

ARTICLE

LA CONTRIBUTION AFRICAINE AU DÉVELOPPEMENT DE LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE

par Pacifique MANIRAKIZA*

Depuis plusieurs décennies, la communauté internationale lutte contre l'impunité des crimes internationaux commis à l'occasion des conflits armés, des dictatures et autres régimes politiques oppressifs. Traditionnellement, on recourt aux tribunaux nationaux et internationaux. Néanmoins, l'ineffectivité des juridictions pénales nationales, l'inaccessibilité ainsi que la capacité limitée des juridictions internationales font en sorte que seule une infime minorité de victimes reçoive la justice. Compte tenu du caractère massif des atrocités ainsi que du souci de ressouder le tissu social, une recherche de mécanismes alternatifs s'est imposée surtout dans les pays où les crimes ont été commis. Le présent article explore comment l'Afrique a contribué au développement de la justice pénale internationale tant au niveau de sa conceptualisation que de sa mise en œuvre. Il présente les mécanismes auxquels certains pays africains ont eu recours et dont le principe peut être adopté et adapté aux autres situations similaires. Se fondant sur la participation populaire dans l'administration de la justice, ces mécanismes servent de complément au système judiciaire classique. Leurs potentialités ainsi que leurs faiblesses et défis dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux les plus graves sont largement explorés.

For several decades, the international community has been struggling against a form of de facto impunity for international crimes committed during armed conflicts or by dictatorships and other oppressive political regimes. Traditionally, one has had to resort to national and international courts. However, the ineffectiveness of national criminal courts as well as the inaccessibility and the limited capacity of international tribunals enable only a very small minority of victims to obtain justice. Given the massive scale of atrocities and the desire to restore the social fabric, a search for alternative mechanisms becomes essential, especially in countries where the crimes were committed. This article explores how Africa has contributed to the development of international criminal justice, in terms of both its conceptualization and its implementation. It presents the mechanisms to which some African countries have resorted, the essentiality of which could be adopted and adapted to other similar situations. Based on the principle of popular participation in the administration of justice, these processes would be complementary to the traditional justice system. Their strengths as well as their weaknesses and challenges in the fight against impunity for serious international crimes are explored in depth.

* . Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

SOMMAIRE

I.	Introduction	411
II.	Les modèles rwandais et sud-africain de justice transitionnelle	413
	1. La Commission vérité et réconciliation sud-africaine	414
	2. Les juridictions <i>Gacaca</i> , un mécanisme semi-judiciaire de répression du génocide et des crimes contre l'humanité	417
III.	Avantages et inconvénients du recours aux mécanismes de justice transitionnelle développés en Afrique pour lutter contre l'impunité du crime international	432
	1. Avantages des mécanismes communautaires de justice transitionnelle	432
	2. Critiques des mécanismes alternatifs de justice transitionnelle	445
IV.	Apport de la conception africaine de la justice pénale internationale et perspectives	454
	1. Apport des modèles rwandais et sud-africain au développement du système de justice pénale internationale	454
	2. Pour l'amélioration du « modèle africain » de lutte contre l'impunité	465
	3. Reconnaître une compétence matérielle limitée aux institutions ayant un rôle essentiellement judiciaire	470
	4. Éviter de leur imposer d'appliquer le droit pénal international	474
V.	Conclusion générale	476

I. Introduction

La criminalité est un phénomène inhérent à chaque communauté humaine. Celle-ci se prémunit généralement de mécanismes qui sont de nature à la prévenir. Cependant, il arrive que ces mécanismes ne soient pas en mesure d'empêcher la survenance de conflits sociaux très violents à l'occasion desquels des crimes graves comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont perpétrés¹. Dans les sociétés où ces atrocités massives sont commises, il devient parfois difficile d'y mettre fin et de sortir de la crise qui en découle. Souvent, la communauté internationale intervient pour prêter main-forte aux sociétés éprouvées en les engageant dans un processus de pacification et de réconciliation nationales. Dans la plupart des cas, elle initie les processus de négociation des accords de paix ou en assure la médiation. Elle appuie aussi les systèmes étatiques de justice criminelle ou participe, dans certains cas, à la mise en place d'institutions judiciaires internationales ou internationalisées qui permettent de mettre en cause, sur un plan pénal, les individus qui portent une lourde responsabilité dans la commission des crimes d'une gravité inouïe afin d'éviter leur impunité². Néanmoins, les systèmes étatique et international de

-
1. C'est notamment le cas du Rwanda, de l'ex-Yougoslavie, de la Sierra Leone, du Burundi, de la Colombie, etc.
 2. Voir notamment le Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, en sigle TPIY, créé le 25 mai 1993 par le Conseil de Sécurité des Nations Unies, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, Doc. NU S/RES/827 (1993); le Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumés responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes et violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994, en sigle TPIR, créé le 8 novembre 1994 par le même Conseil de sécurité, Doc. NU S/RES/955 (1994); l'accord entre l'Organisation des Nations Unies et le gouvernement sierra-léonais sur la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, dans *Rapport de la mission de planification en vue de la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, Doc. NU S/2002/246 (2002) app. II.

justice pénale sont fondés sur la recherche de la vérité judiciaire en établissant l'innocence ou la responsabilité individuelle des accusés. Ils ne permettent pas de comprendre la criminalité massive dans toute son ampleur afin d'y remédier convenablement et d'en prévenir la survenance. En plus, dans la majorité des cas, les tribunaux étatiques sont ineffectifs, soit parce qu'ils ont également été victimes de la criminalité ou que les intervenants judiciaires ont été impliqués dans la perpétration des crimes, compromettant ainsi leurs qualités essentielles pour rendre une justice indépendante et impartiale. De même, les institutions judiciaires internationales fonctionnent à distance et sont très éloignées des victimes et des sociétés affectées par les crimes internationaux. Elles sont aussi conçues pour juger une infime minorité de suspects sur lesquels on voudrait porter toute la responsabilité d'une criminalité aussi grotesque. Ce faisant, un nombre important de criminels resteraient dans une zone confortable d'impunité.

Dès lors, l'inaccessibilité de la justice pénale internationale, sa capacité opérationnelle limitée ainsi que l'ineffectivité des appareils judiciaires étatiques compromettent sérieusement les chances de justice pour tout le monde de même que la compréhension globale des causes de la criminalité. Ceci justifie la recherche d'autres mécanismes capables de suppléer à ces lacunes du système judiciaire classique afin d'assurer notamment une visibilité accrue de la justice et d'en maximiser l'impact³. Cet article se propose donc d'analyser ces mécanismes dans le contexte africain afin d'en évaluer la contribution à la lutte contre l'impunité et au développement du droit pénal international. À titre préliminaire, nous soutenons que des mécanismes extrajudiciaires ou des institutions traditionnelles de redressement judiciaire constituent un forum adéquat pour comprendre et maîtriser une criminalité massive et systématique, puisqu'ils permettraient aux populations affectées de prendre en main leur destinée en participant activement à la recherche de

3. Comme le dit l'adage anglo-saxon, « Justice must not only be done but it should be seen to be done ».

solutions à leurs problèmes. En nous basant sur les expériences des tribunaux *Gacaca* au Rwanda et de la Commission vérité et réconciliation en Afrique du Sud, nous concluons que l'Afrique a substantiellement contribué au développement de la justice pénale internationale.

Dans un premier temps, nous décrivons très succinctement les deux modèles auxquels le Rwanda et l'Afrique du Sud ont respectivement eu recours pour régler le contentieux relatif aux crimes les plus graves (II). Nous parlerons ensuite des avantages et des inconvénients du recours à ces modèles (III). Nous concluons avec des considérations générales sur la façon dont l'expérience africaine en matière de règlement des différends a contribué au développement de la justice pénale internationale et comment améliorer le système (IV).

II. Les modèles rwandais et sud-africain de justice transitionnelle

Le choix du Rwanda et de l'Afrique du Sud comme base de notre analyse et de nos conclusions a été motivé par le simple fait que ces deux pays ont eu recours de façon systématique aux mécanismes alternatifs de justice transitionnelle, inspirés de la tradition africaine, pour redresser des situations exceptionnelles où des crimes d'une gravité inouïe ont été commis⁴. Alors qu'un génocide a été commis au Rwanda en 1994, un système d'apartheid a été pendant longtemps solidement enraciné en Afrique du Sud. Les deux pays ont dû faire preuve d'ingéniosité afin de faire face à ces fléaux humains. Dans tous les cas, les solutions ont été cherchées en dehors du système judiciaire criminel classique. L'Afrique du Sud a adopté une forme de

4. Notre analyse des Commissions vérité et réconciliation sera fondée sur l'expérience sud-africaine. Nous sommes néanmoins conscients que d'autres pays, comme la Sierra Leone, ont bâti sur ce modèle, tandis que d'autres sont sur le point de l'imiter (Burundi, Soudan, etc.). Nous nous limiterons donc uniquement à explorer le modèle établi en Afrique du Sud, puisqu'il représente les mêmes traits caractéristiques que ceux envisagés dans d'autres pays.

responsabilisation à la fois collective et individuelle à travers la Commission vérité et réconciliation (1), tandis que le Rwanda a dû se ressourcer dans sa culture et a carrément octroyé aux institutions judiciaires traditionnelles la compétence de réprimer les crimes internationaux les plus graves (2).

1. La Commission vérité et réconciliation sud-africaine

Pendant plusieurs décennies, un système politique d'oppression et de négation systématique des droits de la personne a été érigé contre les noirs et les minorités ethniques vivant en Afrique du Sud. Dans les années 90, à la suite de la libération et de l'élection comme chef de l'État de M. Nelson Mandela, figure symbolique de la lutte contre ce système d'apartheid, le pays s'est engagé dans un processus de réconciliation nationale. Ce processus était piloté par une commission spéciale, la Commission vérité et réconciliation (CVR), dirigée par l'archevêque Desmond Tutu⁵. La Commission se présente comme une alternative non judiciaire qui permet de rechercher de nouvelles bases de cohabitation et d'harmonie sociale. En effet, dans une société où on a observé une criminalité massive et complexe qui porte gravement atteinte aux valeurs universelles et déchire sérieusement le tissu social, l'unique recours aux mécanismes de justice pénale classique ne réglerait pas la question. Comme Snyder et Vinjamuri l'affirment, « trials do little to deter further violence and are not highly correlated with the consolidation of peaceful democracy »⁶. Quant à M. Scharf, « criminal prosecutions (...) which by their nature focus on individual liability, (...) fail to tell the whole story of abuses »⁷.

-
5. Cette commission a été mise en place conformément à la *Promotion of National Unity And Reconciliation Act*, n° 34 de 1995 [Loi CVR].
 6. Jack Snyder et Leslie Vinjamuri, « Trials and Errors : Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice »; (2003/04) 28:3 *International Security* à la p. 17.
 7. Michael P. Scharf , « The Case For A Permanent International Truth Commission » (1997) 7 *Duke J. of Comp. & Int'l L.* 375 à la p. 400 [Scharf].

Pour l'Afrique du Sud donc, il fallait un organe qui puisse dresser un récit historique neutre et impartial des atrocités qui ont été commises durant l'apartheid⁸, contribuer au combat contre l'impunité, entendre et tenter de résoudre, partiellement ou totalement quand cela est possible, les préoccupations des victimes et, enfin, formuler des recommandations relativement aux mesures adéquates pour prévenir une répétition des atrocités⁹. Ainsi, les victimes ont pu faire face à leurs bourreaux dans un cadre dépouillé de toute confrontation. Elles ont pu raconter leurs souffrances devant un auditoire compatissant. Cela se remarquait par le fait que les audiences commençaient par des prières et étaient ponctuées par des moments émotionnels de pleurs des victimes, mais également du président et des autres membres de la commission. Comme M^{gr} Tutu l'affirme actuellement avec un peu de recul, la commission était un « forum where victims of the most egregious violence were given not just a national, but an international stage to tell of their experiences under the apartheid regime »¹⁰.

La Commission sud-africaine était intéressée non seulement par les individus, mais aussi par les institutions étatiques et la société civile afin de déterminer clairement leur part de responsabilité dans l'enracinement du système de violations graves et systématiques des droits de l'homme. Ce faisant, la CVR envisage les crimes commis dans une perspective plus large qui prend en considération l'ensemble du contexte historique, social, culturel et politique. C'est en fait ce contexte qui crée l'environnement propice et les conditions favorables à la perpétration du crime¹¹. Si l'on n'en prend pas compte, il est

-
8. La CVR diffère d'une commission d'historiens; elle établit les faits sans considération ni interprétation. L'historien analyse et interprète les faits, c'est pourquoi sa vérité n'est ni neutre ni transparente.
 9. Scharf, *supra* note 7 à la p. 379.
 10. Desmond M Tutu, « Reflections on Moral Accountability » (2007) 1 *The International Journal of Transitional Justice* 6 à la p. 6.
 11. Martti Koskeniemi, « Between Impunity and Show Trials » dans Max Planck Yearbook of United Nations Law. *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor, La Haye 5 août 2004 à la p. 12-13*, Pays-Bas, Kluwer

difficile d'aboutir à la vérité complète, voire impossible de rendre une véritable justice aux victimes. La Commission a donc préféré confronter le peuple sud-africain et ses institutions à leur passé afin d'en tirer des leçons en dehors du cadre judiciaire formel, jugé inadéquat pour saisir l'ampleur du problème, et de suggérer des solutions appropriées.

Pour s'acquitter convenablement de sa mission, la CVR a établi trois comités :

- Le comité sur les violations des droits de l'homme, dont la fonction était de conduire des enquêtes sur les violations importantes des droits de l'homme et de présenter un rapport aussi complet que possible détaillant leurs violations au cours de cette période;
- Le comité sur la réparation et la réhabilitation, dont la fonction était de rassembler l'information et de faire des recommandations au président sur les réparations à faire aux victimes;
- Le comité amnistie, compétent pour accorder l'amnistie aux postulants qui auraient révélé entièrement tous les faits pertinents concernant les délits commis dans un objectif politique au cours des conflits passés¹².

Chacun de ces comités a produit un rapport contenant des recommandations pertinentes relatives aux politiques et aux pratiques à adopter pour prévenir des situations de violations massives des droits de la personne à l'instar du système d'apartheid, aux réparations des préjudices subis par les victimes et aux mesures d'amnistie en faveur des responsables de crimes politiquement motivés et subséquemment avoués devant la CVR¹³.

Law International, 2002.

12. *Loi CVR*, art. 3(3)(a)(b)(c); voir également *Azarian Peoples Organisation (AZAPO) and others v. President of the Republic of South Africa* (1996), 4 Law Report, SA 671 (CC) au par. 5 [*Azapo Case*].
13. Ces rapports et recommandations des différents comités ont été compilés dans le volume six du *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report* (2003), en ligne : South African Government Information <<http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/>>.

2. Les juridictions *Gacaca*, un mécanisme semi-judiciaire de répression du génocide et des crimes contre l'humanité

Au Rwanda, il existe une instance traditionnelle (*Gacaca*) au sein de laquelle les conflits internes entre les membres d'une même famille ou d'une même communauté sont résolus dans le but d'assurer le maintien de la cohésion et de l'harmonie sociales, indispensables dans tout groupement humain. Les sages de la colline, communément appelés *Inyangamugayo*¹⁴, convoquent, d'initiative ou sur plainte de la partie lésée, l'auteur et la victime d'un tort afin de trouver un règlement amiable. Originellement, l'instance *Gacaca* était compétente pour juger « des conflits locaux mineurs, civils ou pénaux : fonciers, de pâturage, de famille, de contrats »¹⁵. Bref, le *Gacaca* connaissait les affaires civiles ou pénales mineures et peu complexes¹⁶. Il sied de mentionner néanmoins que les affaires que le droit moderne qualifie de pénales sont traitées de façon civile¹⁷. Une réparation en nature ou par équivalent est due par le coupable à la victime tandis que celle-ci doit un pardon à ce dernier dans certaines circonstances où la réparation n'est pas possible. En plus, le coupable doit généralement s'acquitter d'une forme d'amende qui consiste souvent en cruches de bière. En signe de célébration de la paix sociale retrouvée, cette bière est partagée par tous les membres de

14. *Inyangamugayo* : ceux qui répugnent le déshonneur (traduction littérale de l'auteur) ou les intègres (traduction littérale de l'auteur).

15. Charles de Lespinay, *Valeurs traditionnelles, justice de proximité et institutions (Rwanda et Burundi)*; en ligne : <<http://droit.Francophonie.org/acct/rfj/actu/11Lepin.htm>>. Voir également Jean Bosco Iyakaremye, « Les juridictions « Gacaca » ou un pis-aller à l'insoluble problématique de la répression du génocide au Rwanda » (2003) 1:3 *Le courrier juridique* 1, à la p. 2-3.

16. Il faut par ailleurs noter avec le Prof. Ntampaka que « les droits traditionnels ne distinguent pas le droit public du droit privé, le droit pénal du droit civil »; voir Charles Ntampaka, « *Le gacaca : une juridiction pénale populaire* », en ligne : Francophonie <<http://droit.Francophonie.org/acct/rfj/actu/11Lepin.htm>>.

17. Felip Reyntjens, « Le droit et ses pratiques : Le gacaca ou la justice du gazon au Rwanda » (1990) 40 *Politique Africaine* 31 à la p.36.

la communauté, y compris le coupable, sa famille, les juges *Inyangamugayo*, la victime et les siens.

