctionnaires onusiens, le processus de consultation nationale sur la forme des mécanismes de justice transitionnelle[1675]. Depuis cette nomination, un échantillonnage « scientifique » a permis de repérer les gens qui seront consultés sur la question de savoir quels seraient les mécanismes appropriés pour la justice transitionnelle. Ces consultations ont débuté le 14 juillet 2009. On ne peut pas présager leurs résultats.

La présente manœuvre politique, probablement mise en place pour tâter le terrain d'une éventuelle amnistie générale, ne lève pas le retard, sinon le refus détourné, de mettre en place la Commission Vérité et Réconciliation et le Tribunal Spécial pour le Burundi. Il prolonge davantage l'immunité provisoire en la transformant en un long délai de grâce bénéfique aux criminels burundais. Malheureusement, certains d'entre eux accèdent chaque jour davantage aux postes clefs de responsabilité leur permettant de contrôler le système judiciaire et de pousser le pays vers l'oubli plutôt que vers la justice, dans le but ne pas répondre de leurs actes.

Pour les défenseurs de droits humains, si théoriquement cette immunité provisoire a créé les conditions favorables à l'arrêt des hostilités, au retour des exilés et à la mise en application des Accords de paix, elle protège les criminels en attendant qu'ils s'installent aux commandes de

---

1674 Voir l'art. 1 et 2. (2).

1675 Ces consultations sont prévues dans l'accord entre le gouvernement du Burundi, ses partenaires et la commission de l'ONU pour l'édification de la paix intitulé « Strategic Framework for Peacebuilding in Burundi », signé le 20 juin 2007. Selon cet accord, la consultation nationale sur la nature des mécanismes de justice transitionnelle à mettre en place doit être pilotée par un comité de pilotage tripartite de six membres dont deux représentants du gouvernement, en la personne de Festus Ntanyungu et Françoise Ngendahayo, deux représentants de la société civile, soit Joseph Ndayizeye et Eulalie Nibizi et deux représentants des Nations-Unies.

l'État et contrôlent alors les leviers de la justice[1676]. L'ancien ministre des droits humains, Eugène Nindorera, nous avertit que vouloir désormais arrêter les officiers supérieurs et les politiciens burundais impliqués dans les crimes de guerre et contre l'humanité répétitifs risque de provoquer une nouvelle vague de tensions et d'insécurité parce qu'ils sont trop forts et trop puissants aujourd'hui comme hier, sinon plus[1677].

Pour notre part, nous acceptons que la cessation des hostillités est bénéfique pour apporter secours aux déplacés et arrêter la multiplication du nombre de tués. Mais, c'est une erreur que de transiger la paix et la stabilité politique contre l'impunité des grands criminels de guerre et contre l'humanité. Pour preuve, l'urgence de pacifier l'Europe à la fin de la première guerre mondiale a induit l'échec de la mise en exécution du *Traité de Versailles*, lequel demandait la mise en accusation des criminels de guerre et contre l'humanité de cette époque[1678]. On se rappellera qu'environ 901 personnes étaient mises en accusation à Leipzig mais que seulement 13 ont été condamnées. Les autres ayant été libérées après un simulacre de procès[1679]. En laissant courir impunis ces criminels, leurs compatriotes les acclamaient en héros nationaux; banalisant ainsi le crime contre l'humanité. Aucune leçon n'a été tirée de cette expérience. En 1945, les gouvernements alliés, signataires de l'Accord de Londres[1680], « n'ont manifestement pas voulu juger expressément des gouvernants. Ils ont cherché d'abord à les déchoir de cette qualité pour les traiter ensuite comme de vulgaires criminels »[1681]. À l'instar de ces gouvernements, l'urgence, dans le cas du Burundi, est de mettre les suspects hors d'état de nuire à l'action judiciaire.

Définitivement, nous exprimons clairement notre déception par rapport aux conclusions des autorités burundaises qui n'ont pas recommandé d'entamer des poursuites dès l'obtention

---

1676 Eugène Nindorera, *supra* note 1633 à la p. 4.

1677 *Ibid.*

1678 Conformément aux articles 228 à 230 de cet instrument;
Voir Telfort Taylor, « The Anatomy of Nuremberg Trials », (1992) 17 Harvard Human Rights Journal, à la p.15.

1679 *Ibid.*

1680 Accord de Londres, 8 août 1945, *supra* note 128.

1681 Roulot, *supra* note 11 à la p. 16 et 102.

d'un cessez-le-feu avec chaque groupe rebelle. Mais, ces conclusions nous permettent de réaliser juridiquement que le principe de l'opportunité des poursuites, reconnu en droit burundais, comme en droit international, répond justement « au besoin de réserver la part incompressible du politique et de reconnaître les limites du droit et des procédures juridiques »[1682] pour mettre fin à un conflit qui vient de durer un demi-siècle. En fait, les évolutions du droit que l'on observe depuis Leipzig jusqu'aujourd'hui ne résistent pas à l'incapacité des sociétés post-conflit à intégrer complètement la norme répressive internationale rejetant l'autoamnistie lorsque les suspects font partie de l'équipe qui négocie les Accords de paix.

L'immunité provisoire, qui perdure, démontre que l'Accord d'Arusha est avant tout un accord politique façonné en égratignant des principes sur lesquels il n'est normalement pas possible de transiger. Elle démontre également que les autorités burundaises ont diffusé des messages ambigus sur leur volonté de s'attaquer efficacement à la question de l'impunité. Finalement, cette immunité démontre que même l'ONU peut commettre des erreurs d'appréciation sur les méthodes de négocier la paix par la justice et le rôle primordial des procès dans le rétablissement de la paix. Nous espérons que cette erreur n'affecte pas sa conviction profonde et sa politique de répression des crimes internationaux les plus graves.

Ceci dit, si jamais cette immunité provisoire venait à être levée, les tribunaux burundais seraient confrontés finalement à la question de savoir qui juger. Une lecture attentive de la compétence personnelle que leur assignent les nouveaux compromis politiques indique que celle-ci serait extrêmement limitée aux seuls « grands responsables » de crimes qui nous concernent dans ce travail.

[1682] Alessandro Buzzi, *L'intervention armée de l'OTAN en République fédérale de Yougoslavie,* Paris, Pedone, 2001, préface.

B. Le choix de ne poursuivre que les plus grands responsables

Les crimes de guerre et contre l'humanité commis au Burundi, entre 1972 et 2006, impliquent, à des degrés divers, plusieurs centaines de milliers de suspects. Pratiquement parlant, une justice intégrale touchant chaque suspect est donc impossible. En plus des questions d'ordre pratique, l'objectif de limiter les poursuites à un très petit nombre de personnes vise à ne pas affoler les Burundais qui désirent rentrer d'exil et rallier le gouvernement, l'armée et les nouvelles institutions de l'État. Par conséquent, le principe de la répression des seuls « grands responsables » se présente comme l'option la plus réaliste. Toutefois, les sources juridiques qui organisent la répression burundaise de ces crimes ne délimitent pas les notions de « grands et moins responsables » et n'indiquent pas les critères applicables pour différencier ces catégories.

1^0. Les **sources juridiques en vigueur**. La *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* dote les tribunaux burundais et le TPIB envisagé d'une compétence personnelle à l'égard de toute personne contre laquelle il existe des indices de culpabilité, laissant aux Procureurs le soin de décider des personnes à inculper, en considération du double objectif de l'établissement des responsabilités individuelles et de la réconciliation nationale des Burundais[1683].

Le 20 juin 2005, soit postérieurement à la promulgation de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, le Conseil de sécurité des Nations-Unies a cependant adopté à l'unanimité la Résolution S/Res/1606 (2005). Le préambule de cette résolution indique que de l'avis du Conseil, afin de consolider la paix et la réconciliation au Burundi, il est nécessaire (i) d'établir la vérité, (ii) d'enquêter sur tous les crimes, (iii) mais d'identifier et traduire en justice ceux qui portent la plus grande responsabilité pour les crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et les crimes de guerre commis au Burundi depuis l'indépendance, (iv) et finalement de mettre un terme à la culture de l'impunité, au Burundi et dans la région des Grands Lacs africain dans son ensemble[1684].

1683 *Loi n ° 1/004 du 8 mai 2003*, art. 1, 21 et 33.

1684 Résolution du Conseils de Sécurité no S/Res/1606 (2005), Soutien à la création d'une commission de la vérité et d'une chambre spéciale au Burundi, adoptée le 20 juin 2005 dans sa 5207e scéance, préambule;
Voir aussi la Résolution S/Res/1719 (2006) du 25 octobre 2006, concernant le mandat du BINUB (Bureau Intégré des Nations Unies au Burundi).

En 2007, au moment de la conclusion des Accords de paix avec les FNL, les signataires se sont effectivement mis d'accord pour que la compétence personnelle des juridictions répressives soit limitée, sinon restreinte, pour ne toucher que les « personnes qui portent la plus grande responsabilité des crimes de guerre, le génocide et les autres crimes contre l'humanité »[1685]. Les autres bénéficieront de la loi d'amnistie qui sera votée suivant les conclusions de la CNVPR[1686].

Les Accords de paix avec les FNL et la résolution onusienne no S/Res/1606 (2005), bien que probablement de valeur juridique inférieure à celle d'une loi, enlèvent aux tribunaux répressifs la compétence large que leur garantit la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*. Cette restriction de compétence constitue une autre facette de l'inopportunité des poursuites à l'encontre des criminels de guerre et contre l'humanité dont nous devrons rappeler la portée ou les balises en droit international.

Avant ce rappel, soulignons que la Résolution onusienne aussi bien que les Accords de paix inter-burundais, qui optent pour l'amnistie des criminels de guerre et contre l'humanité, autres que ceux qui portent la plus grande responsabilité, ne précisent pas qui fera partie de cette catégorie à punir. Ils n'indiquent pas, non plus, si les « moins responsables » seront traités conformément aux exigences sévères du droit international. Aucune autre source de l'arsenal juridique burundais ne détermine **quels types d'infracteurs et/ou de faits** rentrent dans la catégorie de ceux qui portent la plus grande responsabilité pour les crimes de guerre, de génocide et autres crimes contre l'humanité commis au Burundi depuis son indépendance.

Une lecture combinée de la *Loi n°1/018 du 27 décembre 2004* et la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* nous permet de dire cependant que les autorités burundaises laissent implicitement la discrétion de cette détermination à l'organisme (probablement la CNVPR ou la CEJI) qui sera chargé d'enquêter et qualifier les faits criminels survenus au Burundi. Si celle-ci ne le fait pas,

---

1685 L'Accord cadre du 2 novembre 2007.

1686 Conformément à la *Loi n°1/018 du 27 décembre 2004 portant missions, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation* , art. 4.

alors elle aura manqué à son obligation « d'indiquer les responsables »[1687]. Mais, il n'est pas clair comment elle peut le faire, sans tomber dans l'arbitraire, dès lors qu'elle ne dispose pas d'indicateurs applicables.

Laisser la discrétion de déterminer ceux qui portent la plus grande responsabilité pour les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre commis au Burundi à l'organisme d'enquête, autre que le bureau du Procureur, soulève une autre question. Celle de savoir si cette instance va imposer sa qualification des faits et sa catégorisation des suspects aux Ministère Public et aux tribunaux. Si elle l'impose, alors le Ministère Public et les tribunaux seront vidés de leur capacité juridictionnelle. Cette ambivalence mérite également d'être définitivement résolue. Bref, elle constitue un empêchement procédural de plus qui doit être clarifié avant que les tribunaux n'entreprennent la répression des criminels burundais.

2^0. **Conformité au droit international**. En plus du manque de délimitation des notions de « grands et moins responsables » des crimes, il faut se demander si le Burundi remplira son devoir international de réprimer les crimes de guerre et contre l'humanité survenus sur son territoire entre 1962 et 2006 en restreignant la répression aux seuls grands responsables.

Nous notons d'abord, avec Delmas-Marty, que ce genre de limitation est assez caractéristique des États ayant été le foyer d'atrocités dans le passé, et cela que le tribunal chargé de les réprimer soit interne ou international, d'ailleurs[1688]. Ce n'est donc pas une particularité du Burundi. En fait il est courant de poursuivre uniquement les « grands responsables » des crimes internationaux les plus graves et laisser filer, sous certaines conditions, la masse des exécutants. Au demeurant, une amnistie générale et inconditionnelle des criminels de guerre et contre l'humanité ne peut pas être reconnue en droit international. Il faut alors revenir sur ces conditions pour nous assurer de leur respect au Burundi.

1687 *Ibid.*, art. 2 et *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, art. 21 et 33.

1688 Mireille Delmas-Marty, dir., *Les processus d'internationalisation du droit pénal,* Paris, de la Maison des Sciences de l'Homme, 2001, de la p. 216-218.

En souscrivant aux multiples instruments internationaux, le Burundi a contracté une obligation de réprimer, sans exception, les crimes de guerre et contre l'humanité. Théoriquement, il doit donc traduire en justice tous les suspects. Mais, pratiquement, le Burundi, comme tout autre État dans sa situation, peut, (1) dans le seul but de faciliter l'instauration d'une paix durable, accorder une amnistie conditionnelle à ceux qui sont considérés comme « les moins responsables » des crimes de guerre et contre l'humanité[1689]. Dans sa mise en œuvre, (2) cette amnistie des « moins responsables » ne doit cependant pas être autoproclamée par les criminels qui occupent des postes de la haute autorité. Ceux-ci ne doivent d'ailleurs pas en bénéficier. (3) Elle doit être précédée par l'établissement de la vérité et la mise en place des réparations convenues de façon consensuelle. (4) L'organisme non juridictionnel chargé d'établir cette vérité doit être établi par un régime démocratique. Il doit être représentatif de la société et indépendant du gouvernement. (5) Il doit également être doté d'un très large pouvoir d'investigation. (6) Son rapport doit identifier les auteurs des violations les plus graves. L'amnistie doit être refusée à ceux parmi « les moins responsables » qui refuseront de dévoiler toute la vérité[1690].

Le Burundi ne serait donc pas en violation de ses obligations internationales si, compte tenu des circonstances, il retient de juger et, le cas échéant, punir les plus grands responsables. Mais, avant d'accorder une amnistie aux « moins responsables », il doit s'assurer que les six conditions concernant la mise en place, le fonctionnement, le rapport et l'amnistie de la CNVPR sont remplies. Pour le moment, cette assurance n'est pas certaine.

En conclusion de notre étude de cas, en 1972, en 1988, en 1993 et entre 1994 et 2006, le Burundi a connu des crimes de guerre et contre l'humanité. Il y eut certes une intention criminelle, des méthodes d'élimination des populations entières par localité sous le chef du nettoyage ethnique, voire même une méthodologie d'attaque. Il n'y eut cependant pas, comme pour le génocide que les nazis ont perpétré contre les Juifs d'Europe, de planification longtemps en avance comme telle. Dangereusement, d'une articulation à une autre, les auteurs de ces crimes

---

1689 Elizabeth Salmón, « Reflections on International Humanitarian Law and Transitional Justice: Lessons to Be Learnt From the Latin American Experience », (2006) 88: 862 RICR, à la p. 338;
Diane Orentlicher, *supra* note 568 à la p. 2566;
Anja Seibert-Fohr, « Human Rights As Guiding Principles In The Context of Post Conflict Justice », (2005) 13 Michigan State Journal of International Law, à la p. 188.

