

International Criminal Justice in Africa, 2019



Bernard Ntahiraja
Gerhard Kemp
(eds)

 KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG

INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE IN AFRICA, 2019

Bernard Ntahiraja

Gerhard Kemp

(eds)





INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE IN AFRICA, 2019

Copyright © Konrad-Adenauer-Stiftung

ISBN 978-9966-021-22-9

Year of publication 2020

Layout and Printing by:

Linotypesetters (k) Ltd.

Email: info@linotype.co.ke

CONTENTS

List of editors and authors	v
List of abbreviations	vii
List of cases.....	xi
List of legal instruments.....	xvii
Preface.....	xix
About the group	xxi
Editor's note.....	xxiii
1. Traditional African approaches to justice for international crimes: Suitable alternative paths to accountability? <i>Evelyne Asaala</i>	1
2. Coopération entre le Burundi et la cour pénale internationale: Et si la nouvelle constitution du 07 juin 2018 n'interdisait pas la remise de Burundais à la cour? <i>Bernard Ntahiraja</i>	31
3. Prendre le contenant pour le contenu: La (non-) rétroactivité des lois de mise en oeuvre du Statut de Rome dans le contexte de la République Démocratique du Congo <i>Jacques B. Mbokani</i>	55
4. Qualité des procès nationaux contre les crimes internationaux: Réflexions sur la preuve des crimes de viol devant les juridictions militaires congolaises <i>Balingene Kahombo</i>	97
5. La coopération entre la République Démocratique du Congo et le Rwanda en matière de répression des crimes internationaux: Etat des lieux, défis et perspectives <i>Franck Shukuru</i>	121

6. Burundi: Des crimes qui ne sauraient rester impunis mais qui pourraient bien le rester <i>Aimé-Parfait Niyonkuru</i>	151
7. Les aspects hybrides de la justice transitionnelle au Burundi <i>Nestor Nkurunziza</i>	177
8. Seeking reparations for victims and survivors of election-related violence in Kenya: The role of Civil Society, victims and survivors <i>James Gondi</i>	195
9. A critical appraisal of the February 2019 African Union Assembly Decision on the ICC <i>Steven William Kayuni</i>	219
Bibliography	233

LIST OF EDITORS AND AUTHORS

Aimé-Parfait NIYONKURU - PhD (KU Leuven); Lecturer, University of Burundi; Member of the Burundian Bar Association (BBA) and Philip Schwartz Fellow at the Arnold-Bergstraesser-Institut.

Balingene KAHOMBO - Dr. Iur. (Free University of Berlin/Germany), Graduate of Advanced Studies in Public Law, Public International Law and International Relations (University of Kinshasa/Democratic Republic of Congo), Licence en Droit and Graduat en Droit (University of Goma/Democratic Republic of Congo), Associate Professor/Law Department, University of Goma; Researcher/Centre for Research and Studies on the Rule of Law in Africa (CREEDA), B.P.10386 Kinshasa I, DRC.
E-mail: balingene82@gmail.com; balingenek@creeda-rdc.org

Bernard NTAHIRAJA - Researcher at the faculty of law at the University of Oslo (Norway).

Evelyne Owiye ASAALA - Lecturer of law at the University of Nairobi. She holds a PhD from the University of Witwatersrand (South Africa), a Master of Laws degree from the University of Pretoria (South Africa) and a Bachelor of Laws degree from the University of Nairobi (Kenya). Evelyne has published widely in the area of international criminal law. She has previously consulted with the Trust Fund for Victims of the International Criminal Court, Saferworld International, the International Nuremberg Principles Academy, Truth Justice and Reconciliation Commission of Kenya (TJRC) and the Bail and Bond Task Force in Kenya. Her email contact: asaalaevelyne@gmail.com

Franck SHUKURU - Lecturer, University of Goma (Democratic Republic of Congo)

Gerhard KEMP - Professor of international and transnational criminal justice at the University of Derby, United Kingdom and Professor Extraordinaire at Stellenbosch University, South Africa. He is also an Alexander von Humboldt Research Fellow and serves on the Board of Directors of the Institute for Justice and Reconciliation, Cape Town.

Jacques B. MBOKANI - PhD (Catholic University of Leuven), Professor at the University of Goma and Consultant with the Open Society Initiative for Southern Africa (OSISA) in Kinshasa, DRC.

James GONDI - a human rights and democratic governance practitioner. He holds an LL.M in International and Comparative law from the Institute for European Studies (IES), Vrije Universiteit Brussel in Belgium and an LL. B from Keele University in the United Kingdom (U.K). He has previously served as Research & Policy Advisor at the African Centre for Open Governance (AfriCOG) and Head of Kenya Programme at the International Centre for Transitional Justice (ICTJ), among other roles.

Nestor NKURUNZIZA - PhD candidate in Law at the University of Ottawa, member of the Human Rights Research and Education Centre (HRREC). Professor at the Faculty of Law, University of Burundi.

Steven William KAYUNI - Ph.D. (University of Sussex), LLM International Criminal Law (University of Sussex), LLB (Hons) (University of Malawi); Commonwealth Scholar; International Fellow of National Attorneys General Training and Research Institute (NAGTRI – Washington, DC); Former Legal Intern – OTP (International Criminal Court); Chief State Advocate in the Ministry of Justice and Constitutional Affairs of the Malawi Government. He is a member of the International Law Commission (ILA), International Association of Prosecutors (IAP) and the International Bar Association (War Crimes Committee).

LIST OF ABBREVIATIONS

ABASA	<i>Alliance Burundo-Africaine Pour Le Salut</i>
AC	Appeals Chamber
ANADDE	<i>Alliance Nationale pour le Droit et le Développement</i>
ARPJ	<i>Action pour la restauration de la paix et la justice</i>
AU	African Union
AUCIL	African Union Commission on International Law
AV-INTWARI	<i>Alliance des Vaillants</i>
BINUB	<i>Bureau Intégré des Nations Unies au Burundi</i>
CAVI	Citizens Against Violence
CDI	<i>Commission du droit international</i>
CEDEAO	<i>Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest</i>
CEDH	<i>Cour européenne des droits de l'homme</i>
CEEAC	<i>Communauté économique des Etats de l'Afrique centrale</i>
CEPGL	<i>Communauté économique des pays des grands lacs</i>
CER	<i>Communautés économiques régionales</i>
CIPEV	Commission of Inquiry into Post Election Violence
CNDD	<i>Conseil National pour la Défense de la Démocratie</i>
CNDP	<i>Congrès national pour la défense du peuple</i>
CNTB	<i>Commission Nationale des Terres et autres Biens</i>
CNV	<i>Commission Nationale de recherche de la Vérité</i>
CNVR	<i>Commission Nationale de Vérité et Réconciliation</i>

COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa
COVAW	Coalition on Violence against Women
CPI	<i>Cour Pénale Internationale</i>
CSJ	<i>Cour Suprême de justice</i>
CSTB	<i>Cour Spéciale des Terres et autres Biens</i>
CVR	<i>Commission Vérité et Réconciliation</i>
DRC	Democratic Republic of the Congo
DPP	Director of Public Prosecution
FDD	<i>Forces de Défense de la Démocratie</i>
FOSC	<i>Forum pour le Renforcement de la Société civile</i>
FRODEBU	<i>Front pour la Démocratie au Burundi</i>
FROLINA	<i>Front pour la Libération Nationale</i>
GRJT	<i>Groupe de Réflexion sur la Justice Transitionnelle</i>
HCDH	<i>Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme</i>
HCM	<i>Haute Cour Militaire</i>
HRW	Human Rights Watch
ICC	International Criminal Court
ICD	International Crimes Division
ICJ	International Commission of Jurists
ICJ	International Court of Justice
IDP's	Internally Displaced Persons
IMLU	Independent Medico-Legal Unit
INKINZO	<i>le Parti Socialiste et Panafricaniste</i>
IOCD	International and Organised Crime Division
IPOA	Independent Policing Oversight Authority
KNCHR	Kenya National Commission on Human Rights

KNDR	Kenya National Dialogue and Reconciliation
KPTJ	Kenyans for Peace with Truth and Justice
LRA	Lord's Resistance Army
MONUSCO	<i>Mission de l'Organisation des Nations unies pour la stabilisation en République démocratique du Congo</i>
MPA	<i>Mouvement populaire d'autodéfense</i>
NGEC	National Gender and Equality Commission
NPS	National Police Service
NVSN	National Victims and Survivors Network
ODPP	Office of the Director of Public Prosecutions
OHCDH	<i>Office du Haut-Commissaire des Droits de l'Homme</i>
ONU	<i>Organisation des Nations Unies</i>
OTP	Office of the Prosecutor
PALIPEHUTU	<i>Parti pour la Libération du Peuple Hutu</i>
PARENA	<i>Parti pour le Redressement National</i>
PEV	Post Election Violence
PL	<i>Parti Libéral</i>
PP	<i>Parti du Peuple</i>
PHR	Physicians for Human Rights
PIT	<i>Parti Indépendant pour les Travailleurs</i>
PRP	<i>Parti pour la Réconciliation du Peuple</i>
PSD	<i>Parti Social-Démocrate</i>
RADES	<i>Ralliement pour la Démocratie et le Développement Économique et Social</i>
RPB	<i>Rassemblement du Peuple Burundais</i>
SGBV	Sexual and Gender Based Violence
TJRC	Truth, Justice and Reconciliation Commission

TMG	<i>Tribunal militaire de garnison de Goma</i>
TSB	<i>Tribunal Spécial au Burundi</i>
UNGA	United Nations General Assembly
UPRONA	<i>Union pour le Progrès National</i>

LIST OF CASES

International Criminal Court (ICC)

Bosco Ntaganda (ICC-01/04-02/06), Jugement, Chambre de première instance, 8 juillet 2019

Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Chambre de première instance III, 21 mars 2016

Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08 A), Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", Chambre d'appels, 8 juin 2018

Lubanga (ICC-01/04-01/06 A 5), Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against this conviction, Chambre d'appel, 1 décembre 2014

Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo (Judgment on the appeals against the 'Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations' of 7 August 2012 with amended order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2, ICC-01/04-01/06 AA 2 A 3 (3 March 2015) Appeals Chamber.

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

Saif-Al Islam Gaddafi et Abdullah Al-Senussi (ICC-01/11-01/11-565), Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October, Chambre d'appel, 24 juillet 2014

International Criminal Tribunals

TPIR (Ch. 1^{ère} Inst. II), *Le Procureur c. Grégoire Ndahimana*, « Jugement et sentence », affaire n° ICTR-01-68-T, 30 décembre 2011

TPIR (Ch. Appel), *Ndahimana c. Le Procureur*, « Arrêt », affaire n° ICTR-01-68-A, 16 décembre 2013

TPIY (Ch. Appel), *Le Procureur c. Karadžić*, « Décision relative à l'appel interjeté par Radovan Karadžić contre la décision relative à la demande concernant l'accord Holbrooke », affaire n° IT-95-5/18-AR73.4, 12 octobre 2009

TPIY (Ch. Appel), *Le Procureur c. Tadić*, « Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence », 2 octobre 1995 (ci-après, « Arrêt *Tadić* (exception préjudicielle) »)

International Courts

CIJ, *Affaire relative au Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, « Arrêt », 24 mai 1980

Cour Internationale de justice dans l'affaire relative aux Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (*Belgique c. Sénégal*)

International Commissions and Committees

CDH, *Klaus Dieter Baumgarten c. Allemagne*, Communication n° 960/2000, 19 septembre 2003, §§ 6.8 et 9.5

Transnational Courts and Tribunals

CEDH (GC), *Kononov c. Lettonie*, « Arrêt », requête n° 36376/04, 17 mai 2010

CEDH (GC), *Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine*, « Arrêt », requête n°2312/08 et 34179/08, 18 juillet 2013

CEDH (GC), *Río Prada c. Espagne*, « Arrêt », Requête n° 42750/09, 21 octobre 2013

CEDH (GC), *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, « Arrêt », requête n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98, 22 mars 2001

CEDH, *K.H.W. c. Allemagne*, « Arrêt », requête n° 37201/97, 22 mars 2001

CEDH, *S.W. c. Royaume-Uni*, « Arrêt », Requête n° 20166/92, 22 novembre 1995

Cour de justice de la CEDEAO, *Hissène Habré c. République du Sénégal*, affaire n° ECW/CCJ/JUD/06/10, 18 novembre 2010

Cour de justice de l'Union européenne, *Van Gend & Loos c. Pays-Bas*, affaire n° C- 26/62, 5 février 1963

African Commission on Human and Peoples Rights

Com.ADHP, *Media Rights Agenda, Constitutionnal Rights Projet c. Nigéria*, Communications n° 105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, 31 octobre 1998

Com.ADHP, *Sir Dawda Jawara c. Gambie*, Communications n° 147/95 et 149/96, 11 mai 2000

CrADHP, *Abubakari c. Tanzanie*, Requête n° 007/2013, 3 juin 2016, §§ 210 et suivants. Du côté de la Commission africaine des droits de l'homme (Com.ADHP), voir notamment

National Cases

Democratic Republic of Congo (DRC)

CM/Bukavu, *Ministère public et 42 Parties civiles c. Batumike et 19 autres*, « Arrêt », affaire n° RP 0105/2017, 13 décembre 2017

Cour militaire opérationnelle du Nord-Kivu, arrêt du 5 mai 2014, *Auditeur Militaire, ministère public et les parties civiles c. RD Congo, partie civilement responsable et les prévenus*, RPN°003/2013, inédit, 64^{ème} feuillet.

Haute Cour militaire (HCM): *Major Luhinda Nkaya c. Auditeur Général et Partie Civile*, arrêt RPA 040/010 du 20 juillet 2010.

Haute Cour militaire (HCM): *Auditeur général des FARDC (MP) et parties civiles F1-F103 contre le Col. Beker Dhenyo Jules* », arrêt n° RPA n° 140/18, 26 juillet 2018.

Haute Cour militaire (HCM), *Ministère public et parties civiles c. Batumike et consorts*, « Arrêt », affaire n° 139/2018, 26 juillet 2018

TGI de Kinshasa/Kalamu, *Ministère public et parties civiles c. Kumba et consorts*, « Jugement », affaire n° RP11.154/11.155/11.156, 17 décembre 2011

Tribunal militaire de Garnison, jugement du 14 juillet 2018, *Auditeur militaire de garnison, ministère public et parties civiles c. Sieur BuyengeBirihanze Dominique*, alias « Colonel Domi », RP N°1520/018. inédit.

Israel

Cour suprême d'Israël, *Le Procureur c. Eichmann*, « arrêt », 29 mai 1962

Kenya

Citizens Against Violence and Others v the Attorney General of Kenya and Others

Constitutional Petition No. 123 of 2013 COVAW, ICJ-K, IMLU, PHR & Others v The AG, DPP & Others

Internally Displaced Persons Initiative Support v Permanent Secretary, Ministry of Devolution & Planning [2017] eKLR

Open Society Foundations, Litigation - Citizens Against Violence and Others v the Attorney General of Kenya and Others

USA

Cour d'appel (USA, Snd Circuit), Filartiga v Pena-Irala, 30 juin 1980

Cour suprême (USA), Paquete Habana, 175 U.S. 677, 8 janvier 1900

LIST OF LEGAL INSTRUMENTS

International treaties and agreements

Conventions de Genève

Convention portant création de la Communauté économique des pays des grands lacs (CEPGL)

Protocole pour la prévention et la répression du génocide

Rome Statute

Statut et Règles de Procédure et de Preuve n°58 et 60.

Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969.

African Union

Acte Constitutif de l'Union africaine

African Charter on Human and Peoples' Rights

Constitutive Act of the African Union

Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights (Malabo Protocol)

National Legislation

Burundian Constitution of 7 June 2018

Code de l'Organisation et de la Compétence Judiciaires de 2005

Code pénal ordinaire congolais.(RDC)

Code pénal militaire (RDC).

International Crimes Act, No 16 of 2008

The Constitution of Kenya, 2010

Organic Law No. 08/96 of 30 August 1996 on the Organization of Prosecutions for Offences constituting the Crime of Genocide or Crimes against Humanity committed since October 1, 1990.

Truth Justice and Reconciliation Commission Act No. 6 of 2008 (Kenya)

Victim Protection Act (Kenya)

National political documents

Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi

PREFACE

The Rule of Law Program for Sub Saharan Africa has been supporting the work of the ‘*African Group of Experts on International Criminal Justice*’ since 2012. The group has grown in leaps and bounds since its formation in 2010 under the auspices of the Multinational Development Policy Dialogue of the Konrad-Adenauer-Stiftung (KAS) based in Brussels, Belgium.

The group comprises academics, researchers and legal practitioners drawn from various parts of the Sub Saharan Africa with keen interest and expertise in the field of International Criminal Law, whose primary focus is to produce a regular edited publication to serve as an Annual Compendium of International Criminal Justice on the African Continent. International Criminal Law continues to rise as one of the remarkable features of international law in this century. This seventh edition is a collection of papers that address pertinent issues stemming from the African Union to the regional and national dynamics and mechanisms, aimed at providing our global readership contemporaneous, diverse and critical perspectives from within Africa regarding important developments and issues relating to the handling of international and transnational crimes on the continent.

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

The publication is the result of hardwork and dedication of all the authors namely, Evelyne Asaala, James Gondi, Steven Kayuni, Balingene Kahombo, Jacques Mbokani, Franck Shukuru, Nestor Nkurunziza and Aimé-Parfait Niyonkuru without whose articles, the production of the publication would not have been possible.

Special appreciation to Dr. Bernard Ntahiraja who besides contributing an article, took over the task of coordinating, supporting the authors and ensuring high quality of the publication through thorough editing. I also wish to thank Prof. Gerhard Kemp for the meticulous review of the articles and support he accorded members of the group in the production of this publication.

I wish to specifically thank Beitel van der Merwe who coordinated and edited the previous five annual reports of this group. On behalf of KAS and members of the group, I wish him every success in his new endeavours.

Last but not least, I thank Peter Wendoh, the Project Advisor of KAS Rule of Law Program Sub Sahara Africa for coordinating the work of this group and for his tireless efforts to ensuring that the work of this group is showcased and sustained.

I commend this book to everyone who is interested in understanding International Criminal Law from an African perspective. I'm confident that it offers meaningful insights that will advance the discourse on the overall development of international criminal justice.

**Dr. Arne WULFF,
Director,
Rule of Law Program Sub-Saharan Africa**

THE AFRICAN GROUP OF EXPERTS ON INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE

About the group:

The group meets annually to discuss matters related to international criminal justice on the African continent. The members of the group are drawn from various parts of Sub-Saharan Africa and consist of academics and legal practitioners holding expertise in the field of international criminal law.

Mission statement:

The group's primary focus is to produce a regular edited publication to serve as an annual compendium of international criminal justice on the African continent. The publication is created by Africans for a global readership and aims to provide contemporaneous, diverse and critical perspectives from within Africa regarding important developments and issues relating to the prosecution of international and transnational crimes on the continent. The publication aims to reflect the character of the modern, complementarity-centred international criminal justice system in that its focus falls not only on supranational (continental and regional) developments, but also on developments at state level within Sub-Saharan Africa. Furthermore, the publication aims to reflect both legal and extra-legal developments in order to provide a holistic understanding of the project of international criminal justice as it affects Africa and Africans as well as the challenges facing this project.

EDITOR'S NOTE

This is the seventh edition of the '*International Criminal Justice in Africa*'. The publication has been covering a wide range of issues relating to legal instruments, judicial decisions, policies and practices focused on the fight against impunity of international crimes in Africa. It matters little that the instruments, decisions, policies and practices in question come from global institutions (e.g. the International Criminal Court, the Security Council of the United Nations Organisation, etc.), the continental organisation (the African Union), regional organisations or individual African States.

The nature of the issues covered in the publication depends on the most relevant and most discussed questions for the period under review and of course, the research interests of the contributing experts. Nonetheless, one of the most important contributions of this publication to the discourse around international criminal justice in Africa is its incorporation of domestic legislations and judicial decisions from various African States. This year's publication has been particularly fruitful in this regard. Indeed, eight out of nine chapters in this book discuss domestic legislations, jurisprudence or policies from African States.

Cooperation with international courts in general and with the International Criminal Court in particular, has always been a *hot* topic for African States even though it is rarely discussed from a domestic law perspective. In this edition, Bernard NTAHIRAJA discusses a provision of the constitution of Burundi of June, 7th, 2018 aimed at changing the domestic law of extradition and surrender.¹ The assessment of these reforms is worthwhile in the context of the withdrawal of Burundi from the Rome Statute of the International Criminal Court² and in view of the ongoing investigations on alleged crimes against humanity in that country³.

¹ NTAHIRAJA, B. « Coopération entre le Burundi et la Cour Pénale Internationale: Et si la nouvelle constitution du 07 juin 2018 n'interdisait pas la remise de Burundais à la Cour ? », pp 31

² Burundi's withdrawal from the Rome Statute took effect on October 27th, 2017.

³ The authorisation to open an investigation on the situation in Burundi was given by the Pre-trial Chamber III of the ICC on October 25th, 2017 (ICC-01/17-X-9-US-Exp). It can be found here: <https://www.ICC-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/17-9-Red-tFRA>

Cooperation is also an issue at the horizontal level. Its importance in the fight against impunity cannot be overstated. However, the fact is that it remains understudied. It is therefore pertinent that Franck SHUKURU analyses cooperation between Rwanda and the Democratic Republic of Congo.⁴ Police and judicial cooperation between the two countries is of particular importance. Indeed, a working framework would allow the prosecution of suspects of genocide in Rwanda still residing in DRC, as well as suspects of a range of mass atrocity crimes committed in Eastern DRC by suspects believed to reside in Rwanda.

Despite a widespread misconception, the prosecution of mass atrocity crimes is primarily the responsibility of domestic courts and tribunals. In contemporary International Criminal Law, the complementarity principle of the Rome Statute encapsulates this legal and sociological reality. It is however important that domestic judicial institutions carry out their duty in conformity with international standards of fair trial. Evidentiary norms are very important in that regard. It is therefore worthy that Balingene KAHOMBO assesses the caselaw of the Congolese military tribunals as far as evidence in rape cases is concerned.⁵

Domestic courts and tribunals prosecuting mass atrocity crimes often rely on legislations implementing international legal instruments like the Rome Statute. Domestic law determines how and when the implementing legislation enters into force. It is believed to be a requirement of the non-retroactivity principle that the new legislation can only apply to subsequent crimes. But is this always the case? Does pre-existent criminalisation of the same conduct in different legislation and under different legal label have any influence on the answer to the aforementioned question? Jacques B. MBOKANI discusses this question in the context of the Democratic Republic of Congo, using the Congolese legislation and caselaw.⁶

Reflecting on viable solutions to impunity requires an openmind. In this regard, Evelyne ASAALA investigates the potential contribution of traditional African approaches to justice. She deeply and methodically tackles the normative and technical questions often raised in that regard.⁷

⁴ SHUKURU, F. « La coopération entre la République Démocratique du Congo et le Rwanda en matière de répression des crimes internationaux: état des lieux, défis et perspectives », pp 121.

⁵ BALINGENE, K. « Qualité des procès nationaux contre les crimes internationaux: Réflexions sur la preuve des crimes de viol devant les juridictions militaires congolaises », pp 97

⁶ MBOKANI, J. B. « Prendre le contenant pour le contenu: La (non-) rétroactivité des lois de mise en œuvre du Statut de Rome dans le contexte de la République démocratique du Congo. »», pp 55

⁷ ASAALA, E. « Traditional African approaches to justice for International Crimes: Suitable alternative paths to accountability ? »», pp 1

Domestic political dynamics and their interplay with the legal obligation to prosecute crimes of mass atrocity are also usually discussed in this publication. This edition is no exception to that quasi-rule. In this regard, Aimé-Parfait NIYONKURU presents the case of transitional justice in Burundi. The historical perspective presented by the author shows that risks of definitive impunity are real and high, with recognition by stakeholders that crimes of genocide, war crimes and crimes against humanity might have been committed in Burundi since independence.⁸

Although quite rarely, this publication sometimes chronicles journeys of specific actors in a specific area of justice. In this edition, James GONDI discusses the role played by the civil society organisations accompanying survivors and victims of the 2007 election related violence in Kenya in their search for justice.⁹ The role of the civil society organisations is also discussed by Nestor NKURUNZIZA in his chapter on the shaping of the project of transitional justice in Burundi.¹⁰

This edition, as most others, comprises a discussion of a decision of the African Union relevant to international criminal justice. A critical analysis of the 2019 decision of the Assembly of Heads of States and Governments on the International Criminal Court is thus presented by Steven William KAYUNI¹¹.

Chapters in this edition are written either in English or in French. Abstracts are translated and therefore made available in both languages.

This year's publication, like all the previous editions, has been made possible by the support of the Rule of Law Program for Sub Saharan Africa of the Konrad Adenauer Stiftung. Special thanks are owed to Prof. Gerhard Kemp, the publication's external reviewer as well as Dr. Arne Wulff, Director of KAS' Rule of Law Program and Peter Wendoh the Project Advisor for their guidance, dedication and contribution not only to this project, but also to the fight against impunity in Africa as a whole.

Bernard NTAHIRAJA

⁸ NIYONKURU, A.P. 'Burundi: « Des crimes qui ne sauraient rester impunis mais qui pourraient bien le rester' », pp 151

⁹ GONDI, J. « Seeking reparations for victims and survivors of election-related violence in Kenya, The role of Civil Society, victims and survivors », pp 195

¹⁰ NKURUNZIZA, N. « Les aspects hybrides de la justice transitionnelle au Burundi' », pp 177

¹¹ KAYUNI, S.W.: « A critical appraisal of the February 2019 African Union Assembly Decision on the ICC' », pp 219

TRADITIONAL AFRICAN APPROACHES TO JUSTICE FOR INTERNATIONAL CRIMES: SUITABLE ALTERNATIVE PATHS TO ACCOUNTABILITY?

EVELYNE ASAALA

Abstract

The war against impunity for international crimes in Africa has brought to the fore several regional initiatives. Other than prosecution efforts at national and regional courts, post-conflict African state practice suggests the incorporation of traditional justice concepts and systems within the broad ambit of the international criminal justice system. The overall concern for this chapter is to establish whether traditional African theories and approaches add value to the fight against impunity in Africa and whether they can offer alternative paths to accountability. The chapter focuses on the two processes: gacaca and matooput.

This is simply because they are the only mechanisms that have either been proposed or used by post-conflict African states in holding perpetrators accountable for international crimes. As such, they provide this study with a sound basis for comparing the ICC and traditional African processes in terms of their effectiveness in holding perpetrators of international crimes accountable. Key in this discussion is the philosophical differences in the conception of justice both at the ICC and within African traditions. Although traditional African theories to justice are as numerous as their approaches, this chapter is most concerned with the trend established in these theories. It argues that these conceptual differences must have played a role in the AU and African states concerns against the ICC. It thus proceeds to analyse the traditional procedures of gacaca and matooput with the aim of assessing their suitability as accountability measures for international crimes.

LES APPROCHES AFRICAINES TRADITIONNELLES DE LA JUSTICE POUR LES CRIMES INTERNATIONAUX: DES VOIES ALTERNATIVES CONVENABLES POUR LA REDEVABILITÉ?

EVELYNE ASAALA

Résumé

La lutte contre l'impunité des crimes internationaux en Afrique a mis en avant plusieurs initiatives régionales. Outre les efforts de poursuites devant les tribunaux nationaux et régionaux, la pratique des États africains en situation de post-conflit suggère l'intégration des concepts et systèmes de justice traditionnels dans le cadre général du système de justice pénale internationale. La préoccupation générale de ce chapitre est d'établir si les théories et approches traditionnelles africaines apportent une valeur ajoutée dans la lutte contre l'impunité en Afrique et si elles peuvent offrir des voies alternatives à la redevabilité. Le chapitre se focalize sur deux processus: gacaca et matooput.

Cela est dû simplement au fait qu'il s'agit des seuls mécanismes qui ont été proposés ou utilisés par les États africains sortant d'un conflit pour tenir les auteurs de crimes internationaux responsables de leurs actes. En tant que tels, ils fournissent à cette étude une base solide pour comparer la CPI et les processus africains traditionnels en termes d'efficacité. Les différences philosophiques dans la conception de la justice, tant à la CPI qu'au sein des traditions africaines, sont au cœur de cette réflexion. Bien que les théories africaines traditionnelles de la justice soient aussi nombreuses que leurs approches, ce chapitre s'intéresse surtout à la tendance établie dans ces théories. Elle fait valoir que ces différences conceptuelles ont dû jouer un rôle dans les préoccupations de l'UA et des États africains à l'égard de la CPI. Elle analyse donc les procédures traditionnelles des gacaca et des matooput dans le but d'évaluer leur applicabilité en tant que mécanisme de redevabilité pour les crimes internationaux.

Introduction

Accountability for grave breaches of international human rights is a key concern for the African Union (AU) and African states. The fight against impunity for international crimes in Africa has brought to the fore several regional initiatives. Other than prosecution at national and regional courts, post-conflict African state practice suggests the incorporation of traditional justice concepts and systems within the broad ambit of international criminal justice system. For example, the utilisation of African philosophies on justice has informed the adoption of traditional African approaches like *gacaca* in Rwanda and proposals for using *mato oput* for International Criminal Court (ICC) indictees in Uganda.¹² Other examples of traditional African approaches to justice include *Nyono Tong Ngweno* and *Gomo Tong* in Uganda; similarly, Botswana has *Kgotla*, while Kenya has *Esilulu*, *Kithiitu* and the like. The study, however, focuses on the two processes: *gacaca* and *mato oput*.¹³ This is simply because they are the only mechanisms that have either been proposed or used by post-conflict African states in holding perpetrators accountable for international crimes. As such, they provide this study with a sound basis for comparing the ICC and traditional African processes in terms of their effectiveness in holding perpetrators of international crimes accountable.

This chapter engages with the philosophical differences in the conception of justice both at the ICC and within African traditions and institutions. Like its approaches, there are numerous traditional African theories to justice. This chapter is most concerned with the general trend in these theories. It argues that these conceptual differences must have played a role in the AU and African states concerns against the ICC. It thus proceeds to analyse the traditional procedures of *gacaca* and *mato oput* with the aim of assessing their suitability as accountability mechanisms for international crimes.

The overall concern for this chapter is to establish whether traditional African theories and approaches add value to the fight against impunity in Africa and whether they can offer alternative paths to accountability. This chapter is divided into six sections. Firstly, the chapter introduces the study. Secondly, it establishes the distinct nature in which the ICC on the one hand, and the African traditional philosophies and approaches on the other hand, conceptualise the notion of justice. Thirdly, it offers an analysis of selected traditional African processes. In particular, it critiques *gacaca* and *mato oput* traditional procedures. This section is both descriptive of the various approaches and analytical, in the sense that it assesses the weaknesses and strengths of these approaches in

¹² It should be noted that these mechanisms have been used before for accountability of non-ICC offences.

¹³ See point 3.1 below for a detailed analysis of the meaning and practice of these processes.

the fight against impunity for international crimes. Fourthly, it anchors these traditional procedures in the contemporary international criminal law debate. Fifthly, the chapter speaks to the probable relationship between traditional African mechanisms and the ICC, a probable African Court with jurisdiction over international crimes, sub-regional and national institutions. Essentially, the section seeks to establish the value these practices add to the fight against impunity for international crimes and how they can be strengthened. Sixthly, is a summary of the major findings and recommendations.

1. Divergent conceptions of 'justice'

1.1 Justice as articulated by the ICC

The ICC's conception of justice combines both retributive and restorative forms of justice albeit, with greater emphasis on retribution.¹⁴ The theory of retribution is often traced back to Emmanuel Kant's concept of free will.¹⁵ According to Kant, ethical behaviour consists in choices that are moral in the order of priority.¹⁶ As such, offenders 'should be punished only because and to the extent that they deserve it'.¹⁷ This theory is, thus, fault-based. It focuses 'on the necessity of punishing those who have violated societal norms, irrespective of the possible future benefits of prosecution, on the basis that the offender[s] deserve punishment for what they have done'.¹⁸ Essentially, criminal liability is important either because 'the offender deserves punishment or because punishment makes society safer, whether through deterrence, rehabilitation, or incapacitation'.¹⁹

Retribution therefore emphasises on the injury to society, the public dimension of the crime, as opposed to the harm occasioned to the individual victims. According to Hegel, without focusing on the public nature of the offence, the punishment would be nothing less than personal revenge.²⁰ The general demands of retributive justice imposes a moral duty to punish all offenders to the

¹⁴ Paragraph 4, Preamble to the Rome Statute underscores the need to prosecute and punish the most serious crimes of international concern; Article 75, Rome Statute provides for reparation of victims; C Garbett 'The International Criminal Court and restorative justice: victims, participation and the processes of justice' *Contemporary Justice Review: Issues in Criminal, Social and Restorative Justice* (2013), 198-199.

¹⁵ Immanuel Kant, *Ground work of the metaphysics of morals* (1785 reprinted in 1964) 89; Immanuel Kant, *The philosophy of law* (1796 reprinted in 1887), 198.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ SP Garvey 'Punishment as atonement' (1999) 46 *UCLAL Review* 1801, 1835-36.

¹⁸ R Cryer H Friman, D Robinson and El Wilmshurst *An introduction to international criminal law and procedure* (2nd edn) (2010) 24.

¹⁹ A Gruber 'A distributive theory of criminal law' (2010) 52(1) *William and Mary Law Review* 4.

²⁰ GWF Hegel, *Philosophy of right* (1967) 218-220.

full extent their moral deserts demand.²¹ This school of thought further emphasises that criminal justice has ‘an upper limit on the severity of just punishment.’²² And that ‘this upper limit is the soul of retributive justice.’²³ According to Michael Cahill, retributivism ‘adopts a backward-looking perspective on the moral duty to punish past wrong doing.’²⁴ As such, retribution is a justificatory theory and not a prescriptive one.²⁵ This implies that retribution as a theory does not explain ‘how legal institutions are supposed to make retribution real.’ It is limited to the content of criminal law and not their implementation. As such, its principles may identify what conduct should be criminalized, and even the proportionate punishment, but it does not tell us how or whether ‘actual legal institutions should go about the task of imposing punishment that is morally deserved in the abstract.’²⁶ This, according to Cahil, limits the theory to providing a moral philosophy but not a legal system, thus making the principle of desert-based punishment unsatisfying and incomplete.²⁷ For it to be a complete theory of justice, retribution should recognise and consider the relations, between, and offer guidance to all the players and institutions that comprise the legal system.²⁸

These nuances to the theory of retribution are adopted in this study and this should be distinguished from the common definition of retribution that equates the concept of retribution with revenge. In this regard, Antonio Cassese posits that ‘trials establish individual criminal responsibility over collective assignation of guilt...; justice dissipates the call for revenge, because when the Courts metes out to the perpetrator his just desserts, then the victims’ calls for retribution are met...’²⁹

From the ICC’s perspective, retributive justice is evident through prosecution and punishment of perpetrators of international crimes. Punishment is key to accused persons found culpable for committing international crimes. The Rome Statute provides for imprisonment not exceeding a maximum of 30 years, life imprisonment in case of extreme gravity of the crime or as justified by the circumstances of the convicted person, and in addition to imprisonment, a fine or forfeiture of proceeds, property and assets derived from the crime.³⁰

²¹ M Cahill, ‘Retributive justice in the real world’ Washington University Law Review (2007) 825

²² L Crocker, ‘The upper limit of punishment’, 41 Emory Law Journal (1992) 1060.

²³ Ibid.

²⁴ M Cahill, ‘Retributive justice in the real world’ Washington University Law Review (2007)818.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid, 821

²⁷ Ibid

²⁸ Ibid, 821

²⁹ A Cassese, ‘Reflections on international criminal justice,’ 61 The Modern Law Review (1998) 1 - 10, at 6.

³⁰ Article 77 of the Rome Statute.

Restorative form of justice shifts the focus from the crimes committed to the harm occasioned to the victims of the crime.³¹ Though still contested, restorative justice has been defined as ‘a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future.’³² Zehr provides a more elaborate description, ‘crime is a violation of people and relationships. It creates obligations to make things right. Justice involves the victim, the offender, and the community in a search for solutions which promote repair, reconciliation and reassurance.’³³

Three key principles stand out from the illustrative definitions. First, the central focus is on the victims. The theory focuses on the harm and on how to mend it in the aftermath of the offence or ‘the making things right.’ Second, the focus is also on the role of the broader community in the restorative agenda. Third is the call for perpetrators to be held accountable: privately to the victim, or members of the community affected by their actions or generally to the entire public.³⁴ The offenders have an obligation to repair the harm committed to the victim and the community in general. This theory perceives crime as ‘an offence against people and relations instead of a mere violation of legal norms.’³⁵ Unlike retribution which exclusively focuses on the offender and the public dimension of the crime, restorative justice thus provide a balance between the public and private dimensions of international crimes. The theory therefore seeks to restore the victim, the offender and the whole community. The questions of ‘what’ to restore and ‘how’ to restore are left to be determined by the participants to the respective process.³⁶

Underlying this theory is the ‘belief in the power of relationships and social capital, combined with a commitment to build, nurture and, when necessary, repair these relationships in the community.’³⁷ John Braithwaite distinguishes three categories of values that underlie a restorative justice process.³⁸ They include first, ‘the values that must be honored and enforced as constraints.’³⁹ These comprise ‘non-domination and empowerment, specific upper limits

³¹ ZD Gabbay ‘Justifying restorative justice: A theoretical justification for the use of restorative justice practices’ (2005) 2 *Journal of Dispute Resolution* 357.

³² *Ibid*, 200.

³³ H Zehr *Changing lenses: a new focus for crime and justice* (1990) 181.

³⁴ Gabbay ‘Justifying restorative justice: A theoretical justification for the use of restorative justice practices’ (n 20 above) 358.

³⁵ Z D Gabbay ‘Holding restorative justice accountable’ (2005) 8 (85) *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 87.

³⁶ Gabbay *Justifying restorative justice: A theoretical justification for the use of restorative justice practices* 358;.

³⁷ B Hopkins, ‘Restorative justice and social justice’ (2012) 2 *Nottigham Law Journal* 122.

³⁸ J Braithwaite ‘Restorative Justice and Therapeutic Jurisprudence’ *Criminal law Bulletin* (2002) 247

³⁹ *Ibid*, 88.

on sanctions, respectful listening and equal concern for all stakeholders, and accountability and respect for fundamental human rights.⁴⁰ Second, are values that participants should ‘actively encourage in restorative processes.’⁴¹ These include: ‘restoration of human dignity, property loss, damaged relationships and emotional restoration; provision of social support for the development of human capabilities; and prevention of future injustice.’⁴² Third, are the values that the participants can only hope for. The participants cannot urge those involved to manifest them. These include remorse, apology, forgiveness and mercy.⁴³

The restorative form of justice is manifested through the ICC’s reparations program and victim participation.⁴⁴ Reparations have traditionally been viewed as restorative forms of justice and not retributive. However, it can be argued that the ICC dispenses both retributive and restorative forms of justice. On the aspect of holding the perpetrator accountable, the ICC punishes perpetrators of international crimes through reparation orders. The ICC Appeals Chamber has confirmed that reparations ordered against the accused person are in themselves retributive in nature.⁴⁵ Also that the culpable ought to, ‘where appropriate’, compensate ‘victims, their families or dependants’.⁴⁶ In this context, punishment can be said to be used as a restorative principle as opposed to pure retributive theory. Accordingly, the punishment can be used in a manner that exemplifies the constituent elements of both retribution and restoration.

Participation of victims arises under article 68 of the Rome Statute. The ICC is under an obligation to take appropriate measures to protect the safety and physical and psychological well-being of victims and witnesses. In this regard, the Court may conduct proceedings in camera, or take evidence through electronic means or other special means; it may also consider views from victims where their personal interests are affected; the Victims and Witness Unit may also advise the Court and the prosecutor on the most appropriate protective measures.⁴⁷ The ICC, therefore, metes out both retributive and restorative forms of justice.

⁴⁰ Gabbay ‘Holding restorative justice accountable’ (n 24 above) 88; *Ibid*, 247.

⁴¹ *Ibid*.

⁴² Braithwaite ‘Restorative Justice and Therapeutic Jurisprudence’ (n 27 above) 253; Gabbay ‘Holding restorative justice accountable’ (n 24 above), 89.

⁴³ Braithwaite ‘Restorative Justice and Therapeutic Jurisprudence’ (n 27 above) 252-253; Gabbay ‘Holding restorative justice accountable’ (n 24 above) 89.

⁴⁴ Garbett ‘The International Criminal Court and restorative justice: victims, participation and the processes of justice’ (n 3 above) 199.

⁴⁵ *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Judgment on the appeals against the ‘Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations’ of 7 August 2012 with amended order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2, ICC-01/04-01/06 AA 2 A 3 (3 March 2015) Appeals Chamber, para 65.

⁴⁶ *Ibid*, para 66. See also GP Fletcher ‘The place of victims in the theory of retribution’ (1999) 3 *Buffalo Criminal Law Review* 51, 52-55, 58-59.

⁴⁷ Article 68, Rome Statute.

In dispensing the above forms of justice, the ICC is always guided by international human rights standards. The finalisation of the Rome Statute, as Katherine Ann Snitzer observes, was evidence ‘of the existence of a social system built on universal respect for the idea of human rights.’⁴⁸ Hence, the Rome Statute establishing the ICC embodies a raft of human rights standards that must be observed, relating to the rights of accused persons, victims and witnesses. They include: the elements of fair trial, and due process guarantees such as competent courts, legal representation, witness protection and reparations.⁴⁹ International human rights standards are, therefore, a central determinant of an effective mechanism of combating impunity for international crimes through prosecution in the ICC.

1.2 African conceptions of justice

African conceptions of justice generally put the emphasis on reconciliation, restoration, reparation, and sometimes punishment in the retributive sense. ‘African communal life revolves around the principle that all life is protected by the supernatural forces.’⁵⁰ This has greatly influenced the manner in which traditional African societies conceptualise the notion of justice. Thus, the notion of punishment in traditional Africa societies has a direct link to the spiritual world. Although African conceptions of justice vary from one community to another, common in these conceptions are the elements of reconciliation, restoration, reparation, punishment and sometimes the influence of the spiritual world. Traditional African approaches, thus, perceive justice as a holistic concept embodying retributive, reconciliatory and restorative justice measures. Some of the value-content in these conceptions – restorative and retributive justice for example – are similar to those found in the ICC process. However, reconciliatory processes are completely missing in the ICC conception of justice.

Regarding punishment, some traditional African conceptions resemble that of the ICC while in others, punishment is conceived within the spiritual realm, as opposed to the ICC understanding. For example, punishment under the *mato oput* process is partly carried out by spirits who send misfortunes to the offending clan, thus prompting the need for the process to appease these spirits.⁵¹ The offending persons therefore undergo one aspect of punishment before being subjected to the *mato oput* process. Punishment is also effected through the notion of public shame, by subjecting the perpetrator to the public process. In the *gacaca* process for example, even though punishment is understood in a sense

⁴⁸ Ibid, 16.

⁴⁹ Article 67(1), 66, 20, Rome Statute.

⁵⁰ MB Ramose ‘An African perspective on justice and race’ <https://them.polylog.org/3/firm-en.htm> (accessed 12 June 2018).

⁵¹ P Bako ‘Does traditional conflict resolution lead to justice? – The Mato Oput in Northern Uganda’ (2009) 3 Pretoria Student Law Review 102.

similar to that of the ICC, the ultimate goal of the mechanism is reconciliation and restoration.⁵² This notwithstanding, there are procedural aspects of punishment that do not resemble the ICC notion of punishment.

Reparations are also a common phenomenon in both the ICC justice system and the values underlying traditional African theory of justice. In the *gacaca* process, upon completion of a case, the complainant would claim for reparations.⁵³ Similarly, compensation of victims is a key feature in the *mato oput* process. Reparations play a key role in ensuring the realisation of both restorative and conciliatory forms of justice.

Furthermore, the mechanisms used to dispense these forms of justice are also of importance. The notion of knowledge that qualifies a competent mechanism or ‘tribunal’ is perceived differently under the ICC and traditional African processes. Within the African conception of justice, a competent panel would consist of persons of high integrity with contextual experience and wisdom.⁵⁴ Similarly, article 36(3)(a) of the Rome Statute provides that ‘judges shall be chosen from among persons of high moral character, impartiality and integrity...’ Yet the kind of knowledge required of a competent bench means something entirely different in the ICC sense. While the African mechanisms call for contextual knowledge and wisdom, the ICC calls for technical know-how; a bench that is well schooled in the area and therefore possessing the technical knowledge to address the matter.⁵⁵ The heavy presence of public participation in the traditional processes, coupled with total absence of legal representation, reinforces these differences. Unfortunately, most of the criticisms of African traditional processes entail evaluating them according to Western standards; as such, some scholars have found African traditional processes to be ineffective and inappropriate in combating impunity for international crimes.⁵⁶

Although the AU has never voiced the varying conceptual understanding of justice as one of its grievances against the ICC, it can be argued that the AU’s point about pursuing justice in a way that does not compromise peace indirectly speaks to this. This study, thus, argues that these conceptual differences cannot be ignored as a fundamental factor that unconsciously influences the AU’s resentment of the ICC.

⁵² Ibid.

⁵³ P Uvin ‘The Gacaca tribunals in Rwanda’ in D Bloomfield, T Barnes and L Huyse (eds) *Reconciliation after violence conflict: A Handbook* (2003) 118.

⁵⁴ International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA) *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experiences* (2008) 33.

⁵⁵ See for example, article 36, Rome Statute for the qualification, nomination and election of judges of the ICC.

⁵⁶ J Fierens ‘Gacaca courts: Between fantasy and reality’ (2016) *Journal of International Criminal Justice* 912.

It is noteworthy, however, that the ‘whole object [of African law] is to maintain an equilibrium, and the penalties of an African law are directed not against the specific infractions, but to the restoration of the equilibrium’.⁵⁷ It is at the level of dealing with perpetrators of crime that African law then differs with the ICC’s conception of justice. While the ICC emphasises prosecution, the African theory of justice underscores the need for reconciliation and restoration. This is the reason why most African traditional approaches, such as *mato oput* and *gacaca*, emphasise reconciliation, reparation and forgiveness. Thus, the relevant elements necessary for locating effective mechanisms in the fight against impunity within a traditional African process are elements of reconciliation, restoration, reparation and sometimes punishment.

2. Contextualising traditional African approaches to justice in the fight against impunity for international crimes

The adoption of African traditional approaches in the fight against impunity is not new to most post-conflict African societies. Despite their perceived flaws, traditional approaches to justice have been taken in seeking accountability for historic crimes in post-conflict African states. In Rwanda, for example, the *gacaca* courts were formalised and eventually contributed to justice in the post-genocide period. Similarly, Uganda has experimented the *mato oput* in its transitional justice period.

In a study by the AU on accountability and reconciliation of local communities in South Sudan, the majority of Southern Sudanese suggested the use of customary law courts for transitional justice.⁵⁸ In fact, in its report, the AU acknowledged that ‘in many developing and post-conflict societies where formal justice lacks capacity and does not have legitimacy among the people, various forms of customary courts step into the gap to deliver justice’.⁵⁹ Further, in the controversial peace-versus-justice debate, an emerging school of thought conceptualises the notion of justice in a manner that reflects African arguments and, in particular, African traditional practices. It sees justice as a holistic concept carrying with it both moral and legal obligations. As such, it does not limit the concept of justice to prosecution but regards it as multi-dimensional and as encompassing judicial and non-judicial forms as well as retributive and restorative elements.⁶⁰

⁵⁷ JH Driberg ‘The African conception of law’ (1934) 16 (4) *Journal of comparative legislation and international law* 231.

⁵⁸ Report of the African Union Commission of Inquiry on South Sudan 15 October 2014, para 297 <http://www.peaceau.org/uploads/auciss.final.report.pdf> (accessed 16 February 2017).

⁵⁹ Report of the African Union Commission of Inquiry on South Sudan (n 2 above) para 292.

⁶⁰ JN Clark ‘Peace, Justice and the International Criminal Court: Limitations and possibilities’ (2011) 9 *Journal of International Criminal Justice* 543.

The approaches adopted by post-conflict societies towards accountability through traditional fora are informed by pre-existing traditional mechanisms. The majority of African countries use traditional mechanisms predominantly for dispute settlement in civil matters and to a limited sense for low-level criminal cases.⁶¹ This is indicative of a culture of using customary law courts or traditional approaches in establishing accountability for local crimes. The AU report by the Commission of Inquiry on South Sudan noted the following:

South Sudan has a rich and long history of Chiefs' Courts, which precedes its encounter with colonialism. For many years ... traditional courts were the mainstay of justice in South Sudan. Today, while they are formally disassociated from the formal justice system in the sense that they fall administratively under local government (counties), they are said to handle over 90% of all cases, underscoring their centrality in the delivery of justice in South Sudan.⁶²

The reasons for the continued use of customary courts as an easy alternative forum lie in people's familiarity with them and the fact that those presiding over cases are well-known to the communities. Moreover, the courts have flexible procedures and combine retributive with restorative forms of justice, mediation and reconciliation; all of which are necessary to achieve holistic justice.⁶³ The practice of using traditional approaches for accountability for domestic crimes is what informs the ease with which post-conflict societies have sought to use traditional mechanisms for criminal accountability for international crimes. Essentially, these societies look into their past atrocities and their present manifestation through the lens of African traditions in the effort to forge solutions to contemporary problems.

This chapter notes that the conception of justice among African communities is as diverse as the communities themselves. Nonetheless, a study of these traditional approaches to justice in post-conflict African societies establish a trend that can help fortify an African conception of justice in its traditional sense. After one understands the trend in Africa's traditional approaches to justice, it then becomes easy, first, to appreciate Africa's concerns against the ICC. Of importance is to establish whether these concerns are founded in the variance of

⁶¹ Most commonwealth African countries have statutory provisions allowing the use of customary law, albeit to a limited degree. For example, section 8 of the Judicature Act of Kenya lists customary law as a source of law in the country. Moreover, although they are not recognised by the law, Kenya still has traditional barazas which are used in villages by local chief as traditional courts to solve disputes among villagers; section 211(3) of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 calls on South African courts to apply customary law 'when that law is applicable, subject to the Constitution and any legislation that specifically deals with customary law'.

⁶² Report of the African Union Commission of Inquiry on South Sudan 1 (n 2 above) para 286.

⁶³ *Ibid*, para 287, 290, 291. This is in the context of South Sudan's continued use of customary courts within its local government justice system today.

the conception of criminal justice between Africa and in the ICC. Secondly, the chapter assesses the suitability of these approaches in the fight against impunity for international crimes. By considering these questions, one is then able to make appropriate recommendations on whether or not to integrate African approaches to justice within the regional framework, on how to strengthen them, and on how these approaches should relate to the ICC, the African Court and sub-regional courts. The following section considers selected traditional approaches.

2.1 Selected traditional approaches

2.1.1 Traditional procedures

2.1.1.1 *Gacaca*

The word *gacaca* is derived from the Kinyarwanda word *umucaca*, meaning a soft plant that is comfortable to sit on.⁶⁴ *Gacaca* in Kinyarwanda therefore represents a lawn, where people sat to settle disputes.⁶⁵ It is literally translated as ‘justice on the grass’.⁶⁶ In modern terminology, it can be called ‘a traditional village-based court’.⁶⁷ During these *gacaca* gatherings, the lineage head (*mwami*) was the ultimate arbiter and was assisted by the *abiru*, the guardians of tradition.⁶⁸ These individuals were chosen by the community and charged with the responsibility to settle disputes, punish, or order compensation against the perpetrators, with the primary aim of restoring order and social harmony.⁶⁹ Traditionally, *gacaca* was hence an informal arbitration of dispute, the legitimacy of which was founded on the willing participation of the community.

This traditional justice system underwent evolution at different stages. With colonialism, *gacaca* was subject to colonial written laws and the hierarchy of the colonial court system.⁷⁰ Despite being under state power, *gacaca* continued to dispense justice as a customary conflict resolution court, even though the local judges (*inyangamugayo*) were subject to state supervision.⁷¹ This made *gacaca* a quasi-judicial body as new rules on administration of justice were slowly introduced.

⁶⁴ International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA) *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experiences* (2008) 33.

⁶⁵ JL Koko ‘The Gacaca courts in Rwanda twenty years after the genocide’ *Conflict Perspectives* 24 April 2014 <http://conflictperspectives.imtd.org/index.php/regions/africa/104-the-gacaca-courts-in-rwanda-twenty-years-after-the-genocide> (accessed 17 June 2016).

⁶⁶ IDEA *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict* (n 53 above) 33.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, 34.

⁷¹ *Ibid.*

In the aftermath of Rwanda's genocide, the ordinary justice system was virtually non-existent.⁷² A commission established by the then Rwandan president, Pasteur Bizimungu, proposed that *gacaca* be formalised to deal with the accountability question for an estimated 130,000 persons for offences related to genocide.⁷³ The 1996 Genocide Law structured *gacaca* into four tiers: cell, sector, district, and province, with respective appellate jurisdiction.⁷⁴ It further categorised the kinds of crimes to be dealt with by each tier.⁷⁵ These ranged from simple theft to homicide cases. On 26 January 2001, the Transitional National Assembly of Rwanda amended this law by adopting Organic Law No.40/2000.⁷⁶ The amendment was meant to encourage perpetrators to admit guilt, show remorse and get pardon.⁷⁷ To this end, *gacaca* underwent a legal and social transformation in which relevant laws were enacted, new judges appointed, and informal training undertaken.

During court sessions, the entire community was to be present and act as the 'general assembly'.⁷⁸ It was the community that then elected the bench from among them, which comprised persons of high moral standards.⁷⁹ The community could also discuss the offences and provide testimony for and against the accused.⁸⁰ The court therefore would draw its evidence primarily from the testimony of the community and that of the accused person. This can be viewed as one of the strengths of the *gacaca* courts: the process encouraged public participation and transparency of proceedings. As such, the mechanism was able to bring out 'hidden grievances and resentment', thus promoting truth and dialogue between perpetrators and victims.⁸¹

Another notable aspect of *gacaca* was plea-bargaining: by this means, *gacaca* would not only establish the truth or a historical account of the events by making the accused to disclose as much information as possible but also require

⁷² Ibid, 35.

⁷³ IDEA Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict (n 53 above) 37.

⁷⁴ Chapter V, Organic Law No. 08/96 of 30 August 1996 on the Organization of Prosecutions for Offences constituting the Crime of Genocide or Crimes against Humanity committed since October 1, 1990.

⁷⁵ Article 2, Organic Law No. 08/96.

⁷⁶ Organic Law No. 40/2000 of January 26, 2001, setting up *gacaca* courts and organizing prosecutions for offences constituting the crime of genocide or crimes against humanity, committed between 1 October 1990 and 31 December 1994.

⁷⁷ The preamble, Organic Law No. 40/2000.

⁷⁸ P Uvin 'The Gacaca tribunals in Rwanda' in D Bloomfield, T Barnes and L Huyse (eds) *Reconciliation after violence conflict: A Handbook* (2003) 117.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ L Haberstock 'An analysis of the effectiveness of the *gacaca* court system in post-genocide Rwanda' (2014) 8(4) *Global Tides* 9.

accused persons to offer a public apology before their confessions were accepted.⁸² *Gacaca* also levied punishments in form of fines and imprisonment. These public confessions then resulted in reduced sentences. The public condemnations coupled with the punitive aspects of *gacaca* were important deterrent aspects of the process. Another distinctive feature of *gacaca* was the reparation aspect. The *gacaca* proceedings required the listing of all forms of damage suffered by the surviving victims, such as loss of property and injury to relatives or self.⁸³ Upon completion of a case, a claimant would use this statement of their loss to claim reparations from a public fund.⁸⁴ Despite its retributive nature, *gacaca* was also characterised by reconciliation and restorative justice, giving the *gacaca* a holistic outlook with holistic outcomes and thus qualifying as a viable solution for addressing impunity.

Nevertheless, *gacaca* trials have been criticised on several fronts, usually on the basis of Western notions of justice. As such, these traditional processes always fall short of the expected standards. Overall, *gacaca* has been disapproved for compromising due process, thus denying accused persons their right to fair trial. Although *gacaca* courts held competences similar to ordinary courts,⁸⁵ some of their procedural aspects came under scrutiny for allegedly affecting the justice these institutions dispensed. First, *gacaca* has been criticised for having lay judges presiding over the crimes of genocide and crimes against humanity. These judges, entirely unfamiliar with methods of legal interpretation, were bound to face difficulties, particularly given the complex nature of international crimes. It has been argued that this incompetency denies an accused person the right to fair trial in the sense that the presiding judges are unlikely to appreciate the nature of the crimes within the context of international criminal law as well as enforce international human rights standards.

But this kind of criticism is based on a misunderstanding of the true *gacaca* process. Not only did these lay judges possess what Timothy Longman calls ‘contextual competence’,⁸⁶ but, as pointed out above, *gacaca* was only used for low-level and less complex cases. As such, the complex knowledge of the due process required by international standards would only have been an added

⁸² Uvin ‘The Gacaca tribunals in Rwanda’ (n 67 above) 39.

⁸³ Id,18.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Article 39, Organic Law No. 16/2004 Establishing the organisation, competence and functioning of *gacaca* courts charged with prosecuting and trying the perpetrators of the crime of, genocide and other, crimes against humanity, committed between 1 October 1990 and 31 December 1994. This is with regard to investigation, prosecution and judgment.

⁸⁶ T Longman ‘Justice at the grassroots? Gacaca trials in Rwanda’ in N Roht-Arriaza and J Mariezcurrena (eds) *Transitional justice in the twenty-first century: Beyond truth versus justice* (2006) 219 cited in S Thomson and R Nagy ‘Law, power and justice: What legalist fails to address in the functioning of Rwanda’s *gacaca* courts’ (2011) 5 *The International Journal of Transitional Justice* 18.

advantage as understanding the context was key in the circumstances. Besides, having a fully trained judge preside over *gacaca* would effectively change *gacaca* court into an ordinary court, thus depriving it of its traditional character. Indeed, the existence of *gacaca* courts of this nature would be irrelevant and counterproductive as they completely negate the traditional justice model inherent in the *gacaca*.

Secondly, it has been argued that the right to legal representation was not recognised under *gacaca*'s procedures.⁸⁷ This effectively compromises the right of an accused to legal representation. Notably, however, the traditional manner in which *gacaca* was conducted can be said to have encompassed the aspect of legal representation. The entire community was given the right to participate either for or against an accused person; a community that had directly experienced crimes allegedly committed by an accused. Their evidence – whether in defence or accusation - of the accused person was based on actual facts of their experiences and not legalese. A decision by the bench, based on these presentations, was therefore regarded as direct justice to the victims as opposed to legal arguments. Moreover, given the fact that the presiding judges were laymen, it would have been counterproductive to have a trained legal representative. Phil Clark views the exclusion of legal representatives as fair since most accused persons could not afford them; by excluding them, *gacaca* became more participatory.⁸⁸

Thirdly, it is also argued that the lack of documentary evidence in *gacaca* trials was highly compromising to due process.⁸⁹ This not only undermined evidentiary rules, but also weakened the outcome of *gacaca* courts. Apart from the lack of use of physical evidence,⁹⁰ *gacaca* trials had no police and judicial investigations.⁹¹ Yet, as already pointed out, the trials were discursive in nature. They relied entirely on testimony given by perpetrators, victims and bystanders.⁹² Verbal testimony was sufficient to sustain a verdict.⁹³ One may argue, however, that the process left accused persons with no protection against misrepresentation of facts. This anomaly seems to have been cured by the requirement to corroborate the evidence adduced during the public participation processes.

⁸⁷ Article 64, Organic Law No. 16/2004.

⁸⁸ P Clark 'Hybridity, holism and 'traditional' justice: The case of *gacaca* courts in post-genocide Rwanda' (2007) 39 (4) *George Washington International Law Review* 765-837.

⁸⁹ A Corey and SF Joireman 'Retributive justice: The *gacaca* courts in Rwanda' (2004) 85 *African Affairs* 83.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Corey and Joireman 'Retributive justice' (n 78 above); B Ingelaere 'Does the truth pass across the fire without burning?' Locating the short circuit in Rwanda's *Gacaca* courts' (2009) 47 (4) *Journal of Modern African Studies* 516.

⁹² Ingelaere 'Does the truth pass across the fire without burning?' Locating the short circuit in Rwanda's *Gacaca* courts' (n 80 above) 516.

⁹³ *Ibid.*

Fourthly, it is argued that *gacaca* courts further lacked credibility in that some of its judges had been implicated and potential witnesses threatened.⁹⁴ Threats against witnesses indicate the weaknesses in the witness protection program as well as the security of *gacaca* judges. Christopher Le Mon, for example, documents a chilling account of numerous witnesses in *gacaca* courts who were killed across the country in a brutal manner, including the president of a *gacaca* court in Gisanza.⁹⁵ These incidents raised fears among the public and largely contributed to a decline in public participation.⁹⁶ Although not justifying *gacacas* lack of a witness protection mechanism, it should be noted that every system has its inherent weaknesses. Not even the Western court system has water-tight witness protection. The ICC OTP has previously acknowledged that her reasons for her withdrawal of Kenyatta's case was due to deaths of 'several people who may have provided important evidence regarding Mr. Kenyatta's actions while others were too terrified to testify for the Prosecution'.⁹⁷

Fierens further argues that the genocide effectiveness was such that perpetrators, co-perpetrators and accomplices could simply establish *gacaca* courts among themselves.⁹⁸ Several other commentators have acknowledged the sustained criticism that *gacaca* court was manipulated for political ends.⁹⁹ This has been termed the Tutsi version of victor's justice or revenge trials.¹⁰⁰ This already creates a perception of partiality, which undermines an accused's right to fair trial. Yet this criticism is not entirely true. *Gacaca* courts were not created arbitrarily. There was a proper legal framework for its incorporation in the transitional period as a traditional mechanism. It is therefore not entirely true that perpetrators would simply team up with co-perpetrators and accomplices and set up a *gacaca* court. An assertion of this kind only fuels widespread misconceptions about Africa's traditional mechanisms of justice.

⁹⁴ J Fierens 'Gacaca courts: Between fantasy and reality' (2005), *Journal of International Criminal Justice* 12.

⁹⁵ CJ Le Mon 'Rwanda's troubled *gacaca* courts' (2007) 14(2) *Human Rights Brief* 17–18.

⁹⁶ *Ibid*

⁹⁷ *Prosecutor v Uhuru Muigai Kenyatta* (Notice of withdrawal of the charges against Uhuru Muigai Kenyatta) ICC-01/09-02/11-983 (5 December 2014) Trial Chamber V(B); OTP 'Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the withdrawal of charges against Mr. Uhuru Muigai Kenyatta' (5 December 2014), <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-statement-05-12-2014-2> (accessed 21 May 2018).

⁹⁸ Fierens 'Gacaca courts (n 83 above) 12.

⁹⁹ MA Drumbl *Atrocity, punishment and international law* (2007) 193; Corey and Joireman 'Retributive justice: The *gacaca* courts in Rwanda' (n 78 above); J Sarkin 'The tension between justice and reconciliation in Rwanda: Politics human rights, due process and the role of the *gacaca* courts in dealing with the genocide' (2001) 45 (2) *Journal of African Law* 149; Haberstock 'An analysis of the effectiveness of the *gacaca* court system in post-genocide Rwanda' (n 70 above) 10.

¹⁰⁰ *Ibid*.

This study therefore holds the view that *gacaca* may have some weaknesses but that these are not sufficient to write off this mechanism as an accountability measure for international crimes. *Gacaca*, as an alternative accountability mechanism, remains relevant in the war against impunity for international crimes and should be accorded regional recognition and perhaps incorporated within the regional system in the manner recommended below.

2.1.1.2 The *mato oput* ritual

Translated into ‘drinking the herb of the *Oput* tree, blinding-bitter’ in the Acholi language, *mato oput* is a traditional justice mechanism commonly practised among the Acholi people of Northern Uganda.¹⁰¹ The reason why *mato oput* has featured prominently as a potential accountability mechanism for international crimes in Africa, as opposed to the accountability traditions of other Ugandan clans, is because the top five LRA members (Dominic Ongwen, Joseph Kony, Okot Odhiambo, Vincent Otti, and Rasak Lukwiya, with the last two having since then been confirmed as dead) indicted on 13 October 2005 by the ICC come from this community.¹⁰² Upon the ICC’s issuance of their indictments, the LRA Chief, Joseph Kony, was the first to seek the use of *mato oput* as an alternative to the impending ICC prosecutions.

Peace talks between the government of Uganda and the LRA resulted in a peace accord in 2008 that contemplated the establishment of a truth commission and the institution of *mato oput*. However, Kony refused to sign it until the ICC dismissed its indictments against the LRA leaders.¹⁰³ In 2008, the president of Uganda, Yoweri Museveni, heeded Kony’s plea and urged the ICC to dismiss its indictments against the LRA leaders in favour of traditional mechanisms.¹⁰⁴ It should be emphasised, though, that this mechanism has never been used in the context of accountability for international crimes, as was the case with *gacaca*. This is merely a proposal by the Acholi community, the LRA leaders, the President of Uganda, academic debate among scholars, and civil society.

¹⁰¹ GS Gordon ‘Complementarity and alternative justice’ (2009) 88 (3) Oregon Law Review, 247.

¹⁰² See generally, ‘Situation in Uganda: ICC-02/04’, <https://www.ICC-cpi.int/uganda> (accessed 11 January 2017).

¹⁰³ Gordon ‘Complementarity and alternative justice’ (n 90 above) 622-623.

¹⁰⁴ Ibid.

Traditionally, the Acholi people do not use prosecutorial systems of justice to settle disputes regarding violent crimes¹⁰⁵ that have led to either intentional or accidental killing.¹⁰⁶ Rather, they use the *mato oput* custom. Although *mato oput* has elements of retribution, much of the emphasis is on reconciling and restoring relations of the family and clan of the perpetrator and the victim. It is more of a form of restorative than retributive justice.¹⁰⁷ The process is usually undertaken when misfortunes have befallen the offending clan, thus leading to social pressure on the perpetrator or his or her family to seek reconciliation.¹⁰⁸

Within the *mato oput* process, punishment is therefore carried out by the spirits occasioning misfortune. It is the spiritual world that punishes offenders, thus compelling them to initiate a *mato oput* process as a way of cleansing themselves. This is because the Acholi people believe in the notion of the 'living dead', a belief that influences the manner in which disputes are resolved and reconciliation achieved.¹⁰⁹ These misfortunes brought by the spiritual world were a serious punishment that, just as in modern-day criminal justice punishments, deterred offenders and the community from committing similar offences. Arguably, this form of punishment was not only effective but could also be equated with modern-day notions of retributive justice.

The *mato oput* process occurs in four distinct stages: the separation of clans of the perpetrator and victim; mediation; compensation and, finally, the *mato oput* reconciliation ceremony. The completion time of the process is not certain. In some cases, it takes weeks; in others, months or years.¹¹⁰

The first process of *mato oput* entails *the separation of the clans* of the perpetrator and the victim.¹¹¹ According to Gordon, 'This separation requires the complete suspension of relations between the families of the perpetrator and the victim, during which time the clans are forbidden to intermarry, trade, socialize,

¹⁰⁵ E Blumenson 'The challenge of a global standard of justice: Peace, pluralism and punishment at the International Criminal Court' (2006) *Columbia Journal of Transitional Law* 810-812.

¹⁰⁶ C Rose 'Looking beyond amnesty and traditional justice and reconciliation mechanisms in Northern Uganda: A proposal for truth telling and reparations' (2008) 28(2) *Boston College Third World Law Journal* 361.

¹⁰⁷ P Bako 'Does traditional conflict resolution lead to justice? The Mato Oput in Northern Uganda' (2009) 3 *Pretoria Student Law Review* 102.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.* It should, however, be noted that with the advent of Christianity, not all Acholis ascribe to this traditional approach to justice.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Gordon 'Complementarity and alternative justice' (n 90 above) 247; Rose 'Looking beyond amnesty and traditional justice and reconciliation mechanisms in Northern Uganda' (n 50 above) 362.

or share food and drink'.¹¹² The rationale for the separation is to help the two clans sober up from the raging desire for revenge.¹¹³

The second step in the *mato oput* justice system is *mediation*. This is conducted before a group of elders who establish the cause of conflict by questioning the parties.¹¹⁴ Here, the two families are expected to come up with an account of the facts of the offence committed – the circumstances of the crime and its motives – along with an expression of remorse and voluntary confession by the perpetrator.¹¹⁵ The remorsefulness of the perpetrator, which results in him or her confessing to the offence and seeking rectification, is significant in the sense that it appeases the spirit of the dead and stops the latter from tormenting the perpetrator and his or her family.¹¹⁶

After the perpetrator accepts responsibility and seeks forgiveness, the elders lay down the terms of *compensation*.¹¹⁷ The family of the perpetrator is then expected to raise compensation from their clan members and pay it to the family of the victim.¹¹⁸

The *reconciliation ceremony* marks the final step of the process and it seeks to seal the reconciliation. This step is presided over by the local chief, *rwot moo*, and involves the communities of the two families for purposes of reconciliation. It entails the following elaborate steps:

First, the offending party beats a stick to broadly symbolize *mato oput's* restorative purpose and then runs away to signify acceptance of guilt for the murder. Second, the parties cut in half a sheep and a goat and exchange opposite sides. The offending clan supplies the sheep, which represents the *cen*, or misfortune, haunting the clan of the offender, while the injured clan supplies the goat, which symbolizes unity and a willingness to forgive and reconcile. Third, the clans eat *boo mukwok*, spoiled boo, or local greens, which signifies that tension between the clans persisted long enough for food to spoil, and also symbolizes the clans' readiness to reconcile after this long period of time. Fourth, a representative from each party drinks *oput*, bitter root, from a calabash. The root represents the bitterness between the clans, and drinking it symbolizes washing away the bitterness between them. Fifth, both parties cook and eat the *acwiny*, liver, of the sheep and the goat to show that their blood has been mixed and united and to symbolically wash

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Blumenson 'The challenge of a global standard of justice' (n 94 above) 805.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Rose 'Looking Beyond amnesty and traditional justice and reconciliation mechanisms in Northern Uganda' (n 95 above) 362.

¹¹⁷ Blumenson 'The challenge of a global standard of justice' (n 94 above) 806.

¹¹⁸ Gordon 'Complementarity and alternative justice' (n 90 above) 248.

away the bitterness within the blood of the human liver. One of the last rituals involves consuming *odeyo*, the remains of a saucepan, which is thought to free the parties to eat together again. The ceremony is not complete until the parties have eaten all of the food prepared for the day; finishing the food means that no bitterness remains between the two clans.¹¹⁹

The *mato oput* process is symbolic in nature. The sharing of the bitter roots symbolises reconciliation between the perpetrator and victim as well as the two communities and their unwillingness to repeat the offence and experience the bitterness caused by the offence in the future. The modern sense of punishment of the perpetrator may seem to be greatly downgraded in this process. Yet, within the *mato oput* traditional process, punishment is first carried out by the spirits, as opposed to leaving the entire aspect to those overseeing the process. It is the spiritual punishment that prompts a process which is more reconciliatory. The study opines that the notion of immunity of leaders never existed under the *mato oput* process as the spiritual world does not distinguish between leaders and subjects.

Punishment could also perhaps be exhibited through humiliation. It can be argued that by making an accused go through the process and publicly acknowledge his or her wrongs was in itself punitive. Moreover, the perpetrators and their clans were deemed to have been punished by the spirits, who send misfortunes prompting the *mato oput* process. From an African perspective, these aspects of punishment are effective and could measure up to imprisonment in the Western sense. Yet from an ICC perspective, this is an ineffective punishment, given the fact that article 76 of the Rome Statute contemplates punishment only in the form of fines, imprisonment and forfeiture.

Arguably, the *mato oput* system dispenses a holistic form of justice that emphasises restorative, reconciliatory and retributive justice as understood within the traditional African sense. Punishment (in its modern sense) is limited almost to the point of non-existence. This should not, however, disqualify the process as an alternative mechanism in international criminal justice. The most important concern should be how to strengthen this mechanism as a tool for accountability to complement other mechanisms in the war against impunity for international crimes on the continent. It is time that international criminal justice redefined accountability in such a way as to take these traditional approaches into consideration as well.

¹¹⁹ Rose 'Looking beyond amnesty and traditional justice and reconciliation mechanisms in Northern Uganda' (n 95 above) 363-364.

The difference between the ICC and *mato oput* dispensation of punishment could perhaps be explained in two ways. First, traditional African approaches never anticipated dealing with mass atrocities – which are in the nature of international crimes, or what Mark Drumbl calls extraordinary crimes.¹²⁰ Patricia Bako, for instance, has criticised *mato oput* for its failure to distinguish between crimes.¹²¹ For example, whereas the LRA engaged in heinous acts, including ‘cutting off hands, breasts, lips and ears, civilian abduction and recruiting child soldiers’, all of which amount to crimes against humanity, these would be dealt with in similar manner to any other ordinary crime under the *mato oput* mechanism, thus undermining their gravity. However, Bako fails to point out the effectiveness of this mechanism if it were to apply to low-level perpetrators of these crimes, as was the case in *gacaca* courts. She also uses technical rules of Western notions of justice in interpreting the concept of due process to evaluate the effectiveness of *mato oput*, forgetting that this is a totally different system and one designed and operated differently. Secondly, the *mato oput* system was structured to settle disputes around inter-clan or -tribal killings. By contrast, the atrocities witnessed in Uganda were not limited to the Acholi community but affected the entire country, with victimhood spreading beyond the clans or tribes that would otherwise have conducted the *mato oput*.

Notably, some aspects in the *mato oput* system are similar to those in *gacaca*. For example, despite their procedural differences, what they have in common is an emphasis on three forms of justice: the elements of restoration, reconciliation and retribution, as well as some aspects of rules of natural justice. The latter include the right to be heard and by a panel of ‘competent’ personalities. This can be said too of most other traditional African approaches that are yet to be used in a post-conflict situation.¹²² Arguably, it is possible therefore to harmonise their similarities within a national or regional or subregional framework, as recommended under section 6, in the quest to develop a mechanism that incorporates traditional African approaches in the war against impunity.

3. Understanding Africa’s concerns about the ICC from the perspective of African traditional procedures of accountability

Like most authors, this study remains sceptical as to whether these traditional approaches – in their current form – are suitable and can deal effectively with accountability for international crimes for all cadres of perpetrators. This notwithstanding, some elements embodied in these approaches are vital to any

¹²⁰ Drumbl Atrocity, punishment and international law (n 78 above) 4.

¹²¹ Bako ‘Does traditional conflict resolution lead to justice?’ (n 96 above) 105.

¹²² For example, within Uganda, there are also the Nyono Tong Ngweno and Gomo Tong. In Botswana, there is Kgotla, et cetera. For more information, see Gordon ‘Complementarity and alternative justice’ (n 90 above); Rose ‘Looking beyond amnesty and traditional justice and reconciliation mechanisms in Northern Uganda’ (n 95 above).

criminal justice system and are similar to the ethos of the ICC, for example, the rules of natural justice that accord an accused person the right to be heard and by a 'competent' panel.¹²³ As with the ICC and African Court, accused persons under the African traditional mechanisms were duly accorded the right to be heard before a final verdict was pronounced. Although the definition of competency may be different, the panels of wise men chosen to settle disputes in African traditional mechanisms were deemed competent in the circumstances.

An underlying commonality in these approaches is that the African conception of justice is holistic, combining elements of retributive, reparative and restorative measures. By adopting traditional approaches to accountability, post-conflict state practice envisages a holistic approach to the notion of justice. It can therefore be concluded that though the procedural elements of these cultures may seem different, the substantive trend established by these cultures is deeply informed by shared African values in the conceptual understanding of the notion of justice. Moreover, as already pointed out some of these values are similar to those found in the ICC process. They include the right of an accused person to be heard, the competency of the tribunal or panel, and lack of bias. Underlying all these is the right of an accused to be presumed innocent. Regrettably, while the aspects of restoration are partially provided for under the Rome Statute, reconciliatory processes are completely missing in the Western conception of justice. Thus, it would be useful if these traditional approaches were to be integrated within the African criminal law system of accountability for international crimes.

At this point, a valid question is whether Africa's concerns about the ICC are informed by these traditional approaches or the variance – at a practical level – between the notion of justice under the African approaches and that under the ICC system.

First and foremost, central in Africa's traditional approaches to justice are aspects of punishment, reconciliation and forgiveness. In some instances, punishment is conceived within the spiritual realm as opposed to modern day understanding. Regarding the *gacaca*, even though punishment is understood in a similar way to the Western sense, the ultimate goal of the mechanism is reconciliation and restoration.

Essentially, the conception of justice in the traditional African sense emphasises reconciliation and restoration, even though there still exist aspects of punishment even though this may not always resemble ICC conception of punishment as defined above. On the other hand, the ICC's conception of justice

¹²³ This right is guaranteed in various human rights treaties, for example article 14(3) (d) of the International Covenant on Civil and Political Rights and article 7 of the African Charter on Human and Peoples' Rights.

is both retributive and reparative, with more emphasis placed on the former than the latter.

Moreover, the notion of a competent tribunal is also understood differently. Within the African conception of justice, a competent panel would consist of persons of high contextual knowledge and wisdom, whereas a competent bench means something entirely different in the Western sense – a bench that possesses technical knowledge to address the matter. The strong presence of public participation in traditional processes, coupled with a total absence of legal representation, adds to these differences. Thus far, at a practical level, there is a clear divergence between these two sets of understandings of justice.

Scholars of transitional justice seeking to distinguish between international criminal law and transitional justice in its broad sense compound this challenge.¹²⁴ Within transitional justice discourse, the ICC process is devoid of reconciliation and restorative forms of justice, as these are better dealt with through other mechanisms. This already magnifies the tension between the traditional African and the ICC understanding of the notion of justice. While traditionally, Africans may expect a mechanism like the ICC to dispense the three different forms of justice, all it gets is prosecution and a limited approach to reparation.

This is not to say that the reconciliation and restorative processes in traditional approaches are beyond reproach. For example, central to an effective reconciliatory justice system is the ability of communities to forgive one another. Critics have, however, pointed out the weaknesses inherent in overestimating the forgiving capacity of the Acholi People in the *mato oput* ceremony.¹²⁵ Forgiveness is an essential prerequisite for successful reconciliation. Bako documents instances where those who underwent this procedure as former LRA combatants have subsequently been stigmatised by the community, which is an obstacle to full reintegration.¹²⁶

In addition, it is important to ask whether this variance is what has informed Africa's grievances against the ICC.

Paul Rusesabagina and Tom Zoellner have made significant observations in this regard:

The adversarial system of justice practiced in the West often fails to satisfy [Africans], I am convinced, because it does not offer warring parties the opportunity to be human with each other at the end. Whether

¹²⁴ Drumbl Atrocity, punishment and international law (n 78 above) 19.

¹²⁵ Rose 'Looking beyond amnesty and traditional justice and reconciliation mechanisms in Northern Uganda' (n 95 above) 366.

¹²⁶ Bako 'Does traditional conflict resolution lead to justice?' (n 96 above) 107.

you were the victim or the aggressor you had to strip yourself of pride and recognize the basic humanity of the fellow with whom you were now sharing a banana beer. There was public shame in this system, true, but also a display of mutual respect that closed the circle. Everyone who showed up to hear the case was invited to sip the banana beer too, as a symbol of the accused man's reconciliation with the entire people. It was like a ...communion. The lasting message for all that gathered there was that solutions could always be found inside-inside communities and inside people.¹²⁷

An argument can be made that, having been socialised in these traditional approaches, African leaders are likely to find it difficult to fully embrace international criminal law norms that give no recognition to their very own traditions. Even though one may find this observation odd, given that most of these African states have traditional Western-style criminal justice systems at their national level, the manner in which these criminal justice systems were introduced into African nations through the imposition of colonial policies should not be forgotten. Despite their resentment, African nations had limited power to influence colonial rule and its legalities. This perhaps explains why the majority of African states still have African traditional or customary law courts. Indeed, customary law is a source of law in most African states.

Arguably, this helps one understand the actual yet unacknowledged genesis of Africa's concerns about the ICC. Thabo Mbeki has previously admitted that Africans' confidence in themselves and their systems partly derives from rediscovering their traditional past.¹²⁸ Criminal accountability is not an exception to this rediscovery. Indeed, some African countries are walking down this path within the context of national justice systems. In Kenya, for example, the 2010 Constitution makes it mandatory for the Kenyan judiciary to embrace 'alternative forms of dispute resolution including reconciliation, mediation, arbitration and traditional dispute resolution mechanisms...'¹²⁹ Borrowing the analogy by Keep and Midgley, it is vital that Africa's regional system transforms in order to embrace the positive values of African societies.¹³⁰ The African Charter guarantees the 'promotion and protection of morals and traditional values recognized by the

¹²⁷ KE MacMillan 'The practicability of amnesty as a non-prosecutory alternative in post-conflict Uganda' (2007) 6:199 *Cardozo Public Law Policy and Ethics Journal* 213; P Rusesabagina and T Zoellner *An ordinary man: An autobiography* (2006) 197.

¹²⁸ T Mbeki 'The African Renaissance, South Africa and the world', Public speech at the United Nations University (9 April 1998), <http://archive.unu.edu/unupress/mbeki.html> (accessed 21 May 2018). See also CBN Gade 'Restorative justice and the South African Truth and Reconciliation process' (2013) 32 (1) *South African Journal of Philosophy* 24.

¹²⁹ Article 159 (c), Kenyan Constitution of 2010.

