

## **Observations relatives à la portée des décisions intervenues dans l'affaire Bagosora (Jugement de première instance du 18 décembre 2008 et arrêt de la Chambre d'appel du TPIR du 14 décembre 2011 non encore publié).**

Faute de preuves suffisantes, le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) a définitivement refusé de condamner Bagosora et trois de ses co-accusés, du chef d'« *entente en vue de commettre le génocide* » (Chambre de 1<sup>ère</sup> instance (18/12/08), Chambre d'appel (14/12/11)).

Selon certains, cette relaxe établirait utilement l'absence de planification du génocide. Nombre de militants des droits humains font à peu près la même analyse – mais qui les désespère.

Pourtant, avant de traiter du cas Bagosora, le même Tribunal avait déclaré divers individus coupables d'« *entente* », et nul n'a soutenu que leur condamnation équivalait à une consécration judiciaire de la planification du génocide. Il est donc un peu bizarre d'attribuer une signification spéciale aux décisions visant Bagosora. Mais cela s'explique sans doute par le rôle éminent qu'a joué ce personnage.

Il reste que l'idée selon laquelle on devrait tirer des enseignements historiques des conclusions du Tribunal - qui conduit certains à se réjouir de l'oeuvre des juges et à exploiter leurs décisions pour soutenir la thèse des massacres spontanés, qui conduit d'autres à la déplorer en raison de sa tiédeur - est aussi aussi surprenante qu'infondée.

Car, dans l'affaire Bagosora, la démarche des juges est des plus banales. Pour s'en convaincre, il faut donc après, un rappel sommaire de ce qu'est la fonction de toute juridiction pénale ( I ) - présenter une analyse particulière du Statut du TPIR et de la décision visant Bagosora ( II ). On finira par une observation de bon sens : la question de la planification resterait entière, même si le TPIR avait précisément « jugé » contre toute vraisemblance, qu'elle n'avait pas eu lieu ( III ).

### **I – Fonction des juridictions pénales et portée de leurs décisions**

La nature de la fonction ( A ) confiée aux juridictions quelles qu'elles soient – mais plus particulièrement aux juridictions pénales – oblige à relativiser la portée des jugements qu'elles prononcent ( B ).

A – Il convient d'évoquer ici la question fondamentale et bien connue des rapports de l'histoire et de la justice ( 1 ) (cf., notamment, Yan Thomas, « *La vérité, le temps, le juge et l'historien* », in *Le débat*, n° 102, novembre - décembre 1998, repris in « *Les opérations du droit* », Le Seuil 2011, chap.. 10 ; add. Carlo Ginzburg, « *Le juge et l'historien* », Lagrasse Verdier 1991 ; Henry Rousso, « *Juger le passé ? justice et*

*histoire en France* », in « *Vichy, l'événement, la mémoire, l'histoire* », Gallimard Folio histoire).

Les affirmations réjouies ou perplexes des lecteurs des jugements Bagosora postulent que les instances de justice ont pour fonction d'établir LA vérité. Pourtant, la mission des juges concerne seulement UNE certaine vérité ( 2 ).

1 - Partant du principe que les historiens recherchent précisément ce qui s'est réellement passé – en d'autres termes, la vérité - il est aisé de constater en quoi, à propos des mêmes événements, leur fonction et donc, leur comportement, diffèrent de ceux des juges ; en quoi, par conséquent, la vérité historique n'est pas exactement celle de la justice.

En effet, les historiens sont censés travailler dans une perspective « scientifique » - donc aussi objective et « désintéressée » que possible.

Il ne s'agit pas de décider quoi que ce soit ; encore moins de porter des jugements de valeur, mais de décrire les événements aussi exactement que possible, donc de les comprendre, d'en saisir tous les aspects significatifs et d'en rechercher les causes proches comme lointaines.

Obligé de s'en tenir à la vérité des faits, l'historien peut et, même, doit, reconnaître l'existence de zones d'ombre qui seront ou ne seront pas dissipées à la longue : la « science » prend son temps et accepte l'incertitude.

2 - Au contraire de l'historien, le juge pénal n'est pas chargé d'établir dans toute sa complexité la réalité des « événements » à propos desquels on l'a saisi.