1690 Yasmin Naqvi, *supra* note 662 à la p. 604 et 614.

graves ont gardé une parcelle considérable de pouvoir militaire et politique en dominant carrément les victimes et en leur refusant tout accès à la justice. Cela a facilité, durant un demi-siècle, le déni de ces crimes et a occulté leur répression. Aujourd'hui, le déblocage de cette répression par les tribunaux burundais avance à petit pas. Pour rencontrer le moins d'obstacles possibles, il doit être précédé par l'amendement de la *Constitution burundaise* et de la *Loi du 8 mai 2003* pour y incorporer des règles conformes au droit pénal international contemporain. Nous récapitulons, ci-après, les points urgents identifiés tout au long de cette étude.

Premièrement, le législateur doit harmoniser le droit burundais avec le droit international en ce qui concerne la responsabilité pénale d'un chef militaire et tout autre supérieur hiérarchique pour les crimes de guerre et contre l'humanité commis par les forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs. Sans cet amendement, la justice burundaise risque de ne pas atteindre, par l'application de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, certains des anciens chefs d'État, ministres de la défense nationale, chefs de mouvements rebelles et chefs d'État major de l'armée qui sont soupçonnés d'avoir manqué à leur obligation de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou arrêter la commission des crimes ici en cause ou pour en punir les auteurs.

Deuxièmement, le législateur burundais doit rendre irrecevable la défense fondée sur l'obéissance aux ordres d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique pour commettre un crime de guerre et contre l'humanité. Cet ordre, manifestement illégal, étant actuellement recevable en droit burundais, risque d'être utilisé pour paralyser les procès.

Troisièmement, le législateur burundais doit doter les tribunaux burundais de la compétence extraterritoriale – personnelle et universelle – pour être capable de s'en prendre aux criminels, présents sur son territoire, qui ont participé aux crimes de guerre et contre l'humanité à l'étranger. Nous rappelons le cas des 670 Burundais dont le Rwanda réclame l'extradition pour leur possible participation au génocide de 1994. Cette compétence, en plus de répondre à une obligation internationale, peut permettre de les juger sur place et de maintenir des relations de bon voisinage avec le Rwanda.

Quatrièmement, le Burundi doit clarifier le droit à l'assistance de l'avocat que consacre la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003* afin que les personnes qui seront poursuivies sachent si cette assistance sera prise en charge par le gouvernement et si elle s'étend aux avocats burundais et étrangers. Vu les limites financières du Burundi, ses bailleurs de fonds doivent être sollicités pour épauler ses efforts sur ce chapitre.

Cinquièmement, le Burundi doit éliminer les privilèges de juridiction que la *Constitution du 18 mars 2005* reconnaît au Président de la république, aux membres du parlement, du sénat et du gouvernement pour que cette qualité procédurale ne bloque injustement pas les poursuites qui pourraient être lancées contre l'une ou l'autre de ces personnes.

Sixièmement, il faut clarifier le délai de prescription et le traitement qui doivent être réservés aux infractions commises en relation avec les crimes de guerre, le génocide et autres crimes contre l'humanité commis au Burundi entre 1962 et 2006. Il serait en effet discriminatoire et donc anticonstitutionnel, de rendre *ipso facto* imprescriptibles les seules infractions ordinaires commises durant les crises violentes que le Burundi a connues.

Septièmement, le législateur burundais doit clarifier l'effet juridique des jugements antérieurs, sous le chef d'infraction ordinaire, sur la possibilité actuelle d'être rejugé sous le chef véritable de crime de guerre ou contre l'humanité. Nous rappelons que plusieurs milliers de Hutu ont purgé des années de prison pour leur participation aux massacres de 1972, 1988 ou 1993. Ils peuvent encore être rejugés pour génocide ou autre crime contre l'humanité.

Huitièmement, le Burundi doit éliminer dans la *Constitution du 18 mars 2005* la possibilité, pour le chef de l'État burundais, d'amnistier ou gracier, sans condition, les criminels de guerre et contre l'humanité.

Finalement, le Burundi doit clarifier les notions de « grands et moins responsables » des criminels de guerre et contre l'humanité. Sur ce, il a deux possibilités. Soit, procéder comme au Rwanda en votant une disposition légale qui définit la catégorie de « grands responsables ». Pour cela, il suffit de puiser dans le système pénal rwandais, notamment dans la *Loi organique 8/96 du*

30 août 1996 sur l'organisation des poursuites des infractions constitutives de crime de génocide ou de crimes contre l'humanité commis entre le 1er octobre 1990 et le 31 décembre 1994, telle qu'amendée[1691], les traits caractéristiques de la catégorisation des criminels. Cette loi énumère quatre catégories selon le rôle joué par les auteurs des crimes contre l'humanité[1692].

Aux termes de cette loi organique, la première catégorie comprend les planificateurs, les organisateurs, les incitateurs, les superviseurs et les encadreurs du crime de génocide ou des crimes contre l'humanité. Cette catégorie comprend également la personne qui a agi en position d'autorité au niveau national, régional et local, au sein des partis politiques, de l'armée, des confessions religieuses ou des milices, qui a commis ces infractions ou qui a encouragé les autres à le faire. Elle compte également le meurtrier de grand renom, qui s'est distingué dans le milieu où il résidait ou partout où il est passé, à cause du zèle qui l'a caractérisé dans les tueries, ou de la méchanceté excessive avec laquelle celles-ci ont été exécutées. Finalement elle inclut la personne qui a commis des actes de torture sexuelle. La seconde catégorie comprend les auteurs, coauteurs ou complices d'homicides volontaires ou d'atteintes graves contre les personnes ayant entraîné la mort. La troisième catégorie, quant à elle, comprend toute personne ayant commis des actes criminels ou de participation criminelle la rendant coupable d'autres atteintes graves à la personne. La quatrième catégorie comprend toute personne ayant commis des infractions contre les propriétés[1693].

Le Burundi peut, comme son voisin, le Rwanda, qualifier de « grands responsables » les criminels de guerre ou contre l'humanité rangés dans la première et la seconde catégorie.

Les autres expériences qui peuvent inspirer les Burundais, ce sont celles de l'Irak et de la Sierra Leone où le Procureur du Tribunal spécial choisit, lui-même, les personnes à poursuivre parmi ceux qui exerçaient le pouvoir et sur qui pèsent de lourds soupçons. Ici, le choix est limité dans la hiérarche politique (ministres, parlemenetaires) et militaire (officiers supérieurs et agents des services secrets et de renseignement).

1691 Journal officiel du Rwanda, no. 17 du 1er septembre 1996.

1692 *Ibid.*, art. 2.

1693 *Ibid.*

En plus des amendements à la *Loi du 8 mai 2003* et à la *Constitution du 18 mars 2005*, les autorités burundaises reportent *sine die* indéfiniment les poursuites par le jeu politique de l'immunité provisoire. Par conséquent, le déblocage de la répression exige avant tout l'abrogation de cette immunité provisoire comme une exigence immédiate afin de lever totalement l'inopportunité des poursuites que le législateur a imposée aux tribunaux. L'action requise est de mettre en place la CNVPR et le TPIB comme convenu lors des Accords de paix. Il faut en outre réorganiser les tribunaux burundais pour refléter l'équilibre ethnique de la population burundaise afin que les Hutu ne se sentent pas jugés par des tribunaux partiaux.

Il n'est pas impossible de procéder rapidement aux amendements législatifs en question et de mettre en place la CNVPR et le TPIB dans le court terme. Toutefois, une telle solution ne serait pas acceptable pour les autorités politiques issues des Accords de paix d'Arusha, qui se verraient ainsi privées d'une immunité qui les protège contre toute poursuite. Pour ce motif, nous avons malheureusement peur qu'elle soit finalement à exclure, sinon à classer dans les calendes grecques.

Nous sommes convaincus que la justice constitue l'argument essentiel, en tout cas l'argument le plus fort, en faveur d'une stabilité durable du Burundi, en particulier, et des États de la région des grands lacs africains, en général. Mais, force nous est de conclure de ce qui précède que, dans le jeu d'alliances de la rébellion Hutu avec les forces armées gouvernementales, à dominance Tutsi, les efforts déterminés de bien des Burundais aussi bien qu'un soutien international intensif à la conclusion des Accords de paix se sont trouvés en opposition avec des stratégies de survie d'acteurs politiques se trouvant dans l'impossibilité de prendre vraiment en compte les conséquences à long terme de ne pas juger les crimes commis au Burundi entre 1972 et 2006. Ces logiques destructives internes pérennisent l'impunité. Elles nous permettent d'affirmer avec force que la théorie de la répression des crimes de guerre et contre l'humanité demeure divisée en deux faces, l'une pour et l'autre contre la justice pénale intégrale – dans le sens de toucher les vainqueurs et les vaincus. Le cas du Burundi suit l'introduction d'une brèche observée depuis Nuremberg, qui tend à privilégier la poursuite des seuls grands responsables lorsque la communauté internationale fait la pression dans ce sens. Lorsque cette pression s'estompe, ces grands criminels prennent le contrôle de la justice et s'autoamnistient.

C'est pour prévenir la transformation de l'immunité provisoire en autoamnistie que, dans le chapitre qui suit, nous plaidons pour simplifier les mécanismes de justice transitionnelle envisagés au Burundi et les mettre en branle le plus rapidement possible avant que ne s'installe, au sein de la population, un sentiment d'impuissance.

Chapitre III. Plaidoyer pour une simplification et une mise en branle rapide des mécanismes envisagés de justice transitionnelle

Eu égard aux insuffisances d'ordre juridique, matériel et politique en présence, le Burundi se conformerait amplement à ses obligations internationales en mettant immédiatement en branle la CNVPR et le TPIB (Section 1). Son expérience nous conduit à tirer des leçons sous forme de principes applicables au niveau universel mais surtout au niveau des États qui connaissent les situations semblables à celles du Burundi (Section 2).

Section 1. Simplifier les mécanismes de justice transitionnelle

L'objectif de répression serait rencontré en faisant établir tous les faits criminels par la CNVPR (& 1) et traduire en justice devant le TPIB les grands responsables des crimes de guerre et contre l'humanité commis au Burundi entre 1972 et 2006. Par cette réorganisation institutionnelle, les tribunaux répressifs burundais assumeraient un rôle purement résiduel par rapport à cette criminalité de droit international (& 2).

&1. Établir les faits par la CNVPR

Nous avons déjà noté que les acteurs politiques burundais ont identifié, lors de la négociation des Accords de paix d'Arusha la culture de l'impunité comme étant l'une des causes profondes ou fondamentales du conflit armé alors en cours. « Mais, cette lecture consensuelle s'est arrêtée là. Personne n'était prêt à interroger ses propres responsabilités. Chaque groupe a essayé de manipuler la question de la justice pour en faire un instrument de disqualification politique de l'autre groupe »[1694]. En fait, « s'ils ont pu s'entendre sur le principe d'une nécessaire

[1694] Voir aussi Caroline Sculier,*supra* note 1446 à la p. 14 et 47.

justice, ils l'ont assortie de mécanismes de nature à retarder indéfiniment la question de la détermination des responsabilités. Depuis, la question est restée en suspens, parfois embarrassante, sans recevoir de traitement décisif »[1695]. Et pourtant, la quête de vérité sur les crimes commis au Burundi est intacte dans les médias et dans les débats politiques de ce pays à telle enseigne que s'ils restent impunis et, de surcroît, non documentés, ils pourraient déclencher d'éventuelles vengeances de la part des victimes, voire un nouvel éclatement de la société burundaise[1696].

Or, la justice burundaise n'a pas les capacités nécessaires pour établir, avec célérité, cette vérité à cause de ses insuffisances juridique, matérielle et politique. Ce n'est d'ailleurs pas à cause de ses lacunes seulement que cette justice n'est pas capable de donner des réponses aux Burundais et, à l'Humanité qui a failli perdre une de ses composantes dans les multiples tentatives d'extermination ethnique burundaises. Elle fait face également à plusieurs centaines de milliers de suspects impliqués dans ces crimes de masse répétitifs. Or, « le droit pénal n'est pas conçu pour juger des crimes de cette ampleur »[1697]. Il faut alors revenir sur l'option de juger seulement les plus grands responsables pour la délimiter afin de traiter cette criminalité sans violer le droit international, inclusivement les droits des accusés, et sans outrager les victimes par le déni de justice qui prévaut depuis 1972.

1^0. En premier, la vigilance doit rester de mise pour faire échec à tout nouveau risque de récidive. La meilleure façon d'y arriver, c'est d'aider les Burundais à dénoncer les crimes commis par toutes les parties belligérantes et ainsi vaincre leurs peurs et se réconcilier.

On ne peut pas y arriver par le truchement d'une amnistie totale et inconditionnelle de tous les crimes commis au Burundi. En plus des victimes, nous avons établi que le droit international considère que cette solution, «qui veut masquer, évacuer [la vérité], prépare

---

1695 *Ibid.* à la p. 7.

1696 Jean Baptiste Nyakiki, *supra* note 1350 à la p. 88.

1697 Murielle Paradelle, « Chercher la justice au-delà du droit », entrevue avec Sophie Coupal. En ligne: *http://web5.uottawa.ca/articles/chercher-la-justice-au-dela-du-droit* Dernière visite: le 12 juillet 2009.

d'autres conflits, d'autres régressions »[1698]. Si donc une amnistie totale est proclamée au profit de tous les criminels de guerre et contre l'humanité, elle « ne ferait qu'amener les Burundais à refouler une fois de plus leurs sentiments d'injustice, de peur, de haine et vengeance et à attendre un nouveau cycle pour 'libérer' ces sentiments par les mêmes types de violences »[1699].

On ne peut pas y arriver, non plus, par le truchement « d'une justice des vainqueurs » qui frapperait seulement ceux qui ont perdu la guerre ou ceux qui ont été déchus de leur pouvoir dictatorial. La situation en présence n'implique ni vainqueur, ni vaincu, encore moins de dictateurs déchus et de démocrates qui succèdent à ces derniers. Il y a, à la fois, des criminels issus des rangs de la dictature militaire précédente et ceux issus des courants démocratiques brisés par l'assassinat du Président élu Melchior Ndadaye et ses proches collaborateurs, le 21 octobre 1993. Les uns et les autres détiennent encore une parcelle de pouvoir au Burundi[1700].

On ne peut finalement pas faire semblant de juger en donnant une liberté presque totale aux villageois, certes proches des victimes, de traiter leurs bourreaux à leur guise comme cela paraît être le cas au Rwanda voisin[1701]. Le pouvoir en place n'a pas les coudées franches pour se permettre un tel extrême de la « victim satisfaction model ».

On peut aider les Burundais à dénoncer les crimes commis par toutes les parties belligérantes entre 1972 et 2006 en établissant le plus correctement possible les faits et en jugeant, le cas échéant, les coupables suivant les exigences d'un procès équitable tel que le requièrent la constitution du Burundi, les Accords de paix d'Arusha et le droit international des droits de l'homme. Toutefois, nous avons vu qu'une justice intégrale n'est pas possible à cause du nombre trop élevé de suspects. Comme le proposent la résolution onusienne S/Res/1606

1698 Benjamin Stora, *La gangrène et l'oubli: l'amémoire de la guerre d'Algérie*, Paris, La Découverte, 1998, à la p. 318.