¹³⁰ Keep and Midgley, 'The emerging role of ubuntu-botho in developing a consensual South African legal culture', Paper presented at the annual meeting of the Law and Society Association, Berlin, Germany, 25 July 2007, 48; C Himonga, M Taylor and A Pope 'Reflections on judicial views of Ubuntu' (2013) 16(5) *Potchefstroom Electronic Law Journal* 372.

community'.¹³¹ This recognition does not exclude criminal accountability processes. In this regard, the regional criminal justice system is legitimate only if it embraces the diversity in African traditions. This calls for the regional criminal system to embrace pluralism of legal norms.

Nonetheless, the most important question in this regard is whether these traditional approaches are suitable to address the challenge of impunity for international crimes. A pan-Africanist would easily answer this question in the affirmative. Yet there is a hidden danger that incorporating the principles underlying these mechanisms may entail their formalisation to fit in with the Western style form of justice. Of significance is whether the formalisation of these traditional approaches would change the traditional nature of their mechanisms. This study argues that 'formalisation' could just entail writing the process as originally conceived into the international system. Although this may create some tensions, they could be resolved in favour of the traditional process. As was the case in the *gacaca* tribunals, the substantive nature of the law applicable underwent formalisation over different periods of time, yet *gacaca* retained its traditional procedural rules with only minimal distortion of its general structure, and its gradual formalisation served only to increase its legitimacy.

In this study, it is opined that changing these traditional approaches to align with the Western-style justice system ends their 'traditional' character in the usual sense of the word and transforms them into modern procedures. Besides, changing some of the traditional principles to suit the requirements of international criminal law may also lead to further destruction of the cultural elements if not well adjusted. Essentially, there would be no difference between completely changing this traditional mechanism and creating modern additional tribunals to deal with the question of impunity at the expected levels. Therefore, if the approach of complete overhaul is adopted, these traditional approaches will automatically lose their identity and nature as traditional approaches.

This runs the risk of making them lose legitimacy, which in turn compromises their traditional deterrent effect. As Dietrich asserts, 'deterrence works best when criminals accept both the law and the courts as legitimate'.¹³² Like other transitional mechanisms, local accountability mechanisms must be based on local needs and priorities.¹³³ This has the sum effect of broadening local participation.¹³⁴ It is therefore this study's further opinion that the best way

¹³¹ Article 17 (3), African Charter on Human and Peoples' Rights.

¹³² J Dietrich 'The limited Prospects of deterrence by the International Criminal Court: Lessons from domestic experience' (2014) 88(3) International Social Science Review 9.

¹³³ SK Hellsten 'Working Paper No 2012/06 Transitional Justice and Aid' (United Nations University World Institute for Development Economics Research 2012) X, 1.

¹³⁴ H Haider 'Helpdesk research report: Factors contributing to transitional justice effectiveness'

forward for Africa is to incorporate its traditional African approaches within its regional criminal justice system. This can be achieved with minimal modifications of these processes and with certain limitations regarding the exercise of their jurisdictions, particularly over those who bear the highest responsibility for international crimes. Yet, unless African states leave the Rome Statute, going back to pure traditional mechanisms as an alternative to international criminal justice is not an option for Africa, given the obligations binding on African states through their ratification of the relevant international criminal treaties. Yet, it is not the intention of this study to propagate for an en masse withdrawal of African states from the Rome Statute but to provoke debate on how to establish a balance between the two systems.

This notwithstanding, the legal framework already adopted at the regional level envisages only retributory measures. The African Court system, in relation to its criminal jurisdiction, largely resembles the ICC. Its provisions do not pay any due consideration to African traditional approaches to justice. The regional legal framework neither recognises traditional approaches to justice in post-conflict states nor bars inclusion of these traditional approaches within it. The conduct of African leaders and experts seems to indicate allegiance to modern-day principles of international criminal law, whereas traditional approaches are slowly being relegated to the periphery. In fact, African traditional approaches were not a factor that was given due consideration during the drafting of the relevant protocol and its subsequent amendment. The AU does, however, have a policy on transitional justice, inspired in part by African traditional approaches.¹³⁵

4. A feasible relationship between traditional African mechanisms and the ICC, a probable African Court with jurisdiction over international crimes, sub-regional and national institutions

The possibility of a situation where a person indicted by the International Criminal Law Section of the African Court prefers to be subjected to this traditional mechanism instead must also be considered. If this were to happen, then the most difficult question of complementarity must be dealt with. Is there a complementary relationship between the traditional mechanisms and the African Court? The discussion above portrayed the inability of these local mechanisms to act in a complementary relationship with international criminal tribunals with respect to those who bear the highest responsibility for international crimes. By ratifying international treaties, states bind themselves to diligently carry out their responsibilities under these treaties in good faith.¹³⁶

Governance and Social Development Resource Centre (2011) 3.

¹³⁵ <https://au.int/en/pressreleases/20190212/african-union-adopts-transitional-justice-policy>.

¹³⁶ Article 26, Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969.

This implies that, with respect to fulfilling the Rome Statute and the Malabo Protocol principle of complementarity, a state must ensure that its municipal criminal mechanisms adhere to the required standards. This would require, for instance, the local traditional mechanisms to have investigatory powers as well as follow established rules of due process. Local traditional mechanisms that lack these aspects cannot therefore complement the African Court. Nonetheless, it is important that national criminal justice systems adopt a comprehensive definition of justice – and not just limit it to ICC-approach of justice but also extend it to traditional African approaches to justice. Thus far, the traditional mechanisms would only complement national criminal justice systems.

5. Conclusion and recommendations

Three key conclusions emerged from the discussion in this contribution. First, some African communities use traditional procedures as an accountability measure for ordinary crimes. This makes it easy for these mechanisms to be utilised for accountability in post-conflict situations. Secondly, the chapter established that the traditional African procedures of *gacaca* and *mato oput* are not, on their own, suitable to offer an alternative accountability measure for international crimes. This is because they were not intended to deal with extraordinary crimes – the mass atrocities at the heart of international crimes.

Moreover, these traditional mechanisms do not seem to play a central role in addressing Africa's grievances against the ICC. This explains why the already adopted African regional framework on fighting impunity through prosecution does not incorporate these traditional procedures. Nonetheless, despite their limitations, the mechanisms can be strengthened to be effective. The chapter therefore advocated for national systems that give limited recognition to traditional African approaches under the following two conditions. First, in order to be meaningful in dealing with low-level accountability for international crimes, these mechanisms must be refashioned. Second, these mechanisms should be reserved for the second and third tier of perpetrators but not those who bear the highest responsibility.

Traditional justice procedures can be incorporated within the African Criminal justice system. While retaining their native traditional identities, the various African traditional procedures should be limited to resolving post-conflict disputes involving the second or third tier of perpetrators of international crimes within the African region. These should include those perpetrators whose level of involvement precludes them from prosecution by the proposed International Criminal Law Section of the African Court and subjects them to alternative national mechanisms. This would assuage any fears surrounding the challenge of treating all traditional approaches as monolithic and with the ability to complement the

African Court. Every state is allowed to legislate on the manner in which their respective traditional approaches inter-relates with its national criminal justice system with respect to second- and third-tier perpetrators of international crimes. Those bearing most responsibility should, however, not be dealt with through these traditional mechanisms. This perhaps would call for a further amendment to the Malabo Protocol in order to offer further regional guidelines to states that decide to adopt the use of traditional approaches in post-conflict situations. This amendment will enable the regional criminal system to give recognition to values of accountability from African traditional approaches without compromising the core values of international criminal law.

States, on the other hand, will have to undertake three important roles in this regard. To begin with, they will have to ensure they harmonise all traditional approaches within their respective jurisdictions. This is because, in most countries, there are diverse communities with varied traditional approaches. Furthermore, traditional approaches should undergo some limited formalisation to enable their formal recognition. For example, there should be a linkage between national justice systems and the traditional mechanisms. This linkage could assume, for instance, the three forms suggested by Gregory Gordon.¹³⁷

First, the traditional mechanisms can rely on national courts for enforcement of their orders.¹³⁸ Secondly, the national judicial system could be the ultimate appeal body for perpetrators aggrieved by decisions made by traditional mechanisms.¹³⁹ In this regard, every accused person will be expected to first pass through the traditional mechanism as a prerequisite of exhausting local remedies. This kind of linkage must be carefully crafted. Due consideration must be given to the nature of international crimes whose perpetrators and victims are likely to spread beyond a particular community or country, thus involving persons who do not necessarily ascribe to some of these traditional approaches. Thirdly, the traditional mechanisms could be integrated within the national judicial system, as was the case with *gacaca*.¹⁴⁰

Furthermore, states will have to undertake a general documentation of the harmonised traditional approaches. As the anthropologist Tim Allen notes, there is a lack of systematic documentation of *mato oput* despite the variations in its practices and ceremonies even among the Acholi community itself.¹⁴¹ Documentation would not only create certainty of procedures and substantive content of the practice, but also enable an easy linkage between the traditional mechanisms and any other formal criminal mechanisms, whether national or

¹³⁷ GS Gordon 'Complementarity and alternative justice' (2009) 88 (3) Oregon Law Review, 677.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ T. Allen 'War and justice in Northern-Uganda: An assessment of the International criminal

international. Documentation would also enable a precise articulation of the specificities that certain traditional concepts of justice entail, thereby ensuring consistency and transparency in their adjudication. As Metz suggests, it may also call for a refashioning of this concept in order to ensure that its ideals are construed in the light of current situations.¹⁴² In doing the documentations, states may need to consult the respective communities in order to guard against false information.

The question as to how these traditional approaches relate to the ICC or the African Court will therefore not arise. This is because their target group will be very different. It is therefore the role of the respective states to ensure that it adopts appropriate rules and regulations that offer substantive guidance on the criteria to be used in identifying individuals who are subject to these traditional approaches. This could involve, for instance, categorising the various levels of involvement in committing the offences.

At the state level, every state should enact legislation to offer guidance on the manner in which their respective traditional approaches inter-relates with the state's national criminal justice system with respect to second- and third-tier perpetrators of international crimes. For example, national systems could have appellate jurisdiction over matters emanating from traditional mechanisms, or these traditional mechanisms could be integrated within the national criminal justice system. Every state should adopt the approach relevant to its context. States must also harmonise all traditional approaches within their respective jurisdictions. With the help of experts on tradition, states may also seek to refashion some elements of these traditional procedures and concepts in order to make them relevant to contemporary issues.

The AU should therefore adopt an amendment to the Malabo Protocol recognising African traditional procedures. The AU should further adopt rules and guidelines to guide states on the applicability of traditional approaches within the context of international crimes. In particular, the rules should offer guidance on the relationship between these mechanism and national prosecution mechanism; the criteria applicable when deciding the levels of perpetrators to face the traditional mechanisms or national prosecution as well as those to face regional prosecution in the event of failure of national mechanism.

Court's intervention' (2005), https://www.files.ethz.ch/isn/56421/2005-02_AllenICCReport.pdf (accessed 16 January 2017).

¹⁴² T Metz 'Ubuntu as a moral theory and human rights in South Africa' (2011) 11 African Human Rights Law Journal 536.

COOPÉRATION ENTRE LE BURUNDI ET LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE: ET SI LA NOUVELLE CONSTITUTION DU 07 JUIN 2018 N'INTERDISAIT PAS LA REMISE DE BURUNDAIS À LA COUR?

BERNARD NTAHIRAJA

Résumé

*La constitution burundaise du 07 juin 2018 interdit l'extradition de Burundais. Le texte qu'elle révisé - loi du 18 mars 2005 - portait la même interdiction mais il l'assortissait d'une exception fondée sur le double critère de la nature du crime poursuivi et de celle de la juridiction de renvoi. Il disposait en effet comme suit: « Aucun Burundais ne peut être extradé à l'étranger **sauf s'il est poursuivi par une juridiction pénale internationale pour crime de génocide, crime de guerre ou autres crimes contre l'humanité.**»¹⁴³ Techniquement, la nouvelle constitution supprime cette exception en posant, purement et simplement, la règle suivante: « Aucun Burundais ne peut être extradé. »*

Il est inévitable de faire le lien entre cette réforme et le retrait du Burundi du Statut de Rome créant la Cour Pénale Internationale, retrait devenu effectif en date du 26 octobre 2017. En effet, indépendamment, pour le Burundi, des effets de son retrait du Statut de Rome dans l'ordre juridique international, l'on peut estimer que le constituant a voulu interdire, sur le plan interne, la forme de coopération consistant à mettre un Burundais à la disposition d'une juridiction pénale internationale. L'analyse du discours politique de la période de campagne référendaire accrédite cette hypothèse.

Au moyen d'une interprétation exégétique du texte constitutionnel, la présente contribution cherche à vérifier si le Constituant parvient effectivement à cet objectif, c'est-à-dire s'il réussit, par cette règle, à interdire qu'un Burundais puisse être remis à la disposition de la Cour Pénale Internationale. L'analyse arrive à la conclusion que cet objectif n'est pas atteint. En d'autres termes, la remise de Burundais à la Cour Pénale Internationale reste permise par la constitution. La conclusion se fonde essentiellement sur la différence existant entre le concept utilisé par le constituant - « extradition » - et celui qui aurait produit l'effet recherché - « remise »

¹⁴³ C'est nous qui soulignons

COOPERATION BETWEEN BURUNDI AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: WHAT IF THE NEW CONSTITUTION OF 7 JUNE 2018 DOES NOT PROHIBIT THE HANDING OVER OF BURUNDIANS TO THE COURT?

BERNARD NTAHIRAJA

Abstract

The Burundian Constitution of 7 June 2018 prohibits the extradition of Burundians. The Act of 18 March 2005, which was revised, contained the same prohibition provision, but with an exception based on the dual criterion of the nature of the crime being prosecuted and the nature of the referral court. It read as follows: “No Burundian may be extradited abroad unless he or she is being prosecuted by an international criminal court for the crimes of genocide, war crimes or other crimes against humanity”¹⁴⁴. Technically, the new Constitution eliminates this exception by laying down, purely and simply, the following rule: “No Burundian may be extradited”.

One can hardly avoid making the connection between this reform and Burundi’s withdrawal from the Rome Statute that established the International Criminal Court. The withdrawal became effective on 26 October 2017. In fact, regardless of the consequences for Burundi’s withdrawal from the Rome Statute in the international legal order, it can be considered that the constituent authority intended to prohibit, at the national level, the form of cooperation consisting of handing over of a Burundian national to an International Criminal Court. The analysis of the political discourse during the referendum campaign period supports this hypothesis.

By means of analytical interpretation of the constitutional text, this paper seeks to verify whether the Constituent authority actually achieves

¹⁴⁴ Emphasis mine

this objective. Thus, it seeks to assess whether Burundi succeeds, through this provision, in prohibiting its nationals from being handed over to the International Criminal Court. The analysis concludes that this objective is not achieved. In other words, the surrendering of Burundians to the International Criminal Court remains constitutionally permitted. The conclusion is based essentially on the difference between the concept used in the constitution - "extradition" - and that, which would have produced the desired effect - "surrender" -.

Introduction

La constitution burundaise du 07 juin 2018 interdit l'extradition de Burundais. En son article 50, al.2, il est disposé comme suit : « *Aucun Burundais ne peut être extradé.* »¹⁴⁵ Le texte qu'elle révisé - la loi du 18 mars 2005 - portait la même interdiction de principe mais il l'assortissait d'une exception - ou de l'apparence d'une exception - fondée sur le double critère de la nature du crime poursuivi et de celle de la juridiction de renvoi. Il disposait en effet comme suit : « *Aucun Burundais ne peut être extradé à l'étranger sauf s'il est poursuivi par une juridiction pénale internationale pour crime de génocide, crime de guerre ou autres crimes contre l'humanité.* »¹⁴⁶ D'un point de vue purement textuel, la nouvelle constitution supprime cette exception.

La présente contribution cherche à évaluer le sens et les implications juridiques éventuelles de cette réforme. Dans un premier temps, le chapitre présente la nouvelle règle en la comparant avec celle qu'elle abroge et en la plaçant dans un contexte historique (I). Dans un deuxième temps, il tente d'identifier ce qui semble être la volonté du politique dans cette réforme. Il le fait par une analyse du contexte politique de son adoption, un accent particulier étant mis sur le retrait du Burundi du Statut de Rome créant la Cour Pénale Internationale (II).¹⁴⁷ Dans un troisième temps, par une analyse exégétique du nouveau texte, le sens de la règle véritablement posée est recherché (III).

Préciser le contenu de cette contribution, c'est également indiquer ce qu'elle ne couvre pas. La présente contribution ne va pas discuter des effets (prétendus) de la nouvelle règle constitutionnelle dans l'ordre juridique international. L'auteur partage l'avis communément admis en cette matière à savoir qu'un Etat ne modifie pas ses obligations internationales par un acte de droit interne, tout comme il ne peut invoquer ce dernier pour justifier l'inobservation de ses obligations internationales.¹⁴⁸ Plus spécialement, la contribution ne revient pas

¹⁴⁵ Article 50, al.2, du 7 juin 2018

¹⁴⁶ Article 50, al.3 de la constitution du 18 mars 2005 (révisée)

¹⁴⁷ Le Burundi se retire du Statut de Rome par la loi n°1/14 du 18 octobre 2016 portant retrait de la République du Burundi du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale adopté à Rome le 17 juillet 2003. Le texte abroge notamment la loi la loi n°1/011 du 30 août 2003 portant ratification par la République du Burundi du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale ainsi que son instrument de ratification. Le retrait devient définitif en date du 27 octobre 2017. En date du 25 octobre 2017 cependant, la Cour avait autorisé l'ouverture de l'enquête sur la situation au Burundi. Voir, à ce dernier propos, la version publique expurgée de la Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation au Burundi rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome le 25 octobre 2017 (ICC-01/17-X-9-US-Exp) sur <https://www.ICC-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/17-9-Red-tFRA>

¹⁴⁸ Article 32 des Projets d'Articles sur la Responsabilité de l'Etat pour faits internationalement illicites : « L'Etat responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour

sur les obligations du Burundi, sur le plan international, dans le cadre du Statut de Rome, après son retrait de celui-ci. Cette question a été suffisamment discutée ailleurs par d'autres auteurs.¹⁴⁹ En outre, suivant le principe susmentionné, l'état de la question sur le plan juridique international n'est pas affecté par la réforme constitutionnelle. Celle-ci peut néanmoins avoir un impact sur les moyens juridiques internes d'exécution des obligations internationales. C'est cette question qui sera discutée dans la présente contribution en la limitant cependant à la problématique de la mise de Burundais à la disposition de la Cour Pénale Internationale. Au préalable, il s'impose de préciser la mesure dans laquelle le texte étudié ici a lui-même été modifié.

I. La nouvelle règle dans son contexte juridico-historique

Comme déjà indiqué, les textes respectifs de l'ancienne et de la nouvelle règle constitutionnelle sont les suivants : « *Aucun Burundais ne peut être extradé à l'étranger sauf s'il est poursuivi par une juridiction pénale internationale pour crime de génocide, crime de guerre ou autres crimes contre l'humanité* »¹⁵⁰ et « *Aucun Burundais ne peut être extradé.* »¹⁵¹

Deux constats majeurs sautent aux yeux. Le premier est que l'ancienne comme la nouvelle constitution portent une interdiction de principe d'extrader des Burundais. Le deuxième est que l'exception à cette règle que portait le texte ancien n'existe plus dans le nouveau. En effet, la constitution du 18 mars 2005 dérogeait à la règle interdisant l'« extradition » de Burundais en cas de génocide, de crime de guerre ou de crimes contre l'humanité à la condition que l'entité requérante soit une juridiction pénale internationale. Le champ de cette exception était donc soigneusement circonscrit. D'un côté, il ne suffisait pas que la demande provienne d'une juridiction pénale internationale pour que l'« extradition » devienne possible. Ainsi, par exemple, un Burundais recherché par la CPI pour crime d'agression - l'on n'entrera pas ici dans le détail des complexes règles du Statut de Rome en matière d'agression - n'aurait pas pu être « extradé ».¹⁵² Il fallait nécessairement que la demande soit faite dans le cadre des poursuites pour

justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie. »

¹⁴⁹ Voir notamment NIYONKURU Aimé-Parfait, "Burundi-ICC: Trial of Strength over Burundi's Duty to Cooperate with Respect to the Situation in Burundi" in HJ van der Merwe & Gerhard Kemp, *International Criminal Justice in Africa*, 2018, pp.139-161.

¹⁵⁰ Article 50, al.3 de la constitution du 18 mars 2005 (c'est nous qui soulignons).

¹⁵¹ Article 50, al.2 de la constitution du 7 juin 2018 (révisée) du projet de révision de la constitution.

¹⁵² Voir, Antonio Yáñez-Barnuevo, "The Exercise of the International Criminal Court's Jurisdiction over the Crime of Aggression: Short Term and Long Term Prospects", in Mauro Politi & Giuseppe Nelsi, *The International Criminal Court and the Crime of aggression*, Routledge, 2017, 109-120 & Mohammed M. Gomahe *Definition of the Crime of Aggression and the ICC Jurisdiction over that Crime in Mauro Politi & Giuseppe Nelsi, The International Criminal Court and the Crime of aggression*, Routledge, 2017, 55-78.

génocide, crime de guerre ou crimes contre l'humanité. De la même manière, il n'était pas suffisant que la requête en vue de l'« extradition » du Burundais s'inscrive dans le cadre des poursuites pour l'un ou l'autre de ces trois crimes ou même des trois, simultanément. Il fallait, en outre, que la requête provienne d'une « juridiction pénale internationale ». Ainsi, par exemple, un Burundais recherché par la justice d'un Etat étranger pour génocide, crime de guerre ou crime contre l'humanité, commis ou non au Burundi, ne pouvait être « extradé ». Le titre de compétence de la juridiction étrangère n'avait aucune importance. En d'autres termes, il était indifférent que la compétence de la juridiction étrangère soit fondée sur la territorialité, la personnalité active, la personnalité passive, le principe de protection ou la compétence universelle.¹⁵³ Dans la nouvelle règle, cette exception - si elle en est vraiment une - n'existe plus. Le texte se limite à poser l'interdiction de principe d'extrader les Nationaux.

Dans l'histoire du droit constitutionnel burundais, l'interdiction absolue d'extrader les Nationaux n'est pas une règle nouvelle, au contraire.¹⁵⁴ Elle est d'ailleurs largement partagée par les systèmes juridiques nationaux de tradition romano-germanique.¹⁵⁵ Ceci s'explique par le fait que, prises globalement et par comparaison aux droits nationaux de la tradition de Common Law, les législations de la famille romano-germanique étendent l'application de leurs lois pénales aux faits commis par leurs Nationaux à l'étranger (compétence personnelle active).¹⁵⁶ En principe donc, le refus d'extrader ne crée aucune opportunité d'impunité.

En droit burundais, la première nuance à l'interdiction absolue d'extrader les Nationaux n'apparaît qu'avec la loi n°1/017 du 28 octobre 2001 portant promulgation de la constitution de transition de la République du Burundi. Pour la première fois, la constitution va permettre d'« *extrader* » des Burundais lorsqu'ils sont poursuivis par une juridiction pénale internationale pour génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité.¹⁵⁷ Ce n'est donc pas la ratification, par le

¹⁵³ Le problème n'est pas théorique. Il s'est notamment posé - mais seulement dans les médias - à l'occasion de la demande d'extradition des Burundais soupçonnés d'avoir pris part au génocide des Tutsis au Rwanda, en Avril 1994. Voir notamment : State identifies over 600 Burundian genocidaires, <https://www.newtimes.co.rw/section/read/40296>, livraison du 29 juillet 2008. Voir aussi Daily, Kigali accuse Bujumbura de garder les génocidaires de 1994, livraison du 17/06/2019, <https://www.burundidaily.net/single-post/2019/06/17/Kigali-accuse-Bujumbura-de-garder-les-g%C3%A9nocidaires-de-1994>

¹⁵⁴ Voir notamment l'article 24 de la constitution du 13 mars 1992, l'article 16 du décret-loi n°1/001/96 du 13 septembre 1996 ainsi que l'article 26 du décret-loi n°1/008/96 du 6 juin 1998.

¹⁵⁵ Organisation des Nations -Unies contre la Drogue et la Criminalité (ONUDD), Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition, New York, 2012, pp.12-17.

¹⁵⁶ Voir notamment Blakesley, Christopher Extradition between France and the United States: An Exercise in Comparative and International Law L, Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol,12, Issue Fall, Fall 1980, pp.653-716.

¹⁵⁷ Article 32, al.3, in B.O.B. n°10/2001, p.1272.

Burundi, du Statut de Rome créant la Cour Pénale Internationale qui a conduit à la révision de la Constitution dans ce sens. A titre de rappel, cette ratification n'interviendra que par une loi du 30 août 2003.¹⁵⁸ C'est plutôt l'Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi du 28 août 2000 qui explique cette dynamique.

En effet, l'Accord d'Arusha avait particularisé les crimes de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité en prévoyant l'implication de la communauté internationale dans leur répression.¹⁵⁹ Il faut ici rappeler qu'il était envisagé que le Gouvernement demande la mise sur pied d'une commission judiciaire d'enquête internationale par le Conseil de Sécurité des Nations-Unies et ensuite éventuellement d'un « *Tribunal Pénal International* » chargé d'établir les responsabilités individuelles pour génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité si la commission concluait à la vraisemblance de tels crimes.¹⁶⁰ Si la démarche avait été suivie, la juridiction à mettre en place aurait été de même nature que les Tribunaux Pénaux Internationaux créés par le même Conseil, respectivement pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda. La « juridiction pénale internationale » visée par l'article 32, al.3 de la constitution de transition du 28 octobre 2001 n'était donc pas nécessairement la CPI - qui n'existait d'ailleurs pas encore, institutionnellement parlant, faute d'instruments suffisants de ratifications -. ¹⁶¹ En 2001 comme en 2005, la formule était générale et visait toute juridiction pénale internationale.

Les textes constitutionnels qui seront promulgués plus tard confirmeront cette tendance. Il en est ainsi de la loi n°1/018 du 21 octobre 2004 portant promulgation de la constitution de transition et, bien entendu, de la loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la constitution.¹⁶² Dans cette suite de textes constitutionnels, la loi n°21/024 du 21 novembre 2003 portant amendement de la constitution de transition est sans importance parce que son unique objet était de permettre l'intégration des leaders du Conseil National pour la Défense de la Démocratie-Front de Défense de la Démocratie (CNDD-FDD) dans les institutions après l'accord de cessez-le-feu du 2 décembre 2002.¹⁶³

¹⁵⁸ Loi n°1/11 du 30 août 2003: <https://www.uantwerpen.be/images/uantwerpen/container2673/files/Burundi%20DPP/DH/ICC/lois/GOB300803.pdf>

¹⁵⁹ Accord d'Arusha, Protocole I, Chapitre II, Article 6, paragraphes 10 et 11: Principes et mesures relatifs au génocide, aux crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité

¹⁶⁰ Ibidem

¹⁶¹ A titre également historique, rappelons que le Statut de Rome n'entrera en vigueur que le 1.7.2002, trois mois après le dépôt du soixantième instrument de ratification par la République démocratique du Congo.

¹⁶² Tous ces textes peuvent être trouvés ici: <https://www.uantwerpen.be/en/projects/centre-des-grands-lacs-afrique/droit-pouvoir-paix-burundi/constitution/>

¹⁶³ B.O.B. n°11bis/2003, pp.781-783. Voir aussi loi n°1/023 du 21 novembre 2003 portant adoption de l'Accord de cessez-le-feu entre le Gouvernement et le CNDD-FDD, in. B.O.B. n°11bis/2003, p.781.

L'exception à l'interdiction d'extrader des Burundais a donc existé de la constitution du 28 octobre 2001 à celle du 7 juin 2018. Mais sur le plan purement politique, qu'est-ce qui fonde la nouvelle orientation, si nouvelle orientation il y a ?

II. L'effet politique apparemment recherché par la modification de la règle

Il est tentant de faire le lien entre cette réforme et l'enquête pour crimes contre l'humanité ouverte par la Cour Pénale Internationale (CPI) juste avant que le retrait du Burundi du Statut de Rome ne devienne effectif.¹⁶⁴ En effet, indépendamment, pour le Burundi, des effets de son retrait du Statut de Rome dans l'ordre juridique international, il est raisonnable d'estimer que le constituant a voulu interdire, sur le plan interne, la forme de coopération consistant à mettre un Burundais à la disposition de la CPI à des fins de poursuite. Le moment choisi pour la réforme le fait raisonnablement suspecter. Pour une règle de nature constitutionnelle, la modification est en effet intervenue in *tempore suspecto* - moins de huit mois après l'ouverture de l'enquête -.

Il est surtout difficile de ne pas voir dans cette réforme une des traductions de la volonté du Burundi de ne pas coopérer avec la Cour. Cette volonté a, en effet, déjà été exprimée par les autorités burundaises notamment par le biais du Ministre ayant la Justice dans ses attributions.¹⁶⁵ Désarmées, sur le plan international, face à une interprétation du Statut de Rome qu'elles ne pouvaient changer, les autorités burundaises de l'époque de l'adoption de la Constitution ont alors vraisemblablement voulu lier les mains de celles qui seraient en place au moment d'une demande de remise de Burundais à la CPI. A titre de rappel, la Chambre Préliminaire III de cette dernière juridiction avait déjà décidé que malgré son retrait du Statut de Rome, le Burundi resterait tenu de coopérer avec l'enquête en cours.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Le retrait du Burundi du Statut de Rome est devenu effectif en date du 26 octobre 2017. En date du 25 octobre 2017 cependant, la Cour avait autorisé l'ouverture de l'enquête sur la situation au Burundi. Voir, à ce dernier propos, la version publique expurgée de la Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation au Burundi rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome le 25 octobre 2017 (ICC-01/17-X-9-US-Exp) sur <https://www.ICC-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/17-9-Red-tFRA>

¹⁶⁵ Jeune Afrique, livraison du 10 novembre 2017, <https://www.jeuneafrique.com/491739/politique/le-burundi-nouvriera-jamais-la-cooperation-avec-la-cpi-assure-le-gouvernement/>

¹⁶⁶ CPI-Chambre Préliminaire III, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation au Burundi rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome le 25 octobre 2017 (ICC-01/17-X-9-US-Exp), §25, sur <https://www.ICC-cpi.int>

Le rang constitutionnel de la règle n'est pas non plus indifférent. L'idée serait de faire en sorte qu'une éventuelle nouvelle élite dirigeante éprouve des difficultés juridiques à changer de cap, même avec une certaine volonté politique. En effet, ne pouvant modifier la règle par voie législative - encore moins réglementaire -, l'éventuel nouveau régime aurait besoin des majorités parlementaires nécessitant un consensus difficile à obtenir, en l'absence de changement fondamental du paysage politique burundais.¹⁶⁷ La stratégie est d'autant bien pensée que l'option référendaire sur cette question serait politiquement risquée et conduirait, sauf surprise, à un résultat confirmant le statu quo. En effet, dans un pays qui, depuis l'indépendance, a connu des crimes de sang commis sur des bases ethniques et qui, pour la plupart, sont restés impunis, un référendum constitutionnel ouvrant la possibilité de punir les leaders politico-militaires provenant d'une seule ethnie - du moins pour la plupart - serait susceptible de manipulations ethno-politiciennes. Sauf surprise, le résultat d'une telle consultation serait un rejet de la possibilité de juger ces dirigeants. Le tour serait ainsi joué. Les mains du pouvoir à venir seraient liées, bon gré, mal gré.

La lecture d'un document de vulgarisation du contenu du projet de texte constitutionnel avant sa soumission au référendum renforce cette suspicion. Dans ce document, élaboré bien après la rédaction du projet, le terme « extradition » est parmi les rares qui y sont définis. Il est présenté comme « *le fait de transférer un Burundais poursuivi pour un crime pour qu'il soit jugé par une juridiction étrangère ou internationale.* »¹⁶⁸ Cette définition s'écarte très sensiblement de celle qui est généralement admise. En effet, formulant une opinion très répandue, Jean Paul DOUCET écrit que « *l'extradition est une procédure de caractère international, relative à des faits susceptibles de constituer une infraction pénale ou ayant déjà donné lieu à une condamnation pénale, par laquelle un «**État requérant**» demande à un «**État requis**» de lui livrer un l'individu, soit pour le juger, soit pour lui faire subir une peine.* »¹⁶⁹ Il est évident que la définition du document gouvernemental s'écarte de cette façon de voir, au moins sur trois plans.

Premièrement, définissant le concept d'« extradition », ce document la présente comme « *le fait de transférer un **Burundais**...* ». L'on sait cependant qu'en droit burundais, tout comme dans beaucoup de législations étrangères,

¹⁶⁷ En vertu de l'article 287 de la constitution, le projet ou la proposition d'amendement de la Constitution est adoptée à la majorité des quatre cinquièmes des membres qui composent l'Assemblée Nationale et des deux tiers des membres du Sénat.

¹⁶⁸ Comprendre le nouveau projet de constitution révisée, Principales innovations, 2017, p.7 b, <https://www.uantwerpen.be/images/uantwerpen/container49546/files/Burundi/Constitution/ProjetConstitution121217-Guide.pdf>

¹⁶⁹ <http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/FactSheets/FS11fr.asp> (C'est nous qui soulignons).

l'extradition concerne aussi - d'ailleurs d'abord et surtout - des étrangers.¹⁷⁰ Ceci correspond d'ailleurs à la théorisation historique de l'extradition. Depuis Grotius, en effet, l'extradition est comprise comme consistant à remettre un criminel ou un prisonnier à son « *prince naturel*.»¹⁷¹

Deuxièmement, la finalité de l'extradition n'est pas uniquement de permettre que la personne qui en fait l'objet soit *jugée* par les autorités de l'entité requérante. Il peut également s'agir de lui faire *exécuter* une condamnation déjà prononcée.¹⁷²

Troisièmement et enfin, l'extradition s'envisage dans les rapports interétatiques. Lorsque la personne est mise à disposition d'une juridiction internationale, l'on parle plutôt de « *remise* » ou de « *transfert* » dans certains cas. La présente contribution se limitera à ce dernier aspect.

L'on peut émettre l'hypothèse qu'en choisissant cette définition qui s'écarte de la compréhension de la notion d'extradition en droit burundais ainsi que des définitions généralement admises en droit comparé, le rédacteur du document de vulgarisation avait uniquement en tête la situation qui hantait le plus immédiatement l'autorité politique en cette matière : la probable demande de remise de certains Burundais à la disposition de la CPI.

Dans la campagne politique de vulgarisation du texte constitutionnel qui précède son adoption par référendum, la règle en discussion ici (toujours en projet à l'époque) est présentée par le document plus haut mentionné comme cherchant à « *rétablir la compétence des juridictions burundaises.*»¹⁷³ La formule n'est pas très heureuse. D'abord, il ne s'agit pas d'une règle sur la compétence. Elle ne crée aucun nouveau titre de compétence, loin de là. En outre et au-delà de la question de la compétence *stricto sensu*, elle laisse intacts les vides institutionnels empêchant que certaines autorités ne répondent pénalement de leurs actes.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Pour le droit burundais, Voir notamment le décret du 12 avril 1886, rendu applicable au Burundi par l'ORU n°14 du 2 juillet 1926, B.O.R.U, p.215. Pour une définition relativement générale, voir celle du Dictionnaire de l'Académie française qui dit: « ... Action de livrer, de remettre un criminel, un homme prévenu de crime, au gouvernement étranger dont il dépend et qui le réclame. » (C'est nous qui soulignons). (Dictionnaire de l'Académie française, 6ième édition (1832-5), p.1713

¹⁷¹ Dictionnaire de L'Académie française, Sieme Edition (1798), p. 553.

¹⁷² Reprenant la définition de Méringhac, le Dictionnaire de Droit International Pénal d'Anne Marie LA ROSA (p.38) définit ce concept comme suit : "L'extradition est l'acte par lequel un Etat livre à un autre Etat intéressé à la répression d'un fait punissable un individu ou présumé coupable de ce fait pour qu'il soit jugé et puni s'il y a lieu, ou déjà condamné, afin qu'il subisse l'application de la peine encourue" (Méringhac, Traité de D.I.P., II, p. 732-733).

¹⁷³ Comprendre le nouveau projet de constitution révisée, Principales innovations, 2017, p.7 b

¹⁷⁴ Il faut notamment ici rappeler l'inexistence, en fait et en droit, de la Haute Cour de Justice, seule

En ce qui concerne la CPI, un tel discours opère une présentation tordue du principe cardinal du Statut de Rome : la complémentarité. Il tend à faire croire au votant (au referendum) que si les juridictions burundaises ne répriment pas les crimes de droit international (avant la réforme), c'est parce que leur compétence pour ce ne serait pas suffisamment « reconnue » en raison d'une hypothétique obligation d'extrader/ remettre le suspect burundais à une juridiction pénale internationale en cas de génocide, de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité. Dans cette logique, empêcher constitutionnellement l'extradition et/ ou la remise « réaffirmerait » cette compétence. En d'autres termes, en empêchant à une juridiction pénale internationale d'exercer sa compétence, on permettrait aux cours et tribunaux du Burundi d'exercer la leur. C'est la complémentarité à l'envers. S'il est utile de le rappeler, c'est plutôt lorsque les autorités de l'Etat partie ne *veulent* ou ne *peuvent* pas exercer les poursuites que la juridiction pénale internationale - en l'occurrence ici la CPI - exercera sa compétence.¹⁷⁵ Le document de vulgarisation présente au votant le scénario inverse: c'est en empêchant à la juridiction pénale internationale de juger que l'on permet aux juridictions burundaises d'exercer enfin leur compétence.

Le discours politique de la campagne référendaire sur cette règle n'est cependant pas univoque, lu à la lettre. Le Président du Sénat a ainsi pu déclarer ceci: « *La nouvelle Constitution renforce la justice burundaise car **aucun Burundais ne sera jugé par les tribunaux étrangers.***»¹⁷⁶ Le message donné est sensiblement différent de celui véhiculé par le document de vulgarisation, notamment eu égard à la « définition » qu'il fait du concept d'extradition. Il correspond, en effet, à la compréhension traditionnelle de la notion d'extradition. En d'autres termes, même telle que lue par le Président du Sénat, la nouvelle règle n'empêche pas la remise de Burundais à la Cour Pénale Internationale parce que, de toute évidence, celle-ci n'est pas un « *tribunal étranger* » mais une « *juridiction pénale internationale.* » Il serait vicieux de la part de tout analyste juriste de partir de la position politique connue du pouvoir - non-coopération avec la CPI - pour soutenir que le Président du Sénat se serait trompé en s'éloignant de cette position alors que sa présentation de la règle est juridiquement correcte ; comme le montrera la présente contribution dans les pages qui suivent.

En conclusion de cette première partie, eu égard au moment auquel la règle révisée est intervenue, il est assez probable que le tout premier objectif du constituant était de prévenir que des Burundais ne soient mis à la disposition de

compétente pour juger le Président de la République, les Vice-Présidents de la République, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat et depuis le 7 juin 2018, le Premier Ministre (article 240). En droit, en vertu de l'article 242 de la constitution, il est indispensable que soit édictée une loi organique sur le fonctionnement de cette cour et la procédure suivie devant elle.

¹⁷⁵ Article 17 du Statut de Rome

¹⁷⁶ Le Journal Ikiriho sur Twitter, 9 mai 2018 : <https://twitter.com/ikiriho>

la Cour Pénale Internationale pour poursuite et jugement. Le discours politique n'est cependant pas sans équivoque à ce propos. Plus largement, la réforme est à inscrire dans les dernières étapes de la dynamique du renoncement progressif aux fondamentaux de l'Accord d'Arusha.¹⁷⁷ Comme indiqué plus haut, l'idée dont il est question ici est que la gestion des crimes du passé ne doit pas être une affaire exclusivement nationale, surtout en ce qui concerne les crimes les plus graves à savoir le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Dans la partie qui suit, seules les implications juridiques éventuelles de la nouvelle règle sur la problématique de l'« extradition » de Burundais à la CPI sont discutées.

III. La règle réellement écrite et son sens

La volonté du politique, exprimée politiquement, est une chose. La technique juridique est une autre. A supposer même qu'il n'y ait pas d'équivoque sur l'effet que le décideur politique voulait que la règle produise, il demeurerait pertinent de chercher à voir si le constituant est effectivement parvenu à accoucher sur papier la règle de nature à produire l'effet souhaité. En d'autres termes, il convient d'analyser si la nouvelle règle fait réellement obstacle à ce que des Burundais soient remis à la Cour Pénale Internationale. Répondre à cette question requiert d'examiner le sens du concept d'extradition en droit interne et en droit international. Des précisions sur la méthodologie particulière à cette partie de la discussion s'imposent cependant, au préalable.

III.I. Précisions d'ordre méthodologique

Ce chapitre fait essentiellement - mais pas exclusivement - recours à l'approche *exégétique*, une des méthodes dites d'interprétation *intrinsèque* des textes juridiques.¹⁷⁸ Ces méthodes se fondent sur des éléments propres au texte. Elles se réfèrent essentiellement à sa *lettre* et à l'*intention* de ses auteurs.¹⁷⁹ Le choix de méthodes d'interprétation intrinsèque, plutôt qu'extrinsèque, se justifie par le fait que ces dernières ne sont recommandées que lorsque la recherche exégétique est inopérante, notamment à cause de la vétusté du texte. Dans cette dernière hypothèse, en effet, le postulat de base est qu'*« il est vain de rechercher dans le passé les solutions du présent et artificiel de prétendre trouver dans la volonté purement fictive du législateur ce qu'il ne pouvait prévoir. »* Rappelons ici que les méthodes d'interprétation extrinsèque les plus connues sont la méthode

¹⁷⁷ Pour un aperçu sur ces développements, voir le projet de recherche 'Exit Arusha' <https://www.uantwerpen.be/images/uantwerpen/container2673/files/Publications/WP/2017/wp-201701.pdf>

¹⁷⁸ Pour une présentation de la méthode suivie et un aperçu sur la comparaison qui en est faite avec les autres méthodes, voir BOUIX, C. L'interprétation de la loi par le juge, Colloque annuel Institut Catholique « La loi et le juge », 20 octobre 2016.

¹⁷⁹ BOUIX, C, op.cit., p.7.

dite historique ainsi que celle dite de la libre recherche scientifique.¹⁸⁰L'idée étant que « *le droit positif doit rester chose vivante* », le juge appliquant ces méthodes se retrouve, en définitive, en train de faire œuvre du législateur. Pour un texte aussi nouveau que la constitution du 07 juin 2018, il est évident que ces méthodes ne sont pas de mise. En outre, comme le montreront les lignes qui suivent, la lettre de la règle ne paraît comporter aucune ambiguïté. Le texte de la règle est tellement clair que la discussion de sa véritable signification juridique ne serait même pas intéressante, n'eût été le contexte socio-politique de son élaboration.

Comme indiqué plus haut, les méthodes intrinsèques se réfèrent essentiellement à la *lettre* de la règle et à *l'intention* de son auteur. La lettre est cependant première. Pour reprendre l'expression de BOUIX, dans une démarche d'interprétation intrinsèque, la recherche de l'« intention » de l'auteur du texte normatif n'est de mise que « *lorsque les mots eux-mêmes sont insuffisants* ». ¹⁸¹ En outre, deux autres raisons justifient le choix de la méthode littérale dans la présente réflexion. La première est de principe, la deuxième tient compte des réalités (des contraintes) de la pratique. Sur le plan des principes, l'idée même de la nécessité d'un droit écrit - et bien écrit, de préférence - est fondée sur le souci d'éviter que le juge ne se perde dans la conjecture, c'est-à-dire ne se mette à faire des suppositions sur ce qu'était la réelle « volonté » de l'auteur de la règle. La recherche de la volonté au-delà du texte présente en effet le danger de rattacher à l'auteur de la règle des interprétations qu'il n'a pas pu prévoir. ¹⁸² Il ne faut donc y recourir que lorsque le sens de la lettre de la norme n'est pas clair ou lorsque l'analyse littérale conduirait à un résultat déraisonnable. En fin de compte, à moins de prendre l'auteur de la norme comme un grand enfant - qui ne peut écrire ce qu'il veut -, il faut partir de l'idée qu'en dehors du système juridique coutumier, c'est ce qui est écrit qui permet d'identifier ce qui est obligatoire, permis ou interdit. L'attitude s'impose surtout à l'égard d'un texte récent.

Sur le plan pratique, à supposer même qu'il soit nécessaire d'aller au-delà de l'analyse littérale, le contexte de la rédaction de la constitution du 7 juin 2018 n'offre pas suffisamment de perspectives pour une telle recherche. En effet, l'exposé des motifs du texte - s'il existe - n'a pas été rendu public. Ceci est notable parce que dans une pratique qui commence à s'instaurer dans la procédure législative burundaise, le texte de l'exposé des motifs est rendu public, soit avec le texte lui-même au moment de sa publication, soit au moment de la présentation du texte aux chambres du Parlement. ¹⁸³ Pourquoi alors l'exposé des motifs du texte qui nous occupe ici n'a-t-il pas été rendu public ? Est-ce parce que

¹⁸⁰ Idem, p.10.

¹⁸¹ Idem, p.7.

¹⁸² Idem, p.8.

¹⁸³ La procédure législative burundaise est décrite ici : <http://www.assemblee.bi/spip.php?rubrique34> et ici : <http://www.senat.bi/>, respectivement en ce qui concerne l'Assemblée Nationale et le Sénat du Burundi.

le projet de constitution n'a pas été soumis au débat parlementaire mais plutôt soumis au referendum ? Il n'est pas déraisonnable de le supposer. Le rapport de la commission technique chargée de préparer le projet de constitution n'a pas, non plus, été rendu public. Ceci rompt également avec une pratique déjà en place depuis 1992, quoique pas toujours rigoureusement observée.¹⁸⁴ L'interprète se retrouve alors dépourvu de « travaux préparatoires » au sens technique de cette expression. Si ces deux textes avaient été publiés et la certitude sur l'intention du constituant établie, il aurait été envisageable qu'un interprète estimant le texte ambigu - ce n'est pas notre cas - entreprenne cette recherche et aboutisse éventuellement à une conclusion différente de celle à laquelle l'on aboutira au terme de notre analyse littérale. Selon une célèbre maxime, « *la loi cesse là où cessent ses motifs.* »¹⁸⁵ Une telle recherche n'est cependant possible. La méthode n'est même pas appropriée ici, pour les raisons déjà indiquées.

La méthode extrinsèque ne serait même pas raisonnable dans le cas d'espèce. En effet, l'on ne pourrait partir des prises de position publiques de certains responsables politiques sur cette question - par ailleurs ambiguës et variant d'une autorité à l'autre - pour arriver à une conclusion explicitement contraire à celle à laquelle l'on aboutit par l'analyse littérale du texte de la nouvelle règle. Sous le prétexte de chercher la « volonté » du Constituant, l'on tomberait dans un « psychologisme » dont les travers ont toujours été dénoncés dans la doctrine de l'interprétation des sources du droit.¹⁸⁶

L'approche littérale adoptée ici se justifie d'autant plus que le texte de la norme étudiée ne comporte aucune ambiguïté. A la limite, elle n'appelle même aucune interprétation. Une maxime classique ne dit-elle pas que l'interprétation cesse lorsque l'acte est clair ?¹⁸⁷ Encore une fois, c'est le contexte politique dans lequel la règle a été modifiée - retrait du Burundi du Statut de Rome - qui pourrait créer de la confusion et qui rend dès lors pertinent le présent exercice.

Il est quand même fait également usage d'une seule méthode extrinsèque : *l'interprétation systémique*. Il va de soi que les méthodes intrinsèques et extrinsèques ne sont pas, en effet, exclusives les unes des autres.¹⁸⁸ Elles peuvent

¹⁸⁴ Le rapport de la Commission constitutionnelle de 1992 peut notamment être trouvé ici : https://www.uantwerpen.be/images/uantwerpen/container2143/files/DPP%20Burundi/Constitution/Aperçu/Constitution_du_13_mars_1992_Rapport_Commission_Constitutionnelle.pdf

¹⁸⁵ BOUIX, op.cit., p.8.

¹⁸⁶ Voir notamment PFERSMANN, Otto, 'Théories de l'interprétation constitutionnelle', in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 17-2001, 2002. Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction- Interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel. pp. 351-369.

¹⁸⁷ BOUIX, op.cit., p.12

¹⁸⁸ BOUIX, op.cit., p.11.

se combiner. L'interprétation systémique consiste à examiner la disposition dans ses rapports avec les autres règles du droit positif et non isolément.¹⁸⁹ Dans ce chapitre, l'usage de cette méthode a cependant seulement consisté à chercher le sens du terme « extradition » en dehors du droit constitutionnel, c'est-à-dire aussi bien dans les normes infra-constitutionnelles du droit burundais qu'en droit international pénal. L'idée, en effet, est que l'ordre juridique est un système cohérent de règles, de principes et de valeurs. L'exercice a donc consisté à interpréter le texte de manière à ce qu'il s'intègre harmonieusement au sein du système.¹⁹⁰

III.I.I La notion d'extradition en droit burundais

a) *Le défaut de pertinence du document de vulgarisation du projet de texte constitutionnel*

Comme indiqué plus haut, le document utilisé dans la vulgarisation du texte soumis au référendum constitutionnel envisage l'extradition comme « *le fait de transférer un Burundais poursuivi pour un crime pour qu'il soit jugé par une juridiction étrangère ou internationale.* » Cette 'définition' est défectueuse, à plusieurs égards comme indiqué plus haut. Ici cependant, nous ne sommes intéressés que par le fait qu'elle ne distingue pas selon que le Burundais est mis à la disposition d'une juridiction nationale ou internationale alors que traditionnellement, les deux situations sont soigneusement différenciées.

Le document qui porte cette définition n'est pas un texte normatif. Il ne porte la signature d'aucune autorité officielle. Tout ce qu'il comporte d'officiel, c'est l'emblème de la République du Burundi. Dans l'introduction du document, il est aussi indiqué qu'il émane du « *Gouvernement du Burundi.* » Il se pose alors la question de la nature et de la valeur juridique à lui attribuer.

Le document ne fait pas non plus partie du rapport officiel de la commission technique chargée d'élaborer l'avant-projet de texte constitutionnel. Il n'existe donc pas de base permettant de le considérer, à des fins interprétatives, comme faisant partie des « *travaux préparatoires* » de celui-ci.

A l'examen de l'aspect formel de ce document, il apparaît que ses concepteurs l'ont voulu comme un outil purement pédagogique à des fins de vulgarisation du projet de texte constitutionnel, sans plus. En témoignent les illustrations (dessins notamment) qu'il comporte sur la quasi-totalité de ses pages.¹⁹¹

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ Voir le texte ici: <https://www.uantwerpen.be/images/uantwerpen/container49546/files/>

La finalité pédagogique est d'ailleurs rappelée par le document lui-même dans son introduction. Il est souligné - à très juste titre - que le document a été élaboré parce qu'« *il est impératif que le peuple Burundais soit au courant du contenu du présent projet de Constitution pour lui permettre d'opérer un choix conséquent sur ce qui lui est proposé.* »¹⁹² En outre, c'est l'approche de questions/réponses qui est suivie et il est précisé qu'il s'agit de « *questions élémentaires qui pourraient être posées par tout citoyen afin d'en savoir plus sur le projet qui lui est proposé.* »¹⁹³

Sur le fond, c'est-à-dire sur le contenu de la définition elle-même et au-delà de la question discutée ici, la définition de l'extradition portée par le document est très loin de refléter le contenu du texte constitutionnel lui-même. A titre de rappel, la définition n'envisage l'extradition que pour les Burundais. Si ce document devait donc être pris au sérieux, l'extradition des étrangers serait une « *non-entité* », quelque chose qui ne pourrait même pas être pensé en droit burundais. L'absurdité d'une conclusion pareille au regard de l'état du droit positif burundais a déjà été soulignée.¹⁹⁴

b) La notion d'extradition en droit commun

En droit burundais, aucun texte juridique ne définit le concept d'extradition. Le seul texte de rang infra-constitutionnel ayant existé dans l'histoire du droit burundais sur la matière est le décret du 12 avril 1886, rendu applicable au Burundi par l'O.R.U. n°14 du 2 juillet 1926.¹⁹⁵ Ce texte ne définit pas l'extradition. Il est cependant assez explicite sur le fait que cet acte de coopération judiciaire se fait d'Etat à Etat et qu'il ne concerne que des étrangers.¹⁹⁶ Dans ses dispositions toujours compatibles avec le droit contemporain, ce texte est toujours en vigueur.¹⁹⁷

Le décret plus haut mentionné constitue la seule référence infra-constitutionnelle parce qu'assez curieusement, le législateur burundais n'a jamais adopté de normes de mise en œuvre du Statut de Rome sur le plan procédural et particulièrement sur la problématique de la coopération.¹⁹⁸ A la différence

Burundi/Constitution/ProjetConstitution121217-Guide.pdf

¹⁹² Comprendre le nouveau projet de constitution révisée, Principales innovations, 2017, p.1.

¹⁹³ Ibidem

¹⁹⁴ Voir supra, note 26.

¹⁹⁵ B.O.R.U, p.215

¹⁹⁶ Voir notamment les articles 1 et 2.

¹⁹⁷ Il a notamment été repris, comme texte en vigueur, par la deuxième édition des Codes et lois du Burundi, T2, CEDJ, 2010, p.279.

¹⁹⁸ Amnesty International, International Criminal Court, Implementation of the Rome Statute, Data Monitoring 1st Party, Amnesty International, May 2010. Voir aussi, sur cette question, E. NUKURI: L'état du droit positif burundais par rapport à la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, African Law Study Library, vol.16, pp.47-66.

de la démarche suivie dans beaucoup d'autres Etats après la ratification de cet instrument - adoption d'une loi unique de mise en œuvre du Statut de Rome -¹⁹⁹, le Burundi avait fait l'option de réviser séparément chacune des lois pertinentes pour traiter des implications de la ratification, aussi bien sur le droit matériel que sur la procédure. La démarche n'a malheureusement jamais été conduite jusqu'à son terme parce que seul le code pénal a été revu pour y intégrer les trois infractions de la compétence originaire de la Cour - avant l'amendement de Kampala -²⁰⁰: le génocide, le crime contre l'humanité et les crimes de guerre. En cela, par ailleurs, le législateur ne remplissait en réalité aucun vide juridique parce qu'une loi spéciale de 2003 avait déjà criminalisé ces faits.²⁰¹

Si des questions de procédure s'étaient donc posées notamment en matière de coopération avec la Cour - elles pourraient également se poser dans l'avenir parce que l'obligation de coopérer survit au retrait du Statut de Rome, comme déjà relevé -, il n'est pas aisé de voir sur base de quelles règles elles auraient été résolues. En matière de remise, le décret de 1886 ne serait d'aucune utilité. Rappelons, à toutes fins utiles, en effet, qu'il ne concerne que l'extradition des étrangers vers des autorités étrangères.²⁰²

c) La notion d'extradition dans la version kirundi du texte constitutionnel

Dans sa version kirundi, la règle en discussion ici est libellée comme suit: « *Nta Murundi n'umwe ashobora gushirwa mu minwe y'ubutungane bw'ikindi gihugu kiriko kiramukurikirana* ». Littéralement, ce texte peut être traduit comme suit : « *Aucun Burundais ne peut être mis à la disposition de la justice d'un autre Etat en train de le poursuivre.* »

La règle libellée en Kirundi montre alors clairement que le constituant a voulu maintenir la notion d'extradition dans son entendement traditionnel. En d'autres termes, il a limité le concept aux rapports interétatiques.

¹⁹⁹ Voir notamment, pour la Belgique, la loi du 29 mars 2004 sur la coopération avec la Cour Pénale Internationale et les Tribunaux Pénaux Internationaux

²⁰⁰ Ce sont les amendements adoptés le 11 juin 2010 au cours de la conférence de Kampala qui élargissent la compétence matérielle de la Cour Pénale Internationale au crime d'agression. Le texte complet de ces amendements peut être trouvé ici : https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2381/Statut-de-Rome_Projet_fr.pdf

²⁰¹ Loi n°1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.

²⁰² Le tout premier article, qui délimite le champ du texte dispose en effet, comme suit, dans son premier alinéa : « Le gouvernement livrera aux gouvernements des pays étrangers, à charge de réciprocité, tout étranger accusé, poursuivi ou condamné par le tribunal desdits pays comme auteur ou complice, pour l'un des faits commis sur leur territoire et énumérés à la convention d'extradition conclue avec ces pays. » (C'est nous qui soulignons) (Delfosse, Codes et lois du Burundi, 1970, p.252).

S'il est une des pratiques appréciables réintroduites par le constituant du 7 juin 2018 en matière de technique de rédaction des normes, c'est la mise en parallèle des textes français et kirundi, dans un même document, au stade de projet, d'adoption et de promulgation.²⁰³ Techniquement parlant, aucun des deux textes n'est donc une traduction de l'autre. L'un comme l'autre est original. Elles font donc également foi.²⁰⁴

Dans le cas présent, l'éventuelle question de la version qui prévaudrait sur l'autre en cas de contrariété ne se pose pas. Les deux textes disent en effet exactement la même chose. Le texte français parle de l'extradition sans définir ce concept. Si l'on doit considérer ce concept dans son sens traditionnel aussi bien en droit burundais qu'en droit comparé, il a déjà été souligné dans ces lignes que le concept ne s'utilise que dans des rapports de droit interétatiques. Le texte kirundi use d'une périphrase parce que le vocabulaire kirundi n'a pas de concept pour désigner la même réalité - extradition -. En périphasant, le constituant donne la définition communément admise de la notion d'extradition. Il la limite aux rapports interétatiques.

A supposer même que quelqu'un veuille voir une différence entre les deux textes en soutenant notamment – assez étrangement – que dans la langue française, le terme « extradition » est ambigu et peut signifier aussi bien le transfert vers des autorités étrangères (étatiques) que la remise à une juridiction pénale internationale, la version kirundi prévaudrait. Cette solution ne se fonderait pas sur le fait que la langue Kirundi est la langue nationale mais plutôt sur le fait que la version kirundi du texte est la plus claire. Rappelons, à toutes fins utiles, qu'elle est dépourvue de toute ambiguïté en interdisant le transfert de Burundais vers « *la justice d'un autre Etat* ». Or, la Cour constitutionnelle a déjà jugé que lorsque deux versions d'un texte juridique faisant également foi ne signifient pas exactement la même chose ou sont même contradictoires et qu'il est impossible de les concilier, la version la plus explicite doit être préférée.²⁰⁵

III.II. Le sens du concept d'extradition en droit international pénal

A l'examen des instruments créant et organisant le fonctionnement des juridictions pénales internationales, il est constant que le terme « extradition » ne concerne que les rapports interétatiques.

²⁰³ Le texte promulgué, dans les deux versions, toutes originales, peut être trouvé, sur le site de l'Assemblée Nationale du Burundi, ici : <https://www.assemblee.bi/IMG/pdf/constitution.pdf>

²⁰⁴ Voir RCCB 7 du 7 décembre 1992, du deuxième au septième feuillet.

²⁰⁵ Voir RCCB 7 du 7 décembre 1992, quatrième feuillet, 4 -7ièmes paragraphes.

a) Dans le statut de Rome

En vertu de l'article 102 du Statut de Rome, l'extradition est « *le fait pour un Etat de livrer une personne à un autre Etat en application d'un traité, d'une convention ou de la législation nationale.* »²⁰⁶ Le même article du Traité de Rome appelle 'remise' « *le fait pour un Etat de livrer une personne à la Cour* » en application du Statut.²⁰⁷

Assez raisonnablement aussi, les procédures suivies ne sont pas les mêmes. Alors que les principes suivis dans la procédure de remise sont posés par le statut de Rome lui-même²⁰⁸, celui-ci laisse la liberté entière aux Etats parties de régler les procédures d'extradition dans leurs législations internes, même lorsque la personne dont l'extradition est sollicitée est recherchée par l'Etat requérant pour des crimes relevant de la compétence de la Cour. Sauf pour définir le concept lui-même, le Statut ne fait d'ailleurs allusion à l'extradition que pour poser les principes gouvernant la gestion des demandes concurrentes de remise (requis par la Cour) et d'extradition (requis par un Etat, partie ou non au Statut).²⁰⁹

La nuance n'est pas que terminologique. L'idée générale est que la remise doit être plus facile que l'extradition. Ainsi, sur le fond, contrairement aux règles traditionnelles en matière d'extradition - dans les rapports interétatiques pour se permettre une tautologie -, la nationalité du suspect et le caractère prétendument politique de l'incrimination ne peuvent fonder le refus d'une remise à la CPI.²¹⁰

Sur le plan procédural, la même philosophie fonde l'agencement des règles. Ainsi, en termes de documents, les déclarations et autres informations demandées par l'Etat requis en vue de l'exécution de la demande d'arrestation et de remise, les exigences ne peuvent pas être plus lourdes que celles existant en matière d'extradition. Elles doivent, au contraire et autant que faire se peut, être plus légères, compte tenu de la nature particulière de la Cour.²¹¹ Des auteurs avaient souhaité l'inclusion dans le statut de Rome d'une règle écartant explicitement l'applicabilité à la remise des règles étatiques en matière d'extradition, aussi bien sur le fond que sur la forme.²¹² Tel était notamment le cas dans les statuts des

²⁰⁶ Article 102

²⁰⁷ Article 102

²⁰⁸ Articles 89, 91 et 92 du statut.

²⁰⁹ Article 90 du Statut de Rome

²¹⁰ Pour aller plus loin sur la problématique de l'(in) applicabilité des règles traditionnelles de l'extradition aux demandes de remise de prévenus de la CPI, voir Sunil Kumar Gupta, « Extradition Law and the International Criminal Court », Berkeley Journal of Criminal Law, volume 3, Issue I, 2000, pp.1- 35.

²¹¹ Article 91, al.3 du Statut.

²¹² Voir notamment Sunil Kumar Gupta, « Extradition Law and the International Criminal Court », Berkeley Journal of Criminal Law, volume 3, Issue I, 2000, pp.1- 35.

tribunaux pénaux internationaux, ad hoc, comme le montrera ce chapitre. Si tel n'a pas été littéralement le cas, les rédacteurs du Statut de Rome ont quand même tenu à distinguer l'extradition de la remise et conçu un système de coopération suivant cette ligne de pensée.

Cette distinction est compréhensible pour deux raisons essentielles. Premièrement, l'on ne saurait logiquement soumettre aux mêmes règles la mise d'un individu aux mains d'un souverain *étranger* qui va lui appliquer son propre droit et sa mise à disposition d'une organisation *internationale* appliquant des règles de droit international auxquelles l'on a consenti. Que l'Etat requis soit ou non partie au Statut de Rome n'a pas d'importance. En effet, il y a toujours un consentement à la base de la règle fondant l'obligation de coopérer et notamment de remettre à la Cour la personne recherchée. En effet, lorsque l'Etat n'est plus partie au Statut de Rome mais que la Cour requiert sa coopération pour l'aboutissement de procédures ouvertes avant que le retrait n'acquière son caractère définitif - cas du Burundi -, l'obligation se fonde sur le consentement au Statut qui a toujours toute sa force à l'ouverture de l'enquête. De la même manière, l'Etat qui n'a jamais souscrit au Statut mais qui se retrouve obligé de coopérer - enquêtes lancées sur demande du Conseil de Sécurité - est dans cette obligation en vertu de son consentement à la Charte des Nations-Unies. Deuxièmement, lorsque la requête vient d'une autorité étatique, l'on peut raisonnablement - notamment en fonction de sa réputation en matière de droits de l'homme - avoir des craintes sur le caractère équitable du procès qui attend la personne dont le transfert est demandé - ou qui a déjà eu lieu -. Sauf exception, ces craintes ne sont pas fondées lorsque c'est une juridiction internationale qui demande la remise.²¹³

Il faut en outre relever qu'historiquement, les lois restrictives en matière d'extradition étaient fondées sur la méfiance-due notamment à l'ignorance-du système juridique de l'Etat requérant.²¹⁴ Il vient d'être relevé que cette crainte n'est pas fondée à l'égard d'une juridiction conventionnellement créée et tirant donc sa compétence d'une règle à laquelle l'Etat requis a souscrit, qu'elle vienne du Statut de Rome ou de la Charte des Nations-Unies. En outre, dans les rapports entre un Etat et une juridiction pénale internationale pensée à l'image de la CPI, de telles restrictions créeraient une opportunité d'impunité. En effet, pour compenser les restrictions imposées à l'extradition dans les rapports interétatiques-pour user d'une tautologie-les mêmes législations encouragent et facilitent les poursuites par les autorités nationales de l'Etat requis. Or, le Statut de Rome est justement

²¹³ Cette perception commune est cependant à nuancer dans certaines hypothèses. Si les chambres africaines extraordinaires peuvent être considérées comme une juridiction « internationale » ou hybride atypique, le traitement subi par le prévenu Hissène Habré nuancerait ce point de vue très répandu.

²¹⁴ GUPTA, S. K., « Extradition Law and the International Criminal Court », Berkeley Journal of Criminal Law, volume 3, Issue 1, 2000, p.3.

fondé sur la complémentarité, ce qui veut dire que la CPI n'intervient que lorsque ces poursuites se sont révélées impossibles.

Pour des raisons similaires, la distinction se retrouve également dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux ad hoc et dans certains statuts des tribunaux dits mixtes.

b) Dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux ad hoc et dans celui du Mécanisme Résiduel

Les statuts respectifs des tribunaux pénaux pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda posent l'obligation pour les Etats de coopérer avec le Tribunal - chacun des deux tribunaux - et notamment de lui « transférer » des suspects s'il en fait la demande.²¹⁵ Les règlements de procédure et de preuve vont plus loin et posent que les Etats requis ne peuvent opposer au Tribunal un refus de coopérer (et notamment de transférer un suspect) fondé sur leurs législations nationales ou sur des traités les liant en matière d'extradition.²¹⁶ Comme pour la CPI, il serait ainsi sans pertinence que la législation de l'Etat requis considère l'infraction objet de poursuite comme « politique » ou que ses autorités estiment que les standards du Tribunal en matière de procès équitable sont à un niveau inférieur aux siens. Il ne serait surtout d'aucune pertinence - c'est la question discutée ici - que son droit interne interdise de remettre les Nationaux à la justice internationale ou d'un Etat étranger. Le Mécanisme Résiduel International pour les Tribunaux Pénaux fonctionne suivant les mêmes principes.²¹⁷

c) Dans les statuts des tribunaux mixtes

En son article 11, d), l'accord sur la création du Tribunal Spécial Résiduel pour la Sierre Léone prévoit que la Sierre Leone doit « remettre » les personnes recherchées au Tribunal. Il faut tout de suite préciser que tout comme le Tribunal Spécial qu'il a remplacé, le tribunal spécial résiduel a, dans les faits, son siège à la Haye avec un bureau à Freetown, essentiellement pour les activités relatives aux témoignages et à la participation des victimes aux procès.²¹⁸ Les statuts respectifs des Chambres Extraordinaires dans les juridictions du Cambodge et du Tribunal Spécial pour le Liban sont muets là-dessus. Il en est de même du Statut des Chambres Africaines Extraordinaires dans le système judiciaire sénégalais.

²¹⁵ Pour le TPIY, voir article 29 du Statut et 56 du Règlement de Procédure et de Preuve. Pour le TPIR, voir article 28 du Statut et 56 du Règlement de Procédure et de Preuve

²¹⁶ Pour le TPIY, voir article 63 du Règlement de Procédure et de Preuve. Pour le TPIR, voir article 58 du Règlement de Procédure et de Preuve.

²¹⁷ Article 28 du Statut et Règles de Procédure et de Preuve n°58 et 60.

²¹⁸ Pour le Tribunal Spécial Résiduel, voir article 6 de l'Accord entre les Nations-Unies et la Sierra Léone.

L'explication la plus plausible de ce silence est que ces juridictions sont intégrées dans les appareils judiciaires de ces Etats.

Conclusion

Il est apparu, au cours de la réflexion conduite dans ce chapitre, que sur le fond, il n'existe aucune différence entre la règle de l'article 50, al.3 de la Constitution du 18 mars 2005 et celle de l'article 50, al. 2 de la Constitution du 7 juin 2018, en vigueur actuellement. Dans les deux textes, l'extradition de Burundais est interdite mais leur remise à une juridiction pénale internationale ne l'est pas. Dans la Constitution du 7 juin 2018, la règle pertinente - objet de la présente contribution - ne saurait interdire la remise de Burundais à une juridiction pénale internationale - comme la CPI - parce qu'elle ne la vise même pas. En l'absence d'une autre règle interdisant la remise, celle-ci doit donc être considérée comme permise.

Il n'existe donc, en droit interne, aucun obstacle à ce que des Burundais soient remis à la Cour Pénale Internationale. Comme indiqué plus haut - peut être d'ailleurs répétitivement -, il suffit, pour arriver à cette conclusion, de présumer que le constituant burundais a utilisé le concept d'« extradition » dans son sens généralement admis, aussi bien en droit interne qu'en droit international et qu'il a été cohérent dans les versions kirundi et française du texte. Rien, dans le texte, ne permet de penser le contraire. Il faut, en outre, se garder de donner au document de vulgarisation du projet de texte constitutionnel l'importance qu'il ne saurait avoir, compte tenu de sa forme et de son contenu. Il faut se résoudre à suivre les rédacteurs de ce document qui, dans l'introduction, déclarent eux-mêmes qu'il n'est qu'un support pédagogique pour la vulgarisation du texte dans les masses.

Il est certain que le contexte politique de la réforme - retrait du Burundi du Statut de Rome et expression de la volonté de ne pas coopérer avec la Cour - pourrait faire penser que le Constituant voulait une règle qui empêcherait de remettre des Burundais à la Cour Pénale Internationale. L'interprète ne peut cependant se limiter qu'à la règle qui a été, en fin de compte, écrite. La démarche d'interprétation littérale adoptée dans cette réflexion se justifie par l'indiscutable clarté du texte.

Cette contribution était limitée à la discussion des effets - réels ou supposés - de la réforme constitutionnelle du 7 juin 2018 en matière de remise de Burundais à des juridictions pénales internationales comme la Cour Pénale Internationale. Elle n'a donc pas discuté de la problématique générale de l'interdiction d'extrader les Nationaux dans un contexte similaire à celui du Burundi. En effet, en dehors de l'activité des juridictions pénales internationales, la répression des violations les plus graves du droit international exige que les Etats qui ne sont pas, pour

une raison ou une autre, disposés à réprimer l'une ou l'autre de ces infractions, extradent les suspects vers les autorités de l'Etat disposé et en mesure d'exercer des poursuites. C'est l'essence du principe *aut dedere, aut judicare*. En elle-même, l'interdiction constitutionnelle d'extrader des Nationaux ne viole pas les conventions internationales ou les règles coutumières posant ce principe. Il faut cependant, pour éviter de tomber dans cette violation, que les autorités nationales concernées exercent les poursuites nécessaires. Il était cependant clair, dès le départ, que l'évaluation de la *volonté* et de la *capacité* - de fait et de droit - du Burundi de s'acquitter de cette obligation dépassait le cadre de la présente étude. Sa pertinence ne fait cependant l'objet d'aucun doute.

PRENDRE LE CONTENANT POUR LE CONTENU: LA (NON-) RÉTROACTIVITÉ DES LOIS DE MISE EN EUVRE DU STATUT DE ROME DANS LE CONTEXTE DE LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

JACQUES B. MBOKANI

Résumé

Le 31 décembre 2015, le président de la RDC promulgue trois lois de mise en œuvre du Statut de Rome. Ces lois entrent en vigueur 30 jours à partir de leur publication au Journal officiel. La date de cette publication étant le 29 février 2016, l'entrée en vigueur de ces lois peut être fixée au 30 mars 2016. Si ces lois sont considérées comme introduisant dans l'arsenal juridique congolais de nouvelles incriminations, jusque-là inconnues et imprévisibles en droit congolais, le principe de la non-rétroactivité des lois pénales s'oppose à ce que ces lois s'appliquent aux actes antérieurs à la date de leur entrée en vigueur. Mais, si ces lois sont considérées comme simplement déclaratives des incriminations internationales préexistantes et prévisibles que le Statut de Rome n'a fait que codifier, leur application aux actes antérieurs à leur entrée en vigueur ne heurte nullement le principe de non-rétroactivité des lois pénales. Le présent article propose les arguments pour soutenir la seconde alternative. Celle-ci est, par ailleurs, la seule voie possible pour combler un éventuel vide juridique dans la répression des crimes graves commis sur le sol congolais bien avant l'entrée en vigueur du Statut de Rome en 2002, vide que créerait la première alternative.

**CONFUSING CONTAINER AND CONTENT:
THE (NON-) RETROACTIVITY OF THE LAWS
IMPLEMENTING THE ROME STATUTE IN THE
CONTEXT OF THE DEMOCRATIC
REPUBLIC OF CONGO**

JACQUES B. MBOKANI

Abstract

On 31 December 2015, the President of the DRC promulgated three laws for the implementation of the Rome Statute. These laws entered into force 30 days after their publication in the official gazette. The publication date being 29 February 2016, the entry into force of these laws was set for 30 March 2016. If these laws are considered to introduce new criminal offences into the Congolese legal system, hitherto unknown and unforeseeable in Congolese law, the principle of non-retroactivity of criminal laws precludes the application of these laws to offences committed prior to the date of their entry into force. However, if these laws are considered as mere declarations of pre-existing and foreseeable international crimes that the Rome Statute has merely codified, their application to offences committed prior to their entry into force does not in any way contravene the principle of non-retroactivity of criminal laws. This article provides arguments in support of the second option. Moreover, this is the only possible way to bridge a possible legal vacuum in the prosecution of serious crimes committed on Congolese soil well before the entry into force of the Rome Statute in 2002, a void that is inevitable under the first alternative.

Introduction

Les lois de mise en œuvre du Statut de Rome (ci-après, les « lois de mise en œuvre ») sont, en principe, celles qui établissent le cadre juridique de la coopération entre les juridictions nationales et la Cour pénale internationale (CPI). Elles tirent leur base juridique notamment de l'article 86 du Statut de Rome qui prévoit une obligation générale à charge des États parties de coopérer pleinement avec la CPI dans les enquêtes et poursuites que cette dernière mène concernant les crimes relevant de sa compétence.

Mais, les lois de mise en œuvre ne se limitent pas toujours à poser le cadre juridique de la coopération entre la CPI et les autorités nationales. Elles constituent par ailleurs le plus souvent une opportunité pour les États d'incorporer dans leur législation nationale les crimes et les formes de responsabilité pénale individuelles propres à ces crimes tels que définis par le Statut de Rome. En Afrique, par exemple, la plupart des lois de mise en œuvre ont également eu comme objet l'incorporation des crimes prévus dans le Statut de Rome au regard du fait que ces crimes n'étaient pas prévus dans les législations internes de ces États²¹⁹. Il convient d'indiquer que cette incorporation est nécessaire parce que sans elle, la coopération de ces États avec la CPI poserait un problème de légalité des procédures internes lors l'exécution, par ces États, des mandats délivrés par la CPI.

En République démocratique du Congo (RDC), la ratification du Statut de Rome est intervenue le 11 avril 2002. Cependant, il a fallu attendre près de treize ans pour voir le parlement national adopter les lois de mise en œuvre. Trois lois ont ainsi été promulguées par le président de la République le 31 décembre 2015 : (i) la Loi n° 15/022 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal ; (ii) la Loi n° 15/023 du 31 décembre 2015 modifiant la Loi n° 024-2002 du 18 novembre 2002 portant Code pénal militaire ; et (iii) la Loi n° 15/024 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 06 août 1959 portant Code de procédure pénale. Il est par ailleurs précisé dans lesdites lois qu'elles entrent en vigueur « trente jours après [leur] publication au Journal officiel ». Ces lois ayant été publiées dans le Journal officiel du 29 février 2016, leur entrée en vigueur peut être concrètement fixée en avril 2016.

Ces lois congolaises ne se limitent pas seulement à prévoir le cadre juridique de la coopération entre la CPI et les autorités congolaises. Elles vont jusqu'à incorporer dans la législation interne (Code pénal), les crimes relevant de la compétence de la CPI et les formes de responsabilité pénale individuelle prévues

²¹⁹ Gerhard Kemp, « The Implementation of the Rome Statute in Africa », in Gerhard Werle, Lovell Fernandez et Moritz Vormbaum (dir.), *Africa and the International Criminal Court*, vol. I, La Haye, TMC Asser Press, 2014, pp. 61-76.

pour ces crimes. Dans cette incorporation, ces lois reprennent intégralement à quelques différences près, la définition de ces crimes et celle des formes de responsabilité pénale pour ces crimes telle qu'elle figure dans le Statut de Rome.

Si ces lois précisent leur date d'entrée en vigueur, comme vue précédemment, la question de savoir si elles peuvent s'appliquer aux actes antérieurs à leur entrée en vigueur n'en est pas pour autant clairement tranchée. Il faut ici rappeler que ces lois s'inscrivent dans le prolongement des discussions relatives à la création des chambres mixtes au sein des cours et tribunaux congolais, à défaut d'un tribunal pénal international pour la RDC. Or, tout semble indiquer que, dans l'esprit même de ceux qui ont pris part à ces discussions, la compétence de tels organes judiciaires était destinée à réprimer les crimes antérieurs aussi bien à l'entrée en vigueur du Statut de Rome que des lois créant lesdits organes judiciaires (s'ils avaient effectivement été créés). C'est pour cette raison que la réponse à la question de savoir si ces lois peuvent avoir exceptionnellement des effets rétroactifs n'est pas évidente.

On l'aura compris, la question qui se pose alors, dans le cadre de cette étude, est celle de savoir si le principe de la non-rétroactivité des lois pénales de fond est applicable aux lois congolaises de mise en œuvre du Statut de Rome. D'aucuns pourraient questionner l'opportunité de la présente étude d'autant plus que les lois congolaises de mise en œuvre du Statut de Rome ont déjà fait l'objet d'au moins deux études intéressantes publiées par le Groupe d'experts africains sur la justice internationale pénale dans la série *International Criminal Justice in Africa* en 2016²²⁰. Cependant, si ces études ont apporté d'importantes clarifications sur plusieurs questions que l'on aurait pu se poser par rapport au contenu desdites lois, il n'en demeure pas moins que ces études n'ont pas touché la question de l'éventuelle rétroactivité de ces lois au regard particulièrement des actes commis antérieurement à l'entrée en vigueur du Statut de Rome, le 1^{er} juillet 2002.

Pourtant, cette question présente un triple intérêt. Cet intérêt réside, en premier lieu, dans la capacité des lois de mise en œuvre de sonner le glas de l'application directe du Statut de Rome par les tribunaux congolais. L'on sait que jusqu'à la promulgation de ces lois, les juges congolais ont souvent fait une application directe du Statut de Rome aux affaires qui leur étaient soumises

²²⁰ Voy. Balingene Kahombo, « The Principle of Complementarity in Practice: a Survey of Congolese legislation implementing the Rome Statute of the International Criminal Court », in H.J. van der Merve et Gerhard Kemp (dir.), *International Criminal Justice in Africa*, Strathmore University Press et Konrad Adenauer Stiftung, 2016, pp. 207-210 ; et Pacifique Muhindo Magadju, « Législation congolaise de mise en œuvre du Statut de Rome : un pas en avant, un pas en arrière », in H.J. van der Merve et Gerhard Kemp (dir.), *International Criminal Justice in Africa*, Strathmore University Press et Konrad Adenauer Stiftung, 2016, pp. 165-199.

afin de combler les lacunes juridiques contenues dans la législation congolaise relative aux crimes de droit international. Maintenant que ces lacunes n'existent plus, l'on peut se demander s'il est toujours opportun de continuer à recourir au Statut de Rome pour réprimer les crimes commis avant l'entrée en vigueur des lois de mise en œuvre.

L'intérêt de cette question réside, dans un deuxième temps, dans le fait que, considérer que ces lois de mise en œuvre ne sont pas rétroactives, et que pour les crimes commis avant l'entrée en vigueur desdites lois, il faudra continuer à recourir au Statut de Rome, une telle solution conduirait nécessairement à une impasse ou à un vide juridique pour les crimes commis avant l'entrée en vigueur du Statut de Rome, le 1^{er} juillet 2002. Un tel vide juridique serait non souhaitable dans un État comme la RDC puisqu'il existe beaucoup d'actes criminels graves, certains pouvant être qualifiés de génocides, dont la commission se situe à une période antérieure à l'entrée en vigueur du Statut de Rome et qui ont été répertoriés notamment dans le fameux rapport du Projet Mapping du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH)²²¹.

Enfin, en troisième lieu, l'intérêt de la question posée ne concerne pas seulement la situation congolaise. Beaucoup d'autres pays (africains ou non) ont connu des crimes graves commis sur leur territoire avant l'entrée en vigueur aussi bien du Statut de Rome que de leurs lois nationales de mise en œuvre du Statut de Rome. Au Burundi par exemple, les lois de mise en œuvre ont été adoptées en 2003 alors que ce pays a connu des événements dramatiques, presque comme ceux du Rwanda, au cours des années 1990. Il existe donc au Burundi un passif en termes de répression des crimes commis depuis cette période, comme le démontre la contribution de Aimé-Parfait Niyonkovu et celle de Nestor Nkurunziza dans ce volume. De même au Kenya, la ratification du Statut de Rome a eu lieu le 15 mars 2005. Mais, il a fallu attendre janvier 2009 pour voir l'entrée en vigueur de la loi de mise œuvre du Statut de Rome. Dans quelle mesure cette loi permet la répression des crimes perpétrés dans le cadre de la violence post-électorale de 2007 ? Cette question se pose d'autant plus que le projet de création d'un tribunal spécial pour le Kenya destiné précisément à réprimer ces crimes de 2007 est demeuré un échec.²²² Il s'ensuit que la réponse à apporter à la question posée dans le contexte congolais présente une pertinence dans la détermination du cadre juridique de répression de ces mêmes crimes dans ces autres pays.