Les affaires pénales importantes étaient tranchées par des tribunaux coutumiers relevant du *Mwami* (le roi) ou de ses subordonnés, en l'occurrence *Abaganwa* (les princes). Quand ces juridictions coutumières ont été abolies au profit des juridictions dites modernes de droit écrit dans le cadre d'une réforme introduite par l'administration tutélaire belge en 1948¹⁸, le *Gacaca* n'avait plus de compétence en matière pénale. Les affaires pénales qui relevaient de sa compétence étaient désormais attribuées aux tribunaux de cantons. Il n'avait de compétence que pour les affaires civiles.

Le *Gacaca* n'est donc pas un tribunal à proprement parler mais un forum de résolution des conflits par voie de conciliation. C'est ce que le *Lawyers Committee on Human Rights* (actuellement *Human Rights First*) confirme dans un de ses rapports sur le Rwanda : « A traditional system of justice known as *Gacaca* covers land disputes, family matters and small commercial disagreements; its purpose is to resolve problems while promoting reconciliation »¹⁹. De même, Rusagara estime que « *Gacaca* se présente comme stratégie de gestion de conflit par le biais de sa justice restauratrice, tout en jouant son rôle historique de lubrifiant assurant l'unité et la cohésion dans la société »²⁰.

Néanmoins, en 2001, le législateur rwandais a décidé de redynamiser les juridictions *Gacaca* en leur conférant la compétence de réprimer les infractions gravissimes commises au

18. L'organisation des tribunaux de droit commun a été opérée par un décret le 5 juillet 1948 portant sur la même matière, voir *Bulletin Officiel*, 1948 à la p. 856.

19. Lawyers Committee for Human Rights, *Prosecuting Genocide in Rwanda: the ICTR and national trials*, juillet 1997.

20. Frank K. Rusagara, « *Gacaca*, stratégie de réconciliation et de développement national au Rwanda d'après le génocide » (2005) 2 *Conflict Trends Magazine* 20 à la p. 20 : <<http://www.accord.org.za/ct/2005-2FR.htm>>

Rwanda entre le 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994²¹. L'implication des tribunaux *Gacaca* dans la répression des crimes de droit international répond au souci du gouvernement rwandais d'accélérer les procès pour génocide et crimes contre l'humanité et de désengorger les prisons surpeuplées d'une part, et, d'autre part, d'assurer la participation de la population dans l'administration de la justice.

A. Désengorgement du système judiciaire classique et accélération des procès

Au début du processus judiciaire rwandais pour les affaires découlant des atrocités de 1994, les prisons étaient surpeuplées. En 1995, le nombre de détenus était de 61 210²². À la fin de l'année 1996, il était de 120 000²³ pour atteindre plus de 150 440 en 1999, dont faisaient partie au moins 135 000 personnes

-
21. *Loi organique n° 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, commises entre le 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994, voir J.O.R.R. n° 14 du 15 juillet 2001, à la p. 15 et ss. [Loi n° 40/2000]. Cette loi a été abrogée en 2004 par la Loi organique n° 16/2004 du 19/6/2004 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 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994, [Loi Gacaca 2004]. Cette dernière a successivement été amendée en 2006, 2007 et récemment en 2008, voir Loi Organique modifiant et complétant la Loi Organique n° 16/2004 du 19/6/2004 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 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994 telle que modifiée et complétée à ce jour, n° 13/2008 du 19/05/2008 [Loi Gacaca 2008].*
22. *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Rwanda soumis par M. René Degni-Ségué, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, en application du paragraphe 20 de la résolution S-3/1 du 25 mai 1994, Doc. NU E/CN.4/1996/68, 29 janvier 1996 à la p. 27 au par. 89.*
23. *F. Nzirabatinyi, « Poursuites des infractions : la détention préventive face à la présomption d'innocence : contradiction ou complémentarité? » (15 mars 1999), dans Le Verdict n° 2 à la p.19.*

accusées de génocide (soit 89,7 % des accusés)²⁴. En juin 2001, il était estimé à plus ou moins 130 000²⁵ ou 150 000²⁶ selon les sources, alors que la capacité des prisons rwandaises était de 18 000 places²⁷. Comme la population rwandaise était évaluée à peu près à 6 millions en 2001, cela veut dire qu'une personne sur quarante (1/40) était détenue!

Au regard de ces chiffres auxquels il fallait ajouter des suspects et des accusés non détenus, il apparaît clair que les chambres spécialisées²⁸ que le Rwanda avait précédemment mises en place pour juger les génocidaires étaient incapables de liquider toutes ces affaires dans des délais raisonnables. C'est pour cette raison que le gouvernement a décidé de recourir aux juridictions *Gacaca* comme le confirme l'exposé des motifs de la loi sur les juridictions *Gacaca* :

The strategy and the efforts the government and the legal institutions deployed to improve and accelerate the pre-trial investigation and trial of cases did not produce results that met the specific needs for justice caused by the atrocities committed. From the beginning the courts were overwhelmed by a very large number of genocide

-
24. Félicien Kamashabi, « Avancement des procès de génocide » (15 mars 1999), dans *Le Verdict* n° 00 à la p. 3.
25. Ligue rwandaise pour la promotion et la défense des droits de l'homme (LIPRODHOR), *Problématique de la preuve dans les procès de génocide : l'institution imminente des juridictions Gacaca constitue-t-elle une panacée?*, Kigali, Centre de Documentation et d'Information sur les Procès de Génocid, 2000 à la p. 50 [rapport LIPRODHOR].
26. Rassemblement pour le retour de la Démocratie au Rwanda (RDR), communiqué 03/2000 du 25 septembre 2000; voir aussi Claudien Ndabahariye, « *Les juridictions Gacaca, outil de réconciliation ou de division?* », en ligne : FDLR <http://mitglied.lycos.de/FDLR/nouvelles/juridictions_gacaca.html>.
27. Amnistie internationale, *Gacaca : une question de justice*, Londres, novembre 2002, Index AI : AFR 47/007/02 [AI, « Rapport AFR 47/007/02 »] à la p. 9.
28. *Loi organique n° 8/96 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*, voir *J.O.R.R.*, n° 17 du 1^{er} septembre 1996.

cases in addition to the usual common law litigations. The marked slowness and delay in trying these threatened to impede the efforts undertaken to reconcile the Rwandans. Consequently, it then seemed necessary to re-examine the difficulties that impeded trying these cases.

Cette loi abolissait du même coup les chambres spécialisées. Il convient de signaler tout de même que ce système était parvenu à rendre un nombre record de jugements relatifs aux crimes contre l'humanité et au génocide²⁹. Le rythme ayant été jugé non satisfaisant, le reliquat judiciaire devrait donc être traité devant le nouveau système de juridictions *Gacaca* avec la participation de la population.

B. Participation populaire dans l'administration de la justice

Outre le désengorgement des prisons et l'accélération des procès, l'institution des juridictions *Gacaca* répond à l'impératif de réconciliation nationale en impliquant activement dans le processus judiciaire la population qui a été témoin des événements. La participation de la population rwandaise dans le processus de liquidation du contentieux judiciaire lié au génocide rwandais est encore justifiée dans l'exposé des motifs de la loi :

The establishment of such a legal system is justified by the fact that offenses that constitute the crime of genocide or crimes against humanity were committed publicly in full view of the population. This nondissimulation resulted from the fact that the public authorities, whose role is to plot the course for the population to follow, themselves incited the population to commit crimes in order to generalize participation in them and thus be able to leave

29. Entre 1997 et 2004, les tribunaux classiques rwandais (chambres spécialisées) ont jugé 10 026 affaires, voir Bert Ingelaere, « The Gacaca courts in Rwanda », dans Luc Huyse et Mark Salter (ed.), *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experience*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008 à la p. 41 [Huyse et Slater].

no survivors. This inspired the population, manipulated by the politicians, not even to attempt to conceal its criminal actions, since it was confident it was following the path indicated by the very persons who should have apprehended the population. For that reason, it is essential that all Rwandans participate on the ground level in producing evidence, categorizing the perpetrators of the offences by taking into consideration the role they played, and establishing their punishments without applying the classic system of repression of offences, but instead, re-establishing peace and the return of citizens who were manipulated to commit crimes to the right path. As a result, the population who witnesses the atrocities committed shall achieve justice both for the victims and the persons suspected of being perpetrators of offences, a justice based on evidence and not passion. This justice shall be implemented within the framework of the Gacaca jurisdictions, meeting at the cell, sector, commune, and prefecture level and composed of honourable persons appointed by their neighbours.

En effet, étant donné que ces infractions gravissimes « (...) ont été commises publiquement sous les yeux de la population (...) elle doit relater les faits, révéler la vérité et participer à la poursuite et au jugement des auteurs présumés »³⁰. C'est une justice participative³¹, c'est-à-dire « une forme de justice qui donne à la population une voie de s'exprimer sur la répression du génocide commis »³². Cette justice participative constitue un moyen de dissuasion de la criminalité qui a pris assise dans la société rwandaise³³. Pour le président Kagame, « cette justice populaire est d'autant plus adaptée que le génocide a été commis au sein de la population et à travers tout le pays. Les gens pourront témoigner plus facilement si les jugements se tiennent

30. Loi 40/2000, *supra* note 21, préambule.

31. Entrevue accordée par le Ministre de la Justice d'alors, M. Jean de Dieu Mucyo, dans *Le Verdict* n° 00 du 15 mars 1999 à la p. 7.

32. *Ibid.* à la p.17.

33. Rapport LIPRODHOR, *supra* note 25 à la p. 51.

dans les villages plutôt que dans les tribunaux. Cette procédure ne peut qu'accélérer le processus de réconciliation »³⁴.

Pour concrétiser cette participation populaire, un total de 12 103 tribunaux *Gacaca* ont été créés et 169 442 citoyens-juges ont été élus³⁵. Au terme du processus de collecte des informations, 818 564 personnes ont été inculpées de génocide, de complicité de génocide et d'autres infractions connexes³⁶. Jusqu'en septembre 2007, les tribunaux *Gacaca* du secteur et d'appel avaient déjà jugé 342 769 personnes³⁷, soit plus de 70 % des 432 557 suspects de la deuxième catégorie³⁸.

Les juridictions *Gacaca* sont donc très productives comparativement au système de tribunaux classiques. Néanmoins, en dépit de cette productivité quantitative, il serait difficile de conclure que les *Gacaca* ont atteint leurs objectifs. À titre d'exemple, le système n'a pas été en mesure de constituer un fonds d'indemnisation des victimes³⁹. Dans la plupart des cas, les décisions judiciaires ordonnent aux condamnés de restituer les biens des victimes, mais dans plusieurs cas, cette restitution est matériellement impossible. Dans ce genre de situations, le

34. Entrevue accordée par le président Paul Kagame, (août 2000), dans *Le Verdict* n° 17.

35. « Juridictions *Gacaca* : réalisations, obstacles et perspectives d'avenir », (2006), en ligne : Service national des juridictions *Gacaca* <<http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/pdf/Realisation%20des%20JG.pdf> >. Il importe de souligner que 26 752 juges ont été subséquemment destitués, car ils ont eux-mêmes été accusés de génocide, voir Ingelaert, *supra* note 28 à la p. 48.

36. « Synthèse des accusés par Province et Ville de Kigali », en ligne : <<http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/pdf/abaregwa%20français.pdf>>

37. Avocats sans frontières, Monitoring des juridictions *Gacaca*, phase de jugement, rapport analytique No 3, 2008 à la p. 11.

38. *Synthèse des accusés par Province et Ville de Kigali*, en ligne : <http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/pdf/abaregwa%20français.pdf>; pour les personnes qui rentrent dans la deuxième catégorie de suspects génocidaires ou criminels contre l'humanité, voir Loi *Gacaca* 2008, *supra* note 21, art. 51.

39. Maya Sosnov, « The Adjudication of Genocide : *Gacaca* and the Road to Reconciliation in Rwanda » (2008) 36:2 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 125 à la p. 149 et ss.

mécanisme des travaux d'intérêt général est perçu comme le seul moyen de compensation à défaut d'une autre forme de réparation possible. Toutefois, ce moyen est controversé surtout lorsqu'il aboutit à des travaux exécutés pour le compte de victimes⁴⁰.

En outre, la réconciliation entre les Hutus et les Tutsis n'est pas encore perceptible⁴¹. En effet, la plupart des Hutus perçoivent les *Gacaca* comme un instrument d'injustice et d'oppression. D'une part, les crimes dont les Hutus sont victimes – essentiellement ceux commis par les militaires de l'Armée patriotique rwandaise (APR) – ne sont pas justiciables devant ces tribunaux⁴². Cette justice sélective porte alors un coup dur à la légitimité du mécanisme. D'autre part, on observe un niveau élevé de stigmatisation ethnique hutu relativement aux crimes commis en 1994 qui fait songer à une sorte de « collective hutu guilt »⁴³. Tout cela a pour résultat la réduction de la participation populaire dans le processus; ce qui explique le recours à la coercition pour contraindre la population à participer aux audiences, alors que cela devrait normalement être facile⁴⁴. La non-participation effective prive également les tribunaux *Gacaca* de certains témoignages substantiels de la part des gens qui étaient physiquement présents aux lieux des crimes en 1994. Ce faisant,

40. Lars Waldorf, « Mass Justice for Mass Atrocity : Rethinking Local Justice as Transitional Justice » (2006) 79:1 *Temp. L. Rev.* 1 à la p. 59 [Waldorf]. Pour cet auteur, « such a policy could exacerbate ethnic tensions as it could be seen as a return to the colonial-era forced labor system under which Hutu clients worked for Tutsi patrons ».

41. Eugenia Zorbas, « Reconciliation in Post-Genocide Rwanda » (2004) 1:1 *AJLS* 29 à la p. 47 et ss.

42. Même si les crimes de l'APR n'étaient pas poursuivis jusque-là, l'exclusion de compétence sur les crimes de guerre a été juridiquement consacrée avec l'amendement de la loi sur les juridictions *Gacaca* intervenue en 2004. Les raisons souvent avancées sont notamment qu'il ne faut pas confondre le génocide et les crimes de guerre ou mieux, éviter un quelconque amalgame entre génocidaires (Hutus) et ceux qui ont arrêté le génocide (Tutsis). On ajoute que les tribunaux militaires devraient s'en charger.

43. Zorbas, *supra* note 41 à la p. 45; voir également Waldorf, *supra* note 40 aux pp.79-83.

44. Waldorf, *supra* note 40 aux pp. 67-68.

le gros des éléments de preuve provient des aveux des accusés. Or, au regard des conditions dramatiques de détention dans les prisons rwandaises, la plupart des aveux ne sont pas sincères. Les détenus recourent à la procédure de plaider de culpabilité dans le but d'obtenir une réduction substantielle de leur peine.

Ainsi, contrairement au modèle sud-africain, le *Gacaca* « nouvelle formule » constitue une sorte de justice formelle à l'administration de laquelle participe la population. Les efforts sont concentrés aux poursuites plutôt qu'à la réconciliation comme c'était le cas dans le contexte de la CVR sud-africaine⁴⁵.

C. Légalité en droit international de l'implication des mécanismes communautaires de justice transitionnelle dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux

Nous venons de voir que la CVR sud-africaine et les juridictions *Gacaca* rwandaises interviennent dans l'administration de la justice pénale internationale. Il s'agit maintenant de cerner la question à savoir si le droit international peut, dans une certaine mesure, servir de base juridique à l'intervention de ces institutions dans la répression des crimes internationaux. Cette question ne manque pas d'intérêt académique et pratique. En effet, le schéma actuel de justice internationale privilégie la voie des poursuites pénales devant des tribunaux pénaux internationaux ou nationaux. Ces fora judiciaires opèrent de façon complémentaire, le dernier mot revenant parfois aux juridictions internationales.

Le recours aux mécanismes communautaires de justice transitionnelle n'a jamais été spécifiquement régi par le droit international ni même n'a fait l'objet de discussions sérieuses. Comme l'affirment les Principes de Chicago, « despite the fact that

45. Aneta Wierzyńska, « Consolidating Democracy Through Transitional Justice : Rwanda's Gacaca Courts », (2004) 79 *N.Y. Law Rev.* 1934 à la p. 1963 [Wierzyńska].

these practices are often more closely bound to local society than courts and government institutions, they have often been ignored by States and international organizations »⁴⁶. Durant les négociations ayant abouti à la création de la Cour pénale internationale (CPI), la question a été éludée. En réalité, « the Rome Statute does not appear to have contemplated such a scenario; the approaches to justice reflected in the statute are seen to be universal. The apparent clash of an international conception of justice with local approaches raises basic questions of when and how the former must compromise with the latter »⁴⁷. Les négociateurs ont préféré laisser aux juges et au procureur de la CPI la responsabilité de déterminer le rôle et la légalité des mécanismes « alternatifs » à la justice pénale classique⁴⁸. Cette problématique n'est pas encore résolue jusqu'à présent. Il importe néanmoins de souligner que le Bureau du procureur a pris l'initiative de commanditer une étude d'experts sur le principe de la complémentarité⁴⁹. Analysant les mécanismes extrajudiciaires ou semi-judiciaires de lutte contre l'impunité, la majorité des experts a estimé qu'il serait préférable

(...) for the OTP to avoid promulgating too precise a position on the issue, until some experience is acquired in actual situations. Past experience demonstrates that it would be arduous to attempt to develop a general doctrine on how to assess such a situation. One must be alert to different contexts, including political, cultural, security-related and other factors. A proactive stance will however be necessary if, for example, the OTP is consulted by a

46. *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*, 2007, principe 6 à la p. 36 [*Principes de Chicago*].