1699 La ligue burundaise Iteka citée par Bujumbura Net Press, édition du 16 août 2000, à la p. 1.
En ligne: *http://www.netpress.bi/ts/160800.htm* Dernière visite: le 12 août 2009.

1700 Eugène Nindorera, *supra* note 1504 à la p. 8.

1701 Jacques Fierens, *supra* note 1474;
Marie-Christine Navarro, « La victime ou sortir du cercle de la vengeance », (2005) 15: 1 CAIRN, de la p. 47 à 59.

(2005) et l'Accord de paix avec les FNL, il faut alors circonscrire la justice pénale aux seuls grands responsables des crimes graves de droit international et référer la masse des exécutants à la justice restauratrice pour échanger leurs aveux contre l'impunité.

2^0. Une fois cette hypothèse retenue, nous sommes d'opinion que la CNVPR, si elle est composée de personnes intègres et reçoit les moyens matériels et financiers requis, va effectivement documenter tous les crimes commis au Burundi et établir une certaine vérité susceptible de réconcilier les Burundais.

Techniquement, nous avons vu qu'aux termes de la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*, l'enquête et la qualification des actes de génocide, des crimes de guerre et des autres crimes contre l'humanité commis au Burundi depuis le 1er juillet 1962 jusqu'au 8 mai 2003, seront confiées à la Commission d'Enquête Judiciaire Internationale.

Nous avons vu cependant que l'ONU et le gouvernement burundais sont incapables de se mettre d'accord sur le besoin de cette instance. Elle serait même indésirable selon Eugène Nindorera. Nous avons, par ailleurs, noté que les crimes commis au Burundi en 1972, en 1988, en 1993 et entre 1994 et 2006 ont fait l'objet de plusieurs enquêtes internationales dont certaines sont crédibles. Par conséquent, le Burundi peut, sans préjudice, se passer des enquêtes plutôt répétitives de la CEJI.

Dans cette occurrence, un simple amendement de la *Loi n°1/018 du 27 décembre 2004 portant missions, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation* permettrait à la CNVPR de qualifier également les faits qui seraient constitutifs de crime de guerre, de génocide et autres crimes contre l'humanité commis au Burundi entre 1962 et 2006 et dont les grands responsables doivent être châtiés.

3^0. Dans sa mise en œuvre, comme nous l'enseignent les Professeurs Dugard et Naqvi, la CNVPR burundaise doit être établie par le parlement burundais. Le régime en place étant démocratique, nous ne croyons pas que des consultations publiques via un échantillonnage représentatif au niveau national ou un référendum, comme a commencé de le faire le 14 juillet

2009 le gouvernement burundais, soient nécessaires; sauf peut-être en ce qui concerne l'appropriation du processus par la population. Lancées en même temps que les préparatifs des élections générales de 2010, le contexte sociopolitique en vigueur ne permet vraiment pas à ces consultations de se faire dans la sérénité et la compréhension des enjeux de l'avenir. Il y a même un risque de confusion ou d'interférence entre ces élections et les consultations[1702]. En espérant que ces risques seront évités, dans sa composition, cette CNVPR doit être représentative de la société burundaise, en terme ethnique et régional. Elle doit également garantir un certain équilibre entre les hommes et les femmes de toutes les couches de la société burundaise.

4^0. Dans son fonctionnement, la CNVPR doit être indépendante du gouvernement et être dotée d'un très large pouvoir d'enquête sur tous les crimes commis au Burundi durant les cinq crises violentes identifiées dans cette étude. En tenant des audiences publiques et recevant les témoignages de toutes les victimes, elle doit disposer d'un pouvoir de coercition suffisamment large pour interpeler qui que ce soit capable de l'aider dans son entreprise d'établir la vérité. Pour ce faire, la participation des experts étrangers peut faciliter son efficacité et rendre son indépendance plus concrète. Pour couvrir tout le territoire burundais, sa gestion en sous-commissions provinciales, voir même municipales, peut augmenter ses chances de succès.

5^0. Dans son rapport final, la CNVPR devra indiquer les personnes qu'elle estime porter la plus grande responsabilité dans les violations les plus graves des droits humains commises au Burundi en 1972, en 1988, en 1993 et entre 1994 et 2006 ou du moins indiquer les moyens de les identifier. Elle doit déposer ledit rapport dans un délai raisonnable, deux ans maximum. Celui-ci inclura, dans ses recommandations, les mesures de réparation et les conditions de l'amnistie qui sera accordée aux exécutants de ces violations. Dans sa forme, cette amnistie doit être personnelle, c'est-a-dire accordée à titre individuel, en échange de remords publiquement exprimés et d'aveux complets relatifs aux infractions pour lesquelles la demande d'aveux est formulée[1703]. Cette approche constitue « une façon de faire arriver à la surface le plus d'informations possibles pour le travail de mémoire »[1704] et de réconciliation nationale.

1702 Observatoire de l'action gouvernementale, *supra* note 1456 à la p. 72.

1703 Voir Desmond Tutu, *supra* note 114 à la p. 152.

6^0. En aucun cas, le gouvernement ne devra intervenir dans la façon dont l'amnistie sera mise en place. Si cela se produit, cette mesure sera considérée comme étant autoproclamée et par conséquent perdra sa validité internationale. De plus, aucune personne qui occupe un poste de la haute autorité militaire, politique ou administrative ne doit en bénéficier. Ces personnes doivent être écartées du pouvoir en les poussant, selon l'approche de la justice restaurative, à présenter leurs démissions et rechercher la justice afin qu'elle les lave de tout soupçon.

7^0. En terme d'effet juridique, l'amnistie qui sera accordée par la CNVPR mettra fin aux possibilités des victimes de réclamer des dommages et intérêts aux auteurs des exactions avouées. Par conséquent, en la place de ces derniers, le gouvernement burundais et ses bailleurs de fonds devront accorder aux victimes certaines réparations matérielle, psychologique et symbolique qu'ils jugeront appropriées.

En remplissant toutes ces conditions, cette justice restauratrice, administrée par la CNVPR, va permettre de « créer une mémoire collective quelque peu partagée »[1705]. Elle doit cependant être épaulée par la justice pénale pour frapper, malgré le retard enregistré, les « grands responsables » des génocides et autres crimes graves de droit international commis au Burundi entre 1972 et 2006. Pour la crise de 1965, nous considérons que ses responsables sont morts ou trop vieux pour subir un procès. Il faut tout simplement documenter les exactions commises à des fins mémorielles.

Relégués dans un rôle purement résiduel à cause des circonstances, les tribunaux burundais auront la charge de juger les grands criminels de guerre et contre l'humanité qui seront découverts lorsque le TPIB aura fermé ses portes. Ils s'occuperaient également des « moins responsables » qui refuseront de coopérer pleinement avec la CNVPR. Pour le moment, nous suggérons de confier le jugement des grands criminels de guerre et contre l'humanité au TPIB.

1704 Pacifique Manirakiza, *supra* note 1426 à la p. 4.

1705 Expression de Mark Osiel, *Juger les crimes de masse - La mémoire collective et le droit*, Paris, Seuil, 2006, à la p. 26.

L'incrimination des crimes de guerre et contre l'humanité en droit burundais constitue un formidable pas en avant. Elle ne s'est pas cependant accompagnée d'une purge totale de toutes les lacunes pour que soient mis en œuvre immédiatement les principes internationaux de lutte contre l'impunité. Le parlement doit d'abord procéder aux amendements que nous avons proposés au fil et à mesure que nous décortiquions les dispositions de la législation burundaise. Ce travail législatif exige une longue procédure parlementaire et, compte tenu du renouvellement du parlement prévu pour 2010, il ne peut pas figurer à son agenda avant la dissolution de l'actuelle législature. Même après ces amendements, pour débloquer l'intervention des tribunaux burundais, il faut attendre le dépôt du rapport d'enquête établissant si « oui ou non » il y a eu crimes de guerre et contre l'humanité au Burundi. Il faut également attendre la réorganisation administrative de ces tribunaux pour refléter la composition ethnique de la population burundaise.

Ces corrections législative et administrative ne peuvent pas se réaliser dans le court terme. En effet, les urgences politiques actuelles de la classe dirigeante concernent uniquement la sécurité des élections générales de 2010 et le désarmement complet des milices. Aucun parti politique ou candidat à ces élections ne met dans ses priorités la répression des crimes de guerre et contre l'humanité qui nous préoccupe dans cette étude. Et d'ailleurs, à force de remettre à plus tard les procès, il se développe de plus en plus une absence de lecture consensuelle de l'idée même de justice parmi les acteurs clés de la politique burundaise. Discutant de la question du « pourquoi remettre à nu les blessures de l'histoire? », les uns voient dans les poursuites un geste d'hostilité à l'encontre de l'élite Tutsi ou du gouvernement actuel[1706]. D'autres disent qu'il ne sert à rien d'évoquer un passé lointain, si tragique soit-il, sinon à compliquer davantage encore les efforts de cohabitation entrepris à Arusha par le truchement d'un Accord de paix entre les factions rivales de ce conflit de sang[1707]. Le Professeur Lemarchand y voit personnellement un besoin de « restituer la mémoire » [1708]. Un autre expert « would suggest that the best way to

---

1706 Stef Vandeginste, *supra* note 1667 de la p. 407.

1707 *Ibid.*

1708 René Lemarchand, *supra* note 122 à la p. 181.

achieve reconciliation in a situation such as that present in Burundi is to leave the past in the past »[1709].

Nous avons soutenu qu'accorder une amnistie inconditionnelle et totale aux auteurs des crimes de guerre et contre l'humanité commis au Burundi entre 1962 et 2006, bien que conforme à la logique burundaise « *agapfuye kabazwa ivu* ---tant pis pour les morts! », violerait le droit international et n'aurait pas de considération pour les victimes et leur mémoire. De plus, « rien n'est plus dangereux que le non-dit, *a fortiori* le négationnisme. L'un et l'autre ne peuvent qu'attiser la haine née d'une mémoire tronquée, ethnicisée, qui met les bons d'un côté et les méchants de l'autre»[1710].

L'immunité provisoire accordée à tout auteur de crime à caractère politique et le recul *ad infinitum* des jugements des grands responsables des crimes de guerre et contre l'humanité constituent, à notre point de vue, des manifestations de ces interprétations divergentes, entre l'appel des victimes et de l'ONU aux procès effectifs et celui de certains politiciens burundais à l'amnésie. Le jugement des grands criminels et l'amnistie des moins responsables risquent malheureusement de rater, l'un et l'autre, leur rôle pédagogique et de promotion de la démocratie et de ses valeurs s'ils ne sont pas mis en branle rapidement et par une instance capable de trancher selon les règles internationales d'un procès équitable.

Pour ce motif, l'intervention du TPIB devient nécessaire pour, d'une part, permettre d'agir avec célérité contre les grands criminels de guerre et contre l'humanité burundais qui s'acharnent pour maintenir le *statu quo*[1711]. Elle devient nécessaire aussi pour permettre, d'autre part, aux Burundais de « disposer d'une instance judiciaire forte capable de frapper autant dans les rangs du pouvoir que dans ceux de l'opposition»[1712]; le seul critère de sélection étant l'existence d'indices d'implication, au haut niveau, dans la préparation et la perpétration d'un crime international.

1709 Neil Kritz, « Creating an Agenda for Peace in Burundi», USIP, Washington, Sept. 1996, Opening Remarks.

1710 René Lemarchand, *supra* note 122 à la p. 174.

1712 Pacifique Manirakiza, *supra* note 1426.

&2. Le jugement des grands responsables uniquement par le TPIB

Les obstacles juridiques, pratiques et politiques en présence ne permettent pas de poursuivre les auteurs des atrocités de la nature de crimes de guerre et contre l'humanité commis au Burundi devant les tribunaux de ce pays dans un temps raisonnable. « Il se peut que de telles poursuites ne puissent réellement être tenues que dans l'ordre international. Et c'est tout probablement dans cet espace juridique, à tous égards, que l'on peut le mieux atteindre l'objectif de mettre fin à l'impunité »[1713]. En conséquence, nous suggérons de mettre sur pieds immétiatemment le TPIB et le CNVPR pour qu'ils entreprennent ensemble le travail de documenter cette criminalité et d'en juger les grands responsables.

D'un point de vue forme, le TPIB que nous proposons de mettre sur pieds au Burundi ressemble au TPIY ou TPIR et ne va donc pas être, comme le suggère l'ONU, une simple chambre spécialisée au sein du système juridique burundais. Nous avons déjà signalé que cette dernière, de droit purement burundais, serait confrontée aux obstacles identifiés dans le système juridique burundais. Or, il faut un tribunal capable de garantir aux accusés un procès équitable, qui soit indépendant, impartial et surtout disposant de l'expertise requise pour traiter ce type de crimes. N'étant pas soumis au contrôle de la Cour constitutionnelle burundaise, ce TPIB appliquerait principalement le droit international coutumier et ainsi invaliderait aisément les obstacles formels que nous avons identifiés dans la législation burundaise.

En ce qui concerne le siège du TPIB, une composition mixte (juges nationaux et internationaux), qui devra également se refléter au niveau des procureurs, répondrait mieux à l'impératif de spécialisation, d'efficacité et d'indépendance.

Malheureusement, dans ses négociations avec l'ONU, le gouvernement burundais refuse complètement d'accepter l'indépendance du procureur spécial chargé d'instruire les dossiers

---

[1713] Hélène Dumont, « Le système de justice des pays de l'Ex-Yougoslavie et les défis de l'administration de la justice pénale internationale », dans Hélène Dumont et Anne-Marie Boisvert, *supra* note 81 à la p. 311.

devant le TPIB[1714]. Or, sans cette indépendance, le Burundi risque de ne pas garantir les intérêts des personnes qui seront poursuivies ou d'être ainsi perçu.

Advenant la résolution de cette question et l'élimination de la CEJI dans le processus, le droit international ne serait pas violé, compte tenu des circonstances en présence, si le Burundi limite la répression aux plus grands responsables de ces crimes et amnistie les « moins responsables » en échange d'aveux complets de leurs exactions devant une CNVPR indépendante.

La question du traitement des crimes de guerre et contre l'humanité commis au Burundi ne sera pas cependant résolue si la CNVPR et le TPIB ne reçoivent pas une **aide substantielle de la communauté internationale**. Dans le budget du Burundi, on ne voit pas de crédit réservé pour assurer adéquatement ce traitement. Il est donc sous-entendu que l'assistance financière internationale comblera ce vide.