²²¹ HCDH, République démocratique du Congo, 1993-2003 : Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo (ci-après, le « Rapport du Projet Mapping »), août 2010, §§ 494-496 et 512, disponible en ligne sur http://www.ohchr.org/Documents/Countries/ZR/DRC_MAPPING_REPORT_FINAL_FR.pdf.(consulté le 2 novembre 2010).

²²² Voy. à ce propos, Antonina Okuta, « National Legislation for Prosecution of International Crimes in Kenya », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, pp. 1063-1076.

I. Justifications du Principe de la Non-Rétroactivité des Lois Pénales

De manière générale, la rétroactivité d'une loi est sa capacité à régir des faits qui se sont entièrement déroulés avant son entrée en vigueur. Comme on le voit, cette question relève de l'application de la loi pénale dans le temps. En matière pénale, et comme on le verra plus loin, l'interdiction des lois pénales rétroactives est affirmée par plusieurs textes de droit interne et de droit international. Cette interdiction est telle que l'on peut soutenir l'existence, en faveur des citoyens, d'un droit individuel à la non-rétroactivité des lois pénales de fond. Cependant, la question qu'il convient de se poser, à ce stade, est celle de savoir pourquoi l'on interdit que les lois pénales de fond soient appliquées de manière rétroactive. La réponse à cette question doit être recherchée du côté des justifications mêmes du principe de la légalité des incriminations et des peines, tant il est vrai que l'interdiction de la rétroactivité des lois pénales de fond n'est qu'un corolaire du principe de la légalité lui-même.

Concernant le principe de la légalité des délits et des peines (ci-après, le « principe de la légalité »), il convient d'abord de rappeler qu'il consiste dans le fait que les infractions et les peines doivent être définies par la *loi*, c'est-à-dire le pouvoir législatif (parlement). Ainsi, il n'appartient pas à un juge ni au pouvoir exécutif de définir le comportement qui peut être sanctionné par une sanction pénale. Cette prérogative doit être laissée à la loi. La loi est ainsi présentée comme une source essentielle, si pas exclusive, des infractions et des peines.

Le principe de la légalité des infractions et des peines repose sur plusieurs justifications. Trois d'entre elles paraissent fondamentales pour la présente étude. La première justification réside dans la nécessité de limiter les pouvoirs de punir accordés au juge pénal. En effet, il ne convient pas que le juge pénal soit le seul à décider de la punissabilité des faits. Comme l'explique le professeur Nyabirungu, cela risque de créer deux dangers : (1) le juge, loin de faire prédominer les exigences de justice et de la vérité, risque de soumettre sa démarche à ses émotions, à son tempérament, à ses intérêts de classe, voire à son zèle. (2) l'incertitude quant à la façon dont le juge dira en définitive le droit est de nature à créer l'insécurité juridique au sein de la population. Ainsi présentée, le principe de la légalité des crimes et des peines constitue un véritable rempart contre l'arbitraire du juge²²³.

La deuxième justification découle de l'idée de la séparation des pouvoirs. Elle s'explique par le fait que le juge empiéterait sur le pouvoir législatif s'il pouvait librement créer des incriminations, choisir des peines et juger sans respecter des règles de compétence ou de procédure impérativement fixées. Au législateur incombent ces tâches que le juge ne saurait assumer, car seul le

²²³ Nyabirungu mwene Songa, Droit pénal général zaïrois, Kinshasa, Ed. Droit et société (DES), 1989, p. 35.

législateur, émanation de la volonté générale, a le pouvoir de limiter les droits individuels²²⁴. Le principe de la légalité pénale est alors perçu comme « l'une des garanties essentielles de la liberté individuelle dans la mesure où le citoyen est protégé contre l'arbitraire du juge, car il peut connaître à l'avance ce qui est défendu et la peine à laquelle il s'expose en le faisant »²²⁵.

Enfin, la troisième justification tient aux exigences d'une meilleure politique criminelle. Comme l'écrivent Merle et Vitu, il convient que la loi avertisse avant de frapper²²⁶. Cela permet au citoyen de savoir, avant d'agir, ce qui est permis et ce qui est interdit. Par sa prééminence, la loi pénale exerce sur la volonté humaine une contrainte psychologique qui contrebalance les tendances délictuelles possibles de l'individu. Sous ce rapport, la loi pénale remplit une fonction intimidante et en une certaine mesure un rôle éducatif²²⁷. Ce rôle éducatif s'explique par le fait que la loi « se présente comme un Code des valeurs sociales et joue le rôle d'une véritable institutrice morale de la nation »²²⁸. L'on peut par ailleurs ajouter qu'« en confiant au législateur le soin de déterminer les actes punissables et les peines applicables [le principe de légalité] donne à la sanction pénale une certitude qui renforce son pouvoir d'intimidation et dont la société ne peut qu'en profiter »²²⁹.

Il est intéressant de relever que même dans les systèmes juridiques où le principe de la légalité pénale n'est pas clairement affirmé, les exigences auxquelles ce principe répond n'ont jamais été méconnues. Deux illustrations permettent de soutenir ces propos. En premier lieu, même si le principe de la légalité était ignoré du droit romain et des législations de l'Antiquité et que la formule latine qui l'exprime n'est pas d'origine romaine, l'usage constant des tribunaux avait créé, en certaines matières, de véritables coutumes qu'on suivait soigneusement. Le pouvoir « arbitraire » n'apparaissait que dans les cas où il n'y avait point de peine établie par la loi ou l'usage judiciaire : la sanction alors dépendait de la *prudence* du juge qui devait s'inspirer des circonstances et de la nature des infractions, mais ne pouvait prononcer aucune mesure qui n'eût été en usage dans le royaume. Le mot « arbitraire » n'était d'ailleurs pas nécessairement synonyme de « caprice » judiciaire²³⁰. Il renvoyait à l'idée d'un « arbitre » appelé à puiser dans sa sagesse (*prudence*) la solution du litige.

²²⁴ Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, Tome I, 7^{ème} édition, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Paris, Ed. Cujas, 1997, pp. 227-228.

²²⁵ Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, 24^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2015, p. 100.

²²⁶ Roger Merle et André Vitu, *op. cit.*, p. 227.

²²⁷ *Idem.*

²²⁸ Jean Pradel, *Droit pénal général*, 21^{ème} édition, Paris, Cujas, 2016, 117.

²²⁹ Bernard Bouloc, *op. cit.*, p. 100.

²³⁰ Roger Merle et André Vitu, *op. cit.*, p. 225-226.

En second lieu, dans les pays anglo-saxons qui n'ont pas formulé expressément le principe de la légalité, les juges possèdent, il est vrai, un certain pouvoir répressif autonome et créateur de la règle juridique. Cependant, leurs prérogatives n'ont rien d'arbitraire puisque les précédents judiciaires s'imposent à eux aussi impérativement que les dispositions écrites ; indirectement, mais, aussi sûrement, la légalité est à la base du droit pénal anglo-saxon²³¹. C'est sur cette base que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), interprétant l'expression « infraction d'après le *droit* national ou international » figurant à l'article 7(1) de la Convention européenne des droits de l'homme, a estimé que la notion de « droit » (« *law* », dans la version anglaise) (...) englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité²³². En d'autres termes, les systèmes anglo-saxons qui ne prévoyaient pas explicitement ou formellement le principe de la légalité pénale s'y conformaient néanmoins dès lors que le test de la prévisibilité de la norme pénale était satisfait au regard des usages et des coutumes d'un État. Ainsi, dans le principe de la légalité, il n'était plus question uniquement de la dimension *formelle* de la loi, en tant qu'acte du pouvoir législatif, mais de sa dimension *matérielle* renvoyant au contenu de la norme pénale et de sa prévisibilité.

Ces justifications du principe de la légalité pénale et surtout celle tenant à la sécurité individuelle et à la prévisibilité des normes pénales, tel qu'elles viennent d'être rappelées, sont aussi valables pour le principe de non-rétroactivité des lois pénales. Elles reposent avant tout essentiellement sur l'idée selon laquelle les citoyens doivent être protégés contre les normes pénales qui instituent des incriminations considérées comme « nouvelles », qui n'étaient pas connues dans la société et pour lesquelles rien ne permettait de prévoir que de telles normes seront prescrites. Merle et Vitu expriment mieux les choses, lorsqu'ils écrivent que le principe de la légalité pénale et son corolaire la non-rétroactivité des lois pénales vise à « assurer la sécurité et la liberté des citoyens contre les *surprises* d'une législation qu'ils n'ont pas pu prévoir »²³³. Le souci de prémunir les citoyens contre les « surprises législatives » qui viendraient aggraver le sort des citoyens demeure donc au cœur aussi bien du principe de la légalité pénale que de son corolaire, le principe de la non-rétroactivité des lois pénales.

Cependant, pour vraiment parler de « surprise législative », l'approche *formaliste* du principe de la légalité, tenant uniquement à la date de l'entrée en vigueur d'une loi promulguée par l'autorité compétente, peut se révéler insuffisante. Tel est le cas lorsque la « norme pénale » formulée dans cette loi

²³¹ Idem, p. 227.

²³² CEDH (GC), *Río Prada c. Espagne*, « Arrêt », Requête n° 42750/09, 21 octobre 2013, § 91 ; CEDH, *S.W. c. Royaume-Uni*, « Arrêt », Requête n° 20166/92, 22 novembre 1995, § 35.

²³³ Roger Merle et André Vitu, *op.cit.*, p. 343.

existait déjà et était prévisible au regard d'autres sources de droit, comme la jurisprudence et la coutume, et sans nécessairement recourir au droit naturel. Cela veut dire, en d'autres termes, que le simple fait qu'il n'existe pas de loi, au sens *formel* du terme, incriminant une conduite, ne signifie pas nécessairement qu'il n'existe pas une *norme pénale* relative à une telle conduite, norme qui serait prévisible. Il peut donc bien exister une norme pénale réunissant les conditions de prévisibilité et d'accessibilité sans nécessairement que cette norme soit formellement contenue dans un acte législatif adopté par le parlement d'un État, c'est-à-dire une « loi ». Ainsi, en matière pénale, pour qu'il y ait véritablement une « surprise législative » interdite par le principe de la non-rétroactivité des lois pénales, il faudra combiner la dimension *formelle* et la dimension *matérielle* du principe de la légalité pénale et celui de la non-rétroactivité des lois pénales de fond.

II. Non-Rétroactivité des Normes Pénales et Caractère Déclaratif des Lois de Mise en Œuvre Du Statut de Rome

Pour savoir si les lois congolaises de mise en œuvre du Statut de Rome ont introduit des incriminations nouvelles susceptibles de constituer de véritables surprises législatives menaçant la liberté individuelle des citoyens pour les actes qu'ils ont posés avant l'entrée en vigueur desdites lois, il faut analyser (i) les dispositions du droit interne congolais, (ii) les normes de droit international applicables en RDC et enfin, (iii) la position des cours et tribunaux congolais.

A. Législation congolaise

Dans la législation congolaise, les lois de mise en œuvre intègrent dans le Code pénal ordinaire, trois types de crimes, à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre²³⁴. Elles y intègrent également les formes de responsabilité pénale individuelle attachées à ces trois crimes²³⁵, étant entendu que l'une de ces formes de responsabilité, à savoir la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques militaires, se retrouve plutôt dans le Code pénal militaire²³⁶. En comparant ces lois à ce qui existait déjà dans la législation congolaise, les observations suivantes peuvent être formulées.

Premièrement, sur le plan des *qualifications juridiques*, il est certes vrai que c'est la première fois que les trois crimes précités ainsi que les formes de responsabilité pénale propres à ces crimes apparaissent ainsi dans le Code pénal ordinaire (et militaire). Toutefois, ces trois crimes existaient déjà dans le Code pénal militaire de 2002 qui, lui-même, reprenait ces mêmes crimes tels qu'ils

²³⁴ Article 221 à 223 du Code pénal ordinaire congolais.

²³⁵ Voir, les articles 21 bis et 22 bis du Code pénal ordinaire (RDC).

²³⁶ Article 1er bis du Code pénal militaire (RDC).

figuraient dans le Code de justice militaire de 1972²³⁷. Sur ce point, le simple fait de *déplacer* les crimes d'une législation particulière (en l'occurrence le Code de justice militaire, puis le Code pénal militaire) vers une autre, à savoir le Code pénal ordinaire, au sein d'un même système juridique national ne constitue pas en lui-même une « nouveauté » sur la base de laquelle on pourrait se prévaloir d'une surprise législative. C'est en effet, le même parlement qui a voté ces lois, lesquelles ont été promulguées et publiées de la même manière pour être opposables à tout citoyen congolais (ou zaïrois).

Deuxièmement, et mise à part la question des qualifications juridiques, et en analysant le *contenu* de ces incriminations, il est peut-être important de faire ici attention à certaines idées reçues. En fait, même si ces crimes existaient déjà dans la législation congolaise, l'on peut penser que le problème se pose plutôt dans leur définition et leur contenu. Mais, comme on le verra, ce problème doit être relativisé.

En commençant par le crime de génocide, l'on peut observer que sa définition dans les lois de mise en œuvre est presque identique à celle qui figurait dans la législation précédente (Code pénal militaire de 2002). Il est vrai que dans la législation précédente, le génocide était défini en fonction, non pas des quatre groupes (national, racial, religieux et ethnique), mais de cinq, le législateur de l'époque ayant intégré aussi les groupes politiques²³⁸, alors que le législateur actuel a supprimé la possibilité de commettre un génocide contre les groupes politiques, en ne maintenant que les quatre groupes traditionnels. Mais, ce n'est pas pour autant que ces définitions antérieures du génocide étaient floues. En réalité, en définissant le génocide, comme il l'a fait en 2015, le législateur a en réalité adopté une loi plus douce à tout celui qui serait accusé d'un génocide contre les groupes politiques. En conséquence, cette dimension du génocide ne peut plus être appliquée en RDC. Mais, pour ceux qui auraient posé des actes contre les autres quatre groupes visés tant par le législateur de 2002 que par celui de 2015, rien ne change. Donc, concernant le génocide, l'on ne peut pas soutenir que le législateur a introduit une incrimination nouvelle. La différence de définition de ce crime dans les lois de mise en œuvre et dans celles qui précédaient n'a qu'un impact limité sur la répression des génocides qui seraient commis antérieurement à l'entrée en vigueur de ces lois de mise en œuvre.

²³⁷ Pacifique Muhindo Magadju, op. cit., p. 171.

²³⁸ Aux termes de l'article 164 du Code pénal militaire (version 2002), « par génocide, il faut entendre l'un des actes ci-après commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, politique, racial, ethnique, ou religieux notamment: 1. meurtre des membres du groupe ; 2. atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ; 3. soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ; 4. mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ; 5. transfert forcé d'enfants d'un groupe à un autre groupe ».

Pour les crimes contre l'humanité, et contrairement à ce que l'on peut penser, il n'y a pas beaucoup de nouveautés non plus lorsqu'on compare les lois de mise en œuvre à la législation antérieure. Il est vrai qu'à beaucoup d'égards, le législateur antérieur semblait confondre les crimes contre l'humanité aux crimes de guerre. Par exemple, l'article 165, alinéa 1^{er}, du Code pénal militaire, disposait que « les crimes contre l'humanité sont des violations graves du droit international humanitaire commises contre toutes populations civiles avant ou pendant la guerre » ; tandis qu'à l'article 166, le même législateur disposait que « constituent des crimes contre l'humanité et sont réprimées conformément aux dispositions du présent Code, les infractions graves énumérées ci-après portant atteinte, par action ou par omission, aux personnes et aux biens protégés par les Conventions de Genève du 12 août 1949 et les Protocoles additionnels du 8 juin 1977, sans préjudice des dispositions pénales plus graves prévues par le Code pénal ordinaire (...) ». Les crimes de guerre, quant à eux, font l'objet de l'article 173 où le législateur affirme que « par crime de guerre, il faut entendre toutes infractions aux lois de la République commises pendant la guerre et qui ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre ». Dans ces trois articles, la confusion entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité est évidente.

Toutefois, le même Code pénal militaire, toujours en rapport avec les crimes contre l'humanité, prévoit aussi à l'article 169 ce qui suit: « constitue également un crime contre l'humanité et puni de mort, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, l'un des actes ci-après perpétré dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée sciemment contre la République ou contre la population civile: 1. meurtre ; 2. extermination ; 3. réduction en esclavage ; 4. déportation ou transfert forcé des populations ; 5. emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ; 6. torture ; 7. viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée et autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ; 8. persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent article ; 9. dévastation grave de la faune, de la flore, des ressources du sol ou du sous-sol ; 10. destruction du patrimoine naturel ou culturel universel ».

Lorsqu'on compare cet article 169 du Code pénal militaire à l'article 222 du Code pénal ordinaire (issu des lois du 31 décembre 2015) et qui prévoit les crimes contre l'humanité, l'on constate qu'il existe certes quelques différences. Toutefois, une grande partie de cet article 222 est clairement contenu dans l'article 169 du Code pénal militaire de 2002. Dans les deux articles, un crime contre l'humanité est possible lorsque les huit actes ci-après sont perpétrés « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée sciemment contre (...) »

la population civile ». Par ailleurs, des deux côtés, on retrouve au moins les huit actes ci-après : (i) meurtre ; (ii) extermination ; (iii) réduction en esclavage ; (iv) déportation ou transfert forcé des populations ; (v) emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ; (vi) torture ; (vii) viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée et autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ; et (viii) les actes de persécution de tout groupe.

Il est vrai que l'article 169 du Code pénal militaire étendait la notion des crimes contre l'humanité aux actes (énumérés) commis « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée sciemment contre la *République* (...) ». Concernant spécifiquement ces actes, cet article n'a pas repris les disparitions forcées, le crime d'apartheid et les autres actes inhumains. À la place de ces actes, il a préféré insérer deux nouveaux actes, à savoir (i) la dévastation grave de la faune, de la flore, des ressources du sol ou du sous-sol ; (ii) la destruction du patrimoine naturel ou culturel universel. Dans l'un comme dans l'autre cas, ces différents ajouts ne sont pas autrement explicités dans le Code pénal militaire et peuvent poser des problèmes de la clarté des normes pénales qui y sont exprimées.

Mais, ce problème doit être limité à ces ajouts et extensions. Il ne se pose pas par rapport à l'article 169 dans son entièreté. En effet, les dispositions de cet article qui sont communes avec l'article 222 du Code pénal de 2015 et avec l'article 7 du Statut de Rome contiennent des normes pénales claires et donc prévisibles. Ces normes pénales sont par ailleurs séparables de celles qui sont nouvelles et ambiguës puisque le manque de clarté de ces dernières ne rend pas pour autant les autres dispositions moins claires. Par exemple, dans l'expression « attaque généralisée ou systématique lancée sciemment contre la République ou contre la population civile », le fait que les mots « attaque lancée contre la République » ne soient pas clairs ne rend pas pour autant incompréhensible l'exigence d'une « attaque lancée sciemment contre la population civile ». Dans un acte d'accusation, il était toujours possible d'omettre l'expression « contre la République » et se focaliser, pour le besoin de la répression des crimes contre l'humanité, sur le reste de la phrase sans changer la disposition légale. Finalement, la nouveauté apportée par l'article 222 du Code pénal ordinaire par rapport à l'article 169 du Code pénal militaire, dans l'énumération des actes individuels susceptibles de constituer un crime contre l'humanité, se limite à l'introduction des disparitions forcées, au crime d'apartheid et aux autres actes inhumains.

Au regard de ce qui précède, l'on constate que le Code pénal militaire de 2002 incluait dans les crimes contre l'humanité deux réalités : les véritables crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Mais, l'inclusion des crimes de guerre dans la grande famille des crimes contre l'humanité ne rend pas pour autant floues les normes pénales visant les véritables crimes contre l'humanité et ne constitue pas non plus un handicap dans la répression de ces derniers.

Quant aux crimes de guerre, il est vrai que l'article 173 du Code pénal militaire (déjà signalé) est flou. Tel qu'il a été rédigé, cet article peut pécher contre l'exigence de sa prévisibilité en raison de son caractère vague et imprécis. Mais, dans ce Code, l'article 173 n'était pas la seule source d'incriminations des actes susceptibles d'être qualifiés de crimes de guerre. En effet, l'on vient de voir qu'à l'article 166, le Code pénal militaire insérait, sous l'appellation erronée des crimes contre l'humanité, les actes qui sont en fait des véritables crimes de guerre. Par ailleurs, les articles 167 et 168 prévoyaient clairement des peines pour ce type d'infractions, les plus graves étant punies de mort, tandis que les autres étaient punies de la servitude pénale à perpétuité²³⁹. Compte tenu de ce qui précède, la question est alors de savoir si le simple fait de qualifier erronément, de crimes contre l'humanité, les comportements visés (alors qu'ils constituent en réalité des crimes de guerre) rend les normes pénales punissent ces comportements flous et vagues. Il semble en tout cas qu'indépendamment du fait qu'au regard du Statut de Rome, tel comportement est considéré comme un crime contre l'humanité et non comme un crime de guerre, l'attention doit plutôt se focaliser sur le fait que les normes pénales visant ce comportement sont, dans l'article 166 du Code pénal militaire de 2002, claires et prévisibles. En d'autres termes, le simple fait qu'un comportement a été erronément qualifié de crime contre l'humanité alors que c'est un crime de guerre ne fait pas de ce comportement un acte non punissable dès lors que la norme qui prévoit et punit ce comportement est claire et prévisible. Si l'on s'en tient à cette approche, on constate qu'une grande partie des normes pénales formulées dans les lois de mise en œuvre n'était pas nouvelle ; qu'elles existaient déjà dans la législation antérieure et que dans celle-ci, ces normes étaient aussi claires et prévisibles que dans les lois de mise en œuvre. Par ailleurs, contrairement à ce que certains avancent²⁴⁰, les infractions erronément considérées comme crimes contre l'humanité alors que ce sont des crimes de guerre étaient passibles des peines qui étaient elles aussi

²³⁹ Voir, l'article 167 du Code pénal militaire, dont l'alinéa 1er dispose que « les infractions prévues à l'article précédent sont punies de servitude pénale à perpétuité » ; tandis que le second alinéa prévoit que « si celles prévues aux points 1, 2, 5, 6, 10 à 14 du même article entraînent la mort ou causent une atteinte grave à l'intégrité physique ou à la santé d'une ou de plusieurs personnes, leurs auteurs sont passibles de la peine de mort ». Par ailleurs, l'article 168 du même Code pénal militaire dispose que « les infractions prévues aux points 8 et 9 de l'article 166 sont punies de mort lorsqu'elles ont eu pour conséquence soit une maladie paraissant incurable, soit une incapacité permanente de travail pour la personne, soit la perte de l'usage absolu d'un organe, soit une mutilation grave. Les mêmes faits sont punis de la peine de mort lorsqu'ils ont entraîné des conséquences graves pour la santé publique ».

²⁴⁰ Pacifique Muhindo Magadju, op. cit., pp. 171-172. Dire que « les crimes de guerre prévus aux articles 173 et 174 du Code pénal militaire n'étaient assortis d'aucune peine » n'est valable que si l'on considère que les normes pénales réprimant les comportements individuels qualifiés de crimes de guerre ne tirent leur source que dans ces articles. Toutefois, si l'on considère que de telles infractions sont plutôt contenues dans l'article 166 (bien qu'erronément qualifiées de crimes contre l'humanité alors que ce sont des crimes de guerre) les peines clairement visées à l'article 197 du même Code, il est peu convaincant de soutenir que la loi n'a pas prévu de peines pour les crimes de guerre.

prévisibles. Ce constat est aussi valable pour les normes pénales punissant les crimes de guerre, même si dans ce cas, la difficulté pouvait se poser par rapport à la question de savoir si l'infraction en question relevait de la catégorie juridique des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre. En tout état de cause, celui qui serait poursuivi et puni pour de telles infractions ne pourrait pas argüer d'une surprise législative sur la seule base qu'au lieu d'être poursuivi comme criminel de guerre, il a été poursuivi comme criminel contre l'humanité.

Troisièmement, à part la définition et le contenu des crimes en tant que tels, le dernier problème à relever tient aux formes de responsabilité pénale individuelle. Les lois de mise en œuvre intègrent en effet les formes de responsabilité pénale individuelles tirées du Statut de Rome. On y trouve à cet égard aussi bien les formes de responsabilité tirées de l'article 25 du Statut de Rome, reprises à l'article 21 bis du Code pénal, et celles de la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques (militaires et non militaires) reprises à l'article 22 bis du Code pénal ordinaire et article 1^{er} bis du Code pénal militaire. Ces formes de responsabilité pénale n'étaient toutefois pas contenues dans les lois précédentes. La logique de ces dernières lois consistait à appliquer à au génocide, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre les mêmes formes de responsabilité pénale que prévues pour les crimes de droit commun ou pour les infractions militaires. La législation distinguait à cet égard les coauteurs et les complices. Cette technique, qui a été utilisée par la plupart des tribunaux congolais même pour l'application directe du Statut de Rome, permet de résoudre les problèmes de la légalité de certaines formes de responsabilité pénale tant il est vrai qu'il existe un certain chevauchement entre les formes de responsabilité prévues pour les crimes de droit commun et celles qui sont prévues à l'article 25 du Statut de Rome (que le législateur congolais a reproduit à l'article du Code pénal ordinaire issu des lois de mise en œuvre)²⁴¹.

Toutefois, le recours aux formes de responsabilité de droit commun pour réprimer les crimes graves de droit international ne résout le problème qu'à moitié. Par exemple, il ne permet pas de résoudre la question de la légalité de la responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques, article 28 du Statut de Rome, puisque cette forme de responsabilité ne peut être contenue ni dans la corréité ni dans la complicité telle qu'elles sont définies en droit congolais. Par ailleurs, même pour les différentes formes de responsabilité prévues à l'article 25 du Statut de Rome, il existe certaines différences dans l'interprétation de cet article avec la corréité et la complicité telles qu'elles sont comprises en droit pénal ordinaire congolais. Par exemple, l'article 25 du Statut de Rome est interprété comme prévoyant la complicité par abstention, alors qu'en droit pénal ordinaire, la complicité ne peut, en principe, se réaliser que par des actes positifs²⁴². Certes, le droit congolais prévoit des infractions de pure omission et des infractions de

²⁴¹ Pacifique Muhindo Magadju, op. cit., p. 192.

²⁴² Nyabirungu Mwene Songa, op. cit., p. 214.

« commission par omission », ces dernières regroupant les abstentions faites par des personnes sur lesquelles pèse précisément une obligation légale de venir en aide à d'autres personnes en danger, telles que les policiers, les parents à l'égard de leurs enfants ou proches, etc. L'on pourrait ainsi soutenir qu'à travers ces infractions, il est possible de combler le vide juridique qui serait créé par l'exclusion de la participation criminelle par des actes d'omission. Cette technique conduirait toutefois à des résultats limités d'abord parce que, comme on l'a dit, il ne s'agit pas des formes de participation criminelle mais des infractions à part entière. Ainsi, le policier qui serait condamné pour avoir laissé commettre un génocide ne sera jamais condamné pour génocide, mais pour non-assistance à personne en danger. Ensuite, la répression de ces infractions par abstention est plus douce que la participation à la commission des crimes graves prévus par le droit international.

À part la question de la participation par abstention, l'article 25 prévoit également l'incitation directe et publique à commettre le génocide. Cette disposition ne signifie pas exactement la même chose que la provocation publique prévue tant dans le Code pénal ordinaire que dans le Code pénal militaire. En effet, même lorsqu'elle n'est pas suivie d'effets, l'incitation publique et directe à commettre le génocide reste punissable dans l'article 25 du Statut de Rome (et les lois de mise), alors que dans la législation antérieure, il a toujours été enseigné qu'une provocation (publique ou privée) n'est punissable que si elle est suivie d'effets. Le constat est ainsi que toutes ces dimensions de la responsabilité pénale individuelle n'avaient pas d'équivalent dans la législation congolaise antérieure aux lois de mise en œuvre. Il existe donc certains « aspects innovateurs » contenus dans ces lois de mise en œuvre par rapport à la législation antérieure.

La conclusion à tirer de ce premier point est que, sur un certain nombre de points, les lois de mise en œuvre s'inscrivent dans la continuité avec la législation antérieure congolaise. Sur la base de cette continuité et dans les limites de celle-ci, ces lois peuvent donc faire l'objet d'une application rétroactive. Si les choses devaient se limiter seulement à l'analyse de la législation *interne* antérieure aux lois de mise en œuvre, les aspects novateurs des lois feraient obstacle à toute application rétroactive de ces dernières, sauf à démontrer leur douceur par rapport aux personnes poursuivies. Mais, la question de savoir si une incrimination ou une forme de responsabilité pénale est nouvelle ne s'épuise pas seulement par l'étude de la législation interne. Encore faut-il associer le droit international applicable. Ce sera le point suivant.

B. Droit international applicable en RDC

En droit international, les trois crimes (génocide, crimes contre l'humanité et génocide) ainsi que les formes de responsabilité pénale qui leur sont associés existaient déjà bien avant la promulgation des lois de mise en œuvre le 31

décembre 2015. Cette existence concerne aussi bien les qualifications juridiques que le contenu de ces incriminations et les formes de responsabilité qui s'y attachent.

Il convient à cet égard de rappeler que ces crimes ainsi que les formes de responsabilité pénale qui leur sont propres ne naissent pas avec le Statut de Rome, signé à Rome le 18 juillet 1998 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Celui-ci n'a fait que codifier les normes substantielles de droit pénal préexistantes et antérieurement prévues dans d'autres instruments juridiques internationaux applicables en RDC indépendamment du Statut de Rome. Comme l'a écrit Cherif Bassiouni, « les trois crimes relevant de la compétence de la CPI sont à ce jour bien établis en droit pénal international, la CPI ne crée pas de nouveaux crimes, mais met en application et résume le droit pénal international préexistant »²⁴³. L'on peut même dire que ces crimes existaient déjà en droit international bien avant l'existence juridique de la RDC en tant qu'État souverain. Il suffit de penser à cet égard au célèbre Accord de Londres signé en 1945 auquel était annexée la Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg, à la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême Orient et surtout à la résolution 95(I) du 11 décembre 1946, l'Assemblée générale des Nations Unies avait confirmé les principes de droit international reconnus par le statut du TMI de Nuremberg et le jugement de ce tribunal. À cela, l'on peut ajouter la loi n° 10 du Conseil de contrôle²⁴⁴ sur la base de laquelle plusieurs procès de l'après-guerre ont été tenus par les États d'occupations et des condamnations ont été prononcées pour les crimes précités. Cette abondante jurisprudence, qui reflète une pratique étatique non équivoque relative à la répression de ces crimes, a été rassemblée par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre²⁴⁵ et a, à plusieurs égards, inspiré tant les rédacteurs des statuts des deux tribunaux pénaux internationaux (TPI) pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda au regard des travaux préparatoires de ces deux textes que la jurisprudence de ces deux tribunaux internationaux. Il s'ensuit que ces crimes ainsi que les formes de responsabilité pénale qui vont avec « font partie sans aucun doute possible du droit international coutumier »²⁴⁶.

Ceci étant, la question qui se pose par rapport à la RDC n'est pas tant celle de l'existence de ces crimes précités en droit international que celle de l'applicabilité directe en RDC des normes juridiques internationales reconnaissant le caractère de crimes de droit international à ces actes. Sur ce point, la question de l'applicabilité directe des normes juridiques internationales doit être distinguée de celle de leur

²⁴³ Cherif Bassiouni, Introduction au droit pénal international, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 239.

²⁴⁴ Loi n° 10 du Conseil de contrôle et alliés signée à Berlin, 20 décembre 1945 (Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne, Berlin, n° 3, 31 janvier 1946).

²⁴⁵ Voy. les 15 volumes de Trial Reports de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre (<http://www.unwcc.org/documents/>).

²⁴⁶ Voir Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, Doc. ONU S/25704, 3 mai 1993, § 34.

primauté par rapport au droit interne. Cette dernière question ne concerne que la hiérarchie de ces textes juridiques internationaux parmi les sources de droit dans un système juridique interne. C'est elle qui est réglée par la Constitution congolaise en son article 215 qui dispose que « les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie ». Mais, l'article précité ne tranche pas nécessairement la question de l'applicabilité directe d'une norme internationale en droit congolais. Pour rappel, « on dit d'une norme créée dans l'ordre international qu'elle est dotée d'applicabilité directe (« *self-executing* ») lorsqu'elle fait naître dans l'ordre interne des droits au bénéfice des personnes privées, physiques ou morales », permettant ainsi à ces « personnes d'en demander elles-mêmes l'application aux organes des pouvoirs publics ou à défaut aux tribunaux de l'ordre juridique interne »²⁴⁷. L'applicabilité directe (effet direct) s'entend également de l'aptitude d'une règle de droit international à conférer, dans l'ordre interne, des droits ou des obligations aux particuliers sans que les États intéressés aient à adopter des mesures internes d'exécution »²⁴⁸. Ainsi, pour qu'un traité international ait des effets directs en droit interne, et notamment en droit pénal, il ne suffit pas que la Constitution de l'État concerné consacre la théorie du moniste avec primauté du droit international, comme l'article 215 de la Constitution congolaise. Il existe une série des conditions dont notamment l'*intention* des parties de lui donner ces effets directs (condition subjective) et le fait que le contenu de la norme formulée dans le traité lui-même soit « suffisamment précis et ne comporte pas la nécessité de recourir à des mesures d'application internes ou internationales » (condition objective)²⁴⁹. Comme le disent Pierre Marie Dupuis et Yann Kerbrat, « pour que la norme internationale puisse être invoquée directement dans l'ordre interne, il faut en d'autres termes qu'elle soit juridiquement et matériellement complète »²⁵⁰, ce qui traduit implicitement l'intention de ses auteurs à lui conférer les effets directs.

Pour trancher la question de savoir si les normes pénales relatives aux crimes qui nous concernent et qui sont issues du droit international, sont directement applicables en RDC, l'on doit distinguer les normes pénales issues des traités et accords internationaux de celles qui découlent du droit international coutumier.

²⁴⁷ Pierre Marie Dupuis et Yann Kerbrat, *Droit international public*, 13^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2016, pp. 445-446.

²⁴⁸ Joe Verhoven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 451.

²⁴⁹ Voir Cour permanente de justice internationale (CPJI), Avis consultatif n° 15 de la l'affaire de la Compétence des tribunaux de Dantzig, 3 mars 1928, Recueil de la CPJI, série B, 1928, p. 17 ; voir aussi Cour de justice de l'Union européenne, Van Gend & Loos c. Pays-Bas, affaire n° C-26/62, 5 février 1963. Sur les applications jurisprudentielles de la théorie des effets directs devant les juridictions belges, voir Pierre d'Argent et autres, « Jurisprudence belge relative au droit international public (2012-2017) », *Revue belge de droit international*, 2018/1, pp. 207-211.

²⁵⁰ Pierre Marie Dupuis et Yann Kerbrat, *op. cit.*, p. 446.

1. Droit international coutumier

Les normes du droit international coutumier sont-elles directement applicables en RDC ? Il importe de commencer par observer que l'on semble s'accorder sur le fait que, dans le domaine du droit international humanitaire en tout cas, les normes coutumières sont directement applicables aux individus. En Belgique en tout cas, la jurisprudence nationale considère que le droit coutumier est directement applicable²⁵¹. C'est la même solution qui est par ailleurs retenue dans la plupart des pays anglo-saxons qui sont à l'origine de l'adage « *international customary law is part of the laws of the lands.* »²⁵² Dans son rapport sur la création du TPIY, le secrétaire général des Nations Unies affirmait à cet égard que « (...) ». Cette approche de la légalité sous-entend que dans la tête et sous la plume du Secrétaire général, les normes pénales du droit international coutumier sont directement applicables aux individus.

Sur l'application directe du droit international coutumier en droit congolais, les choses ne sont pas très claires. En effet, comme on le verra, la Constitution congolaise apporte certains éclaircissements par rapport aux normes *conventionnelles* issues des traités et accords internationaux. Mais, elle est silencieuse par rapport à l'application directe des normes issues du droit international *coutumier*. L'on rappellera toutefois que dans le célèbre arrêt *Tadić* (exception préjudicielle sur la compétence), la Chambre d'Appel du TPIY avait fait référence aux propos du Premier ministre congolais à l'Assemblée générale des Nations Unies pour démontrer que les violations graves du droit international humanitaires commises dans les conflits armés non internationaux constituaient des crimes de guerre²⁵³. Par ailleurs, la RDC a coopéré dans l'arrestation et la remise de certains suspects rwandais poursuivis par le TPIR pour génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre en raison des actes posés en 1994 avant même la rédaction, en 1998, et l'entrée en vigueur, en 2002, du Statut de Rome et avant la promulgation du Code pénal militaire et le Code judiciaire militaire en 2002²⁵⁴. Or, ce simple fait pour la RDC d'avoir coopéré avec le TPIR alors que

²⁵¹ Cassation (Belgique), 12 février 2003 (arrêt Sharon).

²⁵² Cour d'appel (USA, Snd Circuit), *Filartiga v. Pena-Irala*, 30 juin 1980 ; Cour suprême (USA), *Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 8 janvier 1900.

²⁵³ TPIY (Ch. Appel), *Le Procureur c. Tadić*, « Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence », 2 octobre 1995 (ci-après, « Arrêt Tadić (exception préjudicielle) », § 105.

²⁵⁴ Voir par exemple TPIR (Ch. 1ère Inst. II), *Le Procureur c. Grégoire Ndahimana*, « Jugement et sentence », affaire n° ICTR-01-68-T, 30 décembre 2011, § 2. L'intéressé était poursuivi et finalement a été reconnu coupable de génocide et de crimes contre l'humanité pour des actes survenus au Rwanda en 1994. Condamné en première instance pour 15 ans de prison, il a vu sa peine revue à la hausse par la Chambre d'appel qui lui a infligé 25 ans de prison. Voy. aussi TPIR (Ch. Appel), *Ndahimana c. Le Procureur*, « Arrêt », affaire n° ICTR-01-68-A, 16 décembre 2013, § 254. Voir également l'affaire *Ntaganzwa*. Pour rappel, M. Ladislas Ntaganzwa était initialement poursuivi par le TPIR notamment pour des actes de génocide

la compétence temporelle de ce tribunal international couvrait les actes commis au Rwanda en 1994, montre que la RDC considérait qu'en 1994, ces actes étaient aussi punissables dans son ordre juridique interne en vertu du droit international coutumier. Il faut à cet égard rappeler qu'en droit pénal international, un État ne peut s'associer à la répression d'un fait commis à l'étranger qu'à la condition qu'il le considère lui aussi comme infractionnel dans son ordre juridique interne²⁵⁵. Tel est le sens de l'exigence de la double incrimination en droit extraditionnel²⁵⁶. La coopération avec le TPIR montre donc que même en 1994, année à laquelle les actes ont été commis au Rwanda, la RDC considérait que les normes coutumières prévoyant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre étaient applicables dans son ordre juridique interne.

Sur la base des éléments qui précèdent, l'on peut ainsi conclure que les normes pénales issues du droit international coutumier sont aussi directement applicables en RDC. Libre à chacun d'épiloguer sur la question de savoir à partir de quelle année précisément ces normes ont acquis cette applicabilité directe en RDC. Toutefois, il est certain que les principaux événements ayant ensanglanté le territoire congolais et qui sont décrits notamment dans le rapport du Haut-Commissariat aux droits de l'homme (Projet de Mapping) qui couvre la période 1993-2003 sont largement contenus dans la période où ces normes de droit pénal issues du droit international coutumier étaient directement applicables en RDC.

2. Droit international conventionnel

La question de l'applicabilité directe des normes pénales issues des traités et accords internationaux n'a pas de réponse évidente. Certes, et comme on l'a dit, l'article 215 de la Constitution dit que les traités et accords internationaux ont une autorité supérieure aux lois, c'est-à-dire qu'ils ont la primauté sur les lois internes, dès lors qu'ils ont été régulièrement ratifiés par le parlement et publiés au Journal officiel de la RDC. La plupart des traités et accords internationaux relatifs aux actes constitutifs des crimes de droit international sont déjà ratifiés et publiés au Journal officiel congolais. Cependant, comme on l'a vu précédemment, cela ne suffit pas pour rendre les dispositions de ces traités *directement applicables* aux individus en droit congolais. Pour l'être, les dispositions de ces traités

qu'il aurait commis au Rwanda en 1994 (affaire n° ICTR-96-9-I). Dans la suite, en mai 2012, le TPIR a décidé de transférer l'affaire à la justice rwandaise. L'intéressé ayant été arrêté en RDC en décembre 2015, il a été remis au TPIR le 1er mars 2016, notamment sous pression d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies (Rés. 2256 du 22 décembre 2015, § 14). Le TPIR l'a, à son tour, remis aux autorités rwandaises pour y être jugé.

²⁵⁵ Didier Rebut, *Droit pénal international*, 2ème édition, Paris, Dalloz, 2016, p. 166, § 266.

²⁵⁶ L'article 58 de la loi n° 04/016 du 19 juillet 2004 portant lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme prévoit que « l'extradition ne sera exécutée que si l'infraction concernée est à la fois prévue et punie par la loi de l'État requérant et dans celle de la République démocratique du Congo ».

doivent réunir deux conditions supplémentaires dont on a déjà parlé. Il s'ensuit que l'examen de l'applicabilité directe des normes pénales issues du droit international conventionnel exige une analyse, traité par traité, voire au sein d'un traité, disposition par disposition, pour voir si les normes pénales qui y sont contenues réunissent les conditions de leur applicabilité directe.

En commençant par le Statut de Rome, il convient d'indiquer que ce ne sont pas *toutes* les dispositions, mais juste *certaines* d'entre elles, qui sont directement applicables aux individus. Parmi les dispositions directement applicables, l'on peut évidemment mentionner celles qui définissent les crimes et les formes de responsabilité pénale, c'est-à-dire, les articles 6 à 8 bis et les articles 25 et 28. Mais, les dispositions qui touchent à la coopération judiciaire, par exemple, ne sont pas dotées d'effets directs.

Ceci étant, et contrairement à ce que l'on peut penser, le Statut de Rome n'est pas le seul traité international ratifié par la RDC en matière de droit international pénal. Cet État a en effet ratifié toute une série de conventions et traités internationaux dont les normes de droit pénal matériel peuvent être considérées comme directement applicables aux individus. Tel est le cas de la Convention des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime du génocide signée à New York le 9 décembre 1948 et ratifiée par la RDC depuis le 31 mai 1962²⁵⁷ ou encore des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 ratifiées par la RDC depuis le 24 février 1961²⁵⁸ ainsi que leurs deux protocoles additionnels du 8 juin 1977, également ratifiés par la RDC²⁵⁹, etc. Les normes pénales contenues dans ces traités et accords internationaux sont considérées comme directement applicables, y compris en RDC, parce que (i) elles expriment des considérations élémentaires d'humanité qui s'imposent aux États (et aux individus), même en dehors de tout lien conventionnel²⁶⁰; (ii) elles sont elles-mêmes issues du droit international coutumier dont on reconnaît, comme on l'a vu, des effets directs ; et enfin (iii) elles relèvent des règles impératives (*jus cogens*) dont il n'est permis aucune dérogation²⁶¹.

²⁵⁷ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 78, p. 277.

²⁵⁸ Voy. le site internet du Comité international de la Croix rouge et du Croissant rouge (Traités, États parties et commentaires) à l'adresse: https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=CD&nv=4 (visité le 03 juin 2016).

²⁵⁹ Idem. Bien que la RDC n'ait ratifié les deux protocoles que depuis le 12 décembre 2002, l'on notera que depuis le 10 juin 1977, elle avait signé l'Acte final de la Conférence diplomatique de Genève de 1974-1977 de laquelle ces deux protocoles sont issus.

²⁶⁰ CIJ, Réserves à la Convention contre le génocide, avis consultatif, 28 mai 1951, p. 23.

²⁶¹ Commission du droit international (CDI), Projet d'articles de la CDI et commentaires y relatifs, pp. 90-91 ; CDI, Fragmentation of International Law : Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, Doc. A/CN.4/L.702, 18 juillet 2006, § 33; TPIY (Ch. Appel), Le Procureur c. Karadžić, « Décision relative à l'appel interjeté par Radovan Karadžić contre la décision relative à la demande concernant l'accord Holbrooke », affaire n° IT-95-5/18-AR73.4, 12 octobre 2009, § 49.

3. Incidence des règles de forme sur l'effectivité de l'applicabilité directe des normes internationales de droit pénal matériel

Dire qu'une norme pénale d'origine internationale (conventionnelle ou coutumière) a des effets directs est une chose et l'appliquer concrètement par les Cours et tribunaux nationaux en est une autre. En effet, l'effectivité d'une règle dotée des effets directs peut, quelque part, être limitée en raison de toute une série des problèmes relevant plutôt du droit pénal procédural que ces traités ne résolvent pas. Tel est le cas de la compétence pénale des juridictions nationales ainsi que des règles de procédure. Comme l'écrivent, à juste titre, certains auteurs, « le droit pénal formel concerne l'ensemble des règles d'organisation, de compétence et de procédure (la poursuite, l'instruction, le jugement, les voies de recours) qui assurent la mise en œuvre des règles du droit pénal matériel » ; et que « le droit pénal matériel n'existe pas sans le droit pénal formel puisque la loi pénale ne se réalise que dans sa mise en œuvre »²⁶². Ce constat est également valable concernant les normes de droit pénal matériel tirées du droit international (coutumier ou conventionnel).

En prenant l'exemple du traité (Statut) de Rome, il ne fait l'ombre d'aucun doute que les dispositions de droit pénal de ce traité définissant les crimes et les formes de responsabilité pénale réunissent les conditions de leur applicabilité directe. Par ces dispositions en effet, ce traité s'adresse directement aux individus et leur interdit de commettre ou de participer à la commission des crimes qu'il prévoit selon les formes de responsabilité pénale qu'il définit avec soin. Ce traité (Statut de Rome) menace en fait directement les individus de les poursuivre devant la CPI s'ils ne sont pas poursuivis par les juridictions nationales compétentes. On ne peut pas trouver mieux en termes d'effets directs d'un traité international.

Toutefois, les dispositions directement applicables concernent les définitions des crimes et des formes de responsabilité pénale. Le fait que ces normes de droit pénal matériel soient dotées des effets directs n'implique pas automatiquement la compétence pénale des juridictions nationales pour poursuivre et juger les responsables des crimes visés dans le Statut de Rome. Une telle compétence doit leur être attribuée par une loi et sans celle-ci, les normes de droit pénal matérielles consacrées par le droit international risquent d'être ineffectives.

²⁶² Françoise Tulkens, Michel van de Kerchove, Yves Catuyvels et Christine Guillain, Introduction au droit pénal, aspects juridiques et criminologiques, 10ème éd., Bruxelles, Kluwer, 2014, pp. 234-235.

L'on notera toutefois que, dans l'affaire des Kimbanguistes, un tribunal de grande instance (TGI) de Kinshasa avait tenté de justifier sa compétence de connaître du crime de génocide sur la base du fait que l'article 153, alinéa 4, de la Constitution congolaise demande aux Cours et tribunaux d'appliquer les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés et publiés au Journal officiel²⁶³. L'on rappellera que ce jugement était intervenu en 2011, alors même que la compétence des juridictions militaires en cette matière était exclusive²⁶⁴. Il a fallu attendre jusqu'en 2013 pour que cette exclusivité soit abolie par la loi et que les juridictions ordinaires, mais alors uniquement les Cours d'appel, se voient attribuer cette compétence pénale.

Cette jurisprudence, qui n'a pas été attaquée en appel apparemment, est toutefois restée isolée. Par ailleurs, il est douteux que l'article 153, alinéa 4, de la Constitution demandant aux Cours et tribunaux d'appliquer les accords et traités internationaux constitue une base juridique valable pour asseoir une compétence pénale d'une juridiction dès lors que l'objet du traité invoqué, en l'occurrence le Statut de Rome, ne portait pas sur les questions de compétence pénale nationale dans la répression des crimes prévus dans ledit traité.

Comme on le voit, si l'application directe des normes internationales de droit pénal matériel est effective dans les poursuites devant la CPI elle-même, le recours aux normes pénales issues du droit international peut poser des problèmes de compétence pénale des juridictions internes et de celle de la limite de l'applicabilité dans le temps desdites dispositions. L'applicabilité directe reconnue à ces normes devant la CPI ne résout pas forcément les questions de procédure et de compétence qui peuvent être soulevées devant les juridictions nationales pour appliquer ces mêmes normes directement aux individus. Si ces problèmes ne sont pas résolus, l'effectivité de l'application directe d'une norme pénale matérielle, qu'elle soit d'origine conventionnelle ou coutumière, reste limitée. Notons cependant que ces difficultés ne remettent pas en cause le fait que les normes pénales matérielles issues du droit international soient dotées des effets directs.

Il va sans dire qu'une fois que ces questions de compétence et de procédure résolues au niveau interne, rien ne s'oppose à ce que la compétence pénale des juridictions nationales rétroagisse. Même en droit pénal interne, les règles de procédure pénale et de compétence judiciaire sont considérées comme directement applicables²⁶⁵. Le principe de non-rétroactivité des lois pénales ne

²⁶³ TGI de Kinshasa/Kalamu, Ministère public et parties civiles c. Kumba et consorts, « Jugement », affaire n° RP 11.154/11.155/11.156, 17 décembre 2011, (ci-après, le « jugement Kimbanguistes »), Jugement publié par l'organisation Avocats sans frontières (ASF), Recueil de jurisprudence congolaise en matière des crimes internationaux: édition critique, décembre 2013, pp. 16-17.

²⁶⁴ Article 207 du Code pénal militaire (RDC).

²⁶⁵ Françoise Tulkens et autres, op. cit., pp. 276-280 ; Jean Pradel, Droit pénal général, 21ème éd.,

concerne que les normes de fond et non celles qui touchent à la forme (procédure et compétence). En conséquence, rien ne s'oppose par exemple à ce que les juridictions ordinaires congolaises, investies seulement depuis 2013 du droit de connaître des affaires de crimes de droit international, étendent leur compétence *temporelle* à des actes commis avant leur entrée en vigueur dès lors qu'au moment de la commission des faits, ces actes étaient considérés comme criminels selon le droit national ou international.

C. Jurisprudence nationale (congolaise)

La question de savoir si les crimes et formes de responsabilité pénale contenus dans les lois de mise en œuvre sont *nouveaux* en droit congolais pour justifier leur non-rétroactivité n'a pas (encore) fait l'objet de développements jurisprudentiels par les tribunaux congolais.

Il existe toutefois un arrêt de la Cour militaire de Bukavu dans l'affaire dite Kavumu où cette question a été abordée. L'affaire concerne des agressions sexuelles commises au cours d'une période allant de 2013 à 2016 sur une quarantaine de fillettes âgées de 18 mois à 10 ans dans la localité de Kavumu (province du Sud-Kivu) par un groupe armé, dénommé « Jeshi la Yesu » [c'est-à-dire l'« armée de Jésus »]. Ce groupe armé était formé par un député provincial du Sud-Kivu, M. Frédéric Batumike Rugimbanya et ses membres perpétraient ces actes de viol sur la base des croyances mystico-magiques d'invulnérabilité aux balles ennemies. Les faits ayant débuté avant l'entrée en vigueur des lois de mise en œuvre du Statut de Rome, la Cour a été amenée à se prononcer sur l'applicabilité (ou non) desdites lois à l'affaire soumise à son examen. Dans son arrêt sur le fond, la Cour rappelle qu'« il est de principe que la loi pénale nouvelle ne rétroagit pas, sauf si elle est favorable au prévenu ». Dans la suite de son argumentation toutefois, elle ne cherche pas à savoir si les modifications du Code pénal ordinaire issues des lois du 31 décembre 2015 pouvaient rétroagir en raison de leur caractère favorable au prévenu. Toute son attention s'oriente curieusement vers la question de l'applicabilité directe du Statut de Rome en RDC au regard des articles 154, alinéa 4, et 215 de la Constitution. Cette démarche l'amène à soutenir que « ces dispositions constitutionnelles autorisent les cours et tribunaux civils et militaires (...) à appliquer les traités internationaux dûment ratifiés et leur donnent une autorité supérieure par rapport aux lois internes de la république ». En conséquence, ayant démontré que le Statut de Rome était régulièrement ratifié par la RDC et qu'à ce titre, il devait être appliqué par les Cours et tribunaux congolais, la Cour déclare qu'« outre sa primauté par rapport à la loi interne, le

Paris, Cujas, 2016, pp. 162-169 ; Jean Pradel et A. Varinard, Les grands arrêts du droit pénal général, 10^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2016, pp. 139 et s. ; M.-A. Beernaert, H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, Droit de la procédure pénale, 8^{ème} éd., Bruges, La Charte, 2017, pp. 80-84.

Statut de Rome est le seul régime juridique qui s'applique sans distinction aux faits commis avant ou après le 31 décembre 2015 »²⁶⁶.

L'on perçoit dans ce raisonnement une confusion entre la primauté d'un traité sur la loi et le caractère directement applicable des dispositions dudit traité. Or, comme on l'a vu, le fait qu'un traité ait une autorité supérieure à la loi ne le rend pas nécessairement directement applicable. Par ailleurs, le raisonnement est ambigu parce qu'il se prête à deux interprétations possibles.

D'une part, la Cour semble soutenir que les lois congolaises de mise en œuvre du Statut de Rome ne sont pas rétroactives. Cet argument repose essentiellement sur une prise en compte de la date officielle de la promulgation et de la publication desdites lois. De ce point de vue, dès lors que les lois de mise en œuvre sont *formellement* entrées en vigueur *après* la commission des faits, elles ne peuvent pas s'y appliquer au risque de violer l'interdiction des lois pénales rétroactives. Une telle approche est toutefois critiquable parce qu'elle confond la légalité *formelle* et la légalité *matérielle* et va jusqu'à faire primer celle-là sur celle-ci. Par ailleurs, cette approche ignore qu'une législation peut être simplement déclarative des normes pénales préexistantes sans créer des nouveaux crimes ni de formes de responsabilité nouvelles. Dès lors que cette législation ne crée pas de nouvelles incriminations, la question est alors de savoir s'il est toujours justifié de reconnaître à une telle législation un caractère nonrétroactif.

D'autre part, en recourant aux normes de droit international (Statut de Rome) pour garantir la répression des crimes de droit international, l'argumentation permet aussi de soutenir que cette même Cour considère, plus fondamentalement, que les actes qu'elle était appelée à juger étaient malgré tout considérés, en droit congolais, comme criminels d'après le droit international. Le raisonnement élargit donc implicitement le principe de la légalité au droit international en y incluant les normes pénales internationales tirées du Statut de Rome. Une telle démarche sous-entend que les normes pénales prévoyant les crimes de droit international et formulées dans les lois de mise en œuvre du Statut de Rome ne sont pas *nouvelles* dans le sens où ces lois n'ont pas créé de *nouveaux* crimes jusque-là inconnus en droit congolais. En réalité, ce qui semble créer un malaise chez les juges de la Cour militaire, c'est simplement un problème de contenant (Statut de Rome ou lois de mise en œuvre ?) et non de contenu. En effet, si la Cour militaire soutient que les lois de mise en œuvre ne sont pas rétroactives, c'est en fait parce qu'elle confond, à tort, le contenant (la loi) au contenu, c'est-à-dire les normes pénales exprimées dans cette loi et va même jusqu'à faire primer le contenant sur le contenu. C'est en substance en cela que consiste l'approche *formaliste* du principe de la légalité. Il suffit à la Cour de se défaire de cette approche formaliste

²⁶⁶ CM/Bukavu, Ministère public et 42 Parties civiles c. Batumike et 19 autres, « Arrêt », affaire n° RP 0105/2017, 13 décembre 2017, inédit, (ci-après, « arrêt Kavumu »), p. 40-41.

du principe de la légalité et de se concentrer à son aspect matériel ou *substantiel* pour constater qu'en réalité, les normes pénales contenues dans les lois de mise en œuvre ne sont pas nouvelles et que donc rien ne justifie qu'on leur applique la règle de la non-rétroactivité des lois pénales.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt de la Cour militaire de Bukavu dans l'affaire *Kavumu*, confirmé en appel par la Haute Cour militaire (HCM)²⁶⁷, est resté la seule décision judiciaire dans laquelle une juridiction congolaise a abordé la question d'une éventuelle application rétroactivité des lois de mise en œuvre du Statut de Rome. Dans les autres affaires jugées par les mêmes juridictions, on constate plutôt une approche consistant à invoquer aussi bien le Statut de Rome que les lois de mise en œuvre lorsqu'il s'agit des faits perpétrés après l'entrée en vigueur de ces lois de mise en œuvre ; tandis que dans les affaires où les faits ont été commis avant l'entrée en vigueur des lois de mise en œuvre, le Statut de Rome est le seul texte invoqué. Cette méthode montre que les juges congolais considèrent que les lois de mise en œuvre ne peuvent pas s'appliquer aux actes dont la commission est antérieure à leur entrée en vigueur. Mais, concernant les actes commis avant cette entrée en vigueur, le Statut de Rome est le seul texte applicable. Dans cette approche, on retombe encore dans la confusion entre le contenant et le contenu au point de faire primer le contenant sur le contenu comme vu précédemment.

Le recours au Statut de Rome dans la répression des crimes commis avant l'entrée en vigueur des lois de mise en œuvre comporte certes des avantages. En effet, il permet de combler un éventuel vide juridique à propos des actes commis avant l'entrée en vigueur des lois de mise en œuvre. Toutefois, il ne comble ce vide qu'à moitié : la pratique judiciaire congolaise montre que les juges congolais considèrent que l'applicabilité directe du Statut de Rome est limitée dans le temps et ne peut aller au-delà du 1^{er} juillet 2002, date de l'entrée en vigueur du Statut de Rome. Ce faisant, ils confondent ici encore, et à tort, la limitation de la *compétence temporelle* de la CPI aux crimes postérieurs au 1^{er} juillet 2002 (limitation dictée par des raisons purement pratiques destinée à éviter une charge lourde à la nouvelle Cour) et la date de l'existence même des incriminations visées par le Statut de Rome en droit international. Si le recours au Statut de Rome ne résout le problème qu'à moitié, c'est précisément parce qu'il crée à son tour un vide juridique injustifié, dans la répression des crimes commis avant l'entrée en vigueur du Statut de Rome par rapport aux crimes commis avant le 1^{er} juillet 2002. Pourtant, comme on l'a vu, les crimes prévus dans le Statut de Rome créant la CPI existaient bien avant l'entrée en vigueur dudit Statut de Rome. Ici encore, les juges sont cloisonnés dans une approche trop formaliste du principe de la légalité au point d'être aveugles au fait que les textes juridiques auxquelles ils refusent des effets rétroactifs sont simplement déclaratifs des normes pénales

²⁶⁷ HCM, Ministère public et parties civiles c. Batumike et consorts, « Arrêt », affaire n° 139/2018,

préexistantes et qu'elles n'en ont pas créé de nouvelles.

Comme on peut le voir, la solution à toutes ces difficultés, générées par une compréhension trop partielle du principe de la légalité et de la non-rétroactivité des lois pénales de fond, réside sans doute dans la reconnaissance du caractère déclaratoire des normes de pénales contenues tant dans les lois de mise en œuvre que dans le Statut de Rome lui-même. C'est par une telle reconnaissance que ces lois pourraient s'appliquer aux actes commis antérieurement à leur entrée en vigueur qui n'est que formelle, puisque les incriminations contenues dans ces lois, ainsi que les formes de responsabilité pénale qui y sont attachées, existaient bien avant l'entrée en vigueur desdites lois et même du Statut de Rome.

III. Les droits Humains Fondamentaux Font-Ils Obstacle à la Rétroactivité des Lois de Mise en Euvre du Statut de Rome?

Un des droits humains fondamentaux garantis tant par les Constitutions que par les textes internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme est le droit à la non-rétroactivité des lois pénales de fond lorsque ces dernières sont plus sévères. Au regard de ces textes, la question est alors de savoir si en prônant la rétroactivité des lois de mise en œuvre du Statut de Rome, cela ne conduit finalement pas à une entorse à un droit fondamental. La réponse à cette question sera recherchée dans la formulation même des textes précités. Comme on le verra, la formulation même de ces textes juridiques est souvent révélatrice de la portée et des limites du droit à la non-rétroactivité des lois pénales de fond. Concernant la RDC, l'on examinera successivement les dispositions pertinentes de la Constitution congolaise avant d'aborder celles du droit international des droits de l'homme applicables en RDC.

A. Droit constitutionnel

Les dispositions pertinentes de la Constitution congolaise qui garantissent le droit à la non-rétroactivité des lois pénales sont les alinéas 3 et 4 de l'article 17. Le premier dispose que « nul ne peut être poursuivi pour une action ou une omission qui ne constitue pas une infraction au moment où elle est commise et au moment des poursuites » ; alors qu'aux termes du second, « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui ne constitue pas une infraction à la fois au moment où elle est commise et au moment de la condamnation ».

La lecture de ces deux alinéas de l'article 17 de la Constitution montre que le Constituant pose la règle de la non-rétroactivité des lois pénales de fond par rapport à « une action ou une omission qui ne constitue pas une *infraction* au moment où elle est commise et au moment des poursuites » sans préciser la

source de cette « infraction ». Une lecture très formaliste de l'article 17 de la Constitution peut conduire à penser que le Constituant congolais avait en tête la loi et uniquement la loi.

Une telle lecture est toutefois discutable pour au moins deux raisons. Premièrement, les dispositions de l'article 17 de la Constitution doivent être lues à la lumière du préambule de la Constitution elle-même. À l'alinéa 5 de son préambule, cette Constitution « [réaffirme son adhésion et son attachement à la Déclaration universelle des droits de l'Homme (...), ainsi qu'aux instruments internationaux relatifs à la protection et à la promotion des droits humains ». Or, comme on le verra plus loin, ces instruments internationaux, auxquelles la Constitution proclame son adhésion et son attachement, ne limitent pas la source des infractions aux seules lois nationales. Ils l'étendent aussi aux dispositions du droit international (conventionnel et coutumier). Dès lors que le préambule demande que l'article 17 de la Constitution soit interprété à la lumière des textes internationaux protecteurs des droits de l'homme, l'argument selon lequel la loi interne demeure la source unique (à l'exclusion du droit international) est dénué de fondement.

D'autre part, les dispositions pertinentes de l'article 17 de la Constitution sont reprises et détaillées par l'article 1^{er} du Code pénal ordinaire, aux termes duquel « nulle infraction ne peut être punie des peines qui n'étaient pas portées par la loi avant que l'infraction fût commise ». L'article vise certes la loi comme source de l'infraction. Toutefois, dans la version de 2010 de ce Code, publié par le ministère de la Justice et des droits humains et préfacé par le ministre de la Justice lui-même, figure un commentaire précisant les sources des infractions. Il y est dit ce qui suit : « le terme « loi » doit être pris dans son sens le plus large possible. Ainsi, entre dans cette catégorie toute norme formulée par une autorité investie du pouvoir d'exprimer des règles obligatoires sans que soient déterminantes la forme de l'acte ou son origine. Il s'agit notamment: - des dispositions normatives élaborées par les pouvoirs établis, tels que les lois, les ordonnances, les décrets, les arrêtés ministériels de portée réglementaire, les édits provinciaux et décisions des autorités communales, territoriales et de chefferies à caractère réglementaire ; - dispositions normatives reçues et accréditées par le pouvoir telles que les Conventions internationales à caractère normatif approuvées par la loi, les Conventions collectives approuvées par arrêté ministériel »²⁶⁸.

On voit ainsi entrer parmi les sources de l'infraction, non seulement la loi au sens formel du terme, mais aussi certains actes à caractère réglementaire, mais surtout les normes de droit international. Certes, le commentaire ne vise

²⁶⁸ Ministère de la Justice de la RDC, Code pénal congolais, Décret du 30 janvier 1940 tel que modifié jusqu'au 31 décembre 2009 et ses dispositions complémentaires, MEDIASPAUL, Kinshasa, 2010, p. 7.

que les normes de droit international conventionnel et semble avoir omis celles du droit international coutumier. Toujours est-il qu'il démontre que la « loi » interne ne constitue pas l'unique source d'une infraction. En conséquence, punir un individu pour un comportement qui ne constitue pas une infraction selon la loi interne, mais qui l'est selon le droit international, ne viole en rien l'article 17 de la Constitution congolaise. C'est pour cette raison que reconnaître la rétroactivité des lois de mise en œuvre ne nécessite pas une modification de la Constitution.

L'on se souviendra qu'au Sénégal, le Code pénal avait fait l'objet d'une modification en 2007 aux fins d'y incorporer le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (définis au regard du Statut de Rome). Cependant, pour appliquer, de manière rétroactive, cette modification à l'affaire Hissène Habré, le Sénégal avait dû modifier sa Constitution. En effet, l'article 9, alinéa 2, de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 se contentait de déclarer que: « nul ne peut être condamné si ce n'est en vertu d'une loi entrée en vigueur avant l'acte commis ». Mais, l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle n° 2008-33 du 7 août 2008 modifiant les articles 9 et 95 et complétant les articles 62 et 92 de la Constitution sénégalaise a, en prévision du procès de Hissène Habré, remplacé cet article 9 et l'a formulé de la manière suivante: « nul ne peut être condamné si ce n'est en vertu d'une loi entrée en vigueur avant l'acte commis. Toutefois, les dispositions de l'alinéa précédent ne s'opposent pas à la poursuite, au jugement et à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omission qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels d'après les règles du droit international relatives aux faits de génocide, crimes contre l'humanité, crime de guerre ». Cette double modification (Code pénal et Constitution) n'a toutefois pas empêché la condamnation du Sénégal par la Cour de justice de la communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) pour violation du principe de la légalité des incriminations par rapport spécifiquement à l'affaire *Hissène Habré*²⁶⁹.

L'on reviendra un peu plus loin sur cet arrêt. Pour l'instant, relevons que la formulation de l'article 9 de la Constitution sénégalaise de 2001 ouvrait, quelque part, la voie à une interprétation restrictive du principe de la légalité pénale limité aux seules sources nationales du droit pénal.

La formulation de la Constitution sénégalaise est par ailleurs celle que l'on trouve dans la plupart des Constitutions des États africains. Certes, parmi ces Constitutions, il y en a qui sont silencieuses sur le principe de la non-rétroactivité des lois pénales²⁷⁰, tandis que celles qui l'affirment, le font d'une

²⁶⁹ Cour de justice de la CEDEAO, Hissène Habré c. République du Sénégal, affaire n° ECW/CCJ/JUD/06/10, 18 novembre 2010 (ci-après, arrêt Hissène Habré »), § 58.

²⁷⁰ Au Gabon par exemple, l'article 1er, 23°, alinéa 1 et 2, de la Constitution de la République gabonaise de 2018, est ainsi formulé : « nul ne peut être gardé à vue ou placé sous mandat

manière plutôt équivoque qui pourrait être interprétée comme limitant la source des infractions aux seules lois nationales. Par exemple, l'article 41, alinéa 1^{er} de la Constitution burundaise de 2018 dispose que « nul ne sera condamné pour des actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, ne constituaient pas une infraction ». Tandis que l'article 24 de la Constitution de la République du Tchad promulguée le 4 mai 2018 prévoit que « nul ne peut être arrêté ni inculqué qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement aux faits qui lui sont reprochés ». Au Niger, l'article 18 de la Constitution dispose que « nul ne peut être arrêté ou inculqué qu'en vertu d'une loi entrée en vigueur antérieurement aux faits qui lui sont reprochés ». Cet article est par ailleurs complété par l'article 20, alinéa 2, ainsi formulé : « nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas une infraction d'après le droit national. De même, il ne peut être infligé de peines plus fortes que celles qui étaient applicables au moment où l'infraction a été commise ». La référence à la seule « infraction d'après le droit national » peut faire croire que la Constitution du Niger exclut les sources internationales de sa compréhension du principe de la légalité. On retrouve une formulation quasi identique dans la plupart d'autres Constitutions des États africains²⁷¹.

de dépôt s'il présente des garanties suffisantes de représentation, sous réserve des nécessités de sécurité et de procédure. Tout prévenu est présumé innocent jusqu'à l'établissement de sa culpabilité à la suite d'un procès régulier, offrant des garanties indispensables à sa défense ». De même, au Congo (Brazzaville), l'article 9 de la Constitution de 2015 se contente de prévoir que « la liberté de la personne humaine est inviolable. Nul ne peut être arbitrairement accusé, arrêté ou détenu. Tout prévenu est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie à la suite d'un procès juste et équitable garantissant les droits de la défense. Les droits de la victime sont également garantis ».

²⁷¹ Constitution centrafricaine du 30 mars 2016 (article 4, alinéa 3) : « nul ne peut être jugé et condamné, si ce n'est qu'en vertu d'une loi entrée en vigueur avant l'acte commis ». Constitution du Mali de 2017 (article 9, alinéa 2) : « nul ne peut être poursuivi, arrêté ou inculqué qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement aux faits qui lui sont reprochés ». Constitution de la Mauritanie de 2012 (article 13, alinéa 3) : « nul ne peut être poursuivi, arrêté, détenu ou puni que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle prescrit ». Constitution algérienne de 2016 (article 58) : « nul ne peut être tenu pour coupable si ce n'est en vertu d'une loi dument promulguée antérieurement à l'acte incriminé ». Constitution de la Tunisie de 2014 (article 28) : « la peine est personnelle et ne peut être prononcée qu'en vertu d'un texte de loi antérieur, hormis le cas d'un texte plus favorable à l'inculpé ». Constitution du Burkina Faso (article 5) : « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. La loi pénale n'a pas d'effet rétroactif. Nul ne peut être jugé et puni qu'en vertu d'une loi promulguée et publiée antérieurement au fait punissable (...) ». Constitution de la Guinée Conakry (article 9, alinéa 1er) : « nul ne peut être arrêté, détenu ou condamné qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement aux faits qui lui sont reprochés, pour les motifs et dans les formes prévues par la loi ». Constitution de la Côte d'Ivoire (article 7, alinéa 1er) : « nul ne peut être poursuivi, arrêté, gardé à vue ou inculqué, qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement aux faits qui lui sont reprochés ».

Cependant, malgré ces ambiguïtés, cette formulation du principe de la légalité et de la non-rétroactivité des lois pénales ne peut pas être interprétée comme excluant nécessairement les normes de droit pénal matériel issues du droit international. En effet, ici encore, comme pour la Constitution de la RDC, les préambules de toutes ces Constitutions proclament systématiquement leur attachement et leur adhésion aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme et tout particulier à la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948²⁷². Or, comme on le verra plus loin, ces textes internationaux intègrent dans le principe de la légalité pénale les sources internationales parce qu'ils visent plutôt des actes considérés comme infractionnels au regard du droit national *ou international*. Ainsi, même dans ces autres États, dès lors qu'il est établi que les lois de mise en œuvre du Statut de Rome sont simplement déclaratives des normes pénales existantes en droit international, leur application rétroactive ne peut être regardée comme violant les Constitutions de ces États en ce qui concerne le droit à la non-rétroactivité des lois pénales.

Il convient d'indiquer que sur l'intégration des sources internationales dans la définition du principe de la légalité et de la non-rétroactivité des lois pénales, le Rwanda marque une avance par rapport à la Constitution de ces autres États. En effet, l'article 20, alinéa 1^{er} de la Constitution du Rwanda de 2015 dispose que « nul ne peut être condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas une infraction *d'après le droit national ou international* au moment où elles ont été commises ». Dans cette Constitution, la référence aux sources internationales est explicite.

Au regard de l'histoire tragique du Rwanda, une définition restrictive du principe de la légalité, limitée aux seules sources nationales, aurait été étonnante. En effet, lorsqu'en 1994, le Rwanda a basculé dans l'horreur du génocide, son Code pénal ne contenait pas les crimes de droit international ni les formes de responsabilité pénale individuelle qui leur sont attachées. Il a fallu attendre la Loi organique 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 1^{er} octobre 1990. L'article 1^{er} (a) de cette loi était ainsi formulé : « la

²⁷² Dans le préambule de la Constitution de la IV^{ème} République (11 décembre 2010) de Madagascar, on lit ce qui suit : « Le peuple malagasy souverain (...) considérant (...) sa participation volontariste dans le concert des nations, et le pays faisant siennes, notamment : - la Charte internationale des droits de l'homme ; - les conventions relatives aux droits de l'enfant, aux droits de la femme, à la protection de l'environnement, aux droits sociaux, économiques, civils et culturels ». De même, à l'alinéa 2 du préambule de la Constitution de la République gabonaise de 2018, on lit que le peuple gabonais « affirme solennellement son attachement aux droits l'Homme et aux libertés fondamentales telles qu'ils résultent de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948, consacrés par la Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples de 1981, et par la Charte nationale des libertés de 1990 (...) ».

présente loi organique a pour objet l'organisation et la mise en jugement des personnes poursuivies d'avoir, à partir du 1^{er} octobre 1990, commis des actes qualifiés et sanctionnés par le Code pénal et qui constituent (...) des crimes de génocide ou des crimes contre l'humanité tels que définis dans la Convention du 9 décembre 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide, dans la Convention de Genève du 12 août 1948 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre et les Protocoles additionnels, ainsi que dans celle du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, toutes trois ratifiées par le Rwanda ». Comme on le voit, le caractère rétroactif de cette loi était clairement affirmé aussi bien dans son intitulé que dans son article 1^{er}. Mais, cette rétroactivité reste limitée en raison du recours, à l'article 1^{er} de la loi précitée, aux normes de droit pénal préexistantes et contenues dans les textes internationaux applicables dans cet État (Rwanda). Ainsi, c'est donc en recourant aux sources internationales de ces incriminations que les tribunaux rwandais de l'après-génocide, agissant en complémentarité positive avec le TPIR et ceux de certains États européens comme la Belgique et la Suisse, ont pu assurer la répression des crimes de droit international perpétrés sur le territoire rwandais en 1994²⁷³. Dans cette répression, personne ne pouvait valablement prétendre être victime d'une violation de son droit constitutionnel à la non-rétroactivité des lois pénales ou encore, d'être victime d'une surprise législative en se voyant appliquer des normes pénales qui lui étaient imprévisibles.

B. Droit international des droits de l'homme

En RDC, trois dispositions du droit international des droits de l'homme garantissant le droit à la non-rétroactivité des lois pénales de fond, peuvent être considérées comme applicables : (i) l'article 11(2) de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948 ; (ii) l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ; et enfin, (iii) l'article 7(2) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, les deux derniers traités étant régulièrement ratifiés par la RDC. Il est important de clarifier le contenu de ces deux premiers textes pour mieux appréhender la portée du troisième texte.

1. La Déclaration universelle des droits de l'homme

L'article 11(2) de la DUDH dispose que « nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international (...) ». Comme on le voit, la formulation même de cette disposition intègre explicitement les

²⁷³ Sur l'expérience rwandaise, voy. Sam Rugege et Aimé M. Karimunda, « Domestic Prosecution of International Crimes: The Case of Rwanda », in Gerhard Werle, Lovell Fernandez et Moritz Vormbaum (dir.), *Africa and the International Criminal Court*, vol. I, La Haye, TMC Asser Press, 2014, pp. 79-113.

normes du droit international comme source d'incriminations. On vise en effet un acte délictueux « d'après le droit national *ou international* ». En conséquence, l'application des lois de mise en œuvre du Statut de Rome aux actes commis avant l'entrée en vigueur desdites lois ne peut être considérée comme énervant l'article 11(2) de la DUDH dès lors qu'il est établi qu'au moment où ces actes ont été commis, ils étaient délictueux « d'après le droit international ».

Rappelons qu'il ne faut pas se méprendre par l'intitulé de ce texte international. Il s'agit en effet d'une « Déclaration » adoptée par la résolution 217 (III) A de l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 et non d'un Pacte, ni d'un traité international, ni encore d'une Convention internationale. Dans la mesure où les déclarations de l'Assemblée générale ne sont, en principe, pas dotées de force contraignante envers les États, on pourrait penser que les normes de la DUDH relèvent de la *soft law*. Toutefois, concernant la DUDH, les choses sont un peu différentes. En effet, comme on l'a vu, la plupart des États africains proclament, dans le préambule de leur Constitution, leur adhésion et leur attachement à la DUDH. D'autres États, comme la République du Congo (Brazzaville), vont même plus loin au point d'affirmer que ce texte international fait partie intégrante de leur Constitution. Il n'est dès lors pas surprenant que la CIJ ait considéré que la DUDH relève du droit international coutumier²⁷⁴. Dès lors que le droit coutumier lie les États, il est erroné de soutenir que la DUDH ne serait pas contraignante envers les États. Ces précisions permettent donc de dissiper tout doute sur le caractère contraignant de l'article 11(2) de la DUDH dans le cadre de la problématique de la rétroactivité des lois de mise en œuvre du Statut de Rome.

2. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966

Le deuxième texte international à mentionner est l'article 15 du Pacte qui comprend deux paragraphes. Aux termes du premier paragraphe, « nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier ». Le second paragraphe quant à lui précise que « rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ».

²⁷⁴ CIJ, Affaire relative au Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran), « Arrêt », 24 mai 1980.

La première phrase de l'article 15 (1) du Pacte de 1996, rédigé dans les mêmes termes que l'article 11(2) de la DUDH et l'article 7(1) de la Convention européenne des droits de l'homme, est visiblement celle qui a inspiré les Constituants sénégalais et rwandais comme vus précédemment. Comme on peut le constater, en visant un « acte délictueux d'après le droit national ou *international* », l'article 15(1) intègre clairement les sources internationales dans la définition du principe de la légalité.

Il importe d'insister sur le fait que le second paragraphe du même article 15 du Pacte, qui vise les « actes ou omissions qui (...) étaient tenus pour criminels, d'après les *principes généraux de droit* reconnus par l'ensemble des nations », ne constitue donc pas une exception au principe affirmé au premier paragraphe²⁷⁵. En effet, comme visé à l'article 38(1)(c) du Statut de CIJ, les « principes généraux de droit » constituent, eux aussi, une des sources du droit international²⁷⁶.

Par ailleurs, la référence au droit international dans l'expression « acte délictueux d'après le droit national ou *international* », à l'article 15 du Pacte, est elle-même, et sans nul doute, inspirée du principe II des principes de Nuremberg aux termes duquel « le fait que le droit interne ne punit pas un acte qui constitue un crime de droit international ne dégage pas la responsabilité en droit international de celui qui l'a commis »²⁷⁷. Il s'ensuit que juger et punir un individu sur la base uniquement des sources du droit international (conventionnel ou coutumier) ne viole en rien le Pacte de 1966. D'ailleurs toute la jurisprudence du Comité des droits de l'homme (CDH) des Nations Unies, organe quasi judiciaire institué par le Pacte de 1966 pour contrôler le respect par les États des dispositions dudit Pacte, va dans le sens du rejet des communications individuelles dans lesquelles les individus se plaignaient d'avoir été victimes de violation du droit à la non-rétroactivité des lois pénales lorsque ces lois concernaient des actes qui, au moment de leur commission, étaient délictueux d'après le droit international²⁷⁸. Le Comité a donc rejeté l'approche restrictive du principe de légalité lorsque celui-ci était limité à la seule législation interne, quand bien même cette législation porterait sur les crimes de droit international. Ce même sort a par ailleurs réservé aux recours adressés à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) par

²⁷⁵ CDH, Klaus Dieter Baumgarten c. Allemagne, Communication n° 960/2000, 19 septembre 2003, §§ 6.8 et 9.5 ; S. Joseph et M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, 3ème éd., Oxford, Oxford University Press (OUP), 2013, pp. 529 et s. ; Françoise Tulkens et Sébastien van Drooghenbroeck, « Article 15 », in Emmanuel Decaux (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Commentaire article par article, Paris, Economica, 2011, pp. 373-374.

²⁷⁶ Voy. Robert Kolb, « Article 38 », in Andreas Zimmermann et autres (dir.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, 3ème éd., Oxford, OUP, 2019, pp. 922-931.

²⁷⁷ Voir, les « Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal », in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II.

²⁷⁸ Voy. par exemple, l'affaire Klaus Dieter Baumgarten c. Allemagne, déjà citée, §§ 6.8 et 9.5.

des individus qui se plaignaient eux aussi d'avoir été victimes d'une violation de leur droit à la non-rétroactivité des lois pénales de fond dans les affaires portant sur les crimes de droit international²⁷⁹.

3. L'article 7(2) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

L'article 7(2) de la Charte africaine n'est pas aussi détaillé que l'article 15 du Pacte de 1966. Il est par ailleurs formulé d'une manière différente que l'article 11(2) de la DUDH. En effet, l'article 7(2) de la Charte africaine se contente de déclarer que « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui ne constituait pas, au moment où elle a eu lieu, une infraction légalement punissable » ; et qu' « aucune peine ne peut être infligée si elle n'a pas été prévue au moment où l'infraction a été commise (...) ».

Comme on peut voir, l'expression « infraction légalement punissable » peut prêter à équivoque et ouvrir la voie à une interprétation restrictive du principe de la légalité et de la non-rétroactivité, interprétation limitée aux seules sources nationales du droit pénal. Ce n'est dès lors pas étonnant que cette disposition ait fait l'objet des interprétations pour le moins étonnantes.