47. Katherine Southwick, « Investigating War in Northern Uganda: Dilemmas for the International Criminal Court » (2005) 1:1 *Yale Journal of International Affairs* 107 aux pp. 113-114.

48. Mohamed M. El Zeidy, « The Principle of Complementarity : A New Machinery to Implement International Criminal Law » (2002) 23 *Mich. J. Int'l L* 869 à la p. 944.

49. *Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice*, La Haye, ICC-OTP, 2003.

State Party developing an alternative justice mechanism »⁵⁰.

Pourtant, la question n'est pas seulement un cas d'école. Plusieurs pays ont adopté des commissions vérité et réconciliation qui interviennent dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux. De même, dans le cas de la situation de l'Ouganda, dont la CPI est saisi, la légitimité des procédures pénales a été durement éprouvée par une certaine volonté ougandaise de recourir plutôt aux mécanismes traditionnels de justice. Dans l'accord signé entre le gouvernement ougandais et l'Armée de résistance du seigneur (LRA pour Lord's Resistance Army) sur l'imputabilité et la réconciliation, il a clairement été décidé que « traditional justice mechanisms, such as Culo Kwor, Mato Oput, Kayo Cuk, Ailuc and Tonu ci Koka and others as practiced in the communities affected by the conflict, shall be promoted, with necessary modifications, as a central part of the framework for accountability and reconciliation »⁵¹. Il nous semble déjà opportun pour le Procureur de prendre une position claire, même temporaire, par rapport à ces questions. Les juges pourraient, le cas échéant, se prononcer sur la question de la légalité et de la légitimité des mécanismes alternatifs s'ils en sont saisis dans le contexte de la situation de l'Ouganda ou dans une autre affaire. À cette même occasion, nous estimons qu'ils établiraient des lignes directrices des rapports que la CPI entend entretenir avec les mécanismes locaux. Ce ne serait pas ramer à contre-courant si la cour décide d'affirmer la légitimité, l'importance et la complémentarité de ces autres mécanismes de résolution des conflits⁵².

50. *Ibid.* à la p. 24 au par. 74. Il est à noter que deux membres du groupe proposaient plutôt, pour des raisons de transparence et de certitude juridique, que le procureur rende publique sa position concernant les différentes formes alternatives de justice, en l'occurrence les CVR, les mesures d'amnistie, etc., voir *supra* note 34.

51. *Agreement between the Government of the Republic of Uganda and the Lord's Resistance Army/Movement (LRA/M)*, Juba, 29 juin 2007, art. 3.1, voir en ligne : The New Vision <<http://www.newvision.co.ug/D/8/455/573798#>>.

52. Jeremy Sarkin « Carrots and Sticks: the TRC and the South African

À notre sens, l'approche à adopter devrait prendre appui sur deux éléments importants :

— La conception actuelle du droit pénal international qui habilite, voire oblige, les États à traduire en justice devant leurs tribunaux les personnes suspectées d'avoir commis les crimes internationaux les plus graves. Nous pensons que ceci vaut spécialement pour les mécanismes semi-judiciaires comme le *Gacaca*. Ainsi, en matière de crimes de guerre, les Conventions de Genève stipulent :

Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant.

Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes (...)⁵³.

Amnesty Process », *Recension de Peace, Justice and the Challenge of Amnesties* de Hans Hendrik Brydensholt (2005) 16 Crim. L.F. 377 à la p. 385.

53. Voir *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, RTNU, 1950, n° 970 à la p. 32, art. 49; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, RTNU, 1950, vol. 971 à la p. 86, art. 50; *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, RTNU, 1950, No 972 à la p. 136, art. 129; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, RTNU, 1950, No 973 à la p. 288, art. 146; *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, RTNU, 1979, n°

En matière de génocide, l'article V de la Convention sur le génocide prescrit que les personnes accusées de génocide ou de quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire où l'acte a été commis.

En outre, le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale (CPI) accorde une priorité juridictionnelle aux États dans la répression des crimes qu'il prohibe. C'est le sens qu'il convient de donner au principe fondamental de la complémentarité de la CPI par rapport aux juridictions étatiques⁵⁴. Ce principe prohibe donc l'exercice de compétence de la CPI lorsqu'un État intéressé et compétent exerce déjà sa compétence⁵⁵.

À travers ces quelques instruments internationaux, on se rend aisément compte que les tribunaux étatiques ont un fondement juridique solide en droit international pour réprimer les crimes internationaux⁵⁶. En outre, on constate que le droit international n'opère pas de distinction quant aux ordres juridictionnels en vigueur dans un État donné, c'est-à-dire qu'il ne recommande pas les tribunaux classiques au détriment des tribunaux traditionnels ou communautaires — là où ils existent — ou vice-versa. Ce qui est requis nous semble être une action étatique, dans le respect des normes fondamentales d'équité

17512 à la p. 271, art. 85. Ces textes peuvent être consultés en ligne sur le site du CICR : <<http://www.icrc.org/ihl>>.

54. *Statut de la Cour pénale internationale [CPI]*, adopté le 17 juillet 1998 par la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale tenue à Rome, Italie, voir Doc. NU A/CONF. 183/9, art.1.

55. Voir l'art. 17 du Statut de la CPI pour les conditions de recevabilité des affaires.

56. Elles le feraient en vertu de la compétence territoriale car, comme le dit C. Beccaria, un des fervents défenseurs du principe de la territorialité, « le lieu du châtement ne peut être que le lieu du délit, attendu que c'est là et non ailleurs qu'existe l'obligation de sévir contre un particulier pour défendre le bien public », voir Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, Genève, Droz 1965, Chap. XXIX, à la p. 55. (Paru en 1766 en italien sous le titre *Dei delitti e delle pene*, cet ouvrage a été traduit en français par Maurice Chevalier en 1965).

judiciaire, de telle sorte que les criminels de droit international ne jouissent pas d'une quelconque impunité. De cette façon, la légalité des institutions judiciaires traditionnelles ne serait pas contestée.

— L'art. 53(1) c) et (2) c) du statut de la CPI : cette disposition autorise le Procureur à ne pas enquêter ou poursuivre au cas où, compte tenu des informations qui sont à sa disposition, cela ne servirait pas les intérêts de la justice. Nous pensons ainsi que l'existence fonctionnelle d'institutions alternatives de justice, comme les CVR, serait un des facteurs à prendre en considération dans l'appréciation de la notion d'« intérêt de la justice ». La légalité des interventions des mécanismes extrajudiciaires, comme la CVR sud-africaine, paraît plus problématique au regard du droit pénal international. En effet, les commissions ne font pas partie de l'architecture judiciaire étatique. De même, elles aboutissent souvent aux offres d'amnistie pour les personnes suspectées responsables des atrocités, alors que ce genre de mesures est prohibé en droit international⁵⁷. Néanmoins, outre l'article 53(1) c) et (2) c) du statut de la CPI qui peut en constituer la base juridique, nous croyons que l'analyse de la légalité de ces mécanismes devrait tenir en considération leur nature et leurs objectifs avoués de justice. En effet, force nous est de faire constater que l'approche extrajudiciaire procède d'une conception plus globale de la justice qui va au-delà de la conception pénaliste libérale occidentale. Elle se focalise non seulement sur des individus pris isolément, mais plutôt envisagés par rapport à leur société, à leur groupe ou à leurs institutions d'appartenance. Même si les mécanismes extrajudiciaires ne débouchent pas à des sanctions pénales classiques, comme l'emprisonnement, ils aboutissent à une forme de responsabilisation individuelle (dire la vérité, présenter les excuses aux victimes) et collective (compensation des victimes par la société, blâmes ou propositions de réformes des institutions, etc.). Ce faisant, la responsabilité des suspects criminels qui comparaissent devant les CVR n'est pas escamotée et aucune impunité ne leur est garantie. On pourrait

57. *Principes de Chicago*, *supra* note 46, principe 1 à la p. 22.

donc difficilement contester leur légalité, encore moins leur légitimité. Seulement, il y a lieu d'en baliser l'action en répudiant le principe d'amnisties générales autour duquel un consensus existe quant à leur illégalité. Par contre, le modèle d'amnistie individualisée et conditionnelle adopté par la CVR sud-africaine⁵⁸ nous paraît approprié compte tenu des objectifs plus globaux de la conception de justice dont il s'inspire⁵⁹.

En conséquence, nous estimons que l'implication des institutions non judiciaires ou semi-judiciaires dans la répression des crimes internationaux n'est pas incompatible avec le droit international, tout au moins au niveau du principe. Il convient de mentionner, pour clore cette section, que le pluralisme juridique qui suppose une coexistence de systèmes juridiques distincts, mais concourant à un même objectif⁶⁰ peut constituer un cadre théorique d'analyse de la légalité des mécanismes alternatifs de justice transitionnelle et de leur complémentarité avec les tribunaux pénaux classiques⁶¹. Dans le contexte africain, cela ne serait aucunement une nouvelle expérience, car plusieurs pays connaissent une juxtaposition d'ordres judiciaires modernes et coutumiers.

La question qui découle de cette conclusion et que nous cernerons ci-dessous est celle à savoir pourquoi on recourrait à cette approche plutôt qu'aux tribunaux étatiques classiques ou internationaux. Parallèlement à cette analyse, nous traiterons des inconvénients potentiels inhérents à ces mécanismes.

58. Il est à préciser que le principe d'amnistie par la CVR a été judiciairement contesté mais sans succès, voir *Azapo Case*, *supra* note 12.

59. Milena Sterio, « Rethinking Amnesty » (2006) 34:3 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 373 aux pp. 398-399.

60. Jacques Vanderlinden et John Griffiths, « What is Legal Pluralism » (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism* à la p. 1 et ss.

61. Eric Blumenson, « The Challenge of a Global Standard of Justice : Peace, Pluralism, and Punishment at the International Criminal Court » (2005-2006) 44 *Colum. J. Transnat'l L.* 801 à la p. 853 et ss.

III. Avantages et inconvénients du recours aux mécanismes de justice transitionnelle développés en Afrique pour lutter contre l'impunité du crime international

Le recours aux CVR et aux juridictions traditionnelles pour combattre l'impunité comporte des avantages (1) mais suscite des critiques de la part des internationalistes (2).

1. Avantages des mécanismes communautaires de justice transitionnelle

L'implication des institutions de justice traditionnelle et des CVR dans la répression des crimes graves est bénéfique pour tous les intervenants et pour tous les intéressés, y compris la communauté internationale. L'attrait qu'inspire ce système est justifié par sa proximité, la sensibilité socioculturelle des intervenants, la célérité des procédures, la préoccupation de protéger les intérêts de la communauté, la participation active des victimes ainsi que la complémentarité des mécanismes aux efforts nationaux et internationaux.

A. Justice de proximité

Les mécanismes extrajudiciaires et les juridictions traditionnelles, là où elles existent et fonctionnent encore, ont l'avantage de siéger près des victimes et du lieu où les crimes ont été perpétrés. Ainsi, dans un forum de vérité-réconciliation, les responsables des crimes comparaissent dans leur milieu devant des personnes intègres rompues aux techniques de résolution pacifique des conflits. Dans le contexte des tribunaux traditionnels, les accusés comparaissent dans leur milieu et, le cas échéant, sont jugés par des juges auxquels ils sont habitués et qui parlent un langage qu'ils comprennent. Dans tous les cas, les victimes n'ont pas à être déplacées⁶² pour aller revivre leur

62. Les victimes de la tragédie rwandaise ainsi que celles du conflit en ex-Yougoslavie doivent voyager à l'étranger pour comparaître devant les tribunaux situés respectivement à Arusha (Tanzanie) et à La Haye (Pays-Bas).

calvaire dans un milieu parfois peu compatissant⁶³ et suivant des procédures parfois très envahissantes — comme le contre-interrogatoire — auxquelles elles ne s'attendent pas. La justice ainsi rendue est proche des justiciables et leur est très accessible sur tous les plans⁶⁴, ce qui augmente l'impact ou l'effet dissuasif des décisions de la CVR ou des juridictions traditionnelles dans le milieu où les crimes ont été commis.

La proximité est donc un avantage très comparatif qui contribue à réduire la distance juridique entre l'endroit où les crimes sont commis et celui où ils sont jugés⁶⁵ si l'on regarde les tribunaux internationaux qui siègent à l'étranger loin du lieu de la commission des crimes et des principaux intéressés et intervenants⁶⁶. Parlant de *Gacaca*, Wierzynska soutient qu'il sert à rappeler à « those involved in this continuing international effort that the primary recipient of transitional justice is not the international community, but the post-conflict society – comprised of both victims and perpetrators- that suffered during mass atrocities »⁶⁷. La justice ne peut donc être imposée par des décrets internationaux. Elle doit être enracinée localement et socialement acceptable⁶⁸.

63. Dans l'affaire *Nyiramasuhuko et al.* (dossier Butare), les juges William Sekule (Tanzania), Winston Maqutu (Lesotho) et Arlette Ramaroson (Madagascar) de la 2^e chambre ont ri pendant que le témoin TA (victime de viol) subissait un contre-interrogatoire musclé. Cela a soulevé un tollé auprès des organisations féministes même si les juges en question ont par la suite dit que leur réaction n'avait rien à voir avec le témoignage en question; voir notamment Binaifer Nowrojee, « *Your Justice is Too Slow* » *Will the ICTR Fail Rwanda's Rape Victims?* United Nations Research Institute for Social Development, Occasional Paper, 2005 à la p. 24.

64. Penal Reform International, *Access to justice in sub-Saharan Africa: the Role of Traditional and Informal Justice Systems*, 2000 à la p. 126 [Penal Reform International].

65. Frédéric Mégret, « In Defence of Hybridity: Towards a Representational Theory of International Criminal Justice » (2005) 38 *Cornell Int'l L. J.* 725 à la p. 730.

66. Chandra Lekha Sriram, « Universal Jurisdiction: Problems and Prospects of Externalizing Justice » (2001) 12 *Finnish Yearbook of International Law* aux pp. 47-70.

67. Wierzynska, *supra* note 45 à la p. 1966.

68. Tim Allen, « Ouganda : la justice traditionnelle est-elle une alternative

En outre, devant ces mécanismes de justice transitionnelle, les justiciables sont familiers avec ce système piloté par des citoyens intègres. Dans le cas des juridictions traditionnelles, ces derniers sont traditionnellement des chefs tribaux, ethniques, religieux ou des personnes adultes d'un certain âge qui connaissent les us et coutumes de la communauté et qui ont été initiés aux techniques de règlement des différends. Ce faisant, la justice est rendue par des juges « naturels ». Actuellement, comme l'emprise et l'autorité morale des chefs traditionnels s'effritent au profit des autorités étatiques et à cause de la détérioration de leurs conditions de vie, les citoyens-juges sont généralement des élus locaux⁶⁹, avec tout ce que cela implique en termes d'impartialité et d'indépendance. Nous y reviendrons.

B. Sensibilité culturelle des citoyens-juges

La proximité des mécanismes de justice transitionnelle étudiés emporte une connaissance factuelle ainsi qu'une sensibilité culturelle qui font parfois défaut dans le contexte des poursuites pénales internationales. L'absence de sensibilité culturelle chez les juges internationaux ne manque pas d'exercer une influence négative sur l'acceptabilité de leurs décisions et sur la réputation de tout le système judiciaire international dans les sociétés post-confliktuelles. Il sied de rappeler ici que la plupart des décisions internationales sont plus saluées par les experts internationaux et par les politiciens que par leurs premiers destinataires, c'est-à-dire les populations locales qui ont été directement affectées par les conflits. Selon M. Alvarez, « international tribunals are accountable to and respond most readily to, international lawyers' jurisprudential and other agendas and only incidentally to the needs of victims of mass atrocity »⁷⁰. En Sierra Leone par exemple, la population a

viable à la Cour pénale internationale? » (2008) 53:1 *Mouvements* 118 à la p. 118.

69. C'est le cas en Ouganda, au Rwanda, etc.

70. Jose E. Alvarez, « Crimes of States/Crimes of Hate: Lessons from Rwanda » (1999) 24:2 *Yale J.Int'l L.* 365 à la p. 410.

sévèrement critiqué la décision de poursuivre M. Hinga Norman⁷¹, ancien ministre de l'Intérieur, alors que c'est lui qui a mis en place une stratégie de protection des populations civiles contre les atrocités brutales de la Revolutionary United Front (RUF) de Foday Sankoh. Pourtant, le monde juridique applaudissait sa mise en accusation, car c'était la première fois dans l'histoire de la justice internationale qu'une personne faisait face à des accusations relatives à la conscription et à l'utilisation des enfants dans des conflits armés.

En fait, les crimes graves sont commis dans un contexte social, historique, politique et culturel particulier qui présente des subtilités parfois inaccessibles aux étrangers⁷². Pour ce faire, toute tentative de redressement social qui ne tient pas compte de ces facteurs serait, à notre sens, vouée à l'échec. Nous rejoignons en cela M. Drumbl qui affirme que « context, nuance, and local particularities should inform the design of responses to genocide, which should be individualized, carefully planned, and thoughtful »⁷³. C'est pour cette raison que les mécanismes alternatifs de justice transitionnelle se trouvent être un forum approprié de résolution du contentieux de génocide, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité. Leurs décisions auraient un impact positif sur le processus de paix et de réconciliation, un aspect actuellement très négligé dans le contexte de la détermination des peines devant les tribunaux étatiques classiques ou internationaux.