Sans appui financier de la communauté internationale, il ne pourra pas y avoir d'experts étrangers qui portent assistance aux Burundais pour juger le plus rapidement possible les personnes qui portent la plus grande responsabilité dans les crimes de guerre et contre l'humanité commis au Burundi. Ce contentieux va alors s'enliser, prenant le rythme de l'agenda politique du gouvernement en place, avec le risque que les procès peuvent ne pas être « un acte de cohésion sociale de groupe, où la société entière se trouve réunie, voire en communion, dans le jugement et le rejet de l'accusé »[1715]. Nous risquons d'assister aux « liberal show trials »[1716] qui n'ont rien à faire avec le rétablissement de la vérité, mais dont le but est d'exonérer les coupables, voire de les rendre héros en brandissant les extrémismes Hutu et Tutsi et la défense de leurs ténors. En n'ouvrant pas les yeux des Burundais sur de nouveaux horizons pour provoquer l'émergence d'un État de droit et le rejet catégorique du crime comme méthode de conquête du pouvoir, ces procès seront alors un échec lamentable au détriment des générations tant présentes que futures.

1714 Eugène Nindorera, *supra* note 1449.

1715 Émile Durkheim, *supra* note 654 à la p. 48.

1716 Mark Osiel, *supra* note 1705 à la p. 26 les traduit comme étant des « procès spectacles démocratiques ».

Mais si la communauté internationale consent à soutenir financièrement et en terme de sécurité la CNVPR et le TPIB, alors les grands responsables des crimes de guerre et contre l'humanité commis au Burundi entre 1972 et 2006 seront jugés et, le cas échéant, punis, conformément au droit international. De toute façon, le système de couplage d'une CVR et un tribunal pénal à caractère international n'est pas nouveau. Il fonctionne bien en Sierra Leone[1717]. Le Burundi peut s'en inspirer et mettre rapidement en branle un système qui équilibrera bien les libertés individuelles et les intérêts de la société.

Cela étant, le moment est venu de tirer des leçons de cette expérience aux multiples hésitations et de nous assurer que notre hypothèse de travail est confirmée ou infirmée.

Section 2. Les leçons de l'expérience burundaise

Ce que l'on peut tirer de l'expérience burundaise, dont le modèle de justice transitionnelle risque d'être mis en échec si la communauté internationale ne s'y investit pas, c'est d'abord quelques principes de base qui pourraient s'appliquer universellement (& 1). Ensuite, ce sont les principes applicables aux situations similaires à celle du Burundi (& 2).

&1. Les principes de base

Au niveau des principes universels, les leçons majeures qui peuvent être tirées de l'expérience burundaise ainsi que les recommandations qui s'en dégagent, se structurent autour de trois grands axes. Le premier concerne l'état du système judiciaire national comme discriminant ou source d'empêchements procéduraux. Le second touche à l'importance de la politique criminelle étatique dans le succès de la répression des crimes de guerre et contre l'humanité. Finalement, il y a lieu de revenir sur le financement national de cette répression.

1^0. Premièrement, l'échec de nombreuses enquêtes et poursuites concernant les crimes internationaux les plus graves commis dans plusieurs États, à l'instar du Burundi, résulte

---

[1717] Michael Adenuga, « Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone et ses effets sur l'accord d'amnistie de Lomé », (2008) 53 Revue Mouvements des idées et des luttes 125.

du fait que ces États n'ont pas encore transposé adéquatement leurs obligations internationales dans leurs systèmes juridiques nationaux.

La répression étatique des crimes de guerre et contre l'humanité doit normalement satisfaire les exigences sévères d'un procès équitable. Ce standard international doit trouver dans le système juridique national les clefs de son émancipation. Nous avons appris malheureusement, à travers moult exemples, que ces clefs font défaut et la répression interne échoue ou s'avère extrêmement onéreuse lorsqu'il n'y a pas encore d'incrimination au niveau national des crimes de guerre et contre l'humanité ou lorsque celle-ci ne s'est pas accompagnée d'une purge totale du droit répressif de toutes les lacunes susceptibles d'entraver la mise en œuvre des principes internationaux de lutte contre l'impunité. Ces lacunes produisent plusieurs exceptions juridictionnelles, préliminaires au débat de fond, qui conduisent souvent à l'impunité.

Cette leçon nous conduit à recommander que la communauté internationale soutienne davantage la transposition en droit interne des notions de crime contre l'humanité et de crime de guerre ainsi que les principes qui sous-tendent leur répression étatique. Il faut comprendre que bien transposer en droit national les obligations découlant du droit international suppose, non seulement adopter les définitions les plus larges possibles des crimes de guerre et contre l'humanité et étendre la compétence des tribunaux répressifs nationaux à ceux commis à l'étranger si leurs auteurs sont trouvés sur le territoire national. Il suppose également d'éliminer dans la législation nationale leur éventuelle prescription et leur amnistiabilité. C'est finalement prévoir que le fait de poursuivre pour une infraction ordinaire l'auteur d'un génocide ou autre crime contre l'humanité, ne le protège pas contre une action nouvelle sous le chef véritable de droit international sans qu'il puisse invoquer l'autorité de la chose jugée.

2^0. L'échec d'autres enquêtes et poursuites intentées au niveau des États résulte des immunités des dirigeants étrangers qui ont imposé leur impunité à l'humanité à cause de leur statut officiel. La justice ne peut pas les atteindre chez eux à cause des blocages constitutionnels. Elle ne peut pas, non plus, les atteindre lorsqu'ils voyagent à l'étranger à cause de la protection procédurale des immunités de droit international coutumier et/ou conventionnel.

La communauté internationale doit se donner les moyens d'écarter du pouvoir les criminels de guerre et contre l'humanité qui contrôlent les rouages de certains gouvernements, de les arrêter et les juger au lieu de flirter avec eux. Pour ce motif, nous recommandons que les États négocient une clause internationale refusant la protection procédurale des immunités aux personnes, qui normalement en jouissent selon le droit international, lorsqu'elles viennent d'être soupçonnées de crimes de guerre ou contre l'humanité. En créant cette exception, la communauté internationale anéantira le message négatif envoyé aux dirigeants que l'on va les juger et les punir en les envoyant en prison seulement à la fin de leur mandat ou lorsque le Conseil de sécurité de l'ONU va l'estimer approprié[1718].

3^{0}. Dans le processus décisionnel du ministère public, la discrétion qui entoure le choix des crimes ou des criminels à porter au prétoire n'est pas balisée de façon à ce que le public puisse prévoir avec exactitude que l'intérêt de la justice internationale sera privilégié.

Nous recommandons de rendre uniformes et publics les critères qui gouvernent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire de poursuivre et surtout d'éliminer tout ce qui n'est pas justifié par l'intérêt de la justice pénale internationale. Plus particulièrement, l'expulsion du territoire national d'un criminel de guerre ou contre l'humanité devrait s'accompagner de mesures de contrôle pour que l'expulsé réponde de ces forfaits.

4^{0}. Le plus grand obstacle à la répression des crimes de guerre et contre l'humanité est le manque de volonté politique des États. Sans la pression de la communauté internationale, certains gouvernements, « barricadés derrière la souveraineté nationale, contrôlent l'application du droit dans le sens de leurs intérêts et non de ceux des victimes, qui sont cependant les destinataires réels de la norme »[1719]. Certains de ces gouvernements sont à la solde d'un leadership militaire et politique qui s'est rendu coupable de crimes internationaux les plus

---

1718 Brigite Stern, *supra* note 427.

1719 Monique Chemillier-Gendreau, « ONU contre ONU d'Olivier Russbach », Le Monde diplomatique, 14 Janvier 1995, à la p. 9.

graves. D'autres privilégient certains intérêts propres qui n'ont aucun lien avec l'intérêt de la justice internationale.

Nous avons souligné, par exemple, que l'expérience du Burundi s'inscrit dans l'affirmation claire et sans ambigüité de la responsabilité individuelle des auteurs des crimes de guerre et contre l'humanité et le rejet, non équivoque, de tendances passées qui accréditaient une sorte de responsabilité collective sur base ethnique ou de globalisation des responsabilités criminelles sur la base politique ou régionale. Cette avancée spectaculaire ne se traduit pas cependant en poursuites effectives parce que les leaders burundais ne le veulent pas. Ils allèguent continuellement que le climat politique n'est pas favorable au lancement de poursuites. Toutefois, le fondement véritable de cette fuite en avant réside dans le fait que ces poursuites peuvent mettre en péril la carrière de certaines personnalités[1720].

La leçon fondamentale qu'il faut retirer de cette situation est que la communauté internationale doit chercher les moyens additionnels pour limiter la discrétion des États dans le choix des crimes ou des criminels à réprimer. C'est ici d'ailleurs que le rôle de la CPI devient capital pour les crimes commis depuis son entrée en fonction.

5^0. Le traitement de génocide, crime de guerre ou autre crime contre l'humanité commis dans le contexte d'un crime de masse avec **plusieurs milliers de suspects** impliqués à des degrés divers, exige un consensus social et des compromis politiques qui n'excluent pas *a priori* le recours à une amnistie conditionnelle au profit de la masse des exécutants.

Depuis la réussite de la justice réparatrice en Afrique du Sud, celle-ci contribue à traiter ce genre de crimes. Elle doit être adaptée cependant à chaque cas d'espèce. C'est-à-dire que c'est le contexte politique et matériel particulier de chaque cas qui doit inspirer les mécanismes à mettre en place. La communauté concernée, selon ses attentes sociales, doit se choisir un mécanisme approprié, sans bien sûr s'éloigner des universaux de la justice[1721]. Concrètement,

---

1720 Eugène Nindorera, *supra* note 1633.

1721 Derrida et Ricœur, *supra* note 672 à la p. 265.

elle doit accepter qu'une « blanket amnesty » ne soit plus acceptable comme moyen de traiter les crimes de guerre et contre l'humanité même lorsqu'ils ont été commis collectivement.

Au Burundi, nous avons vu que les gouvernements successifs ont décrété des lois d'amnistie au profit des auteurs des pires atrocités de 1972 et de 1988. Les Accords de paix d'Arusha ont abrogé ces lois en les remplaçant, pour être plus imaginatifs et conformes au droit international, par l'immunité provisoire dont on ignore le terme. Nous en concluons que des décideurs créatifs tenteront toujours de contourner les règles de droit international, sinon de les détourner à leur profit, notamment pendant les périodes de transition politique.

Pour pallier cette difficulté, nous recommandons de vulgariser le test de validité que proposent les Professeurs Naqvi et Dugard pour reconnaître, au niveau international, une amnistie accordée aux « moins responsables » des crimes de guerre ou contre l'humanité commis massivement. En l'utilisant, la communauté internationale peut contrôler davantage la gestion de ces crimes de masse dont les grands responsables doivent absolument être punis.

6^0. La politique criminelle étatique prend son importance également dans l'engagement du gouvernement à débloquer les moyens requis, en termes de personnel et d'argent, pour que les autorités judiciaires enquêtent et, le cas échéant, jugent les auteurs des crimes graves de droit international présents sur le territoire national. Toutefois, dans certaines circonstances, à l'instar de l'exemple burundais, l'État ne peut pas, seul, supporter le coût du contentieux en présence. Il doit alors compter sur la communauté internationale. C'est elle, en effet, qui lui a confié la poursuite d'une fin, en l'occurrence le châtiment des criminels de guerre et contre l'humanité, sans lui fournir les moyens de l'atteindre. Malheureusement, celle-ci ne dispose pas encore de fonds spécial à cet effet.

L'impossibilité des États, notamment les pays en voie de développement qui sortent des conflits ethniques et des guerres civiles violentes, de financer la répression des crimes de guerre et contre l'humanité incite à créer un fonds spécial destiné à suppléer cette difficulté. La CPI peut aider à organiser ce fonds et le gérer en même temps que le fonds d'assistance aux victimes, dans le cadre de sa politique de complémentarité avec les tribunaux nationaux.

En recommandant de créer un fonds international d'appui à la répression des crimes de guerre et contre l'humanité, nous voulons également souligner le fait que si l'inadéquation de la législation de procédure pénale nationale semble bien réelle, elle n'explique pas tout. Les vraies questions ne concernent pas seulement la technique juridique, mais également la politique criminelle que les États souhaitent et peuvent mener en matière de poursuite des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.

7^0. Finalement, dans presque tous les États, les victimes peuvent, en se constituant partie civile ou par une citation directe, déclencher une action en justice contre le vol d'une voiture. Elles ne peuvent pas le faire malheureusement pour un crime de guerre ou contre l'humanité.

Face à cette situation, qui ne bouscule pas suffisamment les États indifférents à la douleur des victimes, nous recommandons de donner la possibilité aux victimes et aux organisations non gouvernementales qui les aident d'avoir accès à un recours judiciaire. Cela n'enlève pas aux États le pouvoir de contrôler le bien fondé des dénonciations afin d'éliminer celles qui sont abusives.

Après les leçons et les recommandations d'ordre universel, formulons celles qui s'appliquent uniquement aux situations similaires à celles du Burundi.

&2. Les enseignements pour des situations similaires

La situation particulière du Burundi est caractérisée par quatre éléments principaux qu'on retrouve notamment dans certains pays d'Afrique ou d'Asie lorsqu'ils sortent des violences organisées par les régimes dictatoriaux ou les rebellions de libération nationale. Ces caractéristiques sont les suivantes:

1^0. En général, la guerre civile a opposé pendant plusieurs années un régime militaire autoritaire avec un ou plusieurs mouvements rebelles et les deux parties se sont rendues

coupables de violations graves de droits humains, incluant les crimes de guerre et contre l'humanité. Les victimes sont presque toutes des civils.

2^0. Faute de victoire militaire, les Accords de paix assurent une sorte de « power-sharing arrangements between political parties, politico-ethnic families and armed groups »[1722]. Ces Accords réservent quelques lignes à la justice transitionnelle en mettant tout le poids financier y relatif sur le dos de la communauté internationale. Malheureusement, celle-ci n'est pas particulièrement intéressée, d'un point de vue stratégique ou économique, par l'État concerné. Elle est intervenue tardivement dans le conflit juste pour faire cesser les hostilités sans prendre d'engagement pour appuyer et accompagner un processus de pacification durable ayant pour finalité ultime l'émergence de l'État de droit.

3^0. Les grands responsables des crimes de guerre et contre l'humanité ont été associés au processus de paix. Ils occupent des postes de responsabilité dans les institutions publiques mises en branle par le truchement des Accords de paix, en l'occurrence le parlement, le commandement militaire et ultimement le gouvernement.

4^0. Finalement, les tribunaux nationaux ne sont pas indépendants de l'exécutif. Dans leur contexte régional, ils ne sont pas soumis à un contrôle judiciaire ou une critique quasi judiciaire en cas de non-sanction de la violation des droits humains. Un tel rayonnement s'est produit en Europe avec la Cour européenne des droits de l'homme et en Amérique avec la Cour interaméricaine des droits de l'homme. On voit leurs fruits chaque jour davantage dans le respet des droits humains. En Afrique et en Asie, ce mécanisme et son effet de synergie font toujours défaut.