Il n'existe pas (encore) énormément de jurisprudences de la Commission et de la Cour africaines des droits de l'homme et des peuples sur l'application de l'article 7(2) de la

Charte africaine. Les quelques affaires traitées par ces deux organes internationaux, institués par assurer le respect par les États africains de leurs obligations en vertu de la Charte, n'ont porté que sur la rétroactivité des crimes ordinaire et au regard des sources nationales²⁸⁰.

Par contre, l'article 7(2) a été au cœur de l'affaire *Hissène Habré*, dont on a déjà parlé à propos du Sénégal, devant la Cour de justice de la CEDEAO. En effet, comme on l'a vu, le Sénégal avait modifié son Code pénal en 2007 pour

²⁷⁹ CEDH (GC), *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, « Arrêt », requête n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98, 22 mars 2001, §§ 105 et 106 ; CEDH, *K.-H.W. c. Allemagne*, « Arrêt », requête n° 37201/97, 22 mars 2001, §§ 105 et 106 ; CEDH (GC), *Kononov c. Lettonie*, « Arrêt », requête n° 36376/04, 17 mai 2010, § 186 ; CEDH (GC), *Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine*, « Arrêt », requête n° 2312/08 et 34179/08, 18 juillet 2013, § 72.

²⁸⁰ CrADHP, *Abubakari c. Tanzanie*, Requête n° 007/2013, 3 juin 2016, §§ 210 et suivants. Du côté de la Commission africaine des droits de l'homme (Com.ADHP), voir notamment : Com. ADHP, *Media Rights Agenda, Constitutionnal Rights Projet c. Nigéria*, Communications n° 105/93, 128/94, 130/94 et 152/96, 31 octobre 1998, § 59 ; et Com.ADHP, *Sir Dawda Jawara c. Gambie*, Communications n° 147/95 et 149/96, 11 mai 2000, § 63.

y incorporer le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre selon les définitions du Statut de Rome. Pour appliquer, de manière rétroactive, ces modifications à Hissène Habré, poursuivi pour des faits perpétrés pendant qu'il était président du Tchad entre 1982 à 1990, le Sénégal a dû modifier sa Constitution en 2008. Il y était précisé que le principe constitutionnel de la non-rétroactivité des lois pénales « ne [s'oppose] pas à la poursuite, au jugement et à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omission qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels d'après les règles du droit international relatives aux faits de génocide, crimes contre l'humanité, crime de guerre »²⁸¹. Cependant, s'estimant victime de la violation de son droit à la non-rétroactivité des lois pénales, Hissène Habré a saisi la Cour de justice précitée pour se voir rétabli dans ses droits.

Contre toute attente, la Cour de justice lui a donné raison, en retenant contre le Sénégal une violation du droit à la non-rétroactivité des lois pénales au regard de son intention claire de vouloir appliquer, de manière rétroactive, les modifications précitées à l'affaire *Hissène Habré*. Mais, la suite de l'argumentation, qui est, à beaucoup d'égard ambigu, voire contradictoire, montre bien qu'il ne s'agissait que d'une victoire à la Pyrrhus pour Hissène Habré.

En effet, d'un côté, la Cour affirme que « l'État du Sénégal a gravement méconnu les dispositions de l'article 7.2 de la Charte africaine (...) et 11.2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui interdisent la rétroactivité d'une disposition d'ordre pénal »²⁸². Cet argument tient au fait que le Sénégal a clairement l'intention d'appliquer à Hissène Habré, à travers ses Cours et tribunaux, une législation pénale qui n'existait pas au moment où les faits ont eu lieu.

De l'autre côté, se fondant sur l'article 15 du Pacte de 1966, la même Cour reconnaît que « si les faits à la base de l'intention de juger le requérant ne constituaient pas des actes délictueux d'après le droit national sénégalais (d'où le Sénégal viole le principe de non-rétroactivité consacré dans le texte), ils sont au regard du droit international, tenus comme tels » ; et que « c'est pour éviter l'impunité des actes considérés, d'après le droit international comme délictueux que le paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte prévoit la possibilité de juger ou de condamner « tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations »²⁸³. Croyant avoir déniché un conflit entre l'interdiction des lois pénales rétroactives et le rejet de l'impunité pour les crimes de droit international, la Cour a estimé que seule une juridiction pénale *ad*

²⁸¹ Article 9 de la Constitution sénégalaise.

²⁸² Arrêt Hissène Habré, § 48.

²⁸³ Idem, § 58.

hoc instituée pourrait avoir la « compétence » de juger Hissène Habré pour les faits qui lui sont reprochés²⁸⁴.

De façon concrète, et pour dire les choses autrement, le raisonnement de la Cour revient à dire que, concernant les crimes de droit international, le contenu du principe de la légalité et de la non-rétroactivité des lois pénales dépend de la nature (nationale ou internationale) du tribunal devant lequel comparait un accusé. Devant un tribunal *national*, le principe de la légalité pénale et de la non-rétroactivité est limité aux sources *nationales*. Un tribunal national n'a donc pas à se fonder sur les sources internationales, à défaut des sources nationales, pour juger et punir un individu. Une telle initiative serait contraire au droit à la non-rétroactivité des lois pénales. Par contre, devant les tribunaux *internationaux*, institués par la Communauté internationale, les choses sont différentes. Dès lors qu'au moment où ils ont été commis, les actes étaient considérés comme délictueux « d'après le droit international », il n'y aura pas violation du principe de la légalité pénale et de la non-rétroactivité. Cela revient finalement à dire que les sources *internationales* de droit pénal ne peuvent être invoquées que devant une juridiction pénale *internationale*, et non devant une juridiction nationale, pour juger et punir un individu.

Suite à cet arrêt, les Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises ont été créées par un accord signé le 22 août 2012 entre le Sénégal et l'Union africaine pour juger Hissène Habré. Aux termes de l'article 3(1) du Statut de cette juridiction *ad hoc* (statut annexé à l'Accord précité), « les Chambres africaines extraordinaires sont habilitées à poursuivre et à juger le ou les principaux responsables des crimes et violations graves du droit international, de la coutume internationale et des conventions internationales ratifiées par le Tchad, commis sur le territoire tchadien durant la période allant du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1980 ». L'article 4 du Statut de cette juridiction lui conférait une compétence sur quatre crimes à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et la torture, les trois premiers étant définis à la lumière du Statut de Rome de la CPI. À l'issue de son procès, Hissène Habré a finalement été reconnu coupable de crimes contre l'humanité et des crimes de guerre et a été condamné à la prison à vie dans un arrêt rendu le 27 avril 2017. Comme on le voit, l'arrêt de la Cour de Justice de la CEDEAO n'a finalement pas garanti une impunité à Hissène Habré sur la base du fait du principe de la non-rétroactivité des lois pénales.

²⁸⁴ *Idem*, § 58.

Il convient toutefois d'indiquer que l'argumentation ayant conduit à l'arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO est loin d'avoir convaincu la doctrine²⁸⁵. Pour éviter qu'il ne soit utilisé pour faire obstacle à la répression, par les tribunaux *nationaux*, des crimes de droit international qui seraient contenus dans les législations de mise en œuvre du Statut de Rome, trois remarques méritent d'être formulées à propos de cet arrêt.

Premièrement, la Cour, bien que se fondant sur l'article 15 du Pacte de 1966, a complètement ignoré toute la jurisprudence du CDH et celle de la CEDH sur cette même question. En effet, comme vu précédemment, le CDH et la CEDH ont, dans des affaires portant sur une application rétroactive, *par des tribunaux nationaux*, des lois pénales relatives aux crimes de droit international, estimé l'un comme l'autre, qu'il n'y avait pas violation du principe de non-rétroactivité des lois pénales dès lors que les actes étaient, au moment où ils ont été commis, constituaient une infraction « d'après le *droit international* ». On se serait (peut-être) laissé convaincre par l'argumentation de la Cour de justice si elle était fondée sur le libellé de l'article 7(2) de la Charte africaine. Comme on l'a dit précédemment, cette formulation ouvrait la voie à une interprétation restrictive du principe de la légalité limitée aux seules sources nationales de droit pénal. Mais, c'est précisément cette disposition que la Cour de justice a écartée dans son argumentation. Elle s'est principalement, et de façon curieuse, fondé sur l'article 11(2) de la DUDH et le second paragraphe de l'article 15 du Pacte de 1966. Or, comme on l'a relevé, dans l'esprit de l'article 15 du Pacte, le second paragraphe, visant les actes « tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations », n'est pas une exception au principe affirmé au premier paragraphe. Ce premier paragraphe de l'article 15 du Pacte ainsi que l'article 11(2) de la DUDH exige en effet que les actes soient tenus pour des infractions « d'après le droit national *ou international* » sans avoir égard à la nature nationale ou internationale du tribunal pénal devant lequel comparait l'accusé. Sur cette question d'ailleurs, l'arrêt donne à penser que le principe de la non-rétroactivité des lois pénales est lié à la nature (nationale ou internationale) du tribunal devant lequel comparait un accusé. Pourtant, ce principe est un *droit individuel* reconnu tant par les Constitutions que par les traités internationaux de protection des droits de l'homme. Il est donc lié à l'individu (accusé) et non à la nature du tribunal.

²⁸⁵ Valentine Spiga, « Non-retroactivity of Criminal Law: a New Chapter in the Hissène Habré Saga », *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, vol. 9, 2011, pp. 5-23 ; Mutoy Mubiala, « L'application de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples par la Cour de Justice de la CEDEAO », in Ivon Mingashang (dir.), *La responsabilité du juriste face aux manifestations de la crise dans la société contemporaine: un regard croisé autour de la pratique*

Deuxièmement, l'on peut craindre que, dans son argumentation, la Cour soit tombée dans le piège de prendre le contenant (les modifications du Code pénal sénégalais) pour le contenu (les normes pénales). Pourtant, c'est le contenu qui aurait dû lui importer. C'est en effet par lui qu'il est possible d'évaluer la prévisibilité d'une norme pénale. Une législation nationale, ayant un caractère purement déclaratif des normes de droit pénal, ne pose pas de problème de prévisibilité pour justifier qu'on lui applique le principe de la non-rétroactivité des lois pénales.

Troisièmement, la motivation de la Cour de justice conduit finalement à remettre en cause le fait que, dans la répression des crimes de droit international, les juridictions nationales constituent le bras armé de la communauté internationale. Lorsqu'un tribunal national poursuit les auteurs des crimes de droit international, il ne le fait pas au nom de la souveraineté nationale de l'État sur lequel ce tribunal est établi, mais en tant que bras armé de la communauté internationale²⁸⁶. Dans l'affaire *Eichmann*, la Cour suprême d'Israël est d'ailleurs revenue plusieurs fois sur cette dimension pour justifier l'exercice de sa compétence pénale sur des crimes qui étaient antérieurs à la création de l'État d'Israël²⁸⁷. Il s'ensuit que faire peser tout le poids de la répression des crimes de droit international aux seuls tribunaux internationaux ou internationalisés lorsque les législations n'ont pas prévu ces crimes reviendrait finalement à créer les conditions d'une impunité pure et simple en faveur des auteurs de ces crimes. En effet, la création de ces tribunaux internationaux ou internationalisés reste aléatoire, comme le révèle d'ailleurs l'expérience de la RDC dans sa quête d'une juridiction pénale internationale ou internationalisée²⁸⁸. Malgré la proposition, contenue dans le rapport du Projet Mapping, de créer une juridiction mixte pour la RDC, laquelle aurait eu une compétence temporelle élargie aux actes commis entre 1993-2003, les autorités congolaises ont plutôt décidé de conférer aux Cours d'appel ordinaires une compétence concurrente à celle des juridictions militaires dans la répression des crimes de droit international commis en RDC et de se limiter à préciser que dans ce genre d'affaires, ces Cours d'appel siègent « au nombre de

du droit par le professeur Auguste Mampuya, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 449 et s.

²⁸⁶ Raphaël Van Steenberghe, « L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire Belgique contre Sénégal ou du principe *aut dedere aut iudicare* », in *Revue belge de droit international*, 2012/2, p. 684; Robert Roth, « Representational Capacity or Global Governance? A Swiss Federal Court Addresses the Accusations against a Former Algerian General », *JICJ*, vol. 11, 2013, pp. 655-657.

²⁸⁷ Cour suprême d'Israël, *Le Procureur c. Eichmann*, « arrêt », 29 mai 1962, § 12 (f) : « (...) The State of Israel, therefore, was entitled, pursuant to the principle of universal jurisdiction, and acting in the capacity of guardian of international law and agents for its enforcement, to try the Appellant »; § 13 (8)(a) : « (...) Therefore, in bringing the Appellant to trial, [the jurisdiction of the State of Israel] functioned as an organ of international law and acted to enforce the provisions thereof through its own laws ».

²⁸⁸ HCDH, Rapport du Projet Mapping, §§ 1032-1044.

cinq membres »²⁸⁹. Ainsi, en RDC, l'option d'une juridiction internationale ou internationalisée ayant échoué, la seule option qui est sur table est celle d'une juridiction, certes spécialisée, mais entièrement nationale. Dans ce contexte, si l'on s'en tenait à la logique de l'arrêt *Hissène Habré*, qui ne conçoit la possibilité d'invoquer les sources internationales que devant les juridictions internationales ou internationalisées, les Cours d'appel ne pourront pas poursuivre les faits commis avant l'entrée en vigueur des lois de mise en œuvre du Statut de Rome. La seule possibilité de poursuivre les auteurs de ces actes serait donc la CPI. Or, la compétence temporelle de celle-ci est limitée aux crimes commis à partir de juillet 2002 et les moyens limités dont elle dispose l'obligent à se focaliser sur certaines affaires graves et à laisser les autres affaires aux juridictions nationales. Pour ces autres affaires, qui sont importantes, le risque d'impunité est réel. Or, une telle impunité ne saurait trouver sa justification dans l'article 15 du Pacte de 1966 ni sur l'article 7(2) de la Charte africaine dès lors que ces actes, au moment où ils ont été commis, étaient considérés comme infractionnels d'après le droit international.

Concernant les commentaires doctrinaux portant spécifiquement sur cet article 7(2) de la Charte africaine, il n'y en a pas énormément qui se sont focalisés spécifiquement sur la question de la rétroactivité des lois pénales en lien avec les crimes de droit international²⁹⁰. Toutefois, un auteur s'est penché sur cet article. Il soutient ce qui suit :

« Le principe de la légalité dans sa conception classique est largement remis en cause aujourd'hui dans son application contemporaine. Il connaît un affaiblissement. C'est le cas lorsqu'on admet de nombreuses sources extra-légales du droit pénal. Il en est ainsi lorsque le juge se trouve en présence d'un texte flou ou obscur et qu'il est obligé de l'appliquer ; il se réapproprie un rôle créatif de normes pénales. Mais, cela ne veut pas dire qu'il y a déclin du principe de la légalité (...). Les idéaux de nécessité et de proportionnalité, qui fondent le principe semblent en outre mieux mis en œuvre aujourd'hui, puisqu'ils bénéficient de fondements textuels supra-légaux et de garanties juridictionnelles

²⁸⁹ L'article 22 de la Loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire prévoit que « la Cour d'appel siège au nombre de trois membres. Toutefois, elle siège au nombre de cinq membres pour les infractions prévues au Statut de Rome de la Cour pénale internationale ». L'article 91(1) quant à lui dispose que les Cours d'appel « connaissent également, au premier degré (...) du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis par les personnes relevant de leur compétence et de celle des tribunaux de grande instance ».

²⁹⁰ Jacques Fierens, « La Carte africaine des droits de l'homme et des peuples », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1990, pp. 235-248 ; Bronwen Manby, « Civil and Political Rights in the African Charter on Human and Peoples' Rights : Article 1-7 », in Malclom Evans et Rachel Murray (dir.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights*, 2ème éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 205-206.

qui leur donnent une autorité et une efficacité dont ils ne disposaient pas auparavant. La Charte africaine (...) est l'un de ces fondements textuels supra-légaux. Les idéaux de nécessité et de proportionnalité du principe se retrouvent bien dans la rédaction de l'article 7, alinéa 2, du texte »²⁹¹.

La rareté des commentaires doctrinaux sur la portée du principe de la non-rétroactivité des lois pénales exprimé à l'article 7(2) de la Charte africaine en lien avec les crimes de droit international, appelle à formuler quelques commentaires en réaction aux propos de cet auteur. Premièrement, de manière générale, le commentaire de tout l'article 7(2) de la Charte africaine porte beaucoup plus sur la signification du principe de la légalité et de la non-rétroactivité des lois pénales, en général, que sur les particularités de cette disposition comparée à l'article 15 du Pacte de 1966. En effet, dès lors que l'article 7(2) de la Charte africaine est postérieur à l'article 15 du Pacte, qu'il est rédigé de manière différente que l'article 15 du Pacte, alors que les deux dispositions portent sur la même préoccupation, la question est alors de savoir les États africains ont choisi une formulation différente à celle de l'article 15 du Pacte et surtout s'ils accordaient à l'article 7(2) un contenu différent que celui de l'article 15 du Pacte. Un examen des travaux préparatoires de la Charte africaine aurait sans doute permis de savoir si les rédacteurs de ce texte international ont voulu donner une signification particulière à cette disposition ou, au contraire, s'ils ont simplement repris la manière dont le principe de la légalité et de non-rétroactivité des lois pénales est formulé dans un certain nombre des Constitutions des États africains comme vu précédemment. Ce point a toutefois été omis dans le commentaire.

Deuxièmement, le commentaire semble soutenir que les décisions judiciaires relatives à des incriminations issues des lois pénales « floues et obscures » constitueraient une « source extra-légale » des normes pénales. Dans les systèmes juridiques de tradition romano-germanique, comme dans la plupart des États africains, cette affirmation pose problème : une incrimination découlant d'une loi pénale floue et obscure doit être considérée comme inexistante par respect au principe de la légalité dans sa dimension qualitative. Un juge confronté à une loi pénale floue et obscure n'a pas à « se réapproprier le rôle créatif des normes pénales ». Il est plutôt tenu à rejeter l'application de cette loi en recourant, au besoin, au mécanisme des questions préjudicielles à adresser à la Cour constitutionnelle, celle-ci étant investie, dans la plupart des États, de l'autorité de constater l'inconstitutionnalité d'une loi pénale en raison de son caractère flou et obscur. On ne voit dès lors pas comment une jurisprudence issue d'une norme pénale floue et obscure se verrait reconnaître la qualité de source extra-légale de la loi. Certes, le respect du principe de légalité n'exclut pas une

²⁹¹ Solange Ngono, « Article 7, § 2 », in Maurice Kamto (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme*, Commentaire article par article, Bruxelles, Bruylant et Éditions de l'Université de Bruxelles, 2011, pp. 193-194.

clarification progressive de la loi pénale par voie jurisprudentielle. Mais, cette clarification ne se fait pas sur la base d'une loi « floue et obscure ». Elle se fait à partir d'une loi qui, au départ, était claire, mais qui, avec le temps, est devenue dépassée par les progrès de la technologie et l'ingéniosité de l'homme. Si l'on reconnaît à un juge un rôle créatif des normes pénales en raison des lois floues et obscures, l'on finirait par vider de tout son contenu le principe de la légalité et celui de l'interprétation stricte de la loi pénale.

Troisièmement enfin, le commentaire semble sous-entendre qu'il existerait des « fondements textuels supra-légaux » qui seraient aussi des sources matérielles des incriminations. Sur ce point précis, le commentaire semble rejoindre la thèse selon laquelle le principe de la légalité des incriminations ne se limite pas seulement à la loi au sens strict, mais qu'il s'étend aussi aux sources internationales. Cependant, l'ambiguïté du commentaire réside dans le fait de mentionner, à titre illustratif, la Charte africaine comme « un des fondements textuels supra-légaux ». À vrai dire, il est étrange de présenter la Charte africaine comme une source supra-légale du droit pénal. Certes, cette Charte contient des dispositions intéressant la *procédure* pénale, comme son article 7(1) portant sur le droit au procès équitable en matière pénale. Mais, cela ne fait pas de la Charte africaine un texte de droit pénal dans le sens qu'elle contiendrait des dispositions touchant le droit pénal *matériel* en tant que source d'une incrimination.

Quoi qu'il en soit, même si l'article 7(2) de la Charte africaine est plus ou moins ambigu sur la question de savoir si les sources des incriminations peuvent être étendues aux normes issues du droit international, il y a fort à parier que si la Cour africaine se voyait confrontée à cette question dans les affaires de crimes de droit international, sa jurisprudence ne s'écarterait certainement pas de celle des autres organes internationaux juridictionnels ou quasi juridictionnels de protection des droits de l'homme. Il suffit de voir, à cet égard, les nombreuses références que la Cour africaine fait à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et à celle du CDH. Or, la position de ces organes internationaux est sans équivoque sur la question de la place des sources internationales dans la définition des incriminations, en particulier lorsqu'il s'agit des crimes de droit international²⁹².

Conclusion

Les lois de mise en œuvre du Statut de Rome, comme le Statut de Rome lui-même, sont des textes purement déclaratifs des « normes pénales » qui, au moment de l'entrée en vigueur de ces textes, existaient déjà en droit international. Sur cette base, les lois de mise en œuvre ont une nature différente de celle des

²⁹² La position du Comité des droits de l'homme ayant déjà été examinée, il ne reste plus qu'à mentionner quelques décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question.

législations pénales nationales se rapportant aux infractions ordinaires. Dans ces dernières législations, l'infraction n'existe pas avant la publication de la loi. Il est alors juste que le principe de la non-rétroactivité ne prenne comme point de départ que la date de la publication de la loi. Il s'agit là d'une prudence destinée à protéger les citoyens contre des surprises législatives portant sur des infractions que nul ne pouvait prévoir. Dans ce cas encore, la loi en tant que contenant et la norme pénale en tant que contenu se confondent.

Pour les lois de mise en œuvre, les choses sont différentes. L'association entre la « loi » et la « norme pénale » se révèle inappropriée dès lors que de telles lois sont purement déclaratives des normes pénales qui existaient déjà²⁹³. Dans ce contexte, appliquer le principe de la légalité et de la non-rétroactivité des lois pénales de la même manière qu'il est appliqué aux infractions ordinaires conduit en effet à prendre le contenant pour le contenu. Loin de servir la protection des droits de l'homme internationalement reconnus, une telle approche risque paradoxalement de conduire à l'impunité de ceux qui se rendent précisément coupables des violations graves de l'homme. Une telle issue n'est sans doute pas ce que les juges de la Cour de justice de la CEDAO ont recherchée. Elle peut être évitée si, en dissociant le contenant du contenu, l'on reconnaissait que le principe de la légalité pénale et de la non-rétroactivité des lois pénales ne peut logiquement pas s'appliquer aux lois de mise en œuvre du Statut de Rome en raison de leur caractère purement déclaratif des normes pénales préexistantes. Cette solution ne concerne pas seulement le contexte congolais. Elle peut être utile pour beaucoup d'autres États qui se verraient confrontés à un défi de réprimer les crimes de droit international commis sur leur territoire à une époque où leur législation nationale (Code pénal) ne prévoyait pas de tel crime.

²⁹³ Henri Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », in Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI), Tome 70, 1947, p. 574.

QUALITÉ DES PROCÈS NATIONAUX CONTRE LES CRIMES INTERNATIONAUX: RÉFLEXIONS SUR LA PREUVE DES CRIMES DE VIOL DEVANT LES JURIDICTIONS MILITAIRES CONGOLAISES

BALINGENE KAHOMBO

Résumé

La justice congolaise continue à s'illustrer dans la poursuite des crimes internationaux commis sur le territoire de la République Démocratique du Congo (RDC). La quantité des jugements jusque-là rendus n'a rien d'équivalent en termes d'abondance jurisprudentielle par rapport aux autres juridictions domestiques sur tout le continent africain. On la prendrait pour un signe de consolidation de l'Etat de droit par la lutte contre l'impunité des crimes de masse. Cependant, les analyses se font rares sur la qualité des jugements rendus, notamment en ce qui concerne l'administration de la preuve. Pourtant, même les Nations Unies, dans le Rapport Mapping de 2010, n'ont pas hésité de qualifier certaines décisions de la justice militaire congolaise d'irrationnelles et d'insuffisamment motivées. L'administration de la preuve obéit-elle au principe de l'établissement de la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable ? La question mérite d'être posée d'autant plus que la lutte contre l'impunité ne peut en soi constituer la victoire de l'Etat de droit si les procès aboutissent à la condamnation des innocents ou à la soustraction des véritables auteurs de la sanction judiciaire. Quels sont les éléments de preuve dont les juges tiennent compte, en fonction de quels critères de recevabilité et de valeur juridique ? Cette étude tente de répondre à cette problématique à la lumière de deux affaires sélectionnées qui ont été jugées dans les provinces du Nord et du Sud Kivu, à l'Est de la RDC. L'activité judiciaire s'y est intensifiée dans des conditions difficiles qui semblent ne pas favoriser l'efficacité de la fonction de juger. L'analyse insistera particulièrement sur la preuve des crimes de viol. Elle propose des pistes d'amélioration de la qualité des éléments de preuve en prenant appui sur le droit international et la jurisprudence de la Cour pénale internationale dont la RDC est un Etat membre.

QUALITY OF NATIONAL TRIALS AGAINST INTERNATIONAL CRIMES: REFLECTIONS ON THE EVIDENCE OF CRIME OF RAPE BEFORE THE CONGOLESE MILITARY COURT

BALINGENE KAHOMBO

Abstract

The Congolese judiciary continues to be on display in the prosecution of international crimes committed in the Democratic Republic of Congo (DRC). The number of judgments delivered so far is the greatest in comparison to any other domestic jurisdiction in Africa. This fact could be viewed as a sign of the consolidation of the rule of law through the fight against impunity for serious crimes. However, there is little analysis of the quality of judgments rendered, particularly with respect to evidentiary matters. However, one can note the United Nations Mapping Report of 2010, which characterized some of the decisions of the Congolese military court to be irrational and inadequately substantiated. Does the admission and evaluation of evidence comply with the principle of establishing guilt beyond a reasonable doubt? The question deserves to be asked, especially since the fight against impunity cannot in itself constitute the victory of the rule of law if the trials lead to the conviction of the innocent or to shield real perpetrators of crimes from punishment. What are the evidence items that judges consider and based on what admissibility and legal merit criteria? This study attempts to address these issues in light of two selected cases that have been tried in the northern and southern provinces of Kivu, in the east of the DRC. Judicial activity has intensified under difficult conditions, which do not seem to promote the efficacy of the function of judging. The analysis will focus particularly on the evidence regarding the crimes of rape. It proposes ways to improve the quality of evidence based on international law and the jurisprudence of the International Criminal Court of which the DRC is a member state.

Introduction

Il est un constat que la justice congolaise continue à s'illustrer dans la poursuite des crimes internationaux commis sur le territoire de la République Démocratique du Congo (RDC), tout au moins depuis 2004.²⁹⁴ La quantité des jugements jusque-là rendus n'a rien d'équivalent en termes d'abondance jurisprudentielle sur tout le continent africain.²⁹⁵ On la prendrait pour un signe de consolidation de l'Etat de droit par la lutte contre l'impunité des crimes de masse. Cependant, les analyses se font rares sur la qualité des jugements rendus en ce qui concerne l'administration de la preuve. Pourtant, même les Nations-Unies, dans le Rapport Mapping de 2010, n'ont pas hésité à qualifier certaines décisions de la justice militaire congolaise de mal rédigées, d'irrationnelles et d'insuffisamment motivées.²⁹⁶

S'intéresser à la qualité des procès nationaux au chapitre de l'administration de la preuve en matière de crimes internationaux est important pour plusieurs raisons. D'abord, cela implique l'idée selon laquelle la lutte contre l'impunité ne peut en soi constituer la victoire de l'Etat de droit si les procès aboutissent à la condamnation des innocents. A cet égard, la mauvaise administration de la preuve peut constituer un motif de cassation. Ensuite, la question de la preuve est liée au respect des garanties d'un procès équitable, dont la présomption d'innocence et les droits de la défense.²⁹⁷ De ce fait, c'est un enjeu majeur non seulement pour l'accusation, mais aussi pour l'accusé, qui doit avoir le droit de connaître et de contredire les preuves fournies pour établir sa culpabilité. Enfin, il est un constat que le jugement de condamnation où la preuve n'a pas été administrée selon les règles établies ne peut fonder la recevabilité de l'affaire devant la Cour pénale internationale (CPI) pour y être statué à nouveau en vertu du principe de complémentarité. Cependant, en cas d'acquiescement ou de condamnation de complaisance, l'action de la CPI n'est pas du tout à écarter parce qu'un tel procès refléterait soit la volonté de soustraire un accusé de la justice, soit l'incapacité

²⁹⁴ Balingene Kahombo, « The Principle of Complementarity in Practice: a Survey of Congolese Legislation Implementing the Rome Statute of the International Criminal Court », in Beitel Van Der Merwe and Gerhard Kemp (eds), *International Criminal Justice in Africa*, 2016, Nairobi, Strathmore University Press, 2017, 206.

²⁹⁵ Il existe déjà plusieurs dizaines de décisions de justice sur trois crimes internationaux : génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité.

²⁹⁶ Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, 'Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo' (août 2010), para.47 http://www.ohchr.org/Documents/Countries/CD/DRC_MAPPING_REPORT_FINAL_FR.pdf, 14 August 2019.

²⁹⁷ Jean-Paul Mushagalusa, « Protection des victimes et présomption d'innocence: un dilemme en cas des crimes graves, note sous HCM, arrêt n° RPA n° 140/18, 26 juillet 2018, Auditeur général des FARDC (MP) et parties civiles F1-F103 contre le Col. BEKER DHENYO Jules », Cahiers du CERDHO, octobre 2018, 12.

de l'Etat, du fait du manque d'expertise nationale, à pouvoir le juger de façon équitable, dans le respect des droits des victimes.²⁹⁸

L'administration de la preuve dans les affaires jugées par les tribunaux militaires congolais obéit-elle au principe de l'établissement de la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable ? Quels sont les éléments de preuve dont les juges tiennent compte, en fonction de quels critères de recevabilité et de valeur probante ?

Cette étude va tenter de répondre à cette problématique sur la base de deux affaires en matière de violences sexuelles. L'une a été jugée en première instance par le Tribunal militaire de garnison de Goma (TMG). Il s'agit de l'affaire *Colonel Domi*.²⁹⁹ L'autre a été jugée en appel par la Haute Cour militaire (HCM). C'est l'affaire *Beker Dhenyo*.³⁰⁰ L'intérêt de ces deux affaires est qu'elles ont été jugées plus ou moins récemment, en juillet 2018. On peut présumer qu'elles n'ont pas encore fait l'objet de commentaires, tout au moins abondants, sur la question de la preuve de la culpabilité. Leur choix se justifie par leur ressemblance au niveau des qualifications juridiques ; ce qui permet de faire des observations croisées. D'une part, dans l'affaire *Colonel Domi*, tout comme dans l'affaire *Beker Dhenyo*, les accusés ont été poursuivis sur la base de la responsabilité du chef militaire (*command responsibility*) pour les actes criminels prétendument commis par leurs troupes. D'autre part, l'accusé Domi a été jugé et condamné, entre autres, pour crime de guerre de viol tandis que le prévenu Beker Dhenyo l'a été, entre autres, pour crime contre l'humanité de viol, commis au Kivu à l'est de la RDC.

Cette étude soutient que dans les deux cas d'étude, les accusés ont été condamnés sans que leur culpabilité ait été établie hors de tout doute raisonnable. L'œuvre du TMG et de la HCM semble poser deux grandes difficultés. Premièrement, il existerait des problèmes généraux relatifs à la systématisation du droit de la preuve en matière de crimes internationaux et à la maîtrise technique de la *command responsibility*. Deuxièmement, il y a lieu de souligner des problèmes spécifiques qui sont liés à la pauvreté de la qualité des éléments de preuve retenus par les deux juridictions et leur insuffisance. L'analyse s'inspire de la jurisprudence de la CPI, singulièrement dans l'affaire *Bemba*,³⁰¹ et est enrichie par la jurisprudence et la doctrine essentiellement congolaises. Il apparaît que

²⁹⁸ Voir Ovo Catherine Imoedemhe, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: National Implementation in Africa*, Cham, Springer, 2017, 33-35.

²⁹⁹ Tribunal militaire de Garnison, jugement du 14 juillet 2018, Auditeur militaire de garnison, ministère public et parties civiles c. Sieur BuyengeBirihanze Dominique, alias « Colonel Domi », RP N°1520/018, inédit.

³⁰⁰ Haute Cour militaire, arrêt du 26 juillet 2018, Auditeur général des Forces armées de la République Démocratique du Congo, ministère public et parties civiles c. Beker Dhenyo Jules, RPA N°140/18, inédit.

³⁰¹ Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute,

la HCM, la plus haute juridiction militaire du pays, a été confrontée aux mêmes difficultés d'administration de la preuve qu'une juridiction de rang inférieur comme le TMG. Cette étude en tire des implications juridiques en vue du redressement de la situation. La conclusion formule quelques recommandations.

1. Présentation de deux cas d'étude

Les affaires *Colonel Domi* et *Beker Dhenyo* font partie du cycle de violence qui endeuille l'est de la RDC, singulièrement le Kivu, depuis près de 30 ans. Dans cette région troublée, la conflictualité reste très complexe, tant du point de vue de sa causalité, des acteurs et de ses conséquences.³⁰² L'armée gouvernementale fait régulièrement face à une kyrielle de groupes armés,³⁰³ certains recevant des soutiens à partir de l'étranger. D'où un climat quasi permanent de terreur, symbolisé par l'exploitation illégale des ressources naturelles et la commission des crimes internationaux les plus graves, dont des massacres et des viols massifs.³⁰⁴ Les faits se sont déroulés au Nord-Kivu dans l'affaire *Colonel Domi* et au Sud-Kivu dans l'affaire *Beker Dhenyo*.

1.1. L'affaire Colonel Domi

L'accusé Buyenge Birihanze, alias « Colonel Domi », est un ressortissant du territoire de Rutshuru, au Nord-Kivu. Son implication dans les conflits armés dans cette région était consécutive à la création des rébellions du Congrès national pour la défense du peuple (CNDP) en 2007 et du Mouvement du 23 mars (M23) en 2012. Le prévenu entendait résister, en prétendue défense de ses frères de tribu, contre les deux groupes armés qui ont bénéficié des soutiens du Rwanda. Il créa, d'abord, un groupe armé dénommé le PARECO, pour lutter contre le CNDP, dirigé par Laurent Nkunda. Les hostilités ont continué jusqu'à la conclusion

Chambre de première instance III, 21 mars 2016 ; Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08 A), Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", Chambre d'appels, 8 juin 2018. Dans cette affaire, l'accusé a été également jugé sur la base de la command responsibility, mais finalement acquitté de charges de viol présumé en tant que crimes de guerre et crimes contre l'humanité.

³⁰² Balingene Kahombo, *L'Afrique des grands lacs: la paix recherchée dans l'incohérence de l'action de la communauté internationale*, Saarbrücken, Editions universitaires européennes, 2015, 1-11.

³⁰³ Jason K. Stearns et Christoph Vogel, 'Cartographie des groupes armés dans l'est du Congo', rapport, Groupe de Recherche sur le Congo – Centre sur la coopération internationale, décembre 2015, 4.

³⁰⁴ Voir UNEP–MONUSCO–OESG, 'Experts' background report on illegal exploitation and trade in natural resources benefitting organized criminal groups and recommendations on MONUSCO's role in fostering stability and peace in eastern DR Congo', rapport, 15 avril 2015.

de l'Accord de paix du 23 mars 2009.³⁰⁵ A l'instar des combattants du CNDP, l'accusé Domi fut également admis à l'intégration dans l'armée congolaise au nom de la réconciliation et de la paix. Toutefois, il fera défection et créera un nouveau groupe armé, dénommé Mouvement populaire d'autodéfense (MPA).³⁰⁶ Il s'agissait de réagir contre la création de la rébellion du M23, constituée des combattants de l'ex CNDP commandés par Bosco Ntanganda, après leur défection collective de l'armée congolaise en mai 2012.

Il faut noter que tous ces groupes armés ont été constitués sur la base ethnique. Si le CNDP et le M23 étaient perçus comme des groupes armés tutsis, les miliciens du PARECO et du MPA provenaient essentiellement de l'ethnie hutue. Les groupes armés sous le commandement de l'accusé Domi contrôlaient plusieurs localités dans le territoire de Rutshuru et avaient établi leur état-major dans le groupement de Busanza. Des combats les ont naturellement opposés, tour à tour, au CNDP et au M23, et parfois à l'armée congolaise dans ses tentatives de rétablissement de l'autorité de l'Etat. Le prévenu Domi ne s'est rendu à la mission onusienne que le 18 septembre 2013 aux fins d'être désarmé et démobilisé. C'était à la veille de l'acceptation officielle par le M23 de sa défaite face à l'armée congolaise et aux forces onusiennes le 6 novembre 2013.³⁰⁷ On était donc en face d'un conflit armé non-international, plus ou moins internationalisé.

C'est dans ce contexte que de nombreux crimes auraient été commis contre la population civile, dont beaucoup de cas de violence sexuelle, de torture, de meurtre et d'extorsion. Le prévenu Domi était poursuivi en tant qu'auteur direct d'enrôlement et d'utilisation d'enfants soldats et en tant que chef militaire pour les actes qui auraient été commis par les membres de ses groupes armés. En tant que chef militaire, on lui reprochait « non pas l'acte criminel commis par son subordonné mais un manquement personnel à ses obligations de contrôle et de commandement ». ³⁰⁸ En l'occurrence, le prévenu « n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher, réprimer l'exécution de ces crimes alors que par sa position au sein de la structure PARECO et la structure M.P.A., il exerçait une autorité et un contrôle effectifs sur ses subordonnés et partant il avait la capacité matérielle d'user de son pouvoir pour les empêcher de commettre ces crimes graves ou les sanctionner ou en référer à l'autorité compétente aux fins d'enquêtes et de poursuites éventuelles ». ³⁰⁹ Par conséquent, le TMG de Goma l'a condamné à la servitude pénale à perpétuité.

³⁰⁵ Accord de paix de Goma entre le Gouvernement (RDC) et le Congrès national pour la défense du peuple (CNDP). Voir Kahombo, *L'Afrique des grands lacs*, 407- 419.

³⁰⁶ Tribunal militaire de Garnison (n 6), jugement, 45ème feuillet.

³⁰⁷ Kahombo, *L'Afrique des grands lacs*, 429.

³⁰⁸ Tribunal militaire de Garnison (n 6), jugement, 46ème feuillet.

³⁰⁹ Tribunal militaire de Garnison (n 6), jugement, 47ème feuillet.

Pour établir la culpabilité de l'accusé quant aux 16 cas de viol commis en tant que crimes de guerre, le TMG a retenu deux séries d'éléments de preuve. D'une part, il s'est fondé sur les dépositions des victimes, constituées en parties civiles. D'autre part, le TMG a retenu les témoignages et les renseignements sur l'effectivité du contrôle territorial du groupement de Busanza par le prévenu pour impliquer que les cas de viol rapportés dans ce lieu avaient été commis par les miliciens qui étaient sous son commandement. Selon le Tribunal, dès lors que ce groupement était sous le contrôle de Domi, il n'y a aucun doute que les viols mis à sa charge avaient été commis par les membres de ses groupes armés. L'accusé, condamné en première instance, a finalement décidé d'interjeter appel devant la Cour militaire de Goma.

1.2. L'affaire Beker Dhenyo

Cette affaire fut jugée au premier degré par la Cour militaire de Bukavu.³¹⁰ L'accusé Beker Dhenyo, commandant du 33071^{ème} bataillon de l'armée congolaise en charge de la traque des miliciens Raia Mutomboki, fut condamné pour crimes de guerre à dix ans de servitude pénale le 29 juillet 2017. Il était convaincu de crimes de guerre pour n'avoir pas pris les mesures appropriées pour empêcher, en tant que chef militaire, le pillage des biens privés ainsi que des viols de femmes commis par les troupes sous son commandement, dans la localité de Musenyi, dans le territoire de Kalehe, au Sud-Kivu.³¹¹ L'accusé était présent avec sa troupe dans cette région dans la nuit du 21 au 22 septembre 2015.

Cependant, le prévenu interjeta appel devant la HCM le 3 août 2017. Cette juridiction établit que « pendant le sommeil de leur commandant, les hommes de troupe, affamés et sans encadrement conséquent s'étaient plutôt éparpillés à travers le village de Musenyi »³¹² pour se livrer à leurs forfaits. C'est, dit-elle, cette négligence qui constitue la faute de l'accusé en tant que chef militaire dans l'accomplissement de sa mission.³¹³ De ce fait, il a « non seulement favorisé le vagabondage nocturne de ses hommes qui ont commis des crimes graves à l'encontre de la population hôte de Musenyi, mais encore il s'est abstenu de se renseigner sur leur comportement illégal ». ³¹⁴ Par conséquent, après avoir requalifié les faits en crimes contre l'humanité, en particulier de viol, la HCM est parvenu à condamner le colonel Beker Dhenyo à trois ans de servitude pénale en juillet 2018. Cette peine réduite n'a été prononcée que grâce aux larges circonstances atténuantes qui ont été reconnues à l'accusé. Cette décision judiciaire a conduit

³¹⁰ Voir Jacques B. Mbokani, La jurisprudence congolaise relative aux crimes de droit international (2016-2018), Kinshasa, éditions CAD, 2018, 136-158.

³¹¹ Mbokani (n 17), La jurisprudence congolaise relative aux crimes de droit international, 157-158.

³¹² Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 11^{ème} feuillet.

³¹³ Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 19^{ème} feuillet.

³¹⁴ Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 14^{ème} feuillet.

un auteur à douter de la volonté réelle de la RDC de soumettre l'accusé à la rigueur de la loi et de la justice.³¹⁵ Pourtant, le ministère public s'attendait à une peine plus sévère après avoir estimé que celle de 10 ans prononcée par le premier juge avait été trop clément.

Pour établir la culpabilité de Beker Dhenyo, la HCM s'est appuyée sur plusieurs éléments de preuve. Il y a, d'abord, les déclarations faites par les victimes de viol. Ensuite, il y a les témoignages des militaires faisant partie du bataillon sous les ordres de l'accusé. Enfin, la HCM s'est fondée sur plusieurs rapports, dont ceux de septembre 2015 établis par le chef de groupement de Musenyi, le nommé Ngubiri Chitemi, et des déclarations de celui-ci entendu à titre de renseignant. Il convient de noter que les deux rapports de Ngubiri Chitemi ont servi de base au rapport d'enquête du commandant second chargé des renseignements du 33071^{ème} bataillon, établis le 20 octobre 2015. On trouve également un rapport de la mission onusienne de maintien de la paix (MONUSCO), auquel il faut ajouter un autre du 5 octobre 2015, établi par l'organisation non-gouvernementale dénommée Action pour la restauration de la paix et la justice (ARPJ). Il y a eu aussi le rapport médical qui a été établi par l'hôpital de Panzi (Sud-Kivu) le 11 mai 2016 sur réquisition du ministère public. Et sur la base de tous ces éléments, le parquet militaire mena sa propre enquête et son « rapport faisait état de 20 cas de viol, d'une personne tuée, de plusieurs biens pillés ainsi que de quelques cas de torture et enlèvement ».³¹⁶ Aucune descente sur terrain ne fut cependant menée. Pour raisons de sécurité, tous les rapports d'enquête ayant suivi les rapports du chef de groupement avaient été écrits dans la localité de Maibano et non à Musenyi même.³¹⁷

2. Problèmes généraux

Les décisions rendues par le TMG et la HCM dans les deux affaires sous examen soulèvent deux séries de problèmes généraux en matière d'administration de la preuve. D'abord, au niveau de la systématisation du droit de la preuve, les deux juridictions sont restées soit silencieuses soit confuses concernant la motivation de leurs décisions. Ensuite, au niveau de la maîtrise technique de la responsabilité du chef militaire, ces décisions comportent des carences importantes dans l'établissement de la culpabilité des accusés.

³¹⁵ Pacifique Magadju, « Quand les circonstances atténuantes constituent un moyen de soustraire l'accusé de sa responsabilité pénale pour crimes contre l'humanité, note sous HCM, arrêt RPA n°140/18, 26 juillet 2018, Auditeur général des Forces armées de la République Démocratique du Congo, ministère public, et parties civiles contre le prévenu colonel BEKER DHENYO Jules », Cahiers du CERDHO, octobre 2018, 4-7.

³¹⁶ Haute Cour militaire (n°7), arrêt, 14ème feuillet.

³¹⁷ Haute Cour militaire (n°7), arrêt, 14ème feuillet.

2.1. Défaut de systématisation du droit de la preuve

Cette défaillance dans les décisions sous examen concerne trois aspects : le seuil d'établissement de la culpabilité des accusés, la charge de la preuve et les moyens de preuve à retenir.

2.1.1. Le seuil d'établissement de la culpabilité

Le TMG et la HCM n'ont pas discuté cette question dans leurs décisions. Mais, à la simple lecture, il apparaît que ces deux juridictions divergent sur le seuil requis pour l'établissement de la culpabilité des accusés, respectivement pour crime de guerre et crimes contre l'humanité de viol. A plusieurs endroits, le TMG estime être « convaincu » du bien-fondé des dépositions de la victime,³¹⁸ ou que les dépositions constantes, cohérentes et concordantes de celle-ci ont rencontré « la conviction du juge ».³¹⁹ Ailleurs, le même TMG déclare que les éléments de preuve fournis « suffisent pour conclure qu'il s'agit des éléments de Domi qui engagent sa responsabilité pour des faits commis par ses combattants »,³²⁰ ou qu'il n'y a « aucun doute » sur les faits établis qui engagent la responsabilité de l'accusé.³²¹ En dernière analyse, il conclut « au-delà de tout doute raisonnable » que les combattants de Domi ont eu des relations sexuelles non consenties avec les victimes.³²²

Avec de telles formules variables, la confusion apparaît puisqu'on se rend compte que le TMG a apprécié le seuil de culpabilité selon deux systèmes différents : celui de l'intime conviction du juge et celui de la culpabilité établie hors de tout doute raisonnable. C'est là une différence avec l'arrêt de la HCM dans l'affaire Beker Dhenyo, dans lequel il est fait sommairement référence à « l'intime conviction » du juge comme soubassement de l'arrêt de la Cour militaire de Bukavu.³²³ Tandis qu'à son niveau, la HCM a été « d'avis que les différents éléments de preuves relevés à charge du prévenu et de ses hommes sont révélateurs de la matérialité des crimes reprochés au prévenu ». ³²⁴ Tout ceci fait donc pencher la HCM pour le système de l'intime conviction.

³¹⁸ Tribunal militaire de Garnison (n 6), jugement, 29 et 34ème feuillet.

³¹⁹ Tribunal militaire de Garnison (n 6), jugement, 27 et 29ème feuillet.

³²⁰ Tribunal militaire de Garnison (n 6), jugement, 33ème feuillet.

³²¹ Tribunal militaire de Garnison (n 6), jugement, 34ème feuillet.

³²² Tribunal militaire de Garnison (n 6), jugement, 43ème feuillet.

³²³ Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 25ème feuillet.

³²⁴ Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 20ème feuillet.

Cette divergence d'approche n'est pas nouvelle. Un autre auteur a déjà eu à le déplorer.³²⁵ L'intérêt de la distinction entre les deux systèmes probatoires est fondamental. Dans le système de l'établissement de la culpabilité hors de tout doute raisonnable, l'accusé ne peut être convaincu que si les éléments de preuve fournis par l'accusation ne conduisent qu'à une seule conclusion raisonnable sur les faits mis à sa charge. Autrement dit, le doute raisonnable (*reasonable doubt*) veut dire que s'il y a plusieurs conclusions possibles à partir des éléments de preuve fournis, la culpabilité du prévenu ne peut être retenue en vertu du principe selon lequel le doute profite à l'accusé.³²⁶ En revanche, dans le système de l'intime conviction du juge, on dirait que le juge apprécie souverainement les preuves en sa possession de manière à « se forger une conviction personnelle en vue d'aboutir à une meilleure décision »,³²⁷ sans que cela ne puisse « s'entendre comme un arbitrage complet chez les juges dans l'examen des preuves ». ³²⁸ Contrairement au système de la culpabilité établie au-delà du doute raisonnable, où le juge doit expliquer comment il est parvenu à la seule conclusion raisonnable en l'espèce, le système de l'intime conviction semble l'exempter d'un tel devoir par préférence à la souveraineté de son appréciation.

L'une des raisons qui expliquent cette défaillance technique des cours et tribunaux militaires congolais est que la Constitution du 18 février 2006 et les lois relatives à la procédure pénale sont muettes à ce sujet.³²⁹ Les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ne précisent pas non plus le seuil

³²⁵ Jacques Mbokani, La jurisprudence congolaise en matière de crimes de droit international – Une analyse des décisions des juridictions militaires congolaises en application du Statut de Rome, Johannesburg, Open Society Initiative for Southern Africa, 2016, 336.

³²⁶ Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08 A), para.42. Voir aussi Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido (No. ICC-01/05-01/13 A A2 A3 A4 A5), Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, Chambred'appel, 8 mars 2018, para.868. Ce paragraphe rappelle: “Where a factual finding is based on an inference drawn from circumstantial evidence, the finding is only established beyond reasonable doubt if it was the only reasonable conclusion that could be drawn from the evidence.1981 It is indeed well established that it is not sufficient that a conclusion reached by a trial chamber is merely a reasonable conclusion available from that evidence; the conclusion pointing to the guilt of the accused must be the only reasonable conclusion available.1982 If there is another conclusion reasonably open from the evidence, and which is consistent with the innocence of the accused, he or she must be acquitted”.

³²⁷ José-Marie Tasoki Manzele, Procédure pénale congolaise, Paris, L'Harmattan, 2016, 278.

³²⁸ Emmanuel Luzolo Bambi Lessa et Nicolas Bayona Ba Meyya, Manuel de procédure pénale, Kinshasa, Presses universitaires du Congo, 2011, 421.

³²⁹ Mbokani (n 32), La jurisprudence congolaise en matière de crimes de droit international, 338. Ainsi, sans aucune autre précision, l'article 17 (9) de la Constitution du 18 février 2006 prévoit : « Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie par un jugement définitif ».

de culpabilité que les cours et tribunaux devraient retenir en matière pénale.³³⁰ Quant à la jurisprudence de la Cour suprême de justice (CSJ), elle ne permet pas d'éclairer la situation avec certitude. Dans certains arrêts, elle penche d'ailleurs pour le système de l'intime conviction du juge,³³¹ qui lui permet d'apprécier et de retenir « certains moyens de preuve plus convaincants que les autres ». ³³² La doctrine congolaise sème la même confusion. Luzolo Bambi enseigne le système de l'intime conviction. José-marie Tasoki semble combiner les deux systèmes comme s'il s'agissait des synonymes.³³³ Ceci n'est pas loin de la position de Nyabirungumwene Songa, pour qui la conviction que le juge tire des preuves soumises à son appréciation doit rester raisonnable.³³⁴

Tout cela est évidemment aux antipodes de ce que prévoit l'article 66 (3) du Statut de Rome qui dispose : « Pour condamner l'accusé, la Cour doit être convaincue de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable ». On pourrait bien objecter que cette disposition n'est valable que pour la CPI. Cependant, si on suit la jurisprudence des juridictions militaires congolaises, y compris le TMG et la HCM en l'espèce, en faveur de l'application directe du Statut de Rome,³³⁵ il n'y a pas de raison qu'elles se départissent d'un tel seuil d'établissement de la culpabilité. Il suffira que les juridictions militaires congolaises appliquent toutes les dispositions pertinentes du Statut de Rome en tant que sources du droit congolais.³³⁶ Ainsi, la justice militaire congolaise se situerait en harmonie avec l'Observation générale n°32 du Comité des droits de l'homme sur le droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, fondé sur l'article 14(2) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.³³⁷ Quelle que soit la

³³⁰ William A. Schabas et Yvonne McDermott, "Article 66: presumption of innocence", in Otto Triffterer et Kai Ambos (éds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd edn., München/Oxford/Baden Baden: C.H. Beck/Hart/Nomos, 2016, 1643. Voir Déclaration universelle des droits de l'homme (10 décembre 1948), article 11 (1); Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966), article 14 (2) ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (27 juin 1987), article 7 (1) (b).

³³¹ CSJ, 23 mars 2005, RP 2523, Bulletin des arrêts de la Cour suprême de justice : années 2004 à 2009, Tome I, 2010, 98.

³³² CSJ, 30 avril 2003, RP 2128, Bulletin des arrêts de la Cour suprême de justice : années 2000 à 2003, 2004, 246.

³³³ Tasoki, *Procédure pénale congolaise*, 299. Sur cette page, l'auteur écrit : « Le juge qui rend sa décision doit s'assurer qu'il a répondu à toutes les conclusions régulièrement prises par les parties au procès, sans perdre de vue que toute sa motivation tient en ceci qu'elle se fonde sur sa seule intime conviction, cette voix qui résonne ou qui retentit dans le fort intérieur du juge, qui forge sa conviction au-delà de tout doute raisonnable et qui libère sa décision ».

³³⁴ Nyabirungumwene Songa, *Traité de droit pénal général congolais*, 2ème édition, Kinshasa, Editions Universitaires africaines, 2007, 463.

³³⁵ Kahombo, « The Principle of Complementarity in Practice », 210-211.

³³⁶ Constitution du 18 février 2006, articles 153(4) et 215.

³³⁷ Observation générale no 32 : Article 14. Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable, Quatre-vingt-dixième session, Genève, 9-27 juillet 2007, Comité des droits de l'homme (CCPR/C/GC/32), 23 août 2007, para.30.

différence des systèmes juridiques auxquels appartiennent les Etats (*civil law* ou *common law*), le Comité des droits de l'homme recommande le seuil de culpabilité établie hors de tout doute raisonnable dans la mesure où il s'agit d'une question qui est intimement liée à la présomption d'innocence de tout accusé.³³⁸ Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été ratifié par la RDC le 1 novembre 1976.

2.1.2. La question de la charge de la preuve et les moyens de preuve

Il est un principe selon lequel la charge de la preuve appartient à l'accusation.³³⁹ Evidemment ceci ne fait pas obstacle au rôle actif du juge dans la recherche de la vérité. Par exemple, en droit congolais, le juge peut faire comparaître des témoins qu'il juge nécessaire, même de force.³⁴⁰

La question fondamentale c'est celle de savoir ce que l'accusation doit prouver. La jurisprudence de la CPI, à laquelle les juridictions militaires congolaises ont coutume de se référer, est claire à ce sujet. En effet, dans l'affaire *Bosco Ntaganda*, la Chambre de première instance a rappelé la position déjà développée par la Chambre d'appel, selon laquelle l'accusation doit prouver au-delà du doute raisonnable chaque élément constitutif du crime et le mode de responsabilité sur la base de laquelle l'accusé est poursuivi.³⁴¹ Si on exclut les éléments contextuels de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité pour se fier aux seuls éléments de l'acte individuel de viol, tels que définis dans le texte des Eléments de Crimes qui est applicable en RDC,³⁴² l'accusation devrait prouver quatre éléments : l'élément matériel de pénétration d'une partie du corps de la victime, l'élément moral du non-consentement de celle-ci (y compris le moyen par lequel le viol a été commis), la connexion de cet acte avec le conflit armé (cas de crime de guerre) ou l'attaque dirigée contre la population civile (cas de crime contre l'humanité), et l'élément moral additionnel consistant en la connaissance par le prévenu de l'existence d'un tel conflit armé ou de l'attaque.³⁴³ Il n'y a donc pas d'obligation générale de prouver chaque fait lié à l'affaire jusqu'au seuil probatoire exigé pour établir la culpabilité.

³³⁸ Ibid.

³³⁹ CSJ, 26 septembre 2012, RP3483, Bulletin des arrêts de la Cour suprême de justice : années 2010-2013, 2014, 210-211.

³⁴⁰ Code de procédure pénale, article 78 ; Code judiciaire militaire (2002), article 249.

³⁴¹ *Bosco Ntaganda* (ICC-01/04-02/06), Jugement, Chambre de première instance, 8 juillet 2019, para.44; *Lubanga* (ICC-01/04-01/06 A 5), Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, Chambre d'appel, 1 décembre 2014, para.22.

³⁴² Loi n°15/022 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal, article 224.

³⁴³ Elément des crimes (2002), 9, 29 et 38.

Toutefois, ce problème n'a été posé et examiné ni par le TMG ni par la HCM. Du coup, le ministère public s'est trouvé largement dispensé de la totalité du fardeau de la preuve. On a l'impression qu'il s'est livré, dans l'affaire *Beker Dhenyo*, à un récit général sans s'en tenir strictement à brandir les preuves de chaque viol pris individuellement et surtout de chaque élément constitutif dans chaque cas individuel allégué. Dans l'affaire *Colonel Domi*, on ne voit même pas l'invocation des moyens brandis par l'accusation et la discussion qu'en fait le TMG, à part une simple référence aux conclusions de ses réquisitoires.³⁴⁴ De ce fait, il est clair que le seuil probatoire de culpabilité n'a pas été atteint. Et le TMG et la HCM sont visiblement restés moins exigeants à ce sujet pour finalement condamner les accusés avec une grande légèreté.

C'est peut-être ce manquement de la part de l'accusation et des juges qui auraient conduit ces derniers, dans les deux affaires sous examen, à établir la culpabilité des prévenus en accordant un poids plus important aux dépositions des victimes. Mais, ce qui manque c'est l'explication par rapport au titre avec lequel elles ont été entendues.

Il est bien connu que les déclarations des victimes constituées en parties civiles - donc une partie au procès différente de l'accusation - ne sont pas des moyens de preuve comme telles. Ce ne sont que des simples prises de position qui ont pour fonction d'éclairer la religion du juge. Comme la Cour militaire opérationnelle du Nord-Kivu l'a souligné dans l'affaire *Minova*, ces dépositions peuvent néanmoins être prises en compte pour « corroborer des témoignages, des présomptions ou d'autres éléments de preuve »³⁴⁵ et surtout lorsqu'elles présentent « une cohérence et une constance évidentes par rapport aux contradictions ou invraisemblances contenues dans les récits des prévenus ».³⁴⁶ Mais si une victime veut produire un témoignage pouvant bénéficier d'un poids probatoire supérieur, il est généralement admis, en droit congolais, qu'elle le fasse avant de se constituer partie civile et sous serment.³⁴⁷ Après, elle peut également le faire selon la jurisprudence de la CPI, mais à partir de la place réservée aux témoins et toujours sous serment.³⁴⁸ Ceci élève le statut de la victime qui peut être soumise, dès lors, à un contre-interrogatoire, qui fait partie des droits procéduraux garantis à l'accusé.³⁴⁹

³⁴⁴ Tribunal militaire de Garnison (n 6), jugement, 7 et 8ème feuillet.

³⁴⁵ Cour militaire opérationnelle du Nord-Kivu, arrêt du 5 mai 2014, Auditeur Militaire, ministère public et les parties civiles c. RD Congo, partie civilement responsable et les prévenus, RP N°003/2013, inédit, 64ème feuillet.

³⁴⁶ Cour militaire opérationnelle du Nord-Kivu (n 52), arrêt, 64ème feuillet.

³⁴⁷ Antoine Rubbens, *L'instruction criminelle et la procédure pénale*, Léopoldville/Bruxelles, Université Lovanium/Maison Ferd. Larcier, SA, 1963, 173.

³⁴⁸ Mbokani (n 32), *La jurisprudence congolaise en matière de crimes de droit international*, 330.

³⁴⁹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966), article 14 (3) (e).

Pire, dans l'affaire *Beker Dhenyo*, la HCM n'a pas clarifié comment des victimes auxquelles elle a accordé des mesures particulières de protection, notamment leur anonymisation,³⁵⁰ ont pu témoigner sans enfreindre les droits de la défense. En RDC, cette question est d'une importance fondamentale d'autant plus qu'en aucune circonstance, il ne peut y être dérogé.³⁵¹ On sait, par exemple, que la HCM a refusé la confrontation directe entre le prévenu et les victimes ou leurs témoins.³⁵² Le Ministère public avait déjà prétendu qu'une telle confrontation n'était pas imposée par la loi. Pourtant, on vient de le voir, il s'agit d'un droit garanti à l'accusé, de contre-interroger le témoin, surtout quand il en fait la demande.³⁵³ Une telle façon de procéder viole le droit à un procès équitable.

2.2. Difficulté liée à la maîtrise technique de la command responsibility

La responsabilité du chef militaire, posée à l'article 28 (a) du Statut de Rome, est une sorte de responsabilité indirecte. L'accusé n'est pas poursuivi parce qu'il aurait personnellement et directement commis les faits matériels des crimes qu'on lui reproche, mais il en répond pour avoir manqué à son devoir d'exercer son autorité (faute individuelle d'omission) envers ses subordonnés, en qui il a l'obligation de faire respecter le droit en vigueur, en échouant de prévenir lesdits crimes ou de (faire) sanctionner leurs auteurs directs.³⁵⁴ La preuve d'une telle responsabilité n'est pas toujours aisée à établir. Dans les affaires *Colonel Domi* et *Beker Dhenyo*, on constate quelques déchets techniques par rapport à ce qui aurait dû être prouvé en rapport avec les charges retenues de viol. On peut cependant présumer que cela est dû à d'autres contraintes pratiques sur la justice congolaise qui ont rendu plus délicate l'administration de cette preuve.

2.2.1. Ce qui aurait dû être prouvé en relation avec les charges de viol

L'affaire *Bemba* jugée par la CPI peut servir de point de repère ici. La Chambre de première instance a dégagé six éléments qui doivent être réunis pour établir la responsabilité du chef militaire : a) des crimes relevant de la compétence de la CPI doivent avoir été commis par ses forces ; b) l'accusé doit être un chef militaire ou une personne agissant effectivement en qualité de chef militaire ; c) l'accusé doit exercer un commandement et un contrôle effectifs ou une autorité effective sur ces forces ; d) l'accusé savait ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; e) n'a

³⁵⁰ Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 27^{ème} feuillet.

³⁵¹ Constitution du 18 février 2006, article 61 (5).

³⁵² Mushagalusa, « Protection des victimes et présomption d'innocence », 15.

³⁵³ Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 23^{ème} feuillet.

³⁵⁴ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, Oxford University Press, 197-198.

pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ; f) les crimes commis par ces forces résultent du fait que l'accusé n'a pas exercé sur celles-ci le contrôle qui convenait.³⁵⁵ Ces éléments restent valables parce que le jugement de Bemba en appel, au mois de juin 2018, ne les a pas remis en cause.³⁵⁶

A la simple lecture des décisions du TMG et de la HCM, on constate, d'emblée, que ces éléments n'ont pas été exhaustivement exigés à l'accusation qui a la charge de la preuve. Ces juridictions ont omis de citer la condition visée au point (a) : la commission par les forces de l'accusé des crimes relevant de leur compétence. D'ailleurs, ceci explique, en partie, l'incohérence qui gît dans le jugement du TMG. Celui-ci a examiné, bien avant la discussion de la responsabilité du chef militaire, les éléments constitutifs de crimes de guerre par viol commis par les miliciens sous le commandement du prévenu Domi, mais en établissant l'élément de la connaissance de l'existence du conflit armé en question dans le chef de ce dernier.³⁵⁷ Pourtant, il est connu –et c'est de la logique simple –que l'accusation a seulement le devoir de prouver un tel élément moral dans le chef de l'auteur direct de l'acte criminel.³⁵⁸

Il sied de noter que l'établissement de la condition visée au point (a) est d'autant plus important qu'il impacte sur le niveau de connaissance exigée dans la condition visée au point (d). En effet, « la norme « savait » renvoie à une connaissance effective de la conduite criminelle des subordonnés. Tandis que la norme « aurait dû savoir » est applicable lorsque le supérieur « ne savait pas », mais qu'en raison de sa propre faute (négligence) à s'informer dans un contexte tel, il « aurait dû savoir » ». ³⁵⁹ Si l'accusé savait ou aurait dû savoir que des crimes se commettaient, cette connaissance aurait été soit simultanée soit postérieure aux faits. En revanche, s'il savait ou aurait dû savoir que des crimes allaient se commettre, ladite connaissance aurait été antérieure aux faits. En outre, l'exigence en la matière est qu'il doit être établi que l'accusé avait la connaissance des actes criminels établis hors de tout doute raisonnable, commis par les auteurs directs. Car l'accusé ne peut pas être condamné pour des actes criminels allégués de façon générale.³⁶⁰ De tels actes ne valent que pour l'examen

³⁵⁵ Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08), para.170.

³⁵⁶ Voir Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08 A).

³⁵⁷ Tribunal militaire de Garnison (n 6), jugement, 45^{ème} feuillet.

³⁵⁸ On peut faire le parallèle avec la connaissance que l'auteur direct d'un crime contre l'humanité doit avoir de l'attaque dont fait partie son acte. Voir Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08), paras. 147 et 168.

³⁵⁹ Jacques B. Mbokani, « L'application de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques aux rebelles dans l'affaire Bemba », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, décembre 2017, 53.

³⁶⁰ Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08 A), para.104.

des éléments contextuels de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, et non pour l'établissement de la culpabilité.³⁶¹

Toutefois, ni le TMG ni la HCM ne précise —et le procureur ne l'a pas établi — quel est le niveau de connaissance retenu à l'égard de Domi et de Beker Dhenyo. Le TMG s'est contenté d'affirmer que l'accusé Domi n'avait pas pris les mesures nécessaires pour empêcher, réprimer ou sanctionner les crimes perpétrés par ses subordonnés ou en référer à l'autorité compétente, en présumant dans son chef, en quelque sorte, une connaissance générale desdits crimes du seul fait qu'il avait le contrôle effectif du groupement de Busanza.³⁶² C'est évidemment une conception erronée qui sort du cadre juridique en vigueur. Quant à la HCM, elle a recouru à la norme « aurait dû savoir », mais sans préciser s'il s'agit d'une connaissance postérieure ou antérieure et sur quels actes criminels elle porte exactement.³⁶³ D'où l'incohérence de son arrêt lorsqu'il est conclu, pêle-mêle, que le colonel Beker Dhenyo a commis la négligence de sommeiller pendant le vagabondage de sa troupe, n'a pas ainsi prévenu les crimes commis, ni sanctionné leurs auteurs directs, et s'est abstenu d'en référer à l'autorité compétente.³⁶⁴ Du coup, on a l'impression que les deux accusés pourraient avoir été condamnés pour des faits -peut-être pas tous -dont ils n'avaient pas la connaissance requise. Rien n'a été clairement établi hors de tout doute raisonnable. Dès lors, la condition de la responsabilité du chef militaire visée au point (e) manque visiblement en fait comme en droit. Car c'est le niveau de connaissance qui détermine le type de mesures que l'accusé devait prendre, à savoir la prévention ou la répression.

S'il apparaît que la non-maitrise de ces aspects techniques de la *command responsibility* a impacté sur la capacité de l'accusation à prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, elle a aussi conduit à une motivation insuffisante, voire erronée, dans les décisions du TMG et de la HCM. Une autre explication découle des contraintes pratiques relatives à la collecte des éléments de preuve.

³⁶¹ Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08 A), para.117. Voir aussi Balingene Kahombo, « Bemba's Acquittal by the Appeals Chamber of the International Criminal Court: Why Is It so Controversial? », African Group of Experts on International Criminal Justice, 9 July 2018 <https://www.icjafrika.com/single-post/2018/07/09/Bemba%E2%80%99s-acquittal-by-the-Appeals-Chamber-of-the-International-Criminal-Court-Why-is-it-so-controversial>, 17 août 2019.

³⁶² Tribunal militaire de Garnison (n 6), jugement, 47ème feuillet.

³⁶³ Haute Cour militaire (n. 7), arrêt, 43ème feuillet.

³⁶⁴ Haute Cour militaire (n. 7), arrêt, 44ème feuillet.

2.2.2. Contraintes pratiques liées à la collecte des preuves

Plusieurs contraintes semblent avoir rendu l'administration de la preuve encore plus délicate devant le TGM et la HCM. Dans l'affaire *Colonel Domi*, il y a lieu de citer l'ancienneté des faits de viol, dont certains remontent à 2008 et 2009,³⁶⁵ sans qu'une investigation ait été menée, du moins jusqu'en 2013. Des preuves peuvent avoir disparu dans l'entre-temps, même au niveau des constatations physiques et extérieures du viol sur les victimes. Cette absence d'investigation sur le terrain peut se justifier par le climat d'insécurité sur le terrain, infecté de divers groupes armés. La difficulté a été particulièrement relevée par la HCM dans l'affaire *Beker Dhenyo*, en ce sens qu'aucun enquêteur n'a pu se rendre au lieu de la commission des viols, à Musenyi, pour établir son rapport. De ce fait, les enquêteurs n'ont pu fournir que des éléments indirects sur les crimes allégués. Une autre difficulté commune et générale c'est le manque des moyens pour financer des enquêtes plus consistantes et à temps utile qui privilégient des preuves directes, telles que les constatations de terrain, la collecte des vidéos, les données médicales des institutions de santé proches du lieu de la commission des viols, l'expertise ou la diversité des témoignages directs. Ce problème touche d'autres secteurs de la justice congolaise, clochardisée.³⁶⁶

3. Problèmes spécifiques

Au-delà des problèmes généraux soulevés par les deux affaires sous examen, il y a lieu maintenant d'analyser la qualité des éléments de preuve retenus par les juges. Leur pauvreté qui sème des doutes sur la culpabilité des accusés pose la question connexe des conséquences que l'on peut en tirer pour redresser la situation.

3.1. La pauvreté de la qualité des éléments de preuve

La qualité des preuves fournies dans les deux affaires traitées par le TGM et la HCM peut être évaluée par rapport à leur recevabilité et à leur valeur probatoire. Cependant, force est de constater que les deux questions n'ont pas été discutées par les juges. Ce qui contraste avec la pratique suivie dans bien d'autres affaires, en particulier celle de *Minova*, qu'on a déjà évoquée. Ce problème ne permet pas de bien mesurer les décisions de culpabilité prononcées par les deux juridictions à leur juste valeur.

³⁶⁵ Tribunal militaire de Garnison (n. 6), jugement, 32, 34 et 35ème feuillet.

³⁶⁶ Voir Balingene Kahombo, Jean-Marc Mutoywa Kalombe et Pacifique Muhindo Magadju, « Rapport initial sur la gouvernance judiciaire et le progrès vers l'instauration de l'Etat de droit en République Démocratique du Congo », *Recht in Afrika – Law in Africa – Droit en Afrique*, vol.18, 2015, 97-129 ; Kifwabala Tekilazaya, Defi Fataki Wa Luhindi and Marcel Wetsh'okonda Koso, République Démocratique du Congo: La Justice et l'Etat de Droit. Un Etat de Droit en Pointillé. Essai d'Évaluation Des Efforts en Vue de l'Instauration d'un Etat de Droit et Perspectives, Johannesburg, Open Society Foundations, 2013.

Brièvement, en droit congolais, le principe applicable en matière d'administration de la preuve est celui de la liberté de preuve.³⁶⁷ Dans l'affaire *Minova*, il a été dit que d'après ce principe, « aucune preuve ne peut *a priori* être écartée ni préférée par rapport à une autre ». ³⁶⁸ La preuve peut être rapportée par n'importe quel moyen : témoignages, rapports médicaux, constatations matérielles, présomption de culpabilité à partir d'un faisceau d'indices,³⁶⁹ etc. Mais, « il appartient au juge pénal d'apprécier souverainement la valeur probante qu'il entend accorder aux moyens qui lui sont fournis. Les rapports établis par les experts (médecins, psychologues.....), même s'ils émanent des hommes de l'art, ne s'imposent nullement au juge ». ³⁷⁰

La recevabilité implique qu'un élément de preuve ne soit reçu que s'il remplit certaines conditions. Elle sera rejetée, par exemple, en cas d'illégalité ou d'atteinte au droit à un procès équitable, dont les droits de la défense.³⁷¹ C'est aussi la règle en vigueur à la CPI.³⁷² Ainsi, un aveu obtenu sous la contrainte est irrecevable. Par contre, l'appréciation de la valeur probatoire d'un élément de preuve fait référence à sa crédibilité. Une preuve doit présenter les garanties d'être tenue pour digne de foi. Cette fiabilité est à apprécier cas par cas, notamment à partir de l'instruction orale à l'audience.³⁷³ Par exemple, les témoignages directs, c'est-à-dire ceux émanant des témoins oculaires, ont une force probante supérieure à celle des éléments de preuve indirects.³⁷⁴ Ces derniers « doivent être corroborés par d'autres éléments pour que le juge leur accorde une forte valeur probante ». ³⁷⁵ C'est le même critère d'appréciation, on l'a vu, qu'on applique aux dépositions des parties victimes, du moins si elles n'ont pas été entendues en qualité de témoins. A vrai dire, en matière de violence sexuelle, il se peut qu'elles soient même les seuls témoins.³⁷⁶

Dans l'affaire *Beker Dhenyo*, la qualité des éléments de preuve retenus par la HCM est pauvre suivant les critères susvisés. Il suffit de scruter les faits et les circonstances de la commission des viols par ses troupes qu'on reproche à l'accusé. L'accusation a soutenu que ces crimes avaient été commis dans la nuit du 21 au 22 septembre 2015. L'un des éléments principaux de preuve a été constitué par les rapports du 19 et du 29 septembre 2015, établi par le chef de groupement de Musenyi, qui était sur le lieu au moment de la prétendue commission des faits.

³⁶⁷ Tasoki, Procédure pénale congolaise, 277.

³⁶⁸ Cour militaire opérationnelle du Nord-Kivu (n 52), arrêt, 65ème feuillet.

³⁶⁹ Cour militaire opérationnelle du Nord-Kivu (n 52), arrêt, 65ème feuillet.

³⁷⁰ Cour militaire opérationnelle du Nord-Kivu (n 52), arrêt, 65ème feuillet.

³⁷¹ Tasoki, Procédure pénale congolaise, 286-289.

³⁷² Nancy Amoury Combs, « Evidence », in William A. Schabas and Nadia Bernaz (eds.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, London/New York, Routledge, 2011, pp.327-328.

³⁷³ Cour militaire opérationnelle du Nord-Kivu (n 52), arrêt, 65ème feuillet.

³⁷⁴ Cour militaire opérationnelle du Nord-Kivu (n 52), arrêt, 66ème feuillet.

³⁷⁵ Cour militaire opérationnelle du Nord-Kivu (n 52), arrêt, 66ème feuillet.

³⁷⁶ Cour militaire opérationnelle du Nord-Kivu (n 52), arrêt, 64ème feuillet.

Le prévenu a vigoureusement contesté ces rapports. D'abord, il a souligné qu'un rapport établi deux jours avant son arrivée à Musenyi était mensonger.³⁷⁷ Ensuite, il a souligné que le nommé chef de groupement était en réalité le beau-frère du chef de la milice Raia Mutomboki que l'armée congolaise avait la mission de traquer dans ce village.³⁷⁸ Enfin, il a fait comparaitre plusieurs autorités locales, dont le Secrétaire administratif de la Chefferie Buloho, le Chef de poste d'encadrement administratif, le Médecin Directeur de Bunyakiri, et le Chef de poste de l'Agence nationale de renseignement de Bunyakiri « qui ont déclaré qu'il ne s'était rien passé à Musenyi lors du passage du prévenu et de ses hommes ».³⁷⁹

Curieusement, la HCM a évité de répondre à chacun de ces arguments ou n'a pas correctement justifié pourquoi elle a rejeté certains. Sur l'erreur de date, on constate que la HCM a balayé l'argument du prévenu sur la base d'une vieille jurisprudence qui, en fait, conforte plutôt la dénégation de celui-ci. En effet, il a été jugé que « les erreurs sur les lieux et les dates ne peuvent entraîner le rejet de l'action dans la mesure où les prévenus n'ont pu se méprendre sur les faits, objet des poursuites ».³⁸⁰ Pourtant, on voit très bien qu'en soulevant une telle erreur, le prévenu était en train de contester les faits mis à charge. En outre, il est déplorable que la HCM n'ait accordé aucune importance au témoignage du Secrétaire administratif de la Chefferie de Buloho, l'autorité supérieure audit chef de groupement, dont il est dit qu'il avait été alerté par ce dernier sur les atrocités commises à Musenyi.³⁸¹ N'avait-il pas reçu copie de deux rapports de son chef de groupement –et pour quelle raison– mis à la disposition de la HCM ? De même, la parenté entre le chef de groupement et le chef des miliciens Raia Mutomboki, si elle fut discutée et établie, aurait réduit davantage la crédibilité de ces deux rapports. Sachant que les miliciens Raia Mutomboki ont eux-mêmes été suspectés de violations des droits de l'homme dans le même lieu et qu'ils ont fui avant l'arrivée de les troupes du Colonel Beker Dhenyo,³⁸² il n'est pas exclu qu'ils aient aussi commis des viols sur la population civile. Ceci ne signifie pas que les troupes du Colonel Beker Dhenyo sont à innocenter. Mais mettre l'ensemble des faits allégués à leur charge, sans les démontrer par d'autres éléments de preuve dignes de foi, en excluant d'emblée toute hypothèse différente, ne paraît pas répondre à l'exigence du seuil probatoire de culpabilité établie au-delà de tout doute raisonnable.

³⁷⁷ Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 15ème feuillet.

³⁷⁸ Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 15ème feuillet.

³⁷⁹ Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 18ème feuillet.

³⁸⁰ Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 25ème feuillet. Voir aussi Cour militaire opérationnelle du Nord-Kivu (n 52), arrêt, 67ème feuillet.

³⁸¹ Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 12ème feuillet.

³⁸² Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 9 et 12ème feuillet.

Cela est d'autant plus vrai que les autres moyens de preuve qui ont été brandis sont pour le moins très douteux. Premièrement, les autres rapports d'enquête susmentionnés, établis en dehors de Musenyi, sont des éléments de preuve indirects. Leur force probatoire est moindre parce qu'ils souffrent des mêmes problèmes de crédibilité que les deux rapports du nommé chef de groupement sur lesquels ils ont été fondés. Il en est de même des déclarations de ce dernier devant la HCM, faite à titre de renseignant, pour corroborer ses deux rapports. Quant aux rapports médicaux, même s'ils attestent des cas de viol, ils ne permettent pas d'en attribuer automatiquement la responsabilité aux hommes du Colonel Beker Dhenyo. Deuxièmement, les dépositions des victimes sont davantage moins fiables parce que, aux termes de l'arrêt de la HCM, elles ne concernent pas spécifiquement l'établissement de chaque viol individuel, pris séparément, de manière circonstanciée. La HCM s'est contentée de dire que « les différents éléments de preuves relevés à charge du prévenu et de ses hommes sont révélateurs de la matérialité des crimes reprochés au prévenu préqualifié lesquels crimes ont été commis sur une population civile qui n'avait rien avoir avec la milice Raia Motomboki ». ³⁸³ Pourtant c'est la HCM elle-même qui fait mention, sans la discuter, d'une allégation gravissime dans son arrêt, selon laquelle les victimes avaient été incitées d'accuser les militaires contre la promesse de recevoir une maison en tôle leur donnée par l'ARPJ, ³⁸⁴ l'ONG qui a établi l'un des rapports d'enquête indirects sur les prétendues atrocités de Musenyi. Troisièmement, les témoignages de quelques soldats du bataillon sous les ordres du Colonel Beker Dhenyo ne concernent pas les cas individuels de viol, mais bien l'établissement de la présence de sa troupe à Musenyi en date du 21 septembre 2015 et des cas potentiels de pillage des biens privés. ³⁸⁵

Le TMG n'a pas fait mieux dans l'affaire *Colonel Domi*. A part la faiblesse déjà invoquée des dépositions des victimes, il faut rappeler qu'il a présumé que tous les viols commis dans le groupement de Busanza étaient le fait des hommes sous les ordres du prévenu à partir du moment où c'est son groupe armé qui avait le contrôle effectif du lieu. Cette ligne de motivation peut valoir en droit international des droits de l'homme, où l'effectivité crée le devoir de prévenir ou de protéger contre les violations des droits humains et de répondre en cas de violation par des tiers faute de les en avoir empêché. ³⁸⁶ Mais, une telle présomption est insuffisante en matière pénale compte tenu de l'exigence de précision sur les éléments du crime et du seuil très élevé d'établissement de la

³⁸³ Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 20 et 21ème feuillet.

³⁸⁴ Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 13ème feuillet.

³⁸⁵ Haute Cour militaire (n 7), arrêt, 15 et 16ème feuillet.

³⁸⁶ Balingene Kahombo, « Droits de l'homme et obligation de réprimer les crimes de guerre : revue critique de la décision de la Commission africaine dans l'affaire Kilwa (RD Congo) », in Beitel Van Der Merwe and Gerhard Kemp (eds.), *International Criminal Justice in Africa*, 2018, Nairobi, Strathmore University Press, 2019, 82. Voir aussi Antal Berkes, 'Les « zones grises »: la protection des droits de l'homme dans les zones hors du contrôle effectif de l'Etat', thèse de doctorat en droit, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2015.

culpabilité de l'accusé. Le fait d'affirmer que Domi contrôlait le lieu pour mettre les viols commis dans ledit groupement au compte de ses hommes ne paraît pas être l'unique conclusion possible en l'espèce. Dans une zone à trouble, où règnent des groupes armés et le grand banditisme lié aux conflits armés, on ne peut pas exclure que certains viols allégués aient été commis par d'autres. D'ailleurs, les dates de leur commission ne sont pas toutes cohérentes. Certains ont été certes commis entre 2008 et 2009, pendant le conflit armé contre le CNDP, et d'autres entre 2012 et 2013, lors du conflit armé contre le M23. Mais, le TMG ne dit rien sur la logique de ceux qui ont été commis entre 2010 et 2011 quand l'accusé était impliqué dans le processus d'intégration dans l'armée congolaise en guise de réconciliation nationale. Malgré sa désertion peu de temps après, le TMG n'établit pas s'il avait retourné en brousse en y exerçant le même type de contrôle territorial que pendant le conflit armé contre le CNDP. Pourtant, c'est le même Tribunal qui précise que l'accusé avait plutôt créé un nouveau groupe armé après la création du M23 en 2012. C'est ici l'occasion de rappeler une jurisprudence pertinente de la HCM qui spécifie : « l'infraction de viol n'est pas établie lorsque les seules allégations de la victime sont contredites par la date, les lieux et les circonstances de la réalisation de l'acte sexuel dont l'appelant a été dénoncé comme auteur ».³⁸⁷

3.2. Perspective d'implications juridiques

La violation des règles en matière d'administration de la preuve peut entraîner, en droit congolais, plusieurs conséquences juridiques qui visent à redresser la situation. Deux hypothèses peuvent être distinguées.