71. *Le Procureur c. Hinga Norman, Fofana et Kondewa*, SCSL-04-14-T. M. Norman, Fofana et Kondewa ont créé et dirigé la *Civil Defence Force* (CDF).

72. Dans l'affaire *Akayesu*, le TPIR a par exemple mis en exergue les difficultés à comprendre la culture et la langue rwandaises des témoins et des accusés, voir *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Jugement (2 septembre 1998) aux par. 155-156 (Tribunal pénal international pour le Rwanda, Chambre de première instance).

73. Mark Drumbl, « Punishment, Postgenocide : From Guilt to Shame to Civis in Rwanda » (2000) 75 N.Y.U.L.Rev. 1221 à la p. 1318.

C. Célérité des procédures

Outre la proximité et la sensibilité socioculturelle des mécanismes de justice traditionnelle et communautaire, nous devons souligner que les procédures devant ces instances sont rapides. En général, selon la gravité d'un cas, cela prend une journée ou deux pour prononcer un verdict. En réalité, les procédures sont rapides car elles sont très simplifiées. Elles sont caractérisées par l'absence de confrontation et la non-implication d'avocats, qui souvent s'embourbent dans des arcanes procéduraux ralentissant ainsi le cours normal des procédures. De même, la plupart des participants ont une connaissance plus ou moins claire des faits étant donné qu'ils vivaient là au moment des crimes⁷⁴. Ainsi, comme dans les autres mécanismes de justice réparatrice, on saute ou on passe très peu de temps à l'étape d'établissement des faits et de la culpabilité pour se focaliser sur la détermination de la peine⁷⁵.

La célérité procédurale a ainsi des retombées positives sur l'avenir de la société : on règle les contentieux en quelques jours et à l'avantage de tous les intervenants, accusés, victimes et le reste de la communauté. Les pages horribles de l'histoire sont ainsi tournées rapidement, ce qui permet à la société de passer à autre chose, notamment aux travaux de reconstruction, de développement, etc. En Afrique du Sud par exemple, la CVR sud-africaine a tenu des audiences pendant près de quatre ans et son travail s'est clôturé par la publication d'un rapport⁷⁶. Actuellement, l'Afrique du Sud apparaît comme une société plus ou moins réconciliée avec elle-même même si le président de la

74. Le Rwanda présente une exception dans la mesure où la plupart des gens qui interviennent dans les *Gacaca* sont venus après la victoire du FPR; ils vivaient dans les pays voisins au moment du génocide.

75. Kathleen Daly, « Revisiting the Relationship between Retributive and Restorative Justice », *Revised paper presented at Restorative Justice and Civil Society Conference*, Canberra, Australian National University, 1999 à la p. 6.

76. *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, 2003; en ligne : South African Government Information <<http://www.info.gov.za/otherdocs/2003/trc/>>.

CVR reste réaliste en affirmant que : (...) reconciliation is a long haul and depends not on a commission for its achievement but on all of us making our contribution »⁷⁷. Son développement ne cesse de grandir sur tous les plans.

On ne peut apprécier l'importance de cette célérité procédurale qu'en analysant la lenteur extraordinaire de la justice pénale internationale. Il n'est pas rare qu'un procès international dure plus de cinq ans⁷⁸! De notre point de vue, cela porte un grave préjudice à la réconciliation et à la reconstruction sociales, car l'épée de Damoclès reste éternellement suspendue au-dessus des individus les empêchant ainsi de penser au futur et d'adopter une attitude positive perspective et non rétrospective.

D. Souci permanent de protéger les intérêts de la société

La conception occidentale de la justice pénale met en avant les droits individuels et favorise la détermination du gagnant et du perdant. Cette conception est suivie au niveau des tribunaux classiques africains car elle leur a été léguée par la colonisation. Pourtant, là où les tribunaux coutumiers coexistent avec ceux de droit écrit, ils ont jusqu'à maintenant continué à mettre de l'avant la conception d'une justice collective, conciliatrice et réparatrice⁷⁹. Cette conception est inspirée de la philosophie *d'Ubuntu* en vigueur dans la plupart des sociétés culturelles africaines, en l'occurrence les *Bantu* éparpillés dans différents pays de l'Afrique

77. Archevêque Desmond Tutu, « Forword », dans *Truth and Reconciliation Commission of South Africa Report*, vol. VI, 2003 à la p. 1.

78. Au TPIR par exemple, débuté en juin 2001, le procès dans l'affaire *Nyiramasuhuko et al.* toujours en cours devant la deuxième chambre de première instance vient de durer près de 9 ans. Ce procès ne fait pas exception; celui de *Bicamumpaka et al.* est dans sa 6^e année alors que celui de *Bagosora et al.* s'est clôturé après 6 ans. À cela s'ajoute le temps passé en détention préjuridictionnelle qui est généralement de 4 ans et plus!

79. Mutoy Mubiala, *Le système régional africain de protection des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005 à la p.7; T.W. Bennet, *A Sourcebook of African Customary Law in Southern Africa*, Cape Town, Juta, 1991 à la p. 54.

centrale à l'Afrique australe. Bien qu'il soit difficile de traduire correctement cette philosophie profonde, il est généralement admis qu'elle prône la suprématie de la communauté et de l'humanité; ce faisant, elle place leurs intérêts au premier rang tout en mettant les obligations envers la communauté au-dessus des droits des individus qui en sont membres⁸⁰. En réalité, la vie et les droits des individus n'ont de sens que s'ils sont envisagés par rapport à la communauté. M. Khoza affirme que selon cette philosophie, « all humanity has a common origin and *ipso facto* belongs together. This creates a common bond and destiny for humanity. The individual is absorbed into the collective, yet retains an identity as an empirical being. Hence, I am because you are, and you are because we are »⁸¹. Cette philosophie met l'accent sur l'interdépendance des êtres humains.

Ainsi, les structures traditionnelles de règlement des conflits favorisent la réconciliation et privilégient les intérêts du groupe et la conciliation au conflit⁸². Dans le contexte traditionnel, justice et réconciliation ne sont pas antinomiques ou incompatibles⁸³, tout comme il n'y a pas d'opposition entre imputabilité et réconciliation⁸⁴. On vise donc l'harmonie sociale tout en réglant les différends qui opposent des membres d'une communauté donnée. Cette préoccupation permanente découle de la conception même que certaines sociétés ont de la communauté

80. Gessler Muxe Nkondo, « Ubuntu as public policy in South Africa: A conceptual framework » (2007) 2(1) *International Journal of African Renaissance Studies* 88 à la p. 90.

81. Reuel Khoza, *Let Africa lead: African transformational leadership for 21st century business*, Johannesburg: Vezubuntu Publishing, 2006, aux pp. xx-xxi; voir également Desmond Tutu, *No Future without Forgiveness*, New York, Doubleday, 1999 aux pp. 34-35.

82. RBG Choudree, « Traditions of Conflict Resolution in South Africa » (1999) 1:1 *African Journal on Conflict Resolution* 9 aux pp.10-1; voir aussi Charles Ntampaka, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2005 [Choudree].

83. Joe A. D. Alie, « Reconciliation and Traditional Justice: Tradition-based Practices of the Kpaa Mende in Sierra Leone », dans Huyse et Slater, *supra* note 29 à la p. 133 [Alie].

84. James Ojera Latigo, « Northern Uganda: Tradition-based Practices in the Acholi Region » dans Huyse et Slater, *supra* note 29 à la p. 110 [Latigo].

et des différends. En Afrique, « la communauté est un sujet privilégié de droit, quelle que soit sa forme (clan, ethnie, tribu, etc.). Ce concept renforce la solidarité entre les membres de la même communauté »⁸⁵. Dès lors, dans les sociétés qui épousent la philosophie d'*Ubuntu*, « a dispute between fellow members of a society is perceived not merely as a matter of curiosity with regard to the affairs of one's neighbour; but in a very real sense an emerging conflict is seen to belong to the whole community. According to the notion of *Ubuntu*, each member of the community is linked to each of the disputants, be they victims or perpetrators »⁸⁶. Selon M. Murithi, « the guiding principle of *Ubuntu* was based on the notion that parties need to be reconciled in order to re-build and maintain social trust and social cohesion, with a view to preventing a culture of vendetta or retribution from developing and escalating between individuals, families and the society as a whole »⁸⁷.

L'objectif de rétablir la cohésion et l'harmonie sociales est atteint par ricochet, car en résolvant des conflits interpersonnels, on y pourvoit en même temps. La CVR sud-africaine a été conçue et a effectivement fonctionné suivant cette conception africaine de la justice. Il en est de même pour les juridictions *Gacaca* dont l'objectif ultime est la réconciliation des différentes composantes ethniques rwandaises. Mentionnons enfin que cette conception africaine d'une justice collective a même été juridiquement consacrée dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, une charte qui protège non seulement les droits individuels, mais également les droits des communautés dans leur ensemble⁸⁸. Cela n'a pas d'équivalent dans le monde occidental.

85. Keba M'Baye, « Le concept africain des droits de l'homme » (1996) 6:3 Bulletin africain des droits de l'homme 1 à la p. 3.

86. Timothy Murithi, « African Approaches to Building Peace and Social Solidarity », (2006) 6:2 African Journal on Conflict Resolution 9 à la p. 19.

87. Timothy Murithi, « Practical Peacemaking Wisdom from Africa: Reflections on Ubuntu » (2006) 1: 4 The Journal of Pan African Studies 25 à la p. 32.

88. *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, adoptée par la dix-huitième Conférence des chefs d'État et de gouvernement de

Ainsi, les mécanismes communautaires de responsabilisation pour les crimes graves auxquels le Rwanda et l'Afrique du Sud ont eu recours poursuivent la protection des intérêts de la société dans son ensemble. Ils envisagent des solutions dans une perspective futuriste et transformatrice en insistant sur les valeurs auxquelles devraient désormais adhérer les membres de la communauté où les crimes ont été perpétrés. Cette approche pénètre et influence beaucoup la théorie de la justice transitionnelle. D'ailleurs, Erin Daly propose que cette dernière soit renommée « transformative justice »⁸⁹ car « the fundamental mission of transitional justice is to generate sociopolitical conditions that will prevent the recurrence of conflicts in postconflict societies »⁹⁰. Bref, s'ils sont convenablement conçus et moins manipulés, les mécanismes alternatifs de justice postconflituelle peuvent contribuer à la création d'une culture citoyenne (civic culture)⁹¹ capable de remplacer la culture du fusil telle que développée dans la région des Grands Lacs africains. Ils solidifieraient également les fondements de la démocratie, notamment par l'aspect participatif de la population dans le fonctionnement des mécanismes. En fin de compte, la démocratie permettra de prévenir la survenance des conflits et, en cas de survenance, facilitera leur gestion pacifique.

l'Organisation de l'unité africaine (actuellement Union africaine), à Nairobi, Kenya, juin 1981.

89. Erin Daly, « Transformative Justice: Charting a Path to Reconciliation » (2002) 12 Int'l Legal Persp. 73 à la p. 74.

90. Wierzyńska, *supra* note 45 à la p. 1939.

91. *Ibid.* à la p. 1952.

E. Forum approprié de réparation des dommages subis par les victimes

L'implication active de la population et des institutions locales dans le règlement des crises sociales graves se justifie en outre par l'actuelle préoccupation grandissante sur le sort et la place des victimes dans un procès pénal. Traditionnellement, tout au moins dans les pays de la Common law et dans les procédures pénales internationales pour les crimes odieux, l'administration de la justice met l'accent sur l'importance de la répression des crimes dans le respect des droits des accusés, notamment le droit à un procès équitable. Les victimes ne sont pas, en tant que telles, prises en considération par les tribunaux répressifs. C'est dans ce contexte qu'il faut situer et comprendre le fait que les victimes ne peuvent pas intervenir devant les juridictions internationales *ad hoc* sauf à titre de témoins à charge.

Néanmoins, la tendance actuelle est de reconnaître les victimes comme des parties aux procédures et non plus seulement comme des acteurs passifs (témoins). Plusieurs instruments juridiques ainsi que la doctrine reconnaissent que les victimes jouissent désormais d'une protection internationale⁹². Malgré cette

92. C'est notamment la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, voir Doc. NU A/Rés/40/34 adoptée par l'Assemblée générale en 1985; voir également le Statut de la CPI, *supra* note 54, art. 75 et 79; les *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Doc. NU, Résolution 60/147 adoptée par l'Assemblée générale le 16 décembre 2005; voir aussi *Ensemble de principes et de directives fondamentaux concernant le droit à des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire établi par M. Theo van Boven en application de la décision 1995/171 de la Sous-commission (des Nations Unies) de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités*, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1996/17, à la p. 4 au par. 7. Ces principes ont été dégagés sur base d'une étude menée par M. Theo van Boven, (Rapporteur spécial de la Sous-commission), *Étude concernant le droit à la restitution, compensation et réhabilitation des victimes des violations*

reconnaissance formelle des droits des victimes à l'échelle internationale, il n'est pas aisé d'obtenir réparation à ce niveau, car les victimes doivent d'abord convaincre les juges internationaux qu'elles méritent qu'on leur confère ce statut. Ce qui donne parfois lieu à des querelles juridiques préliminaires avant l'analyse des demandes de réparation sur le fond⁹³.

L'avantage des mécanismes de justice transitionnelle dont il est question dans cette recherche est qu'ils reconnaissent un droit inaliénable de la société et des victimes à la réparation des préjudices subis. Dans ces mécanismes, « justice means more than simply the imprisonment of offenders »⁹⁴. Ils sont conçus de telle sorte que les victimes aient un statut presque automatique de parties aux procédures. Aussi, les victimes sont connues dans leur milieu et les mécanismes peuvent procéder sans coup férir. Elles peuvent ainsi présenter aisément leurs revendications et obtenir une solution le même jour ou dans les jours qui suivent. Généralement, les biens matériels confisqués sont restitués rapidement et les réparations par équivalent pour d'autres sortes de crimes seront exécutées par les citoyens-juges et non par une entité extérieure. La situation des victimes peut donc être définitivement clarifiée en moins de quelques jours, ce qui leur permettra de se concentrer sur leur survie et sur leur avenir.

graves des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Doc. NU, E/CN.4/sub.2/1996/17.

93. *Situation in Uganda in the Case of The Prosecutor c. Joseph kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Raska Lukwiya, Dominic Ongwen*, affaire n° ICC-02/04-01/05, (CPI, Chambre préliminaire II), Decision on legal representation, appointment of counsel for defence, protective measures and time-limit for submission of observations on applications for participation a/0010/06,a/0064/06 to a/0070/06,a/0081/06 to a/0104/06 and a/0111/06 to a/0127/06, 1er février 2007 aux par. 1-3; CPI (Statut), art. 68 (3); CPI (RPP), règle 89 alinéa 2.
94. Mark Drumbl, « Pluralizing International Criminal Justice », (2005) 103 *Mich.L.Rev.*1295 [ci-après, Drumbl, « Pluralizing »] à la p. 1316.

F. Complémentarité aux efforts nationaux et internationaux de justice pénale internationale

L'ampleur de la criminalité internationale dépasse largement les capacités des structures judiciaires étatiques et internationales. En effet, les tribunaux de l'État éprouvés sont généralement délabrés de telle sorte qu'ils ne sont plus en mesure de fonctionner correctement⁹⁵. Ils font généralement partie des infrastructures à reconstruire après la survenance des atrocités massives et systématiques. Quant aux tribunaux internationaux ou internationalisés, ils ne sont conçus que pour juger une infime minorité des criminels de guerre⁹⁶. Ainsi, la paralysie du système judiciaire étatique ainsi que l'incapacité du système international à réprimer tous les crimes commis ont pour conséquence qu'une grande majorité de criminels restent dans une zone d'impunité dont la clôture ne peut être franchie que par le recours aux institutions alternatives de justice transitionnelle comme la CVR et les *Gacaca*.

95. Louis Joinet, « Face aux dilemmes de l'instauration des processus de justice transitionnelle », (2008) 53:1 *Mouvements* 48 à la p.49; Hansjörg Strohmeyer, « Collapse and reconstruction of a judicial system: the United Nations Mission in Kosovo and East Timor » (2001) 95 *AJIL* 1 à la p. 48; Hon. J.Lachapelle et W.A.Schabas, *Pour un système de justice au Rwanda*, Rapport révisé d'une mission exploratoire effectuée au Rwanda du 27 novembre au 6 décembre 1994, Montréal, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 1994.

96. Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford, University press, 2001 à la p. 326. L'art. 1^{er} du Tribunal de Nuremberg est à cet égard explicite quand il prévoit que la mission de cette juridiction est de « juger et punir les grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe ». De même, le Conseil de Sécurité des Nations Unies a pris « acte de la position exprimée par les Tribunaux pénaux internationaux selon laquelle ce sont les dirigeants civils, militaires et paramilitaires, et non les simples exécutants, qui devraient être traduits devant eux », voir Doc. NU S/Res/1329 (2000), 30 novembre 2000, au par. 7 du préambule. Par ailleurs, dans son rapport sur le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, le Secrétaire général des Nations Unies élargit la notion de « principaux responsables » pour inclure non seulement les dirigeants politiques et/ou militaires, mais aussi d'autres personnes investies de pouvoirs à des niveaux inférieurs dans la chaîne de commandement politique ou militaire dont les comportements sont jugés très graves et de grande

Ainsi, le recours à un forum de vérité et réconciliation ou aux institutions judiciaires traditionnelles dans le règlement du contentieux relatif aux crimes graves revêt une importance capitale. Il permet d'atteindre plus de responsables individuels sans épargner non plus les institutions qui ont joué un rôle dans la criminalité. Ce faisant, plus de victimes seront reconnues et leurs préjudices réparés. Aussi, des remèdes pour déraciner les causes profondes de la criminalité seront suggérés. Dès lors, nous sommes d'accord avec M. Latigo qui soutient que :

Neither glorifying traditional approaches as the only cure nor relegating them to the realm of the devilish is helpful to people seeking assistance in their suffering. It is only prudent to acknowledge the positive potential of traditional rituals and beliefs, not as contradictory to or competing with other approaches but as complementary to them. To ignore or discard traditional ways that have been seen to work in the past makes no sense. On the other hand, they cannot provide the cure for all ills⁹⁷.

Le Bureau du Procureur de la CPI appuie également « the complementary role that can be played by domestic prosecutions, truth seeking, reparations programs, institutional reform and traditional justice mechanisms in the pursuit of a broader justice »⁹⁸. En réalité, les deux ordres d'institutions (international et local) partagent la même responsabilité : celle de lutter contre l'impunité des crimes internationaux les plus graves.

Néanmoins, en dépit des multiples avantages qu'il offre, le « système africain » de justice transitionnelle n'est pas parfait. Il subit des critiques de la part des juristes internationalistes, occidentaux ou occidentalisés, qui estiment que certains de ses traits caractéristiques vont à l'encontre du droit international. Bien que certaines des critiques soient fondées, comme nous

ampleur; voir à cet effet le *Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, Doc. NU S/2000/915, 4 octobre 2000 aux par. 29-31.

97. Latigo, *supra* note 85 à la p. 117.

98. *Policy Paper on the Interests of Justice*, ICC-OTP, 2007 à la p. 8.

allons le montrer, le système comporte en son sein des correctifs qui minimisent l'impact négatif de ses inconvénients.

2. Critiques des mécanismes alternatifs de justice transitionnelle

L'implication communautaire dans la répression des crimes de guerre comporte des inconvénients et présente quelques dangers qui peuvent en compromettre l'impact et les chances de succès. Ces inconvénients ont trait à l'absence de certaines garanties juridiques d'un procès juste et équitable, tel qu'on les connaît en droit pénal international, ainsi qu'à la composition sexiste masculine de certaines institutions traditionnelles. Sur le plan du risque d'iniquité, les procédures sont caractérisées par l'absence d'un système de représentation légale des accusés, le double statut des citoyens-juges et des commissaires agissant à la fois comme juges et procureurs, le risque de poursuites sélectives, le risque de dépendance des citoyens-juges aux pouvoirs publics, etc.

A. Risque d'atteinte au droit à l'assistance d'un avocat pour les accusations les plus graves

En Afrique, le système judiciaire traditionnel ne connaît pas la représentation légale. Comme le dit Sachs, « in traditional African society, every man was his own lawyer, and his neighbours too, in the sense that litigation involved whole communities, and all the local men could and did take part in forensic debate »⁹⁹. Cela peut soulever des questions importantes d'ordre constitutionnel dans la mesure où les constitutions de la plupart des pays reconnaissent le droit à un avocat dans toute procédure judiciaire. Néanmoins, cette « lacune » est inhérente à la nature des mécanismes de règlement de conflits et au droit qu'ils appliquent. En effet, il est généralement reconnu que ces institutions consistent beaucoup plus en un forum d'arbitrage de

99. Abbie Sachs, *Justice in South Africa*, Berkeley, University of California Press, 1973 aux pp. 96-97.

différends qu'en véritables cours de justice¹⁰⁰. C'est ainsi que même dans quelques pays où on leur reconnaît une compétence pénale, leur juridiction est orientée vers le rétablissement de l'harmonie sociale en poursuivant, autant que faire se peut, la remise des choses dans leur pristin état¹⁰¹. Ce qui consacre l'exclusion du caractère contradictoire des procédures qui fonde le droit à l'assistance d'un avocat.

La non-reconnaissance d'un système de représentation légale s'explique également par le souci de préserver l'égalité des parties ainsi que par l'absence de formalisme procédural¹⁰². En effet, un pauvre peut affronter un riche sans que celui-ci puisse tirer avantage de sa fortune pour payer un avocat défenseur. De même, en Afrique du Sud par exemple, le National Development and Restoration of Traditional Customs Forum, une organisation des chefs traditionnels estime que no legal representation is necessary as the procedure is so uncomplicated that anyone can prosecute and defend a case »¹⁰³.

À notre avis, l'objectif des poursuites devant les mécanismes alternatifs (réconciliation, restauration de l'harmonie sociale, protection des intérêts de la communauté), leur nature ainsi que les sanctions possibles en cas de déclaration de culpabilité pourraient justifier cette situation. Ainsi, devant les structures judiciaires locales typiques, il serait acceptable d'envisager des poursuites sans que les accusés soient assistés d'avocats, d'autant plus qu'ils ne courent pas le risque de sanction pénale grave et que la confrontation n'est pas de mise entre les parties. L'intégrité morale, le bon sens, la sagesse et le sens d'équité des juges ainsi que la participation populaire suffiraient

100. Rusagara, *supra* note 20; Human Rights First, *supra* note 19.

101. South African Law Commission, *The harmonisation of the common law and indigenous law: Traditional courts and the judicial function of traditional leaders*, Projet 90, mai 1999 à la p. vii au par. 2 : « These community (...) should aim at reconciling the disputants and establishing harmony in the community » [South African Law Commission].

102. Bennett, *supra* note 79 à la p. 80.

103. South African Law Commission, *supra* note 101 à la p. 10.

pour garantir un procès juste et équitable dont le but serait de restaurer l'harmonie sociale par la médiation des différends.

B. Statut de juge et procureur reconnu aux citoyens-juges

Dans les procédures judiciaires traditionnelles, les juges interviennent à la fois comme juge et parties au procès. Ils accusent et jugent les parties. Sous cet angle, leur intervention porte en elle-même les germes d'injustice, surtout dans une situation où sévissent toujours des tensions politiques ou ethniques, voire les deux, et où les gens qui occupent la fonction de juge représentent en grande majorité, ou même en apparence, une ethnie ou une tendance politique rivale, ou les deux à la fois¹⁰⁴. En effet, le risque est grand d'assister à une justice inéquitable et populaire synonyme de vengeance. Ainsi, cette situation juridique est susceptible d'être attaquable sur le plan international, car elle consacre une atteinte au principe sacrosaint de la séparation des pouvoirs et à celui du droit d'un accusé à un procès juste et équitable. Cependant, force nous est de faire remarquer que ce risque n'est pas aussi grand qu'il paraît, à moins qu'il y ait manipulation ou ingérence des autorités politiques dans le fonctionnement des mécanismes communautaires. L'apparence de pouvoirs exorbitants des juges est contrebalancée par la participation populaire dans toute la procédure. En effet, dans plusieurs pays d'Afrique, les simples citoyens participent dans toute instance judiciaire avec le droit, pour les personnes adultes, d'interroger et de contre-interroger les parties ou les témoins et, le cas échéant, de donner leur point de vue sur les questions litigieuses. Ils participent aux délibérations s'ils ont passé les tests d'initiation requis pour pouvoir siéger

104. Cas du Rwanda par exemple, où les juges *Inyangamugayo* sont en grande majorité des Tutsis proches du Front patriotique rwandais (FPR), vainqueur de la guerre de 1994. Cela suit d'ailleurs la toponymie générale de l'appareil judiciaire dominé par les Tutsis et le FPR; ce que le prof. Cousineau appelle la « tutsification » du système judiciaire; voir M. Cousineau, « L'établissement de l'État de droit au Rwanda : un but irréalisable » (1996-1997) 28 Ottawa L. Rev. 171 à la p. 183.

comme juge-citoyen¹⁰⁵ et s'assurent que le système ne déraye pas. Donc, le « tribunal » ne se résume pas aux seuls chefs-juges mais aussi à toute l'assistance. C'est cela qui apporte l'élément communautaire dans cette forme de justice et qui contribue à limiter les abus du processus.

C. Risque de poursuites sélectives

La façon de fonctionner des mécanismes judiciaires traditionnels est très critique pour leur légitimité ainsi que leur crédibilité. En effet, si les citoyens-juges exercent un large pouvoir discrétionnaire à la manière d'un procureur international en opérant une distinction nette entre le groupe des victimes et le groupe d'auteurs alors que les suspects criminels et les victimes se comptent de part et d'autre, cela risque de perpétuer le conflit et la violence tandis que les procédures ont pour but d'y mettre fin. Cette situation s'est présentée au Rwanda où les juridictions *Gacaca* jugent uniquement les suspects « génocidaires ». Ceux-ci s'identifient clairement aux membres du groupe ethnique hutu tandis que les victimes s'identifient au groupe ethnique tutsi. Ce faisant, les criminels de guerre et autres criminels contre l'humanité d'origine ethnique tutsi restent impunis, d'autant plus que même le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) n'a, jusqu'à aujourd'hui, poursuivi aucun Tutsi malgré l'existence d'éléments de preuve qui auraient fondé ce genre de poursuites¹⁰⁶.

105. On peut signaler par exemple la cérémonie d'initiation dite *Ukwatirwa* en vigueur au Burundi au cours de laquelle une assemblée de sages reconnaît et confère publiquement la qualité de personne intègre (UMUSHINGANTAHE) aux candidats après quoi ils peuvent siéger et prendre part aux séances de délibérations à l'issue des audiences publiques.

106. *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Rwanda soumis par M. René Degni-Ségué, Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, en application du paragraphe 20 de la résolution S-3/1 du 25 mai 1994*, Doc. NU E/CN.4/1996/68, 29 janvier 1996; Tumba Tutu-De-Mukose, « Génocide rwandais : pourquoi Carla Del Ponte été jetée du TPIR par l'ONU? », *Afrique Éducation*, Bimensuel International Indépendant, n° 195-196 du 1^{er} au 30 janvier 2006; voir en ligne : Bimensuel International Indépendant <<http://www.afriqueeducation.com/archive/sommaire/article.php?id=298&version=195-196>>; A. Gui-

Les victimes hutues de la tragédie rwandaise n'auront donc pas de justice ni devant les instances internationales ni devant les instances locales. Cette situation crée des ressentiments envers les victimes non reconnues; elle présente potentiellement un risque pour la paix, la réconciliation et la stabilité de la société¹⁰⁷. Dans ce genre de situation de poursuites sélectives selon des critères discriminatoires inadmissibles en droit international, un tribunal international compétent pourrait se mettre en branle en se fondant sur le principe de la complémentarité afin de corriger les risques de dérive des institutions locales. Toutefois, on ne doit pas perdre de vue que dans le contexte de criminalité massive, toute action d'imputabilité et de responsabilisation des auteurs est nécessairement sélective; tellement le nombre de responsables potentiels est élevé; la poursuite de chaque individu ayant participé d'une quelconque façon aux atrocités serait économiquement et politiquement irréalisable.

D. Absence de légitimité et risque de manipulation ou d'instrumentalisation du processus local par les pouvoirs publics

Une objection relative à la légitimité des institutions locales et communautaires peut se concevoir. En effet, si elles ont pour but de maintenir l'harmonie sociale, comment se fait-il qu'elles aient laissé la société descendre aux enfers? À notre avis, cette objection ne serait toutefois pas valable pour leur dénier une quelconque compétence de réprimer les crimes internationaux. En effet, devant l'embrasement total de la société, même ces institutions locales ne sont pas épargnées¹⁰⁸; l'onde de choc est

chaoua, « Rwanda, une justice intimidée : Sous pression du gouvernement rwandais, la diplomatie ralentit l'action du TPIR », dans *Libération*, 23 mai 2006.

107. Dans un de ses rapports, le Service national chargé des juridictions *Gacaca* conclut qu'au nombre des obstacles se trouvent la persistance de l'idéologie génocidaire, l'intimidation et le terrorisme à l'encontre des rescapés du génocide et des témoins; voir [http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/Ppt/Realisation et perspectives.ppt](http://www.inkiko-gacaca.gov.rw/Ppt/Realisation%20et%20perspectives.ppt).

108. En Ouganda par exemple, « local systems have broken down over the course of the conflict, raising concerns about the neutrality and capacity

ressentie dans toutes les sphères de la société; peu de couches ou d'institutions sociales y échappent. Dans la plupart des cas, les vagues viennent d'en haut avec une force insurmontable à laquelle aucune institution ne peut résister dans la mesure où ce sont généralement les militaires, la police ou les autres organes étatiques ou rebelles qui sont impliqués ou qui sont à la base des atrocités. Ainsi, tout comme on ne pourrait pas mettre en cause la légitimité du TPIR au seul motif que la communauté internationale n'a pas pu empêcher ni prévenir le génocide rwandais alors qu'elle en était au courant, les institutions communautaires et locales gardent la légitimité pour participer au redressement national, malgré leur paralysie durant la crise.

En outre, l'impartialité et l'indépendance des citoyens-juges rendent les institutions judiciaires traditionnelles plus crédibles; en effet, les juges savent que seuls le droit et les faits dictent leur comportement et non les instructions ou les ordres qui viennent d'en haut. Ainsi, toute immixtion des pouvoirs publics dans le fonctionnement de ces mécanismes aura pour effet de déprécier la considération dont ils jouissent au sein de la communauté. Pourtant, ce risque n'est pas du tout éloigné, car les dirigeants d'une société postconflictuelle ont souvent un projet de société dont ils façonnent les contours. L'aspect réconciliation est spécialement intéressant pour eux et ils voudraient bien influencer sa réalisation dans le sens voulu par leur projet de société. En plus des pouvoirs publics, le fait que les citoyens-juges soient des élus locaux, parfois des intellectuels plus souvent motivés par des avantages matériels plutôt que par le réel souci de démontrer leur droiture et de restaurer l'harmonie sociale¹⁰⁹, risque d'avoir une grande influence sur l'indépendance des tribunaux locaux. En effet, ces participants scolarisés risquent de

of elders and cultural leaders to adapt local approaches to crimes committed during the conflict », voir Erin K. Baines, « The Haunting of Alice: Local Approaches to Justice and Reconciliation in Northern Uganda » (2007) 1 *The International Journal of Transitional Justice* 91 à la p. 97 [Baines].

109. Baines, *supra* note 110 à la p.95.

monopoliser la parole et d'intimider les témoins et les autres juges non instruits.

E. Le risque de banalisation de la justice (*junk justice*)

Les mécanismes communautaires de justice transitionnelle appliquent un régime de sanctions découlant des coutumes et des pratiques locales en matière de résolution pacifique des différends. Les sanctions traditionnelles typiques diffèrent de celles reconnues par le droit pénal international, en l'occurrence l'emprisonnement à titre principal¹¹⁰ ou exclusivement¹¹¹. Les sanctions communautaires sont principalement conçues pour permettre aux condamnés de s'amender et pour favoriser leur réinsertion dans la société. Au Rwanda, la loi sur les juridictions *Gacaca* prévoit comme peine la réparation civile des dommages causés aux biens d'autrui et des travaux d'intérêt général pour les autres cas¹¹². Nonobstant cela, elle n'exclut pas l'emprisonnement de son arsenal pénal pour les crimes portant atteinte à la vie et à l'intégrité personnelle¹¹³. Les travaux d'intérêt général sont exécutés dans des institutions d'accueil qui sont généralement des administrations publiques de l'État ou toute autre organisation agréée eu égard au caractère social des missions leur étant assignées et à l'intérêt que ces travaux à exécuter présente pour la population¹¹⁴.

110. En plus de l'emprisonnement, la CPI peut prononcer des peines pécuniaires, voir Statut de la CPI, *supra* note 54, art. 77 et ss.

111. Statut du TPIR, art. 23 : « La Chambre de première instance n'impose que des peines d'emprisonnement ».

112. Par travaux d'intérêt général, il faut comprendre « l'obligation faite à un condamné pour crime de génocide ou crimes contre l'humanité d'exécuter, en lieu et place de l'emprisonnement et avec son assentiment, un travail non rémunéré d'intérêt général, dans une institution habilitée (...) », voir *Arrêté présidentiel No 26/01 du 10/12/2001 relatif à la peine de travaux d'intérêt général alternative à l'emprisonnement*, art. 2, voir J.O.R.R. No 3 du 1^{er} février 2002 à la p. 92 et ss.; voir aussi Penal Reform International, *Le Travail d'Intérêt Général (TIG)-Quelques pistes de réflexion*, Rapport de monitoring et de recherche sur la Gacaca, Londres, mars 2007.