Un État qui remplit ces conditions, à l'instar du Burundi, du Sri-lanka, de l'Ouganda, de la RDC, du Tchad, de la Cote d'Ivoire et du Congo Brazzaville, ne peut pas réprimer efficacement les crimes de guerre et contre l'humanité commis sur son territoire sans l'assistance de la communauté internationale. Il lui est difficile de mettre sur pieds –seul- un calendrier et une

---

[1722] Andreas Mehler, « Peace and Power Sharing in Africa: A Not So Obvious Relationship », Oxford Journals, 27 mai 2009, à la p. 10.

succession de phases suffisamment prudente et sage pour ne pas retomber dans des violences plus fortes encore[1723]. Le gouvernement se contente de reporter le processus d'établissement des responsabilités pénales *sine die* parce que ses mécanismes institutionnels sont jugés gênants. Si des bailleurs de fonds étrangers ne pressent pas les belligérants pour écarter du pouvoir d'abord, et juger ensuite, les criminels de guerre et contre l'humanité, ceux-ci intimident les victimes chaque fois qu'elles font preuve de courage pour entreprendre des actions en justice. Malheureusement, maintenir les victimes dans un attentisme de négociations interminables, de l'impossible désarmement des bandes armées ou d'un budget difficile à trouver pour rendre justice, provoque leur révolte et politise un processus qui devait garder sa neutralité.

Lorsque les représentants des criminels contrôlent le processus parlementaire et l'action gouvernementale, profitant des survivances de la souveraineté, ils mettent en place une législation et un projet de société qui leur permettent de répondre aux crimes selon un agenda politique et non conformément aux obligations de droit international. C'est ainsi que le Burundi a mis en place une entreprise complexe de mise en échec ou d'affaiblissement de l'intervention judiciaire pour maintenir le contrôle du politique sur l'histoire des génocides et autres crimes contre l'humanité qui l'ont endeuillé depuis son indépendance. En fait, par ce contrôle, l'expérience burundaise nous invite à questionner davantage les rapports qui doivent s'établir entre le droit, la politique et la justice, « singulièrement lorsque ces notions sont convoquées dans la définition du dessein politique de la réconciliation »[1724].

1723 Observatoire de l'action gouvernementale, *supra* note 1456 à la p. 74.

1724 Expression de Hélène Dumas, « Les juridictions gacaca au Rwanda », (7 avril 2009) 53 Mouvements des idées et des luttes, à la p. 3.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le droit international accorde une place de premier choix aux États dans la répression des crimes de guerre et contre l'humanité. Depuis juillet 2002, la Cour pénale internationale, complémentaire des juridictions pénales nationales, peut intervenir dans un dossier uniquement si le cas n'a pas encore « fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites »[1725]. Il est alors important de s'assurer que les États sont en mesure de jouer ce rôle, non seulement de façon efficace, mais également efficiente parce qu'ils opèrent dans un univers aux ressources extrêmement limitées.

Dans cette étude, notre objectif était d'identifier et analyser les plus importants obstacles procéduraux qui soustraient à la justice étatique les personnes suspectées d'avoir commis ou ordonné de commettre des crimes de guerre ou contre l'humanité, incluant le génocide. Notre hypothèse de travail postule que des obstacles formels de droit interne, dont la conformité au droit international n'est pas certaine, forcent les autorités judiciaires nationales à ne pas entreprendre ou à abandonner, avant le débat de fond, les poursuites contre ces personnes.

D'un point de vue méthodologique, tel que nous l'avons annoncé dans notre introduction, nous avons privilégié la méthode inductive, analysant les pratiques étatiques par rapport à l'obligation internationale d'ordre conventionnel de « rechercher et poursuivre», sous le tripode de la compétence territoriale, personnelle et universelle, les auteurs de crimes de guerre et contre l'humanité qui se trouvent sur le territoire national.

Avant d'entreprendre notre étude, nous avons pris position par rapport aux trois modèles de procédure pénale, à savoir « le *crime control model*, le *due procès model* et le *victim satisfaction model* », que peut emprunter la répression nationale des crimes en question. Notre choix, qui reflète l'état actuel du droit international des droits de l'homme[1726], porte sur le « *due process model* ». Le jugement des criminels de guerre et contre l'humanité participe

---

1725 Statut de Rome, préambule, art. 1 et 17.

1726 Voir notamment Nina HB Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

indubitablement de la protection des droits humains. Il ne doit donc pas être injuste ou partial et encore moins être perçu comme tel. Cela nous a motivé à rejeter les extrêmes du *crime control model* et du *victim satisfaction model* observés dans certaines pratiques étatiques lorsque le conflit se solde par un vainqueur. Dans cette occurrence, généralement les gouvernements sombrent dans la vengeance que les vainqueurs organisent sous le couvert de la justice ou dans l'autoamnistie autoproclamée juste pour couvrir leurs propres atrocités.

Dans la première partie de cette étude, nous avons établi l'étendue des crimes de guerre et contre l'humanité en droit international et celle de l'obligation, qui incombe aux États, de les réprimer suivant un régime procédural particulier. Celui-ci exclut leur éventuelle prescription, l'autoamnistie, la prise en compte de la qualité officielle des accusés et l'abandon des poursuites pour des mobiles autres que l'intérêt de la justice internationale. Nous avons démontré que cette obligation conventionnelle est en voie de devenir coutumière.

Dans la seconde partie, nous avons abordé les empêchements procéduraux que rencontrent généralement les autorités judiciaires nationales lorsqu'elles doivent rechercher et juger les criminels de guerre et contre l'humanité. En effet, même si le législateur international a prévu des règles de fond bien complètes pour mettre fin à l'impunité de ces crimes, c'est la législation de procédure pénale nationale qui détermine les règles de fond applicables ainsi que l'organisation et la compétence des différentes juridictions appelées à trancher les procès répressifs[1727]. Échappant au contrôle international, du moins dans sa phase préliminaire au débat de fond, elle bloque facilement les poursuites contre les auteurs des crimes de guerre et contre l'humanité.

Le premier chapitre de cette partie identifie le défaut de pénalisation au niveau national des crimes de guerre et contre l'humanité, la non extension de la compétence extraterritoriale des tribunaux nationaux à ces crimes et les immunités de juridiction pénale dont jouissent les

---

[1727] Il existe deux grands modèles théoriques de procédure pénale, soit « accusatoire ou inquisitoire ». Contrairement à une idée répandue, les pays démocratiques empruntent aux deux systèmes. Cette mixité n'exlut par des dominantes: accusatoire dans les pays de common law et inquisitoire dans les pays de droit romano-germanique. Voir Jean-claude Soyer, *supra* note 525 à la p. 197;
Éric Mathias, *supra* note 355 à la p. 9.

dirigeants d'un État lorsqu'ils voyagent à l'étranger comme étant des exceptions d'incompétence juridictionnelle insurmontables.

En analysant ces obstacles, nous avons conclu que (1) vouloir poursuivre les auteurs des crimes de guerre et contre l'humanité avant que ces notions ne soient introduites en droit national de façon expresse tend à reverser dans le droit naturel et le droit divin sous prétexte de réprimer des « crimes en soi ». Cette approche, même si elle peut être théoriquement valide, conduit à un débat interlocutoire incertain et coûteux en termes de temps, d'argent et autres ressources. Il consiste à vérifier si la constitution nationale permet d'appliquer directement aux particuliers le droit pénal international coutumier sans violer le principe de la légalité des incriminations. Nous avons également démontré (2) qu'il est quasi impossible, voir extrêmement onéreux, d'exercer la compétence universelle avant que le parlement ne dote les tribunaux nationaux de la compétence extraterritoriale sur les crimes de guerre et contre l'humanité commis à l'étranger par des étrangers. Ce n'est malheureusement pas seulement la question de défaut de compétence extraterritoriale expresse qui pose problème. Une doctrine de plus en plus insistante critique le « caractère fort sélectif et quelque peu néocolonial de son usage » au point d'être qualifié de discriminatoire au regard de la pratique des États[1728]. Cette situation affaiblit l'importance de la justice internationale et « contribue à attiser la violence au lieu de la conjurer »[1729]. Si la discrimination se fait au niveau des criminels d'un pays donné, comme au Rwanda où les États poursuivent seulement les criminels d'ethnie Hutu et laissent courir ceux de l'ethnie Tutsi, à terme, elle fragmente la société victime au lieu de la réconcilier[1730]. Sur la question des

---

1728 Philippe Coppens, *supra* note 802 à la p. 405.

1729 Au terme de l'examen des quatre enquêtes en cours de la CPI, Ouganda, RDC, République centre africaine et Soudan, Benjamin Bibas et Emmanuel Chicon pointent une sorte de paradoxe. En l'absence de moyen de coercition, le Procureur se fait saisir par un État partie pour pouvoir compter sur sa coopération, sans laquelle, nulle enquête, nul usage de la force, nulle arrestation de suspect n'est possible. Mais, comme elle leur est complémentaire justement, les États – qui restent les principaux financeurs de la Cour via le budget qu'ils votent annuellement lors de l'Assemblée des États parties – ne font jusqu'à présent appel à la CPI que pour s'en servir comme complément à leurs instruments traditionnels de puissance. Le principe de complémentarité réduit le Procureur à voir ses enquêtes circonscrites par l'intérêt des États concernés. Par ailleurs, en janvier 2004, lorsque le Procureur de la CPI rend publique la saisine de la CPI par le gouvernement ougandais, au cours d'une conférence de presse qu'il tient à Londres aux côtés du président ougandais Yoweri Museveni, les ONG voient dans cet acte le signe inquiétant d'une CPI potentiellement instrumentalisée par un État.
Voir Benjamin Bibas et Emmanuel Chicon, « Puissances et impuissances de la CPI. Des ambiguïtés de la notion de complémentarité », (13 avril 2008) Mouvements des idées et des luttes.
En ligne : *http://www.mouvements.info/Puissances-et-impuissances-de-la.html* Dernière visite: le 14 juillet 2009.

immunités de juridiction pénale, (3) nous avons retenu que le droit international coutumier ne permet pas qu'un État juge, avant la levée régulière de ses immunités de fonction, un dirigeant étranger en exercice. Nous avons noté que la mise en cause d'un dirigeant à l'étranger n'enclenche pas nécessairement une action immédiate de la part de l'État de nationalité pour lever l'immunité ou pour enquêter et, le cas échéant, juger et punir le coupable. C'est cette inaction qui produit l'impunité.

Dans le second chapitre, nous avons identifié l'amnistie et la prescription comme étant deux mesures qui constituent également un empêchement procédural aux poursuites et jugement des criminels de guerre et contre l'humanité au niveau d'un État donné.

Dans notre analyse, nous avons établi que, (4) selon le droit international coutumier, les crimes de guerre et contre l'humanité sont imprescriptibles. L'humanité-victime ultime de ces atrocités- ne peut pas oublier. Par conséquent, l'absence de déclenchement de l'action publique pendant un certain temps ne devrait pas faire perdre aux faits constitutifs de génocide, crime de guerre ou autre crime contre l'humanité leur caractère criminel. Toutefois, si le législateur national n'a pas intégré en droit interne ce délai spécial, alors les autorités judicaires, qui n'ont pas le droit de juger de la sagesse des lois, vont considérer que le délai légal éteint l'action publique à échéance. (5) En ce qui concerne l'amnistie, nous avons trouvé que le second protocol additionnel aux *Conventions de Genève de 1949* sème le doute sur l'interdiction de cette mesure. Nous avons également retenu qu'elle est tolérée, uniquement pour les « moins responsables », lorsqu'un État fait face aux crimes de masse. Sur ce, les Professeurs Naqvi et Dugard nous indiquent les conditions à remplir pour s'assurer de sa validité internationale parce qu'une amnistie totale et inconditionnelle n'est pas acceptable en droit pénal international.

En plus de ces obstacles de droit, (6) nous avons identifié, dans notre troisième chapitre, des obstacles de fait qui empêchent de poursuivre un criminel de guerre ou contre l'humanité. Nous avons vu que l'évitement de coûts politique et économique fâcheux, l'application de mesures administratives alternatives aux poursuites ainsi que l'état de santé et l'âge avancé de l'inculpé constituent des empêchements procéduraux qui motivent le poursuivant à ne pas lancer

---

1730 Digneffe, *supra* note 953 de la p. 970 – 980.

des poursuites ou à les abandonner de façon discrétionnaire en invoquant l'intérêt de la justice. Dans l'ensemble, nous avons établi que cet intérêt est réductible à celui d'un gouvernement ou d'un État et ne s'étend pas à celui de la justice internationale.

Le troisième chapitre discute des fondements des obstacles formels à la répression nationale des crimes de guerre et contre l'humanité. Nous avons retenu que (7) les causes d'illégalité de la répression sont justifiées par la théorie de la séparation des pouvoirs et celle de l'application régulière de la loi. Elles ne peuvent être résolues que par une harmonisation totale du droit national avec le droit international. C'est le rôle du législateur et non des autorités judiciaires. Les obstacles pratiques proviennent de la politique criminelle de l'État et incombent donc à l'exécutif. Sur un plan global, nous avons conclu que ces obstacles opèrent des survivances de la souveraineté nationale et du manque de moyens de la part des États. Ils opèrent également de certaines latitudes du droit international, sinon son manque de moyens de coercition envers les États.

La troisième partie de notre étude traite du cas particulier du Burundi. En 1972, en 1988 et en 1993, ce pays a connu des crises violentes à caractère politique et surtout ethnique accompagnées des atrocités de la nature de crimes de guerre ou contre l'humanité, voire de génocide. Face à ces violences systématiques et systémiques, la réponse nationale et internationale a cependant été l'inaction; laquelle a, de l'avis des commentateurs, permis aux frustrations cumulatives des Burundais de s'extérioriser par la guerre civile de 1994 à 2006. Pour sortir de cette terrible guerre, où d'innombrables crimes graves ont été commis, une série d'Accords de paix ont été signés. Ces Accords de paix et leurs lois de mise en œuvre concoctent un projet de justice de transition pour traiter tous ces crimes du passé. Ils n'affirmet pas cependant qu'il y ait eu effectivement crimes de guerre et crime contre l'humanité au Burundi entre 1962 et 2006 puisqu'ils demandent qu'une enquête internationale soit faite pour l'établir. Là réside certainement le premier indicateur de l'hésitation burundaise.

Dans le premier chapitre concernant cette étude de cas, nous avons restitué les faits selon la documentation disponible et tenté de qualifier les massacres collectifs commis lors des événements tragiques de 1972, 1988 et 1993 dans la perspective de la compréhension juridique

actuelle des crimes de guerre et contre l'humanité. Nous avons confirmé que ces massacres constituent bel et bien des crimes de guerre et contre l'humanité, voire des génocides.

Dans le second chapitre, nous avons analysé la façon dont le Burundi conçoit de les traiter en présentant d'abord le cadre matériel mis en place pour assurer la répression de ces crimes. Dans l'ensemble, nous avons noté que ce cadre, constitué des Accords de paix et leurs lois de mise en œuvre, incorpore de façon parfaite la norme internationale en droit burundais. Toutefois, il laisse en suspens quelques éléments essentiels tels que la possibilité d'une amnistie totale décrétée par le Chef de l'État burundais. Sur le chapitre des privilèges de juridiction, la *Constitution du 18 mars 2005* annule le principe de défaut de qualité officielle pour les personnes accusées de crimes internationaux que consacre la *Loi n° 1/004 du 8 mai 2003*. Elle entrave alors l'arrestation des dirigeants actuels burundais qui auraient pris part aux crimes ici en cause en obligeant le poursuivant à obtenir d'abord la levée de leur immunité de fonction.