Premièrement, il y a le recours en inconstitutionnalité contre un arrêt litigieux de la HCM pour violation des droits fondamentaux reconnus aux citoyens, notamment les droits à un procès équitable, conformément à l'article 83 du Code judiciaire militaire.³⁸⁸ Si ce recours prospère, la déclaration d'inconstitutionnalité aura pour effet de rendre ledit arrêt nul de plein droit. Cette nullité donnerait lieu à la reprise du procès en appel devant la HCM, obligée de refaire son travail comme si elle n'y a jamais statué. Deuxièmement, la mauvaise administration de la preuve est un motif de cassation.³⁸⁹ Le pourvoi pourrait être introduit par le condamné à l'issue de l'insuccès de l'appel.

³⁸⁷ HCM, arrêt du 20 juillet 2010, Major Luhinda Nkaya c. Auditeur Général et Partie Civile, RPA 040/010, Bulletin des arrêts de la haute Cour militaire, 2013, 17.

³⁸⁸ Balingene Kahombo, « Les modalités d'exercice du recours individuel en inconstitutionnalité en droit positif congolais entre ambiguïté et nécessité de réforme juridiques », *Recht in Afrika – Law in Africa – Droit en Afrique*, n° 20, 2017, 131, 134 et 146.

³⁸⁹ Nyabirungu, *Traité de droit pénal général congolais*, 463.

Toutefois, pour un condamné qui a bénéficié de larges circonstances atténuantes, comme c'est le cas du colonel Beker Dhenyo, une telle hypothèse ne présente pas d'intérêt, tout comme d'ailleurs le recours en inconstitutionnalité. C'est pourquoi il faudrait peut-être envisager ce qui paraît comme étant la voie la plus idoine à exploiter, c'est-à-dire l'introduction du pourvoi par le Procureur général près la Cour de cassation sur injonction du Ministre de la justice.³⁹⁰ Il y a plusieurs raisons en appui à cette position. D'abord, ce genre de pourvoi peut être introduit hors délai sans aucune autre justification particulière.³⁹¹ Ensuite, il est bien adapté à l'affaire, dans la mesure où il vise précisément à remédier à « un excès de pouvoir dans la décision entreprise ou à un mal jugé certain »,³⁹² mais sans pouvoir aggraver la situation du condamné. Enfin, il permet l'abréviation des procédures parce que la Cour de cassation est autorisée, en pareil cas, de ne pas procéder au renvoi, mais de statuer elle-même, à nouveau, sur le fond.³⁹³

Sur le plan international, on sait que faire juger une affaire par une juridiction nationale de manière à favoriser l'accusé, en le soustrayant en fait de sa responsabilité pénale au moyen d'une condamnation de complaisance ou en l'acquittant sans que la justice ait été rendue de façon indépendante et impartiale, ne ferait pas obstacle à l'action de la CPI en vertu du principe de complémentarité. Si on met de côté les déchets techniques de la HCM, la condamnation du colonel Beker Dhenyo à trois ans de prison pour des actes aussi graves que les viols et bien d'autres en tant que crimes contre l'humanité est un exemple de justice de complaisance.³⁹⁴ Cela est d'autant plus vrai que cette peine au rabais a permis au condamné de recouvrer toute sa liberté compte tenu du temps qu'il avait déjà passé en détention.³⁹⁵ La CPI n'est certes pas une cour internationale des droits de l'homme.³⁹⁶ Mais, pour un cas pareil, elle interviendrait pour assurer que la lutte contre l'impunité est effective. Une telle éventualité constitue une raison qui peut inciter d'autres juridictions militaires congolaises à bien faire leur travail à l'avenir.

³⁹⁰ Loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire, articles 35(5), 95 et 97(1).

³⁹¹ Loi organique n° 13/010 du 19 février 2013 relative à la procédure devant la Cour de cassation, article 36(1).

³⁹² Loi organique n° 13/010 du 19 février 2013 relative à la procédure devant la Cour de cassation, article 36 (4).

³⁹³ Loi organique n° 13/010 du 19 février 2013 relative à la procédure devant la Cour de cassation, article 37 (6).

³⁹⁴ Magadju, « Quand les circonstances atténuantes constituent un moyen de soustraire l'accusé de sa responsabilité pénale pour crimes contre l'humanité », 6.

³⁹⁵ Magadju, « Quand les circonstances atténuantes constituent un moyen de soustraire l'accusé de sa responsabilité pénale pour crimes contre l'humanité », 7.

³⁹⁶ Saif-Al Islam Gaddafi et Abdullah Al-Senussi (ICC-01/11-01/11-565), Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi" », Chambred'appel, 24 juillet 2014, paras.1-3. Voir aussi Mbokani (n32), La jurisprudence congolaise en matière de crimes de droit international, 141-142.

Conclusion

Cette étude vient de montrer à quel point l'examen des affaires *Colonel Domi et Beker Dhenyo* par le TMG et la HCM, respectivement pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité par viol, a été bâclé. Les condamnations des accusés, en première instance (TMG) et en appel (HCM), sont intervenues à la suite des procédures qui n'ont pas respecté les garanties d'un procès équitable du fait de la non-démonstration de leur culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Ceci ne signifie pas que les crimes ayant fait l'objet de poursuites n'ont pas été commis. Mais des doutes subsistent sur l'attribution de certains faits aux accusés. Il se peut que, dans les deux espèces, des crimes aient été commis par d'autres délinquants. Même quand ils auraient été commis par les accusés, le manque de fiabilité des éléments de preuve fournis, leur insuffisance et le manque de motivation claire et convaincante dans les décisions en cause démontrent la pauvreté de la qualité de la justice que le TMG et la HCM ont rendue en matière de tels cas graves de violence sexuelle.

Ces défaillances techniques peuvent justifier le déclenchement de nouvelles procédures pour redresser la situation, dont le recours en inconstitutionnalité pour violation des droits fondamentaux garanties aux citoyens et surtout le pourvoi en cassation sur injonction du Ministre de la justice dans l'intérêt de la justice. Il est aussi possible, dans une perspective plus large, d'envisager l'intervention de la CPI dans le cas où un procès inéquitable aboutirait à une condamnation de complaisance soustrayant en fait le responsable des crimes de la justice.

Ainsi, pour éviter des cas similaires de justice bâclée à l'avenir, il est nécessaire que les tribunaux militaires congolais calibrent leur conception du seuil probatoire de culpabilité, du système de l'intime conviction à celui de l'établissement de la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Il est surtout indispensable d'initier et d'intensifier des programmes de renforcement des capacités qui permettront aux juges de se mettre à niveau par rapport aux techniques d'examen des affaires relatives aux crimes internationaux de violence sexuelle.

LA COOPERATION ENTRE LA REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ET LE RWANDA EN MATIERE DE REPRESSION DES CRIMES INTERNATIONAUX : ETAT DES LIEUX, DEFIS ET PERSPECTIVES

FRANCK SHUKURU

Résumé

La République démocratique du Congo (RDC) et le Rwanda sont deux pays voisins qui ont connu, depuis les années 1990, la commission de nombreux crimes internationaux les plus graves : génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre. Alors que les victimes continuent d'attendre que justice leur soit faite, certains auteurs présumés de ces crimes ont réussi à se mettre à l'abri des poursuites en franchissant les frontières de l'Etat où ils les ont commis. Cette situation s'expliquerait par la pression des opérations militaires visant à restaurer la paix en RDC, la porosité des frontières facilitant la mobilité transfrontalière des criminels et le profit tiré de la libre circulation dans le cadre de la communauté économique des pays de grands lacs. Il est cependant admis que les Etats doivent coopérer pour mettre fin à l'impunité des auteurs de crimes internationaux les plus graves qui choquent la conscience de l'humanité. Dès lors, la coopération judiciaire entre la RDC et le Rwanda s'avère indispensable pour le succès de poursuites pénales, y compris l'extradition des suspects résidant à l'étranger et l'envoi des commissions rogatoires. La question se pose quant à savoir s'il existe entre les deux Etats un cadre juridique suffisamment développé qui gouverne leur coopération en matière pénale et facilite l'effectivité de celle-ci. Quel serait l'état des lieux de la mise en œuvre de cette coopération pénale entre les deux Etats ? Cette étude démontrera qu'en dépit de leur participation aux traités universels et régionaux prescrivant des mécanismes de coopération judiciaire en matière pénale, celle-ci rencontre plusieurs obstacles en pratique. Au-delà des contingences politiques et diplomatiques, il s'agit notamment de l'existence de la peine de mort dans la législation congolaise et de l'absence d'harmonisation des législations des deux Etats. En définitive, cette étude tentera de suggérer quelques solutions à ces problèmes. L'effectivité de la lutte contre l'impunité par les deux Etats en dépend.

COOPERATION BETWEEN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO AND RWANDA IN THE PROSECUTION OF INTERNATIONAL CRIMES: CURRENT STATUS, CHALLENGES AND PROSPECTS

FRANCK SHUKURU

Abstract

The Democratic Republic of the Congo (DRC) and Rwanda are two neighbouring countries that have suffered since the 1990s from the commission of several international crimes: genocide, crimes against humanity and war crimes. While the victims are waiting for justice, some alleged perpetrators of these crimes managed to shield themselves from justice by crossing the borders of the State where they committed the crimes. This situation can be explained by the presence of the military operations that seek to restore peace and security in DRC, the porosity of the borders facilitating the cross-border mobility of the criminals and the benefit derived from the free movement of people within the Economic Community of the Great Lakes Countries. It is trite that States must cooperate to end impunity by the perpetrators of the most serious international crimes that shock the conscience of humanity. Judicial cooperation between the DRC and Rwanda is therefore essential for the success of criminal proceedings, including the extradition of suspects residing abroad and the sending of rogatory commissions. The question arises as to whether there is a sufficiently developed legal framework between the two States that govern their cooperation in criminal matters and facilitates its effectiveness. What is the current state of play of the implementation of this criminal cooperation framework between the two States? This study will show that, despite their participation in universal and regional treaties prescribing mechanisms for judicial cooperation in criminal matters, there are several obstacles in practice. Apart from political and diplomatic contingencies, these obstacles include the existence of the death penalty in Congolese legislation and the lack of legislative harmonization. Ultimately, this study will attempt to suggest some solutions to these problems. The effectiveness of the fight against impunity by both States depends on this.

Introduction

La République démocratique du Congo (RDC) et la République du Rwanda ont connu depuis les années 1990³⁹⁷ la commission des crimes internationaux³⁹⁸ les plus graves, à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre³⁹⁹. Point n'est besoin de rappeler que les Etats ont progressivement admis le principe selon lequel les Etats doivent coopérer pour mettre fin à l'impunité des auteurs de crimes qui choquent la conscience de l'humanité. Cette coopération s'impose dans les relations entre la RDC et le Rwanda.

En effet, certains criminels présumés ont réussi à se mettre à l'abri des poursuites en franchissant les frontières de l'Etat de la commission des crimes. Cette situation pourrait s'expliquer, entre autres par l'ouverture des frontières aux fuyards face à la pression des opérations militaires visant à restaurer la paix en RDC, la porosité des frontières facilitant la mobilité transfrontalière des criminels et le profit tiré de la libre circulation dans le cadre de la Communauté économique des pays de grands lacs⁴⁰⁰. De son côté, la communauté internationale, notamment le Conseil de sécurité des Nations Unies⁴⁰¹, l'Union africaine et les pays de la sous-région⁴⁰² n'ont pas cessé d'en appeler à une véritable coopération judiciaire pénale pour contrer le fléau de l'impunité dont jouissent les suspects.

³⁹⁷ Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo, 2010, §§. 15-21 Disponible sur https://www.ohchr.org/documents/countries/cd/drc_mapping_report_final_fr.pdf consulté le 04 décembre 2018. Voir aussi l'Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, République démocratique du Congo c. Ouganda, arrêt du 19 décembre 2005, par.26

³⁹⁸ LIVRE BLANC sur les violations massives des droits de l'homme et des règles de base du droit international humanitaire par les pays agresseurs (Ouganda, Rwanda, Burundi) à l'est de la République démocratique du Congo Couvrant la période du 02 Août 1998 au 05 Novembre 1998, §§.40 et suivants. Disponible sur <https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/4523/3623.pdf?sequence=1>. Consulté le 1er Décembre 2018

³⁹⁹ Rapport du Projet Mapping, supra note 1, par. 463-465 ; 475 et suivants.

⁴⁰⁰ Article 2.3 de la convention portant création de la Communauté économique des pays des grands lacs (CEPGL), du 20 septembre 1976

⁴⁰¹ A titre illustratif nous pouvons citer la Résolution 2098 S/RES/2098 (2013), par.2 et21 ; la Résolution 2136 (2014) du 30 janvier 2014, S/RES/2136 (2014), §.12. Dans cette résolution le Conseil de sécurité appelle tous les Etats de la CIRGL, d'appliquer l'Accord-cadre d'Addis-Abeba du 24 mars 2013, qui exige une coopération judiciaire entre les Etats de la sous-région afin de mettre fin à l'impunité des auteurs des crimes internationaux.

⁴⁰² Les Etats membres de la CIRGL ont signé l'Accord-cadre d'Addis-Abeba du 24 mars 2013 pour la paix, la sécurité et la coopération pour la République démocratique du Congo et la région (des grands lacs). Cet accord appelle ces Etats de ne pas héberger sur leur territoire les auteurs des crimes internationaux commis sur le territoire d'un Etat voisin et de concourir de ce fait à une coopération judiciaire afin de mettre fin à l'impunité dont ils pourraient bénéficier.

La question se pose quant à savoir s'il existe entre la RDC et le Rwanda un cadre juridique suffisamment développé qui gouverne leur coopération en matière pénale et qui faciliterait l'effectivité de celle-ci si oui, quel serait actuellement l'état des lieux de la mise en œuvre de cette coopération pénale entre les deux Etats?

Cette étude couvre une période de 20 ans de criminalité de masse, incluant le génocide rwandais de 1994 et les crimes internationaux commis au cours des conflits armés sur le territoire congolais depuis 1993 jusqu'à la fin de la dernière rébellion du M23 en 2013⁴⁰³. A cet égard, la coopération entre la RDC et le Rwanda a pour objet l'octroi d'une aide par l'Etat requis dans des enquêtes, des poursuites ou d'autres procédures judiciaires en cours dans l'Etat requérant⁴⁰⁴. Il s'agit des mécanismes d'extradition, d'entraide judiciaire, la collaboration policière⁴⁰⁵ et éventuellement le rapprochement des législations. La poursuite des auteurs de crimes internationaux est essentielle afin de mettre fin aux causes structurelles qui permettent la récurrence de leur commission⁴⁰⁶ et de rendre justice aux victimes.

Le cadre juridique relatif à la coopération en matière pénale entre la RDC et le Rwanda inclut un certain nombre des conventions multilatérales et régionales, qui les obligent à prévenir et à réprimer les crimes internationaux. Ces deux Etats bénéficient donc d'un enrichissement du multilatéralisme à leur coopération judiciaire pénale (I), en plus des instruments juridiques bilatéraux et nationaux (II). Cette coopération semble actuellement rencontrer une difficile mise en œuvre (III) en raison de défis aussi bien d'ordre juridique liés aux droits de l'homme et à l'absence d'harmonisation de législation nationale, que d'ordre politique, découlant de la méfiance diplomatique répétitive entre les deux Etats.

⁴⁰³ Dieudonné Diumi Shutsha, La rébellion du M23 à l'est de la République démocratique du Congo, pp.3-4, disponible sur <http://www.sireas.be/publications/analyse2012/2012-18int.pdf> consulté le 19 Décembre 2018.

⁴⁰⁴ Balingene Kahombo, La coopération judiciaire pénale fondée sur les traités de la CEEAC, du COMESA et de la SADC, p.16 disponible sur http://www.hamann-legal.de/upload/5Balingene_Franz.pdf consulté le 28 janvier 2018.

⁴⁰⁵ Id., p.13

⁴⁰⁶ Coopération régionale judiciaire dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux: Analyse des cadres normatifs nationaux et procédures internes à la lumière du Protocole sur la coopération judiciaire de la CIRGL, Rapport de ICTJ sur la conférence organisée à Kinshasa du 15 au 16 mars 2016, conjointement par l'ICTJ et le BCNUDH et en coopération avec le Bureau de l'Envoyé Spécial du Secrétaire général des Nations Unies pour la région des Grands Lacs, p.3 disponible sur https://ungreatlakes.unmissions.org/sites/default/files/judicialcooperation_greatlakes_confreport_fra_ictj.pdf. Consulté le 10 Octobre 2018

I. Cadre juridique multilatéral et régional de la coopération judiciaire pénale entre la RDC et le Rwanda

On peut situer ce cadre juridique au niveau de la participation de la RDC et du Rwanda à certaines conventions multilatérales et régionales. Il faut aussi ajouter certaines conventions instituant des communautés économiques régionales et sous-régionales ainsi que la Conférence internationale pour la région des grands lacs (CIRGL). Il convient également de citer l'apport du Conseil de sécurité au travers le rôle réservé à la Mission de l'Organisation des Nations-Unies pour la stabilisation du Congo (MONUSCO).

A. Les instruments juridiques au niveau multilatéral

1. Les traités

La RDC et le Rwanda sont parties à des conventions internationales qui contiennent une obligation pour les États parties de poursuivre les crimes internationaux⁴⁰⁷ commis sur leur territoire ou à l'étranger. Ces conventions traduisent la consolidation exigée de la coopération judiciaire internationale résultant de l'obligation de lutter contre l'impunité⁴⁰⁸, en poursuivant ou en renvoyant l'auteur des crimes dans l'Etat où il les aurait commis⁴⁰⁹. A titre illustratif, nous pouvons citer la convention des Nations Unies sur la prévention et la répression du crime de génocide de 1948⁴¹⁰, les quatre conventions de Genève du 12 aout 1949⁴¹¹ et leur Protocole additionnel I du 08 juin 1977⁴¹², et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984⁴¹³. Ces conventions consacrent le principe *aut judicare aut*

⁴⁰⁷ Jérôme Francis Wandji, L'Afrique dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux, p.96 Disponible sur <https://www.unicaen.fr/puc/images/crdfl109wandji.pdf> consulté le 05 novembre 2018

⁴⁰⁸ William Bourdon, La coopération judiciaire interétatique, in Hervé Ascensio, Emmanuel Décaux et Alain Pellet (DIR) Droit international pénal, Paris, Ed. DALLOZ, 2000, p.922.

⁴⁰⁹ Jérôme Francis Wandji, supra note 11, p.95.

⁴¹⁰ La RDC et le Rwanda ont respectivement ratifié la Convention sur la prévention et la répression du génocide le 31 mai 1962 et le 16 avril 1975. Les articles I et VI de cette convention consacrent l'obligation de poursuivre les auteurs des actes de Génocide. Par ailleurs l'article VII donne la possibilité aux Etats parties d'extrader les auteurs d'actes de génocide conformément à leur législation et traités en vigueur

⁴¹¹ La RDC a ratifié les quatre Conventions de Genève du 12 aout 1949, en date du 20 février 1961 et le Rwanda a ratifié les quatre Conventions de Genève en date du le 05 mai 1975. L'obligation de coopération ressort respectivement à leurs articles 49, 50, 129 et 146 de quatre conventions de Genève.

⁴¹² La RDC a ratifié en date du 03 juin 1982 le Protocole additionnel I et le 30 mars 2001 le Protocole additionnel II et le Rwanda a ratifié les deux Protocole I et II aux quatre Conventions de Genève en date 19 novembre 1984

⁴¹³ La RDC et le Rwanda ont respectivement ratifié cette Convention le 18 mars 1996 et le

dedere, selon lequel les Etats ont l'obligation de poursuivre, à défaut de procéder à une coopération judiciaire par l'extradition⁴¹⁴. L'extradition est ainsi le mécanisme privilégié de coopération consacré par ces instruments. Par conséquent, la RDC et le Rwanda peuvent valablement évoquer l'une d'entre elles pour se demander mutuellement la coopération dans le cadre des poursuites des auteurs présumés des crimes internationaux commis sur leur territoire. L'obligation de poursuivre à défaut d'extrader constitue une base « juridique » suffisante de coopération judiciaire, même en toute absence d'un traité bilatéral d'extradition.

Cependant, il faut souligner que le crime contre l'humanité ne dispose pas encore une convention générale⁴¹⁵, à l'instar du génocide, de la torture et des crimes de guerre⁴¹⁶. Mais il faut préciser que la Commission du droit international (CDI) a déjà adopté le projet d'articles sur les crimes contre l'humanité qui pourrait devenir une Convention, si les Etats en manifestent leur intérêt⁴¹⁷. Dès lors, la coopération judiciaire, en ce qui concerne le crime contre l'humanité entre la RDC et le Rwanda doit être appréciée sur base de diverses conventions signées sur le plan régional auxquelles les deux Etats sont parties et renforcées par leurs législations respectives. Pour le génocide, l'exigence de la coopération judiciaire, est soutenue par la combinaison des articles I et VII de la convention de 1948 précitée. L'article 1^{er} appelle aux Etats parties à prévenir et à punir les

15 Décembre 2008. L'article 7 de la Convention contre la torture, oblige les Etats parties à poursuivre les présumés auteurs des actes de torture qui se trouvent sur leur territoire à défaut de procéder à leur extradition.

⁴¹⁴ Fannie Lafontaine estime qu'il s'agit de la compétence universelle entendue comme l'affirmation par un État de sa compétence pour juger d'infractions pénales qui auraient été commises sur le territoire d'un autre État par des ressortissants d'un autre État contre des ressortissants d'un autre État et lorsque l'infraction alléguée ne constitue pas une menace directe pour les intérêts vitaux de l'État qui affirme sa compétence. Voir Fannie Lafontaine, La compétence universelle et l'Afrique: ingérence ou complémentarité ? pp.2 et s. disponible sur <https://www.erudit.org/fr/revues/ei/2014-v45-n1-ei01412/1025120ar/> consulté le 08 aout 2019

⁴¹⁵ Il existe la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968. Cette convention appelle les Etats qui y sont parties à favoriser entre eux une coopération judiciaire notamment en s'accordant l'extradition (article 3). Il semble cependant que la RDC n'a pas encore ratifié cette convention. Le Rwanda pour sa part avait adhéré à cette convention en date du 16 avril 1975 Voir https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&clang=_fr consulté le 02 aout 2019. A côté de cette convention il faut citer aussi le Statut de Rome créant la CPI, qui n'est pas un traité de codification des crimes contre l'humanité ; néanmoins il renferme la définition des crimes contre l'humanité suffisamment développée

⁴¹⁶ Ezéchiel Amani Cirimwami et Stefaan Smis, in *Revue québécoise du droit international*, numéro 30.1, 2017 p.3

⁴¹⁷ Madaline George, *Prospects for a Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Humanity*, p.1., disponible sur <https://opiniojuris.org/2019/10/08/prospects-for-a-convention-on-the-prevention-and-punishment-of-crimes-against-humanity/> consulté le 13 novembre 2019

actes de génocide et l'article VII, appelle les Etats parties, à ne pas considérer le génocide comme crime politique en cas de demande d'extradition et qu'en pareil cas, l'Etat requis est appelé à accorder l'extradition conformément à sa législation et autres traités en vigueur. Nous verrons plus tard que les deux Etats ont déjà incorporé le génocide dans leurs législations, mais également sont parties à certaines conventions régionales qui exigent une coopération judiciaire en ce qui concerne le crime de génocide.

Quant aux crimes de guerre, ce sont les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 (respectivement à leurs articles 49, 50, 129 et 146) et leur Protocole additionnel I du 08 juin 1977⁴¹⁸, qui consacrent les bases d'une coopération judiciaire. Il s'agit, pour l'Etat sur le territoire duquel, des présumés auteurs des crimes de guerre se trouveraient de les poursuivre soit de les extraditer vers des Etats qui les réclameraient aux fins de poursuites. Toutefois, certains crimes des guerres se sont perpétrés dans le cadre de conflit armé ne présentant un caractère international dans les deux Etats. Le manque des dispositions pénales dans l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève ainsi que dans le Protocole additionnel II de 1977⁴¹⁹, y relatif est comblé par d'autres instruments juridiques conclus sur le plan régional et auxquels les deux Etats sont parties. Nous développerons plus tard l'apport de ces instruments régionaux, en rapport avec la coopération judiciaire aux fins de réprimer les crimes de guerre commis dans le contexte d'un conflit armé ne présentant pas un caractère international. Nous pouvons aussi ajouter l'apport de la législation nationale. La RDC et le Rwanda répriment les crimes de guerre commis aussi bien en cas des conflits armés internationaux que des conflits armés non internationaux⁴²⁰, et sont susceptibles d'extradition au regard de leur législation respective.

2. Les résolutions du Conseil de sécurité

Les crimes internationaux qui ont été commis en RDC et au Rwanda ont retenu une attention particulière de la communauté internationale. Aux fins de les réprimer la coopération judiciaire entre Etats s'est imposée. Ainsi la Résolution 2098 du Conseil de sécurité a joué un rôle important en adossant l'Accord-cadre

⁴¹⁸ La RDC a ratifié en date du 03 juin 1982 le Protocole additionnel I et le 12 Décembre 2002 le Protocole additionnel II, et le Rwanda a ratifié les deux Protocole I et II aux quatre Conventions de Genève en date 19 novembre 1984. Cependant il est important de signaler que seul le Protocole additionnel I à son article 85 réfère à la répression des infractions graves à ce « Protocole ».

⁴¹⁹ Christian Tomuschat, La cristallisation coutumière, p.33, in H. ASCESIO, op. cit., pp. 23-35

⁴²⁰ Au Rwanda il s'agit des Articles 96-101 de la loi n°68/2018 du 30/08/2018, déterminant les infractions et les peines en général, Official Gazette no. Spécial of 27/09/2018 et en RDC, de l'article 223 de la loi n° 15/022 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal.

d'Addis-Abeba du 24 mars 2014⁴²¹ (auquel la RDC et le Rwanda sont parties). Cet accord-cadre, comme nous le développerons plus tard prône une coopération judiciaire entre les Etats de la région des « Grands Lacs » aux fins de lutter contre l'impunité des auteurs des crimes internationaux particulièrement commis en RDC.

C'est dans cette philosophie qu'il faut comprendre le rôle réservé à la MONUSCO afin d'appuyer la coopération judiciaire entre Etats. Le Conseil de sécurité, dans la résolution 2463 du 29 mars 2019, a accordé au mandat de la MONUSCO des tâches prioritaires. Elles consistent à protéger les civils⁴²² ; constater et signaler au Conseil de sécurité les violations du droit international humanitaire, les violations des droits de l'homme⁴²³, neutraliser les groupes armés au moyen de la Brigade d'intervention placée sous le commandement direct du commandant de la force de la MONUSCO⁴²⁴. Le Conseil de sécurité appelle en outre la MONUSCO à

travailler de concert avec les autorités de la République démocratique du Congo, en tirant parti des capacités et des compétences techniques de la police des Nations Unies, de la Cellule d'appui aux poursuites judiciaires, du Bureau conjoint des Nations Unies pour les droits de l'homme et des autres composantes judiciaires de la MONUSCO, afin d'enquêter sur tous ceux qui sont présumés coupables de génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, de violations du droit international humanitaire et de violations des droits de l'homme ou d'atteintes à ces droits dans le pays, et de traduire les intéressés en justice, notamment en coopérant avec les États de la région et la CPI à la suite de la décision prise par le Procureur de la Cour en 2004 d'ouvrir, à la demande du Gouvernement congolais, une enquête sur les crimes qui auraient été commis dans le contexte du conflit armé en République démocratique du Congo depuis 2002⁴²⁵

En s'appuyant sur la configuration actuelle du mandat de la MONUSCO depuis la résolution 2098 du 28 mars 2013, l'apport de la MONUSCO est nécessaire. Il s'agit, dans le cadre de neutraliser les groupes armés opérant en RDC, d'arrêter leurs membres qui ont commis des crimes internationaux et de les remettre aux autorités compétentes aux fins de poursuites. C'est à ce niveau que la coopération judiciaire alors peut intervenir entre la RDC et le Rwanda, en se fondant sur les instruments juridiques pertinents analysés précédemment et ceux à vocation régionale.

⁴²¹ S/RES/2098 (2013), Annexes A et B

⁴²² S/RES/2463 (2019), §.29, i), a)

⁴²³ S/RES/2463 (2019), §.29, 1), ii), c)

⁴²⁴ S/RES/2463 (2019), §.29, i), d)

⁴²⁵ S/RES/2463 (2019), §.29, i), f)

B. Les traités à vocation régionale et sous régionale

1. L'Acte constitutif de l'Union africaine

L'Acte constitutif de l'Union africaine dans ses larges objectifs, inclut, ceux de coopération internationale⁴²⁶, de la promotion des droits de l'homme⁴²⁷ et de coordination et harmonisation des politiques entre les communautés économiques régionales existantes et futures en vue de la réalisation graduelle des objectifs de l'Union⁴²⁸. Pour atteindre ces différents objectifs, l'UA s'est fixée des principes parmi lesquels, le «respect du caractère sacro-saint de la vie humaine et condamnation et rejet de l'impunité, des assassinats politiques, des actes de terrorisme et des activités subversives⁴²⁹». En outre, il découle de l'article 4(h) de son Acte constitutif que l'UA peut « intervenir dans un État membre sur décision de la Conférence, dans certaines circonstances graves, à savoir: les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité ». Cette position de l'UA est une marque claire de la volonté de lutter contre les crimes internationaux⁴³⁰.

Cependant, en vue de mettre fin aux multiples conflits armés en RDC, sous l'égide de de l'ONU, de l'UA, de la CIRGL et de la SADC, fut signé, l'Accord-cadre pour la paix, la sécurité et la coopération pour la RDC et la Région, le 24 février 2013 à Addis-Abeba. Cet Accord appelle à une coopération judiciaire dans la région des grands lacs, afin de mettre fin à l'impunité des auteurs des crimes internationaux. Ainsi le Conseil de sécurité dans sa résolution 2389 a appelé l'Union africaine d'évaluer les progrès réalisés, les difficultés rencontrées et les lacunes subsistant dans la mise en œuvre de cet Accord⁴³¹. L'UA a réaffirmé son attachement à la mise en œuvre de cet Accord, et a appelé les parties prenantes au dudit Accord à prendre les mesures requises et à redoubler d'efforts en vue de la mise en œuvre effective de tous ses aspects⁴³².

⁴²⁶ Acte Constitutif de l'Union africaine, article 3, e) et k)

⁴²⁷ Id., article 3, h)

⁴²⁸ Id., article 3, i)

⁴²⁹ Id., article 4, o)

⁴³⁰ Edouard Tagakou, Rôle de l'Union africaine dans la répression des crimes internationaux, p.1 disponible sur <https://www.quidjustitiae.ca/blogue/role-de-lunion-africaine-dans-la-repression-des-crimes-internationaux> consulté le 30 janvier 2019. Voir également UA, Décision sur le procès HISSSEN HABRE et l'Union africaine, DOC. Assembly/AU/3 (VII). La Conférence des Chefs d'Etats et de gouvernement avait dans cette décision, reconnu qu'au regard des articles 3, (H) ; 4, (H) et 4, (O), les crimes reprochés à HISSSEN HABRE étaient de la compétence de l'UA et en avait appelé à la coopération de tous les Etats de l'UA avec le Sénégal où il a été jugé.

⁴³¹ S/RES/2389 (2017), 08 décembre 2017, §.24

⁴³² PSC/PR/COMM.(DCCXXX), 07 Novembre 2017, Communiqué du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine, après sa mission effectuée du 22 au 26 octobre 2017, en République démocratique du Congo (RDC),

L'UA reconnaît, en outre, l'existence des communautés économiques régionales (CER)⁴³³. A côté de ces CERs, il existe aussi des communautés économiques sous régionales et incluent toutes une coopération « générale » et « spécifique » y compris en matière judiciaire pénale. La RDC et le Rwanda sont membres de la Communauté économique des Etats de l'Afrique centrale (CEEAC) ; du *Common Market for Eastern and Southern Africa* (COMESA)⁴³⁴ et de la Communauté économique des pays des grands lacs (CEPGL). Nous procéderons d'abord par l'analyse des traités conclus dans le cadre de l'Union africaine (a) en rapport avec la prévention et la répression des crimes internationaux, avant de nous pencher sur les traités instituant les CERs et CESRs (b).

a) Traités de l'Union africaine

i) Le Protocole de Malabo

C'est à la suite de l'utilisation abusive de la compétence universelle⁴³⁵ contre les ressortissants africains en Europe et les divergences entre la CPI et l'UA sur les mandats émis contre certains Chefs d'Etat africain, que l'UA a développé l'idée « d'une compétence régionale » dans la répression des crimes internationaux⁴³⁶. Cette compétence régionale s'est concrétisée avec la poursuite et le jugement de Hissène Habré par les Chambres africaines extraordinaires⁴³⁷. Forte de cette expérience, l'UA s'est dotée d'une instance permanente chargée de réprimer les crimes internationaux en Afrique, par l'adoption du Protocole de Malabo en 2014⁴³⁸, qui n'est pas encore entrée en vigueur⁴³⁹. Il s'agit de la section

⁴³³ Décision Assembly/UA.Dec.112 (VII) relative au moratoire sur la reconnaissance des Communautés économiques régionales, adoptée par la Conférence de l'Union à sa 7ème session ordinaire, tenue à Banjul en Gambie, du 1er au 2 juillet 2006

⁴³⁴ L'article 165 du Traité instituant le COMESA consacre des larges compétences dans le domaine de coopération. Mais elle n'a pas encore été développée dans le cadre de la répression des crimes internationaux, raison pour laquelle nous ne l'analyserons pas profondément dans cette étude.

⁴³⁵ Doc. Assembly/AU/14(XI), 2008, Décision sur le rapport relatif à l'utilisation abusive du principe de compétence universelle.

⁴³⁶ Mutoy Mubiala, La compétence régionale : genèse et mise en œuvre en Afrique, pp.1 et s. disponible sur <http://www.penal.org/sites/default/files/Comp%C3%A9tence%20régionaleMutoy%20Mubiala11.04.2017%20formateado.pdf>. Consulté le 04 août 2019

⁴³⁷ Hissène Habré a été condamné à perpétuité le 30 mai 2016 pour crimes contre l'humanité, torture et crimes de guerre. Cette décision a été confirmée en Appel, le 27 avril 2017

⁴³⁸ Protocole portant amendements au Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole de Malabo), adopté à Malabo, en 2014 qui a créé une section de droit international pénal au sein de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et des peuples. Cette section se chargera de la poursuite de crimes internationaux au sein de cette Cour.

⁴³⁹ La RDC et le Rwanda n'ont pas encore ratifié ce Protocole.

du droit international pénal, au sein de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

ii) *Convention de l'UA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*

La Convention de l'UA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique fut adoptée en 1969⁴⁴⁰. Elle est d'une nature particulière dans le domaine de la coopération, et pour la RDC et le Rwanda, vu la probabilité que certains auteurs des crimes internationaux pourraient se cacher sous le Statut de réfugié et échapper ainsi aux poursuites pénales. Selon son article 1.5, elle ne s'applique pas:

« (...) à toute personne dont l'Etat d'asile a des raisons sérieuses de penser: a) qu'elle a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; b) qu'elle a commis un crime grave de caractère non politique en dehors du pays d'accueil avant d'être admise comme réfugiée; ».

Il découle de cette disposition que le pays d'accueil ne doit pas accorder le statut de réfugié et le droit d'asile à toutes les personnes qui seraient soupçonnées des crimes internationaux commis dans leur pays. Dès lors le mécanisme de coopération en matière judiciaire pénale n'est pas exclu. Ainsi, le pays d'accueil à la demande de l'Etat de la nationalité de ces personnes ou sur le territoire duquel elles ont commis des crimes, peut les extraditer aux fins de poursuites. Dès lors l'appui d'autres instruments juridiques dans le domaine de coopération judiciaire développés dans cette étude est indispensable.

b) Les traités des communautés économiques régionales et sous régionales

i) *Le traité de la CEEAC*

Le traité créant la Communauté économique des Etats de l'Afrique centrale, CEEAC en sigle fut adoptée en 1983. Elle couvre la région de l'Afrique centrale et comprend une dizaine d'Etats parmi lesquels la RDC et le Rwanda. L'article 4 du traité de la CEEAC, précise les objectifs pour lesquels elle a été constituée, y compris « toutes autres activités visant à atteindre les objectifs communautaires que les Etats membres pourront entreprendre en commun ». En outre, l'article 68 du Traité étend la compétence d'harmonisation⁴⁴¹ des politiques des Etats membres à tous « les domaines où cette harmonisation pourrait être

⁴⁴⁰ Cette convention fut ratifiée par la RDC (14 février 1973) et le Rwanda (19 novembre 1979)

⁴⁴¹ Balingene Kahombo, supra note 8, p.5

considérée comme nécessaire ou souhaitable pour le fonctionnement et le développement efficace et harmonieux de la Communauté et pour l'application des dispositions du présent Traité».

Conformément au traité de la CEEAC, ses Etats membres ont adopté en 2006 à Brazzaville la convention en matière de coopération et d'entraide judiciaires entre les Etats membres de la CEEAC. Mais n'ayant pas trouvé des informations relatives à son entrée en vigueur⁴⁴² et à sa ratification par la RDC et le Rwanda, nous ne pouvons pas développer sa contribution à la coopération judiciaire entre les deux Etats. Toutefois, la coopération judiciaire en matière pénale entre les deux Etats membres de la CEEAC, n'est pas affectée négativement. Les autres cadres juridiques restent valables pour fonder cette coopération, parmi lesquels l'espace de la CEPGL.

ii) Coopération judiciaire au niveau de la CEPGL

La Communauté économique des pays des grands lacs (CEPGL) fut instituée en 1976, entre le Rwanda, le Burundi et le Zaïre (RDC, actuellement). Parmi ses larges objectifs figurent la coopération et particulièrement en matière judiciaire à l'article 2.4 de la convention de 1976. Mais c'est avant que la CEPGL ne soit créée que ses Etats membres, en vue de renforcer leurs relations, avaient signé une convention de coopération judiciaire en date du 21 juin 1975. Cette convention est complétée par un Protocole signé la même année, relatif à l'entraide journalière en matière pénale. Ratifiée par les trois Etats membres de la CEPGL, la Convention de 1975 leur offre un mécanisme juridique de coopération judiciaire en matière pénale. Rien n'exclut cependant qu'elle soit une base de coopération en ce qui concerne les crimes internationaux.

En effet, l'article 1^{er} de la Convention de 1975, dispose que les Etats parties (le Rwanda, le Burundi et la RDC) s'engagent à s'accorder une assistance judiciaire réciproque en matière d'extradition des inculpés et des condamnés (...) pour toutes les infractions punissables de plus de 6 mois⁴⁴³, prévues dans leur législation nationale. La RDC et le Rwanda, comme nous le verrons plus tard ont déjà incorporé les crimes de guerre, le crime contre l'humanité, le Génocide et la torture dans leur législation nationale, et ils sont punissables de plus de six mois. Sur cette base nous considérons que la convention internationale peut valablement servir de fondement à une coopération judiciaire pénale entre la RDC et le Rwanda s'agissant des personnes accusées des crimes internationaux à l'instar de la CIRGL.

⁴⁴² L'article 72 de la convention en matière d'entraide et de coopération judiciaires entre les Etats membres de la communauté économique des Etats de l'Afrique centrale prévoit qu'elle entrera en vigueur après le dépôt du quatrième instrument de ratification ou d'adhésion..

⁴⁴³ Article 2 de la Convention de la CEPGL sur la coopération judiciaire de 1975.

c) Cadre de coopération judiciaire offert par la CIRGL

La CIRGL, fut instituée à la suite de nombreux conflits armés et politiques qui ont sévi dans la région des grands lacs, principalement le génocide du Rwanda et les divers conflits armés en RDC. La dimension régionale de ces conflits a milité ainsi à une nécessité d'efforts concertés en vue de promouvoir la paix, le développement et la bonne gouvernance dans la région⁴⁴⁴. Cette vision se concrétisant progressivement avec la Déclaration de 2004 à Dar-es-Salaam entre Onze Etats (parmi lesquels la RDC et le Rwanda) qui se réunirent deux ans après soit en 2006 à Nairobi pour adopter le Pacte sur la sécurité, la stabilité et le développement dans la région des grands lacs. Ce Pacte en vigueur depuis 2008 comprend la Déclaration de 2004, les programmes d'action ainsi que divers Protocoles⁴⁴⁵. Par rapport à la coopération judiciaire en matière pénale, la CIRGL dispose d'un cadre juridique suffisant, que les deux Etats peuvent exploiter et fonder leur coopération judiciaire en matière pénale. Ce cadre est constitué, outre le Pacte, de deux Protocoles⁴⁴⁶, l'un pour la prévention et la répression du crime de Génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination, et l'autre sur la coopération judiciaire.

i) Le Protocole pour la prévention et la répression du crime de Génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination.

Les Etats parties au Pacte de la CIRGL se sont engagés, au travers ce Protocole, de s'appuyer une assistance mutuelle moyennant la coopération de leurs institutions⁴⁴⁷ dans la poursuite des crimes internationaux (le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité). Le Protocole précise, en des termes non équivoques, qu'en cas de demande d'extradition, il servirait de base de référence aux Etats qui n'auraient pas un accord d'extradition entre eux⁴⁴⁸. Le pays requérant doit alors disposer d'un arsenal juridique important réprimant les crimes internationaux.⁴⁴⁹ A côté de l'extradition, ce Protocole a

⁴⁴⁴ <http://www.icglr.org/index.php/fr/historique> consulté le 19 décembre 2018

⁴⁴⁵ Id.

⁴⁴⁶ Ces Protocoles ne sont pas sujets à une ratification séparée par les Etats membres. Chapitre V du Protocole sur la Coopération Judiciaire du 1er Décembre 2006 et le Chapitre VI du Protocole pour la prévention et la répression du crime de Génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination

⁴⁴⁷ Article 13 du Protocole pour la prévention et la répression du crime de Génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination

⁴⁴⁸ Id., Article 14.2

⁴⁴⁹ Article 15 du Protocole pour la prévention et la répression du génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination.

institué d'autres mécanismes de coopération comme l'échange d'informations⁴⁵⁰ et l'établissement de commissions d'enquêtes mixtes⁴⁵¹, au même titre que le Protocole sur la coopération judiciaire.

ii) Protocole sur la coopération judiciaire

Le Protocole sur la coopération judiciaire au Pacte sur la sécurité, la stabilité et le développement dans la Région des Grands Lacs met l'accent sur les mécanismes d'extradition et d'entraide judiciaire entre Etats. Il dispose, en son article 16 al. 1, ce qui suit:

« Conformément aux dispositions de leur législation nationale et aux instruments juridiques internationaux en vigueur, les Etats membres s'engagent à s'assister mutuellement par le traitement des demandes venant des autorités compétentes et à appliquer des mesures nécessaires pour faciliter les procédures et les formalités relatives aux enquêtes et poursuites des infractions. »

Ces mécanismes institués sont l'extradition, les commissions mixtes et l'échange d'informations. En ce qui concerne l'extradition, les demandes d'extradition doivent concerner les infractions punissables de plus de six mois⁴⁵². Cependant, quant à la procédure, ce protocole, à son article 7 dispose que :

« La demande d'extradition sera adressée au ministre de l'Etat requis ayant la Justice dans ses attributions par le ministre de l'Etat requérant ayant la justice dans ses attributions, par voie diplomatique.

La demande d'extradition comprendra:

- a) Un mandat d'extradition signé par le ministre de l'Etat requérant ayant la Justice dans ses attributions ou par la personne qui exerce ces attributions ;
- b) Un mandat d'amener ou un autre document judiciaire équivalent délivré par un magistrat dûment autorisé à prendre connaissance des actes imputés à l'inculpé dans l'Etat requérant
- c) Le signalement de la personne réclamée et toutes les particularités de nature à établir son identité.

Le Ministre ayant la Justice dans ses attributions, saisi de la demande, transmettra ce document à l'autorité judiciaire compétente pour rendre le dit mandat d'amener exécutoire conformément à la législation en vigueur dans l'Etat requis.»

⁴⁵⁰ Id., article 20

⁴⁵¹ Id. article 17

⁴⁵² Id., article 3

Les Etats membres de la CIRGL, ont convenu, en outre de créer des commissions d'enquête mixte⁴⁵³ en vue de faciliter les procédures et les formalités relatives à leur coopération judiciaire. Une requête pour la mise sur pied d'une commission d'enquête mixte est transmise, par la voie diplomatique, par le Ministre de la Justice de l'État requérant à son homologue de l'Etat requis. Dès réception de la requête, le Ministre de la Justice la transmet à l'autorité territorialement compétente⁴⁵⁴. L'article 19 du Protocole précise que « la demande de création d'une commission d'enquête mixte décrira l'infraction, objet de l'instruction, mentionnera les noms et dans la mesure du possible les adresses des auteurs présumés ainsi que la mesure ou les mesures d'instruction requises ». En fin, dans l'optique de prévenir et de lutter efficacement contre la criminalité dans la Région des Grands Lacs, les polices des Etats parties devront, échanger entre elles les renseignements en matière d'investigation criminelle et de prévention criminelle. En matière d'investigation criminelle, les polices des Etats parties rechercheront et se communiqueront les renseignements relatifs aux auteurs, coauteurs et complices de crimes internationaux⁴⁵⁵.

2. Autres instruments

a) Les Accords de Lusaka et de Pretoria

Pour mettre fin aux conflits armés qui ont été déclenchés après la prise du pouvoir par Laurent Desiré Kabila en 1997 en RDC, des accords furent signés entre la RDC, certains Etats ainsi que certains groupes armés.⁴⁵⁶ Il s'agit des Accords de Lusaka et de Pretoria. L'accord de Lusaka, signé par la RDC et plusieurs de ses Etats voisins parmi lesquels le Rwanda, visait à mettre un terme aux opérations militaires en RDC⁴⁵⁷. Il interdit tout mouvement militaire et transfert d'armes vers le champ de bataille⁴⁵⁸ et appelle toutes les nations à respecter les droits humains et à protéger les civils.

Les parties à cet accord s'étaient engagés à la normalisation de la situation de sécurité le long des frontières communes entre la RDC et ses voisins. A cet effet, les parties à l'Accord se sont engagées à s'abstenir d'armer, entraîner, héberger sur leur territoire ou apporter une forme quelconque d'aide

⁴⁵³ Article 17 du Protocole sur la coopération judiciaire et l'article 17 du Protocole sur la prévention et la répression du Génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination

⁴⁵⁴ Id. article 18

⁴⁵⁵ Article 19 du Protocole sur la coopération judiciaire

⁴⁵⁶ L'Accord de Lusaka a été signé par Jean Pierre BEMBA du Mouvement de libération du Congo et par les membres du Rassemblement congolais pour la démocratie.

⁴⁵⁷ Accord de Lusaka, supra note 59, article 1er

⁴⁵⁸ Id., article 2

aux éléments subversifs et aux mouvements d'opposition armés, dans le but de déstabiliser les autres pays⁴⁵⁹. Pour donner effet à ces engagements, les parties ont fait prévaloir la coopération comme méthode idoine. Ainsi, il fallait procéder à la remise au TPIR ou aux tribunaux nationaux les auteurs des crimes internationaux⁴⁶⁰. Dans cette optique, l'Accord exigeait des parties la création de conditions favorables à l'accomplissement de l'objectif de poursuivre les auteurs des crimes « internationaux » et en excluait toute forme d'amnistie aux auteurs de ces crimes⁴⁶¹.

L'accord de Lusaka qui avait eu des difficultés d'application, fut suivi par le Protocole d'accord signé entre les gouvernements de la RDC et du Rwanda sur le retrait des troupes rwandaises du territoire congolais et le désarmement des forces ex-FAR et Interahamwe en RDC signé le 30 juillet 2002. Ces deux Etats ont réaffirmé au travers ce protocole leur attachement à la coopération afin de mettre fin à la crise sécuritaire de l'époque. La RDC s'était ainsi engagée à identifier, regrouper et désarmer les ex-Forces armées rwandaises et les milices Interahamwe qui étaient basés sur son territoire parmi lesquels il y avait des présumés auteurs du génocide de 1994. Le Rwanda pour sa part s'engageait à retirer plus de ses 30.000 soldats déployés en RDC.

b) L'Accord-cadre pour la paix, la sécurité et la coopération pour la République démocratique du Congo et la région (des grands lacs)

Comme dit précédemment, c'est en vue de mettre fin aux multiples conflits armés en RDC, que les Etats de la région des grands lacs, sous l'égide de l'ONU, de l'UA, de la CIRGL et de la SADC, ont conclu l'Accord-cadre d'Addis-Abeba le 24 mars 2013. Cet Accord fait obligation aux Etats de la région des grands-lacs de ne pas héberger sur leur territoire les auteurs des crimes internationaux commis sur le territoire de toute partie à l'Accord⁴⁶² et de ne leur accorder aucune forme de protection. Il oblige, en outre, les Etats parties, à favoriser entre eux une coopération judiciaire⁴⁶³ afin de mettre fin à l'impunité dont bénéficient certains criminels. Cet Accord fut endossé par la Résolution 2098 dans ses annexes A et B, où est réaffirmée la coopération judiciaire que les Etats de la sous-région doivent s'accorder. Ainsi les deux Etats peuvent valablement l'utiliser pour leur coopération judiciaire en matière pénale.

⁴⁵⁹ Article 12 de l'annexe A de l'Accord de Lusaka

⁴⁶⁰ Id., article 9.1.a)

⁴⁶¹ Id., article 9.2

⁴⁶² Engagements 5 de l'Accord-cadre pour la paix, la sécurité et la coopération pour la République démocratique du Congo et la région. Signé à Addis-Abeba le 24 mars 2013, disponible sur <http://www.globalr2p.org/media/files/au-peace-and-security-drc.pdf> Consulté le 14 mars 2018

⁴⁶³ Id.

II. Cadre juridique bilatéral et national pour la coopération judiciaire pénale entre la RDC et le Rwanda

A. Convention bilatérale

Pour le récent transfert de Ignace Nkaka et de Théophile Abega⁴⁶⁴, tous deux cadres des FDLR, au Rwanda, on peut entendre qu'il a été possible grâce à un accord de coopération judiciaire existant entre la RDC et le Rwanda. N'ayant pas plus d'information sur cet Accord⁴⁶⁵, nous ne pouvons pas apprécier jusqu'à quelle hauteur il contribuerait à la coopération entre la RDC et le Rwanda en matière des crimes internationaux. Qui plus est la RDC avait fondé sa demande d'extradition des membres du M23 en 2013, sur l'Accord-cadre d'Addis-Abeba et sur les recommandations du Conseil de sécurité⁴⁶⁶ et non sur cet Accord d'extradition qui existerait entre la RDC et le Rwanda. Précédemment dans cette étude, nous avons relevé le fait que, la coopération judiciaire entre la RDC et le Rwanda, est possible même à l'absence d'un traité bilatéral d'extradition, grâce aux traités multilatéraux auxquels ils sont parties. Il est dès lors important, d'analyser l'apport des législations nationales de la RDC et du Rwanda à cette coopération judiciaire.

B. L'apport des législations nationales de la RDC et du Rwanda pour leur coopération en matière des crimes internationaux.

La législation nationale dans le domaine de la coopération judiciaire pénale entre Etats, joue un rôle crucial. Ce rôle se confirme par la double incrimination exigée des faits pour lesquels une extradition est demandée et certaines limites à l'extradition comme l'existence de la peine de mort dans la législation de l'Etat requérant⁴⁶⁷. Cependant il y a lieu de relever que ces conditions sont généralement consacrées par la législation nationale en matière d'extradition. Elles conservent leur pertinence par le fait que, la plupart de traités multilatéraux et régionaux en matière de coopération judiciaire, se limitent à donner aux Etats la base juridique

⁴⁶⁴ RFI, RDC / Rwanda: deux cadres FDLR extradés vers Kigali, <http://www.rfi.fr/afrique/20190128-visite-ua-annulee-rdc-accord-kigali-kinshasa> consulté le 20 février 2019. Arrêtés le 15 décembre 2018 dans la province du Nord-Kivu, ils furent transférés au Rwanda le 21 janvier 2019. Ils sont accusés d'avoir commis le génocide contre les Tusti en 1994 au Rwanda

⁴⁶⁵ Au cours de nos recherches nous avons trouvé des écrits qui attestent l'existence d'un Accord de coopération judiciaire entre la RDC et le Rwanda qui serait signé en 1966.

⁴⁶⁶ www.ambardc.eu consulté le 10 février 2019

⁴⁶⁷ Le respect du droit à la vie fait partie de nombreux autres droits de l'homme fondamentaux qui doivent être respectés durant la procédure de demande d'extradition. L'exemple est donné par l'article 8 de la loi n°31/2007 du 25 juillet 2007 telle que modifiée en 2008 portant abolition de la peine de mort (du Rwanda) qui interdit toute extradition vers un Etat qui maintient la peine de mort dans sa législation.

de leur coopération et renvoient aux lois nationales l'organisation de la procédure d'extradition. En même temps, la plupart de ces traités, exigent aussi aux Etats parties de punir les crimes concernés dans leur législation nationale. Il ne s'agit pas d'une exigence de double incrimination des faits en droit international, mais d'une obligation de punir ou d'incriminer en vertu du traité ratifié par les Etats⁴⁶⁸, dont la violation peut engager la responsabilité internationale de l'Etat. L'objectif de cette obligation de punir les crimes concernés en droit interne, étant de soustraire les potentiels criminels de l'impunité. Cependant, parmi les limites à l'extradition consacrées par le droit international, il y a lieu de citer à titre illustratif l'article 3 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui interdit l'extradition d'une personne vers un Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.

La législation nationale a trait de ce fait aux lois qui répriment les crimes internationaux mais également aux lois qui organisent la procédure d'extradition et d'autres formes d'entraide judiciaire. Nous apprécierons successivement la législation congolaise (1) et rwandaise (2) dans ce double aspect de la coopération judiciaire pénale.

1. La législation congolaise

En RDC, il faut citer les lois relatives à la prévention et la répression des crimes internationaux. Il s'agit de la loi n°024-2002 du 18 novembre 2002 portant Code pénal militaire telle que modifiée par la loi n° 15/023 du 31 décembre 2015⁴⁶⁹ ; de la loi n°23-2002 du 18 novembre 2002 portant code judiciaire militaire modifiée et complétée par la loi organique n° 17/003 du 10 mars 2017 ; du Décret du 30 janvier 1940 tel que modifié par la loi n° 15/022 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal. Ces lois ont inséré dans la législation congolaise les crimes de guerre, le crime de génocide et les crimes contre l'humanité⁴⁷⁰ et les ont rendu punissables de la peine de mort (articles 221 à 223 du Code pénal complété). En plus de ces lois, la

⁴⁶⁸ Une illustration est donnée par la Cour Internationale de justice dans l'affaire relative aux Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), §.75. « L'obligation de l'Etat d'incriminer la torture et d'établir sa compétence pour en connaître trouve son équivalent dans les dispositions de nombreuses conventions internationales de lutte contre les crimes internationaux. Cette obligation, qui doit être mise en œuvre par l'Etat concerné dès qu'il est lié par la convention, a notamment un caractère préventif et dissuasif puisque, en se dotant de l'arsenal juridique nécessaire pour poursuivre ce type d'infraction, les Etats parties garantissent l'intervention de leur système judiciaire à cet effet et s'engagent à coordonner leurs efforts pour éliminer tout risque d'impunité »

⁴⁶⁹ Cette loi de 2015 a supprimé l'article 207 du Code pénal militaire qui reconnaissait l'exclusivité des juridictions pénales militaires à connaître les crimes internationaux.

⁴⁷⁰ L'article 4 de la loi n° 15/022 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 portant Code pénal, a ajouté les articles 221 (crime de génocide) ; article 222 (crime contre l'humanité) et l'article 223 (crimes de guerre) au Code pénal « congolais »

loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire, reconnaît la compétence aux Cours d'appel de poursuivre les auteurs des crimes internationaux⁴⁷¹. Également en 2011, la RDC a adopté la loi n° 11/008 du 09 juillet 2011 portant criminalisation de la torture.

Sur le plan procédural, l'extradition est régie par le Décret du 12 avril 1886 sur l'extradition. Cependant, plus récemment, la RDC a adopté la loi n° 15/024 du 31 décembre 2015 modifiant et complétant le Décret du 06 août 1959 portant Code de procédure pénale, qui organise la coopération judiciaire avec seulement la Cour pénale internationale⁴⁷². En cas de demandes concurrentes venant de la Cour et de tout autre Etat ; la loi renvoie à l'article 90 du Statut de Rome, qui donnent différentes solutions y relatives (article 21 sixties).

2. La législation rwandaise

Le Rwanda a établi la compétence pour ses juridictions à poursuivre les crimes de génocide, la torture, crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, particulièrement aux articles 26, 29, 42, 43, 83 de la loi n°30/2018 du 02/06/2018 déterminant la compétence des juridictions⁴⁷³.

Sur le plan procédural, la Constitution du Rwanda interdit l'extradition des Rwandais alors que pour les étrangers, l'extradition peut être accordée conformément à la loi (article 29). La loi n°31/2007 du 25 juillet 2007 telle que modifiée en 2008 portant abolition de la peine de mort, à son article 8, interdit l'extradition, lorsque l'Etat requérant maintient la peine de mort dans sa législation. Le Rwanda a aboli la peine de mort pour effectivement favoriser la coopération judiciaire dans la poursuite des personnes soupçonnées des crimes commis sur son territoire. En droit rwandais, il y a lieu de citer, en outre, la loi n° 47/2013 du 16 juin 2013 relative au transfert et à l'extradition des auteurs de génocide au Rwanda du TPIR et d'autres États.

Le cadre juridique ci-haut décrit est composé des conventions internationales et de la législation nationale respective de deux Etats. La législation nationale est indispensable dans l'exigence de la double incrimination et du taux de la peine appliqué aux infractions pour lesquelles une demande de coopération judiciaire est adressée à un Etat. Cependant, ces diverses conventions ne s'excluent pas. Elles sont dans un rapport horizontal, et de ce fait, les deux Etats

⁴⁷¹ Article 91 de la Loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire

⁴⁷² Conformément à l'article 88 du Statut de Rome de la CPI

⁴⁷³ Loi n°30/2018 du 02/06/2018 déterminant la compétence des juridictions, Official Gazette n° Special of 02/06/2018

peuvent les évoquer, ensemble ou séparément aux fins de fonder leur coopération judiciaire en fonction des crimes visés. Dès lors, il est intéressant d'apprécier la mise en œuvre de ce cadre juridique, pour la coopération judiciaire entre la RDC et le Rwanda.

III. La mise en œuvre difficile de la coopération judiciaire pénale entre la RDC et le Rwanda

Les cadres juridiques (multilatéral, régional et national) décrits ci-haut, se complètent dans le fondement de coopération judiciaire pénale entre la RDC et le Rwanda. Cependant cette coopération judiciaire pénale est loin d'être aisée. Il existe plusieurs obstacles juridiques et politiques (B) en ce qui concerne l'exécution des demandes de coopération entre les deux Etats (A).

A. L'exécution des demandes de coopération judiciaire entre la RDC et le Rwanda

1. Tableau des personnes qui ont fait l'objet de demande de coopération judiciaire entre la RDC et le Rwanda en matière des crimes internationaux

Le tableau ci-dessous présente l'état de la coopération judiciaire pénale entre la RDC et le Rwanda, pour les cas des présumés auteurs « emblématiques » des crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et du génocide commis sur les territoires de deux Etats. Cependant, il s'agit d'une présentation non exhaustive faute d'archives officielles sur les cas des personnes soupçonnées des crimes internationaux, surtout en RDC faisant l'objet de demande de coopération judiciaire pénale.

N°	ACCUSES	ETAT REQUERANT	ETAT REQUIS	REPONSE
01	LAURENT NKUNDABATWARE	RDC Mandat d'arrêt international de 2005 ⁴⁷⁴	Rwanda	Négative ⁴⁷⁵
02	INNOCENT ZIMURINDA	RDC Mandat d'arrêt international du 16 mai 2013 émis par l'auditeur général des FARDC.	Rwanda	Négative ⁴⁷⁶
03	ERIC BADEGE	RDC Mandat d'arrêt international du 16 juillet 2013 émis par l'auditeur général des FARDC.	Rwanda	Négative ⁴⁷⁷
04	JEAN MARIE RUNIGA	RDC Mandat d'arrêt international du 16 mai 2013	Rwanda	Négative ⁴⁷⁸
05	BAUDOIN NGARUYE	RDC Mandat d'arrêt du 16 mai 2013	Rwanda	Négative ⁴⁷⁹
06	IGNACE KANKA ET THEOPHILE ABEGA	RWANDA	RDC	Positive ⁴⁸⁰

⁴⁷⁴ Human Right Watch, RD Congo: Arrêtez Laurent Nkunda pour crimes de guerre, L'armée et les Nations Unies devraient agir pour protéger les civils, (1er février 2006) disponible sur <https://www.hrw.org/fr/news/2006/02/01/rd-congo-arretez-laurent-nkunda-pour-crimes-de-guerre> consulté le 17 novembre 2019

⁴⁷⁵ Rapport de l'ICTJ, supra note 10, pp.9 et 16-17

⁴⁷⁶ Id.

⁴⁷⁷ Id.

⁴⁷⁸ Id.

⁴⁷⁹ Id.

⁴⁸⁰ RFI, RDC / Rwanda: deux cadres FDLR extradés vers Kigali, supra note 68

2. Commentaire du tableau : une coopération déséquilibrée entre la RDC et le Rwanda.

Les six (6) cas étudiés concernent les personnes accusées des crimes internationaux commis pour les cinq (5) premiers cas en RDC et le sixième cas au Rwanda. Il s'agit de:

- Laurent Nkundabatware arrêté le 22 janvier 2009 au Rwanda⁴⁸¹, la RDC n'a toujours pas obtenu son extradition, après le mandat d'arrêt international émis contre lui en 2005⁴⁸².
- Des membres du Mouvement de 23 mars (M23) à savoir : Baudoin Ngaruye, Innocent Zimurinda, JM Runiga et Eric Badege contre qui la justice militaire congolaise a émis des mandats d'arrêt internationaux respectivement en dates du 16 mai 2016 et 17 juillet 2016⁴⁸³, et
- De Ignace Kanka et Théophile Abega, deux sujets rwandais membres de FDLR, transférés au Rwanda au mois de Janvier 2019 par la RDC.

Pour les six (6) cas qui appellent une coopération judiciaire mutuelle entre les deux Etats, nous constatons que le Rwanda n'a pas procédé à aucune extradition des auteurs des crimes internationaux commis en RDC, à sa demande. La RDC quant à elle, a donné une réponse positive pour le seul cas étudié concernant la demande de coopération du Rwanda à la RDC. Le Rwanda a fait savoir en 2016 lors d'une conférence sur la coopération régionale judiciaire dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux, tenue à Kinshasa en 2016⁴⁸⁴, que:

« tant que la peine de mort sera dans l'arsenal juridique congolais, il sera difficile pour le Rwanda d'extrader un citoyen poursuivi ou rechercher par la RDC⁴⁸⁵. » et d'ajouter « En sommes, pour le Rwanda, la peine de mort dans l'arsenal juridique de la RDC demeure un sérieux problème. Il faut respecter le droit à la vie et pour cela, il est important que la RDC abolisse la peine de mort. »

⁴⁸¹ Jean Migabo Kalere, Nkunda arrêté au Rwanda: extradition vers la R.D. Congo ou remise à la Cour pénale internationale? p.8 Disponible sur <http://www.congoforum.be/upldocs/NKUNDA%20EXTRADITION%20AU%20CONGO%20OU%20TRANSFERT%20A%20CPI%20%20x.pdf>. Consulté le 05 Novembre 2018. Voir également Human Right Watch, supra note 78.

⁴⁸² Id., p.9

⁴⁸³ Justice-paix : La RDC demande au Rwanda l'extradition de 4 dirigeants du M23, Disponible sur http://www.ambardc.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=574;justice-paix-la-rdc-demande-au-rwanda-letradition-de-4-dirigeants-du-m23&catid=41:top-headlines consulté le 1er Décembre 2018

⁴⁸⁴ Conférence organisée à Kinshasa du 15 au 16 mars 2016. Thème : Coopération régionale judiciaire dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux: Analyse des cadres normatifs nationaux et procédures internes à la lumière du Protocole sur la coopération judiciaire de la CIRGL. Voir Rapport de l'ICTJ, supra note 10

⁴⁸⁵ Rapport de l'ICTJ, supra note 10, pp.16-17

Il y a lieu de conclure à un déséquilibre dans la coopération judiciaire pénale entre la RDC et le Rwanda. Ce déséquilibre est expliqué par des obstacles à la mise en œuvre de cette coopération judiciaire pénale entre les deux Etats. Ces obstacles sont à la fois juridiques et politiques.

B. Les obstacles juridiques et politiques

1. Les obstacles juridiques

Les obstacles juridiques à la coopération judiciaire pénale « équilibrée » entre la RDC et le Rwanda, sont expliqués par l'exigence liée au respect des droits de l'homme. Ce respect des droits de l'homme est lui-même influencé par l'absence d'harmonisation législative de deux Etats, quant aux peines à appliquer aux criminels. Nous apprécierons également la probable incidence de la nationalité des personnes soupçonnées des crimes internationaux ainsi que leurs immunités sur cette coopération entre les deux Etats en matière de crimes internationaux.

a. Le respect des droits de l'homme et l'absence d'harmonisation législative

La protection des droits de l'homme a fait évoluer le droit de l'extradition vers une meilleure prise en compte de la situation personnelle de l'individu faisant l'objet d'une procédure d'extradition⁴⁸⁶. De ce fait, les situations dans lesquelles, un individu faisant l'objet d'une demande d'extradition risquerait une violation grave de ses droits, comme le risque d'être torturé⁴⁸⁷ et de subir la peine de mort⁴⁸⁸, de violation du droit au procès équitable constituent des limites ou des obstacles à la procédure d'extradition⁴⁸⁹. L'existence de la peine de mort dans la législation congolaise a été ainsi le principal motif pour le Rwanda de ne pas extradier⁴⁹⁰ Laurent Nkunda et les quatre membres du M23 précités vers la RDC.

Le Rwanda par sa loi du 25 juillet 2007, a aboli la peine de mort et interdit toute extradition des auteurs présumés des crimes vers des Etats qui n'ont pas aboli la peine de mort⁴⁹¹. On peut soutenir qu'il s'agit d'une absence

⁴⁸⁶ Mikaël Poutiers, L'extradition des auteurs d'infractions internationales, p.939, in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Allain Pellet (DIR), Droit international pénal, Paris, ED. A. PEDEONE, 2000, pp.933-950

⁴⁸⁷ Article 3 de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

⁴⁸⁸ Mikaël Poutiers, supra note 84, pp.933-950

⁴⁸⁹ Id.

⁴⁹⁰ Rapport de l'ICTJ, supra note 10, pp.16-17

⁴⁹¹ L'article 29 de la Constitution du Rwanda, en matière d'extradition des étrangers se trouvant sur son territoire, renvoie à la loi. Ainsi l'article 8 de la loi du 25 juillet 2007 portant abolition

d'harmonisation des législations, quant aux peines à appliquer aux personnes reconnues coupables des crimes internationaux, dans les deux Etats et en rapport avec l'extradition. Dans la pratique, les Etats s'engagent à ne pas appliquer la peine de mort contre les personnes devant être extradées. Lors de la conférence organisée à Kinshasa en 2016, sur la coopération judiciaire dans la région des Grands Lacs, la délégation du Rwanda, a fait savoir que :

« (...) tant que la peine de mort sera dans l'arsenal juridique congolais, il sera difficile pour le Rwanda d'extrader un citoyen poursuivi ou rechercher par la RDC⁴⁹² ».

b. La nationalité

La nationalité des auteurs des crimes internationaux commis sur les territoires de deux Etats n'a pas encore été évoquée officiellement pour expliquer la réponse négative de la demande de coopération judiciaire. La RDC et le Rwanda, interdisent l'extradition de leurs citoyens⁴⁹³.

c. Les immunités

Il sied de relever que jusqu'à présent, les immunités, telles que consacrées en droit international, n'ont pas encore été soulevées pour bloquer la coopération judiciaire entre les deux Etats. En l'état actuel du droit international, en rapport avec les crimes internationaux, le fait d'avoir, en tant que chef d'Etat, chef de Gouvernement, haut fonctionnaire de l'Etat, commis des crimes internationaux ne les dégage pas de leur responsabilité. Il s'agit du rejet des immunités fonctionnelles⁴⁹⁴. Cependant le rejet des immunités fonctionnelles n'impliquent pas directement le rejet de leurs immunités personnelles devant les juridictions pénales étrangères⁴⁹⁵. Ainsi ces immunités personnelles devant les juridictions pénales étrangères pourraient poser des problèmes si ces juridictions étrangères sont appelées à statuer sur la demande de leur extradition. La situation ne s'étant pas encore présentée, nous ne pouvons pas approfondir l'analyse de l'impact des immunités personnelles de leurs bénéficiaires devant les juridictions pénales étrangères, dans cette étude.

de la peine de mort (au Rwanda), interdit l'extradition vers des Etats qui n'ont pas encore aboli la peine de mort.

⁴⁹² Rapport de l'ICJT, supra note 10, p. 16

⁴⁹³ Article 29 de la Constitution du Rwanda. Il ressort de l'article 1er du Décret du 12 avril 1886 relatif à l'extradition, que la RDC ne peut pas extrader ses citoyens, cet article se limitant à l'extradition des étrangers.

⁴⁹⁴ Jacques Mbokani, Immunités et répression des crimes de droit international dans le système du Statut de Rome, in Ivon Mingashang (DIR), La responsabilité du juriste face aux manifestations de la crise dans la société contemporaine, un regard croisé autour de la pratique du droit par le Professeur Auguste Mampuya, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp.206 et s.

⁴⁹⁵ Id.

2. Les obstacles politiques

Dans *l'affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971*, dans une déclaration commune, quatre (4) juges « de la CIJ » affirmaient qu'au regard du droit international général, l'extradition est une décision souveraine de l'Etat requis qui n'est jamais tenu d'y procéder⁴⁹⁶». En suivant cette acception, il n'y a aucun doute sur le rôle important que la politique peut jouer dans la suite à donner à une demande de coopération judiciaire. Dans de nombreux pays où des crimes internationaux ont été commis, les obstacles politiques sont susceptibles de représenter les plus grandes entraves à de réelles enquêtes et poursuites, ainsi qu'à des procès équitables.

Tel est le cas de la coopération judiciaire en matière des crimes internationaux entre la RDC et le Rwanda qui a été torpillée par la politique. Il sied de rappeler que la procédure de demande d'extradition revêt à la fois un caractère diplomatique et judiciaire. La demande passe généralement par le canal diplomatique et de ce fait la politique a une main mise sur cette demande. Elle peut la bloquer.

En RDC les crimes ont été commis dans le contexte des conflits armés, dont le Rwanda a été accusé de tireur de ficelles. Une méfiance diplomatique s'en est suivie entre les deux Etats, avec comme conséquence le blocage de toute négociation sur leur coopération judiciaire, pour que les personnes accusées des crimes internationaux qui s'étaient réfugiées au Rwanda soient extradées vers la RDC. Qui plus est, pour mettre fin à la crise sécuritaire en RDC, d'importantes négociations bilatérales entre la RDC et le Rwanda eurent lieu et il nous semble que la question de coopération judiciaire ait été mise à l'écart. Ceci serait expliqué par le fait que la RDC fragilisée par l'insécurité grandissante à l'Est, donnait plus de priorité à la paix et à la sécurité. C'est ainsi que des opérations conjointes (RDC et Rwanda, comme: UMOJA WETU⁴⁹⁷) visant à neutraliser les FDLR sur le territoire congolais, ont été mises en place⁴⁹⁸. Dès lors, la question des

⁴⁹⁶ CIJ, affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne C. Etas unis d'Amérique), demande en indications des mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992. Le droit international ne connaît pas d'obligation générale d'extrader un individu, comme le rappelle les juges Evansen, Tarassov, Guillaume et aguillar Masdsley:

⁴⁹⁷ Le cas de BOSCO NTAGANDA est illustratif. Les autorités congolaises avaient refusé de l'arrêter pour sa remise à la CPI au nom de la paix. Il s'était livré lui-même à l'ambassade des Etats-Unis à Kigali en mars 2013 puis transféré à la CPI. Le procès s'est ouvert le 02 septembre 2015 et les déclarations de clôture du procès ont eu lieu du 28 au 30 aout 2018, voir <https://www.ICC-cpi.int/drc/ntaganda?ln=fr> consulté le 20 février 2019

⁴⁹⁸ L'opération « Umoja Wetu » (Notre Unité) débuta le 20 janvier 2009. Le 5 décembre 2008 par le ministre congolais des Affaires étrangères Alexis Thambwe Mwamba et son homologue rwandais Rosemary Museminali annonciaient dans un même communiqué le lancement imminent d'une opération militaire conjointe « Umoja Wetu » contre les FDLR et l'ouverture

poursuites judiciaires des personnes impliquées dans les crimes commis en RDC, y compris par la coopération judiciaire se trouvaient mise à l'écart. En outre, l'implication du Rwanda dans les différents conflits armés en RDC, expliquerait ainsi le refus d'extrader les personnes accusées des crimes en RDC, qu'il aurait lui-même façonnées.

C. Perspective

En l'état actuel, la coopération judiciaire pénale entre la RDC et le Rwanda connaît comme obstacle principal et sur le plan juridique l'existence de la peine de mort dans la législation congolaise. Il faut ajouter la méfiance diplomatique que les deux Etats ont fréquemment connue à la suite des différentes crises sécuritaires à l'est de la RDC et qui a bloqué leur coopération judiciaire. En plus, la nationalité et les immunités n'ont pas encore été évoquées pour expliquer la réponse négative d'une demande de coopération, mais elles constituent des risques potentiels de blocages de cette coopération judiciaire entre les deux Etats. Cette crainte s'explique, par les réalités sociologiques entre les deux Etats, sur la nationalité des personnes impliquées dans la commission des crimes internationaux sur leur territoire.

Cependant, on ne peut pas se voiler la face sur la peine de mort dans la législation congolaise, comme obstacle à la coopération judiciaire entre la RDC et le Rwanda, qu'elle soit ou non diplomatiquement expliquée. Toute solution diplomatique entre les deux Etats ne le vide pas de sens. La législation rwandaise exige en cas de demande d'extradition venant des Etats qui n'ont pas encore aboli la peine de mort des garanties que cette peine ne sera pas appliquée.⁴⁹⁹ Il s'agit d'une possibilité pour la RDC dans ses relations avec le Rwanda, d'exclure l'application de la peine de mort aux personnes extradées par un accord bilatéral (1). Cependant, la priorisation par la RDC et le Rwanda du processus diplomatique pour l'effectivité de la coopération judiciaire en matière pénale au sein de la CIRGL (2) s'avère indispensable.

de négociations directes entre le CNDP et le gouvernement de Kinshasa. Voir plus de détails le Rapport Afrique de Crisis Group N°151, 9 juillet 2009, Congo: une stratégie globale pour désarmer les FDLR, disponible sur <https://www.refworld.org/pdfid/4a56ea5d2.pdf> consulté le 20 février 2019

⁴⁹⁹ Article 8 de la loi du 25 juillet 2007, telle que modifiée en 2008 (abolissant la peine de mort au Rwanda)

1. Exclusion de l'application de la peine de mort aux personnes extradées

L'exclusion de la peine de mort s'inscrit dans la tendance actuelle de la protection des droits de l'homme qui interdit toute extradition d'une personne vers les pays où la peine de mort n'est pas abolie.⁵⁰⁰ En RDC les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide sont punis de la peine de mort. L'exclusion de l'application de la peine de mort aux personnes extradées par le Rwanda vers la RDC, par un accord bilatéral débloquerait la coopération judiciaire entre ces deux Etats. L'exclusion de la peine de mort serait strictement observée en RDC, en partant de l'article 215 de la Constitution qui consacre une autorité supérieure des traités internationaux sur les lois internes « congolaises ».

2. Le processus diplomatique de la CIRGL : la mise en place du Réseau de coopération judiciaire des Grands Lacs

La réussite de la coopération judiciaire entre la RDC et le Rwanda ne peut se passer du processus diplomatique visant la lutte contre l'impunité des auteurs des crimes internationaux au sein de la CIRGL. La CIRGL offre un cadre juridique suffisant pour la coopération judiciaire entre ses Etats membres. Ce cadre concerne, comme analysé précédemment, la prévention et la répression des crimes internationaux, d'une part, et le fondement et l'organisation de la procédure en cas de coopération judiciaire, d'autre part.

Ainsi, il est indispensable et souhaitable que les deux Etats mettent à profit les mécanismes de coopération judiciaire institués par la CIRGL.

La Déclaration des ministres de la justice de 2015 fut ainsi une des étapes importantes du processus diplomatique au sein de la CIRGL, pour établir une meilleure coopération judiciaire à son sein. De ce processus est né le Réseau de coopération judiciaire des Grands Lacs⁵⁰¹. Ce réseau constitue un outil de coopération régionale en matière pénale à l'usage des acteurs judiciaires des 12 Etats membres de la CIRGL, et d'autres pays de la région⁵⁰². Ce Réseau permettra

⁵⁰⁰ Mikaël Poutiers, supra note 94, pp. 939-940

⁵⁰¹ Du 10 et 11 novembre 2016, les Directeurs des poursuites publiques de la région et leurs représentants ont établi le Réseau de coopération judiciaire des autorités centrales et des procureurs de la région des grands lacs d'Afrique (Réseau GLJC), Voir Note conceptuelle de la 3ème réunion du Réseau de coopération judiciaire des Grands Lacs Kampala, Ouganda, 12 –13 novembre 2018, disponible sur https://ungreatlakes.unmissions.org/sites/default/files/note_conceptuelle_3eme_reunion_reseau_cooperation_judiciaire_0.pdf consulté le 31 juillet 2019

⁵⁰² CIRGL, Termes de référence pour le réseau de coopération judiciaire des autorités centrales et

aux pays de la CIRGL de s'acquitter de leurs engagements juridiques en vertu du Pacte de la CIRGL, du Protocole de la CIRGL sur la coopération judiciaire, du Protocole pour la prévention et la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que de toute forme de discrimination, ainsi que dans l'Accord cadre PSC, tel que nous l'avons décrit précédemment. Le réseau a pour but de faciliter et d'améliorer la coopération entre les membres sur les questions judiciaires, notamment les extraditions, les enquêtes conjointes et l'entraide judiciaire.⁵⁰³

Conclusion

La RDC et le Rwanda sont parties aux différentes conventions multilatérales et régionales qui les appellent à une coopération judiciaire en matière pénale. A ces Conventions, il faut ajouter les différentes Résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies, qui ont appelé tous les Etats de la région des grands lacs, de favoriser une coopération judiciaire « pénale » entre eux afin de lutter contre l'impunité des auteurs des crimes internationaux. Cependant cette coopération judiciaire en matière des crimes internationaux entre la RDC et le Rwanda rencontre une difficile mise en œuvre, liée aux défis d'ordre juridique et politiques. Sur le plan juridique pourra-t-on, l'expliquer par l'existence de la peine de mort dans la législation congolaise et qui a été ainsi le principal motif actuellement invoqué par le Rwanda de ne pas exécuter les différentes demandes d'extradition de la RDC.

Sur le plan politique, deux facteurs peuvent expliquer l'échec de la coopération judiciaire équilibrée entre la RDC et le Rwanda. En premier lieu, il s'agit de l'implication du Rwanda dans les multiples conflits armés qui ont sévi en RDC. Les acteurs de ces conflits sur terrain ont directement été indexés comme agissant au nom du Rwanda, qui les héberge actuellement en toute impunité. En second lieu, en rapport avec la crise sécuritaire en RDC, d'importantes négociations ont eu lieu, dans lesquelles la RDC et le Rwanda ont pris part. Il nous semble que la RDC, préoccupée par le rétablissement de la paix sur son territoire, n'a pas fait de l'extradition des personnes accusées des crimes, lors des différentes négociations avec le Rwanda, sa priorité. Les deux Etats bénéficient d'un cadre juridique multilatéral et régional suffisant sur lequel leur coopération judiciaire peut être fondée. Dès lors, les deux Etats peuvent aplanir leurs divergences sur la peine de mort dans la législation congolaise, au

des procureurs de la région des grands lacs d'Afrique (Réseau GLJC), disponible sur https://ungreatlakes.unmissions.org/sites/default/files/termes_de_reference_en_francais.pdf consulté le 31 juillet 2019

⁵⁰³ S/2018/209, 08 mars 2019. Rapport du Secrétaire général sur la mise en œuvre de l'Accord-cadre pour la paix, la sécurité et la coopération pour la République démocratique du Congo et la région, du 08 mars 2018, §.69

moyen d'un accord bilatéral stipulant clairement qu'elle ne sera pas appliquée aux personnes extradées. Tout ceci doit s'accompagner pour la RDC, d'efforts diplomatiques pour que les personnes hébergées au Rwanda, soient extradées.