Sa mission spécifique consiste à décider que tel ou tel individu subira telle ou telle peine, ou sera déchargé de toute poursuite, suivant qu'il s'est ou ne s'est pas, rendu coupable d'actes ( dits « *infractions* » ) d'un certain type défini par avance.

Si donc, le juge doit, comme l'historien, rechercher et comprendre des faits, il s'agit seulement de ceux qui justifient ses décisions (v. Yan Thomas, p. 258 et s.). Il faut insister sur ce point : les seuls faits intéressants le juge ont une destination très précise ; il s'agit exclusivement de ceux qui déterminent l'application de normes juridiques qui s'imposent à ce juge car elles sont le fondement nécessaire de ses décisions.

Dans ces conditions, les décisions rendues « sur le fond » sont autant d'expressions, de prolongements, des normes qui disent le bien et le mal ; elles reposent donc, essentiellement - comme leur nom l'indique - sur des « jugements » de valeur. Plus précisément, bien que le juge énonce ( « motive »...) les raisons de « fait » justifiant chaque aspect de ses jugements ; ces faits ont beau faire l'objet de constatations de nature « scientifiques » ; ils sont nécessairement saisis, choisis, donc triés sur la base des normes de droit qui leur confèrent une valeur « utile » à la justice (v. idem, notamment p. 262 : « *Les faits traités par le droit et portés à la connaissance des juges n'ont aucune consistance propre, s'ils n'ont d'abord reçu leur signification d'une loi* »).

B – Dans ces conditions, la portée des décisions de justice ( 2 ), donc de celles que prononce le TPIR, est, par nature, limitée et même, biaisée au regard de la réalité de

fait – disons, historique. Cette particularité découle des principes qui fondent le pouvoir des juges ( 1 ).

1 – Les textes qui définissent les infractions délimitent la « compétence » du juge dont la mission se borne à les appliquer – en d'autres termes, ils balisent le champ de son pouvoir.

Or, on vient de le voir (cf. supra, A), ces définitions ne couvrent pas tous les aspects des « événements » à propos desquels on les a élaborées : il s'agit seulement d'apprécier certains agissements de quelques individus déterminés – le reste des « événements » étant évoqué de manière partielle et, surtout, indirecte, en tant qu'il forme le contexte des comportements individuels dont le tribunal est saisi.

D'ailleurs, le caractère étriqué de l'intervention des Tribunaux est renforcé par la manière dont sont définies les infractions qui déterminent leur compétence : ce sont des « modèles » abstraits de comportements auxquels il s'agit de comparer les agissements concrets et complexes, des individus qui comparaissent. De tels « modèles » sont inévitablement réducteurs.

Enfin, les raisons qui président à la délimitation de la compétence des juridictions relèvent, très normalement, de l'opportunité politique.

Ainsi, par exemple, s'agissant du génocide des Tutsi du Rwanda, la compétence du TPIR est enfermée dans un carcan temporel assez artificiel – la seule année 1994 - alors que les racines et les manifestations sanglantes de l' « événement » sont bien antérieures – pour ne rien dire de sa délimitation géographique - le territoire du Rwanda et les Etats voisins - et personnelle - seuls des rwandais sont susceptibles de poursuites en raison d'actes accomplis « *sur le territoire d'Etats voisins* ».

2 – La portée des jugements par lesquels chaque juge exerce ses pouvoirs est également limitée, voire faussée – ceci, principalement, de deux manières.

D'abord, aucune juridiction ne peut se saisir elle-même du cas de tel ou tel suspect, mais la mise en œuvre de la justice dépend toujours d'initiatives extérieures.

Suivant les juridictions, ces initiatives peuvent être réservées à certaines autorités publiques plus ou moins dépendantes du pouvoir en place (le « *Ministère public* »...) ou partagées entre ces autorités et des « victimes » privées ou publiques (les « *parties civiles* »...).

Par exemple, s'agissant du TPIR, les « *constitutions de partie civile* » étant exclues, il faut que le Procureur saisisse à chaque fois le juge.

Ce Procureur n'est pas soumis à l'autorité du Tribunal mais à celle des Nations Unies. Cela peut sans doute expliquer, au moins pour partie, le caractère sélectif et très politique de l'engagement des poursuites – dont témoigne, par exemple, le refus d'agir à propos de l'attentat du 6 avril 1994 ou d'envisager de traduire des occidentaux (notamment, des militaires français ?) devant le Tribunal...