113. Loi Gacaca 2008, *supra* note 21 art. 17 et ss.

114. Arrêté présidentiel, *supra* note 114, art. 2 al. 2.

Même si l'emprisonnement n'est pas de mise dans la plupart des affaires, nous ne pensons pas que tout processus de responsabilisation qui s'appuie sur des sanctions communautaires banaliserait la justice. En effet, l'emprisonnement n'est pas l'unique forme de sanction possible. Les « tribunaux » communautaires recourent à d'autres formes de punition, en l'occurrence les compensations aux victimes, les travaux communautaires, les demandes de pardon, l'expression de remords, le retrait du droit de participer activement aux séances de règlement des différends, etc. Tout le processus ne doit pas être vu comme un moyen détourné visant à soustraire les criminels à leur responsabilité pénale et à assurer leur impunité. Les sanctions imposées, même si elles diffèrent des sanctions criminelles classiques, constituent une sorte de responsabilisation pénale à part entière et non une alternative au châtiement¹¹⁵. Ainsi, « rather than being softer on accountability than courts », ces mécanismes « deliver a differently textured accountability by moving beyond overly proceduralized forms of adversarial justice as adjudications of individual guilt toward a more complex account of individual, communal and institutional accountability »¹¹⁶.

Sur le plan de l'effectivité, les sanctions communautaires peuvent être parfois plus dures et plus humiliantes que les prisons étrangères, puisque les condamnés doivent les exécuter au milieu de leur communauté sous le regard direct de leurs proches et de leurs victimes. Ainsi, leur effet dissuasif sur les condamnés eux-mêmes et sur leurs pairs sera plus élevé qu'une sanction pénale d'emprisonnement prononcée par un tribunal

115. Ce point de vue est également soutenu par Antony Duff, (1992) « Alternatives to punishment -- or alternative punishments? », in Cragg, W (ed), *Retributivism and Its Critics*, Franz Steiner, Stuttgart, 1992, pp 44-68; voir Daly, *supra* note 75 aux pp. 11-12.

116. Paul van Zyl, « Dilemmas of Transitional Justice: The Case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission » (1999) 52 *Journal of International Affairs* 647-667; Christine Bell et Catherine O'Rourke, « Does Feminism Need a Theory of Transitional Justice? An Introductory Essay » (2007) 1 *The International Journal of Transitional Justice* 23 à la p. 40 [Bell et O'Rourke].

international et exécutée à l'étranger. De même, leur resocialisation ou leur réinsertion devient plus facile, car la peine est purgée au milieu de la société. Il sied enfin de noter que les tribunaux communautaires tiennent également compte de la gravité des crimes pour déterminer la peine applicable. Les sanctions autres que l'emprisonnement ne constituent donc pas une sorte d'amnistie, mais plutôt une autre forme de responsabilisation criminelle pour les actes qu'on a commis. En fin de compte, l'objectif principal de la justice pénale internationale est d'éviter que les crimes graves restent impunis.

F. Le caractère discriminatoire des juridictions traditionnelles

Dans plusieurs pays d'Afrique, il importe de souligner que les instances judiciaires traditionnelles sont fortement marquées par le système patriarcal et sont partant discriminatoires envers les femmes. Celles-ci ne peuvent pas participer de manière active à la tenue et au déroulement des procès¹¹⁷. Elles ne peuvent donc pas siéger; elles peuvent assister, mais elles n'ont pas le droit de poser des questions contrairement à leurs congénères masculins¹¹⁸. Elles ne participent pas non plus aux délibérations; bref, elles ne sont pas mises à contribution dans le processus de règlement judiciaire des conflits sociaux. Mis à part le défaut d'argument juridique solide fondant cette exclusion, une telle situation semble être inacceptable au regard de la place actuelle des femmes dans les sociétés postconflituelles. Nous y reviendrons plus loin.

En bref, en dépit de ses multiples avantages, le système de justice communautaire présente également quelques inconvénients qui fondent les objections énumérées ci-dessus.

117. Assumpta Naniwe, « The Institution of Bashingantahe in Burundi », dans Huyse et Salter, *supra* note 29 à la p. 167.

118. En Ouganda, les femmes ne sont pas associées à la prise des décisions ou à la médiation dans les forums traditionnels Acholi, voir notamment Baines, *supra* note 110 à la p. 107.

Néanmoins, celles-ci ne lui sont pas fatales. À certaines occasions on a vu que le système comporte en son sein des éléments régulateurs. Ainsi, compte tenu de l'expérience légendaire des institutions extrajudiciaires ou semi-judiciaires dans le règlement pacifique des conflits sociaux, elles constituent indubitablement un forum auquel on peut recourir pour compléter les efforts nationaux et internationaux en matière de répression des crimes internationaux les plus graves. Pour cette raison, le modèle rwandais amélioré ainsi que celui de l'Afrique du Sud seraient bénéfiques pour d'autres États.

IV. Apport de la conception africaine de la justice pénale internationale et perspectives

Dans cette dernière partie, nous évaluerons l'apport du système africain de justice transitionnelle au développement de la justice pénale internationale et tâcherons de suggérer quelques améliorations qu'on pourrait apporter au système sans toutefois le dénaturer.

1. Apport des modèles rwandais et sud-africain au développement du système de justice pénale internationale

La conception africaine d'une justice de proximité impliquant la participation communautaire a eu une influence certaine au niveau international. Par le biais de l'expérience de la CVR sud-africaine et des juridictions *Gacaca* rwandaises, un nouveau cadre de lutte contre l'impunité du crime international a été offert (A) suivant une nouvelle vision de la justice (B) qui envisage une sorte de responsabilité collective en plus de la responsabilité individuelle (C). Ce qui justifie un intérêt accru pour ces mécanismes afin d'en tester l'importance et la pertinence (D).

A. Création d'un nouveau cadre de lutte contre l'impunité du crime international

Le caractère massif de la criminalité internationale mène à la conclusion que le système classique de poursuites pénales n'est pas le mieux outillé pour l'endiguer et rendre justice aux milliers de victimes. Pour M. Drumbl, « although there is much to celebrate in holding systematic human rights abusers accountable for their actions, an iconoclastic preference for the criminal law may not always be the best way to promote accountability in all afflicted places and spaces »¹¹⁹. Selon MM. Bassiouni et Rothenberg, « domestic and international prosecutions on their own rarely provide victims and a suffering society with a complete approach to justice for past atrocities. Relying solely on formal legal action generally fails to fully address victims' needs and may reveal serious limitations within a transitional government that weaken society's faith in the legitimacy of judicial processes »¹²⁰. Dans ces circonstances, le mérite de l'expérience africaine est d'avoir envisagé d'autres formes de justice qui se rendent en dehors du décor judiciaire classique avec des objectifs pénologiques spécifiques. Ainsi, les mécanismes extrajudiciaires ou semi-judiciaires inspirés de la tradition africaine permettent de ne plus voir les poursuites au pénal comme étant le seul moyen de combattre l'impunité du crime international et d'aboutir à la justice. Au mieux, dans la mesure où ils engagent toute la société dans la recherche de solutions à ses problèmes, ces mécanismes constituent un atout complémentaire aux efforts des institutions judiciaires classiques et contribuent à asseoir une véritable justice considérée dans ce contexte comme une profonde transformation de l'ordre social, politique et juridique¹²¹. Ce qui permet

119. Marc Drumbl, « Collective Violence and Individual Punishment : The Criminality of Mass Atrocity », (2005) *N.W.U.L. Rev.* 539 [Drumbl, *Mass atrocity*] à la p. 547; Scharf, *supra* note 7 à la p. 400.

120. M. Cherif Bassiouni et Daniel Rothenberg, « Facing Atrocity : The Importance of Guiding Principles on Post-Conflict Justice », dans *Principes de Chicago*, *supra* note 46 à la p. 8.

121. Kader Asmal, « Stopping Crimes Through negotiations: The Case of South Africa », *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor*, 14 mars 2006 à la p. 12.

d'atteindre les objectifs plus globaux de paix, de justice et de réconciliation nationale, objectifs qui sont en apparence antinomiques aux priorités des nouveaux dirigeants d'une société qui sort difficilement de la crise. Pour le professeur Orentlicher par exemple,

If societies that have descended into the abyss of inhumanity bear a special burden of reckoning with their past, the work of highly respected truth commissions can facilitate a broader and more complex understanding of the machinery of mass atrocity than the circumscribed verdict of a criminal proceeding can do. At their best, moreover, truth commissions can advance a process of social inclusion and empowerment of previously marginalized – even brutalized – sectors of society, who may figure prominently in the work of a commission¹²².

De même, les institutions d'inspiration traditionnelle offrent un cadre supplémentaire et parfois plus efficace que le système judiciaire pour la réparation des préjudices subis par les victimes¹²³. Il peut être extrêmement difficile voire impossible pour les victimes d'obtenir une compensation devant les instances judiciaires. En effet, parfois les victimes ne sont pas en mesure d'identifier les responsables de leurs préjudices. Par ailleurs, même en cas d'identification de ces auteurs, ces derniers sont souvent extrêmement pauvres et ne peuvent pas indemniser les victimes. Dans ces cas, les institutions alternatives peuvent combler ces lacunes du système judiciaire et décider un système de réparation générale pour toutes les victimes identifiées. Cela a été fait en Afrique du Sud par exemple avec la CVR.

Enfin, l'expérience sud-africaine et rwandaise inspirent actuellement d'autres pays. Le modèle sud-africain de la

122. Diane Orentlicher, « Settling Accounts' Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency », (2007) 1 *The International Journal of Transitional Justice* 10 à la p. 16 [Orentlicher]. Elle poursuit en affirmant que les « Truth commissions can, moreover, speak to the future through their recommendations for institutional reform », *ibid.*

123. Résolution 60/147, *supra* note 92.

Commission vérité et réconciliation est actuellement adopté par beaucoup de pays émergeant de crises cycliques. Son président et principal animateur, l'Archevêque Desmond Tutu est fier de son expansion mondiale. En effet, même si l'Afrique du Sud n'était pas le premier pays à se doter d'une telle commission, Mgr Tutu affirme tout de même qu'il était « the first country to employ public hearings for victims in a belief that public truth, through its delivery of both knowledge and acknowledgement, serves as a form of justice in and of itself »¹²⁴. Et de renchérir : « (...)South Africa today stands as a model of merciful justice; of what can be achieved when enemies choose dialogue over violence. In the years since our TRC process, other countries emerging from civil conflict have embarked upon their own such commissions. Many, drawing from the South African experience, have incorporated the goal of reconciliation explicitly in both the name and mandate of their institutions »¹²⁵. Ce faisant, l'Afrique du Sud « has made such a foundational contribution to the field of transitional justice through its own experience »¹²⁶.

Le modèle judiciaire *Gacaca* a également eu des répercussions ailleurs en dépit de ses nombreuses défaillances¹²⁷. En Ouganda par exemple, le groupe ethnique Acholi voudrait recourir à sa forme de justice traditionnelle pour faire face aux criminels de guerre de la LRA. En effet, bien que cette ethnie soit la principale victime des atrocités commises par les belligérants (Lord's Resistance Army et les Forces ougandaises de défense), les leaders Acholi demandent avec insistance que la CPI retire les accusations portées contre les leaders de la LRA afin qu'ils soient poursuivis devant des mécanismes traditionnels de justice¹²⁸. Au

124. Tutu, *supra* note 9 à la p.6.

125. *Ibid.* à la p. 7.

126. *Ibid.*

127. Frédéric Paquin, *Le Rwanda après le génocide: Gacaca, Ingando et biopouvoir*, Mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit [non publié], Université du Québec à Montréal, 2007; Waldorf, *supra* note 40 aux p. 63-84; Sosnov, *supra* note 38 à la p. 149 et ss.

128. Kasaija Phillip Apuuli, « Amnesty and International Law: The Case of the Lord's Resistance Army insurgents in Northern Uganda », (2005) 5:2 *African Journal on Conflict Resolution* 33 à la p. 36; IRIN News, « Acholi

Soudan, la Commission Mbeki sur le Darfour a estimé que les « traditional justice models with their focus on conciliation and wider participation of the community also provide viable mechanisms for dealing with the past »¹²⁹. Le Rwanda constitue donc un modèle d'implication communautaire dans l'administration de la justice pénale internationale. Même si les juridictions *Gacaca* n'ont pas été efficaces, le concept est en soi séduisant et les pays qui doivent gérer un lourd passé peuvent y recourir. Le mécanisme produirait de bons résultats, à condition qu'il ne soit ni manipulé par les autorités politiques ni dénaturé, notamment en lui octroyant une compétence exorbitante qui dépasse ses capacités ou en lui demandant d'appliquer le droit international relatif aux infractions internationales comme c'est le cas pour les *Gacaca*¹³⁰.

Certains auteurs commencent d'ailleurs à y voir un forum important et complémentaire aux mécanismes classiques de justice. Prenant position sur le cas ougandais, la professeure Orentlicher croit qu'une approche « toward the LRA that is rooted in local culture is inherently more likely to be meaningful to victims – and in other important respects to "work" – than prosecutions that seem alien to Acholi culture »¹³¹. Elle émet cependant une réserve sur les mesures d'amnistie générale, car elles risqueraient de perpétuer la culture d'impunité observable sur le continent africain.

B. Une nouvelle approche de la justice transitionnelle

Malgré son caractère extraordinaire et massif, la criminalité internationale continue d'être traitée avec les mêmes méthodes et techniques juridiques utilisées pour les crimes ordinaires de droit

leaders in the Hague to meet ICC over LRA probe », Kampala, dépêche du 15 mars 2005; Bishop Baker Ochola, « Uganda: The Acholi Traditional Justice is Enough for Kony », *New Vision*, Opinion, 28 août 2006.

129. *Report of the African Union High-Level Panel on Darfur (AUPD)*, Union africaine, octobre 2009, doc. PSC/AHG/2(CCVII) au par. 205.

130. Waldorf, *supra* note 40 à la p. 52.

131. Orentlicher, *supra* note 124 à la p. 21.

commun¹³². Même si les suspects criminels sont poursuivis suivant les principes et normes de droit pénal international, force nous est de mentionner que ce droit s'est bâti et se consolide sur la base de principes et de règles de droit criminel nationaux¹³³, à tout le moins de ceux des grands pays qui pilotent le processus des relations internationales. Étant associées à d'autres cultures, ces règles se trouvent parfois déphasées par rapport aux réalités locales des sociétés éprouvées et ne répondent pas adéquatement à leurs besoins. Par exemple, dans les procédures internationales, les victimes comparaisant comme témoins de l'accusation sont soumis au contre-interrogatoire des avocats de la défense. En dépit de sa pertinence et de sa justification juridiques, nous pensons que cette technique n'est peut-être pas appropriée pour les gens qui ont survécu à un génocide.

Ainsi, dans le but de tenir en considération cet aspect massif et grotesque des crimes internationaux, l'Afrique a innové en ayant recours aux mécanismes semi-judiciaires et extrajudiciaires qui utilisent des méthodes découlant de traditions africaines et inspirées d'une philosophie de justice différente de la vision occidentale. Au-delà de la détermination de la culpabilité individuelle ou de l'innocence, la justice transitionnelle africaine vise l'harmonie et la réconciliation sociales, la reconstitution de nouvelles bases de cohabitation et d'interaction sociales, la transformation de la société, bref « the healing of breaches, the redressing of imbalances, the restoration of broken relationships »¹³⁴. Il est ainsi reconnu que « one of the most interesting developments in the field of transitional justice has been the expansion of the concept to include mechanisms designed to address "truth" and the incorporation of wider social concepts such as reconciliation, memory and identity, religious ideas like forgiveness, and perspectives from political science and sociology that consider the relationship of transitional justice to

132. *Drumbl, Mass atrocity, supra note 121 à la p. 542.*

133. Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford; New York : Oxford University Press, 2003 à la p. 18; M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2003 à la p. 588.

134. Tutu, *supra note 81 à la p. 55.*

state-building, democracy, and institutional change »¹³⁵. Ceci n'est pas pertinent dans le contexte occidental de la justice où le rétablissement des relations entre la victime et l'auteur n'est pas un facteur important dans l'administration de la justice. Dès lors, nous pensons que l'Afrique contribue considérablement au développement du système de justice transitionnelle en lui offrant un cadre théorique ou un fondement élargi, ce qui pourrait contribuer à un début de systématisation du droit pénal international afin d'assurer son autonomie par rapport aux principes de droit pénal interne sur lesquels il est présentement fondé.

C. Vers une responsabilité collective dans le cadre de la criminalité massive

Les poursuites pénales classiques visent à établir la vérité judiciaire sur base de la détermination de la participation individuelle d'un accusé. La responsabilité pénale individuelle est donc le point d'arrivée du processus pénal d'inspiration occidentale. Les causes ou les motivations de la criminalité ne sont analysées qu'accessoirement afin de situer l'affaire dans son contexte mais sans qu'aucune conclusion judiciaire en soit tirée.

L'expérience africaine explorée dans le cadre de cet article permet d'appréhender le phénomène criminel au-delà de cette conception individualiste et de cerner le rôle des institutions ou des organisations dans la création des conditions d'une criminalité aussi odieuse. C'est cela qui permettrait de saisir l'aspect massif et collectif de la criminalité. En fait, « ignoring or denying the uniqueness of the criminality of mass atrocity inhibits the development of effective methods to promote accountability for mass criminals »¹³⁶. En réalité, dans le contexte des massacres de masse, tuer devient comme un devoir civique; toute l'organisation sociale et étatique est derrière. Ce ne sont finalement pas les

135. Editorial Note, (2007) 1 *The International Journal of Transitional Justice* 1 à la p.2 [Editorial Note].

136. *Drumbl, Mass atrocity, supra* note 121 à la p. 568

criminels qui sont des déviants, mais les gens qui ne participent pas aux atrocités!