BURUNDI : DES CRIMES QUI NE SAURAIENT RESTER IMPUNIS MAIS QUI POURRAIENT BIEN LE RESTER

AIMÉ-PARFAIT NIYONKURU

Résumé

Le préambule du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) qualifie les crimes relevant de la compétence de ladite Cour d'« atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine ». Il s'agit des « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale » et qui « ne sauraient rester impunis », leur répression devant « être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale ». Le statut de Rome vise le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression. L'histoire postcoloniale –mais pas seulement– du Burundi est jalonnée d'épisodes de violence au cours desquels des crimes de masse et autres atrocités « qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine », pour reprendre les termes du préambule du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale (CPI), ont été commis. Les années 1965, 1969, 1972, 1988, 1991, 1993-2006 et 2015 sont souvent citées comme celles au cours desquelles les démons de la violence ont été particulièrement actifs. Des documents, aux conclusions qui divisent les Burundais, en fonction de l'appartenance ethnique, mais qui constituent des références auxquelles se passent rarement la littérature qui aborde « les événements tragiques qu'a connus le Burundi depuis l'indépendance », évoquent la commission d'actes de génocide au Burundi.

En plus du génocide, le « crime des crimes » selon la pratique et la jurisprudence internationales, d'autres crimes, qui ne sauraient non plus rester impunis, auraient été commis au Burundi. C'est le cas notamment du crime contre l'humanité. Le présent chapitre discute de la répression de ces crimes dans le cadre national (burundais). Il suggère l'existence d'une volonté politique non assumée qui va à contre-courant de l'exigence absolue de répression des crimes qui ne sauraient rester impunis ; une volonté qui pourrait se résumer dans l'expression « forgive and forget » qui semble guider la conduite du processus de la justice transitionnelle, laquelle justice est amputée de son volet judiciaire. Au final et en fait, le risque d'impunité des crimes qui ne sauraient pourtant rester impunis devient réel.

BURUNDI: CRIMES THAT ‘CANNOT GO UNPUNISHED’ BUT MAY WELL GO UNPUNISHED

AIMÉ-PARFAIT NIYONKURU

Abstract

The preamble to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) characterizes crimes within the jurisdiction of the Court as “atrocities that deeply shock the conscience of humanity”. These are the “most serious crimes of concern to the international community [and that] as a whole must not go unpunished”, whose “effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation”. The ICC’s jurisdiction covers genocide, war crimes, crimes against humanity and the crime of aggression. Burundi’s postcolonial history is punctuated by episodes of violence in which serious crimes and other atrocities that “deeply shock the conscience of humanity”, to borrow the words of the preamble to the Rome Statute of the ICC, were committed. The years 1965, 1969, 1972, 1988, 1991, 1993-2006 and 2015 are often cited as those in which the demons of violence were particularly active. A set of documents whose findings divide Burundians along ethnic line but that constitute nonetheless the material to those addressing the issue of the so-called « tragic events that Burundi experienced since its independence » would hardly do without, evoke the commission of genocide in Burundi.

In addition to genocide, the “crime of crimes” according to international practice and jurisprudence, other crimes, which must also not go unpunished, were allegedly committed in Burundi. This is the case, in particular, of crimes against humanity. This chapter discusses the prosecution of these crimes at the national level considering Burundi’s obligations under international law. It suggests there being a hidden and unacknowledged political agenda of “forgive and forget”, including crimes that must not go unpunished in the conduct of the transitional justice process. It further argues that this agenda extends to crimes against humanity alleged to have been committed since April 2015 in the context of the heavy crackdown on protests against President Nkurunziza’s decision to run for a contested third presidential term.

Introduction

Au lieu de privilégier la voie de la répression par la simple procédure judiciaire, le parti CNDD-FDD estime que le pardon mutuel est la voie la mieux indiquée pour garantir la réconciliation nationale et une paix durable au Burundi⁵⁰⁴.

En 1932, Jacques Dumas publiait dans la *Revue de droit International et de Législation comparée*⁵⁰⁵ un article sous la forme de la question suivante: Y a-t-il des crimes internationaux? Il y répondit par l'affirmative. Par crime international, Dumas entendait les crimes « dont la répression intéresse non seulement le pays où ils ont été commis ou au préjudice desquels ils ont pu être commis, mais l'humanité toute entière »⁵⁰⁶. Sur des décennies, la liste des crimes internationaux n'a cessé de s'allonger au gré du développement conventionnel ou coutumier du droit international pénal. Le Protocole portant amendements au protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme de 2014, communément appelé « Protocole de Malabo », est sans doute l'instrument juridique conventionnel qui incorpore la plus longue liste des crimes internationaux⁵⁰⁷.

Les crimes internationaux n'ont pas la même gravité. Au sein de la catégorie des crimes internationaux, l'on distingue traditionnellement les crimes les plus graves et les autres. Ainsi, la Cour pénale internationale a été créée pour poursuivre et juger les auteurs des « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale », à savoir, le génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et l'agression. Ce noyau dur des crimes internationaux s'inscrit dans l'héritage du Tribunal Militaire International de Nuremberg et des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda

⁵⁰⁴ Mémoire du parti CNDD-FDD sur la Commission Vérité et réconciliation et le tribunal spécial pour le Burundi, Bujumbura, 5 mai 2007, point n°26.

⁵⁰⁵ Vol.13 (1932) : 721-741.

⁵⁰⁶ Cette définition est assez peu claire et susceptible de soulever de nombreuses questions qu'il n'est pas de l'objet de ce papier de discuter. A titre d'illustration, la notion de « l'humanité entière » dont l'intérêt dans la répression des crimes donnerait à ces derniers le « statut d'international ». Concernant la définition des crimes internationaux, Roger O' Keefe propose une définition qui allie clarté et simplicité : « An international crime is a crime defined by international law, whether customary or conventional » (International Criminal Law, Oxford University Press, 2015, p.60, No. 2.32).

⁵⁰⁷ Ce protocole énumère quatorze crimes auxquels s'étendra la compétence de la future Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples, le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, le crime relatif au changement anticonstitutionnel de gouvernement, la piraterie, le terrorisme, le mercenariat, la corruption, le blanchiment d'argent, la traite des personnes, le trafic illicite de stupéfiants, le trafic illicite de déchets dangereux, l'exploitation illicite des ressources naturelles et le crime d'agression (article 28).

créés par le Conseil de sécurité de l'ONU, respectivement les 25 mai 1993 et 8 novembre 1994, en réaction aux crimes de masse perpétrés dans ces États. La juridiction de Nuremberg comprenait trois catégories de crimes, en l'occurrence, les crimes contre la paix, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité ; celle du TPIY les violations graves du droit international humanitaire, infractions graves aux Conventions de Genève de 1949, les violations des lois ou coutumes de la guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité tandis que la compétence du TPIR englobait les violations graves du droit international humanitaire, les violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II, le génocide et les crimes contre l'humanité.

D'après la lettre du Statut de Rome de la CPI, les crimes les plus graves consisteraient en des « atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine » dont la gravité est telle que ces crimes « menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde ». A ce titre, ces crimes ne sauraient rester impunis. D'après toujours le Statut de Rome, la répression des crimes qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine, menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde doit « être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale⁵⁰⁸ ». Le présent chapitre s'intéresse aux crimes de ce genre allégués avoir été commis au Burundi depuis l'indépendance et, à l'aune du droit international en matière de ces crimes, discute l'approche adoptée par le Burundi en réponse à ces crimes. Il suggère l'existence d'une volonté politique, non assumée, qui va à contre-courant de l'exigence absolue de répression des crimes qui ne sauraient rester impunis ; une volonté qui pourrait se résumer dans l'expression « *forgive and forget* » qui semble guider la conduite du processus de la justice transitionnelle. Au final et en fait, le risque d'impunité des crimes qui ne sauraient pourtant rester impunis devient réel.

En ce qui concerne la structure, le chapitre est subdivisé en quatre sections. La première donne un aperçu historique des événements tragiques qu'a connus le Burundi depuis son accession à l'indépendance le 1^{er} juillet 1962, au cours desquels des crimes de la catégorie de ceux qui ne sauraient rester impunis auraient été commis. Dans le cas du Burundi, la deuxième section discute l'obligation internationale de juger ou d'extrader les auteurs des crimes qui ne sauraient rester impunis commis au Burundi depuis son accession à l'indépendance. Une attention particulière est portée aux allégations de crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut de Rome de la CPI. Dans le prolongement de la deuxième section, la troisième analyse la conduite du processus de justice transitionnelle au Burundi et suggère une politique du « *forgive and forget* » aux dépens de la répression des crimes qui ne sauraient rester impunis. Enfin, la quatrième et dernière section aborde la question des immunités provisoires et démontre un glissement vers l'impunité de fait à laquelle elles conduisent.

⁵⁰⁸ Préambule.

1. Une histoire postcoloniale jalonnée d'épisodes caractérisés par la commission des crimes internationaux les plus graves

Au Burundi, il existe un mécanisme juridico-institutionnel spécial, mis en place depuis 2006 et ayant pour mission « les litiges relatifs aux terres et autres biens dont la spoliation est liée aux « événements tragiques qu'a connus le pays depuis l'indépendance »⁵⁰⁹. Des événements tragiques, le Burundi en a connu. Le fait est incontesté. Événements tragiques, c'est même un euphémisme. Pour un pénaliste internationaliste, le mot « crimes » devraient remplacer l'expression « événements tragiques ». En considérant la seule période de l'après indépendance, soit une période qui s'étale sur six décennies, ce pays a connu plusieurs épisodes de violence au cours desquels des crimes de masse et autres atrocités « qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine », pour reprendre les termes du préambule du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale (CPI), ont été commis. Les années 1965, 1969, 1972, 1988, 1991, 1993-2006 et 2015 sont souvent citées comme celles au cours desquelles les démons de la violence ont été particulièrement actifs. Des documents, aux conclusions qui divisent les Burundais, en fonction de l'appartenance ethnique, mais qui constituent des références auxquelles se passent rarement la littérature qui aborde « les événements tragiques qu'a connus le Burundi depuis l'indépendance »⁵¹⁰, évoquent la commission d'actes de génocide au Burundi.⁵¹¹ En plus du génocide,

⁵⁰⁹ Voy. loi n° 1/18 du 4 mai 2006 portant missions, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale des Terres et autres Biens (Bulletin Officiel du Burundi, N°5/2006), telle que modifiée à ce jour. Ce mécanisme est constitué par la Commission Nationale des Terres et autres Biens (CNTB) et la Cour Spéciale des Terres et autres Biens (CSTB). Pour une analyse de ce mécanisme, en particulier la CNTB, voy. Niyonkuru, A.-P., « Analyse du cadre juridico-institutionnel de la Commission Nationale des Terres et autres Biens à l'aune des exigences de l'accès à la justice », African Law Study Library, Vol.1, 2014, p.769- 785.

⁵¹⁰ Pour emprunter une expression contenue dans les lois sur la Commission Nationale des Terres et autres Biens (CNTB) du Burundi (loi N° 1/03 du 16 février 2006 ; loi N° 1/17 du 4 septembre 2009 ; loi N° 1/01 du 4 janvier 2011 ; loi N° 1/31 du 31 décembre 2013 et loi N° 1/07 du 13 mars 2019).

⁵¹¹ Nous pouvons citer, sans discuter la réalité historique des faits qu'ils rapportent et les conclusions auxquelles ils aboutissent les exemples de documents suivants : Rapport de la Commission d'Enquête Internationale (S/1996/682), Rapport Whitaker E/CN.4/Sub.2/1985/6 du 2 juillet 1985 et Rapport Aké-Huslid S/1995/157 du 24 février 1995. La Commission d'enquête internationale de 1995 a estimé « que les éléments de preuve dont elle dispose suffisent à établir que des actes de génocide ont été perpétrés au Burundi contre la minorité tutsi le 21 octobre 1993 et les jours suivants à l'instigation et avec la participation de certains militants et responsables hutus du FRODEBU, y compris au niveau des communes » (para. 483). Le Rapport Whitaker, dont une certaine opinion fait dire qu'il rapporte des actes de génocide contre les hutu n'évoque pas, expressis verbis, le génocide. Il parle plutôt de « massacre Tutsi des Hutus au Burundi en 1965 et 1972 », renvoyant, en ce qui concerne les sources à deux auteurs (René Lemarchand, 1974) et Leo Kuper, 1977). Quant au Rapport Aké-Huslid, il est écrit notamment au sujet des périodes de grandes violence qu'a connues le Burundi post indépendant: « Généralement, ces soulèvements étaient initiés par les Hutus,

le « crime des crimes » selon la pratique et la jurisprudence internationales, d'autres crimes, qui ne sauraient également rester impunis, auraient été commis au Burundi. C'est le cas notamment du crime contre l'humanité. La Commission d'Enquête sur le Burundi établie par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU le 30 septembre 2016, en vertu de la résolution A/HRC/RES/33/24, d'abord, le Bureau de Procureur de la CPI ensuite et la Chambre préliminaire III de la CPI, enfin et surtout, ont conclu à l'existence de motifs raisonnables de croire que des crimes contre l'humanité ont été commis et continuaient à être commis au Burundi depuis au moins le 27 avril 2015. Enfin, les signataires de l'accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi du 28 août 2000, –un accord présenté comme ayant mis fin à une décennie de guerre civile qui aura emporté plus de 300.000 vies– reconnaissent que des actes de génocide, des crimes de guerre et d'autres crimes contre l'humanité ont été perpétrés depuis l'indépendance contre les communautés ethniques hutu et tutsi au Burundi.

qui procédaient au massacre d'un certain nombre de Tutsis, et l'armée, principalement tutsie (particulièrement depuis le coup de 1965), y mettait un terme en massacrant à son tour un nombre supérieur de Hutus. Les soulèvements les plus importants ont été ceux de 1965, 1972, 1988 et 1991. Le soulèvement de 1972 semble avoir été le plus brutal et le plus sanglant. Il a commencé par une tentative hutue de remettre en question la domination tutsie en procédant au massacre de plusieurs milliers d'entre eux. La riposte de l'armée a été si brutale qu'en l'espace de quelques mois, une centaine de milliers de Hutus auraient tués. Il semblerait qu'au cours de cette répression à caractère génocidaire, l'élite, les dirigeants et les futurs cadres ont été particulièrement visés ».

2. Le Burundi face à l'obligation internationale de juger ou d'extrader les auteurs des crimes qui ne sauraient rester impunis

Qu'elle soit alternative⁵¹² ou subsidiaire⁵¹³, qu'elle soit d'origine conventionnelle ou coutumière, l'obligation de poursuivre ou d'extrader (*aut dedere aut judicare*) repose sur un même objectif, à savoir, la lutte contre l'impunité des crimes les plus graves qui heurtent la conscience de l'humanité. Elle « illustr[ait] la volonté de soumettre certains criminels à une juridiction internationale puisque la nature de leurs actes est telle qu'elle suscite la réprobation de la communauté internationale tout entière »⁵¹⁴. Selon la Commission du Droit International

Le souci fondamental dont il s'inspire est de faire en sorte que des individus qui sont responsables de crimes particulièrement graves soient traduits en justice et de veiller, pour cela, à ce qu'il y ait une juridiction compétente pour les poursuivre et les punir⁵¹⁵.

Le Burundi a contracté l'engagement international de réprimer les crimes de la compétence de la Cour pénale internationale, lesquels ne sauraient rester impunis d'après les propres mots du Statut de Rome de la Cour. Concernant le génocide, les États Parties à la Convention pour la prévention et la répression du

⁵¹² Selon Carlo Tiribelli, « [t]he principle *aut dedere aut judicare* [...] imposes on a State an obligation to do one of two things: either extradite or prosecute. Despite which of the two alternative courses of action should be entitled to preference, it might be asserted that the obligation to extradite or prosecute is "alternative" in the sense that a State subject to this obligation is bound to adopt one choice: it must extradite if it does not prosecute, and prosecute if it does not extradite. It is a matter of fact that States have an alternative course of action between extraditing and prosecuting, both accepted as a compulsory choice. » ('*Aut dedere aut judicare: a response to impunity in international criminal law?*' 21 Sri Lanka Journal of International Law, 1(2009), p. 234. Emmanuelle Bribosia et Anne Weyembergh expliquent l'obligation alternative en ces termes : « le plus souvent, les traités d'extradition laissent à l'Etat requis un choix ouvert sans hiérarchie entre les obligations. Soit il extrade l'auteur présumé du fait visé par le traité, soit il soumet l'affaire aux autorités compétentes sur son territoire pour l'exercice de l'action pénale (« Extradition et asile: vers un espace judiciaire européen ? », 30 Revue belge de droit international, 1 (1997) :69-98, p.79.

⁵¹³ Dans certains cas, le droit international pénal soumet l'Etat à une obligation principale d'extrader l'auteur d'un crime. A défaut de remplir cette obligation principale d'extradition et à titre de substitution, l'Etat requis a l'obligation de poursuivre et de juger l'auteur du crime auquel s'applique la règle *aut judicare aut dedere* qui, dans cette dernière hypothèse se traduit plutôt par l'adage *primo dedere secundo judicare*.

⁵¹⁴ Marie-Pierre, O., « L 'obligation de juger ou d'extrader dans la pratique contemporaine du Canada », Revue Québécoise de droit international, volume 10, 1997, pp. 137-170, spéc. p. 140.

⁵¹⁵ C.D.I., Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et commentaires y relatifs 1996, Annuaire de la Commission du droit international, 1996, vol. II (2), p. 32.

crime du génocide du 9 décembre 1948⁵¹⁶ se sont engagés à prévenir et à punir le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre⁵¹⁷. Ils se sont également engagés à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes de génocide énumérés à l'article III⁵¹⁸. Aux termes de l'article VII de la Convention « le génocide et les autres actes énumérés à l'art. III ne seront pas considérés comme des crimes politiques pour ce qui est de l'extradition. Les Parties contractantes s'engagent en pareil cas à accorder l'extradition conformément à leur législation et aux traités en vigueur ». Enfin, l'article VIII prévoit que « toute Partie contractante peut saisir les organes compétents des Nations Unies afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations Unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention et la répression des actes de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'art. III ». Le Burundi est également Partie à d'autres traités qui imposent, plus ou moins explicitement, l'obligation de juger ou d'extrader. Il s'agit, notamment, des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949⁵¹⁹, de leurs deux protocoles additionnels du 8 juin 1977⁵²⁰ et de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁵²¹. L'on rappellera que, selon le cas, la torture peut constituer un crime contre l'humanité ou un crime de guerre⁵²² et que dans un article commun aux quatre conventions de Genève

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 suffisantes⁵²³.

⁵¹⁶ R.T.N.U., vol. 78, p. 277.

⁵¹⁷ Article 1.

⁵¹⁸ Article 4.

⁵¹⁹ R.T.N.U., vol. 75.

⁵²⁰ R.T.N.U., vol. 1125, n° 17512 et n° 609.

⁵²¹ R.T.N.U., Vol. 1465, 1-24841. Ratifiée par le décret n°1/47 du 31 décembre 1992.

⁵²² Cf. Statut de Rome de la CPI du 17 juillet 1998 (R.T.N.U., Vol. 2187, n°38544), art. 7 et 8 ; Loi n°1/27 du 29 décembre 2017 portant Code pénal du Burundi (Bulletin Officiel du Burundi, N° 12ter/2017), art. 198 et 200.

⁵²³ Articles 49, 50, 129, 146, respectivement, des première, deuxième, troisième et quatrième Conventions de Genève.

L'article 5.2.de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants prévoit, quant à lui, que

Tout Etat partie prend (...) les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître [tous les actes de torture, la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture] dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit Etat ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des Etats visés au paragraphe 1 du présent article.

Le projet de Code sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité prévoit à charge de l'Etat Partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé du génocide⁵²⁴, d'un crime contre l'humanité⁵²⁵, d'un crime contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé⁵²⁶ ou d'un crime de guerre⁵²⁷, l'obligation d'extrader ou de poursuivre cet auteur⁵²⁸. Le point de savoir si l'obligation de juger ou d'extrader les auteurs du génocide, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité aurait atteint le statut de norme coutumière reste controversé⁵²⁹. Au titre de la *soft law*, à travers la Déclaration de la réunion de haut niveau de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, les chefs d'Etat et de Gouvernement ainsi que les chefs de délégations ayant pris part à la réunion du 24 septembre 2012 se sont engagés à faire en sorte que l'impunité du génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que des violations du droit international humanitaire et des violations graves du droit des droits de l'homme ne soit pas tolérée, et que ces violations fassent l'objet d'enquêtes sérieuses et de sanctions appropriées, notamment en veillant à ce que les auteurs de ces crimes ou violations soient traduits en justice selon la procédure prévue par le droit interne ou, s'il y a lieu, selon un mécanisme régional ou international, dans le respect du droit international⁵³⁰.

⁵²⁴ Article 17.

⁵²⁵ Article 18.

⁵²⁶ Article 19.

⁵²⁷ Article 20.

⁵²⁸ Article 9.

⁵²⁹ Commission du Droit International, « Obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare) », Rapport final 2014 (Texte adopté par la Commission du droit international à sa soixante-sixième session, en 2014, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/69/10, para. 65), Annuaire de la Commission du droit international, 2014, vol. II (2) ; Marie-Pierre, O., « l'obligation de juger ou d'extrader dans la pratique contemporaine du Canada », 10 Revue Québécoise de Droit International, (1997) :137-170, spéc. pp.147-149.

⁵³⁰ Résolution 67/1 de l'Assemblée générale du 24 septembre 2012, § 22.

Au sujet des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, la Résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale en date du 3 décembre 1973⁵³¹ déclare que

Les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, où qu'ils aient été commis et quel que soit le moment où ils ont été commis, doivent faire l'objet d'une enquête, et les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis de tels crimes doivent être recherchés, arrêtés, traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés.

(...)

Les Etats ne prennent aucune mesure législative ou autre qui pourrait porter atteinte aux obligations internationales qu'ils ont assumées en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

La Constitution burundaise adoptée en juin 2018 n'autorise pas l'extradition d'un Burundais⁵³². L'interdiction d'extrader un Burundais ne souffre pas d'exception. Cette interdiction s'étend même à un Burundais se trouvant sur le territoire du Burundi, qui serait recherché par un Etat étranger dans le but de le poursuivre et de le juger pour un crime international parmi les plus graves qui heurtent la conscience de l'humanité et qui ne sauraient rester impunis, au cas où cet Etat demanderait son extradition et alors que le Burundi aurait failli à son obligation d'exercer sa compétence pénale territoriale. Cette disposition constitutionnelle est susceptible d'embarrasser les autorités burundaises par rapport à l'obligation d'extrader ou de poursuivre ou de juger ou d'extrader (aut dedere aut judicare) contenue dans plusieurs conventions qui lient le Burundi notamment la Convention de 1948 sur le génocide⁵³³. Surtout d'autant plus que, dans l'état actuel du droit burundais, les auteurs présumés d'actes de génocide, de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité commis avant du 8 mai 2003, date de l'entrée en vigueur d'une loi incriminant le génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre⁵³⁴ ne peuvent pas être poursuivis et jugés. La non-rétroactivité inscrite dans la Constitution burundaise⁵³⁵ interdit l'exercice de l'action publique et pénale pour ces crimes. Cependant, ces faits pourraient faire l'objet de poursuite et de jugement par des tribunaux de pays étrangers en vertu de la règle de compétence universelle (qui, dans certains Etats, ne requiert pas le

⁵³¹ Res.3074, U.N. GAOR, 28th Session, U.N. Doc. A/RES/28/3074 (1973) (Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité).

⁵³² Article 50 alinéa 2.

⁵³³ De M. Cherif Bassiouni, Edward Martin Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite Or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p.3., footnote 1.

⁵³⁴ Bulletin Officiel du Burundi, N° 5/2003.

⁵³⁵ Article 41 alinéa 1er.

respect de la règle de double incrimination)⁵³⁶ ou par un tribunal international ad hoc⁵³⁷.

3. D'Arusha à nos jours : Un itinéraire qui suggère une politique du «forgive and forget» aux dépens de la répression des crimes qui ne sauraient rester impunis

Intibagirantibāná. Ce proverbe burundais signifie littéralement « Celui qui n'oublie pas ne fait pas bon voisinage ». L'analyse de la conduite du processus de justice transitionnelle au Burundi, les retards par rapport au calendrier de sa mise en œuvre, les changements intervenus au niveau des structures des mécanismes initialement convenus, lesquels changements ont divisé les partenaires clés dans ce processus, les immunités provisoires dans la lettre et l'esprit de la loi mais qui se prolongent indéfiniment en fait et qui s'étendent pratiquement au-delà de leur périmètre légal, le dépouillement des juridictions du système judiciaire classique de la compétence de connaître le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre commis depuis l'indépendance jusqu'au 8 mai 2003⁵³⁸, le retrait du Burundi du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale au lendemain de l'ouverture, en avril 2016 par le Bureau de Procureur de la Cour, d'un examen préliminaire en ce qui concerne la situation au Burundi, les retards par rapport au calendrier de mise en place des mécanismes de justice transitionnelle, sont autant d'éléments qui suggèrent une volonté politique non assumée, au mieux de temporiser par rapport aux enquêtes, poursuites et jugements des crimes dont certains des ténors du pouvoir en place, certains parmi les artisans et partisans de ce pouvoir pourraient être accusés ; au pire celle d'assurer une impunité de *facto* aux auteurs de ces crimes.

4. Retards dans la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle. A qui profite les glissements par rapport au calendrier d'Arusha ?

Après avoir reconnu que « des actes de génocide, des crimes de guerre et d'autres crimes contre l'humanité ont été perpétrés » au Burundi « depuis l'indépendance contre les communautés ethniques hutu et tutsi au Burundi »⁵³⁹, les signataires de l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au

⁵³⁶ C'est le cas notamment aux Pays-Bas et en Espagne.

⁵³⁷ L'on se rappellera que le statut du Tribunal de Nuremberg chargé de juger les grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe présumés auteurs de crimes contre la paix, de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité était rétroactif tant dans la qualification des infractions que du point de vue de la détermination de la peine.

⁵³⁸ Article 32, alinéa 1er de la loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, B.O.B n°5/2003.

⁵³⁹ Protocole I, Chapitre I, article 3.3.

Burundi⁵⁴⁰ ont convenu une série de principes et mesures d'ordre juridique à prendre en matière de ces crimes⁵⁴¹. Il s'agit de la promulgation d'une législation contre le génocide, les crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité et toute violation des droits de l'homme, la demande, par le Gouvernement de transition, de la mise en place par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, d'une Commission d'enquête judiciaire internationale sur le génocide, les crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité qui aura pour mission⁵⁴² et la demande, par ce même Gouvernement, de l'établissement, par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies (ONU), d'un Tribunal pénal international chargé de juger et punir les coupables, au cas où le rapport établirait l'existence d'actes de génocide, de crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité.

Concernant la législation contre le génocide, les crimes de guerres et autres crimes contre l'humanité, dans son volet répressif, une série de lois ont été promulguées. Il s'agit, entre autres, de la loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre⁵⁴³, de la loi n° 1/011 du 30 août 2003 portant ratification du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale⁵⁴⁴ et de la loi n° 1/05 du 22 avril 2009 portant révision du code pénal⁵⁴⁵, tel que lui-même révisé par la loi n° 1/27 du 29 décembre 2017⁵⁴⁶. S'agissant de la demande de la mise en place d'une Commission d'enquête judiciaire internationale sur le génocide, les crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité, le Gouvernement de transition a formulé cette demande le 24 juillet 2002. Conformément à cette demande, le Président du Conseil de sécurité a prié le Secrétaire général, le 26 janvier 2004,

⁵⁴⁰ Cet Accord a été signé à Arusha, en Tanzanie, le 28 août 2000 par le gouvernement burundais, l'assemblée nationale burundaise et dix-sept partis politiques que sont: l'Alliance Burundo-Africaine pour le Salut (ABASA), l'Alliance Nationale pour le Droit et le Développement (ANADDE), l'Alliance des Vaillants (AV-INTWARI), le Conseil National pour la Défense de la Démocratie (CNDD), le Front pour la Démocratie au Burundi (FRODEBU), le Front pour la Libération Nationale (FROLINA), le Parti Socialiste et Panafricaniste (INKINZO), le Parti pour la Libération du Peuple Hutu (PALIPEHUTU), le Parti pour le Redressement National (PARENA), le Parti Indépendant pour les Travailleurs (PIT), le Parti Libéral (PL), le Parti du Peuple (PP), le Parti pour la Réconciliation du Peuple (PRP), le Parti Social-Démocrate (PSD), le Ralliement pour la Démocratie et le Développement Économique et Social (RADDES), le Rassemblement du Peuple Burundais (RPB) et l'Union pour le Progrès National (UPRONA).

⁵⁴¹ Protocole I, Chapitre II, article 6, points 9-11.

⁵⁴² La Commission devait avoir pour mission: (a) d'enquêter et d'établir les faits couvrant la période allant de l'indépendance à la date de signature de l'Accord ; b) de les qualifier et c) d'établir les responsabilités (Protocole I, Chapitre II, article 6.10).

⁵⁴³ Bulletin officiel du Burundi, N° 5/2003.

⁵⁴⁴ Bulletin officiel du Burundi, N° 9/2003.

⁵⁴⁵ Bulletin officiel du Burundi, N° 4bis/2009.

⁵⁴⁶ Bulletin officiel du Burundi N° 12ter/2017.

d'envoyer une mission d'évaluation au Burundi (Commission Kalomoh⁵⁴⁷) en vue d'examiner l'opportunité et la faisabilité de créer une telle commission⁵⁴⁸. La mission fut envoyée au Burundi en mai 2004 et produisit un rapport que le Secrétaire Général de l'ONU, Kofi Atta Annan, présenta au Conseil de sécurité (S/2005/158) par sa lettre datée du 11 mars 2005. Quant à l'établissement d'un Tribunal pénal international chargé de juger et punir les coupables d'actes de génocide, de crimes de guerres et autres crimes contre l'humanité, cette idée n'a pas été privilégiée par la mission d'évaluation au Burundi. A l'issue de son évaluation, la mission Kalomoh a recommandé un mécanisme qui « s'écarte de la lettre – mais non de l'esprit – de l'Accord d'Arusha »⁵⁴⁹. En effet, alors que l'Accord d'Arusha de 2000 envisage, la mise en place d'un Tribunal pénal international chargé de juger et punir les coupables⁵⁵⁰ et d'une Commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation, la mission Kalomoh recommanda la double structure suivante : un mécanisme non judiciaire (Commission Vérité) de composition mixte (nationale et internationale), et un mécanisme judiciaire (une Chambre spéciale, intégrée au sein de l'appareil judiciaire burundais) également de composition mixte.

Le mécanisme non judiciaire dénommé Commission Vérité et Réconciliation (CVR) a été mis en place, mais avec un retard de douze ans par rapport au calendrier initial prévu dans l'accord d'Arusha⁵⁵¹. Qui plus est, la loi du 6 novembre 2018 portant modification de la loi du 15 mai 2014 portant

⁵⁴⁷ Du nom de M. Tuliameni Kalomoh, Sous- Secrétaire général aux affaires politiques qui a dirigé la mission.

⁵⁴⁸ S/2004/72 (Lettre datée du 26 janvier 2004, adressée au Secrétaire général par le Président du Conseil de sécurité).

⁵⁴⁹ Voir Rapport S/2005/158.

⁵⁵⁰ D'après les signataires de l'Accord d'Arusha, la mise en place de ce tribunal devait être précédé d'une Commission d'enquête judiciaire internationale sur le génocide, les crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité et subordonnée à l'établissement par cette commission au cours, de l'existence d'actes de génocide, de crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité commis au Burundi sur la période allant du 1er juillet 1962, date de l'accession du Burundi à l'indépendance, à la date de la signature du susdit accord, soit le 28 août 2000.

⁵⁵¹ D'après le Protocole IV, article 5.4 de l'Accord, cette Commission devait être mise sur pied par le Gouvernement de transition, en concertation avec le Bureau de l'Assemblée nationale de transition, au plus tard six mois après son entrée en fonction. La Commission devait démarrer ses travaux dans les 15 jours qui suivent sa création. Concernant sa durée, l'article 8.4. du chapitre II du premier Protocole de l'Accord d'Arusha prévoit que « les travaux de la Commission s'étalent sur une période de deux ans » et qu'« au bout de ces deux années, les institutions de transition appropriées évaluent le travail accompli et peuvent décider de prolonger d'un an la durée du mandat de la Commission ». Le gouvernement de transition est entré en fonction le 1 novembre 2001. Selon ce calendrier, la Commission devait démarrer ses travaux au plus tard le 16 mai 2002 tandis que son mandat aurait pris fin au plus tard le 15 mai 2005. Cependant, la prestation de serment des premiers Commissaires n'a eu lieu que le 10 décembre 2014 tandis que, de renouvellement en renouvellement, son mandat est encore en cours au moment où nous rédigeons ce chapitre.

création, mandat, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Vérité et Réconciliation, supprime la limitation du nombre de renouvellements du mandat de la Commission⁵⁵². Cette suppression peut ouvrir la voie à des abus sous forme de renouvellements dictés par une stratégie dilatoire, dans un contexte d'une majorité parlementaire détenue par des partis politiques issus des anciens mouvements et groupes rebelles dont des membres peuvent avoir commis ou participé dans la commission « des actes de génocide, des crimes de guerre et d'autres crimes contre l'humanité » dont parle l'Accord d'Arusha et qui ne sauraient rester impunis.

Quant au mécanisme judiciaire, sa mise en place se fait toujours attendre et rien ne présage sa mise en place prochaine, que ce soit le Tribunal pénal international proposé dans l'Accord d'Arusha, que ce soit la Chambre spéciale intégrée dans l'appareil judiciaire burundais recommandée par la mission Kalomoh, un mécanisme du genre, *mutatis mutandis*, de la Cour spéciale pour la Sierra Leone.⁵⁵³ Depuis la publication du rapport Kalomoh et sa recommandation d'une Chambre spéciale dans l'appareil judiciaire burundais, l'option d'un Tribunal international pour juger les responsables d'actes de génocide, de crimes de guerre et autres crimes contre l'humanité commis au Burundi depuis l'indépendance jusqu'en août 2000, date la signature de l'Accord, n'a plus été d'actualité. A la place d'une Chambre spéciale intégrée dans l'appareil judiciaire burundais, le Gouvernement du Burundi a préféré la dénomination de « Tribunal spécial au Burundi »⁵⁵⁴, dénomination reprise par la Résolution 1719 (2006)⁵⁵⁵ du Conseil de Sécurité des Nations Unies. La responsabilité de la mise en place de ce mécanisme de responsabilisation tout comme celle de la Commission pour la Vérité et la Réconciliation incombait et incombe toujours au Gouvernement burundais, bien que les Nations Unies eussent promis d'appuyer le Burundi dans la mise en place de ce tribunal à travers un bureau intégré des Nations Unies au Burundi (BINUB). Des négociations entre l'ONU et le Gouvernement du Burundi au sujet des modalités pratiques de la mise en œuvre du cadre juridique pour le

⁵⁵² Selon l'article 4 de la loi N° 1/022 du 6 novembre 2018 « La durée du mandat de la Commission est de quatre ans renouvelable et prend effet à partir de la prestation de serment des Commissaires. La durée du mandat de la Commission peut être prorogée pour un délai qui est déterminé par le Parlement ».

⁵⁵³ Créée le 16 janvier 2002 par un accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais en application de la Résolution 1315 (2000), la Cour Spéciale pour la Sierra Leone avait pour mandat de juger les personnes qui portent la plus lourde responsabilité des violations graves du droit international humanitaire et du droit sierra-léonais commis sur le territoire de la Sierra Leone depuis le 30 novembre 1996 (art.1er al.1er de l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais sur la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone).

⁵⁵⁴ Mémoire du 1er février 2006 de la Délégation burundaise chargée de négocier avec les Nations Unies la mise en place d'une Commission pour la vérité et la réconciliation et d'un Tribunal spécial au Burundi, p.3.

⁵⁵⁵ S/RES/1719 (2006), adoptée par le Conseil de sécurité à sa 5554e séance, le 25 octobre 2006.

double mécanisme de responsabilisation (CVR et tribunal spécial) commencèrent en 2006 mais ne connurent pas d'avancées significatives. Progressivement, l'ONU fut écartée du processus. De bonheur, des divergences apparurent entre le Gouvernement du Burundi d'une part, les NU et la société civile d'autre part au sujet des rapports entre les deux entités du mécanisme de responsabilisation ainsi qu'au sujet de leur composition (Ce point sera abordé dans la section suivante). A ce jour, le volet judiciaire du double mécanisme de justice transitionnelle n'est pas encore en place et aucun calendrier précis pour sa mise en place n'existe après que celui convenu dans l'Accord d'Arusha n'a pas été respecté. A la question posée dans le titre de cette section, la réponse que suggère les développements de cette contribution est que les glissements par rapport au calendrier d'Arusha arrangent ceux qui portent une part de responsabilité dans la commission des crimes et autres violations des droits de l'homme objet du mandat du double mécanisme de justice transitionnelle.

5. Commission Vérité et Réconciliation et le Tribunal Spécial le Burundi: Des rapports et une composition qui divisent et qui soulèvent des questions

Dès leur entame, en mars 2006, les négociations entre le Gouvernement du Burundi et les Nations Unies ont achoppénotamment et en particulier sur les rapports entre la Commission Vérité et Réconciliation (CVR) et le Tribunal Spécial au Burundi (TSB) ainsi que sur la composition des deux entités du mécanisme de justice transitionnelle à l'aune de l'exigence d'impartialité et d'indépendance. Au fur du temps, alors que le Gouvernement du Burundi, sous le crédo de la souveraineté, « accaparait » le processus de mise en place du mécanisme de justice transitionnelle, que les Nations Unies étaient progressivement écartées du processus⁵⁵⁶, l'on a observé une volte-face du Gouvernement du Burundi, en ce qui concerne la composition de la CVR et du TSB, par rapport au consensus qui existait parmi les partenaires clés dans ce processus (Gouvernement, Nations Unies, partis politiques et société civile).

⁵⁵⁶ Dans sa lettre du 24 août 2006 à la ministre burundaise des Relations Extérieures et de la Coopération Internationale, en réaction à une lettre de cette dernière datée du 15 juin 2006, le Sous-Secrétaire général chargé du Bureau des affaires juridiques aux Nations Unies, Larry D. Johnson évoque cette mise à l'écart en ces termes : « Tout en reconnaissant l'importance d'un processus de consultation largement ouvert et démocratique, votre lettre n'y envisage aucun rôle pour l'ONU. Vous vous rappellerez pourtant que, dans notre proposition, l'ONU devait jouer un rôle crucial en aidant le gouvernement à mener ces consultations, en coopération avec des organisations non gouvernementales, nationales et internationales ». Cette mise à l'écart peut également être inférée des développements normatifs au terme desquels les NU ne sont désormais plus destinataires du rapport des travaux de la CVR (depuis la loi de 2004). Ce qui était pourtant prévu par l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi (Protocole I, Chapitre 2, Art.6, 10. d. Voir aussi mémorandum gouv.2006, para.62)

Les rapports entre la Commission Vérité et Réconciliation et le Tribunal spécial au Burundi ont constitué une des pierres d'achoppement entre le gouvernement post-transition, dominé par le Conseil National pour la Défense de la Démocratie-Forces de Défense de la Démocratie (CNDD-FDD), parti issu de la transformation de l'ancien mouvement rebelle du même nom et les Nations Unies. L'analyse de la politique de ce gouvernement en ce qui concerne la justice transitionnelle au Burundi semble suggérer une approche faisant primer la réconciliation nationale aux impératifs de la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. L'insistance sur la réconciliation est frappante dans les correspondances gouvernementales adressées aux Nations Unies, tout comme dans les documents du CNDD-FDD, est assez suggestif. Ainsi par exemple, l'ancienne ministre burundaise des Relations Extérieures et de la Coopération internationale, Antoinette Batumubwira, dans une lettre au Sous-Secrétaire général chargé du Bureau des affaires juridiques aux Nations Unies, écrivait :

Tout en réaffirmant sa volonté de tout faire pour éviter l'impunité du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre dûment qualifiés, le Gouvernement garde à l'esprit l'importance de la diversité des contextes historiques et sa responsabilité dans le contexte du Burundi de prendre des mesures propres à créer un climat de réconciliation, à promouvoir et à réaliser la réconciliation nationale.

Il convient de rappeler à cet égard que dans tous les pays qui ont eu recours à la Commission Vérité et Réconciliation comme mécanisme de transition la volonté politique est venue au premier plan. De même, à la lecture du rapport KALOMOH qui a proposé le mécanisme double, la réconciliation apparaît comme le fondement pour la réussite du processus devant mener à l'instauration, de manière durable, de la paix et de la stabilité après une longue période de crises cycliques. Il serait dès lors souhaitable de laisser la latitude aux membres de la Commission Vérité et Réconciliation, **qui seront par ailleurs des nationaux et des internationaux**, de déterminer les cas amnistiables tel que prévu par l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi.

Le Gouvernement du Burundi réitère sa ferme volonté d'aller le plus loin possible sur la voie de la réconciliation nationale, conscient du fait que cette dernière est une condition importante pour asseoir les droits de l'homme. Il voudrait pouvoir compter sur le plein soutien des Nations Unies à cette entreprise⁵⁵⁷.

Plus explicite est Mémoire du parti CNDD-FDD sur la Commission Vérité et réconciliation et le tribunal spécial pour le Burundi, signé par le président de ce parti le 5 mai 2007. A travers ce memorandum, le parti soutient que « l'octroi de l'amnistie aux auteurs des violations des droits de l'homme qui

⁵⁵⁷ Nous soulignons.

se sont confessés est un élément de base de la réconciliation nationale »⁵⁵⁸ et que

« Dès lors, lorsque l’auteur du forfait aura reconnu le mal causé à sa victime et demandé pardon à celle-ci, et que cette dernière lui aura pardonné sans réserve, le parti CNDD-FDD estime qu’il ne servira à rien de poursuivre l’auteur du forfait, car il n’y aura pas plus idéal que cette forme de réconciliation et de pardon. Seuls (sic) en l’absence de reconnaissance des faits, les poursuites judiciaires seront proposées au Tribunal Pénal Spécial par la Commission Vérité et Réconciliation contre les personnes qui auront refusé de comparaître ou de coopérer »⁵⁵⁹.

Enfin, le mémorandum de la délégation du Gouvernement du Burundi chargée de négocier avec les Nations Unies la mise en place d’une CVR et d’un Tribunal spécial ne suggère de déférer au Tribunal spécial que les cas des personnes qui auront refusé de déclarer devant la Commission; n’auront pas avoué leur responsabilité pour les actes établis par la Commission; n’accepteront pas de participer au processus de réconciliation ou auront refusé de mettre en application les mesures de réconciliation arrêtées par la Commission⁵⁶⁰. Ce parti estime qu’

au lieu de privilégier la voie de la répression par la simple procédure judiciaire (...) le pardon mutuel est la voie la mieux indiquée pour garantir la réconciliation nationale et une paix durable au Burundi⁵⁶¹.

Les rapports entre la Commission Vérité et Réconciliation et le Tribunal spécial sont un autre point qui suggère le faible engouement du gouvernement en place de juger les auteurs des crimes les plus graves qui heurtent la conscience humaine allégués avoir été commis au Burundi depuis l’accession de ce pays à son indépendance en 1962. On ne saurait expliquer autrement l’adversité du gouvernement du Burundi à l’idée d’indépendance du mécanisme judiciaire, en particulier celui du Procureur près le Tribunal spécial, vis-à-vis de la Commission Vérité et Réconciliation. Dans sa lettre du 15 juin 2006 au Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques à l’ONU (Nicolas Michel), la ministre burundaise des Relations Extérieures et de la Coopération internationale, Antoinette Batumubwira écrivait :

⁵⁵⁸ Mémorandum du parti CNDD-FDD sur la Commission Vérité et réconciliation et le tribunal spécial pour le Burundi, Bujumbura, 5 mai 2007, point n°21.

⁵⁵⁹ Id., point n° 29.

⁵⁶⁰ Mémorandum de Délégation burundaise chargée de négocier avec les Nations Unies la mise en place d’une Commission pour la vérité et la réconciliation et d’un Tribunal spécial au Burundi, Bujumbura, 26 mars 2006, point n° 71. Ce point reprend pour l’essentiel, le contenu du point n° 43 du Mémorandum de la Délégation burundaise chargée de négocier avec les Nations Unies la mise en place d’une Commission pour la vérité et la réconciliation et d’un Tribunal spécial au Burundi, du 1er février 2006.

⁵⁶¹ Mémorandum du parti CNDD-FDD sur la Commission Vérité et réconciliation et le tribunal spécial pour le Burundi, Bujumbura, 5 mai 2007, point n°26.

La question du rapport entre la Commission Vérité et Réconciliation et le Tribunal Spécial mérite également toute notre attention. Nous nous interrogeons sérieusement sur le bien-fondé d'une séparation nette des deux mécanismes et de proclamer l'indépendance du Procureur vis-à-vis de la Commission. En effet, nous ne voyons pas la nouveauté entre la procédure suivie devant les juridictions et les parquets aujourd'hui et celle qui serait appliquée par les deux mécanismes: si le Procureur avait la latitude de convoquer à sa guise les auteurs des faits culpeux commis depuis l'indépendance, abstraction faite du travail de la Commission Vérité et Réconciliation. Cela mis à part ; nous savons que la Commission a ses limites et sommes d'avis que le Procureur près le Tribunal Spécial garderait naturellement son pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité des poursuites pénales⁵⁶².

En réponse à cette lettre, le Sous-Secrétaire général aux Nations Unies chargé du Bureau des affaires juridiques, Larry D. Johnson écrit :

Votre gouvernement s'est aussi interrogé sur le bien-fondé d'une séparation nette des deux mécanismes et de proclamer l'indépendance du Procureur vis-à-vis de la Commission. Comme nous l'avons marqué dans notre lettre du 19 mai 2006, le rapport entre ces deux mécanismes et l'indépendance du Tribunal, y compris le Procureur, sont au cœur des négociations sur la mise en place de la Commission Vérité et Réconciliation et du Tribunal spécial. Nous sommes bien entendu tout à fait d'accord que la Commission Vérité et Réconciliation devrait être habilitée à renvoyer des affaires devant le Tribunal spécial, mais le Procureur ne saurait voir sa compétence restreinte ou limitée à de tels renvois, et il doit conserver à tout moment la liberté d'engager des poursuites de sa propre initiative et selon le principe de l'opportunité des poursuites sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

Alors que, selon les Nations Unies, « il est impératif que, (...) le Procureur soit libre de mener, à sa discrétion, les investigations et poursuites sur la base des éléments de preuve recueillis et que ce pouvoir discrétionnaire ne soit pas subordonné aux décisions de la [CVR] »⁵⁶³, l'organisation pensant que « les deux mécanismes de responsabilité devraient être indépendants l'un de l'autre mais devraient opérer en complémentarité, chacun respectant le mandat

⁵⁶² Lettre du 15 juin 2006 de la Ministre des Relations extérieures, Antoinette Batumubwira, adressée au Secrétaire général adjoint aux Affaires juridiques, Nicolas Michel

⁵⁶³ Office des Nations Unies au Burundi, Note verbale du 25 mai 2006 transmettant la lettre du 19 mai 2006 du Secrétaire général adjoint aux Affaires juridiques, Nicolas Michel, adressée au Ministre des Relations extérieures, Antoinette Batumubwira, avec en Annexe le Compte rendu thématique des discussions et des négociations entre la Délégation burundaise chargée de négocier avec les Nations Unies la mise en place d'une Commission pour la Vérité et la Réconciliation et d'un Tribunal Spécial au Burundi et la Délégation des Nations Unies, réunies du 27 au 31 mars 2006 à Bujumbura.

de l'autre »⁵⁶⁴, la position défendue par le gouvernement du Burundi est que la Commission devrait constituer la seule voie de saisine du Tribunal⁵⁶⁵. Cette position recoupe celle du parti majoritaire au pouvoir le CNDD-FDD pour qui « seule la Commission Vérité et Réconciliation devrait avoir la qualité de saisir le Tribunal et de déterminer les crimes à soumettre à sa compétence »⁵⁶⁶. L'approche du Gouvernement du Burundi privilégiant une relation de dépendance du Tribunal aux conclusions factuelles de la CVR, avec un Procureur sans pouvoir d'initiative quant aux enquêtes et poursuites a alarmé les Nations Unies. Dans une lettre du 1^{er} mai 2007 co-signée par Secrétaire général adjoint aux Affaires juridiques, Nicolas Michel et le Haut-Commissaire adjoint aux Droits de l'homme, Kyung Wha Kang à la Ministre des Relations extérieures, Antoinette Batumubwira, les signataires commentent dans les termes suivants la relation que le Gouvernement burundais souhaite entre la CVR et le Tribunal spécial:

L'ONU pense que les deux mécanismes de responsabilité devraient être indépendants l'un de l'autre mais devraient opérer en complémentarité, chacun respectant le mandat de l'autre. Le Gouvernement considérant que les deux mécanismes devraient entretenir une relation de dépendance, dans laquelle le Procureur ne peut engager des enquêtes et des poursuites que sur la base des rapports de la Commission Vérité et Réconciliation mais non pas sur la base des informations reçues d'autres sources ni de sa propre initiative, la Commission Vérité et Réconciliation déterminerait, en réalité, les affaires qui seraient portées devant Tribunal, ce qui compromettrait l'indépendance du Procureur⁵⁶⁷.

Mais déjà en mai 2006, le Secrétaire général adjoint aux Affaires juridiques, Nicolas Michel, adressait au Ministre des Relations extérieures et de la coopération internationale, Antoinette Batumubwira, une lettre dans laquelle il faisait savoir à la destinataire l'impératif pour le Procureur d'être

libre de mener, à sa discrétion, investigations et poursuites sur la base des éléments de preuve recueillis et que ce pouvoir discrétionnaire ne soit pas subordonné aux décisions de la Commission Vérité et Réconciliation.

⁵⁶⁴ Lettre du 1 mai 2007 du Secrétaire général adjoint aux Affaires juridiques, Nicolas Michel et du Haut-Commissaire adjoint aux Droits de l'homme, Kyung Wha Kang à la Ministre des Relations extérieures, Antoinette Batumubwira.

⁵⁶⁵ Mémoire de la délégation burundaise chargée de négocier avec les Nations Unies la mise en place d'une Commission pour la Vérité et la Réconciliation (version du 26 mars 2006 qui a été distribuée lors de la première rencontre avec la Délégation des Nations Unies).

⁵⁶⁶ Mémoire du parti CNDD-FDD sur la Commission Vérité et réconciliation et le tribunal spécial pour le Burundi, Bujumbura, 5 mai 2007, point n° 35.

⁵⁶⁷ <https://www.uantwerpen.be/images/uantwerpen/container2143/files/DPP%20Burundi/Justice%20Transitionnelle/CVR%20et%20Tribunal%20Spécial/négociations%20ONU-GOB/Letter%20from%20UN%20to%20GOB%20-%200010507.pdf>.

L'indépendance du Procureur vis-à-vis de la CVR, en particulier en rapport avec la question du pouvoir d'initiative en matière d'enquête et des poursuites des présumés auteurs du génocide, des crimes de guerres et des crimes contre l'humanité est une concession que le gouvernement du Burundi n'a jamais voulu faire dans le cadre des négociations avec les Nations Unies. C'est le point de désaccord qui a empêché la signature d'un Communiqué conjoint des délégations burundaise et des Nations unies dont l'adoption était prévue le 9 mars 2007⁵⁶⁸. Le point n° 8 de ce projet de communiqué stipule que

Les délégations ont conclu que le Procureur agira en toute indépendance dans l'instruction des dossiers et l'exercice des poursuites contre les auteurs du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. Elles ont convenu par ailleurs de poursuivre leurs discussions sur l'indépendance du Procureur par rapport aux travaux de la Commission Vérité et Réconciliation.

Dans un projet de communiqué amendé par la délégation gouvernementale et présenté le 10 mars 2007, projet qui, lui non plus, n'a pas été signé par les parties, le point 8 amendé devient « Les deux délégations ont convenu par ailleurs de poursuivre leurs discussions sur les rapports entre la commission vérité et réconciliation et le Tribunal spécial ». L'on constate que la délégation gouvernementale élargue, comme n'ayant pas fait objet d'accord, l'indépendance du procureur dans l'instruction des dossiers et dans l'exercice des poursuites contre les auteurs du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. Elle élargue aussi la partie du point 8 du projet de communiqué qui dit que les parties sont d'accord de poursuivre leur discussion sur l'indépendance du procureur par rapport aux travaux de la Commission Vérité et Réconciliation. Manifestement, l'indépendance du Procureur vis-à-vis de la CVR est non négociable pour le Gouvernement du Burundi. Ce qui soulève une question quant à la réalité de la volonté du Gouvernement du Burundi de réprimer les crimes qui ne sauraient rester impunis dont la commission au Burundi a été documentée par plusieurs sources dont la crédibilité est internationalement reconnue.

Une autre question concerne la création même du Tribunal spécial. Aucun calendrier précis ne fixe l'échéance de sa création. Le rapport du Comité technique chargé de la préparation de la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle affirme que le Tribunal spécial doit être créé à la fin du mandat de la CVR⁵⁶⁹. Ce rapport confirme, sur ce point, le contenu de la note

⁵⁶⁸ Lettre du 16 mai 2007 de la Ministre des Relations extérieures, Antoinette Batumubwira, adressée au Secrétaire général adjoint aux Affaires juridiques, Nicolas Michel et au Haut-Commissaire adjoint aux Droits de l'homme, Kyung Wha Kang). Une copie de ce projet de communiqué est accessible via le lien suivant : https://www.uantwerpen.be/images/uantwerpen/container2143/files/DPP%20Burundi/Justice%20Transitionnelle/CVR%20et%20Tribunal%20Spécial/négociations%20ONU-GOB/Communiqué_conjoint_090307.pdf

⁵⁶⁹ République du Burundi, Rapport du comité technique chargé de la préparation de la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle », Bujumbura, octobre 2011, p. 26.

au Conseil des Ministres sur le processus de mise en œuvre des mécanismes de justice transitionnelle, préparée par l'ambassadeur Laurent Kavakure et Maître Clotilde Niragira, respectivement Conseiller Principal du Bureau Chargé des Questions Politiques, Diplomatiques et de Coopération et Chef du Cabinet Civil du Président de République du Burundi⁵⁷⁰. Si le premier mandat de la Commission instituée par la loi du 6 novembre 2018 prend fin le 2 décembre 2022⁵⁷¹, son renouvellement illimité en nombre, peut être décidé à la discrétion du parlement⁵⁷². Curieusement, les lois antérieures sur la CVR⁵⁷³ prévoyaient soit un mandat court⁵⁷⁴, soit, dans tous les cas, la possibilité pour un renouvellement unique⁵⁷⁵. Ceux qui soupçonnent le Gouvernement burundais de mauvaise foi en ce qui concerne la volonté de mettre en place, en temps utile, le Tribunal spécial chargé de juger les présumés auteurs du crime de génocide, des crimes de guerres et des crimes contre l'humanité commis au Burundi peuvent être tentés de lire dans cette disposition qui ne limite pas le nombre de renouvellement du mandat de la CVR une stratégie de repousser indéfiniment la mise en place du tribunal.

Enfin, le gage d'indépendance et d'impartialité, aussi bien du mécanisme de recherche de la vérité que celui de poursuites judiciaires, se mesure à sa composition. Il doit être indépendant à la fois du pouvoir politique et des autres acteurs et forces qui peuvent chercher à influencer son travail. Aussi avait-il été suggéré que chacun des deux mécanismes soit de composition mixte, comprenant des membres internationaux et des membres nationaux et l'idée n'avait jamais été remise en cause depuis la publication du rapport Kalomoh jusqu'à la publication, en 2010, du Rapport des Consultations nationales sur la mise en place des mécanismes de justice de transition au Burundi. D'après ce rapport, la majorité des Burundais ont désavoué le consensus qui existait jusque-là parmi les acteurs clés impliqués dans le processus de justice transitionnelle. La lecture de ce rapport montre que la majorité des Burundais consultés préférèrent que le Président de la CVR (60%), les membres de la CVR (60%), le Président

⁵⁷⁰ Laurent Kavakure et Clotilde Niragira, Note au Conseil des Ministres. Processus de mise en œuvre des mécanismes de justice transitionnelle, 30 mai 2011. Au sujet du chronogramme de mise en place des mécanismes de justice transitionnelle, la note précise que le Tribunal Pénal spécial pour le Burundi sera mise en place après la fin des travaux la Commission Vérité et Réconciliation, (p.5).

⁵⁷¹ Conformément à l'article 4 de la loi la loi du 6 novembre 2018 (voir note 49 plus haut).

⁵⁷² Cf. note précédente.

⁵⁷³ A savoir la loi N° 1/18 du 27 décembre 2004 portant Missions, Composition, Organisation et fonctionnement de la commission Nationale pour la Vérité et la Réconciliation, Bulletin Officiel du Burundi, N° 12bis/2004 et la loi et la loi du 15 mai 2014 portant création, mandat, composition, organisation et fonctionnement de la Commission Vérité et la Réconciliation.

⁵⁷⁴ D'après l'article 3 de la loi du 27 décembre 2004 sur la CVR « Le mandat de la Commission est de deux ans. Il peut être prolongé d'une année ou plus si le Gouvernement l'estime nécessaire ».

⁵⁷⁵ L'article 4 de la loi du 6 novembre prévoit un mandat de quatre ans pouvant être prorogé une seule fois pour une période d'une année à la demande de la Commission.

du Tribunal spécial (47%), les membres du Tribunal spécial (59%), le Procureur du Tribunal spécial (52%) ainsi que le Greffier du Tribunal spécial (59%), soient des Burundais. Ce qui n'a pas empêché que l'idée d'une composante mixte soit reprise jusqu'en 2011⁵⁷⁶. Quand on sait que la justice burundaise est aux ordres du pouvoir politique⁵⁷⁷, en particulier en ce qui concerne les dossiers dits sensibles⁵⁷⁸ dont font certainement partie le contentieux dont la gestion a été confiée aux mécanismes de justice transitionnelle, quand on sait particulièrement qu'en droit burundais les procureurs sont placés sous la haute autorité du Ministre de la justice⁵⁷⁹, l'on a le droit de s'inquiéter d'un Procureur Burundais, jouissant d'un statut d'autres procureurs du système judiciaire classique. Pablo de Greiff, Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, estime qu'« il est primordial de garantir l'impartialité des procureurs afin d'éviter que la justice pénale ne devienne un instrument au service du pouvoir »⁵⁸⁰. Il fut même un temps où, même le CNDD-FDD était préoccupé par l'indépendance et l'impartialité Tribunal Pénal Spécial. Aussi défendait-il, en 2007, l'idée que le Tribunal soit composé de magistrats nationaux

⁵⁷⁶ Ainsi, après avoir rappelé qu'« une CVR mixte composée de Burundais et d'étrangers pourrait avoir un avantage de crédibilité aux yeux de la population et de la communauté internationale » (argument qui manque de poids, surtout lorsqu'il est tenu après la publication du Rapport des Consultations Nationales sur la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle dont les résultats suggèrent le contraire), le Comité Technique chargé de la préparation de la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle proposa « la formule d'une CVR composée de commissaires burundais, avec une composante internationale au niveau du Conseil Consultatif International, comme en Colombie, un appui technique et des experts nationaux et internationaux » (Rapport du Comité technique chargé de la préparation de la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle, 18 octobre 2011, p.55) ; Quant au Tribunal spécial, une note au Conseil des Ministres sur le processus de mise en œuvre des mécanismes de justice transitionnelle, du 30 mai 2011 par l'ambassadeur Laurent Kavakure et Maître Clotilde Niragira, respectivement Conseiller Principal du Bureau Chargé des Questions Politiques, Diplomatiques et de Coopération et Chef du Cabinet Civil du Président de République du Burundi affirme que « le Tribunal Spécial pour le Burundi, (...) sera de composition mixte. Elle sera composée de juristes burundais et de juristes étrangers » (p.3). Encore une fois, et sans que leurs auteurs en fournissent une moindre explication, cette affirmation contredit les résultats du Rapport des Consultations Nationales sur la mise en place des mécanismes de justice transitionnelle, publié quelques mois avant la publication de leur note.

⁵⁷⁷ Pour aller plus loin sur la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire au Burundi, voir, entre autres, Niyonkuru, A.-P., *L'accès au juge civil en droit burundais : Approche juridico-institutionnelle*, thèse non-publiée, KU Leuven, 2016, spéc. p.247-262 ; Niyonkuru, A.-P., Aimé-Parfait Niyonkuru, « L'indépendance du pouvoir judiciaire burundais vis-à-vis de l'exécutif », *Librairie d'Etudes Juridiques Africaines*, Vol. 7, 2011, 1-19.

⁵⁷⁸ Au sujet de la question de « dossiers sensibles », voy. Niyonkuru, A.-P., Niyonkuru, A.P., « L'accès à la justice au Burundi: au-delà de la qualité de la norme, un problème de culture de respect de la loi », in An Sara Geenen, Aymar Nyenyezi Bisoka and An Ansoms (Eds), *Conjonctures de l'Afrique Centrale 2019*, Paris, L'Harmattan, pp. 309–328.

⁵⁷⁹ Article 130 du Code de l'Organisation et de la Compétence Judiciaires de 2005 ; article 32 in fine du statut des magistrats de 2000 ; article 93 du Code de Procédure Pénale de 2018.

⁵⁸⁰ A/HRC/30/42/Add.1, p.12, §46.

et étrangers dans l'objectif de garantir son indépendance et son impartialité⁵⁸¹. Au fur et à mesure que le contrôle du pouvoir se renforçait, le parti se transformant, en fait, en parti-Etat, cette idée a progressivement quitté le discours officiel de ce parti.

6. Le risque que les immunités provisoires glissent vers l'impunité de fait

Le régime d'immunité « temporaire », dont la portée a été sensiblement élargie, empêche dans la pratique l'engagement de poursuites. Pablo de Greiff⁵⁸²

L'Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi prévoit l'immunité provisoire à l'égard de toute poursuite au titre de crimes à mobile politique commis avant la signature de l'Accord mais limite cette immunité à la période intérimaire⁵⁸³, c'est-à-dire la période s'écoulant entre la signature de l'Accord (28 août 2000) et la mise en place de l'Assemblée nationale de transition, soit le 5 janvier 2002. Par la suite, avec la signature, le 16 novembre 2003 de l'Accord de cessez-le-feu entre le gouvernement du Burundi, la référence à une quelconque limite dans le temps de l'immunité a été ignorée. Ce qui a fait dire à certains que derrière les termes « immunité provisoire » se cachait la volonté d'accorder une amnistie⁵⁸⁴ ou tout simplement que l'immunité provisoire risque de se transformer en une immunité totale⁵⁸⁵. Certes, les différents textes relatifs aux immunités « provisoires » ont pris le soin d'exclure du champ d'application de ces dernières les actes de génocide, les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre⁵⁸⁶. Mais en même temps, la loi n° 1/004 du 8 mai 2003 sur le génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité empêche les juridictions burundaises d'enquêter sur ces crimes et de qualifier, le législateur ayant réservé ces enquête et qualification à la Commission d'enquête judiciaire internationale⁵⁸⁷, une Commission dont la création n'est plus à l'ordre du jour. Dans la même logique, l'article 61 de loi du 15 mai 2014 sur la CVR semble suspendre toutes les procédures pénales jusqu'à ce que la Commission publie ses conclusions.

⁵⁸¹ Mémorandum du parti CNDD-FDD sur la Commission Vérité et réconciliation et le tribunal spécial pour le Burundi, Bujumbura, 5 mai 2007, point n° 33.

⁵⁸² Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition, A/HRC/30/42/Add.1, p.22, §103.

⁵⁸³ Accord d'Arusha pour la paix et la réconciliation au Burundi, 28 août 2000, Protocole II, Chapitre II, Article 22.c.

⁵⁸⁴ Nindorera, E., Pas de réconciliation véritable sans justice, inédit, Bujumbura, mars 2006, p.14.

⁵⁸⁵ Ntasmusumuyange, J.G, Justice transitionnelle au Burundi : Enjeux et défis, Bujumbura, Septembre 2006, inédit, p.2, note n° 5.

⁵⁸⁶ Burundi, loi no 1/022 (21 novembre 2003) ; loi no 1/32 (22 novembre 2006).

⁵⁸⁷ Article 32, alinéa 1er de la loi n° 1/004 du 8 mai 2003 portant répression du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, B.O.B n°5/2003.

Comme l'écrit, à juste titre, le professeur Stef Vandeginste, ces immunités se sont révélées tout sauf temporaires⁵⁸⁸.

Conclusion

Cette réflexion a discuté la problématique de la répression du crime de génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité dont la perpétration a été à la fois reconnue par les signataires de l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi et documentée par plusieurs sources crédibles. La responsabilité première de réprimer ces crimes, qui ne sauraient rester impunis, revient à l'Etat burundais, en tant qu'Etat sur le territoire duquel ils ont été commis ou se trouvent leurs présumés auteurs.

Ce chapitre s'est efforcé de démontrer le risque qu'il y a d'aboutir, en fait, à l'impunité de ces crimes nonobstant les engagements et déclarations politiques en faveur de la répression de ces crimes. En particulier, le chapitre a suggéré que la conduite du processus de justice transitionnelle, dont les bases historiques se trouvent dans l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi du 28 août 2000, peut être interprétée comme traduisant une politique dont le résultat ultime pourrait résulter en une impunité des auteurs de violations graves des droits de l'homme, y compris les crimes qui ne sauraient rester impunis, commis au cours de l'histoire tourmentée de l'après indépendance. La prééminence de la réconciliation sur la justice dans le discours du régime de Gitega et du Parti CNDD-FDD au pouvoir lorsqu'il est question du processus de justice transitionnelle, les glissements de calendriers en ce qui concerne la mise en place de la Commission Vérité et Réconciliation, les développements légaux en ce qui concerne le renouvellement du mandat de cette commission et la compétence des tribunaux de droit commun en ce qui concerne l'enquête, la qualification et les poursuites en matière du génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, l'impasse en ce qui concerne la création du tribunal spécial, laquelle est subordonnée à la fin des travaux de la CVR, les immunités provisoires qui se prolongent au-delà de la période qu'elles couvrent légalement, le retrait du Burundi du statut de Rome de la Cour pénale internationale, la modification d'une disposition constitutionnelle pour interdire l'extradition d'un Burundais, le discours officiel selon lequel le Burundi ne coopéra pas avec la CPI en ce qui concerne les enquêtes et poursuites en rapport avec la situation au Burundi, sont autant d'éléments à partir desquels l'on peut soupçonner l'absence d'une volonté réelle de réprimer les crimes qui ne sauraient rester impunis commis sur le territoire burundais.

⁵⁸⁸ Vandeginste, S., "Museveni, Burundi and the Perversity of Immunity Provisoire", *International Journal of Transitional Justice*, Notes from the field, 2016, p. 1.

Néanmoins, d'un point de vue strictement juridique et malgré des signaux traduisant l'absence de volonté du Gouvernement du Burundi de réprimer les crimes internationaux qui ne sauraient rester impunis, l'éventualité d'une telle répression pèsera en permanence, comme une épée de Damoclès, sur la conscience des responsables de ces crimes tant qu'ils seront encore en vie. Tout d'abord ces crimes ne sont ni amnistiables, ni prescriptibles. En outre, les auteurs desdits crimes doivent compter avec l'exercice de la compétence universelle et la répression des crimes internationaux par les juridictions internationales ou hybrides.

LES ASPECTS HYBRIDES DE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE AU BURUNDI

NESTOR NKURUNZIZA

Résumé

Le chapitre proposé s'appuie sur la littérature critique dans les domaines de la consolidation de la paix et la justice transitionnelle pour discuter des défis à la mise en œuvre d'une politique de justice « hybride » dans le cadre du projet de justice transitionnelle au Burundi (2005-2015).

Le chapitre est organisé en deux parties. La première partie explore les tentatives d'application de cette forme de justice, notamment à travers les mécanismes de justice transitionnelle (un Tribunal spécial et une CVR mixtes) qui étaient initialement proposés pour le Burundi. La deuxième partie analyse le rôle des principaux réseaux de la société civile qui ont été actifs en matière de justice transitionnelle. L'étude constate la présence simultanée, au sein de ces réseaux, d'acteurs qui font la promotion des formes de justice d'inspiration libérale d'une part et, ceux qui proposent des formes alternatives de justice d'autre part. Cependant, les débats au sujet de l'hybridation de la justice transitionnelle semblent avoir été limités au sujet des mécanismes de justice transitionnelle. Envisager l'hybridité dans le cadre du fonctionnement de la société civile active en matière de justice transitionnelle aurait pu accroître le potentiel de l'apport de celle-ci en faveur d'une justice hybride.

THE HYBRID ASPECTS OF TRANSITIONAL JUSTICE IN BURUNDI

NESTOR NKURUNZIZA

Abstract

This chapter draws on the critical literature in the areas of peace building and transitional justice, to discuss challenges to the implementation of a 'hybrid' transitional justice policy in Burundi (2005-2015).

The chapter is divide in two parts. The first part discusses attempts made towards the application of a "hybrid justice" in Burundi, namely through initially proposed hybrid transitional justice mechanisms (a special tribunal and a TRC). The second part focuses on the role of the main civil society networks involved in the transitional justice process. The study finds that those networks comprised activists promoting forms of justice inspired by liberalism as well as others suggesting alternative forms of justice. It is observed that debates on hybridity solely focused on transitional justice mechanisms. Recognising and taking into account hybridity also in the functioning of civil society organisations involved in the transitional justice advocacy would have increased their contribution to a truly hybrid justice system

Introduction

La justice transitionnelle est aujourd'hui analysée comme un « projet global »⁵⁸⁹ dont l'« empire »⁵⁹⁰ ne cesse de s'agrandir. Les origines historiques de la justice transitionnelle dans sa forme moderne se situent dans le contexte des procès contre les responsables nazis au lendemain de la Deuxième Guerre Mondiale.⁵⁹¹ Les procès de Nuremberg ont occasionné un changement de paradigme dans la conception de la justice transitionnelle et marqué, en même temps, le point de départ d'un projet mondial. A ce propos, Ruti Teitel écrit « [...] Nuremberg a influencé la littérature dominante [sur la justice transitionnelle] avec sa réorientation des processus nationaux aux processus internationaux, mais également du collectif à l'individu ».⁵⁹² Durant cette première phase de son évolution historique, la justice transitionnelle était essentiellement rétributive⁵⁹³.

La phase la plus déterminante dans le processus d'expansion mondiale de la justice transitionnelle remonte aux années 1980 et 1990. Cette période renvoie à l'application des mécanismes de justice transitionnelle dans le contexte des changements de régimes survenus au lendemain des bouleversements politiques qui ont simultanément frappé plusieurs pays de par le monde vers la fin du vingtième siècle.⁵⁹⁴ Le phénomène d'ampleur mondiale est communément connu sous l'appellation de « troisième vague de démocratisation » grâce à Samuel Huntington⁵⁹⁵ en raison du fait que, selon les idées reçues de l'époque, l'ensemble des pays touchés semblaient partager une tendance commune à émerger des régimes autoritaires ou dictatoriaux vers la démocratie.

⁵⁸⁹ Rosemary Nagy, « Transitional Justice as a Global Project: Critical Reflections » (2008), 29 (2), *Third World Quarterly*, pp. 275-289

⁵⁹⁰ Pádraig McAuliffe, « Transitional Justice's Expanding Empire: Reasserting the Value of the Paradigmatic Transition » (2011), 2 (2), *Journal of Conflictology*, pp. 32-44

⁵⁹¹ Lavinia Stan et Nadya Nedelsky, dir., *Encyclopedia of Transitional Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, vol. 1, à la p 7; Alexander Laban Hinton, « Introduction: Toward an Anthropology of Transitional Justice », dans Alexander Laban Hinton, dir., *Transitional Justice: Global Mechanisms and Local Realities After Genocide and Mass Violence*, New Jersey: Rutgers university press, 2010, à la p 1; Ruti Teitel, *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2000, à la p 29; Naomi Mariezcurrena Roht-Arriaza, « The new landscape of transitional justice », dans Naomi Mariezcurrena Roht-Arriaza et Javier Mariezcurrena, dir., *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 1

⁵⁹² Traduction libre de l'auteur « Nuremberg has shaped the dominant scholarly understanding of successor justice with the shift in approach, from national to international processes, as well as from collective to individual. » Ruti Teitel, id., , p. 31

⁵⁹³ Lavinia Stan et Nadya Nedelsky, dir., id., , p. 6

⁵⁹⁴ Dustin Sharp, « Emancipating Transitional Justice from the Bonds of the Paradigmatic Transition. » (2014), 9 (1), *International Journal of Transitional Justice*, p. 150

⁵⁹⁵ Samuel P. Huntington, *The third Wave: Democratisation in the Late Twentieth Century*, Norman: University of Oklahoma Press, 1991

Compte tenu de ses origines de la justice transitionnelle dans les traditions libérales occidentales et des circonstances politiques de son exportation en dehors du contexte européen, la justice transitionnelle a pendant longtemps été interprétée comme étant au service d'un projet politique. Elle a été envisagée comme un outil de promotion d'une gouvernance politique articulée sur les règles de jeu de la démocratie procédurale du modèle occidental ainsi que la diffusion des valeurs fondamentale de celle-ci dans les sociétés qui l'appliquent.⁵⁹⁶ Les premières tentatives de définitions du concept laissent transparaître cette conception téléologique de la justice transitionnelle. Ainsi, la théoricienne du droit Ruti Teitel qui revendique l'invention de l'expression « *transitional justice* »⁵⁹⁷ conçoit celle-ci comme définit la justice transitionnelle ainsi: « (...) une justice associée avec les périodes de transitions politiques, caractérisée par des mesures judiciaires destinées à réprimer les crimes commis sous les régimes oppresseurs précédents. »⁵⁹⁸

Une telle définition a fait l'objet de critiques notamment du fait qu'elle se focalise exclusivement sur les poursuites pénales tout en ignorant les différentes autres formes réponses sociales à la violence de masse auxquelles des sociétés ont pu avoir recours.⁵⁹⁹ La doctrine récente propose des définitions plus inclusives et englobantes de l'ensemble des mécanismes de justice transitionnelle courants.⁶⁰⁰ Les Nations Unies adoptent la même conception holistique de la justice transitionnelle. Selon une définition proposée par l'ancien Secrétaire Général des Nations Unies Kofi Annan et qui est largement citée dans la littérature, « la justice transitionnelle renvoie à l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation. »⁶⁰¹

Cette évolution dans les conceptions théoriques de la justice transitionnelle tient compte des critiques qui ont dénoncé les pratiques néolibérales ayant marqué son évolution. Certains auteurs ont par ailleurs tenté d'élaborer des théories afin

⁵⁹⁶ Paige Arthur «How 'Transitions' Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice» (2009), 31 (2), *Human Rights Quarterly*, pp 321-367

⁵⁹⁷ Ruti Teitel, « Editorial Note » (2008) 2 (1), *International Journal of Transitional Justice*, p. 1

⁵⁹⁸ Traduction libre de l'auteur « the conception of justice associated with periods of political change, characterized by legal responses to confront the wrongdoings of repressive predecessor regimes. » Ruti Teitel «Transitional Justice Genealogy» (2003) 16, *Harvard Human Rights Journal*, p. 69

⁵⁹⁹ Voir, par exemple, Naomi Mariezcurrena Roht-Arriaza, *supra*, note 3, *ibid*.

⁶⁰⁰ Voir, par exemple, Naomi Mariezcurrena Roht-Arriaza, *id.*, p 2; Eirin Mobekk, *Transitional Justice and Security Sector Reform: Enabling Sustainable Peace*, Genève: The Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, novembre 2006.

⁶⁰¹ Nations-Unies, Conseil de Sécurité, Rapport du Secrétaire général sur le 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, (S/2004/616, para 8).

d'offrir des cadres conceptuels d'application d'une telle approche sur la justice transitionnelle considérée comme plus « émancipatrice ». La notion de « justice transitionnelle hybride » compte parmi les théories ainsi formulées. Elle offre notamment un cadre théorique des modes d'administration de la justice lorsque celle-ci combine à la fois des éléments locaux et internationaux; les paradigmes libéraux de la justice et les approches alternatives ou locales sur la justice. Le chapitre proposé applique ledit cadre théorique au cas du Burundi.

Contexte d'application de la justice transitionnelle au Burundi

Successivement colonisé par l'Allemagne et la Belgique, le Burundi a accédé à son indépendance le 1^{er} juillet 1962. Alors que le pays acquiert son indépendance sous forme d'une monarchie constitutionnelle, celui-ci est vite renversé à l'issue d'un coup d'État militaire mené par le capitaine Michel Micombero, lequel se proclame Président de la première République du Burundi et dirigera le pays de 1966 à 1976. Micombero est renversé par le colonel Jean-Baptiste Bagaza en 1976. Ce dernier est, lui-même, écarté du pouvoir par le major Pierre Buyoya une fois encore à la suite d'un coup d'État militaire en 1987.

L'histoire du Burundi d'après indépendance est dominée par un conflit politico-ethnique, opposant ses deux principales composantes ethniques, à savoir la majorité hutue (environ 85 %) et la minorité tutsie (autour de 15 %). En effet, chacun des régimes militaires successifs connaît au moins une période de violences de masse liées à ces guerres fratricides, exception faite de la deuxième République (1976-1987). Les périodes de violences majeures se situent dans les années 1965, 1972, 1987 pour culminer avec la guerre civile qu'a connue le pays à partir des 1994.

L'ampleur et la fréquence de la violence au Burundi sont très frappantes. Écrivant au milieu de la guerre civile (1994 et suivants) et peu avant le génocide contre les Tutsis au Rwanda, René Lemarchand, un des spécialistes de réputation mondiale de l'histoire de la sous-région, affirmait :

« Nowhere else in Africa has so much violence killed so many people on so many occasions in so a small space as in Burundi during the years following independence »⁶⁰².

En contraste avec la gravité et l'étendue des violations des droits de l'homme, les acteurs politiques ne se sont pas préoccupés de traiter sérieusement les conséquences des crimes commis dans le passé du Burundi. Pour sa part, l'Organisation des Nations Unies a mandaté une série de missions d'enquête sur les violations graves des droits de l'homme au Burundi au lendemain de certaines

⁶⁰² René Lemarchand, *Burundi: Ethnic Conflict and Genocide*, Cambridge, Woodrow Wilson Center Press and Press Syndicate of the University of Cambridge, 1996, à la p iv

parmi les périodes majeures de violence. Dans la plupart des cas, cependant, aucune mesure concrète n'était prise pour faire suite aux résultats d'enquête quand bien même des rapports de mission indiquaient l'éventualité des crimes contre l'humanité, de crimes de guerre, voire de génocide qui auraient été perpétrés dans le cadre du conflit.⁶⁰³

Ce n'est qu'à partir des années 2003 qu'un projet de justice transitionnelle a été lancé par le gouvernement du Burundi en partenariat avec les Nations Unies pour faire suite aux recommandations de l'Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi (Accord d'Arusha) qui avait été quelques années auparavant au mois d'août 2000. Selon l'Accord, l'objectif de la justice transitionnelle était, d'une part, d'adopter des mesures de prévention et de lutte contre l'impunité des crimes graves et, d'autre part, de promouvoir la réconciliation nationale.⁶⁰⁴

Dès le départ, il était convenu que la mise en œuvre de la justice transitionnelle au Burundi impliquerait un partenariat ainsi qu'une étroite collaboration entre les autorités nationales et les Nations Unies. Le partenariat s'est matérialisé par l'envoi d'une mission d'évaluation des Nations Unies sur terrain conduite par l'ancien Sous-Secrétaire général de l'ONU aux affaires politiques Tuliameni Kalomoh. L'équipe de la délégation des Nations Unies a séjourné au Burundi entre le 16 et le 24 mai 2004. Elle avait reçu le mandat d'évaluer l'opportunité de la mise en place d'une commission d'enquête judiciaire internationale sur les crimes commis dans le passé du Burundi telle que prévue par l'Accord d'Arusha et conformément à une requête adressée au Conseil de Sécurité des Nations Unies par les autorités burundaises à cet effet.⁶⁰⁵

Faisant suite aux recommandations du rapport de mission (dit rapport Kalomoh du nom de son auteur), des négociations entre le gouvernement du Burundi et les Nations Unies ont eu lieu aux mois de février 2006 et mars

⁶⁰³ Voir United Nations, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide, UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1985/6 (2 juillet 1985) paras. 24 et 36; Report of the International Commission of Inquiry for Burundi établie sur base de la Résolution 1012 (28 août 1995) du Conseil de Sécurité des Nations Unies, lettre datée du 24 juillet 1996 du Secrétaire-Général adressée au Président du Conseil de Sécurité en date du 22 août 1996, UN Doc. S/1996/682, paras. 483 et 496. Le premier rapport traite des crimes commis durant la crise de 1972, tandis que le second est relatif aux massacres perpétrés pendant la guerre civile des 1993 et suivants.