Le cadre institutionnel envisagé est une combinaison des juridictions répressives (nationale et internationale) et non juridictionnelle (une CNVPR) doublées d'une commission d'enquête internationale chargée d'établir « s'il y a eu ou pas » génocide, crime de guerre ou autre crime contre l'humanité au Burundi entre 1962 et 2003. Avant que cette dernière ne produise son rapport d'enquête, les juridictions répressives ne peuvent pas connaître des faits de génocide, crime de guerre ou autre crime contre l'humanité. À cet obstacle s'ajoute l'obligation, pour que les Hutu ne se sentent pas jugés par un système oppresseur, de réorganiser les tribunaux burundais pour qu'il reflète l'équilibre ethnique de la population burundaise. Avant cette réorganisation administrative, les tribunaux burundais ne peuvent pas, non plus, juger les criminels de guerre et contre l'humanité burundais.

Les discussions avec l'ONU sont bloquées et par conséquent, nous prévoyons que ces limites institutionnelles et matérielles ne peuvent pas être levées dans le court terme. Qui plus est, les consultations populaires ont débuté le 14 juillet 2009 pour déterminer les mécanismes de justice transitionnelle qui seraient appropriés au Burundi, rejetant ainsi ceux convenus dans les accords de paix d'Arusha. Tout cela nous a poussé à conclure que les tribunaux burundais ne peuvent pas juger, dans le court terme, les grands criminels de guerre et contre l'humanité. Nous

avons alors suggéré que le Burundi élimine l'intervention de la CEJI, dont les enquêtes semblent redondantes, dans le processus. Nous avons ensuite suggéré de confiner les tribunaux nationaux dans un rôle résiduel et de confier le jugement des grands criminels de guerre exclusivement à un TPIB. Cela permettrait de gagner du temps, de sauver de l'argent et surtout d'avoir des jugements qui reflètent l'état actuel du droit international. En appliquant prioritairement le droit international coutumier, tel qu'il transparaît dans le statut de Rome, le TPIB permet de vaincre rapidement les obstacles formels qui caractérisent le système juridique burundais. Cela n'empêche pas cependant que le législateur burundais doit revoir sa législation pour satisfaire toutes les exigences du droit international. Sur ce, nous avons indiqué les réajustements requis.

Finalement, partant des leçons de cette expérience, nous avons structuré les recommandations qui en découlent autour de trois axes, à savoir la législation de procédure pénale dont l'harmonisation avec les exigences du droit international incombe au législateur national; la politique criminel dont l'élaboration revient à l'exécutif et ultimement le financement national de cette politique qui incombe, non seulement aux États mais également à la communauté internationale.

À la fin de cette étude, nous pouvons affirmer, sans risque de nous tromper, que la répression étatique des crimes de guerre et contre l'humanité est devenue un véritable fouillis procédural où les réponses aux questions de compétence des tribunaux internes et de recevabilité de l'action publique dépendent de l'état du droit national. Si celui-ci n'est pas conforme au droit international, les suspects en profitent pour échapper au jugement. Quant aux réponses aux questions relatives à l'opportunité des poursuites, elles opèrent des intérêts du gouvernement en place, sinon de l'État. Toutes ces questions mettent en balance les intérêts opposés de l'accusé, des victimes, d'un État et de la communauté internationale. On ne peut les résoudre qu'en adoptant des règles de procédure pénale particulières aux crimes de guerre et contre l'humanité applicables de façon universelle. Ceci doit inclure absolument la phase préliminaire au débat de fond qui nous semble laissé à la libre appréciation des États.

BIBLIOGRAPHIE SPÉCIALISÉE

A. Monographies

Adekanye, J. Bayo. *Rwanda/Burundi: 'Uni-Ethnic' Dominance and the Cycle of Armed Ethnic Formations*, Oslo, International Peace Research Institute, 1995.

Ambos, Kai, Large, Judith et Marieke Wierda, dir., *Building a Future on Peace and Justice. Studies on Transitional Justice, Conflict Resolution and Development*, Heidelberg, Springer, 2008.

Amnesty International. *Universal Jurisdiction and Absence of Immunity for Crimes Against Humanity*, London, d'Amnesty International, 1999.

_____. *Burundi: sans une action immédiate, les massacres continueront*, Paris, d'Amnesty international, 1995.

Andreopoulos, J. George. *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*, Philadelphia, University of Pennnsylvania Press, 1994.

Arbour, Louise. *War Crimes and the Culture of Peace*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.

Arendt, Hannah. *Eichman à Jérusalem*, Paris, Gallimard, 1966.

Ascensio, Hervé, Emmanuel Décaux et Alain Pellet, dir., *Droit international pénal,* Paris, PUF, 2002.

Bass, Gary Jonathan. *Stay the Hand of Vengeance: the Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2000.

Bassiouni, M. Chérif. *International Extradition: United States Law and Practice*, New York, Oceana Publications, 2002.

_____. *La cour pénale internationale, les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

_____. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

_____. *Nuremberg: forty years after*, Washington DC, American Society of International Law, 1986.

_____. *International Criminal Law,* New York, Transnational Publishers, 1986.

Bassiouni, M. Chérif et Wise, M. Edward. *Aut Dedere Aut Judicare, the Duty to Extrade or Prosecute in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

Bazelaire, Jean-Paul et Cretin Thierry. *La justice pénal internationale – son évolution, son avenir, de Nuremberg à Arusha*, Paris, PUF, 2000.

Ben, Achour Rafaa et Slim, Laghmani, dir., *Justice et juridictions internationales*, Paris, Pédone, 2000.

Boas, Gideon et Schabas, A. William. *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

Boisson de Chazournes, Laurence, Abi-Saab, Georges et Gowlland-Debbas, Vera. *L'ordre juridique international: un système en quête d'équité et universalité*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

Bouquemont, Clémence. *La cour pénale internationale et les États-Unis*, Paris, Harmattan, 2003.

Bourdon, William et Duverger, Emmanuelle. *La cour pénal internationale: le Statut de Rome*, Paris, Seuil, 2000.

Braeckman, Colette. *Rwanda: Histoire d'un génocide*, Paris, Fayard, 1994.

_____. *Terreur africaine: Burundi, Rwanda, Zaire: les racines de la violence*, Paris, Fayard, 1996

Brohmer, Jurgen. *State Immunity and the Violation Of Human Rights*, The Hague and Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

Broomhall, Bruce. *International Justice and the International Criminal Court. Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Bloomfield, David, Barnes, Teresa et Huyse, Luc, dir., *Reconciliation after Violent Conflict. A Handbook*, Stockholm, IDEA, 2003.

Bula-Bula Sayeman. *Les immunités pénales et l'inviolabilité du ministre des Affaires étrangères en droit international*, Kinshasa, Presses de l'Université de Kinshasa, 2004.

Burgorgue-Larsen, Laurence, dir., *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

Buyoya, Pierre. *Mission Possible: Construire une paix durable au Burundi*, Paris, L'Harmattan, 1998.

Cassese, Antonio et Mireille Delmas-Marty. *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002.

Cassese, Antonio et Delmas-Marty, Mireille. *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002.

Cassese, Antonio, Paola Gaeta et Jones R.W.D. John. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

Chaumont, Jean Michel. *La concurrence des victims: génocide, identité, reconnaissance*, Paris, La Découverte, 1997.

Chiavario, Mario. *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris, Dalloz, 2003.

Chilstein, David. *Droit pénal international et lois de police: essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, Paris, Dalloz, 2003.

Chrétien, Jean Pierre. *Le défi de l'ethnisme, Rwanda et Burundi: 1990-1996*, Paris, Karthala, 1997.

Chrétien, Jean-Pierre. *Burundi, l'histoire retrouvée: 25 ans de métier d'historien en Afrique*, Paris, Karthala, 1993

Chrétien, Jean-Pierre et Dupaquier, Jean-François. *Burundi 1972. Au bord des génocides*, Paris, Karthala, 2007.

Chrétien, Jean-Pierre et Mukuri, Melchior. *Burundi. La fracture identitaire. Logiques de violences et certitudes ethniques*, Paris, Karthala, 2002.

David, Eric. *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

Deljas, Marty. *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, 1993.

De Wolf, René, De Wolf, Yves et Ntampaka Charles. *Le génocide et les crimes contre l'humanité en droit rwandais*, Bruxelles, ASSEPAC, 1997.

De Vabres, Donnedieu Henri. *Introduction à l'étude de droit pénal international: essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger*, Paris, Sirey, 1922.

Dinstein, Yoram. *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Dörmann, Knut. *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court - Sources and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Dupaquier, Jean François. *La justice internationale face au drame rwandais*, Paris, Karthala, 1996.

Gaboriau, Simone et Hélène Pauliat. *La justice pénale internationale*, Limoges, PULIM, 2001.

Gallois, Pierre Marie et Jacques Verges. *L'apartheid judiciaire, ou, le TPI, arme de guerre*, Lausanne, L'Age d'Homme, 2002.

Ginsburgs, George et Kudriavtsev, N. Vladimir. *The Nuremberg Trial and International Law*, Dordrecht; Boston, M. Nijhoff, 1990.

Goldman, Olivia Swaak et Kirk McDonald, Gabrielle. *Sunbstantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, La Haye, Kluwer, 2000.

Graven, Jean. *Le difficile progrès du règne de la justice et de la paix internationales par le droit: des origines a la société des nations*, Paris, Pédone, 1970.

Green, C. Leslie. *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2nd edition, Manchester, Juris Publishing, 2000.

Goy, Raymond. *La Cour internationale de justice et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant; Nemesis, 2002.

Guicahaou, André. *Les crises politiques au Burundi et au Rwanda (1993-94)*, Paris, Karthala, 1995.

Hakizimana, Déo. *Le temps Mandela au Burundi - Ce que j'ai compris : Récit de plus de trente ans d'engagement*, Genève, Editions Remesha, 2001.

Harroy, Jean-Paul. *Burundi. 1955-1962. Souvenirs d'un combattant d'une guerre perdue*, Bruxelles, Hayez, 1987.

Hausner, Gidéon. *Justice à Jérusalem, Eichman devant ses juges,* Paris, Flammarion, 1966.

Hazan, Pierre. *La justice face à la guerre. De Nuremberg à La Haye*, Paris, Stock, 2000.

Henzelin, Marc. *Le principe de l'universalité en droit pénal international – droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2000.

Henzelin, Marc et Roth, Robert. *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, L.G.D.J., 2002.

Herzog, Jacques Bernard, *Nuremberg: un échec fructueux?,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975.

Hilberg, Paul. *La politique de la mémoire*, Paris, Gallimard, 1996.

Human Rights Watch et Fédération internationale des ligues des droits de l'homme. *Aucun témoin ne doit survivre. Le génocide au Rwanda*, Paris, Karthala, 1999.

Huyse, Luc et Van Dael, Ellen. Justice après de graves violations des droits de l'homme. *Choix entre l'amnistie, la commission de vérité et les poursuites pénales*, Leaven, K.U.L, 2001.

Huyse, Luc et Salter, Marc. *Traditional Justice after Violent Conflict. Learning from African experiences*, Stockholm, IDEA, 2008.

Jensen, Roderick. *The International Criminal Court: Jurisdictional Limits to Effective Justice*, Thèse de doctorat, University of British Columbia, 2004.

Jurovics, Yann. *Réflexion sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris, LGDJ, 2002.

Kaburahe, Antoine. *Burundi. La mémoire blessée*, Bruxelles, La Longue Vue, 2005.

Kavakure, Laurent. *Le conflit Burundais. La tragédie de 1972*, Genève, Editions du Centre Ubuntu, Octobre 2002.

Kiraranganya, F. Boniface. *La vérité sur le Burundi*, Québec, Naaman, 1985.

Kittichaisaree, Kringsak. *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

Kolb, Robert. *Théorie du jus cogens international, essai de relecture du concept*, Paris, PUF, 2001.

Krueger, Robert et Krueger, Katlin Tobin. *From Blood shed to Hope in Burundi: Our Embassy Years during Genocide*, Austin, University of Texas Press, 2007.

La Rosa, Anne-Marie. *Juridictions pénales internationales: la procédure et la preuve*, Paris, PUF, 2003.

Lattanzi, Flavia et William A. Schabas, dir., *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Fagnano Alto, Il Sirente, 1999.

Lattimer, Mark et Philippe Sands. *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

Laughland, John. *Le tribunal pénal international: gardien du nouvel ordre mondial*, Paris, Guibert, 2003.

Lemarchand, René. *Burundi: Ethnic Conflict and Genocide*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

_____. *Burundi: Ethnocide as Discourse and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

Lescure, Karine et Florence Trintignac. *Une justice internationale pour l'ex-Yougoslavie : mode d'emploi du tribunal pénal international de La Haye*, Paris, L'Harmattan, 1994.

Macedo, Stephen. *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2003.

Maison, Rafaëlle. *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

Manirakiza, Marc. *La fin de la monarchie Burundaise (1962-1966)*, Bruxelles, Le Mât de Misaine, 1990.

_____. *Burundi: de la révolution au régionalisme. 1966-1976*, Bruxelles, Le Mat de Misaine, 1992.

_____. *Burundi: quand le passé ne passe pas (Buyoya I – Ndadaye) 1987 – 1993*, Rhode-St-Genèse, La Longue Vue, 2002.

Marrus, R. Michael. *The Nuremberg War Crimes Trial, 1945-46: a Documentary History*, Boston, Bedford Books, 1997.

Martens, Paul. *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes de génocide*, Bruxelles, De l'université de Bruxelles, 1974.

Mbonimpa, Melchior. *Hutu, Tutsi, twa: Pour une société sans castes au Burundi*, Paris, L'Harmattan, 1993.

McKay, Fiona. *Universal Jurisdiction in Europe: Criminal Prosecutions in Europe since 1990 for War Crimes, Crimes against Humanity, Torture and Genocide*, London, Redress, 1999.

Mettraux, Guenael. *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Meyrowitz, Henri. *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi no. 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, LGDJ, 1960.

Neave, Airey. *Nuremberg: a Personal Record of the Trial of the Major Nazi War Criminals in 1945-6*, London, Hodder and Stoughton, 1978.

Ndarishikanye, Barnabé et Dupaquier, Jean-François. *Burundi, le venin de la haine: étude sur les médias extrémistes*, Paris, Reporters sans frontières, 1995

Niyonzima, Herménégilde. *Burundi, Terre des héros non-chantés du crime et de l'impunité*, Vernier, Remesha, 2004.

Ntibantunganya, Sylvestre. *Une démocratie pour tous les Burundais*, Paris, L'Harmattan, 1999.

Nyankanzi, L. Edward. *Genocide: Rwanda and Burundi*, Rochester, Schenkman Books, 1998.

Ould, Abdallah Ahmedou. *Burundi on the Brink, 1993-95: a UN Special Envoy Reflects on Preventive Diplomacy*, Washington, United States Institute of Peace Press, 2000.

Politi, Mauro et Giuseppe, Nesi. *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Challenge to Impunity*, Aldershot et Burlington, Ashgate Publishing, 2001.

Poulain, Georges. *Chasse à l'homme au Burundi: journal d'un expatrié, octobre 1993*, Paris, L'Harmattan, 1998.

Ratner, R. Steven et Abrams, S. Jason. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

Reychler, Luc, Musabyimana, Tatien et Calmeyn, Stefaan. *Le défi de la paix au Burundi: théorie et pratique*, Paris, l'Harmattan, 2000.