La doctrine soutient cette perspective. Critiquant l'approche du TPIR centrée sur les accusés individuels, le professeur Maogoto suggère que l'on devrait combiner cette méthode avec une perspective collective centrée sur l'analyse des défaillances structurelles et systémiques¹³⁷. Pour lui, « the ICTR almost exclusive focus on concrete entities, perceiving the individual actor as a building block of the genocidal reality, distorts and obscures the structural reality that converted tens of thousands of Hutus into a mass of killers (...) »¹³⁸. Ce faisant, le génocide rwandais est appréhendé comme « an event » et non comme « a state of affairs »¹³⁹. Pour cet auteur, « the international justice process must not erase the fact that the inter-ethnic conflict, while not genetically inbred, is firmly embedded in the socio-cultural and subconscious mind of the Rwandese society, and thus addressing these structural defects is a part of the process of deterrence »¹⁴⁰.

Pour M. Drumbl, le réductionnisme judiciaire qui confine la responsabilité aux individus ne permet pas aux tribunaux classiques de rechercher le degré d'implication des agences, institutions nationales ou étrangères ayant joué un rôle clé dans la mise en place des conditions de criminalité¹⁴¹. C'est probablement dans cette logique que M. Drumbl propose une doctrine de responsabilité collective¹⁴² qui permettrait de prendre

137. Jackson Nyamuya Maogoto, « The International Criminal Tribunal for Rwanda: A distorting Mirror; Casting Doubt on its Actor-oriented Approach in Addressing the Rwandan Genocide » (2003) 3:1 African Journal on Conflict Resolution 55 à la p. 84.

138. *Ibid.* à la p. 70

139. *Ibid.*

140. Maogoto, *supra* note 137 à la p. 68.

141. Drumbl, « *Pluralizing* », *supra* note 94 à la p. 1313.

142. *Ibid.* à la p. 1316. Il convient de noter que d'autres auteurs suggèrent une culpabilité collective (« collective guilt ») des institutions, des groupes ou de l'État auquel appartient un accusé, voir George P. Fletcher, « Collective Guilt and Collective Punishment » (2004) 5 Theoretical Inquiries L. 163; Joel Feinberg, « Collective responsibility » (1968) 65:21 The Journal of Philosophy 674-688; Virginia Held, « Group Responsibility

en considération la participation populaire massive à la perpétration des crimes.

D'où la pertinence du recours aux mécanismes autres que les tribunaux classiques pour appréhender toute la réalité des crimes internationaux. Se référant à la nature d'une CVR, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme soutient que :

Une commission de vérité se préoccupe de milliers de victimes et s'efforce de déterminer l'importance et les caractéristiques des violations commises dans le passé, ainsi que leurs causes et leurs conséquences. Savoir pourquoi on a laissé se produire certains événements peut s'avérer tout aussi important que la description précise de la matérialité des faits. En définitive, il faut espérer que le travail de la commission peut aider une société à comprendre et à reconnaître un passé contesté ou renié et, ce faisant, à porter à la connaissance du grand public les témoignages et les récits des victimes souvent restés à l'insu de la population. Une commission de vérité espère en outre prévenir de nouvelles violations en recommandant certaines réformes des institutions et des orientations¹⁴³.

L'approche africaine permettrait donc l'édification d'un droit international « that truly permeates the human populace not stopping at the gates of State but bridging the gap between collective and individual actors better than it has done before. The key condition for such a change is consciousness and more sensitivity to the actor-structure relationship »¹⁴⁴.

for Ethnic Conflict » (2002) 6 The Journal of Ethics 157-178; Margaret Gilbert, « Collective Guilt and Collective Guilt Feelings » (2002) 6 The Journal of Ethics 115-143.

143. Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Les instruments de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit les commissions de vérité*, Doc. ONU HR/PUB/06/1, 2006 à la p. 2.

144. Maogoto, *supra* note 137 à la p. 84.

D. Prise de conscience de l'importance et de la pertinence des mécanismes communautaires de justice transitionnelle

Les moyens que l'Afrique a développés pour maîtriser le phénomène de la criminalité massive ont suscité de l'intérêt au sein de la communauté internationale et chez les chercheurs. Les instances onusiennes, comme le Conseil de sécurité, n'hésitent plus à encourager les États qui émergent des crises cycliques d'envisager à la fois un processus de responsabilisation judiciaire à côté des commissions vérité et réconciliation¹⁴⁵. Dans sa résolution 1593 du 31 mars 2005 par laquelle il a été décidé de déférer au Procureur de la CPI la situation au Darfour, le Conseil de sécurité de l'ONU n'a pas manqué d'encourager « la création d'institutions auxquelles [seraient] associées toutes les composantes de la société soudanaise, par exemple des commissions vérité et/ou réconciliation, qui serviraient de complément à l'action de la justice et renforceraient ainsi les efforts visant à rétablir une paix durable, avec le concours de l'Union africaine et de la communauté internationale si nécessaire »¹⁴⁶. En outre, l'Assemblée générale a adopté une résolution qui reconnaît l'importance de protéger les droits des victimes¹⁴⁷. De même, des rapports spéciaux de l'ONU consacrent l'importance de ces initiatives de justice communautaire et s'efforcent plutôt de les encadrer¹⁴⁸. Koffi Annan, ancien secrétaire des Nations unies estime qu'« il convient d'accorder toute

145. Voir notamment la Résolution 1606 (2005) adoptée par le Conseil de sécurité à sa 5207^e séance, le 20 juin 2005 et confirmant la recommandation d'une structure mixte (commission vérité et chambre spéciale) faite par une mission d'experts onusiens pour le Burundi, voir Doc. ONU, S/2005/158 aux par. 53 et ss.

146. Doc. ONU S/RES/1593 (2005) à la p. 2 au par. 5.

147. Doc. ONU Résolution 60/147, *supra* note 93 au par. IX.

148. *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Rapport du Secrétaire général, Doc. ONU, S/2004/616, 23 août 2004 (ci-après Doc. ONU S/2004/616); Diane Orentlicher, « Ensemble de principes actualisé pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité » Doc. ONU, E/CN.4/2005/102 add.1, 8 février 2005 [Orentlicher, « Principes »].

l'attention qu'ils méritent aux mécanismes traditionnels autochtones et informels en matière d'administration de la justice ou de règlement des litiges (...) »¹⁴⁹.

Enfin, cette expérience a littéralement forcé le début de réflexions sur l'opportunité et la légitimité des mécanismes judiciaires traditionnels et communautaires. Cette réalité est captée et reconnue dans l'éditorial qui présente le nouveau journal international de la justice transitionnelle : « (...) the impact of non-Western cultures and different beliefs about justice have forced us to reexamine the mechanisms that have emerged; we have begun to ask ourselves about local practices of justice and the ways in which these may interrelate with the idea of universal jurisdiction and resistance to impunity »¹⁵⁰. Des chercheurs auxquels nous avons déjà fait allusion dans notre recherche¹⁵¹ ou des organismes internationaux comme l'International Institute for Electoral Assistance¹⁵², Penal Reform International¹⁵³, Avocats Sans Frontières¹⁵⁴, etc. s'y sont déjà penchés et nous permettent aujourd'hui de comprendre le fonctionnement de ces mécanismes, leurs forces et leurs faiblesses.

Bref, il est indéniable que l'expérience africaine en matière de répression des crimes internationaux a contribué à l'avancement du système de justice transitionnelle. Malgré cet apport incontestable, le système n'est pas parfait, tel qu'on l'a fait constater ci-dessus¹⁵⁵. Pour maximiser son potentiel, nous

149. Doc. ONU S/2004/616, *supra* note 150 à la p.16 au par. 36.

150. Editorial Note, *supra* note 137 à la p. 2; Erin K. Baines, *supra* note 110 à la p. 96.

151. Par exemple, longtemps en faveur des poursuites pénales comme mode de justice pénale internationale, la professeure Diane Orentlicher commence à se poser des questions du genre « Does justice inevitably entail prosecutions or does its meaning instead turn upon each society's historically and culturally specific experiences? », voir Orentlicher, *supra* note 124 à la p. 10.

152. Voir Huyse et Slater, *supra* note 29.

153. Penal Reform International, *supra* note 64.

154. Avocats sans frontières, *Monitoring des juridictions Gacaca – phase de jugement*, Rapport analytique No 3.

155. *Ibid.* aux pp. 19 et ss.

pensons que certaines améliorations pourraient aider à renforcer ses assises et sa respectabilité.

2. Pour l'amélioration du « modèle africain » de lutte contre l'impunité

Nous venons de montrer dans les pages précédentes que le système africain de justice pénale internationale essuie des critiques mais celles-ci ne lui sont pas fatales. Dans le but de sauvegarder et de renforcer son apport au système de justice internationale, nous pensons que le « modèle africain » peut être amélioré de façon à assurer une représentation féminine, à garantir le respect de certaines normes minimales d'équité procédurale ou à le doter d'assistants juridiques. En même temps, on devrait éviter de le dénaturer notamment en lui imposant une procédure et un droit applicables devant les systèmes de justice criminelle classique.

A. Assurer une représentation des femmes en matière de conception et de fonctionnement du « modèle africain »

Dans le cas des institutions judiciaires traditionnelles, nous avons vu qu'elles sont parfois discriminatoires à l'égard des femmes. Pour ce faire, nous pensons que le système gagnerait à revoir la composition sexiste des sièges de ces institutions afin de donner une place active et significative aux femmes. Il est en effet insoutenable de prétendre que la droiture, le sens de l'équité ainsi que la connaissance des coutumes soient l'apanage des seuls hommes. Nous pouvons relever et saluer l'exemple du Rwanda où le système *Gacaca* rénové comporte des femmes juges en son sein. À notre sens, mis à part le défaut d'argument juridique solide fondant cette exclusion, la situation et le rôle actuels des femmes dans les sociétés postconflituelles justifient leur association au processus. En effet, ces dernières sont largement majoritaires dans les villages étant donné que la plupart des hommes sont morts ou sont emprisonnés pour les crimes commis lors de crises comme c'est le cas au Rwanda. Les femmes sont donc de

véritables chefs de famille dans la plupart des ménages. Cette situation en fait également des témoins privilégiés.

En outre, l'ampleur des crimes à caractère sexuel¹⁵⁶ ou de ceux commis par des enfants mineurs dans le contexte des conflits armés milite en faveur de la participation des femmes dans le processus. Ainsi, l'implication des femmes juges ou des femmes commissaires permettrait de donner une chance aux nombreuses victimes de crimes à caractère sexuel perpétrés dans le contexte d'une guerre de faire entendre leurs voix. En effet, étant donné le caractère tabou qui entoure tout ce qui a trait au sexe ainsi qu'à la composition masculine des tribunaux, le risque d'une double victimisation des femmes qui ont subi ces crimes est grand. Seuls des jurys spéciaux composés exclusivement ou majoritairement de femmes pourraient traiter de cette question de façon crédible et efficace, car ils inspireraient confiance aux victimes et offriraient la compassion et la sensibilité nécessaires¹⁵⁷. Certains auteurs estiment même que les mécanismes d'inspiration traditionnelle constituent un forum idéal par rapport au système classique qui aboutit généralement à une revictimisation des femmes victimes des infractions d'ordre sexuel¹⁵⁸. En effet, le système contradictoire permet aux avocats des accusés d'amener les victimes d'infractions sexuelles à raconter leur version des faits dans une perspective visant à tester

156. Voir à cet effet Human Rights Watch, *Shattered lives : Sexual Violence during the Rwandan Genocide and its Aftermath*, Washington, D.C., 1996.

157. Cela a été fait en Afrique du Sud avec la Commission vérité et réconciliation; voir notamment Banque mondiale, *Gender, Justice and Truth Commissions*, Washington, DC, Banque mondiale, 2006 à la p. 26; voir également Diane Orentlicher, *Étude indépendante, assortie de recommandations, visant à aider les états à renforcer les moyens dont ils disposent au niveau national pour combattre l'impunité sous tous ses aspects*, Doc. ONU E/CN.4/2004/88, 27 février 2004 au par. 19(f). Il en a été de même au sein des juridictions rwandaises *Gacaca*, voir Sarah L. Wells, « Gender, Sexual Violence and Prospects for Justice at the Gacaca Courts in Rwanda » (2005) 14 *Southern California Review of Law and Women's Studies* 167.

158. Bell et O'Rourke, *supra* note 118 à la p. 26.

leur crédibilité¹⁵⁹. Elles ne se sentent donc pas à l'aise de libérer leur esprit et de raconter leurs malheurs devant un auditoire peu compatissant.

Enfin, au-delà même de l'implication féminine dans le fonctionnement des mécanismes de justice transitionnelle, les femmes devraient également participer à la conception de ces cadres afin que ces derniers puissent leur inspirer confiance et soient effectifs¹⁶⁰. C'est même à notre sens une question d'équité et d'égalité dans la mesure où les femmes constituent la force active majoritaire dans des sociétés postconflituelles.

B. Garantir le respect de certaines normes minimales d'équité procédurale

Le « modèle africain » peut aussi être amélioré afin de tenir en considération certaines des garanties juridiques d'un procès équitable telles qu'elles sont comprises par la communauté internationale. Précisons néanmoins que cette proposition vaudrait pour les mécanismes, comme le *Gacaca*, qui auraient la compétence d'engager des poursuites pour crimes internationaux, intégrant ainsi des aspects de la justice criminelle classique rétributive. L'octroi d'une telle compétence serait donc manifestement incompatible avec l'absence de représentation légale qui caractérise les systèmes judiciaires traditionnels et communautaires. Cette omission heurterait profondément une protection fondamentale de la personne humaine à savoir le droit à un avocat considéré comme un élément important du droit à un procès équitable¹⁶¹. La question qui se pose dès lors est celle de

159. Julie Mertus, « Shouting from the Bottom of a Well: the Impact of International Trials for Wartime Rape on Women's Agency » (2004) 6 *International Feminist Journal of Politics* 110 à la p. 112.

160. Bell et O'Rourke, *supra* note 118 à la p. 31. Voir aussi Orentlicher, « Principes », *supra* note 150, principes 6, 7, 32 et 35.

161. *Le Procureur c. Hinga Norman, Fofana et Kondewa*, SCSL-04-14-T, Decision on the Application of Samuel Hinga Norman for Self Representation Under Article 17(4)d of the Statute of the Special Court (8 juin 2004) au par. 23, (Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), Chambre de première instance) *Le Procureur c. Slobodan Milosevic*, IT-02-

savoir si la communauté internationale, pour le compte de laquelle la justice est rendue, tolérerait une entorse juridique d'une telle gravité surtout que les suspects font face à des accusations graves qui, une fois juridiquement prouvées et judiciairement établies, emportent une sanction pénale privative de liberté. Nous estimons qu'il serait important de prévoir, ne fut-ce qu'à titre facultatif, que les accusés qui le veulent soient assistés par leurs conseils. Cela se justifie essentiellement par le risque pour eux d'être condamnés à une peine d'emprisonnement¹⁶² mais aussi par le fait que le droit applicable ainsi que la procédure ne relèvent plus du droit coutumier.

La position de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples par rapport au droit à l'assistance d'un avocat appuie notre point de vue. En effet, dans ses directives et ses principes relatifs à un procès équitable, la Commission soutient que : « The following provisions shall apply, as a minimum, to all proceedings before traditional courts: (...) an entitlement to seek the assistance of and be represented by a representative of the party's choosing in all proceedings before the traditional court »¹⁶³. Pour la commission, « an accused person (...) has right to choose his or her own legal representative at all stages of the case »¹⁶⁴. Ce droit est tellement important qu'elle a jugé bon de l'étendre même aux procédures qui se déroulent devant les tribunaux traditionnels. Aussi, tout en reconnaissant

54-T, *Motifs de la décision relative à la commission d'office des conseils de la défense* (22 septembre 2004) au par.32 (TPIY, Chambre de première instance).

162. Les juridictions *Gacaca* peuvent prononcer une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 30 ans, voir *Loi Gacaca 2008*, *supra* note 21 à l'art. 17.

163. *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Doc. OS(XXX) 247 au par. Q b) 8), à la p.22.

164. *Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Doc. OS(XXX)247 au par. H (d) à la p. 7; voir également plus loin où il est stipulé « the accused has the right to choose his or her counsel freely. This right begins when when the accused is first detained or charged. A judicial body may not assign counsel for the accused if a qualified lawyer of the accused's own choosing is available », au par. N(2) d) à la p. 14.

leur importance, M. Annan estime que les mécanismes extrajudiciaires ou semi-judiciaires doivent conserver leur rôle « (...) en se conformant à la fois aux normes internationales et à la tradition locale »¹⁶⁵. Les Principes de Chicago appellent également tous les intéressés, États, sociétés civiles et communautés à travailler de concert pour trouver « a balance between traditional processes of justice and key human rights protections »¹⁶⁶.