⁶⁰⁴ Voir Gouvernement du Burundi, Accord d'Arusha pour la Paix et la Réconciliation au Burundi, Protocole I, art. 6.

⁶⁰⁵ Voir Nations Unies, Conseil de Sécurité, Lettre datée du 11 mars 2005 adressée par le Secrétaire-Général des Nations-Unies au président du Conseil de Sécurité, S/2005/158, (ici Rapport Kalomoh), para 1

2007 afin de déterminer les modalités de mise en place des mécanismes de justice transitionnelle au Burundi.⁶⁰⁶ La société civile locale a par la suite été impliquée dans le processus sous l'influence des Nations Unies. A l'issue des négociations, les parties prenantes ont abouti à un accord sur la nécessité d'organisation des consultations auprès de la population sur les thèmes relatifs à la justice transitionnelle. Celles-ci ont lieu entre les mois de juillet 2009 et mars 2010.⁶⁰⁷

Ces consultations restent malheureusement la seule concrète conjointe qui ait eu lieu une décennie après le lancement du processus jusqu'au nouvel éclatement récent de la violence au Burundi à partir de fin avril 2015. Entre temps, le projet d'application de la justice transitionnelle avait finalement pris une tournure unilatérale, mené par le gouvernement du Burundi, à la suite d'importantes divergences de points de vue entre les parties prenantes. Une loi portant création d'une Commission Vérité et Réconciliation (CVR) avait été adoptée au mois de mai 2014⁶⁰⁸, mais la violence consécutive aux protestations contre le troisième mandat contesté du Président Pierre Nkurunziza a par la suite éclaté avant que la CVR ne soit opérationnelle. Le lancement officiel des activités de la CVR a finalement eu lieu ont finalement été officiellement lancées depuis le 04 mars 2016.⁶⁰⁹ Le site internet de la commission publie des activités régulièrement menées mais l'on peut mal s'imaginer l'administration d'une quelconque forme de justice transitionnelle digne de ce nom dans le climat politique et sécuritaire tendu qui perdure dans le pays.

⁶⁰⁶ Les différents documents en rapport avec ces négociations sont disponibles en ligne sur le site internet du Centre des Grands Lacs de l'Université d'Anvers, rubrique « Droit, pouvoir et Paix au Burundi », en suivant le lien <https://www.uantwerpen.be/en/rg/iob/centre-great-lakes/dpp-burundi/justice-transitionne/cvr-et-tribunal-sp-c/> (consulté le 27 novembre 2019).

⁶⁰⁷ Gouvernement du Burundi, Rapport des consultations nationales sur la mise en place des mécanismes de justice de transition au Burundi, Bujumbura, 20 avril 2010. Disponible en ligne sur la page internet du Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies : http://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Countries/BI/RapportConsultationsBurundi.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1

⁶⁰⁸ Gouvernement du Burundi, Loi N°1/ 18 du 15 mai 2014 portant création, mandat, composition, organisation et fonctionnement de la commission vérité et réconciliation. Accessible sur le site web de l'Assemblée Nationale du Burundi en suivant le lien : <http://www.assemblee.bi/IMG/pdf/18-2014.pdf>(consulté le 27 avril 2019).

⁶⁰⁹ Une série d'autres textes régissant l'organisation et le fonctionnement de la CVR ont été adoptés par la suite et sont disponible sur le site internet du Centre des Grands Lacs de l'Université d'Anvers, supra note 17.

1. Notion de « justice hybride » et tentatives d'hybridation de la justice transitionnelle au Burundi

Le concept d'hybridité est couramment utilisé dans le domaine des études sur la résolution des conflits et la consolidation de la paix. Il est associé avec l'expression « paix hybride », proposée comme cadre conceptuel pour une approche plus positive en matière d'interventions libérales pour la paix (« *liberal peace* »). Les idées ainsi avancées suggèrent que les interventions articulées autour d'une « paix hybride » contribueraient à remédier aux effets des dynamiques néolibérales couramment dénoncées à l'encontre des modes d'administration des programmes d'assistance internationale.⁶¹⁰

Or, la justice transitionnelle fait actuellement partie intégrante des outils standards des Nations Unies en matière de consolidation de la paix. Étant donné donc les rapports étroits entre la justice transitionnelle et l'ensemble des interventions relatives à la promotion de la paix, une littérature critique a introduit la notion de « justice hybride » dans le champ d'étude de la justice transitionnelle pour les mêmes fins. En ce sens, il est proposé que l'introduction des aspects hybrides dans l'administration de la justice transitionnelle permettrait de répondre aux critiques qui dénoncent les effets des postulats libéraux de la justice qui limitent l'efficacité et la pertinence locale de la justice transitionnelle.

L'hybridité est ainsi utilisée comme un cadre conceptuel pour analyser les modes d'organisation et de fonctionnement des mécanismes de justice transitionnelle lorsqu'ils intègrent des éléments locaux et internationaux. Les cas d'études incluent des travaux de recherche dont les auteurs se sont intéressés à l'application de la justice transitionnelle dans des contextes comme celui du Timor oriental, de la Sierra Léone ou encore du Cambodge.⁶¹¹ C'est dans cette même ligne d'idées qu'il faut situer les tentatives d'hybridation de la justice transitionnelle au Burundi compte tenu de l'ampleur de l'implication internationale dans le processus interne, du moins au début.

⁶¹⁰ Voir les nombreux travaux par Oliver P. Richmond et Roger Mc Guinty largement cités dans Pour plus de détails, voir Gearoid Millar, « Disaggregating hybridity: Why hybrid institutions do not produce predictable experiences of peace. » (2014), 51 (4), *Journal of Peace Research*, p. 501

⁶¹¹ Suzanne Katzenstein, « Hybrid tribunals: Searching for justice in East Timor. » (2003), 16, *Harvard Human Rights Journal*, pp. 245-278; Beth K. Dougherty, « Right-sizing international criminal justice: The hybrid experiment at the special court for Sierra Leone. » (2004), 80 (2), *International Affairs*, pp. 311-328; Helen Horsington, Helen, « The Cambodian Khmer Rouge tribunal: The promise of a hybrid tribunal. » (2004), 5 (1) *Melbourne Journal of International Law*, pp. 462-482

1.1. Introduction des dimensions hybrides dans la politique de justice transitionnelle au Burundi

Jusqu'à une étape du processus, l'hybridité de la justice administrée dans le cadre des mécanismes de justice transitionnelle au Burundi se trouvait au centre des débats sur le sujet. Toutefois, il faut tout d'emblée préciser que l'introduction de cette approche résultait pour une large part de l'implication internationale, en particulier des Nations Unies. Déjà l'insertion des clauses relatives à la justice transitionnelle, spécialement des dispositions visant la répression des crimes graves dans l'Accord d'Arusha résultait davantage du poids de l'influence des Nations Unies que des acteurs politiques burundais. Les principaux protagonistes burundais auraient probablement abouti à des compromis quitte à sacrifier les idéaux de lutte contre l'impunité pour autant que des intérêts politiques personnels soient préservés.⁶¹²

La signature de l'Accord d'Arusha est intervenue au moment où l'organisation des Nations Unies avait déjà adopté une politique constante qui consistait à conditionner son assistance dans le cadre des négociations des accords de paix à l'obtention de garanties que les arrangements politiques conclus n'impliqueraient une consécration de l'impunité des violations graves des droits de l'homme.⁶¹³ Dans le cas du Burundi, les Nations Unies étaient d'ailleurs parvenues à s'assurer un rôle déterminant dans le processus d'élaboration de la politique proprement dite de justice transitionnelle destinée à donner effet au prescrit de l'Accord d'Arusha.⁶¹⁴

Quant à la notion de justice transitionnelle hybride, celle-ci n'a, pour sa part, été introduites dans les débats que plus tard toujours à l'initiative des Nations Unies. L'idée émane d'abord de certaines parmi les recommandations du rapport Kalomoh.⁶¹⁵ Les discussions à ce sujet se sont par la suite poursuivies dans le cadre des négociations ultérieures entre le gouvernement du Burundi et les

⁶¹² Dans ce sens, voir pour de plus amples détails, Stef Vandeginste, « Negotiating and Sharing Power: Burundi's Bumpy Road to Reconciliation Without Truth. » (2017), dans Mark Anstey et Valerie Rosou, dir., *Negotiating reconciliation in peacemaking: quandaries of relationship building*, 2017: Springer, pp. 199-201.

⁶¹³ Voir Priscilla Hayner, (2009) *Negotiating Justice: Guidance for Mediators*. Geneva: Centre for Humanitarian Dialogue and the International Center for Transitional Justice, (février 2009), aux pages 8-9

⁶¹⁴ Accord d'Arusha, Protocole I, art. 6, para. 11

⁶¹⁵ Les différents documents en rapport avec ces négociations sont disponibles en ligne sur le site internet du Centre for the study of the Great Lakes Region de l'Université d'Anvers, rubrique « Droit, pouvoir et Paix au Burundi », en suivant le lien <https://www.uantwerpen.be/en/rg/job/centre-great-lakes/dpp-burundi/justice-transitionne/cvr-et-tribunal-sp-c/> (consulté le 29 novembre 2018).

Nations Unies. Il s'ensuit que le modèle d'application de la justice transitionnelle qui était finalement proposé pour le Burundi devait refléter l'état de l'évolution de la politique et du droit international dans le domaine.

1.2. Une Commission vérité et réconciliation et un tribunal pénal spécial hybrides

L'Accord d'Arusha prévoyait la mise en place d'une Commission Nationale de Vérité et Réconciliation (CNVR) en tant que mécanisme principalement investi du mandat de promouvoir la réconciliation au Burundi.⁶¹⁶ De par la nationalité des membres de la commission proposée, celle-ci était purement nationale. Les parties prenantes à l'Accord d'Arusha n'avaient donc pas envisagé l'opportunité d'une commission hybride.

L'Accord d'Arusha s'écartait également de la tendance internationale en ce qui concerne le mécanisme envisagé aux fins de l'application du droit pénal international. Il était, en effet, envisagé la création d'un tribunal pénal international du modèle des juridictions qui avaient été précédemment établies pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Or, le choix de prédilection sur la scène internationale portait plutôt sur les juridictions mixtes ou hybrides. C'est ainsi que l'implication ultérieure des Nations Unies dans le processus comme cela était prévue par l'Accord d'Arusha va permettre de réorienter le choix dans cette direction. Les thèmes relatifs à l'hybridation de la justice transitionnelle, qu'il s'agisse de la commission ou du tribunal, vont ainsi occuper une place centrale dans les négociations impliquant les autorités étatiques, les Nations Unies et la société civile.

La recommandation initiale en faveur d'une commission mixte c'est-à-dire dire composée de commissaires nationaux et internationaux émane du rapport Kalomoh. Plus précisément, le rapport proposait précisément la mise en place d'une Commission Nationale de recherche de la Vérité (CNV).⁶¹⁷ La délégation Kalomoh recommandait d'ailleurs une CNV de composition majoritairement étrangère.⁶¹⁸ Les membres de la délégation estimaient d'abord qu'une commission de composition mixte était mieux appropriée dans le contexte du Burundi dans la mesure où ils affirmaient avoir constaté une profonde crise de confiance mutuelle au sein de la population burundaise.⁶¹⁹ Ensuite, ils allaient plus loin en suggérant qu'une plus forte présence étrangère au sein de la commission accroîtrait la

⁶¹⁶ Article 8, Prot. I, Chap. II

⁶¹⁷ Voir Nations Unies, Conseil de Sécurité, Lettre datée du 11 mars 2005 adressée par le Secrétaire-Général des Nations-Unies au président du Conseil de Sécurité, S/2005/158, para 55

⁶¹⁸ Id., para. 56, d.

⁶¹⁹ Ibid.

perception d'objectivité, de crédibilité et d'impartialité de ce mécanisme aux yeux des burundais. Conformément aux recommandations du rapport Kalomoh les discussions sur les modalités d'hybridation de la commission se sont poursuivies dans le cadre des négociations entre le gouvernement du Burundi et les Nations Unies tenues aux mois de février 2006 et mars 2007. Comme nous l'avons déjà mentionné, cependant, une des manifestations des effets du désaccord entre le gouvernement du Burundi et les Nations Unies au sujet de la politique de justice transitionnelle consiste dans l'abandon d'une approche hybride pour ce qui est de la commission puisqu'une CVR purement nationale est censée fonctionner depuis 2016.⁶²⁰

C'est encore une fois la délégation Kalomoh qui a été la première à proposer la mise en place d'un mécanisme judiciaire hybride au Burundi. En effet, le rapport Kalomoh recommandait la création d'une chambre spéciale intégrée au sein de l'appareil judiciaire burundais, dotée d'une compétence prioritaire pour organiser la poursuite et la répression des crimes internationaux commis dans le passé du Burundi.⁶²¹ Ce faisant, les membres de la délégation capitalisaient sur « l'expérience acquise au cours de la dernière décennie pendant laquelle les Nations Unies se sont consacrées à promouvoir la justice et l'état de droit. »⁶²² Par la même occasion, ils écartaient la proposition initiale d'un tribunal international *ad hoc* des types de celui pour l'ex-Yougoslavie ou du Rwanda en raison des déficits couramment évoqués à l'égard de ce genre de juridictions: « le montant de leur budget de fonctionnement (...), la durée des procès et leur situation géographique (à l'extérieur des pays où les crimes ont été commis). »⁶²³

Toujours afin de tenir compte des leçons apprises, les auteurs du rapport Kalomoh déclaraient avoir également tenu compte des modalités d'administration de la justice dans le cadre du tribunal spécial pour la Sierra Léone. A cet égard, ils notaient que le modèle de la Sierra Léone présentait, certes, des avantages notamment de par l'établissement du mécanisme sur le territoire sierra léonin ainsi que la composition hybride du tribunal. Toutefois, le potentiel de l'apport du tribunal à la justice transitionnelle souffrait des limites liées au fait qu'il fonctionnait, séparé de l'appareil judiciaire du pays. Ce qui, du point de vue des membres de la délégation Kalomoh, représentait une lacune susceptible de limiter sa contribution au renforcement des capacités locales.⁶²⁴ Au terme de toutes ces considérations, la Chambre des crimes de guerre de la Cour de Bosnie-Herzégovine qui était alors en cours de création semblait représenter le modèle d'inspiration mieux approprié pour le Burundi. Précisons toutefois que ce choix va changer plus en faveur du modèle sierra léonin comme principale

⁶²⁰ Supra, note 20

⁶²¹ Rapport Kalomoh, supra note 29, para 52

⁶²² Id., para 57

⁶²³ Ibid.

⁶²⁴ Id., paras 59-60

source d'inspiration dans le cadre des négociations ultérieures, apparemment sur influence de la société civile locale. Les acteurs de la société craignaient qu'une crise de confiance envers la magistrature burundaise qui prévalait largement au sein de la population ne se répercute sur le mécanisme de justice transitionnelle s'il était intégré au sein de la justice burundaise.⁶²⁵

Notons en passant que l'opportunité d'une hybridation de la justice transitionnelle au Burundi a fait l'objet de consultations nationales. Lesdites consultations ont été organisées entre les mois de juillet 2009 et mars 2010.⁶²⁶ L'organisation et la conduite des consultations ont été confiées à un comité de pilotage tripartite composé de six membres, trois hommes et trois femmes, désignés sur base d'une égale représentativité entre le gouvernement du Burundi, les Nations Unies et la société civile locale selon les termes d'un Accord-Cadre qui avait été signé auparavant entre le gouvernement du Burundi et les Nations Unies en date du 02 novembre 2007.⁶²⁷

Quoique la méthodologie et la substance même des consultations aient fait l'objet de critiques⁶²⁸, la majorité des opinions exprimées semblaient favorable à l'introduction des aspects hybrides dans le cadre des deux principaux mécanismes de justice transitionnelle: la CVR et le Tribunal si on s'en tient aux résultats des consultations.⁶²⁹ Les résultats indiquent également une plus grande confiance envers les acteurs de la société civile locale pour ce qui est de la conduite du projet de justice transitionnelle tandis que les membres des confessions religieuses venaient en deuxième position.⁶³⁰ Simultanément, les participants avaient exprimé une profonde méfiance envers la classe politique s'il était question de piloter le projet de justice transitionnelle.⁶³¹

⁶²⁵ Voir Forum pour le Renforcement de la Société civile (FORSC) Mémoire présenté par la société civile sur les mécanismes proposés par la commission d'évaluation des Nations Unies sur les crimes commis au Burundi, Bujumbura, Juin, 2005

⁶²⁶ Supra, note 19

⁶²⁷ Gouvernement du Burundi, « Accord Cadre entre le gouvernement de la République du Burundi et l'Organisation des Nations Unies portant création et définition des mandats du Comité de pilotage tripartite en Charge des Consultations nationales sur la Justice de Transition au Burundi », Bujumbura, 2 novembre 2007

⁶²⁸ Voir, par exemple, Sandra Rubli, « Transitional Justice: Justice by Bureaucratic Means? » (2012), 4, Swiss Peace Working Paper, à la 7; également Wendy Lambourne, « What are the Pillars of Transitional Justice? The United Nations, Civil Society and the Justice Cascade in Burundi. » (2014), 13, Macquarie Law Journal 41, p. 47

⁶²⁹ Gouvernement du Burundi, Rapport des consultations nationales, pp. 116-117

⁶³⁰ Gouvernement du Burundi, supra note 39, p. 72;78-79

⁶³¹ Ibid.

2. Opportunités et limites pour un plaidoyer en faveur d'une justice transitionnelle hybride au sein de la société civile burundaise

Les processus de justice transitionnelle présentent d'importants enjeux nationaux qui intéressent divers acteurs nationaux au sein de la société civile locale. Bien plus, étant donné le fait que les projets d'application de la justice transitionnelle sont souvent avant tout conçus dans le cadre des sphères internationales, ils suscitent également un intérêt particulier parmi les acteurs de la « société civile internationale ». ⁶³²Cela est d'autant le cas dans la mesure où, dans la plupart des cas, l'application de la justice transitionnelle dépend d'une assistance internationale. ⁶³³C'est pour cette raison que, dans le cas comme celui du Burundi, l'on a assisté à la mise en place de réseaux inédits d'acteurs : composés à la fois d'acteurs locaux et internationaux, ONGs et individus intéressés qui s'intéressent à la justice transitionnelle.

Ainsi donc, de telles structures *ad hoc* auraient ainsi pu représenter une opportunité unique pour développer un plaidoyer puissant en faveur d'une justice transitionnelle hybride. Leur potentiel découle du fait qu'en analysant leurs modes d'organisation et de fonctionnement on peut les regrouper dans deux catégories : les acteurs associés avec les paradigmes libéraux de la justice d'une part et, d'autre part, ceux qui font la promotion des approches alternatives sur la justice. Cependant que le potentiel de l'apport de ces acteurs à la justice transitionnelle s'est retrouvé limitée du fait de leur fonctionnement dans la pratique.

2.1. Notions de la société civile dans ses rapports avec la justice transitionnelle

Le concept de société civile reste une notion difficile à appréhender. Toutefois, la doctrine propose de nombreux essais de définitions qui varient souvent selon le critère du rôle principal que l'auteur de la définition entend assigner à la société civile. ⁶³⁴Aux fins de la présente étude, nous proposons la définition suivante qui est également celle retenue par Paul Greedy et Simon

⁶³² Pour une étude comparée, voir, par exemple, Paige Arthur et Christalla Yakinthou, dir. id.

⁶³³ Paige Arthur et Christalla Yakinthou notent que « [transitional justice] has shifted to post-conflict contexts in lower-middle-and lower-income countries (according to World Bank measures), the norm is for TJ processes to be funded largely by international donors and for international technical assistance to play a strong role in all aspects of the process ». Voir Paige Arthur et Christalla Yakinthou, «Introduction: Changing Contexts of International Assistance to Transitional Justice», dans Paige Arthur et Christalla Yakinthou, dir., *Transitional Justice, International Assistance, and Civil Society: Missed Connections*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 1

⁶³⁴ Voir, par exemple, Michael Ignatieff, «On Civil Society: Why Eastern Europe's Revolution Could Succeed» (1995), 74 (1), *Foreign Affairs* 74(1), à la p.128; Robert Putnam, *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. London: Simon & Schuster, 2001.

Robins:

all public spheres, separate from the apparatus of the state and the economic market, which serve as locations of political participation and discursive interaction a site of political and social action and contestation, characterised by a diverse range of actors with different, sometimes competing, agendas and repertoires of action.⁶³⁵

Cette définition nous semble mieux appropriée à l'analyse de notre sujet. Elle présente le mérite d'envisager la société civile comme un espace plural de participation politique et sociale. Elle se démarque ainsi des conceptions libérales courantes de la société civile qui tendent à présenter celle-ci comme étant homogène, en la réduisant à sa seule composante d'ONGs, plus précisément celles affiliées avec le mouvement de défense des droits de l'homme.⁶³⁶

La société civile appréhendée comme un espace de participation sociale regroupe de multiples acteurs sociaux qui poursuivent des intérêts distincts et mobilisent des moyens d'action propres. En matière de justice transitionnelle, elle rend compte non seulement des initiatives d'acteurs dont les interventions sont associées avec le paradigme libéral de la justice, mais également des approches alternatives:

[The civil society] includes the liberal public sphere traditionally associated with NGOs, but also other, nonliberal public spheres, such as those constituted by a range of 'counterpublics' which actively contest mainstream social, political and transitional paradigms, and which model alternatives.⁶³⁷

De telles conceptions de la société civile offrent un cadre conceptuel adéquat pour analyser les modes d'organisation et de fonctionnement des principaux réseaux d'acteurs de la société civile qui se sont intéressés à la justice transitionnelle au Burundi. De par leur composition, ces cadres de concertation et de coordination des activités de la société civile présentent des dimensions hybrides apparentes.⁶³⁸ Cet aspect ne transparait pourtant pas à travers les interventions menées dans les discours et les pratiques dominants dans le cadre du plaidoyer de la société civile dans le domaine.

⁶³⁵ Paul Gready et Simon Robins, «Rethinking civil society and transitional justice: lessons from social movements and 'new' civil society» (2017), 21 (7), *The International Journal of Human Rights*, p. 958

⁶³⁶ Id., p. 956

⁶³⁷ Paul Gready et Simon Robins, *ibid*, citant Nancy Fraser, « Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy », *Social Text* (1990) 25/26, pp 56-60.

⁶³⁸ L'auteur est conscient de l'analyse par Rowan Popplewell qui semble nuancer ce propos. Voir Rowan Popplewell, « Civil society, hybridity and peacebuilding in Burundi: questioning authenticity », (2019), 40 (1), *Third World Quarterly*, pp. 129–146

2.2. Émergence et évolution de la société civile institutionnalisée au Burundi : effets sur le plaidoyer en matière de justice transitionnelle

Pour tenter de comprendre les dynamiques de fonctionnement de la société civile qui a été active en matière de justice transitionnelle au Burundi, il importe de rappeler les circonstances d'émergence de la société civile institutionnalisée dans le pays. Celle-ci est assez récente. Tout comme dans le cas de la plupart des pays africains, l'apparition des ONGs au Burundi se situe dans le contexte de la troisième vague de démocratisation. Au début des années 90, en effet, le régime militaire du président Pierre Buyoya a amorcé une série de réformes destinées à promouvoir la libéralisation des institutions étatiques ainsi que l'ouverture de l'espace public. Étant donné le fait que ses initiatives découlaient d'une pression étrangère par l'Occident, les ONGs de défense des droits de l'homme ont été les premières à voir le jour sous la forme et à l'image des ligues de droits de l'homme qui ont été créés de par le monde dans les mêmes circonstances.

Ainsi, la Ligue Burundaise des Droits de l'Homme « Iteka » (Ligue « Iteka ») qui est la plus ancienne et la plus connue des organisations des droits de l'homme au Burundi a été créée en 1991.⁶³⁹ D'autres types d'organisations ont par la suite été créés. Dans un contexte local où les organismes de la société civile dépendent totalement de l'aide étrangère pour leur fonctionnement, les acteurs affiliés avec le mouvement des droits de l'homme sont, en toute logique, demeurés de loin la composante la plus dynamique de la société civile. Le dynamisme du mouvement local des droits de l'homme découlait en grande partie des diverses formes d'appui que lui procuraient ses affiliations avec le mouvement global. Par conséquent, cette catégorie d'acteurs était mieux préparée et organisée pour mobiliser autour du projet et orienter les débats lorsque le projet de justice transitionnelle au Burundi. Si l'on tient compte des critiques émises par des auteurs comme Wendy Lambourne, une politique d'intervention néo-libérale d'intervention par les Nations Unies pourrait avoir davantage facilité cette tâche.⁶⁴⁰

Le lancement du processus de justice transitionnelle proprement dit se situe dans un contexte où des plate-formes de concertation entre les membres des différents groupements de la société civile se constituaient progressivement déjà. Comme nous l'avons déjà signalé plus haut, le projet de justice transitionnelle lui-même a occasionné la formation de réseaux ad hoc créés pour la cause. La première et la principale plate-forme de la société civile burundaise, le Forum pour le Renforcement de la Société Civile (FORSC) a été créé en 2002 et obtenu

⁶³⁹ Selon l'information disponible sur le site internet de l'organisation. Voir Ligue Burundaise des Droits de l'Homme « Iteka », « A propos », <http://ligue-iteka.bi/a-propos/> (consulté le 15 août 2019)

⁶⁴⁰ Supra, note 40

son agrément légal en 2004.⁶⁴¹ FORSC a été mise en place sur initiative d'un ancien président de la Ligue « Iteka » en la personne de Pie Ntakarutimana qui en a été le premier délégué général (équivalent de président et représentant légal). Par la suite, il a travaillé au sein de l'« unité justice de transition », une structure qui avait été spécialement mise en place au sein du Bureau de l'Office du Haut-Commissaire des Droits de l'Homme (OHCDH) au Burundi pour s'occuper des questions relatives à la justice transitionnelle. Selon le site internet de FORSC, la plate-forme réunissait plus d'une centaine d'organisations de la société poursuivant des intérêts variés : organisations féminines, de jeunes, de défense des droits de l'homme, de professionnels des médias, de syndicats, etc.⁶⁴² FORSC et la Ligue « Iteka » font partie des associations de la société civile burundaises qui ont été récemment radiées en représailles contre leur participation dans la mobilisation contre le troisième mandat du Président Nkurunziza fin avril 2015.

Le forum a pu offrir un important cadre de concertation à l'occasion des prises de position commune au nom de la société civile burundaise ou lorsqu'il s'agissait d'assurer la représentation de celle-ci dans des activités d'importance relatives à la mise en œuvre du projet de justice transitionnelle. Ainsi, par exemple, FORSC a facilité la désignation, par voie de vote au cours d'une assemblée générale, des représentants de la société civile au sein du comité de pilotage tripartite chargé de préparer et d'organiser la conduite des consultations nationales sur la justice transitionnelle.⁶⁴³ La réunion en assemblée générale des représentants d'associations membres de FORSC a eu lieu le 19 juillet 2007.⁶⁴⁴ A l'issue de l'élection, un homme et une femme d'origines ethniques distinctes selon le procès-verbal de la réunion ont été élus pour représenter la société civile.⁶⁴⁵

A partir de 2006, un certain nombre d'ONGs locales et internationales actives, pour la plupart, dans des domaines liés aux droits de l'homme se sont mises ensemble pour constituer un réseau informel, dénommé « Groupe de Réflexion sur la Justice Transitionnelle » (GRJT). La Ligue « Iteka » et FORSC compte parmi les membres fondateurs du réseau.⁶⁴⁶

⁶⁴¹ Selon le site internet de l'organisation. Voir FORSC, « Qui sommes-nous ? », <http://forscburundi.org/en/about-us/> (consulté le 21 novembre 2017)

⁶⁴² Id.

⁶⁴³ Supra note 39

⁶⁴⁴ FORSC, Procès-verbal de la commission électorale chargée de la supervision des élections de deux délégués des organisations de la société civile au Comité de Pilotage sur les consultations populaires dans le cadre de la commission vérité – réconciliation, Bujumbura (19 juillet 2007)

⁶⁴⁵ Ibid.

⁶⁴⁶ Initialement, le groupe comprenait: Search for Common Ground (SFCG), ONG internationale, Observatoire de l'Action Gouvernementale (OAG, ONG locale), Ligue « Iteka » (ONG locale), Global Rights (ONG internationale), RCN Justice et Démocratie (ONG internationale, International Alert (ONG locale), Biraturaba (ONG locale), APRODH (ONG locale), FORSC (plate-forme de la société civile locale), Action des Chrétiens Contre la Torture (ACAT, ONG

D'autres entités ont été admises au sein du GRJT par la suite. Il s'agit entre autres des structures affiliées avec les confessions religieuses. Or, en matière de justice transitionnelle, cette catégorie d'intervenants sont surtout connus pour la promotion des formes de justice réconciliatrice. Leurs positions contrastent les interventions des militants des droits de l'homme qui insiste souvent sur la nécessité d'organiser des procès pénaux contre les auteurs présumés des violations des droits de l'homme, une justice rétributive. Par ailleurs, l'institution des *Bashingantahe*, était également trouver sa place au sein du GRJT à travers la participation des représentants du Conseil national des *Bashingantahe* dans les réunions des membres du groupe.⁶⁴⁷ L'institution d'*Ubushinganathe* est un mécanisme traditionnel d'administration quotidienne de la justice principalement à travers la médiation. Ses origines remontent à l'époque précoloniale dans l'histoire du Burundi.

Les réseaux que nous venons de décrire, le GRJ en particulier, auraient pu représenter une opportunité unique pour un plaidoyer en faveur d'une justice transitionnelle hybride. Cette opportunité découle de la pluralité des systèmes de valeur représentés qui est au centre de la notion d'hybridité. Ce qui a d'ailleurs parfois conduit au blocage du fonctionnement de lié aux tensions entre ceux parmi les membres du groupe qui font la promotion de l'une ou l'autre approche sur la justice : par exemple, les acteurs affiliés au mouvement des droits de l'homme d'un côté, ceux associés avec les confessions religieuses de l'autre côté.⁶⁴⁸

Dans la pratique, cependant, le groupe n'a pu effectivement fonctionner que dans la mesure et pour autant que les interventions envisagées s'inscrivaient dans la logique d'action des acteurs dominants. Il s'agissait d'un nombre réduit d'individus, tous issus des milieux de défense des droits de l'homme.⁶⁴⁹ Ce qui explique le fait que le GRJT soit essentiellement connu pour ses prises de position par rapport au processus officiel, surtout lorsque la politique de justice transitionnelle tendait à s'écarter des normes internationales.⁶⁵⁰ En revanche,

internationale), Chaire UNESCO en Éducation à la Paix et Résolution Pacifique des Conflits (Centre de recherche affilié à l'Université du Burundi), ABDP (ONG locale), Catholic Relief Service (ONG internationale) et Avocats Sans Frontières.

⁶⁴⁷ Pour une analyse critique intéressante à ce sujet, voir Bert Ingelaere et DominikKohlhagen, «Situating Social Imaginaries in Transitional Justice: The Bashingantahe in Burundi» (2012), 6 (1), *The International Journal of Transitional*, pp. 40–59

⁶⁴⁸ Lambourne, Wendy, «Cooperation and Conflict: Civil Society Resistance and Engagement with Transitional Justice in Burundi» (2018), dans JasminaBrankovic et Hugo Van der Merwe, dir., *Advocating transitional justice in Africa the role of civil society*, pp 111-133

⁶⁴⁹ Émilie Matignon, « Justices en mutation au Burundi. Les défis du pluralisme juridique », 2014, 2 (250) *Afrique contemporaine*, à la p73; Wendy Lambourne, id., p 124

⁶⁵⁰ Voir, par exemple, Groupe de Réflexion sur la Justice Transitionnelle, *Observations du GRJT sur le Rapport du Comité Technique Chargé de la Préparation de la Mise en Place des Mécanismes de Justice Transitionnelle au Burundi*, Bujumbura, décembre 2011

le GRJT a brillé par son absence à l'échelle des communautés à la base, voire son incapacité à soutenir ceux parmi ses membres dont les interventions étaient localisées à l'échelle communautaire.⁶⁵¹ Ils ont ainsi été critiqués pour relayer, au niveau local, les pratiques technocratiques et bureaucratiques associées avec la gestion des programmes d'assistance internationale en matière de consolidation de la paix.⁶⁵²

Conclusion

Les acteurs impliqués dans le projet de justice transitionnelle au Burundi ont tenté d'appliquer une politique de justice transitionnelle hybride. L'introduction d'une telle approche dans le processus interne burundais était avant tout l'œuvre d'acteurs internationaux, en particulier les Nations Unies. En effet, l'hybridation des mécanismes de justice transitionnelle avait été une question centrale dans les débats autour des modes d'organisation et de fonctionnement des mécanismes de justice qui étaient initialement proposés: une CVR et Tribunal Spécial hybrides.

En revanche, l'hybridité a été rarement analysée dans le cadre du plaidoyer et des initiatives menés à travers les réseaux d'acteurs de la société impliqués dans le processus. Pourtant, les modes d'organisation et de fonctionnement de ces réseaux révèlent la présence d'acteurs qui font la promotion des formes de justice d'inspiration libérale d'une part et, ceux qui proposent des formes alternatives de justice d'autre part. Par conséquent, envisager la promotion effective de l'hybridité dans ce cadre aurait pu augmenter le potentiel de l'apport de la société civile en faveur d'une justice transitionnelle hybride au Burundi.

⁶⁵¹ Voir, par exemple, Astrid Jamar, *Transitional Justice Battlefield: Practitioners Working around Policy and Practice in Rwanda and Burundi*, Université de Sussex, Thèse de doctorat septembre 2015, aux pp 20, 197, 205 et Ss.

⁶⁵² Voir Astrid Jamar, *Transitional Justice Battlefield: Practitioners Working around Policy and Practice in Rwanda and Burundi*, Université de Sussex, Thèse de doctorat septembre 2015, aux pp 20, 197, 205 et Ss.

SEEKING REPARATIONS FOR VICTIMS AND SURVIVORS OF ELECTION RELATED VIOLENCE IN KENYA: THE ROLE OF CIVIL SOCIETY, VICTIMS AND SURVIVORS

JAMES GONDI

Abstract

The paper seeks to analyse progress made by civil society and other actors in the search for reparations for victims of the 2007-2008 Post-Election violence as well as for the violence which occurred during other electoral cycles including the 2017 elections in Kenya. It takes a critical look at some of the efforts made and challenges encountered in seeking to implement the recommendations of the report of the Truth, Justice and Reconciliation Commission (TJRC), including the establishment of a restorative justice fund.

The paper seeks to explain all the events that have taken place since Kenya's gruesome post-election violence that took place between 2007 and 2008 among them, the formation of the Truth, Justice and Reconciliation Commission (TJRC) that was mandated to inter alia, investigate historical injustices in Kenya since its independence in 1963.

The paper also seeks to explain the recommendations that the TJRC made, in an attempt to give justice to the survivors and victims of the 2007-2008 post-election violence. It critically analyses these developments and explains the progress made so far as well as the hindrances that have come about that have equally hindered justice for the same victims.

Finally, the paper makes recommendations to all the stakeholders involved, as each attempt in their own capacity, to ensure that justice is met for the victims and survivors of the post-election violence that took place in 2007-2008 and subsequent elections. If implemented, it is the hope that these recommendations can be considered for use in providing reparations for victims of Kenya's 2007-2008 post-election violence.

LA RECHERCHE DE LA RÉPARATION DES TORTS SUBIS PAR LES VICTIMES ET SURVIVANTS DES VIOLENCES LIÉES AUX ÉLECTIONS AU KENYA: LE RÔLE DE LA SOCIÉTÉ CIVILE, DES VICTIMES ET DES SURVIVANTS

JAMES GONDI

Résumé

Cette contribution a pour but d'analyser les progrès réalisés par la société civile et d'autres acteurs dans la recherche de réparations pour les victimes des violences post-électorales de 2007-2008 ainsi que pour les violences qui ont eu lieu lors d'autres cycles électoraux, notamment les élections de 2017 au Kenya. Elle jette un regard critique sur certains des efforts déployés et des défis rencontrés dans la mise en œuvre des recommandations du rapport de la Commission Vérité, Justice et Réconciliation (CVR), y compris la création d'un fonds de justice réparatrice.

Ce chapitre a pour but d'expliquer tous les événements qui ont eu lieu depuis les terribles violences post-électorales qui ont eu lieu au Kenya entre 2007 et 2008. Tous ces événements ont conduit à la création de la Commission Vérité, Justice et Réconciliation (CVR) qui a été mandatée pour enquêter sur les injustices historiques au Kenya depuis son indépendance en 1963.

Le chapitre cherche également à expliquer les recommandations que la CVR a faites, dans une tentative de rendre justice aux survivants et aux victimes des violences post-électorales de 2007-2008. Il analyse de manière critique ces développements et présente les progrès réalisés jusqu'à présent ainsi que les obstacles qui ont empêché que justice soit faite à ces mêmes victimes.

La contribution formule des recommandations à l'intention de tous les acteurs concernés, chacun devant s'efforcer, à titre individuel, de faire en sorte que justice soit rendue aux victimes et aux survivants des violences post-électorales qui ont eu lieu en 2007-2008 et d'autres par la suite. Si elles sont mises en œuvre, on espère que ces recommandations pourront être utilisées pour offrir des réparations aux victimes des violences post-électorales de 2007-2008 au Kenya.

Introduction

This paper seeks to analyse progress made by Civil Society and other actors in the search for justice and reparations for victims of the 2007-2008 post-election violence as well as for the violence which occurred during other electoral cycles including the 2017 elections in Kenya. It takes a critical look at some of the efforts made and challenges encountered in seeking to implement the recommendations of the report of the Truth, Justice and Reconciliation Commission (TJRC), including the establishment of a restorative justice fund.

The paper begins by explaining the history of events that culminated following the post-election violence of 2007-2008, in a bid to contextualise the reason and necessity for reparations for the victims' families and survivors of the horrific events. The paper goes on to explain the creation of the Truth, Justice and Reconciliation Commission (TJRC) set up to not only investigate the 2007-2008 post-election violence, but also other historical injustices that had happened in Kenya since independence in 1963 up to 2008.

The TJRC's findings led to recommendations on the way forward in addressing the post-election violence of 2007-2008, which included the requirement on the part of government to give reparations to the victims of the violence. This paper critically analyses these developments and explains the progress made so far as well as the hindrances that have come about that have equally hindered justice for the same victims.

The paper goes further to make recommendations to all the stakeholders involved, as each attempt in their own capacity, to ensure that justice is served for the victims and survivors of the post-election violence that took place in 2007-2008 and subsequent ones.

a. Background of study

Kenya's history with electoral related violence has provided an opportunity for critical reflection of underlying problems facing the country's political environment. Over the years, following independence, several Commissions of Inquiry have investigated the causes of inter-ethnic violence which occurs during electoral cycles and each have recommended a range of measures designed to address underlying causes of atrocity crimes within Kenya's social and political fabric.

Similarly, following the 2007-2008 post-election violence, an international mediation took place, with Kofi Annan leading the Panel of Eminent African Personalities. The Panel's mediation efforts known as the Kenya National Dialogue and Reconciliation (KNDR) process established a four-point agenda to

address short, medium and long term issues with a view to avoiding recurrence of election-related violence which had plagued the country for so many years. The first item on the agenda for the mediation team was to take immediate action to stop violence and restore fundamental rights and liberties. Secondly, the mediation team sought to take immediate measures to address the humanitarian crisis, promote reconciliation and healing which was followed by a third item seeking to overcome the political crisis. The fourth agenda item and most fundamental aspect of the KNDR relevant to the scope of this analysis was to:

“Address long term issues, including constitutional, legal and institutional reforms; land reforms; tackling youth unemployment, tackling poverty, inequity and regional development imbalances, consolidating national unity and cohesion, and addressing impunity, transparency and accountability”

It is in the context of Agenda Four (4) of the Kenya National Accord and Reconciliation project that the subject of accountability for victims of the post-election violence is situated and addressed. Seeking truth and accountability for the 2007-2008 post-election violence as well as addressing underlying issues that contribute to this such as, inequality and a bulge of unemployed youth who are readily mobilised for violence by political elites, the mediation team felt, would help the country to untangle itself from a legacy of perpetual election-related and politically-instigated ethnic violence.

The mediation team then established *The Commission of Inquiry into Post Election Violence (CIPEV)* which was led by Justice Philip Waki. CIPEV set out to investigate the organisation and planning of the 2007-2008 post-election violence. According to CIPEV, state security agencies killed many of the victims, while hundreds of women and some men were subjected to sexual violence. According to a report by Human Rights Watch (HRW) titled *Ballots to Bullets: Organised Political Violence and Kenya's Crisis of Governance*, the 2007-2008 post-election violence in Kenya left over 1000 people dead and up to 500,000 people forcibly displaced.⁶⁵³

Parallel to CIPEV's report, a coalition of Civil Society groups in Kenya known as the Kenyans for Peace with Truth and Justice (KPTJ) also published a report that stated that rape and other forms of Sexual and Gender Based Violence (SGBV) were rife across all waves of violence, and that: gang rapes were reported especially in the informal settlements, mainly committed by the security forces.

CIPEV recommended the establishment of a Special Tribunal to investigate and prosecute perpetrators of the post-election violence. The proposed Special Tribunal would be composed of both local and international

⁶⁵³ Human Rights Watch *Ballots to Bullets: Organized Political Violence and Kenya's Crisis of Governance* – March 2008 available at <https://www.hrw.org/report/2008/03/16/ballots-bullets/organized-political-violence-and-kenyas-crisis-governance>

judges and prosecutors in order to instil public confidence, just like the mixed composition of CIPEV itself. This came in the wake of low public confidence in public institutions including the judiciary. CIPEV also adopted the findings of previous Commissions of Inquiry into electoral-related ethnic violence including the report of the Judicial Commission appointed to inquire into Tribal Clashes in Kenya popularly known as the Akiwumi Commission⁶⁵⁴ and the Parliamentary Select Committee to Investigate Ethnic Clashes in Western and Other Parts of Kenya.

In 2008, a political settlement was reached in Kenya that established a Grand Coalition Government, through a power sharing agreement anchored in the National Accord and Reconciliation Act. The CIPEV report required the President and the Prime Minister to establish a Special Tribunal within sixty (60) days from the day the Commission handed over its report to the Chief Mediator, Kofi Annan, failure to which, names and evidence from the CIPEV's investigations would be handed over to the International Criminal Court (ICC) in The Hague to facilitate further investigations and undertake prosecution of suspected perpetrators of the post-election violence.

Following this, several attempts were made to set up a domestic accountability mechanism in the form of a Special Tribunal. For instance, in January 2009, the then Justice Minister Martha Karua tabled the Special Tribunal for Kenya Bill before parliament which was rejected. This was followed by an attempt by her successor Mutula Kilonzo who presented a draft Bill before the Cabinet which was also rejected. The final attempt to establish a domestic mechanism was through a private member's Bill tabled by Imenti Central Member of Parliament, Gitobu Manyara, the Special Tribunal for Kenya Bill of 2009.⁶⁵⁵ The Bill fell on technicalities as the House was unable to raise the requisite quorum on four occasions with only 18 out of 222 Members of Parliament present during a session of the house in which the Bill was supposed to be read and deliberated upon.

The Special Tribunal for Kenya had been recommended by CIPEV as a preferred option for justice in relation to the post-election violence of 2007-2008. The ICC option was only to be invoked in the event that the government failed to establish a credible domestic mechanism. The impetus for the establishment of this mechanism that would be staffed by judicial officers and prosecutors drawn both from Kenya and from other jurisdictions arose out of the concern that national courts were likely to be susceptible to political interference. The Special Tribunal for Kenya Bill provided for a multiplicity of chambers, including

⁶⁵⁴ Established in 1998

⁶⁵⁵ The Kenyan Section of the International Commission of Jurists, *Transitional Justice in Kenya: Looking Forward, Reflecting on the Past* Rule of Law Report 2010- 2011

specialised ones to focus on issues such as Sexual and Gender Based Violence (SGBV).⁶⁵⁶ However, this did not materialise.

What was established instead was the Truth, Justice and Reconciliation Commission of Kenya (TJRC) as a part of the accountability component of Agenda Four of the National Accord signed in 2008.⁶⁵⁷

The TJRC was given the mandate to investigate, analyse and report on what happened between 1963 and 2008 in regards to gross violations of human rights, economic crimes, illegal acquisition of public land, marginalisation of communities, ethnic violence, the context in which the crimes occurred, and educate the public about its work. The TJRC did not, however, have the power to prosecute. It could however recommend prosecutions, reparations for victims, institutional changes, and amnesty in exchange for truth for perpetrators who did not commit gross human rights violations.

b. Statement of problem

The government of Kenya has set up numerous commissions, all of whose findings and recommendations suggest that reparations are imperative for compensation as a form of justice for post-election victims and survivors. However, none of these recommendations have been adhered to or implemented. There have been several attempts to do so and this paper will explain some of these attempts and provide recommendations moving forward.

c. Objectives

The objectives of this paper is to:

1. Explain the progress or lack thereof, of creating an effective system for reparations to the victims and survivors of post-election violence in Kenya, as envisaged and recommended by the TJRC.
2. Explain how far the implementation of the TRJC report has progressed by addressing some of the challenges it has faced.
3. Explain the need for a Restorative Justice Fund and explain the complexities of setting it up.
4. Review some of the progress made in the Public Interest Litigation Cases related to the post-election violence violation in the Kenyan courts.
5. Argue for the need of an International Crimes Division of the High Court of Kenya.

⁶⁵⁶ Kenyans for Peace with Truth and Justice (KPTJ), *The Post-Election Violence in Kenya: Seeking Justice for Victims* July 2010 at page 9

⁶⁵⁷ The Commission was established by an Act of Parliament (Truth Justice and Reconciliation Commission Act No. 6 of 2008) to investigate the gross human rights violations and other historical injustices in Kenya between 12 December 1963 and 28 February 2008.

6. Make recommendations to the key stakeholders on the attainment of effective implementation of Reparations for Victims and Survivors taking into consideration the challenges that the Kenyan government has faced so far in its attempts to create such a mechanism.

I. Role of Civil Society and The TJRC Report

Civil Society groups and victims played a leading role in the work of the TJRC. At the conclusion of a National Victims Convention which was held in 2009 on the heels of the Kenya National Dialogue and Reconciliation (KNDR) and at the onset of the Truth, Justice and Reconciliation process an umbrella body comprising of various victims' groups that suffered human rights violations and historical injustices was formed under the name National Victims and Survivors Network (NVSN). NVSN was involved in the work of the TJRC and also later in agitating for the adoption and implementation of the findings of the TJRC's report, including reparations. Other organisations and civil society coalitions also provided technical assistance to the TJRC.

The final report of the TJRC recommended a broad framework of reparations for victims of different categories of human rights violations. These included restitution, compensation, rehabilitation (including medical care and psycho-social services), public apologies, commemorations, tributes and structural measures to prevent recurrence of gross human rights violations. The report also recommended the establishment of a Reparations Fund to be appropriated annually from the Consolidated Fund. It also recommended the funding of reparations through the Asset Recovery Mechanisms of the Ethics and Anti- Corruption Commission.

Additionally, the report specifically recommended that the government develop a comprehensive reparations package including individual and collective reparations for PEV-related violations. This proposition has never been implemented by the government. The TJRC recommendations expressly list compensation as a possible reparations measure for persons who lost their land.⁶⁵⁸ The TJRC recommended monetary compensation in the form of a standard ten-year annual payment or pension for the highest priority victims of state-perpetrated violations from 1963 to the PEV Victims of 2007-2008.⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ Victim Protection Act, art. 23(2)

⁶⁵⁹ TJRC Report, Volume Four (4), Chapter. 3, pp. 105 – 106

In 2015, President Uhuru Kenyatta promised to set aside \$110 million for reparations in acknowledgment of state-perpetrated violations a commitment that has not been fulfilled to date.⁶⁶⁰ Instead, victims have been left to pursue compensation through the domestic court system.⁶⁶¹ Victims of state-perpetrated violations have struggled to get their duly owed compensation. For example, 21 victims of police shootings won a civil suit and were awarded compensation but the government has not paid out the court awarded sum to the victims.⁶⁶² Additionally, the authorities have failed to even initiate prosecutions in any of the over 6,000 cases of alleged PEV-related crimes.⁶⁶³

Consequently, there has been continued advocacy by Civil Society and victims' groups including engagement with the Office of the Attorney General that has kept alive the struggle for the compensation of victims of the 2007-2008 post-election violence as well as the establishment of an appropriate mechanism for the administration of a reparations fund.

I.I. Implementing Recommendations of the TJRC Report

The final report of the TJRC was presented to President Uhuru Kenyatta in May 2013. The report documented extensive human rights violations and other injustices that took place during the British colonial period (1895-1963) and under the administrations of Presidents Jomo Kenyatta, Daniel Arap Moi, and Mwai Kibaki, including during the 2007-2008 Post-Election Violence.⁶⁶⁴ Despite the promise by the President to have the report tabled before Parliament, it was met by hostility from several high-ranking members of the political establishment, many of whom were adversely mentioned either directly or indirectly. In fact, there were several court cases seeking to have certain sections, including those relating to land injustices, expunged from the TJRC report. The TJRC report

⁶⁶⁰ Christopher Gitari, "After Collapse of ICC's Ruto and Sang Case, Kenya Must Prioritize Reparations and National Prosecutions," ICTJ, April 22, 2016, <https://www.ictj.org/news/ICC-ruto-sang-kenya-reparations-victims>; Joyce Wangui, "Kenya: What Happened to Uhuru's Sh10 Billion Restorative Justice Fund," All Africa, August 27, 2015, <http://allafrica.com/stories/201508280075.html>.

⁶⁶¹ Tom Maliti, "Witness Tells Kenyan Court that Mental Health of People Displaced from Their Homes Remains Fragile Years After Post-Election Violence," International Justice Monitor, May 16, 2016

⁶⁶² HRW, "Turning Pebbles": Evading Accountability for Post-Election Violence in Kenya (New York: HRW, 2011), 25, https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/kenya1211webwcover_0.pdf.

⁶⁶³ Bernard Koech, "Fresh Doubts about Mandate of Kenya's Special Court," Institute for War & Peace Reporting, February 21, 2014, <https://iwpr.net/global-voices/fresh-doubts-about-mandate-kenyas-special-court>.

⁶⁶⁴ ICTJ-Kenya TJRC Final Report Deserves Serious Analysis and Action available at <https://www.ictj.org/news/ictj-kenya-tjrc-final-report-deserves-serious-analysis-and-action>

provided a clear vision of reparations for victims, such as compensation, access to education, specialized health care, and related state obligations.⁶⁶⁵

Chapter V of the TJRC Report covers its findings and recommendations. Volume 6 of the report provides that legislation be passed to establish a Special Implementation Committee *to work with relevant stakeholders in order to facilitate and monitor implementation of the recommendations and administer a Reparations Fund*.⁶⁶⁶

According to the TJRC report, the implementation mechanism was supposed to be in place within six months of the publication of the report.⁶⁶⁷ The implementation mechanism or committee was envisaged as the main body responsible for implementing and monitoring the implementation of the report supported by a Technical Secretariat. The Truth Commission recommended that parliament would pass legislation establishing the Committee, providing for its functions and powers within one month of the issuance of the TJRC report.⁶⁶⁸

The reparations framework envisaged by the TJRC report places the State as the duty-bearer with regard to the provision of reparations to victims and survivors of the historical injustices covered by the report. The rationale behind this approach is that *violations were either committed by state agents or because the state failed to protect its citizens*.⁶⁶⁹ The forms of reparations envisaged by the report include the following, in keeping with international best practice⁶⁷⁰:

- Restitution: Restoration to original position before violation occurred;
- Compensation: Money for damage suffered;
- Rehabilitation: Medical care and psychosocial service vouchers will be provided to victims demonstrating need pursuant to guidelines established by the Implementation Committee;
- Satisfaction includes official declarations restoring dignity and reputation, public apology, commemoration and tributes and
- Guarantees of Non-repetition: Prevention of re-occurrence of violations includes structural measures that will prevent re-occurrence of the violations.

⁶⁶⁵ Ibid

⁶⁶⁶ Ibid

⁶⁶⁷ Kituo Cha Sheria - Summary of the Truth Justice and Reconciliation (TJRC) Report at page 78 available at <http://kituochasheria.or.ke/wp-content/uploads/2016/04/TJRC-Report-2013-GS-with-isbn1.pdf>

⁶⁶⁸ Ibid

⁶⁶⁹ Kituo Cha Sheria - Summary of the Truth Justice and Reconciliation (TJRC) Report at page 78 available at <http://kituochasheria.or.ke/wp-content/uploads/2016/04/TJRC-Report-2013-GS-with-isbn1.pdf>

⁶⁷⁰ Ibid page 79

I.II. Challenges and Prospects for the Implementation of the TJRC Report

Five years since the TJRC Report was handed to the President, the implementation mechanism for has not been established neither at a legislative nor operational level. In July, 2017 Deputy President William Ruto bluntly stated at a rally in Kilifi Country that the Jubilee government would not implement the TJRC report saying that the report would ‘divide Kenyans’.⁶⁷¹ This statement confirmed victims worst fears that the present regime had no intention of implementing the report because it would adversely affect high ranking members of the ruling elite.

The remarks by the Deputy President bring home the reality that the recommendations of the TJRC report will be frustrated by the executive, in particular the Jubilee regime given that key members of the regime and previous regimes that support the current government feel that they would be adversely affected by the implementation of the report. This approach by the regime bears an uncanny resemblance to its efforts geared towards non-cooperation with the International Criminal Court (ICC) which led to the collapse of the Kenyatta and Ruto cases as well as the inertia by the Office of the Director of Public Prosecutions (ODPP) and other agencies in conducting domestic prosecutions against direct perpetrators of the 2007-2008 post-election violence.

Despite this dose of *realpolitik*, victims, survivors and civil society organisations continue to advocate for the implementation of the TJRC report. Through thorough documentation and persistence, survivors are hopeful that one day, the TJRC report will be implemented and consequently, victims and survivors will benefit from holistic reparations and other forms of redress for various injustices in the purview of the TJRC report.

II. Restorative Justice Fund

In 2015, President Uhuru Kenyatta announced the intention to set up a ten (10) Billion-Shilling (\$110) Restorative Justice Fund to compensate victims of the 2007-2008 post-election violence. This brought hope to victims of forced displacement and other human rights violations that there would be some form of material redress for their suffering even though efforts at domestic and international prosecution of perpetrators had not yielded fruit. The pledge was accompanied by an apology by the President on behalf of the current and previous governments for harm suffered. Ever since the announcement was made, there has been little if any progress towards the establishment and administration of the Fund. In March

⁶⁷¹ Gitari, C Ruto’s Remarks on TJRC Report are Callous and Fail to Move us Forward The Standard Newspaper 17th July 2017 available at <https://www.standardmedia.co.ke/article/2001249300/ruto-s-remarks-on-tjrc-report-are-callous-and-fail-to-move-us-forward>

2018, the Kenya National Commission on Human Rights (KNCHR), during its ‘State of Human Rights and Fundamental Freedoms Address’, observed that delays in setting up the Restorative Justice Fund had hindered settlement of reparations claims and called upon the government to hasten the establishment of the Fund.

According to the Kenya National Commission on Human Rights, it had tried to partner with other agencies in a push to create a legal framework for the establishment of the Fund including, drafting regulations that would operationalise such a Fund if it came into existence.⁶⁷² Despite the efforts of the Commission and Civil Society Organisations, the Fund has not been established. In 2017, during the International Day on the Right to Truth, the then Attorney General Githu Muigai admitted to lack of progress on the part of the government in establishing the Fund due to lengthy bureaucratic processes. The Attorney General stated as follows:

“I must take some responsibility including my colleagues at the Treasury because what followed was a bureaucratic process in which there was lack of clarity on where the funds would be placed and how they would be administered. What has happened is that the ministry involved in a particular case, say the Interior would itself go to the Treasury, receive the funding, and send the money to the AG then to the Solicitor General then the money would be disbursed. Unfortunately, that system has been extremely inefficient and unjust”⁶⁷³

The Attorney General indicated that the Fund would be centralised within the National Treasury after which at least Kenya Shillings One (1) Billion would be released annually to settle reparations claims. He further indicated that the draft Public Finance Management Reparation for Historical Injustices Fund Regulations 2017 would implement the framework proposed by the Truth Justice and Reconciliation Commission.⁶⁷⁴

“Reparation under these regulations will be a means of dignifying victims by measures that are aimed at promoting justice and reconciliation by addressing historical injustices through rehabilitation, compensation, restitution and/or collective reparations, in a degree that is proportionate to the gravity of the violations and the harm suffered.”⁶⁷⁵

⁶⁷² Kenya National Commission on Human Rights (KNCHR) Restorative Justice Fund Not Created 3 Years After Directive, available at <https://www.capitalfm.co.ke/news/2018/03/restorative-justice-fund-not-created-3-years-directive/>

⁶⁷³ Ibid

⁶⁷⁴ Ibid

⁶⁷⁵ Key Note Address by Attorney General Githu Muigai, International Day on the Right to Truth Concerning Gross Human Rights Violations and for the Dignity of Victims, 24th March 2017 available at <http://www.statelaw.go.ke/928-2/>

Despite these promises, Professor Muigai's tenure as Attorney General ended, with no settled framework for the establishment and operationalisation of the Restorative Justice Fund to the great disappointment of the victims and survivors the post-election violence.⁶⁷⁶

During the March 2018 ceremony, a year later, there was still no operational Restorative Justice Fund. This time the Attorney General skipped the function entirely leaving victims and survivors exasperated by the lack of progress in establishing a reparations framework, including the Restorative Justice Fund. Jacqueline Mutere of the Sexual Violence Survivors Movement captured the mood among victims succinctly:

“We are here to remind our government that we exist. To remind them about the violations meted on our bodies and us and hence [demand] just compensation for the harm done, adding, “Our bodies have been used as a war zone and this must end. One year later from the day the Attorney General promised that by this time this year we would already have been compensated, this has not been done”⁶⁷⁷

According to victims, ‘*The government's failure to keep its promises to survivors was holding Kenya back from closing the book on a blemished chapter in the country's history*’.⁶⁷⁸ In press statement by Amnesty International in April 2015 the role of a Restorative Justice Fund in the transitional justice chain was clarified:

“A Reparations Fund is complementary to criminal justice, not a replacement for it. As concerns the Fund, the continued absence of an Implementation Committee and Technical Secretariat to act the TJRC report's findings casts doubt over the potential effectiveness of the Fund.”⁶⁷⁹

Therefore, even if the Restorative Justice Fund is operationalised and administered, it is not a comprehensive solution for addressing the atrocities committed against innocent civilians during the 2007-2008 post-election violence. The Restorative Justice Fund is merely part of a reparations framework that should include acknowledgment and official apologies for harm suffered, prosecutions, truth seeking, memory (through statutes and monuments acknowledging the atrocities that occurred), guarantees of non- repetition, institutional reforms and lustration or vetting to ensure that perpetrators do not return to positions of authority and continue to torment victims. Reparations therefore, and the

⁶⁷⁶ Journalists for Justice, Broken Promises in the Wait for the Reparations Billions 16th April 2018. Available at <https://neveragain.co.ke/broken-promises-wait-reparations-billions/article>

⁶⁷⁷ Ibid

⁶⁷⁸ Ibid

⁶⁷⁹ Kenya: Amnesty International calls for Justice as well as Reparations for Victims of the 2007-2008 Post-Election Violence 14 April 2015 AI Index Number: AFR 32/1446/2015

Restorative Justice Fund are merely a cog in the larger wheel of transitional justice.

Despite these disappointments, victims and survivors of the 2007-2008 post-election violence and other cycles of violence including those that occurred during the 2017 elections, continue to advocate for truth, justice, reparations and institutional reform. This is to ensure that they receive some form of restitution and that future generations can be spared from the pain and suffering they have gone through. Through the persistence of the National Victims and Survivors Network, the Sexual Violence Survivors Movement and umbrella groups such as Kenyans for Peace with Truth and Justice (KPTJ), the push for the realisation of transitional justice, including the operationalisation of the Restorative Justice Fund and other forms of reparations continues in earnest.

III. Progress of Public Interest Litigation Cases related to the Post Election Violence

III.I. Litigation on Police Shootings

A number of cases have been filed by civil society and victims' groups seeking reparations for the suffering they underwent during the 2007-2008 post-election violence and other cycles of election-related violence. Citizens Against Violence (CAVI) and the Independent Medico-Legal Unit (IMLU) together with a group of individuals filed a case at the High Court of Kenya in 2014 seeking redress for victims of police shootings against unarmed civilians that occurred mostly in Kisumu, Akala, Mogogosiek, Eldoret, Litein, Migori, Ahero, Ligega, Kakamega, Mathare and Kibra during the post-election violence. The case seeks to compel the State Law Office, Director of Public Prosecutions and the Independent Policing Oversight Authority (IPOA) to conduct genuine investigations and prosecutions of members of the National Police Service (NPS) who shot and maimed unarmed civilians. It also seeks effective reparations for the victims of police shootings.⁶⁸⁰

The petitioners claimed that the government failed to abide by the Constitution, which directs it to protect citizens from unfair treatment, violence and torture. The victims in this case say that state security agents failed to protect their right of life, which is enshrined in both the Constitution of Kenya 2010 and its predecessor.

⁶⁸⁰ Victims of Police Shootings Demand Accountability Open Society Foundations, Litigation - Citizens Against Violence and Others v. the Attorney General of Kenya and Others available at <https://www.opensocietyfoundations.org/litigation/citizens-against-violence-and-others-v-attorney-general-kenya-and-others>

The victims represented in this ongoing case contend that the shootings amount to crimes against humanity, which the government is, obligated to investigate and prosecute. They rely on the definition of crimes against humanity in the Rome Statute Establishing the International Criminal Court and the fact that Kenya is a State Party to the Statute and has domesticated it through the International Crimes Act of 2008.⁶⁸¹ Both the Rome Statute and International Crimes Act define crimes against humanity as:

“Any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack—(a) murder; (b) extermination; (c) enslavement; (d) deportation or forcible transfer of population; (e) imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (f) torture; (g) rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity”⁶⁸²

The victims, survivors and their families who are represented by the petitioners in this case say that the police and other security forces targeted civilian populations in the course of the shootings. They further contend that it was carried out pursuant to orders issued by senior members of the security apparatus and were carried out in a manner that appeared to be well-coordinated and systematic as part of a plan and organisational policy of the Kenyan state.⁶⁸³ The survivors and families of deceased persons want the State to provide rehabilitation to survivors, compensation as well as medical and psychosocial care. The case also seeks access for victims to reparation mechanisms established by the State as well as a public apology ‘*that acknowledges the facts of police shootings during post-election violence and accepts responsibility on behalf of the Government of Kenya for the harms and suffering of the victims*’⁶⁸⁴.

Other aspects of the case include torture and other forms of cruel, inhuman and degrading treatment at the hands of state security agencies during the 2007-2008 post-election violence. The case was first filed at the Constitutional and Human Rights Division of the High Court of Kenya at Nairobi and later moved to the High Court in Kisumu where the Independent Policing Oversight Authority (IPOA) and others were added as respondents. The case is currently proceeding in Kisumu and offers a glimmer of hope for justice and reparations to victims of police shootings during the post-election violence.

⁶⁸¹ Act No 16 of 2008

⁶⁸² Article 7 of the International Crimes Act, No 16 of 2008

⁶⁸³ Citizens Against Violence and Others v. the Attorney General of Kenya and Others

⁶⁸⁴ Ibid

III.II. Litigation on Sexual and Gender Based Violence

The Commission of Inquiry into Post Election Violence (CIPEV) found that rape and sexual violence had been used in an organised and systematic manner against civilians in the course of the post-election violence. Given that the ICC could only prosecute a handful of cases, it was upon domestic prosecution agencies to prosecute the rest on the basis of evidence provided by CIPEV and further investigations.

A special taskforce within the office of Office of the Director of Public Prosecutions (ODPP) was formed in 2008 to oversee the prosecution of these cases. The taskforce brought together police investigators, prosecutors and gender expert. CIPEV had received and considered 900 cases of sexual and gender based violence during the PEV. The Director of Public Prosecutions only considered 150 of these cases. Out of these, there had only been eleven (11) prosecutions according to the Sexual and Gender Based Division of the Office of the Director of Public Prosecutions.

Following the slow progress of these cases, four Civil Society Organisations, namely the Coalition on Violence against Women (COVAW), the Independent Medico-Legal Unit (IMLU), the Kenyan Section of the International Commission of Jurists (ICJ-Kenya) and Physicians for Human Rights (PHR), together with eight survivors of sexual and gender-based violence in the course of the 2007-2008 PEV, filed a constitutional petition at the Constitutional and Human Rights Division of the High Court of Kenya in Nairobi:

“Asking the High Court to issue a declaratory order stating that specific rights, including the right to life, prohibition on torture, the right to equality, and freedom from discrimination, were violated during the post-election violence as a result of the Kenyan government’s failure to protect its citizens. The petitioners are also seeking to establish a database for victims of SGBV committed during the post-election violence and set up an independent body tasked with monitoring of the provisions of reparations to the victims.”⁶⁸⁵

The proceedings were filed in 2013 but did not commence until 2014 due to failure by the government to respond and the judge threatening to proceed to hear the case without the government’s response. In Constitutional Petition No. 123 of 2013 *COVAW, ICJ-K, IMLU, PHR & Others v The AG, DPP & Others*, the petitioners on behalf of survivors of sexual violence during the 2007-2-08 post-election violence affirm that the government failed to properly train and prepare the police to protect civilians from sexual violence in the course of the

⁶⁸⁵ International Justice Monitor ‘Expert Witness Says Kenyan Government Failed to Protect Victims of Sexual Violence’ available at <https://www.ijmonitor.org/2014/08/expert-witness-says-kenyan-government-failed-to-protect-victims-of-sexual-violence/>

PEV.⁶⁸⁶ They accuse the government of failing to provide necessary care and compensation to address their suffering and harm.

The petitioners want the government to acknowledge publicly that crimes against humanity, in particular sexual and gender-based violence, had been perpetrated against them in an organised, planned and systematic manner.⁶⁸⁷ Survivors in this case seek an apology from the State for failure to protect their rights as well as compensation including medical and psychosocial support.⁶⁸⁸ The petitioners further seek to compel the government and in particular, the Office of the Director of Public Prosecutions (ODPP) to investigate and prosecute those responsible for sexual violence against them and others during the 2007-2008 PEV. Further, they seek to compel the DPP to establish a special team with international personnel to ensure the credibility and independence of such investigations and prosecutions.⁶⁸⁹

The hearing began in March 2014 before the then High Court Judge Isaac Lenaola. Justice Chacha Mwita took over the hearing of the case, after presiding Judge Lenaola was appointed to the Supreme Court in October 2016. Two expert witnesses, a nurse, a social worker and a psychiatrist as well as the eight petitioners have testified in court.⁶⁹⁰ This form of public interest is designed to sustain the quest for justice by victims and survivors of the 2007-2008 post-election violence through collaboration between survivors and civil society actors.

III.III. Litigation on Internally Displaced Persons (IDP's)

In Petition Number 11 of 2017 filed in the High Court at Nakuru, a number of Civil Society Organisations filed a suit on behalf of persons displaced by the post-election violence. The suit is premised on the responsibility of the State to protect all citizens and alleges that this responsibility was breached in relation to persons who were internally displaced by the violence, for whom it seeks a number of remedies, including reparations.

The case of *Internally Displaced Persons Initiative Support v Permanent Secretary, Ministry of Devolution & Planning [2017] eKLR* seeks to compensate victims of the post-election violence that left over 1000 people dead and up

⁶⁸⁶ Frequently Asked Questions in Relation to Constitutional Petition 123 of 2013 COVAW, ICJ-K, IMLU, PHR & Others –VS-The AG, DPP & Others available at <http://www.ngeckkenya.org/downloads/CONSTITUTIONAL-Petition%20122%20of%202013.pdf>

⁶⁸⁷ Ibid

⁶⁸⁸ Ibid

⁶⁸⁹ Frequently Asked Questions in Relation to Constitutional Petition 123 of 2013 COVAW, ICJ-K, IMLU, PHR & Others v THE AG, DPP & Others available at <http://www.ngeckkenya.org/downloads/CONSTITUTIONAL-Petition%20122%20of%202013.pdf>

⁶⁹⁰ Journalists for Justice Thousands of Post-Election Violence Rapists went Scot-Free in Kenya May 2017

to 500,000 people forcibly displaced. The petitioners claim that they were not compensated after the chaos. This case has been in court since 2011 and is a representative suit that covers Internally Displaced Persons (IDPs) as a result of the post-election violence of 2007 – 2008 in Eldoret, Kericho, Kisumu, Isiolo, Naivasha, Bungoma, Nakuru, Kisii, Transzoia, Nyandarua, Meru, Mombasa, Nairobi and Laikipia.

The petitioners claim that the government is responsible directly or indirectly, for the harm that the IDPs suffered among them sexual and gender-based violence, loss of lives, destruction of property, grievous bodily harm and forced displacements. The objective of this case is to establish that the government of Kenya violated its constitutional obligation to protect the citizens of Kenya during and after the violence. The case was instituted after it emerged that a decade since the 2007-2008 post-election violence about 80,000 victims of the skirmishes are yet to be compensated. More than 170,000 IDPs have, however, been resettled with the government now planning to assist the rest following President Uhuru Kenyatta's pledge.⁶⁹¹

Figures from the National Consultative Coordination Committee on IDPs show that just over 245,000 families were registered as IDPs after the chaos in 2008. Of these, 170,000 received Kenya Shillings ten thousand (Kshs 10,000/-) each while in the camps. 90,000 displaced families who quickly moved out of the camps and into the homes of friends and family members made do with that initial amount each. When the government launched *Operation Rudi Nyumbani*, 78,000 more families were ferried back home, and given an additional Kenya Shillings 25,000 each. 8,700 other families were resettled on land purchased by the government, after which the government resolved to give IDPs money to purchase their own land. 19,500 families benefitted from this, receiving sums between Kenya Shillings 200,000/- and 400,000 each. Kenya Shillings 17B has already been spent on resettling the displaced persons.⁶⁹² At the heart of the petition initially filed and heard before Justice Lagat Korir at the High Court in Nakuru is a Compensation Fund allegedly set aside by the Government to compensate IDPs. The petitioners, *Internally Displaced Persons Initiative Support* comprising 1,170 IDPs went to court to seek orders prohibiting the Government from disbursing the funds before putting in place a mechanism of ensuring public participation and verifying genuine beneficiaries.

⁶⁹¹ Citizen Digital News IDPs' Case Seeking Compensation from Government Adjourned April 2016

⁶⁹² Ibid

On June, 26, 2018, Justice Joel Ngugi directed the government and a group of displaced persons to meet and scrutinise the list of beneficiaries provided by the government - which some IDPs claim contains fake recipients - .⁶⁹³ Justice Ngugi ruled that:

“From documents before court it appears that what is being contested here is the list and not the policies involved. It will therefore be important that the parties meet and harmonise the two lists held by both parties.”

Citizen-driven public interest litigation provides hope to victims of atrocities that they will receive acknowledgement and reparations for the harm they suffered during the post-election violence. It also keeps the discourse in the public domain while focusing civil society and victims’ groups as relentless actors in seeking truth, accountability and reparations for harm suffered during the 2007-2008 post-election violence and other electoral cycles.

IV. The Case for an International Crimes Division of the High Court

In 2012, the Judicial Service Commission established a committee to look into the possibility of establishing a division within the High Court of Kenya tasked with prosecuting international crimes.

The Committee was headed by Reverend Samuel Kobia and went on a benchmarking tour of international courts, hybrid tribunals, special courts and other organs in the international sphere set up to investigate and prosecute international crimes. The initial impetus behind this initiative was to provide a mechanism for domestic prosecution of mid to lower level perpetrators of post-election violence in keeping with the principle of complementarity where national jurisdictions are supposed to try most of the perpetrators while the ICC prosecutes those bearing the greatest responsibility. Indeed, with the ICC cases proceeding at the time, victims and survivors of the 2007-2008 PEV, felt that a majority of the direct perpetrators still lived among them, causing them further pain and suffering. They felt another layer of prosecutions was required to fill this impunity gap.

As time passed, it appeared that there was an interest in expanding the mandate of the International Crimes Division (ICD) to cover not only crimes against humanity but also transnational organised crime including human trafficking, piracy, cyber-crime and money- laundering, among others. Civil Society actors felt that this would depart from the original purpose of the establishment of the ICD with resources and personnel unevenly apportioned to the investigation of transnational organised crime as opposed to crimes against humanity in the

⁶⁹³ Business Daily Africa 26th June 2018 Court orders scrutiny of Sh6.5 billion IDP pay -out beneficiaries in Nakuru Available at <https://www.businessdailyafrica.com/economy/Court-orders-scrutiny-of-Sh6-5-billion-IDP-payout/3946234-4632992-p1qnm2z/index.html>

context of the post-election violence. Further, the twin jurisdiction would be a departure from the original purpose of fulfilling the principle of complementarity under the Rome Statute through an International Crimes Division in the High Court of Kenya in a manner similar to the stillborn Special Tribunal for Kenya recommended by the CIPEV. KPTJ observed that;

“Although the initial discussion of the JSC was on the possibility of operationalising the International Criminal Act, 2008 in order to address pending post-election violence cases, the report proposes that the ICD should now have jurisdiction to prosecute not only crimes under Section 6 of the International Crimes Act - that is, genocide, war crimes and crimes against humanity - but also transnational crimes including drug trafficking, human trafficking, money laundering, cybercrime, terrorism and piracy, and any other international crimes as may be proscribed under any international instrument that Kenya is a party to.”⁶⁹⁴

The original objective of the proposed International Crimes Division of the High Court was to plug the impunity gap and complement the International Criminal Court by prosecuting perpetrators who continue to walk the streets, forcing survivors of atrocities to live alongside their tormentors:

“The ICD should be seen as complementary to the International Criminal Court (ICC) that only holds those who bear the greatest responsibility to account. In the ICC’s Kenyan cases, there are only 3 accused facing trial, while significant numbers of people are allegedly implicated. It is impossible for the ICC to try all these individuals, at the same time, the normal domestic courts in Kenya cannot handle all these cases in addition to the other matters brought before them. This means that a huge “impunity gap” prevails at the community level where victims, survivors and perpetrators are forced to co-exist in fear and mistrust. The ICD brings hope in filling this gap and is critical in assisting Kenya to meet its international obligations, using the ICC’s definition of the crimes.”⁶⁹⁵

Despite the JSC committee having its way in seeking to expand the jurisdiction of the proposed International Crimes Division of the High Court to include transnational organised crime and morphing it into an International and Organised Crime Division (IOCD) of the High Court in Kenya, its launch experienced inordinate delays due to a political establishment which fears that some of the cases brought before the proposed IOCD would affect high ranking members of the political establishment. Just like the proposed Special Tribunal for Kenya, recommended by the CIPEV, the establishment of a legitimate court to prosecute mid to lower level perpetrators of the 2007-2008 post-election violence seems to have gone up in smoke. The lack of political will continues to

⁶⁹⁴ Kenyans for Peace with Truth and Justice (KPTJ) ‘A Real Option for Justice? The International Crimes Division of the High Court of Kenya’ July 2014

⁶⁹⁵ Ongeso, Aimee Meaningful Justice or a White Elephant? Victims’ Rights Working Group available at <http://www.vrwg.org/ACCESS/ENG-22Ongeso.pdf>

impede genuine domestic investigations and prosecutions at the domestic level as witnessed by the inertia in the Office of the Director of Public Prosecutions with regard to prosecuting cases that were already investigated, coupled with evidence, by the CIPEV.

Notwithstanding, the formation of a multi-agency taskforce in June 2012 involving the office of the Director of Public Prosecutions, the National Police Service, the Directorate of Criminal Investigations and other agencies, by 2016 over 5,000 cases related to the post-election violence brought to the attention of state agencies by the CIPEV had not been brought before the courts. The agencies involved claim that many of the complainants had relocated from the jurisdiction of the crimes among other reasons given for inaction. Analyst point to the lack of political will bedevilling the domestic prosecution of post-election violence cases. This lack of political will is also responsible for the failure to establish a legitimate International Crimes Division of the High Court:

“The limited number of domestic prosecutions of post-election violence crimes is attributable either to a lack of proper investigations or to a lacklustre approach to their prosecution by the Office of the Director of Public Prosecutions, which appears content to tell the public that the cases are unprosecutable, without stating how the Director of Public Prosecutions has used his considerable powers under the Constitution to improve their fortunes in court. This lack of political will, which has stood in the way of justice for victims of post-election violence for the last six years, cannot be fixed merely by setting up an International Crimes Division. This is because, under Kenya’s legal system, judges do not investigate or prosecute cases; they adjudicate over them as neutral arbiters. This means that, without meaningful reforms in the investigative and prosecutorial arms of the criminal justice system, the proposed ICD could end up being a white elephant, with no cases to prosecute.”⁶⁹⁶

The Office of the Director of Public Prosecutions (ODPP) in 2014 said that out of 4,000 cases his office has reviewed, none are prosecutable largely due to a lack of evidence.⁶⁹⁷ However, going through the records of reports made to the Attorney General in 2009 and 2011, a trend emerges showing a distinct lack of investigation. Several investigations were found to lack key details to enable prosecutions. In some cases, the files presented by police in 2009 did not match those from 2011.⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ Kenyans for Peace with Truth and Justice (KPTJ) ‘A Real Option for Justice? The International Crimes Division of the High Court of Kenya’ July 2014

⁶⁹⁷ Kiplagat S Most PEV Cases Cannot be Prosecuted - Tobiko February 6th 2014 The Star Newspaper Available at <http://www.the-star.co.ke/news/article-153986/most-pev-cases-cannot-be-prosecuted-tobiko>

⁶⁹⁸ State Law Office, Attorney General Amos Wako A progress report to the Hon. Attorney General by the Team on update of Post-Election Violence related cases in Western, Nyanza, Central,

Lack of political will is therefore a challenge to the domestic prosecution of post-election violence by state agencies because the cases would affect members of the political establishment. The sheer will to shield political elites from criminal courts was witnessed by the lack of cooperation with the International Criminal Court, the sabotage of attempts to establish a Special Tribunal for Kenya and now the delay in establishing a legitimate International Crimes Division of the High Court and efforts to scuttle its original mandate.

The continued pursuit of domestic accountability keeps the accountability agenda from being swept under the carpet and provides hope to victims that they will one day realise redress for the atrocities committed against them during the 2007-2008 post-election violence and other electoral cycles.

V. Recommendations to Stakeholders: Seeking Reparations for Victims and Survivors

1. *The National Assembly*

- a. Through the Leader of the Majority, Enact the Cabinet Bill seeking the Establishment of an Office of Reparations.
- b. Provide Regulations under the proposed legislation to establish a criterion for eligibility for reparations and provide for stakeholder input from Victims' Groups, Civil Society and the Kenya National Commission on Human Rights (KNCHR) in establishing eligibility and prioritisation of beneficiaries of the Fund.
- c. Revisit Agenda Four of the Kenya National Dialogue and Reconciliation Agreement including efforts geared towards tackling youth unemployment, tackling poverty, inequity and regional development imbalances, consolidating national unity and cohesion as well as judicial, electoral and land reforms.

2. *County Governments*

- a. County governments should map the victim and survivor networks within their areas and provide a nexus for engagement between them and the national government with regard to the Restorative Justice Fund.
- b. County governments should allocate budgets to psychosocial medical and basic needs as appropriate to the victims and survivors in their area.

3. *Central Government*

- a. The Central government should provide basic services including relief aid, housing, healthcare and education to victims and survivors of the 2007-2008 post-election violence and other electoral cycles.
- b. Provide basic medical and psychosocial services to victims and survivors of both the 2007-2008 PEV and the 2017 Electoral Cycle.

4. *Ministry of Finance*

- a. Provide clear budgetary allocation for the Restorative Justice Fund and the Office of Reparations.
- b. Publish the Regulations on Public Finance Management Reparations for Historical Injustices.

5. *The DPP and Attorney General*

- a. The Police and the DPP should address the lack of action and capacity in collecting and providing evidence and prosecuting perpetrators of PEV respectively.
- b. Provide detailed reporting on the reasons for a failure to prosecute 4,000 cases due to lack of evidence.
- c. The Attorney General should collaborate with the Ministry of Finance to provide technical assistance in the development of legislation to establish the Office of Reparations and the development of Regulations on Public Finance Management Reparations for Historical Injustices.
- d. Begin investigations into the multiple incidents of police shooting and SGBV recorded in the CIPEV Report and similar crimes that took place during the 2017 Electoral Cycle.
- e. Provide support for the Witness Protection Agency including funding and technical support to create an independent witness protection system.

6. *To the Judiciary*

- a. The Judicial Service Commission must provide solid direction on how the proposed International Crimes Division of the High Court (ICD) will handle testimony of SGBV Victims, Protect Witnesses and allow for robust stakeholder engagement.
- b. Through the ICD to begin trying mid to lower level perpetrators of PEV.
- c. Develop capacity and technical expertise on how to try international crimes provided for under the International Crimes Act.

7. *State Security Agencies*

- a. Engage with the National Gender and Equality Council (NGEC) and the National Police Service Commission /Independent Policing Oversight Authority /National Police Service on the manner of SGBV crimes committed and police shootings respectively as well as SGBV violations committed by the Police Service during the PEV.
- b. Investigate allegations of massive human rights and SGBV abuses that took place during the 2007 post-election violence and the 2017 elections
- c. Enhance investigative capacity including the use of forensics.