Reydams, Luc. *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Reyntjens, Filip. *La guerre des Grands Lacs : Alliances mouvantes et conflits extraterritoriaux en Afrique Centrale*, Paris, L'Harmattan, 1999.

Reyntjens, Filip. *L'Afrique des Grands Lacs en crise. Rwanda, Burundi: 1988-1994*, Paris, Karthala, 1994.

Robertson, Geoffrey. *Crimes Against Humanity: the Struggle for Global Justice*, New York, The New Press, 2000.

Roy, S. Lee. *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, New York, Transnational Publishers, 2001.

Roulot, Jean François. *Le crime contre l'humanité*, Paris, L'harmattan, 2002.

Sadat, Leila Nadya. *The International Criminal Court and the transformation of international law: justice for the new millennium*, New York, Transnational Publishers, 2002.

Salmon, J. Jean. *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles, Bruylant, 1994.

Sands, Philippe. *From Nuremberg to the Hague, The Future of International Criminal Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Schabas, A. William. *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

_____. *Genocide in International Law - The Crimes of Crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

Simbeye, Yitiha. *Immunity and International Criminal Law*, Burlington, Ashgate, 2004.

Sindayigaya, Jean Marie. *La Saga d'Arusha*, Bruxelles, ARIB, 2002.

Stromseth, Jane. *Accountability for atrocities: national and international responses*, New York, Transnational Publishers, 2003.

Sunga, S. Lyal. *The Emerging System of International Criminal Law: Developments in Codification and Implementation*, The Hague, Kluwer Law International, 1997.

Taylor, Telfort. *Procureur à Nuremberg*, Paris, Seuil, 1995.

Ternon, Yves. *L'État criminel. Les Génocides au XXe siècle*, Paris, Seuil, 1995.

Thibon, Christian. *Histoire démographique du Burundi*, Paris, Karthala, 2004.

Trahan, Jennifer et Mall, Adela. *Genocide, War Crimes, and Crimes Against Humanity: Topical Digests of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, New York, Human Rights Watch, 2004.

Villes, Thomas Charles. *Due process and international law: and the applicability of international standards for national courts to the international criminal courts*, University of Cambridge, Faculty of Law, Ph.D. Dissertation, 2000.

Vité, Sylvain. *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en œuvre du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

Wieviorka, Annette. *Le procès de Nuremberg*, Rennes, Ouest-France, 1995.

_____. *Déportation et Génocide*, Paris, Plon, 1992.

Woodhouse, Diana. *The Pinochet Case: A Legal and Constitutional Analysis*, Oxford et Portland, Hart Pub., 2000.

Wyler, Eric et Papaux, Alain. *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Paris, Pédone, 1999.

B. Articles

Abi-Saab, Georges. « The Proper Role of Universal Jurisdiction », (2003) 1:3 *JICJ* 596.

Abbou, Abbas. « Du passif humanitaire de l'État mauritanien à l'affaire Ould Dah: Quelques réflexions à la lumière du droit international pénal », (2001) 10 *L'Observateur des Nations-Unies* 1.

Ackehurst, Michael. « Custom as a Source of International Law », (1974) *Brit. Y.B. Int'L.L.* 1.

Akande, Dapo. « The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits », (2003) 1:3 *JICJ* 618.

Akhavan, Payam. « The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment », (1996) 90 *A.J.I.L.* 504.

Ambos, Kaï. « Les fondements juridiques de la cour pénale internationale », (1999) 40 *Rev. Trim. Dr. h.* 739.

Andries, André, David, Eric, Van den Wyngaert, Christine et Verhaegen, Joe. « Commentaire de la Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire », (1994) 11: 74 *RDPCr* 114.

Arbour, Louise. « The International Tribunals For Serious Violations of International Humaniterian Law in the Former Yugoslavia and Rwanda », (2000) 46:1 *McGill Law Journal* 195.

_____. « Will the ICC Have an Impact on Universal Jurisdiction? », (2003) 1:3 *JICJ* 585.

Bassiouni, M. Chérif. « International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes », (1996) 59 : 4 *Law and Contemporary Problems* 63.

_____. « Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice, (2001) 42 *Virginia Journal of International Law* 92.

Bianchi, Andrea. « Denying State Immunity to Violators of Human Rights », (1994) 46 *Austrian Journal of Public and International Law* 195.

_____. « Immunity Versus Human Rights: the Pinochet Case », (1999) 10:2 *EJIL* 237.

_____. « Individual Accountability for Crimes Against Humanity. Reckoning with the Pat, Thinking of the Future », (1999) 19 *SAIS Review* 97.

Bing Bing, Jia. « The Doctrine of Command Responsibility: Current Problems », (2000) 3 *YIHL* 131.

Boyle, David. « Quelle justice pour les Kmers rouges? » (1999) 40 *Rev. Trim. Dr. h.* 806.

Brown, Enache-Colleen et Ari, Fried. « Universal Crime, Jurisdiction and Duty: the Obligation of Aut Judiciare in International Law », (1998) 43 :3 *R.D. McGill* 613.

Broomhall, Bruce. « Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes under International Law », (2001) 35:2 *New England Law Review* 399.

Butler, A. Hays. « A Selective and Annotated Bibliography of the International Criminal Court », (1999) 10:1 *Criminal Law Forum* 121.

Cassese, Antonio. « When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes?: Some Comments on the Congo v. Belgium Case », (2002) 13:4 *EJIL* 853.

_____. « Is the Bell Tolling for Universality?: a Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction », (2003) 1:3 *JICJ* 589.

Charney, I. Jonathan. « Progress in International Criminal Law? », (1999) 93:2 *A.J.I.L.* 453.

Cosnard, Michel. « Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », (1999) 3 *RGDIP* 309.

D'Argent, Pierre. « Réconciliation, impunité, amnistie: quel droit pour quels mots? » (2003) 117: 11 *La revue nouvelle* 30.

D'Argent, Pierre. « Monsieur Sharon et ses juges belges », (2003) *Journal des Tribunaux* 247.

De La Cuesta, José Luis. « Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe 'ne bis in idem' -- Rapport général », (2002) 73 :3-4 *RIDP* 673.

De Sena, Pasquale, De Vittor, Francesca. « State Immunity and Human Rights: the Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case », (2005) 16:1 *EJIL* 89.

De Vabres, Henri D. « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », (1947) 1: 70 *RCADI* 574.

Dominicie, Christian. « Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale des anciens chefs d'État », (1996) 2 *RGDI* 297.

Dupuy, Pierre Marie. « Crimes et immunités ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes », (1999) 103 : 2 *RGDIP* 10.

Dumont, Hélène. « Quand l'international fait une alliance avec le pénal, assiste-t-on à la naissance d'un droit pénal international génétiquement modifié? », (2003) 33 : 1 *RGD* 133.

Elagab, Omer Yousif. « The Special Court for Sierra Leone: Some Constraints », (2004) 8 : 3 *International Journal of Human Rights* 249.

Falk, Richard. « Telford Taylor and the Legacy of Nuremberg », (1999) 37: 3 *Columbia Journal of Transnational Law* 693.

Fein, Helen. « Genocide: A Sociological Perspective », (1990) 38:1 *Current Sociology* 1.

_____. « Discriminating Genocide from War Crimes: Vietnam and Afghanistan Reexamined», (1993) 22:1 *Denver Journal of International Environmental Law and Policy* 29.

_____ «Accounting for Genocide after 1945: Theories and Some Findings», (1993) 1:1 *International Journal on Group Rights* 79.

Fenet, Alain. « La responsabilité pénale internationale du chef d'État », (2002) 32:3 *RGD* 587.

Fletcher, P. George. « Against Universal Jurisdiction », (2003) 1: 3 *JICJ* 580.

Faravel-Garrigues, Gilles. « Priorités et limites de la politique pénitentiaire en Russie » (2002) 16 *Critique internationale* 121.

Frease, Stefanie. « Playing Hide and Seek with International Justice: What Went Wrong in Indonesia and East Timor », (2004) 10:2 ILSA *Journal of International and Comparative Law* 283.

Gaeta, Paola. « Ratione Materiae Immunities of Former Heads of State and International Crimes: the Hissène Habré Case », (2003) 1:1 *JICJ* 186.

Greppi, Edoardo. « The evolution of individual criminal responsibility under international law », (1999) 835 *RICR* 531.

Grondin, Rachel. « L'élément psychologique des crimes internationaux les plus graves », (2003) 33 : 3 *RGD* 439.

Hanrubia, V. Abellan. « La responsabilité internationale de l'individu », (1999) *RCADI* 280.

Hewett, Yamane. « Sudan's Courts and Complementarity in the Face of Darfur», (2006) 31 *Yale Journal of International Law* 276.

Jacquart, Michèle. « La notion de crime contre l'humanité en droit international contemporain et en droit canadien », (1990) 21 : 4 *RGD* 607.

Jescheck, Hans-Heinrich. « The general principles of international criminal law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC statute », (2004) 2:1 *JICJ* 38.

Jochnick, Chris. « Confronting the impunity of non-state actors: new fields for the promotion of human rights », (1999) 21 :1 *Human Rights Quarterly* 56.

Joyner, Christopher. « Arresting impunity: the case for universal jurisdiction in bringing war criminals to accountability ». (1996) 59: 4 *Law and Contemporary Problems* 153.

Kamminga, T. Menno. « Lessons Learned From the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences », (2001) 23:4 *Human Rights Quarterly* 940.

Kirsh, Phillipe. « The International Criminal Court », (2000) 46:1 *McGill Law Journal* 255.

Kleffner, K. Jann. « The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law » (2003) 1 :1 *JICJ* 86.

Laquièze, Alain. « Le débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité », (2000) 31 *Droits* 19.

Laucci, Cyril. « La responsabilité pénale des détenteurs de l'autorité, étude de la jurisprudence récente des tribunaux pénaux internationaux », (1999) 6 *L'Observateur des Nations Unies* 156.

Legros, Robert. « Droit pénal international », (1968) 48 *RDPCr* 259.

Maison, Rafaëlle. « Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes », (1995) 5 *EJIL* 260.

Marchand, Michel. « La défense des 'présumés génocidaires': le difficile équilibre entre le droit international humanitaire et le respect des droits de la personne », (2001) 6 *Canadian Criminal Law Review* 19.

Mahmoud, Mohamed Salah. « Les leçons de l'affaire Pinochet », (1999) 4 *JDI* 1035.

Manirakiza, Zénon. « Modes traditionnels de règlement des conflits: l'institution d'Ubushingantahe », (2002) 1-2 *Revue Au coeur de l'Afrique* 39.

Mperabanyanka, Salvator. « Des conditions de détention dans les établissements pénitentiaires burundais », (Déc 2006 – Janv. 2007) *Nouvelle Revue de Droit du Burundi* 70.

Moreno Ocampo, Luis. « Transitional justice in ongoing conflicts», (2007) 1: 1 *International Journal of Transitional Justice* 8.

Naqvi, Yasmine. « Amnesty for war crimes: defining the limits of international recognition», (2003) 851 *RICR* 583.

Ndarishikanye, Barnabé. « Les rapports Etat-paysannerie au centre du conflit ethnique au Burundi », (1998) 38: 150 – 152 *Cahiers d'études africaines* 347.

Ndikumana, Léonce. « Institutional Failure and Ethnic Conflicts in Burundi », (1998) 41: 1 *African Studies Review* 29.

Ndikumana, Léonce. « Towards a Solution to Violence in Burundi: a Case for Political and Economic Liberalisation », (2000) 38: 3 *Journal of Modern African Studies* 431.

Néel, Lison. « La judiciarisation internationale des criminels de guerre: la solution aux violations graves du droit international humanitaire? » (2000) 33: 2 *Criminologie* 151.

Nollkaemper, André. « Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law », (2003) 52: 3 *International and Comparative Law Quarterly* 615.

O'Keefe, Roger. « Universal jurisdiction: Clarifying the Basic Concept », (2004) 2:3 *JICJ* 735.

Packer, Herbert L. « Two Models of the Criminal Process », (1964) 113 *U. PA. L. Rev.* 1.

Paradelle, Muriel et Dumont, Hélène. « L'emprunt à la culture, un atout dans le jugement du crime de génocide?: étude de cas à partir des juridictions traditionnelles gacaca saisies du génocide des Tutsis du Rwanda », (2006) 39: 2 *Criminologie* 97.

Poirat, Florence. « Jurisprudence française en matière de droit international public. Immunité de juridiction pénale du chef d'État étranger en exercice et règle coutumière devant le juge judiciaire », (2001) *RGDIP* 473.

Randall, Kenneth. « Universal Jurisdiction Under International Law », (1988) 66 *Texas Law Review* 810.

Reyntjens, Filip. « Constitution-making in Situations of Extreme Crisis: the Case of Rwanda and Burundi », (1996) 40: 2 *Journal of African Law* 234.

Roach, Kent W. « Four Models of the Criminal Process », (1999) 89: 2 *Journal of Criminal Law and Criminology* 671.

Roht-Arriaza, Naomi et Gibson, Lauren. « The Developing Jurisprudence on Amnesty », (1998) 20: 4 Human Rights Quarterly 843.

Sadat, Leila Nadya. « Redefining Universal Jurisdiction », (2001) 35 : 2 *New England Law Review* 241.

Sassoli, Marco. « Le genocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international », (2002) 12 *Revue suisse de droit international et de droit européen* 151.

Schaack, Beth van. « The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence », (1999) 37: 3 *Columbia Journal of Transnational Law* 787.

Roht-Arriaza, Naomi. « State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law », (1990) 78 *Cal. L. R.* 451.

_____. « The Pinochet Precedent and Universal Jurisdiction », (2001) 35: 2 *New England Law Review* 311.

Toope, Stephen, « Does International Law Impose a Duty Upon the United Nations to Prevent Genocide? » (2000) 46:1 *Revue de droit de McGill* 187.

Schabas, A. William. « Mens Rea and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », (2003) 37: 4 *New England Law Review* 1015.

_____. « Problems of International Codification: Were the Atrocities in Cambodia and Kosovo Genocide? », (2001) 35:2 *New England Law Review* 287.

Scharf, P. Michael. « Swapping Amnesty for Peace: Was There a Duty to Prosecute International Crimes in Haiti»? (1996) 1 *Texas Int'l.L.J* 28.

_____. « The Legacy of the Milosevic Trial », (2003) 37: 4 *New England Law Review* 915.

_____. « From the eXile Files: An Essay on Trading Justice for Peace», (2006) 63 *Washington and Lee Law Review* 339.

Smidt, L. Michael. « Yamashita, Medina And Beyond: Command Responsibility in Contemporary Military Operations », (2000) 164 *Military Law Review* 155.

Stern, Brigitte. « La compétence universelle en France: le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda », (1997) 40 *German Yearbook of International Law* 280.

_____. « Les dits et les non-dits de la Cour internationale de justice dans l'affaire RDC contre Belgique », (2002) 4 *International Law FORUM du droit international* 104.

Strapatsas, Nicolaos. « Universal Jurisdiction and the International Criminal Court », (2002) 29:1 *Revue de droit manitobain* 1.

Tulkens, Françoise et Van De Kerchove, Michel. « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée? » (1996) 5 *RDPCr* 445.