Dans le cas d'autres mécanismes appliquant exclusivement du droit coutumier, où la confrontation n'est pas de mise entre les parties et ne pouvant pas prononcer une sanction d'emprisonnement, nous pensons que l'objectif des poursuites (réconciliation, restauration de l'harmonie sociale, protection des intérêts de la communauté), la nature des mécanismes alternatifs ainsi que les sanctions possibles en cas de déclaration de culpabilité pourraient justifier la non-représentation des accusés. Devant les structures judiciaires locales typiques, l'intégrité morale, le bon sens, la sagesse et le sens d'équité des juges ainsi que la participation populaire suffiraient pour garantir un procès juste et équitable dont le but est de restaurer l'harmonie sociale par la médiation des différends. Par ailleurs, la procédure devant ces fora traditionnels est considérée comme « substantially informal and less intimidating, with the people who utilise these courts being more at ease in an environment that is not foreboding »¹⁶⁷. Les règles de pratique devraient être très simplifiées afin de sauvegarder l'indépendance des citoyens-juges ainsi que leur liberté de trouver des solutions adéquates.

C. Doter les institutions d'assistants juridiques

Dans ce contexte précis de crimes graves, il est fondamental que les juridictions traditionnelles et les CVR soient assistées, dans l'accomplissement de leurs nouvelles attributions, par un corps de gens dotés d'une formation juridique, de préférence en droit coutumier. Dans le cas des CVR, tout dépendra de son

165. Doc. ONU S/2004/616, *supra* note 150 à la p. 16 au par.36.

166. *Principes de Chicago*, *supra* note 46, principe 6 à la p. 36.

167. Choudree, *supra* note 83 à la p. 13.

mandat. Si comme en Afrique du Sud, une commission doit accorder des mesures d'amnisties, l'assistance des experts en droit s'impose. Devant la CVR sud-africaine, la commission chargée d'étudier les demandes d'amnistie était présidée par un juge de la Cour suprême. Dans le cas des juridictions traditionnelles, ces assistants tiendraient notamment le registre des décisions prises dont ils auraient dressé des rapports synthétiques d'audiences. Dans certains États, cela a même été suggéré pour les affaires pénales ordinaires. Ainsi, la South African Law Commission estime que « trained para-legals should be appointed by the Ministry of Justice to assist traditional courts as clerks of court. This would help the courts to assess and avoid decisions that might be in violation of the Constitution or the law or that are beyond the jurisdiction of the court »¹⁶⁸. De même, des juristes spécialisés en droit coutumier assistent et assurent la formation des juges et autres intervenants au sein des tribunaux coutumiers sierra-léonais¹⁶⁹. Nous estimons que cette proposition vaut *a fortiori* pour les situations où les citoyens-juges font face à une criminalité grotesque, systématique et généralisée. Ce qui a d'ailleurs été fait au Rwanda car la loi N° 16/2004 du 19/6/2004 prévoit que les juridictions *Gacaca* peuvent s'assurer du concours de conseillers juridiques désignés par le Service national des juridictions *Gacaca* chargé d'assurer le suivi, la supervision et la coordination des activités des juridictions *Gacaca* chaque fois qu'elles en ressentent le besoin¹⁷⁰. Pour ce faire, l'enseignement du droit coutumier dans les écoles de droit devrait avoir une place significative afin de comprendre l'enracinement socioculturel des règles juridiques applicables devant les institutions judiciaires traditionnelles.

3. Reconnaître une compétence matérielle limitée aux institutions ayant un rôle essentiellement judiciaire

Dans le cas des institutions traditionnelles qui se voient principalement attribuer une compétence judiciaire en matière de

168. South African Law Commission, *supra* note 102 au par. 5.7.

169. Alie, *supra* note 84 à la p. 134.

170. *Loi Gacaca 2004*, *supra* note 21 art. 26.

crimes internationaux comme les *Gacaca*, nous pensons que leur compétence matérielle devrait être limitée aux gens qui ont agi comme exécutant plutôt que comme planificateurs et autres supérieurs hiérarchiques. En effet, ces derniers risquent de défier ou de manipuler le système traditionnel composé essentiellement de gens non instruits qui généralement présentent un complexe d'infériorité face aux gens scolarisés. Ces criminels de haut rang ne seraient pas pour autant impunis; les tribunaux étatiques ou internationaux pourraient s'en charger ou alors leur responsabilité serait mise en cause devant des CVR.

Ainsi, les citoyens-juges pourraient juger tous les crimes commis par des personnes qui agissent en tant qu'exécutants. Dans ce groupe, une catégorie spéciale de criminels de guerre attire notre attention : ce sont les enfants qui ont commis des crimes dans le contexte des conflits armés ou des atrocités généralisées et systématiques, comme le cas des ex-enfants soldats. Actuellement, il y a un débat sur la question de savoir si ces enfants devraient être considérés comme des auteurs ou des victimes de l'embrassement social auquel ils ont malheureusement participé¹⁷¹. Quelle que soit la réponse apportée à cette problématique, il nous semble que les enfants qui, malgré leur jeunesse, ont été impliqués à la perpétration des atrocités doivent faire face à une forme de responsabilisation pour leurs actes. La question qui se pose serait plutôt celle du forum approprié pour les confronter à leurs victimes et à leurs actes monstrueux. Les tribunaux étatiques sont certainement compétents surtout en se fondant sur la compétence territoriale et sur les lois pénales étatiques. De même, certains tribunaux internationaux se voient conférer la compétence de juger les enfants criminels de guerre. C'est le cas notamment du Tribunal spécial pour la Sierra Leone qui, en vertu de l'art. 7 de son statut, est habilité à juger les

171. Pour un résumé de cette problématique, voir Pacifique Manirakiza, « Les enfants face au système international de justice : à la recherche d'un modèle de justice pénale internationale pour les délinquants mineurs », (2009) 34 *Queen's L J* 719.

enfants. Néanmoins, à une année de la fin de son mandat¹⁷², aucune poursuite n'a été engagée contre une personne réputée enfant au moment des faits.

Malgré la compétence des tribunaux criminels classiques, il nous semble que ces instances, surtout les tribunaux internationaux, ne seraient pas appropriées pour juger les enfants criminels de guerre. De notre point de vue, le modèle de juridictions traditionnelles ainsi que celui des CVR réglerait adéquatement les contentieux impliquant les enfants lorsqu'ils découlent des atrocités généralisées. En effet, les intervenants dans ces institutions sont en mesure de comprendre comment les enfants sont arrivés jusque-là et également pouvoir prendre des mesures adaptées aux besoins directs de la communauté et des enfants eux-mêmes. En Sierra Leone par exemple, certains enfants soldats ont comparu devant la CVR sierra léonaise¹⁷³ et d'autres devant des mécanismes traditionnels; ces initiatives ont favorisé leur réintégration sociale¹⁷⁴. Cela est d'ailleurs conforme aux recommandations onusiennes¹⁷⁵ et aux prescriptions de certains instruments juridiques internationaux¹⁷⁶. Au Rwanda, bien que le phénomène des enfants soldats n'était pas prononcé, force nous est de faire constater que des enfants ont été poursuivis pour génocide bien qu'il soit douteux que certains d'entre eux en aient eu la *mens rea* requise¹⁷⁷. En fin de compte,

172. *Special Court for Sierra Leone Completion strategy*, Doc. NU A/59/816-S/2005/350, 27 mai 2005.

173. The Final Report of the Truth & Reconciliation Commission of Sierra Leone, 2001, volume 3B. La CVR sierra léonaise a même rédigé un rapport spécifique aux enfants, voir Truth and Reconciliation Commission Report For the Children of Sierra Leone, en ligne : <<http://www.trcsierraleone.org/pdf/kids.pdf>>.

174. Alie, *supra* note 84 à la p. 145.

175. Doc. ONU S/2000/915, *supra* note 97.

176. *Principes directeurs relatifs aux enfants associés aux forces armées ou aux groupes armés*, adoptés à l'occasion de la Conférence internationale consacrée aux enfants associés aux groupes et forces armés : « Libérons les enfants de la guerre », Paris, février 2007 au par. 3. 6.

177. Renata Winter, « Child Soldiers », dans Collins et al. (ed.), *Droits de l'enfant : actes de la Conférence internationale*, Ottawa 2007 à la p. 494.

ils étaient renvoyés vers le Centre de réhabilitation et de réinsertion de Gitagata.

Nous pensons donc que le modèle des institutions judiciaires traditionnelles ainsi que celui des CVR constitue un forum idéal de rééducation et de resocialisation des enfants présumés criminels de guerre. Comparés au sein de leur communauté, ces derniers devraient avant tout être considérés comme ayant été victimes de la crise et des circonstances qui ont débouché à la crise avant d'en porter le fardeau. Un mécanisme de justice locale ou de CVR serait donc le mieux indiqué pour assurer leur « réhumanisation », tout en leur donnant l'espoir de vivre comme de bons membres de la communauté et non comme des parias ou des gens totalement déviants. Les cérémonies de purification¹⁷⁸ ou de prières qui font généralement partie de la procédure des mécanismes locaux contribuent énormément à redonner espoir dans cette jeunesse complètement désabusée par les adultes.

178. En Ouganda, l'ethnie Acholi fait souvent recours au mécanisme dit *Mato Oput* qui est un cérémonial de réconciliation consistant à réunir un responsable et sa victime ou une parenté de la victime au cours duquel on leur fait boire un liquide extrait des racines d'un arbre (*Oput*) et mélangé à de l'alcool. En plus, les membres des deux familles boivent à la même coupe et à la fin un repas copieux est partagé par les chefs et toute l'assistance en guise de célébration de cette réconciliation. Cela symbolise qu'on met fin à la colère. En même temps, une tête de chèvre et une tête de bouc sont échangées entre les deux familles, voir Latigo, *supra* note 85 à la p. 105; voir également Barney Afako, « Reconciliation and Justice : « Mato Oput » and the Amnesty Act », cité dans Apuuli, *supra* note 128. De même, on recourt au *moyo kum*, une cérémonie pendant laquelle le corps d'une personne est lavé afin d'éloigner les malédictions ou les mauvais esprits qui se sont acharnés sur lui; voir Latigo, *supra* note 85 à la p. 106.

4. Éviter de leur imposer d'appliquer le droit pénal international

Même si le système des CVR et des institutions judiciaires traditionnelles interviennent dans le contexte des crimes de droit international, il serait illogique, voire inconcevable, de leur demander d'appliquer le droit pénal international pertinent (même si c'est le cas pour les *Gacaca*). Non seulement cela risquerait de compromettre leur mission et d'altérer leur nature, mais aussi les intervenants seraient incapables de comprendre le sens et la portée de ses règles. Dans le cas des CVR à la sud-africaine, il importe de souligner que les commissaires déterminent et suivent une procédure essentiellement inspirée des conceptions africaines de résolution des conflits, mais qui leur permettrait d'atteindre leurs objectifs globaux en matière de justice. Pour ce qui est des tribunaux locaux, ils appliquent un droit et une procédure qu'ils comprennent bien, c'est-à-dire le droit coutumier. Dans tous les cas, le droit applicable n'est pas figé; il se caractérise par sa flexibilité qui lui permet d'être efficace pour trouver des solutions justes dans toutes les situations¹⁷⁹. De cette façon, l'objectif même des procédures devant ces institutions – l'harmonie sociale – peut être aisément accompli. On ne devrait pas demander aux mécanismes de justice transitionnelle d'appliquer le complexe droit pénal international qui découle d'une combinaison de règles relevant de plusieurs branches du droit, notamment le droit international humanitaire, le droit international public et le droit international des droits de l'homme. Les citoyens-juges seraient incapables d'en comprendre le sens et la portée.

De même, dans plusieurs contextes, ce droit pénal international n'a aucune assise socioculturelle et consiste plutôt en une importation de principes et de concepts juridiques dont la maturation a été réalisée dans d'autres cultures, en l'occurrence

179. Pour M. Choudree, « traditional courts have a major advantage in comparison with the other types of courts in that their processes are substantially informal and less intimidating, with the people who utilise these courts being more at ease in an environment that is not foreboding », voir Choudree *supra* note 83 à la p. 13.

la culture occidentale¹⁸⁰. Il est donc, dans une certaine mesure, déphasé d'autant qu'il répond inadéquatement aux besoins de la population et des sociétés éprouvées par des crises cycliques. Ainsi, l'expérience tentée au Rwanda où l'on a demandé aux citoyens-juges d'agir comme un véritable tribunal appliquant des concepts du droit pénal international s'est avérée inefficace. En effet, les juridictions *Gacaca* fonctionnent comme des tribunaux répressifs qui visent essentiellement la détermination de la culpabilité et l'imposition de peines classiques. Néanmoins, n'ayant pas de formation juridique, les juges *Inyangamugayo* ne sont pas en mesure d'interpréter et d'appliquer correctement le complexe droit relatif au génocide et aux crimes contre l'humanité.

Il faudrait donc éviter de transformer les institutions communautaires de justice transitionnelle en une sorte de justice formelle appliquant un droit écrit et prononçant des sanctions pénales classiques. Une telle tentative de dénaturation désorienterait les intervenants au point de miner la crédibilité ainsi que la réputation des mécanismes locaux chargés d'administrer une justice pénale postconflictuelle. L'application du droit pénal international devrait rester l'apanage des tribunaux étatiques classiques et internationaux qui comprennent des juges professionnels dotés d'une solide formation et d'une expérience juridiques. Les jugescitoyens et les membres d'une CVR devraient quant à eux restés compétents pour appliquer un droit et une procédure auxquels ils sont familiers et à la conception desquels ils participent également. Cela répondrait aussi à une préoccupation constante qui veut que ceux qui contribuent grandement à la conception des normes de droit international (les pays développés) et ceux qui les reçoivent (les pays en développement) sont généralement différents et distants les uns

180. Pour M. Drumbl, « The entire package of international criminal justice remains a reflection of the hegemonic values of Western punitive criminal justice (...). It is not a genuine communitarian amalgam that accommodates the disempowered victims of mass violence—largely from non-Western audiences—lacking a voice in international relations », voir *Drumbl, Mass atrocity, supra* note 121 aux pp. 599-560.

des autres¹⁸¹. Ceci alimente souvent des incompréhensions comme c'est actuellement le cas entre la Cour pénale internationale et le peuple Acholi de l'Ouganda¹⁸².

Ainsi, malgré la nature internationale des crimes qu'ils connaissent, les citoyens-juges et les commissaires des CVR ne devraient pas appliquer le droit pénal international qui régit ces incriminations. Ce droit leur est inaccessible car ils n'ont même pas une formation juridique de base. Il n'est pas non plus conçu pour atteindre les objectifs globaux d'une justice postconflictuelle de type africain. Il revient au droit international de s'adapter aux réalités locales et économiques de chaque État affecté. Les mécanismes communautaires doivent également s'ajuster pour tenir compte de l'évolution de la société et du monde¹⁸³ et se conformer aux normes internationales en matière d'équité procédurale¹⁸⁴.

V. Conclusion générale

L'Afrique n'est pas seulement un terrain d'expérimentation du droit pénal international; elle participe aussi à son développement et à son enracinement. L'expérience de la CVR sud-africaine ainsi que celle des juridictions *Gacaca* l'ont démontré. Même si les résultats sont mitigés dans le contexte des tribunaux *Gacaca*, il importe d'en retenir le concept et il y a lieu de l'améliorer conformément à nos suggestions. En optant pour

181. « As transitional justice has come to dominate international attention, it has become readily apparent that the conflicts that give rise to these responses have emerged primarily in the developing countries, while international responses are largely driven by countries from the North. This has led to accusations by some that universalizing justice mechanisms for crimes of this magnitude is a new form of imperialism where the developed countries impose their own standards on those less developed and where indigenous forms of justice or local innovations are deemed unacceptable or irrelevant », Editorial Note, *supra* note 137 aux pp. 2-3.

182. Ci-dessus, *supra* note 128.

183. Baines, *supra* note 110 à la p. 114.

184. Latigo, *supra* note 85 à la p. 110.

une conception plus large de la justice, l'Afrique du Sud et le Rwanda ont démontré que les poursuites pénales devant les tribunaux classiques ne donnent pas des réponses adéquates aux problèmes relatifs à la criminalité massive et systématique. Ces deux expériences ont ainsi fourni et développé des outils utiles pour d'autres pays. Cette nouvelle façon de penser permet d'engager toute la société dans le règlement des problèmes qui ont ébranlé ses assises. En réalité, c'est toute la société qui est embrasée et ses membres ont été impliqués d'une façon ou d'une autre dans la perpétuation des tueries massives. Il est donc plus qu'impérieux que tout le monde soit impliqué dans le redressement social. Mais en même temps, cette implication ne doit pas être une forme de justice formelle déguisée. Cela dépasserait les capacités des mécanismes communautaires et risquerait même de délégitimer tout le processus et porterait atteinte à sa crédibilité pourtant nécessaire à son succès.

Néanmoins, il faudrait se garder de prendre le « modèle africain » comme une panacée. Ainsi, sans en avoir une vision romantique, nous pensons que les institutions traditionnelles et les CVR seraient efficaces en tant que compléments aux autres mécanismes, en l'occurrence les tribunaux internationaux ou les tribunaux étatiques classiques. C'est de cette façon qu'on mettrait à profit leur potentiel et leur expertise dans la gestion des conflits sociaux. Au lieu de regarder les mécanismes communautaires de justice traditionnelle avec une certaine suspicion, la communauté internationale devrait les appréhender sérieusement par rapport aux objectifs globaux du droit pénal international. Des spécialistes du fonctionnement de ces mécanismes doivent être mis à contribution afin d'éviter que le débat ne soit encore monopolisé par les juristes et les diplomates qui sont souvent le produit de cultures juridiques où ces mécanismes ne sont pas de mise dans le combat du phénomène criminel.