8. *To Civil Society*

- a. Highlight the plight of victims and survivors through public advocacy.
- b. Begin mapping the typology of victims of PEV and the assistance that they have received in conjunction with Victims' Groups.
- c. Engage with Victims' Groups to produce a needs-assessment. This should include integrated IDPs and where possible, evidence of a sufficient standard to be used in prosecution with the end goal being the award of compensation through Public Interest Litigation.
- d. Engage with the devolved units of government at the county level due to their knowledge of victimhood and their needs in the area.
- e. Provide capacity building to victims so that they may engage with the government and other actors as an organised unit.
- f. Advocate for the implementation of the TJRC Report.
- g. Provide Technical support to government bodies engaging with victims.
- h. Place victims at the centre of programming.
- i. Advocate for the provision of durable solutions as outlined in the IDP Act and the implementation of the same.

9. *To Victims' Groups*

- a. Collaborate with other Victim Groups to highlight the existence of forgotten or neglected victims across the country.
- b. Engage with the media to show the public that issues need addressing.
- c. Begin internal mapping of needs and typology of groups as well as current national government policies.
- d. Engage with devolved county units as well as national government as they are more aware of local issues.
- e. Advocate for the implementation of the TJRC Report, particularly the establishment of an Office of Reparations
- f. Continue with organised protests to increase visibility and prompt government action.

- g. Begin collection of admissible evidence for use in public interest litigation cases.

10. *International Community*

- a. Provide technical and financial assistance with regard to the establishment of an Office of Reparations.
- b. Provide technical and financial assistance to national, county governments, the KNCHR, Civil Society and Victims' Groups to support efforts geared towards the holistic compensation of victims of election related violence.
- c. Support efforts geared towards electoral reforms, land reforms, judicial reforms and efforts towards inclusive development and tackling unemployment and inequality in keeping with Agenda Four of the Kenya National Dialogue and Reconciliation Agreement.

Conclusion

The aim of this paper was to explain all the events that have taken place since Kenya's gruesome post-election violence that took place between 2007-2008. All the events led to the formation of the Truth, Justice and Reconciliation Commission (TJRC), which was given the mandate to investigate historical injustices in Kenya since its independence in 1963.

Further, it was also the aim of this paper to explain the recommendations that the TJRC made in an attempt to give justice to the survivors and victims of the 2007-2008 post-election violence. This paper critically analysed these developments and explained the progress made so far and the hindrances that have come about that have equally hindered justice for the same victims.

The paper ends by making recommendations to all the stakeholders involved, as they each attempt, in their own capacity, to ensure that justice is served to the victims and survivors of the post-election violence that took place in 2007-2008 and other subsequent ones.

A CRITICAL APPRAISAL OF THE FEBRUARY 2019 AFRICAN UNION ASSEMBLY DECISION ON THE ICC

STEVEN WILLIAM KAYUNI

Abstract

The Chapter appraises Africa Union (AU)'s February 2019 decision on the International Criminal Court (ICC). The AU Assembly Decision, inter alia, reiterated the unflinching commitment of the AU and its Member States to combating impunity and promoting democracy, the rule of law and good governance throughout the continent in conformity with the Constitutive Act and commended the efforts and support towards a request for an advisory opinion of the International Court of Justice (ICJ) on the question of immunities of Heads of State and Government and other Senior Officials as it relates to the conflicting obligations of States Parties under the Rome Statute and international law. The Chapter appraises the AU's trends in decision, legal and policy interpretation. From that premise, the Chapter argues that the AU's decision-making processes towards future trends, legal and policy formulation on combating impunity and promoting democracy, the rule of law and good governance in conformity with the Constitutive Act, has the potential of sacrificing commitments, obligations and aspirations that the AU and its Member States inhibit regarding international criminal justice's values and goals.

ÉVALUATION DE LA DÉCISION DE L'ASSEMBLÉE DE L'UNION AFRICAINE (UA) DE FÉVRIER 2019 SUR LA CPI

STEVEN WILLIAM KAYUNI

Résumé

Le chapitre évalue la dernière décision de l'Union africaine (UA) de février 2019 sur la Cour pénale internationale (CPI). La décision de L'Assemblée de l'UA a notamment réitéré l'engagement ferme de l'UA et de ses États membres à lutter contre l'impunité et à promouvoir la démocratie, l'État de droit et la bonne gouvernance sur tout le continent, conformément à l'Acte constitutif. Elle a également salué les efforts et le soutien apportés à une demande d'avis consultatif de la Cour internationale de justice (CIJ) sur la question des immunités des chefs d'État et de gouvernement et d'autres hauts fonctionnaires, en ce qui concerne les obligations contradictoires des États parties en vertu du Statut de Rome et du droit international. Le chapitre évalue les tendances de l'UA en matière d'interprétation des décisions, des lois et des politiques. Partant de ce principe, le chapitre explique que les processus de prise de décision de l'UA concernant les orientations futures, la formulation de lois et de politiques sur la lutte contre l'impunité et la promotion de la démocratie, de l'État de droit et de la bonne gouvernance conformément à l'Acte constitutif, ont le potentiel de sacrifier les engagements, les obligations et les aspirations que l'UA et ses États membres entravent concernant les valeurs et les objectifs de la justice pénale internationale.

Introduction

The African Union (AU)'s standpoint on International Criminal Court (ICC) is a fierce⁶⁹⁹ and fractious⁷⁰⁰ one, an idea that is still evolving.⁷⁰¹ It is yet to triangulate towards aptness. Therefore, there is need for continuous engagement and dialogue among actors and policy-makers as to how decision-making processes regarding the AU-ICC interface should be undertaken. Thus, it is posited that at the AU, there exist non-illusionary boundaries of human discretion⁷⁰² that are manifested and operative in the organization's legal process.⁷⁰³ In order to understand the AU's standpoint on the ICC, there is need for appraisal processes that can engage the sensitivities of the indefinite language the AU uses, live to the critical relevance of context for the AU, and the central mission of international criminal law as a mediating device capable of attaining an end to impunity, when properly understood and innovatively applied by actors and decision makers. This Chapter advises that the concern of building AU's legal order that postulates the welfare and dignity of the African community should include a realisation of cherished values of international criminal justice. To a greater extent this cannot be realised if there is no balancing effect between 'African processes' to the fight against impunity and AU's cooperation strategies with the ICC.

The AU Assembly Decision – February, 2019

It is commonplace observation that the AU today⁷⁰⁴ exhibits an understanding that the current ICC legal framework demands and embodies values of international criminal justice that are egalitarian⁷⁰⁵ in nature. It has been proclaimed⁷⁰⁶ that the ICC's conduct since its inception has been conceptualised

⁶⁹⁹ Randriamihanta, E.J & Yideng, L, (2019) The Techniques for Appeasing the Tension between the International Criminal Court (ICC) and the African Union (AU), 9(4) Open Journal of Political Science, pp. 703-705.

⁷⁰⁰ Rukooko, A.B, Silverman, J, (2019) The International Criminal Court and Africa: A fractious Relationship Assessed, 19(1) African Human Right Law Journal, pp.85-104;

⁷⁰¹ Wet de Erika, (2019) The rise and demise of the ICC relationship with African states and the AU in Ciampi, A, (Ed.) History and International Law: An Intertwined Relationship, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp.191-212; Hoile, D, (2014) Justice Denied: The Reality of the International Criminal Court, London, The Africa Research Centre, pp.199-216.

⁷⁰² Falk, R, (1967-1968) On Treaty Interpretation and the New Haven Approach: Achievements and Prospects, 8 Virginia Journal of International Law, p.323.

⁷⁰³ Udombana, N, (2002-2003) The Institutional Structure of the African Union: A Legal Analysis, 33 California Western International Law Journal, pp.69-72.

⁷⁰⁴ Magliveras, K.D, (2019) The Withdrawal of African States from the ICC: Good, Bad or Irrelevant?, Netherlands International Law Review, pp.1-12, <https://doi.org/10.1007/s40802-019-00145-3>.

⁷⁰⁵ Schabas, W.A. (2013) The Banality of International Justice, 11(3) Journal of International Criminal Justice, pp.545-551.

⁷⁰⁶ Bocchesse, M, (2019) After Ratification: Predicting State Compliance with ICC Treaty

as an abuse and misuse of indictments against Africans with a destabilizing effect that in the end is aimed at negatively impacting on political, social and economic development of Member States and their ability to conduct international relations.⁷⁰⁷ Because of this, it is observed that the AU has taken a hostile posture⁷⁰⁸, processed its decisions in a synthesizing and stabilizing fashion that considers procedures and structures of authority as a guide for what essentially are prescriptive purposes of international criminal law. The AU is essentially pretending in one mood that international criminal law is contemporary and presumably well-structured edifice,⁷⁰⁹ while in another disposition insinuating that it is a pretentious and dubious⁷¹⁰ fantasy with the true dimensions of its task concealed.⁷¹¹ Thus the AU Assembly decision on ICC, took note of the Progress Report on the Commission on the Implementation of the Decisions of the Assembly on the ICC⁷¹² and recommendations of the Open-Ended Committee of Ministers of Foreign Affairs on the ICC (The Open-Ended Ministerial Committee). In so doing, the AU Decision reiterated:

Firstly, the unflinching commitment of the organisation and its Member States to combating impunity and promoting democracy, the rule of law and good governance throughout the entire continent, in conformity with the Constitutive Act of the African Union.⁷¹³ It is observed here that such an aspiration is a value yet to be cherished on the continent. As observed by other scholars, most African leaders and governments have dubious track records of rule of law or democratic

Obligations, 19(4) *International Criminal Law Review*, pp.635-668

⁷⁰⁷ Shilaho, W, (2018) The International Criminal Court and the African Union: Is the ICC a bulwark against impunity or an imperial Trojan horse? 18 (1) *African Journal on Conflict Resolution*, pp.119-121.

⁷⁰⁸ Niyonkuru, A, (2018) Burundi-ICC: trial of strength over Burundi's duty to cooperate with respect to the situation in Burundi, in Merwe, H, & Kemp, G, (Eds.) *International Criminal Justice in Africa – 2018*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Nairobi, pp.139-163.

⁷⁰⁹ Manikaradzi, P, (2019) Complementarity Between the International Criminal Law Section and Human Rights Mechanisms in Africa, in Charles C. Jalloh, Kamari M. Clarke, Vincent O. Nmeielle (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context - Development and Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, pp.989-1020.

⁷¹⁰ Nimigan, S, (2019) The Malabo Protocol, the ICC, and the Idea of 'Regional Complementarity', *Journal of International Criminal Justice*, mqz040, <https://doi.org/10.1093/jicj/mqz040>, pp. 1-2

⁷¹¹ McDougal, M.S, & Lasswell, H.D, (1996) The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order in Beck, R, Arend, A.C & Lugt, R, (Eds.) *International Rules: Approaches from International Law and International Relations*, Oxford, OUP, pp.113-114.

⁷¹² Progress Report of the Commission on the Implementation of the decisions of the Assembly of the African Union on the International Criminal Court, Assembly of the Union, Twenty-Second Ordinary Session 30-31 January 2014 Addis Ababa, Ethiopia Assembly/AU/13(XXII) (last accessed on 25/08/2019).

⁷¹³ Article 2(a) of the Decision on the International Criminal Court, Doc. Ex.CL/1138(XXXIV).

rule.⁷¹⁴ It can be stated that in terms of advancing its agenda, the AU seeks to bring more approximate the goals of human dignity.⁷¹⁵ Thus, such unflinching commitment to combating impunity and promotion of democracy, rule of law and governance is a probable value that is yet to generate consonant outcomes on the continent.⁷¹⁶ There is need for value clarifications⁷¹⁷ as what these goals for combating impunity, rule of law and democracy entail. There can never be an unflinching commitment to combating impunity, promotion of democracy, rule of law and good governance without translating rhetoric into practice.⁷¹⁸ Thus, there is need for a balancing effect between international criminal law and political reality.⁷¹⁹

Secondly, the decision reiterated its previous decisions on the deferral or termination of proceedings against President Omar Al Bashir of the Republic of The Sudan in accordance with Article 16 of the Rome Statute.⁷²⁰ Reiteration of decision on Al Bashir proceedings does not, in any way, take away the obligations that come with the Rome Statute. Further, it is argued herein that in as far as combating impunity is concerned *vis-à-vis* the AU/ICC dynamics, the AU's standpoint is not sustainable in as far as the rule of law is concerned. The very same Al Bashir that the AU vehemently defended has had to leave the presidency in compromised circumstances.⁷²¹ The will of the masses has had to force him

⁷¹⁴ Packer, C, & Rukare, D, (2002) The New African Union and Its Constitutive Act, 96(2) American Journal of International Law, pp.365-366.

⁷¹⁵ Tipson, F.S, (1973-1974) The Lasswell-McDougal Enterprise: Toward a World Public Order of Human Dignity, 14 Virginia Journal of International Law, p.535.

⁷¹⁶ Mills, K, & Bloomfield, A, (2019) African resistance to the International Criminal Court: Halting the advance of the anti-impunity norm: ADDENDUM, 45(2) Review of International Studies, pp.365-367.

⁷¹⁷ Little, D, (1973-1974) Toward Clarifying the Grounds of Value-Clarification: A Reaction to the Policy-Oriented Jurisprudence of Lasswell and McDougal, 14 Virginia Journal of International Law, pp.451-457

⁷¹⁸ Mbaku, J.M, (2019) International Law and the Struggle Against Government Impunity in Africa, 42(1) Hastings International and Comparative Law, pp.74-85;

⁷¹⁹ Kemp, G, (2019) Immunity of High-Ranking Officials Before the International Criminal Court – Between International Law and Political Reality, in Werle G., Zimmermann A. (eds) The International Criminal Court in Turbulent Times, International Criminal Justice Series, vol 23. T.M.C. Asser Press, The Hague, pp.57-69.

⁷²⁰ Tladi, D, (2014) When Elephants Collide it is the Grass that Suffers: Cooperation and the Security Council in the Context of the AU/ICC Dynamic, 7(3) African Journal of Legal Studies, pp.381-398; see also Plessis du Max, Jalloh, C.C, Akande, D., (2011) Assessing the African Union's Concerns About Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court, 4(1) African Journal of Legal Studies, pp.5-50.

⁷²¹ Berridge, W.J, (2019) Briefing: The Uprising in Sudan, African Affairs, pp.1-13.

to leave.⁷²² Possibly, the decision makers, actors and observers at AU never considered the most relevant clarification and specification of postulated goals⁷²³ of the Sudanese community. It is submitted that whatever level of abstraction of the decision makers' initial formulation, their quest for a Sudanese free society⁷²⁴ should mirror the community's values. The Sudanese community tenets which make clear the empirical reference to preferred events is the social process should have guided the Assembly's decision-making processes. Thus, it is suggested that the AU's deeper level of understanding of the conception of law making among actors, observers and decision-makers within the Assembly should be more than rules. Whatever roles they place, actors, observers and decision-makers should have recourse to more than rules. They need to be interested in decisions, what is being done, the consequences of making and applying the rules to the targeted community. There should be a deliberate preference for law as a process of authoritative decision.⁷²⁵ In other words, if one thinks in terms of AU Assembly's decision, one would think of representatives of States and Governments with effective power at their disposal. Such representatives would be responding to controversies arising from social processes of Member States and resolving them in accordance with that particular community's expectations. Further, such representatives of AU's Member States need to realise that their decision is a choice made in response to competing demands arising from obtaining social processes. Such processes have adverse consequences, orientation and bearing on the future.⁷²⁶

Thirdly, the AU Assembly decision reiterated that the need for all Member States, in particular, those that are also State Parties to the Rome Statute, to continue to comply with the Assembly Decisions on the warrant of arrest issued by the ICC against President Al Bashir of The Sudan pursuant to Article 23 (2) of the Constitutive Act of the African Union and Article 98 of the Rome Statute of the ICC.⁷²⁷ Some scholars such as Mills have observed that the AU's relationship with the ICC is more political than legal.⁷²⁸ Further, Gosnell has actually posited

⁷²² Diatta, M, Louw-Vaudran, L, Andrews Attah-Asamoah, A, & Woldemichael, S,(2019) PSC interview: Sudan's uncertain transition, 112 ISS Peace and Security Council Report, Volume 2019, pp. 13 – 15.

⁷²³ Such as peace, security, respect of human rights and freedoms, democracy, human dignity.

⁷²⁴ McDougal, M, (1966-1967) *Jurisprudence for a Free Society*, 1 (1) *Georgia Law Review*, pp.1-20.

⁷²⁵ McDougal, M, Lasswell, H, Reisman, W, (1967) *The World Constitutive Process of Authoritative Decision*, 19(3) *Journal of Legal Education*, pp.253-300.

⁷²⁶ The later revolution or uprising by the masses against Al Bashir can be viewed as a resultant effect of a compounded impunity problem in Sudan that the AU Assembly has been stifling since the ICC issued the arrest warrant and indictment for Al Bashir. Possibly, an earlier AU/ICC cooperation would have probably helped avert the Sudanese uprising that has led to deaths of civilians.

⁷²⁷ Article 2(c) of the Decision on the International Criminal Court, Doc. Ex.CL/1138(XXXIV).

⁷²⁸ Cole, R, (2013) *Africa's Relationship with the International Criminal Court: More Political*

that the indictment of Al Bashir was essentially idealistic posturing⁷²⁹ that runs afoul to customary international law on treaty rules for serving Heads of State's immunities and privileges.⁷³⁰ As such, the indictment has proven to be ineffective and difficult to enforce⁷³¹ with States Parties and non-States Parties to the Rome Statute wantonly unwilling to cooperate with the Court.⁷³² Pursuant to Article 23(2) of the Constitutive Act, any Member State that fails to comply with the decisions and policies of the Union may be subjected to other sanctions. Such sanctions are *inter alia*, the denial of transport and communications links with other Member States, and other measures of a political and economic nature to be determined by the Assembly. Further, the AU reiterated this article as a prescriptive warning to any Member State intending to comply with the ICC as regards the arrest of Al Bashir. Despite this being the case, it is interesting to note that the Assembly is ready and willing to impose sanctions against any Member State that breaches ideals and processes put in place by the Assembly as regards Al Bashir. Suffice to say this, the very Assembly is not ready to impose sanctions against any human indignity, undemocratic values and impunity reign in most of its Member States. The approach taken by the AU Assembly and cherry picking of what would attract sanctions can be as observed by some scholars as an embryonic international institution.⁷³³ Scholars have referred to it as an institution clogged with limited political will, a political club⁷³⁴, council protocol and bureaucracy, protracted deliberations and untimely sanctions.⁷³⁵

than Legal, 14 Melbourne Journal of International Law, p.670; Udombana, N, J, (2014) Can These Dry Bones Live - In Search of a Lasting Therapy for AU and ICC Toxic Relationship, 1(1) African Journal of International Criminal Justice, pp.57-59; Tladi, D (2014) When Elephants Collide it is the Grass that Suffers: Cooperation and the Security Council in the Context of the au/ICC Dynamic, 7(1) African Journal of Legal Studies, pp.381-398.

⁷²⁹ Gosnell, C, (2008) The Request for an Arrest Warrant in Al Bashir: Idealistic Posturing or Calculated Plan?, 6(5) Journal of International Criminal Justice, pp.841-851.

⁷³⁰ Akande, D, (2009) The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities, 7(2) Journal of International Criminal Justice, pp.333-352.

⁷³¹ Barnes, G.P. (2010-2011) The International Criminal Court's Ineffective Enforcement Mechanisms: The Indictment of President Omar Al Bashir, 34 Fordham International Law Journal, p.1584.

⁷³² Tladi, D, (2013) The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98, 11(1) Journal of International Criminal Justice, pp.199-221.

⁷³³ Williams, P.D, (2009) The Peace and Security Council of the African Union: Evaluating an embryonic International Institution, 47(4) Journal of Modern African Studies, pp.603-626.

⁷³⁴ Omorogbe, E.Y, (2011) A Club of Incumbents - The African Union and Coups d'Etat, 44 Vanderbilt Journal of Transnational International Law, p.123.

⁷³⁵ Evly, S, (2012-2013) Theories of State Compliance with International Law: Assessing the African Union's Ability to Ensure State Compliance with the African Charter and Constitutive Act, 1 Georgia Journal of International and Comparative Law, p.75; Tessema, M.T, (2019) African Regional Developments – Challenge or Chance for the International Criminal Court? Three Courts in One: The African Criminal Court, in In: Werle G., Zimmermann A. (eds) The International Criminal Court in Turbulent Times. International Criminal Justice Series, vol 23. T.M.C. Asser Press, The Hague, pp.43-59; Peter, C,M, (2019) James Nyawo: Selective Enforcement and International Criminal Law: The International Criminal Court and Africa,

It is suggested that considering the long-term existence of the AU,⁷³⁶ processes towards advancement of democratic values and an end to impunity should take centre stage.

Fourthly and finally, the call for Member States to ratify the Protocol on Amendments to the Protocol of the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights (Malabo Protocol).⁷³⁷ As the discussion below will demonstrate, what the AU is essentially attempting to do is to advance its 'African solution'⁷³⁸ to the impunity problem even if it undermines the international legal framework within the Rome Statute⁷³⁹ and further defies regional judicial mode for the protection of human rights.⁷⁴⁰ It is argued herein that the postulation of the Malabo Protocol as an ideal solution to the ICC – AU protraction is a justice cataract⁷⁴¹ that will eventually fail the AU miserably. It is a legal instrument cast between hope and doubt.⁷⁴²

It cannot constitute a factor process and source of power for decision makers to hold accountable perpetrators of most serious crimes of international concern in the region. According to the AU, as of 20th May 2019, the Malabo Protocol out of fifty five Member States, has had only fifteen signatures, and no ratification since it was effected in the year 2016.⁷⁴³ Despite other scholars arguing that the increase in the rate of treaty adoption after 2002 was the result of the AU's realisation that these treaties are critical to the acceleration of African

In: Yihdego Z., Desta M., Hailu M. (eds) *Ethiopian Yearbook of International Law* 2018, pp. 253-258.

⁷³⁶ Magliveras, K.D., & Naldi, G.J. (2002) *The African Union – A New Dawn for Africa?* 51(2) *International and Comparative Law Quarterly*, pp.415-425.

⁷³⁷ Article 2(d) of the Decision on the International Criminal Court, Doc. Ex.CL/1138(XXXIV).

⁷³⁸ Williams, P.D. (2008) *Keeping the Peace in Africa: Why "African" Solutions Are Not Enough*, 22(3) *Ethics & International Affairs*, pp.309-329.

⁷³⁹ Mills, K., & Bloomfield, A. (2018) *African Resistance to the International Criminal Court: Halting the advance of the anti-impunity norm*, 44(1) *Review of the International Studies*, pp.101-127.

⁷⁴⁰ Fahmy, W. (2019) *From the Establishment of the Court of Justice of the African Union to Malabo Protocol: The Defies to the Regional Judicial Mode of Protection of Human Rights*, 7(2) *Russian Law Journal*, pp.165–193.

⁷⁴¹ Sirleaf, M. (2017) *The African Justice Cascade and the Malabo Protocol*, 11(1) *International Journal of Transitional Justice*, pp.71-91.

⁷⁴² Ford, S. (2019) *Between Hope and Doubt: The Malabo Protocol and the Resource Requirements of an African Criminal Court*, in Charles C. Jalloh et al. (Eds.) *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context* (CUP, Cambridge), pp. 1-7.

⁷⁴³ List of Countries which have Signed, Ratified/Acceded to the Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, 20/05/2019, <https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-sl-PROTOCOL%20ON%20AMENDMENTS%20TO%20THE%20PROTOCOL%20ON%20THE%20STATUTE%20OF%20THE%20AFRICAN%20COURT%20OF%20JUSTICE%20AND%20HUMAN%20RIGHTS.pdf> (last accessed on 22/08/2019).

economic and political integration,⁷⁴⁴ what is obtaining on the ground is the opposite. The snail-paced ratification smacks self-doubt and uncertainty of the Court's future. It is possibly protectionism, obligations that some Member States have to other treaties such as the Rome Statute. Further, factor processes from experiences such as ICC-Africa relations and the risk of surrendering power to an internationalised criminal court are affecting decision-making. Therefore, the AU Assembly decision leaning on the Malabo Protocol and positing reliance on it as a beacon of hope was essentially purporting confidence on unattainable values.

In addition to the above, the AU Assembly decision commended the efforts of the African Group in New York and the Commission in successfully placing on the agenda of the United Nations General Assembly ("UNGA"), the request for an advisory opinion of the ICJ on the question of immunities of Heads of State and Government and other Senior Officials. Such a move relates to the obligations of States Parties under the Rome Statute and international law. Further, the decision requested the Commission to finalise the question based on the recommendations of the Open-ended Ministerial Committee on the ICC.⁷⁴⁵

Essentially, it is discerned that the actors and decision-makers at the AU believed that a rule-based conception of international criminal law as regards immunities of Heads of State and Government and other Senior Officials, was incapable of accurately describing or governing obligations of States Parties to the Rome Statute and international law. Rather than rejecting international criminal law in favour of political prudence⁷⁴⁶, AU actors and decision-makers by encouraging an Advisory Opinion of the ICJ, sought to include the ambit of legal analysis factors and contextual elements crucial to analysis and process.

As such the actors and decision makers probably intended to expand the scope of international legal inquiry to include explicit discussion before the ICJ (as a World Court), values, interests, goals and conditioning factors affecting the process of authoritative decision-making regarding the question of immunities and privileges of Heads of State and Government and Senior Government officials. Despite, the Appeals Chamber (AC) of the ICC in the Jordan Case confirming that within the ambit of the Rome Statute system, there is no immunity for Heads of State and Government,⁷⁴⁷ what the ICJ is likely to decide will clarify the long

⁷⁴⁴ Maluwa, T (2012) Ratification of African Union Treaties by Member States: Law, Policy and Practice, 13 Melbourne Journal of International Law, pp. 636-638.

⁷⁴⁵ Article 3 of the Decision on the International Criminal Court, Doc. Ex.CL/1138(XXXIV).

⁷⁴⁶ Lasswell, H.D, & McDougal, M, (1966-1967) Jurisprudence in Policy-Oriented Perspective, 19 U. Florida Law Review, p.486

⁷⁴⁷ See generally, The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański and Bossa, ICC-02/05-01/09-397-Anx1-Corr 17-05-2019 1/190 NM PT OA2, Decision of 06 May 2019, https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2019_02857.PDF (last accessed on 30.11.2019).

standing debate on indictments of heads of state and government. The balancing effect of individual responsibility of serving heads of state and government (including senior government officials) for serious international crime is not covered under immunities.⁷⁴⁸ International criminal law focuses on higher purpose than the ends of individual states or organisations such as the AU.

Pursuant to prescriptive purposes of international criminal law⁷⁴⁹, the AU called upon the ICC to respect the duty of all States Parties to the Rome Statute to honour their other international obligations as stipulated in Article 98, which includes the right to host international meetings and to ensure the participation of all invited delegations and high officials. It is argued herein that this call, in as far as it respects the dictates of the Statute, falls foul to the prescriptive framework for the performance of optimally rational decision-making.⁷⁵⁰ AU Member States who also happen to be States Parties to the Rome Statute would be offending their obligations under the Statute if they pursue this call. Further, the framers of the Rome Statute intended full cooperation from Member States.⁷⁵¹

On the same issue of cooperation, the AU Assembly decision expressed satisfaction with the manner in which the Commission presented the position of the Union before the Appeals Chamber of the ICC, in the hearing on the Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the decision of the Pre-Trial Chamber II of the ICC on Jordan's legal obligation to arrest and surrender President Al Bashir of The Sudan while he was on the Jordanian territory attending the League of Arab States' Summit on 29 March 2017 and called on all Member States to oppose any decision of the Appeals Chamber (AC) that is at variance with the AU Common position and customary international law. It has to be observed that as earlier noted, indeed the AC held that the Kingdom had violated its obligations by not arresting Al Bashir.⁷⁵² It is argued in this chapter that the necessity of making value choices in the process of decision-making by AU Member States *vis-à-vis* the ICC is an issue that demands policymakers to adopt 'human dignity' as their core value for formulating international legal principles. As such, human dignity for purposes of this chapter shall mean the processes of authoritative decision in

⁷⁴⁸ Ibid

⁷⁴⁹ Cryer, R, (2005) International Criminal Law vs. State Sovereignty: Another Round? 16(5) European Journal of International Law, pp.979-1000.

⁷⁵⁰ McDougal, M, Lasswell, H, & Chen, L, (1980) Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity, Yale University Press, New Haven, pp.365-366.

⁷⁵¹ Kemp, G, (2019) Immunity of High-Ranking Officials Before the International Criminal Court – Between International Law and Political Reality, 23 The International Criminal Court in Turbulent Times, pp.61-82.

⁷⁵² Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09-397, Judgment in the Jordan Referral Re Al Bashir Appeal, 6 May 2019; Two judges dissented on that final point, arguing that the referral was proper, see Joint Dissenting Opinion of Judge Liz del Carmen Ibanez Carranza and Judge Solomy Balungi Bossa, ICC-02/05-01/09-397-Anx2, 6 May 2019.

which values are shaped and shared more by persuasion than coercion among the AU Member States, and which seeks to promote the greatest production and widest possible sharing, without discriminations irrelevant to merit, of all values among all human beings.⁷⁵³ It can be conversely argued that by linking legal decision-making explicitly to the values underlying the AU, then international criminal law has been made too indeterminate and discretionary to be useful. However, in order to understand AU decision-making processes, both subjective perspectives and objective behaviour of states in assessing international rules should be prioritized.

AU's Legal and Policy Formulation Processes

International jurist Georg Schwarzenberger once observed that international lawyers suffered from 'a professional disease against which other members of the legal profession are remarkably immune.'⁷⁵⁴ He viewed international lawyers as afflicted by an overzealous evangelism that confounds laudable values with existing realities.⁷⁵⁵ Accordingly, he complained that those jurists that asserted the existence of international criminal law were among the most deluded.⁷⁵⁶ Despite his protestations and sceptical criticism, international lawyers' enthusiasm for the concept of international criminal law has only increased.⁷⁵⁷ Among AU's actors, observers and decision makers, enthusiasm has swung from the Road to Rome Statute keenness to a none-dive anti-ICC approach. AU's legal and policy formulation processes must never be those that postulate human indignity. Decision-makers need to introspectively self-inquire into a number of crucial factor processes to decision:

- (a) Distinctiveness and independence of international criminal law as a vehicle for competently approaching international criminal justice issues on the continent;
- (b) What assumptions do the AU's decision-makers make about the nature of international criminal justice?
- (c) Who are the decision makers themselves;
- (d) How does the AU approach address distinction between *lex lata*⁷⁵⁸ and *lex ferenda*?⁷⁵⁹ Is it concerned with only one, both or neither?
- (e) How does it factor in traditional prescriptive processes or sources of law?

⁷⁵³ McDougal, M, (1952) Perspectives for an International Law of Human Dignity, 53 American for International Legal Proceedings, pp. 107-108.

⁷⁵⁴ S Schwarzenberger, G, (1950) The Problem of an International Criminal Law, 3 Current Legal Problems, p.263.

⁷⁵⁵ Ibid, p.293.

⁷⁵⁶ Ibid

⁷⁵⁷ Bhuta, N, (2003) How Shall We Punsih the Perpetrators? Human Rights, Alien Wrongs and the March of International Criminal Law, 27(1) Melbourne University Law Review, pp.255-256.

⁷⁵⁸ Law as it exists

⁷⁵⁹ Future law

- (f) Is the AU approach better in tackling some subject areas than others?
- (g) Why is the AU approach better than the others?
- (h) What are the predictable voting alignments that must be noted within the AU?

It is suggested that observers, actors and decision makers within the AU and ICC agree on one thing that the question of individual accountability for violations of human dignity is important to the advancement of international criminal justice. However, the divergence crops up as regards the approach to be taken. Substantive law and mechanisms for accountability are at cross-purpose.

Future Projection - Effect of the International Law Makers (Authoritative Interpreters)

It is the argument in this chapter that during all the AU Assembly processes, human dignity and well-being of the African community should be the postulated objectives of AU system of international law making. No area of contemporary international law at AU has been more marked with fierce and polarised conflict as international criminal law. Even the specialised African Union Commission on International Law (AUCIL) having jurisdiction and direction for research over such matters has been characterised by pejorative directions towards the ICC,⁷⁶⁰ name-calling from the Assembly debates,⁷⁶¹ black-and-white characterisations in which opposing standpoints⁷⁶² are considered and frowned upon by other Member States. Such simplistic legal approaches to international law making render no service to the progressive realisation of international criminal justice.

International criminal justice is more than law. Policies and processes at the AU need to reflect that. Possibly a good deal of fault can be attributed to the patterns of selection of national delegates to the Assembly meetings normally entrusted with either such decision-making or advising principals such as Heads of States and Presidents to such crucial meetings. It is trite that the highly sophisticated areas such as contemporary international criminal justice – the interplay and interaction of the strictly technical and philosophical⁷⁶³, policy elements require unusual skills on problem solving involving a prudent combination of extra qualities of intellectual eclecticism, freedom from a narrow

⁷⁶⁰ AUCIL studies and activities, <https://au.int/en/auCIL/activities> (accessed on 22/08/2019).

⁷⁶¹ “... We refuse to be carried along in a vehicle that has strayed off course to the detriment of our sovereignty, security and dignity as Africans,” (President Uhuru Muigai Kenyatta Statement at 26th AU Summit, Jan, 2016),

⁷⁶² Botswana for instance clearly supports the ICC cause while most African countries do not.

⁷⁶³ Mahony, C, (2019) *The Prince and the People: Sovereignty in International Criminal Law's Philosophical Foundations* in Bergsmo, M, & Buis, E.J (Eds.) *Philosophical Foundations of International Criminal Law: Foundational Concepts*, Torkel Opsahl Academic Publishers, Brussels, pp.23-43.

regional parochialism, and skills of pragmatism and compromise. It is observed that many African Member States do not always seem to take the same care in forming a prudent and balanced delegation within the area of international criminal justice. It is too easy to make up a delegation with single issue, pressure-group spokesmen addressing their political messages to their own national constituencies at home rather than being concerned with the often necessarily patient and sophisticated topic such as immunities and privileges in international criminal law, a contemporary issue that is at the core of international problem solving in a concrete case such as the Al Bashir indictment.

The AU's Constitutive Act which the AU Assembly decision keeps referring to as drafted and adopted in year 2000 does contain a number of references to human rights, rule of law, democratic values, combating impunity. It is admitted herein that most of these are at a very high level of generality and abstraction and consequently somewhat open-ended in legal terms and definitions. Thus, it is yet to be concretely demonstrated by decision makers as to what legally amounts to these terms and whether they can be completely applied to situations. We suggest that the guiding light would still be in accordance with the situation that amounts to human dignity. There is need for a balancing effect towards the understanding and future of international criminal justice on the continent. Values and common interests of the community need to be adhered to. Further, this balancing effect must, at all cost, extend to operations of the decision makers who happen to be the politically elected Chairperson on the one side and the Secretary General (SG) and his personal cabinet and legal secretariat.

Conclusion

The AU Assembly decision will eventually cost the AU more than it had bargained for. The push not only antagonises the ICC, it advances an agenda that eventually seeks to approximate values within the Malabo Protocol. The AU Assembly decision is essentially coined around Al Bashir. Interestingly, that symbolises the folly of decision-making around personalities. Al Bashir is no longer a sitting president of the Government of Sudan. It is a multi-pronged approach aimed at advancing the position that projects the ICC as an egalitarian institution. Despite the ICC Appeals Chamber decision in the Jordan case⁷⁶⁴ on Heads of State and Government immunities, the AU is keen on forging ahead with its quest for the clarification of the relationship between Articles 27 and 98 of the Rome Statute. According to the Legal Counsel for the African Union, there is need for an African voice to be heard in this issue by convening a Working Group to propose a declaratory/ interpretive clarification of the relationship

⁷⁶⁴ ICC, The Appeals Chambers, The Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Situation: Situation in Darfur, Sudan, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, No. ICC-02/05-01/09 OA2, Date: 6 May 2019, https://www.ICC-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02856.PDF

between the two articles.⁷⁶⁵ The AU has very limited margin of choice as regards decision-making and international criminal justice on the continent. It is neither a university institution nor a club of fine spirits concentrating its leisure time to international criminal law. The AU is thus an instrument at the service of the continent and world community. As such, the AU needs to orient its work by the animus, recommendations, consultations and supple directives rather than by imperative decision-making and declarations such as the AU Assembly decision. The work of the AU as an organisation whose decision makers prioritise human dignity in its processes will only have value in the reception that is given to it by governments of Member States.

⁷⁶⁵ Ambassador Dr. Namira Negm, Legal Counsel of the AU addressing the Meeting of Africa States Parties to the Rome Statute of the ICC, Europe 1 & 2 Room, World Forum Convention Centre, The Hague, The Netherlands, 2 December 2019 (notes on file).

BIBLIOGRAPHY

Books

Balingene Kahombo, « Les modalités d'exercice du recours individuel en inconstitutionnalité en droit positif congolais entre ambiguïté et nécessité de réforme juridiques », *Recht in Afrika – Law in Africa – Droit en Afrique*, n° 20, 2017.

Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, 24^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2015.

Blakesley, Christopher Extradition between France and the United States: An Exercise in Comparative and International Law L, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol,12, Issue Fall, Fall 1980.

Cherif Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

De M. Cherif Bassiouni, Edward Martin Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

GWF Hegel, *Philosophy of right* (1967).

Françoise Tulkens, Michel van de Kerchove, Yves Catuyvels et Christine Guillain, *Introduction au droit pénal, aspects juridiques et criminologiques*, 10^{ème} éd., Bruxelles, Kluwer, 2014.

H Zehr *Changing lenses: a new focus for crime and justice* (1990).

Immanuel Kant *Ground work of the metaphysic of morals* (1785 reprinted in 1964) 89; Immanuel Kant, *The philosophy of law* (1796 reprinted in 1887).

Jacques B. Mbokani, *La jurisprudence congolaise relative aux crimes de droit international* (2016-2018), Kinshasa, éditions CAD, 2018.

Joe Verhoven, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000.

José-Marie Tasoki Manzele, *Procédure pénale congolaise*, Paris, L'Harmattan, 2016.

MA Drumbl *Atrocity, punishment and international law* (2007).

Michael Ignatieff, «On Civil Society: Why Eastern Europe's Revolution Could Succeed» (1995), 74 (1), *Foreign Affairs* 74(1), à la p 128;

Nyabirungumwene Songa, *Traité de droit pénal général congolais*, 2^{ème} édition, Kinshasa, Editions Universitaires africaines, 2007.

Ovo Catherine Imoedemhe, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: National Implementation in Africa*, Cham, Springer, 2017.

Pierre Marie Dupuis et Yann Kerbrat, *Droit international public*, 13^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2016.

R Cryer H Friman, D Robinson and El Wilmshurst *An introduction to international criminal law and procedure* (2nd edn) (2010).

Robert Putnam, *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. London: Simon & Schuster, 2001

S. Joseph et M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, 3^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press (OUP), 2013.

Chapters in Books

Alexander Laban Hinton, « Introduction: Toward an Anthropology of Transitional Justice », dans Alexander Laban Hinton, dir., *Transitional Justice: Global Mechanisms and Local Realities After Genocide and Mass Violence*, New Jersey: Rutgers university press, 2010.

Antonio Yáñez-Barnuevo, “The Exercise of the International Criminal Court’s Jurisdiction over the Crime of Aggression: Short Term and Long Term Prospects”, in Mauro Politi & Giuseppe Nelsi, *The International Criminal Court and the Crime of aggression*, Routledge, 2017.

Balingene Kahombo, *L'Afrique des grands lacs: la paix recherchée dans l'incohérence de l'action de la communauté internationale*, Saarbrücken, Editions universitaires européennes, 2015.

Balingene Kahombo, « *The Principle of Complementarity in Practice: A Survey of Congolese Legislation Implementing the Rome Statute of the International Criminal Court* », in Beitel Van Der Merwe and Gerhard Kemp (eds), *International Criminal Justice in Africa, 2016*, Nairobi, Strathmore University Press, 2017.

Balingene Kahombo, « Droits de l'homme et obligation de réprimer les crimes de guerre : revue critique de la décision de la Commission africaine dans l'affaire *Kilwa* (RD Congo) », in Beitel Van Der Merwe and Gerhard Kemp (eds.), *International Criminal Justice in Africa, 2018*, Nairobi, Strathmore University Press, 2019.

Bocchesse, M, (2019) After Ratification: Predicting State Compliance with ICC Treaty Obligations, 19(4) *International Criminal Law Review*.

Ford, S, (2019) *Between Hope and Doubt: The Malabo Protocol and the Resource Requirements of an African Criminal Court*, in Charles C. Jalloh et al. (Eds.) *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context* (CUP, Cambridge).

Françoise Tulkens et Sébastien van Drooghenbroeck, « Article 15 », in Emmanuel Decaux (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2011.

Gerhard Kemp, « The Implementation of the Rome Statute in Africa », in Gerhard Werle, Lovell Fernandez et Moritz Vormbaum (dir.), *Africa and the International Criminal Court*, vol. I, La Haye, TMC Asser Press, 2014.

Jacques Mbokani, *Immunités et répression des crimes de droit international dans le système du Statut de Rome*, in Ivon Mingashang (DIR), *La responsabilité du juriste face aux manifestations de la crise dans la société contemporaine, un regard croisé autour de la pratique du droit par le Professeur Auguste Mampuya*, Bruxelles, Bruylant, 2018.

Jacques B. Mbokani, « L'application de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques aux rebelles dans l'affaire Bemba », *Revue québécoise de droit international*, Hors-série, décembre 2017.

- Kemp, G, (2019) *Immunity of High-Ranking Officials Before the International Criminal Court – Between International Law and Political Reality*, in Werle G., Zimmermann A. (eds) *The International Criminal Court in Turbulent Times*, International Criminal Justice Series, vol 23. T.M.C. Asser Press, The Hague.
- Lambourne, Wendy, «*Cooperation and Conflict: Civil Society Resistance and Engagement with Transitional Justice in Burundi*» (2018), dans Jasmina Brankovic et Hugo Van der Merwe, dir., *Advocating transitional justice in Africa the role of civil society*.
- Mahony, C, (2019) *The Prince and the People: Sovereignty in International Criminal Law's Philosophical Foundations* in Bergsmo, M, & Buis, E.J (Eds.) *Philosophical Foundations of International Criminal Law: Foundational Concepts*, Torkel Opsahl Academic Publishers, Brussels.
- Manikaradzi, P, (2019) *Complementarity Between the International Criminal Law Section and Human Rights Mechanisms in Africa*, in Charles C. Jalloh, Kamari M. Clarke, Vincent O. Nmehielle (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context - Development and Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge.
- McDougal, M.S, & Lasswell, H.D, (1996) *The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order* in Beck, R, Arend, A.C & Lugt, R, (Eds.) *International Rules: Approaches from International Law and International Relations*, Oxford, OUP.
- Mohammed M. Gomahe *Definition of the Crime of Aggression and the ICC Jurisdiction over that Crime* in Mauro Politi & Giuseppe Nelsi, *The International Criminal Court and the Crime of aggression*, Routledge, 2017.
- Naomi Mariezcurrena Roht-Arriaza, «The new landscape of transitional justice», dans Naomi Mariezcurrena Roht-Arriaza et Javier Mariezcurrena, dir., *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Niyonkuru Aimé-Parfait, “*Burundi-ICC: Trial of Strength over Burundi's Duty to Cooperate with Respect to the Situation in Burundi*” in HJ van der Merwe & Gerhard Kemp, *International Criminal Justice in Africa*, 2018.

Niyonkuru, A. P., *Niyonkuru, A.P.*, « *L'accès à la justice au Burundi: au-delà de la qualité de la norme, un problème de culture de respect de la loi* », in An Sara Geenen, Aymar Nyenyezi Bisoka and An Ansoms (Eds), *Conjonctures de l'Afrique Centrale 2019*, Paris, L'Harmattan.

P Uvin 'The Gacaca tribunals in Rwanda' in D Bloomfield, T Barnes and L Huyse (eds) *Reconciliation after violence conflict: A Handbook* (2003).

Pacifique Muhindo Magadju, « Législation congolaise de mise en œuvre du Statut de Rome : un pas en avant, un pas en arrière », in H.J. van der Merve et Gerhard Kemp (dir.), *International Criminal Justice in Africa*, Strathmore University Press et Konrad Adenauer Stiftung, 2016, pp. 165-199.

Pfersmann, Otto, 'Théories de l'interprétation constitutionnelle', in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 17-2001, 2002. Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction - Interprétation de la Constitution par le juge constitutionnel.

P Rusesabagina and T Zoellner *An ordinary man: An autobiography* (2006).

Robert Kolb, « Article 38 », in Andreas Zimmermann et autres (dir.), *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, 3^{ème} éd., Oxford, OUP, 2019.

Solange Ngono, « Article 7, § 2 », in Maurice Kamto (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant et Éditions de l'Université de Bruxelles, 2011.

Stef Vandeginste, « Negotiating and Sharing Power: Burundi's Bumpy Road to Reconciliation Without Truth. » (2017), dans Mark Anstey et Valerie Rosou, dir., *Negotiating reconciliation in peacemaking: quandaries of relationship building*, 2017: Springer.

T Longman 'Justice at the grassroots? Gacaca trials in Rwanda' in N Roht-Arriaza and J Mariezcurrena (eds) *Transitional justice in the twenty-First century: Beyond truth versus justice* (2006) 219 cited in S Thomson and R Nagy 'Law, power and justice: What legalist fails to address in the functioning of Rwanda's gacaca courts' (2011) 5 *The International Journal of Transitional Justice*.

Wet de Erika, (2019) *The rise and demise of the ICC relationship with African states and the AU* in Ciampi, A, (Ed.) *History and International Law: An Intertwined Relationship*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

William Bourdon, *La coopération judiciaire interétatique*, in Hervé Ascensio, Emmanuel Décaux et Alain Pellet (DIR) *Droit international pénal*, Paris, Ed. DALLOZ, 2000.

Journal Articles

A Cassese, 'Reflections on international criminal justice,' 61 *The Modern Law Review* (1998).

A Corey and SF Joireman 'Retributive justice: The *gacaca* courts in Rwanda' (2004) 85 *African Affairs*.

A Gruber 'A distributive theory of criminal law' (2010) 52(1) *William and Mary Law Review*.

Akande, D, (2009) *The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities*, 7(2) *Journal of International Criminal Justice*.

Barnes, G.P. (2010-2011) *The International Criminal Court's Ineffective Enforcement Mechanisms: The Indictment of President Omar Al Bashir*, 34 *Fordham International Law Journal*.

Berridge, W.J, (2019) *Briefing: The Uprising in Sudan*, *African Affairs*.

Beth K. Dougherty, «Right-sizing international criminal justice: The hybrid experiment at the special court for Sierra Leone. » (2004), 80 (2), *International Affairs*.

B Hopkins, 'Restorative justice and social justice' (2012) 2 *Nottigham Law Journal*.

Bhuta, N, (2003) *How Shall We Punish the Perpetrators? Human Rights, Alien Wrongs and the March of International Criminal Law*, 27(1) *Melbourne University Law Review*.

-
- C Himonga, M Taylor and A Pope 'Reflections on judicial views of Ubuntu' (2013) 16(5) Potchefstroom Electronic Law Journal.
- CJ Le Mon 'Rwanda's troubled *gacaca* courts' (2007) 14(2) *Human Rights Brief* 17–18.
- Cole, R, (2013) Africa's Relationship with the International Criminal Court: More Political than Legal, 14 *Melbourne Journal of International Law*.
- Corey and Joireman 'Retributive justice' (n 78 above); B Ingelaere 'Does the truth pass across the fire without burning?' Locating the short circuit in Rwanda's Gacaca courts' (2009) 47 (4) *Journal of Modern African Studies*.
- Cryer, R, (2005) International Criminal Law vs. State Sovereignty: Another Round? 16 (5) *European Journal of International Law*.
- Diatta, M, Louw-Vaudran, L, Andrews Attah-Asamoah, A, & Woldemichael, S,(2019) PSC interview: Sudan's uncertain transition, 112 *ISS Peace and Security Council Report*, Volume 2019.
- Dustin Sharp, «Emancipating Transitional Justice from the Bonds of the Paradigmatic Transition. » (2014), 9 (1), *International Journal of Transitional Justice*.
- E Blumenson 'The challenge of a global standard of justice: Peace, pluralism and punishment at the International Criminal Court' (2006) *Columbia Journal of Transitional Law*.
- Evly, S, (2012-2013) Theories of State Compliance with International Law: Assessing the African Union's Ability to Ensure State Compliance with the African Charter and Constitutive Act, 1 *Georgia Journal of International and Comparative Law*.
- Fahmy, W, (2019) From the Establishment of the Court of Justice of the African Union to Malabo Protocol: The Defies to the Regional Judicial Mode of Protection of Human Rights, 7(2) *Russian Law Journal*.
- Falk, R, (1967-1968) On Treaty Interpretation and the New Haven Approach: Achievements and Prospects, 8 *Virginia Journal of International Law*.

Gosnell, C, (2008) The Request for an Arrest Warrant in Al Bashir: Idealistic Posturing or Calculated Plan?, 6(5) *Journal of International Criminal Justice*.

GP Fletcher 'The place of victims in the theory of retribution' (1999) 3 *Buffalo Criminal Law Review*.

GS Gordon 'Complementarity and alternative justice' (2009) 88 (3) *Oregon Law Review*.

GUPTA, S. K, « Extradition Law and the International Criminal Court », *Berkeley Journal of Criminal Law*, volume 3, Issue I, 2000.

Helen Horsington, Helen, «The Cambodian Khmer Rouge tribunal: The promise of a hybrid tribunal. » (2004), 5 (1) *Melbourne Journal of International Law*.

Ingelaere 'Does the truth pass across the fire without burning?' Locating the short circuit in Rwanda's Gacaca courts'.

J Braithwaite 'Restorative Justice and Therapeutic Jurisprudence' *Criminal law Bulletin* (2002).

J Dietrich 'The limited Prospects of deterrence by the International Criminal Court: Lessons from domestic experience' (2014) 88(3) *International Social Science Review*.

J Fierens 'Gacaca courts: Between fantasy and reality' (2016) *Journal of International Criminal Justice*.

JH Driberg 'The African conception of law' (1934) 16 (4) *Journal of comparative legislation and international law*.

JN Clark 'Peace, Justice and the International Criminal Court: Limitations and possibilities' (2011) 9 *Journal of International Criminal Justice*.

J Sarkin 'The tension between justice and reconciliation in Rwanda: Politics human rights, due process and the role of the gacaca courts in dealing with the genocide' (2001) 45 (2) *Journal of African Law*.

Kahombo, « The Principle of Complementarity in Practice »,210-211.

-
- Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, Oxford University Press, 197-198.
- KE MacMillan 'The practicability of amnesty as a non-prosecutory alternative in post-conflict Uganda' (2007) 6:199 *Cardozo Public Law Policy and Ethics Journal*.
- Kemp, G, (2019) *Immunity of High-Ranking Officials Before the International Criminal Court – Between International Law and Political Reality*, 23 *The International Criminal Court in Turbulent Times*.
- Lasswell, H.D, & McDougal, M, (1966-1967) *Jurisprudence in Policy-Oriented Perspective*, 19 *U. Florida Law Review*.
- Lavinia Stan et Nadya Nedelsky, *dir.*, *Encyclopedia of Transitional Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, vol. 1.
- L Crocker, 'The upper limit of punishment', 41 *Emory Law Journal* (1992).
- Little, D, (1973-1974) *Toward Clarifying the Grounds of Value-Clarification: A Reaction to the Policy-Oriented Jurisprudence of Lasswell and McDougal*, 14 *Virginia Journal of International Law*.
- Loi n° 10 du Conseil de contrôle et alliés signée à Berlin, 20 décembre 1945 (*Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, Berlin, n° 3, 31 janvier 1946).
- Maluwa, T (2012) *Ratification of African Union Treaties by Member States: Law, Policy and Practice*, 13 *Melbourne Journal of International Law*.
- Mbaku, J,M, (2019) *International Law and the Struggle Against Government Impunity in Africa*, 42(1) *Hastings International and Comparative Law*.
- McDougal, M, (1966-1967) *Jurisprudence for a Free Society*, 1 (1) *Georgia Law Review*.
- McDougal, M, Lasswell, H, Reisman, W, (1967) *The World Constitutive Process of Authoritative Decision*, 19(3) *Journal of Legal Education*.

McDougal, M, Lasswell, H, & Chen, L, (1980) *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, Yale University Press, New Haven.

McDougal, M, (1952) *Perspectives for an International Law of Human Dignity*, 53 *American for International Legal Proceedings*.

M Cahill, 'Retributive justice in the real world' *Washington University Law Review* (2007).

Mills, K, & Bloomfield, A, (2019) African resistance to the International Criminal Court: Halting the advance of the anti-impunity norm: ADDENDUM, 45(2) *Review of International Studies*.

Mills, K, & Bloomfield, A, (2018) African Resistance to the International Criminal Court: Halting the advance of the anti-impunity norm, 44(1) *Review of the International Studies*.

Nimigan, S, (2019) The Malabo Protocol, the ICC, and the Idea of 'Regional Complementarity', *Journal of International Criminal Justice*, mqz040, <https://doi.org/10.1093/jicj/mqz040>.

Oliver P. Richmond et Roger Mc Guinty largement cités dans Pour plus de détails, voir Gearoid Millar, « Disaggregating hybridity: Why hybrid institutions do not produce predictable experiences of peace. » (2014), 51 (4), *Journal of Peace Research*.

Omorogbe, E.Y, (2011) A Club of Incumbents - The African Union and Coups d'Etat, 44 *Vanderbilt Journal of Transnational International Law*.

Packer, C, & Rukare, D, (2002) The New African Union and Its Constitutive Act, 96(2) *American Journal of International Law*.

Pádraig McAuliffe, 'Transitional Justice's Expanding Empire: Reasserting the Value of the Paradigmatic Transition' (2011), 2 (2), *Journal of Conflictology*.

Paul Gready et Simon Robins, «Rethinking civil society and transitional justice: lessons from social movements and 'new' civil society» (2017), 21 (7), *The International Journal of Human Rights*.

-
- P Bako 'Does traditional conflict resolution lead to justice? – The *Mato Oput* in Northern Uganda' (2009) 3 *Pretoria Student Law Review*.
- Plessis du Max, Jalloh, C.C, Akande, D., (2011) Assessing the African Union's Concerns About Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court, 4(1) *African Journal of Legal Studies*.
- Pour une analyse critique intéressante à ce sujet, voir Bert Ingelaere et Dominik Kohlhagen, «Situating Social Imaginaries in Transitional Justice: The Bushingantahe in Burundi» (2012), 6 (1), *The International Journal of Transitional*.
- Randriamihanta, E.J & Yideng, L, (2019) The Techniques for Appeasing the Tension between the International Criminal Court (ICC) and the African Union (AU), 9(4) *Open Journal of Political Science*.
- René Lemarchand, *Burundi: Ethnic Conflict and Genocide*, Cambridge, Woodrow Wilson Center Press and Press Syndicate of the University of Cambridge, 1996.
- Rukooko, A.B, Silverman, J, (2019) The International Criminal Court and Africa: A fractious Relationship Assessed, 19(1) *African Human Right Law Journal*.
- Ruti Teitel, « Editorial Note » (2008) 2 (1), *International Journal of Transitional Justice*.
- Ruti Teitel, *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Samuel P. Huntington, *The third Wave: Democratisation in the Late Twentieth Century*, Norman: University of Oklahoma Press, 1991.
- Schabas, W.A. (2013) The Banality of International Justice, 11(3) *Journal of International Criminal Justice*.
- Schwarzenberger, G, (1950) The Problem of an International Criminal Law, 3 *Current Legal Problems*.
- Shilaho, W, (2018) The International Criminal Court and the African Union: Is the ICC a bulwark against impunity or an imperial Trojan horse? 18(1) *African Journal on Conflict Resolution*.

Sirleaf, M, (2017) The African Justice Cascade and the Malabo Protocol, 11(1) International Journal of Transitional Justice.

SP Garvey 'Punishment as atonement' (1999) 46 UCLAL Review.

Sunil Kumar Gupta, « Extradition Law and the International Criminal Court », *Berkeley Journal of Criminal Law*, volume 3, Issue I, 2000.

Suzanne Katzenstein, «Hybrid tribunals: Searching for justice in East Timor. » (2003),16, *Harvard Human Rights Journal*.

T Metz 'Ubuntu as a moral theory and human rights in South Africa' (2011) 11 *African Human Rights Law Journal*.

Tipson, F.S, (1973-1974) The Lasswell-McDougal Enterprise: Toward a World Public Order of Human Dignity, 14 *Virginia Journal of International Law*.

Tladi, D, (2014) When Elephants Collide it is the Grass that Suffers: Cooperation and the Security Council in the Context of the AU/ICC Dynamic, 7(3) *African Journal of Legal Studies*.

Tladi, D, (2013) The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98, 11(1) *Journal of International Criminal Justice*.

Traduction libre de l'auteur« *the conception of justice associated with periods of political change, characterized by legal responses to confront the wrongdoings of repressive predecessor regimes.* » RutiTeitel«Transitional Justice Genealogy» (2003) 16, *Harvard Human Rights Journal*.

Udombana, N, (2002-2003) The Institutional Structure of the African Union: A Legal Analysis, 33 *California Western International Law Journal*.

Valentine Spiga, « Non-retroactivity of Criminal Law: a New Chapter in the Hissène Habré Saga », *Journal of International criminal Justice (JICJ)*, vol. 9, 2011.

Vandeginste, S., "Museveni, Burundi and the Perversity of Immunité' Provisoire », *International Journal of Transitional Justice*, Notes from the field, 2016.

Wendy Lambourne, «What are the Pillars of Transitional Justice? The United Nations, Civil Society and the Justice Cascade in Burundi. » (2014), 13, *Macquarie Law Journal*.

Williams, P.D, (2009) *The Peace and Security Council of the African Union: Evaluating an embryonic International Institution*, 47(4) *Journal of Modern African Studies*.

Williams, P.D, (2008) *Keeping the Peace in Africa: Why “African” Solutions Are Not Enough*, 22(3) *Ethics & International Affairs*.

ZD Gabbay ‘Justifying restorative justice: A theoretical justification for the use of restorative justice practices’ (2005) 2 *Journal of Dispute Resolution*.

ZD Gabbay ‘Holding restorative justice accountable’ (2005) 8 (85) *Cardozo Journal of Conflict Resolution*.

Theses

Voir, par exemple, Astrid Jamar, *Transitional Justice Battlefield: Practitioners Working around Policy and Practice in Rwanda and Burundi*, Université de Sussex, Thèse de doctorat septembre 2015.

Internet Sources

AUCIL studies and activities, <https://au.int/en/auCIL/activities> (accessed on 22/08/2019).

Balingene Kahombo, *La coopération judiciaire pénale fondée sur les traités de la CEEAC, du COMESA et de la SADC*, p.16 disponible sur http://www.hamann-legal.de/upload/5Balingene_Franz.pdf consulté le 28 janvier 2018.

Bernard Koech, “Fresh Doubts about Mandate of Kenya’s Special Court,” *Institute for War & Peace Reporting*, February 21, 2014, <https://iwpr.net/global-voices/fresh-doubts-about-mandate-kenyas-special-court>.

Centre des Grands Lacs de l’Université d’Anvers, rubrique « Droit, pouvoir et Paix au Burundi », en suivant le lien <https://www.uantwerpen.be/en/rg/iob/centre-great-lakes/dpp-burundi/justice-transitionne/cvr-et-tribunal-sp-c/> (consulté le 27 novembre 2019).

Ce sont les amendements adoptés le 11 juin 2010 au cours de la conférence de Kampala qui élargissent la compétence matérielle de la Cour Pénale Internationale au crime d'agression. Le texte complet de ces amendements peut être trouvé ici : https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2381/Statut-de-Rome_Projet_fr.pdf

Christopher Gitari, "After Collapse of ICC's Ruto and Sang Case, Kenya Must Prioritize Reparations and National Prosecutions," ICTJ, April 22, 2016, <https://www.ictj.org/news/ICC-ruto-sang-kenya-reparations-victims>

CIRGL, Termes de référence pour le réseau de coopération judiciaire des autorités centrales et des procureurs de la région des grands lacs d'Afrique (Réseau GLJC), disponible sur https://ungreatlakes.unmissions.org/sites/default/files/termes_de_reference_en_francais.pdf consulté le 31 juillet 2019.

Comité international de la Croix rouge et du Croissant rouge (Traités, États parties et commentaires) à l'adresse: https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=CD&nv=4 (visité le 03 juin 2016).

Comprendre le nouveau projet de constitution révisée, Principales innovations, 2017, p.7 b, <https://www.uantwerpen.be/images/uantwerpen/container49546/files/Burundi/Constitution/ProjetConstitution121217-Guide.pdf>

CPI-Chambre Préliminaire III, Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation au Burundi rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome le 25 octobre 2017 (ICC-01/17-X-9-US-Exp), §25, sur <https://www.ICC-cpi.int>

De Rome de la Cour Pénale Internationale adopté à Rome le 17 juillet 2003. Le texte abroge notamment la loi la loi n°1/011 du 30 août 2003 portant ratification par la République du Burundi du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale ainsi que son instrument de ratification. Le retrait devient définitif en date du 27 octobre 2017. En date du 25 octobre 2017 cependant, la Cour avait autorisé l'ouverture de l'enquête sur la situation au Burundi. Voir, à ce dernier propos, la version publique expurgée de la Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation au Burundi rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome le 25 octobre 2017 (ICC-01/17-X-9-US-Exp) sur <https://www.ICC-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/17-9-Red-tFRA>

Dieudonné Diymi Shutsha, *La rébellion du M23 à l'est de la République démocratique du Congo*, pp.3-4, disponible sur <http://www.sireas.be/publications/analyse2012/2012-18int.pdf> consulté le 19 Décembre 2018.

Du 10 et 11 novembre 2016, les Directeurs des poursuites publiques de la région et leurs représentants ont établi le Réseau de coopération judiciaire des autorités centrales et des procureurs de la région des grands lacs d'Afrique (Réseau GLJC), Voir Note conceptuelle de la 3ème réunion du Réseau de coopération judiciaire des Grands Lacs Kampala, Ouganda, 12–13 novembre 2018, disponible sur https://ungreatlakes.unmissions.org/sites/default/files/note_conceptuelle_3eme_reunion_reseau_cooperation_judiciaire_0.pdf consulté le 31 juillet 2019.

Edouard Tagakou, *Rôle de l'Union africaine dans la répression des crimes internationaux*, p.1 disponible sur <https://www.quidjustitiae.ca/blogue/role-de-lunion-africaine-dans-la-repression-des-crimes-internationaux> consulté le 30 janvier 2019.

Engagements 5 de l'Accord-cadre pour la paix, la sécurité et la coopération pour la République démocratique du Congo et la région. Signé à Addis-Abeba le 24 mars 2013, disponible sur <http://www.globalr2p.org/media/files/au-peace-and-security-drc.pdf> Consulté le 14 mars 2018.

Fannie Lafontaine, *La compétence universelle et l'Afrique: ingérence ou complémentarité ?* pp.2 et s. disponible sur <https://www.erudit.org/fr/revues/ei/2014-v45-n1-ei01412/1025120ar/> consulté le 08 aout 2019.

Frequently Asked Questions in Relation to Constitutional Petition 123 of 2013 *COVAW, ICJ-K, IMLU, PHR & Others –VS-The AG, DPP & Others* available at <http://www.ngeckenya.org/downloads/CONSTITUTIONAL-Petition%20122%20of%202013.pdf>

Gouvernement du Burundi, *Rapport des consultations nationales sur la mise en place des mécanismes de justice de transition au Burundi*, Bujumbura, 20 avril 2010. Disponible en ligne sur la page internet du Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies : http://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Countries/BI/RapportConsultationsBurundi.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1

Gouvernement du Burundi, *Loi N°1/ 18 du 15 mai 2014 portant création, mandat, composition, organisation et fonctionnement de la commission vérité et réconciliation*. Accessible sur le site web de l'Assemblée Nationale du Burundi en suivant le lien: <http://www.assemblee.bi/IMG/pdf/18-2014.pdf>(consulté le 27 avril 2019).

Jérôme Francis Wandji, *L'Afrique dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux*, p.96 Disponible sur <https://www.unicaen.fr/puc/images/crdf1109wandji.pdf> consulté le 05 novembre 2018.

ICTJ - *Kenya TJRC Final Report Deserves Serious Analysis and Action* available at <https://www.ictj.org/news/ictj-kenya-tjrc-final-report-deserves-serious-analysis-and-action>

International Justice Monitor '*Expert Witness Says Kenyan Government Failed to Protect Victims of Sexual Violence*' available at <https://www.ijmonitor.org/2014/08/expert-witness-says-kenyan-government-failed-to-protect-victims-of-sexual-violence/>

Haut-Commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, 'Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo' (août 2010), para.47 http://www.ohchr.org/Documents/Countries/CD/DRC_MAPPING_REPORT_FINAL_FR.pdf 14 August 2019.

HRW, "Turning Pebbles": Evading Accountability for Post-Election Violence in Kenya (New York: HRW, 2011), 25, https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/kenya1211webwcover_0.pdf.

<https://au.int/en/pressreleases/20190212/african-union-adopts-transitional-justice-policy>.

<http://www.icglr.org/index.php/fr/historique> consulté le 19 décembre 2018

<https://www.uantwerpen.be/images/uantwerpen/container2143/files/DPP%20Burundi/Justice%20Transitionnelle/CVR%20et%20Tribunal%20Spécial/négociations%20ONU-GOB/Letter%20from%20UN%20to%20GOB%20-%20010507.pdf>.

<http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/FactSheets/FS11fr.asp>(C'est nous qui soulignons).

<https://www.uantwerpen.be/images/uantwerpen/container49546/files/Burundi/Constitution/ProjetConstitution121217-Guide.pdf>

Human Rights Watch *Ballots to Bullets: Organized Political Violence and Kenya's Crisis of Governance – March 2008* available at <https://www.hrw.org/report/2008/03/16/ballots-bullets/organized-political-violence-and-kenyas-crisis-governance>

Human Right Watch, RD Congo: *Arrêtez Laurent Nkunda pour crimes de guerre, L'armée et les Nations Unies devraient agir pour protéger les civils*, (1^{er} février 2006) disponible sur <https://www.hrw.org/fr/news/2006/02/01/rd-congo-arretez-laurent-nkunda-pour-crimes-de-guerre> consulté le 17 novembre 2019.

Jean Migabo Kalere, *Nkunda arrêté au Rwanda: extradition vers la R.D. Congo ou remise à la Cour pénale internationale?* p.8 Disponible sur <http://www.congoforum.be/upldocs/NKUNDA%20EXTRADITION%20AU%20CONGO%20OU%20TRANSFERT%20A%20CPI%20%20x.pdf>. Consulté le 05 Novembre 2018. Voir également Human Right Watch, *supra* note 78.

Jeune Afrique, livraison du 10 novembre 2017, <https://www.jeuneafrique.com/491739/politique/le-burundi-nouvra-jamais-la-cooperation-avec-la-cpi-assure-le-gouvernement/>

Journalists for Justice, *Broken Promises in the Wait for the Reparations Billions* 16th April 2018. Available at <https://neveragain.co.ke/broken-promises-wait-reparations-billions/article>

Joyce Wangui, “Kenya: What Happened to Uhuru’s Sh10 Billion Restorative Justice Fund,” All Africa, August 27, 2015, <http://allafrica.com/stories/201508280075.html>.

Justice-paix : La RDC demande au Rwanda l’extradition de 4 dirigeants du M23, Disponible sur http://www.ambarcd.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=574:justice-paix-la-rdc-demande-au-rwanda-lextradition-de-4-dirigeants-du-m23&catid=41:top-headlines consulté le 1^{er} Décembre 2018.

Kenya National Commission on Human Rights (KNCHR) *Restorative Justice Fund Not Created 3 Years After Directive*, available at <https://www.capitalfm.co.ke/news/2018/03/restorative-justice-fund-not-created-3-years-directive/>

Key Note Address by Attorney General Githu Muigai, International Day on the Right to Truth Concerning Gross Human Rights Violations and for the Dignity of Victims, 24th March 2017 available at <http://www.statelaw.go.ke/928-2/>

Kituo Cha Sheria - *Summary of the Truth Justice and Reconciliation (TJRC) Report* at page 78 available at <http://kituochasheria.or.ke/wp-content/uploads/2016/04/TJRC-Report-2013-GS-with-isbn1.pdf>

Le rapport de la Commission constitutionnelle de 1992 peut notamment être trouvé ici: https://www.uantwerpen.be/images/uantwerpen/container2143/files/DPP%20Burundi/Constitution/Aperçu/Constitution_du_13_mars_1992_Rapport_Commission_Constitutionnelle.pdf

Le retrait du Burundi du Statut de Rome est devenu effectif en date du 26 octobre 2017. En date du 25 octobre 2017 cependant, la Cour avait autorisé l'ouverture de l'enquête sur la situation au Burundi. Voir, à ce dernier propos, la version publique expurgée de la Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation au Burundi rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome le 25 octobre 2017 (ICC-01/17-X-9-US-Exp) sur <https://www.ICC-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/17-9-Red-tFRA>

Lettre du 16 mai 2007 de la Ministre des Relations extérieures, Antoinette Batumubwira, adressée au Secrétaire général adjoint aux Affaires juridiques, Nicolas Michel et au Haut-Commissaire adjoint aux Droits de l'homme, Kyung Wha Kang). Une copie de ce projet de communiqué est accessible via le lien suivant :https://www.uantwerpen.be/images/uantwerpen/container2143/files/DPP%20Burundi/Justice%20Transitionnelle/CVR%20et%20Tribunal%20Spécial/négociations%20ONU-GOB/Communique_conjoint_090307.pdf

Ligue Burundaise des Droits de l'Homme « Iteka », « A propos », <http://ligue-iteka.bi/a-propos/> (consulté le 15 aout 2019).

List of Countries which have Signed, Ratified/Acceded to the Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, 20/05/2019, <https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-sl-PROTOCOL%20ON%20AMENDMENTS%20TO%20THE%20PROTOCOL%20ON%20THE%20STATUTE%20OF%20THE%20AFRICAN%20COURT%20OF%20JUSTICE%20AND%20HUMAN%20RIGHTS.pdf>

LIVRE BLANC sur les violations massives des droits de l'homme et des règles de base du droit international humanitaire par les pays agresseurs (Ouganda, Rwanda, Burundi) à l'est de la République démocratique du Congo Couvrant la période du 02 Août 1998 au 05 Novembre 1998, §§.40 et suivants. Disponible sur <https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/4523/3623.pdf?sequence=1> . Consulté le 1er Décembre 2018.

Loi n°1/11 du 30 aout 2003: <https://www.uantwerpen.be/images/uantwerpen/container2673/files/Burundi%20DPP/DH/ICC/lois/GOB300803.pdf>

Madaline George, Prospects for a Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Humanity, p.1., disponible sur <https://opiniojuris.org/2019/10/08/prospects-for-a-convention-on-the-prevention-and-punishment-of-crimes-against-humanity/> consulté le 13 novembre 2019.

Magliveras, K.D, (2019) The Withdrawal of African States from the ICC: Good, Bad or Irrelevant?, Netherlands International Law Review, pp.1-12, <https://doi.org/10.1007/s40802-019-00145-3>.

MB Ramose 'An African perspective on justice and race' <https://them.polylog.org/3/frm-en.htm> (accessed 12 June 2018).

Mutoy Mubiala, La compétence régionale : genèse et mise en œuvre en Afrique, pp.1 et s. disponible sur <http://www.penal.org/sites/default/files/Comp%C3%A9tence%C3%A9gionaleMutoy%20Mubiala11.04.2017%20formateado.pdf>. Consulté le 04 aout 2019.

Ongeso, Aimee *Meaningful Justice or a White Elephant?* Victims' Rights Working Group available at <http://www.vrwg.org/ACCESS/ENG-22Ongeso.pdf>

Prosecutor v Uhuru Muigai Kenyatta (Notice of withdrawal of the charges against Uhuru Muigai Kenyatta) ICC-01/09-02/11-983 (5 December 2014) Trial Chamber V(B); OTP ‘Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the withdrawal of charges against Mr. Uhuru Muigai Kenyatta’ (5 December 2014), <https://www.ICC-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-statement-05-12-2014-2> (accessed 21 May 2018).

Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l’homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo, 2010, §§. 15-21 Disponible sur https://www.ohchr.org/documents/countries/cd/drc_mapping_report_final_fr.pdf consulté le 04 décembre 2018. Voir aussi *l’Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo c. Ouganda, arrêt du 19 décembre 2005, par.26

Report of the African Union Commission of Inquiry on South Sudan 15 October 2014, para 297 <http://www.peaceau.org/uploads/auciss.final.report.pdf> (accessed 16 February 2017).

RFI, *RDC / Rwanda: deux cadres FDLR extradés vers Kigali*, <http://www.rfi.fr/afrique/20190128-visite-ua-annulee-rdc-accord-kigali-kinshasa> consulté le 20 février 2019.

‘Situation in Uganda: ICC-02/04’, <https://www.ICC-cpi.int/uganda> (accessed 11 January 2017).

State Law Office, Attorney General Amos Wako *A progress report to the Hon. Attorney General by the Team on update of Post-Election Violence related cases in Western, Nyanza, Central, Rift Valley, Coast and Nairobi Provinces – March 2011 Nairobi available at <http://www.ICC-cpi.int/ICCdocs/doc/doc1062628.pdf>*

T Allen ‘War and justice in Northern-Uganda: An assessment of the International criminal Court’s intervention’ (2005), https://www.files.ethz.ch/isn/56421/2005-02_AllenICCReport.pdf (accessed 16 January 2017).

T Mbeki ‘The African Renaissance, South Africa and the world’, Public speech at the United Nations University (9 April 1998), <http://archive.unu.edu/unupress/mbeki.html> (accessed 21 May 2018).

Trial Reports de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre (<http://www.unwcc.org/documents/>).

Tous ces textes peuvent être trouvés ici: <https://www.uantwerpen.be/en/projects/centre-des-grands-lacs-afrique/droit-pouvoir-paix-burundi/constitution/>

Victims of Police Shootings Demand Accountability Open Society Foundations, Litigation - Citizens Against Violence and Others v. the Attorney General of Kenya and Others available at <https://www.opensocietyfoundations.org/litigation/citizens-against-violence-and-others-v-attorney-general-kenya-and-others>

Selon le site internet de l'organisation. Voir FORSC, « Qui sommes-nous? », <http://forscburundi.org/en/about-us/> (consulté le 21 novembre 2017).

www.ambarcd.eu consulté le 10 février 2019.

Conference Papers

Keep and Midgley 'The emerging role of ubuntu-botho in developing a consensual South African legal culture', *Paper presented at the annual meeting of the Law and Society Association, Berlin, Germany, 25 July 2007.*

Nations Unies, Conseil de Sécurité, *Lettre datée du 11 mars 2005 adressée par le Secrétaire-Général des Nations-Unies au président du Conseil de Sécurité, S/2005/158*, (ici Rapport Kalomoh).

Reports

Amnesty International, International Criminal Court, Implementation of the Rome Statute, Data Monitoring 1st Party, Amnesty International, May 2010.

H Haider 'Helpdesk research report: Factors contributing to transitional justice effectiveness' Governance and Social Development Resource Centre (2011).

International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA) *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict: Learning from African Experiences* (2008) 33.

Kenya: *Amnesty International calls for Justice as well as Reparations for Victims of the 2007-2008 Post-Election Violence* 14 April 2015 AI Index Number: AFR 32/1446/2015.

Kenyans for Peace with Truth and Justice (KPTJ) ‘*A Real Option for Justice? The International Crimes Division of the High Court of Kenya*’ July 2014.

Nations Unies, Conseil de Sécurité, *Rapport du Secrétaire général sur le 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*, (S/2004/616, para 8).

Progress Report of the Commission on the Implementation of the decisions of the Assembly of the African Union on the International Criminal Court, Assembly of the Union, Twenty-Second Ordinary Session 30-31 January 2014 Addis Ababa, Ethiopia Assembly/AU/13(XXII).

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

Report of the African Union Commission of Inquiry on South Sudan.

Report of the International Commission of Inquiry for Burundi établie sur base de la Résolution 1012 (28 aouts 1995) du Conseil de Sécurité des Nations Unies, lettre datée du 24 juillet 1996 du Secrétaire-Général adressée au Président du Conseil de Sécurité en date du 22 aout 1996, UN Doc. S/1996/682

The Kenyan Section of the International Commission of Jurists, *Transitional Justice in Kenya: Looking Forward, Reflecting on the Past* Rule of Law Report 2010- 2011.

United Nations, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Revised and updated report on the question of the prevention and punishment of the crime of genocide*, UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1985/6 (2 juillet 1985).

Institutional Authors

- C. Garbett 'The International Criminal Court and restorative justice: victims, participation and the processes of justice' *Contemporary Justice Review: Issues in Criminal, Social and Restorative Justice* (2013).
- E. Nukuri: L'état du droit positif burundais par rapport à la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, African Law Study Library, vol.16.
- Henri Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », in Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI), Tome 70, 1947.
- Hoile, D, (2014) *Justice Denied: The Reality of the International Criminal Court*, London, The Africa Research Centre.
- Jacques Mbokani, *La jurisprudence congolaise en matière de crimes de droit international – Une analyse des décisions des juridictions militaires congolaises en application du Statut de Rome*, Johannesburg, Open Society Initiative for Southern Africa, 2016.
- Magliveras, K.D, & Naldi, G.J. (2002) *The African Union – A New Dawn for Africa?* 51(2) *International and Comparative Law Quarterly*.
- Naomi MariezcurrenaRoht-Arriaza, *id.*, p 2; EirinMobekk, *Transitional Justice and Security Sector Reform: Enabling Sustainable Peace*, Genève: The Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, novembre 2006.
- Paige Arthur «How 'Transitions' Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice» (2009), 31 (2), *Human Rights Quarterly*.
- Priscilla Hayner, (2009) *Negotiating Justice: Guidance for Mediators*. Geneva: Centre for Humanitarian Dialogue and the International Center for Transitional Justice, (février 2009).
- Rosemary Nagy, «Transitional Justice as a Global Project: Critical Reflections» (2008), 29 (2), *Third World Quarterly*.

Tom Maliti, “Witness Tells Kenyan Court that Mental Health of People Displaced from Their Homes Remains Fragile Years After Post-Election Violence,” International Justice Monitor, May 16, 2016.

Working Paper

SK Hellsten ‘Working Paper No 2012/06 Transitional Justice and Aid’ (United Nations University World Institute for Development Economics Research 2012) X, 1.

Sandra Rubli, «Transitional Justice: Justice by Bureaucratic Means? » (2012), 4, Swiss Peace Working Paper, à la 7;

Newspaper Articles

Business Daily Africa 26th June 2018 *Court orders scrutiny of Sh6.5 billion IDP pay -out beneficiaries in Nakuru* Available at <https://www.businessdailyafrica.com/economy/Court-orders-scrutiny-of-Sh6-5-billion-IDP-payout/3946234-4632992-p1qnm2z/index.html>

Daily, *Kigali accuse Bujumbura de garder les génocidaires de 1994, livraison du 17/06/2019*, <https://www.burundidaily.net/single-post/2019/06/17/Kigali-accuse-Bujumbura-de-garder-les-g%C3%A9nocidaires-de-1994>

Gitari, C. *Ruto’s Remarks on TJRC Report are Callous and Fail to Move us Forward* The Standard Newspaper 17th July 2017 available at <https://www.standardmedia.co.ke/article/2001249300/ruto-s-remarks-on-tjrc-report-are-callous-and-fail-to-move-us-forward>

Kiplagat S *Most PEV Cases Cannot be Prosecuted - Tobiko* February 6th 2014 The Star Newspaper Available at <http://www.the-star.co.ke/news/article-153986/most-pev-cases-cannot-be-prosecuted-tobiko>

The International Criminal Justice in Africa series is a collection of papers by members of the Konrad Adenauer Stiftung's African Group of Experts on International Criminal Justice. The group's members are mostly academics and legal practitioners from sub-Saharan Africa with expertise in the field of international criminal law. The book offers a uniquely African perspective on the issues, challenges and prospects facing the project of international criminal law in Africa. It is essential reading for students and scholars interested in the subject.

The following topics are covered in this seventh edition;

- *Traditional African approaches to justice for International Crimes : Suitable alternative paths to accountability?*
- *Coopération entre le Burundi et la cour pénale internationale : Et si la nouvelle constitution du 07 juin 2018 n'interdisait pas la remise de Burundais à la Cour?*
- *Prendre le contenant pour le contenu : La (non-) rétroactivité des lois de mise en œuvre du Statut de Rome dans le contexte de la République Démocratique du Congo*
- *Qualité des procès nationaux contre les crimes internationaux : Réflexions sur la preuve des crimes de viol devant les juridictions militaires congolaises*
- *La Cooperation entre la République Démocratique du Congo et le Rwanda en matière de répression des crimes internationaux : Etat des lieux, défis et perspectives*
- *Burundi : Des crimes qui ne sauraient rester impunis mais qui pourraient bien le rester*
- *Les aspects hybrides de la justice transitionnelle au Burundi*
- *Seeking reparations for victims and survivors of election-related violence in Kenya : The role of Civil Society, victims and survivors*
- *A Critical appraisal of the February 2019 African Union Assembly Decision on the ICC*