Uvin, Peter. « Ethnicity and Power in Burundi and Rwanda: Different Paths to Mass Violence », (1999) 31: 3 *Comparative Politics* 253.

Vandermeersch, Damien. « Les poursuites et le jugement des infractions de droit international humanitaire en droit belge », (2001) 6 *RDPCr* 121.

_____. «The ICC Statute and Belgian Law», (2004) 2 :1 *JICJ* 133.

Van Der Voort et Karlijn, Zwanenburg, Marten. « From `raison d'État' to `état de droit international': Amnesties and the French Implementation of the Rome Statute » (2001) 1 :3 *International Criminal Law Review* 315.

Verhoeven, Joe. « Quelques réflexions sur l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 » (2002) *RBDI* 530.

_____. « Vers un ordre répressif universel? Quelques observations », (1999) *Ann. Afr. De dr. Int.* 55.

Vetter, R. Greg. « Command Responsibility of Non Military Superiors in The International Criminal Court », (2000) 25:1 *Yale Journal Of International Law* 89.

Villalpando, Santiago. « L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision des Lords du 24 mars 1999 », (2000) 2 *RGDIP* 394.

Walleyn, Luc. « Victimes et témoins de crimes internationaux: du droit à une protection au droit à la parole », (2002) 845 *RICR* 51.

Watts, Arthur. « The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers », (1994) 3 *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 80.

Wedgwood, Ruth. « Augusto Pinochet and International Law », (2000) 46:1 *R.D. McGilll* 241.

Wirth, Steffen. « Immunity for Core Crimes?: The ICJ's Judgment in the Congo v. Belgium Case », (2002) 13:4 *EJIL* 877.

Yeo, Colin. « Agents of the State: When is an Official of the State an Agent of the State?» (2002) 14: 4 *International Journal of Refugee Law* 509.

Zakane, Vincent. « La compétence universelle des États dans le droit international contemporain », (2000) 8 *Ann. Afr. De dr. Int.* 183.

C. Jurisprudence

Internationale

Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (RDC c. Belgique), (2002) CIJ Rec. 3.

Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro)), (2007) CIJ Rec. 154.

Affaires du plateau continental de la mer du Nord, (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et Pays-Bas), (1969) CIJ Rec. 3.

Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), (1986) CIJ Rec. 14.

Affaire du Lotus, (France c. Turquie), (1927) CPJI Rec., série A, no 10, à la p. 4.

Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile (Colombie c. Pérou), (1950) CIJ Rec. 266.

Affaire du Droit de passage en territoire indien (Portugal c. Inde), (1960) CIJ Rec.40.

Avis consultatif relatif aux Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, [1971] C.I.J. Rec. 4.

Avis consultatif du 28 mai 1951 concernant les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (1951) CIJ Rec.23.

Case of Godínez-Cruz v. Honduras, Cour interaméricaine des droits de l'Homme, Jugement du 20 janvier 1989, Series C, No. 5.

Le Procureur c. Dusko Tadic, alias 'Dule', affaire no IT-94-1-T, TPIY, Chambre de 1ère instance, Jugement, 7 mai 1997.

The Prosecutor v. Sam Hinga Norman, Special Court for Sierra Leone, Appeals Chamber, decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment) », (2004) 43: 5 International Legal Materials 1129.

McElhinney v. Ireland and UK, Cour européenne des droits de l'homme, affaire no 31253/96, 9 février 2000.

Nationale

Affaire Kadhafi, Cour de cassation française, Cass. Fr., 13 mars 2001, (2001) RGDIP 474.

Attorney General of The Government of Israël v. Adolf Eichmann, (case no 336/61), Cour suprême de l'État d'Israël, (1962) 36 International Law Reports 312.

Azanian Peoples Organisation (AZAPO) and others v President of the Republic of South Africa and others, South African Constitutional Court, Judgment, 25 July 1996, (1996) 4 The South African Law Reports 671 (Afrique du Sud).

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky, (C.A.) [2003] 2 C.F. 657 et 2003 CF 1080.

Fédération nationale des déportés et mutilés résistants et patriotes et autres c. Klaus Barbie, Cass. Fr. Crim., 26 janvier 1984, (1984) JDI 307 (France).

In re Javor, Cass. Crim., 26 mars 1996, (1996) 93 A.J.I.L. 525 (France).

Ordonnance N° 216/98 du 6 novembre 1998 à l'encontre d'Augusto Pinochet Ugarte, Juge d'instruction à Bruxelles, (1999) 2 Rev. Dr. Pén. et Cr. 278 (Belgique).

Le Procureur du Roi c. Ariel Sharon, Cour de cassation belge, 12 février 2003, 42 ILM 596.

Miguel Angel Sandoval case, Rol No. 517–2004, Supreme Court of Chile, (2004) ILDC 394.

Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2005] 2 RCS 91.
United States of America v. Shulman, [2001] 1 S.C.R. 616.

Nulyarima c. Thompson, Fed Crt. of Australia, 1 Sept 1999, per Merkel J., 160 ILM 2000.

R. c. Finta, [1994] 1 RCS 701.

R. c. G. (B.), [1999] 2 R.C.S. 475.

R. v. Tolson (1889), 23 Q.B.D. 168.

Ryan v. The Queen (1967), 40 A.L.J.R. 488.

R. v. Cottle, [1958] N.Z.L.R. 999.

R. v. Ngang, [1960] 3 S.A.L.R. 363.

R. v. keyowski, [1988] 1 S.C.R. 657.

H. M. Advocate v. Fraser (1878), 4 Couper 70.

R. c. Munyaneza, Crim. Div., 2009 QCCS 2201.

R (on the application of Alamieyeseigha) v. The Crown Prosecution Service, (2005) ILDC 93.

R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte, House of Lords, 25 novembre 1998, (1998) 4 ALL ER 945 (United Kingdom).

Souleymane Guengueng et autres c. Hissène Habré, Cour de Cassation sénégalaise, Chambre Criminelle, Arrêt no 14, 20 mars 2001 (Sénégal).

Vincent Bajinya, Charles Munyaneza, Emmanuel Nteziryayo et Celestin Ugirashebuja v. The Government of Rwanda and the Secretary of State for the Home Department, [2009] EWHC 770 (Admin).

Yvonne Mutimura c. France, CEDH, 8 Juin 2004, appel n° 46621/99.

D. Législation

Nationale

Burundi:

Décret-loi N°1/034/90 d'août 1990 portant la mesure d'amnistie en faveur de prévenus ou condamnés de certaines infractions, (1990) 10 – 12 B.O.B. 288.

Décret-loi n° 1/001/96 du 13 septembre 1996 portant organisation du système institutionnel de transition, (1996) 11 B.O.B. 553.

Décret-Loi n° 1/008 du 6 juin 1998 portant promulgation de l'Acte constitutionnel de transition de la République du Burundi, (1998) 7 B.O.B. 468.

Décret-Loi n° 1/01 du 15 juin 1998 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle ainsi que la procédure applicable devant elle, (1998) 7 B.O.B. 499.

Décret-Loi n° 1/06 du 13 mars 1992 portant promulgation de la constitution de la République du Burundi, (1992) 4 B.O.B. 95.

Décret-loi du 22 janvier 1991 portant création de la Commission nationale chargée du retour, de l'accueil et de la réinsertion des réfugiés, (1991) 4 B.O.B. 94.

Décret N° 100/49 du 30 juillet 1993 portant nomination des membres de la Commission nationale chargée du retour, de l'accueil et la réinsertion des réfugiés, (1993) 7 B.O.B. 590.

Décret N° 100/02 du 3 janvier 2006 portant immunité provisoire des prisonniers politiques détenus dans les maisons de détention de la République du Burundi, (2006) 1 B.O.B. 2 .

Décret N° 100/92 du 7 novembre 2005 portant création, organisation et fonctionnement d'une Commission chargée d'identifier les prisonniers politiques, (2005) 11 B.O.B. 23.

Décret-loi n°1/6 du 4 avril 1981 portant réforme du code pénal, (1981) 6 B.O.B. 250.

Loi n° 1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, (2005) 3 B.O.B. 3.

Loi N° 1/017 du 28 octobre 2001 portant promulgation de la Constitution de Transition de la République du Burundi, (2001) 10 B.O.B. 1269.

Loi n° 1/018 du 19 décembre 2002 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle ainsi que la procédure applicable devant elle, (2002) 12 B.O.B. 1346.

Loi N°1/32 du 22 novembre 2006 portant immunité provisoire de poursuites judiciaires en faveur des membres du Mouvement signataire de l'Accord Global de cessez-le-feu du 7 septembre 2006, (2006) 11: 1 B.O.B. 1523.

Loi no 1/001 du 9 septembre 1993 portant amnistie, (1993) 10 B.O.B. 543.

Loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, (2003) 5 B.O.B. 136.

Loi n°1/018 du 27 décembre 2004 portant missions, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation,

Canada et autres pays:

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11

Code criminel, LRC 1985, c. C-46.

Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale et modifiant certaines lois en conséquence, Gaz. C. 2000, Partie III, vol. 23, no 3, c. C-19.

Loi israélienne sur les nazis et les collaborateurs nazis, Loi no 64/5710-1949/50.

U.S. War Crimes Act 1996, 21 août 1996, (1996) ILM 1540.

The Amnesty Act, 2000, (2000) 4 The Monitor (Kampala - Uganda) 294.

Loi organique 8/96 du 30 août 1996 sur l'organisation des poursuites des infractions constitutives de crime de génocide ou de crimes contre l'humanité commis entre le 1er octobre 1990 et le 31 décembre 1994, (1er septembre 1996) 17 Journal officiel de la République rwandaise 1.

Loi organique no 40/2000 du 26 janvier 2001 portant création des "Juridictions Gacaca" et organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité, commises entre le 1er octobre 1990 et le 31 décembre 1994, (15 mars 2001) 6 Journal Officiel de la République rwandaise 1.

Loi organique portant organisation, compétence et fonctionnement des Juridictions Gacaca chargées des poursuites et du jugement des infractions constitutives du crime de génocide et d'autres crimes contre l'humanité commis entre le 1er octobre 1990 et le 31 décembre 1994, (19 juin 2004) Journal Officiel de la République rwandaise 1.

Loi n° 96-432 du 22 mai 1996 portant adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations unies instituant un tribunal international en

vue de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis en 1994 sur le territoire du Rwanda et, s'agissant des citoyens rwandais, sur le territoire d'États voisins, (23 mai 1996) Journal officiel de la République française 7695.

Loi ivoirienne n° 2003-309 du 08 août 2003 portant amnistie, (2003) 2 Journal Officiel de la République de Côte-D'ivoire 1.

Internationale

Accord de Londres, 8 août 1945, (1945) 28 R.T.N.U. 279.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, 1468 R.T.N.U 85.

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, (1950) 970 R.T.N.U. 32.

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur terre, 12 août 1949, (1950) 971 R.T.N.U. 86.

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, (1950) 972 R.T.N.U. 136.

Convention de Genève relative au traitement des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, (1950) 973 R.T.N.U. 288.

Convention de 1979 contre la prise d'otages, 17 décembre 1979, 1316 R.T.N.U. 205.

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, (1969) 1155 U.N.T.S. 331.

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 18 avril 1961, (1961) 500 RTNU 95.

Convention Européenne pour la Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, 4 novembre 1950, 218 U.N.T.S. 221, Eur.T.S. n° 5.

Convention inter-américaine sur la protection des droits de l'Homme, 22 novembre 1969, O.A.S. Official Records Ser. K/XVI/1.1, Doc. 65, Rev. 1, Corr. I (7 janvier 1970).

Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, 30 novembre 1973, 1015 R.T.N.U. 243.

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, (1951) 78 R.T.N.U. 277.

Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, 26 novembre 1968 (1970) 754 R.T.N.U. 73.

Convention IV relative aux lois et coutumes de la Guerre, 18 octobre 1907, 36 R.T.S.N. 539.

Convention I relative au règlement pacifique des conflits internationaux, 18 octobre 1907, 54 R.T.S.N. 435.

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés.217 A (III), Doc. N.U. A/810 1948.

Protocole additionnel à la Convention pour la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 20 mai 1952, 213 U.N.T.S. 262.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés internationaux, 12 décembre 1977, 1125 R.T.N.U. 3.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés non internationaux, 12 décembre 1977, 1125 R.T.N.U.609.

Pacte International Relatif à la Protection des Droits Civils et Politiques, 16 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 171.

Traité de Lausanne, 24 juillet 1923, 28 R.T.S.N. 12.

Traité de Sèvres, 10 août 1920, 28 R.T.S.N. 223.

Traité de Versailles, 28 juin 1919, (3e) 11 MARTENS 323.

Autres documents juridiques internationaux

Charte du Tribunal international pour l'extrême-orient, annexée à la Déclaration du Commandant suprême des Forces alliées en Extrême-orient, 19 janvier 1946, Mémorandum du Secrétaire général, Doc. A/CN.4/5, 1949.

Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité du 3 décembre 1973, voir Doc. O.N.U. A/RES 3074 (XXVIII).

Résolution 955 du 8 novembre 1994 du Conseil de sécurité des Nations unies, créant le Tribunal pénal international pour le Rwanda chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autre 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, Doc. O.N.U. S/RES/955 (1994).

Résolution 827 du 25 mai 1993 du Conseil de sécurité des Nations Unies, créant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, Doc. O.N.U. S/RES/827 (1993).

Résolution du 11 novembre 1993 de l'assemblée générale sur la situation au Burundi, Doc. O.N.U. A/RES/48/17.

Résolution du 28 février 1996 de l'assemblée générale sur la situation au Burundi, Doc. O.N.U. A/RES/50/159.

Résolution 1012 du 28 août 1995 du Conseil de sécurité, Doc. O.N.U. S/RES/1012 (1995).

Résolution 1072 du 30 août 1996 du Conseil de sécurité, Doc. O.N.U. S/RES/1072 (1996).

Résolution 1286 du 19 janvier 2000 du Conseil de sécurité, Doc. O.N.U. S/RES/1286 (2000).

Résolution 1375 du 29 octobre 2001 du Conseil de sécurité, Doc. O.N.U. S/RES/1375 (2001).

Résolution 1545 du 21 mai 2004 du Conseil de sécurité, Doc. O.N.U. S/RES/1545 (2004).

Résolution 1577 du 1 décembre 2004 du Conseil de sécurité, Doc. O.N.U. S/RES/1577 (2004).

Résolution 1602 du 31 mai 2004 du Conseil de sécurité, Doc. O.N.U. S/RES/1602 (2005).

Résolution 1606 du 20 juin 2005 du Conseil de sécurité, Doc. O.N.U. S/RES/1606 (2005).

Résolution 1641 du 30 novembre 2005 du Conseil de sécurité, Doc. O.N.U. S/RES/1641 (2005).

Résolution 1650 du 21 décembre 2005 du Conseil de sécurité, Doc. O.N.U. S/RES/1650 (2005).

Résolution 1692 du 30 juin 2006 du Conseil de sécurité, Doc. O.N.U. S/RES/1692 (2006).

Résolution 1719 du 25 octobre 2006 du Conseil de sécurité, Doc. O.N.U. S/RES/1719 (2006).

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3.

Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 16 janvier 20, Doc. ONU S/2002/246.