Ensuite, lorsque la justice est saisie, elle obéit à des règles de procédure et de preuve très précises qui répondent à toutes sortes de préoccupations dont la plupart sont tout à fait justifiées, mais demeurent largement étrangères à l'établissement

d'une « réalité scientifique » - telles que, par exemple, le souci de garantir les « droits de la défense ».

C'est ainsi, notamment, que la conviction du juge se forme à partir d'un « débat contradictoire » où le mieux équipé, le plus riche, le plus malin l'emporte. Cette conviction – et donc, la décision finale - dépendent du travail du Procureur, du sérieux de son enquête, comme de l'efficacité des avocats – ainsi que l'observe la Chambre de Première instance dans l'affaire Bagosora :

*"La Chambre fait observer qu'il est possible que l'accès à d'autres informations, la découverte de faits nouveaux, les procès à venir ou l'histoire permettent un jour de démontrer l'existence d'une entente en vue de commettre le génocide antérieure au 6 avril et à laquelle seraient parties les accusés. Elle souligne toutefois que son domaine d'intervention est limité par des normes de preuve et des règles de procédure strictes, ainsi que par les éléments de preuve versés au dossier dont elle est saisie et par les actes des quatre accusés sur lesquels elle se doit de centrer son attention. Elle signale que pour parvenir à sa conclusion sur l'entente, elle a pris en considération l'ensemble des éléments de preuve produits en l'espèce, tout en faisant observer qu'une fondation solide ne peut se bâtir sur la base de briques fracturées."* (Jugement Bagosora, § 2112)

Dans ces conditions, comparée à une recherche « scientifique », la démarche du TPIR est inévitablement parcellaire et biaisée.

Plus précisément, ses décisions concernant Bagosora ne sauraient dire toute la vérité historique sur l'organisation du génocide.

## **II –Cas particulier du TPIR et des jugements « Bagosora »**

Comme toutes les juridictions, le TPIR est tenu d'appliquer les normes de droit qui délimitent sa compétence et sont inscrites dans son « Statut » (v. Résolution du Conseil de sécurité 955 du 8 novembre 1994).

Même s'il doit « interpréter » ces textes – en d'autres termes, les adapter aux situations qu'on lui soumet - sa marge de manœuvre est étroitement bornée par leurs dispositions.

Celles-ci définissent de manière très « politique » les « infractions » – les crimes – susceptibles d'être imputés aux individus que le Procureur traduit devant les Chambres ( A ).

Cette manière de légiférer explique dans une large mesure ce qui, dans les décisions du Tribunal ( B ), surprend des esprits non prévenus.

A - Le Statut du TPIR fait de « *l'entente en vue de commettre le génocide* » une infraction en soi ( 1 ), distincte de celle de « *génocide* » qui, d'ailleurs, ne comporte pas la planification préalable parmi ses éléments constitutifs ( 2 ) à la différence d'autres définitions de ce crime qui sont également en vigueur ( 3 ).

1 - L' « *entente* » figure parmi les infractions relevant de la « compétence » du TPIR – au même titre que le génocide:

« Seront punis les actes suivants : a) le génocide ; b) l'entente en vue commettre le génocide ; c) l'incitation directe et publique à commettre le génocide ; d) la complicité dans le génocide » (Art. 2, 3, b du Statut).

Ce texte est emprunté à l'article III de la Convention des Nations Unies du 9 novembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide.

En conséquence, un individu peut être condamné pour « entente » - indépendamment de toute autre forme de participation au « génocide » et, notamment, de toute « complicité » (v. art. 2, 3, e)

Pour les mêmes raisons, un individu relaxé du chef d' « entente » peut être condamné pour « génocide ». C'est précisément ce qu'a décidé le Tribunal en ce qui concerne Bagosora..

2 - Les dispositions de Statut énoncent de manière tout aussi « politique » les « éléments constitutifs » de chacune de ces infractions.

Par exemple, le crime de génocide est constitué lorsque a) un certain nombre de crimes « ordinaires » énumérés à l'article 2.2 du Statut tels que meurtres, atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale, etc... ont été commis b) « dans l'intention de détruire tout ou partie d'un groupe... » c) identifié comme « national, ethnique, racial ou religieux... » d) pris « comme tel ».

Par conséquent, pour condamner quelqu'un pour « génocide » en application de ce texte, le Tribunal doit relever que l'existence de chacun de ces éléments lui a été prouvée ; à défaut d'un seul, il doit relaxer – du moins, de ce chef car il se peut que d'autres crimes soient, en revanche, constitués – par exemple, un meurtre.

Or, la « planification » n'est pas mentionnée dans la définition du crime de « génocide » telle qu'elle figure à l'article 2 du Statut du TPIR (emprunté à la Convention du 9 décembre 1948, articles II et III).

Cette planification n'est donc pas un « élément constitutif » de l'infraction de « génocide » (Sic : Eric David, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant 2009, n° 16.6.48, p. 1280, citant, notamment, TPIR, Aff. ICTR 95 / T Kayishema , 21 Mai 1999, § 91 et 94).

En d'autres termes, pour constater que l'infraction de « génocide » a été commise, le TPIR n'a pas besoin de relever sa planification préalable.

Précisément, en ce qui concerne Bagosora, la Chambre d'appel a confirmé sa condamnation pour « génocide » sans juger formellement que cette planification avait eu lieu.

3 - On doit, d'ailleurs, souligner qu'il s'agit là de l'une des particularités de la définition du « génocide » que doit appliquer le TPIR.

En effet, il n'existe pas UNE définition juridique du « génocide », mais plusieurs – plus ou moins différentes.

Par exemple, l'article 211-1 du Code pénal français (Loi 2004-800 du 6 août 2004) fait d'un « plan concerté » un « élément constitutif » de l'infraction : « Constitue un génocide le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe... de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de

*membres de ce groupe, l'un des actes suivants : ... etc... ».* Par conséquent, une juridiction appliquant l'article 211-1 ne pourrait déclarer quelqu'un coupable de « *génocide* » sans que sa participation à ce « *plan concerté* » ait été établie.

B – C'est donc dans ce contexte qu'il convient d'apprécier les affirmations des observateurs du TPIR.

On doit distinguer à cette fin ce que le Tribunal a précisément « jugé » pour « vider sa saisine » ( 1 ) de ce qu'il s'est contenté de relever au passage ( 2 ).

1 - Le point essentiel est que le Tribunal n'était pas saisi de la question de savoir s'il existait un plan concerté en vue du génocide.

Il avait pour mission de trancher une autre question : l'éventuelle imputation à Bagosora et consorts, d'une part, du crime de « *génocide* » et, d'autre part, du crime spécifique distinct du « *génocide* » qu'est l'« *entente en vue de commettre le génocide* ».

La Chambre de 1<sup>ère</sup> instance l'a dit en toutes lettres :

*"La Chambre souligne d'emblée que la question dont elle est saisie ne consiste pas à rechercher l'existence ou non d'un plan ou d'une entente en vue de commettre le génocide au Rwanda. Elle consiste plutôt à rechercher si, sur la base des éléments fournis en l'espèce, le Procureur a prouvé au-delà de tout doute raisonnable que les quatre accusés ont commis le crime d'entente"* (Jugement Bagosora, §§ 2092).

2 - Il reste que la même Chambre avait « incidemment » constaté la planification dont elle n'avait pas à connaître à titre principal.

En effet, la défense de Bagosora soutenait que le génocide était un phénomène de violence spontanée, qu'on pouvait dès imputer à leur client sur la base de sa position de commandement. Pour écarter ce moyen, les juges ont relevé la dimension organisée des massacres :

*"Les principales accusations portées contre (les accusés) visent des crimes qui n'ont rien de spontané. Ils sont accusés d'une pluralité de crimes expressément imputés et principalement perpétrés par des militaires, dont certains appartenaient à des unités d'élite, agissant souvent de concert avec des miliciens. La Chambre souligne qu'il ressort des éléments de preuve pertinents que ces actes s'inscrivaient dans le cadre d'opérations militaires organisées aux niveaux les plus élevés. Elle affirme par conséquent qu'il ressort d'un examen exhaustif des éléments de preuve produits sur les crimes expressément imputés aux accusés que la théorie retenue par la Défense est sans rapport avec la thèse du Procureur ou qu'elle ne présente qu'un intérêt limité au regard de celle-ci."* (Jugement Bagosora, § 1996).

Dans ces conditions, l'opinion selon laquelle l'affaire Bagosora permettrait d'affirmer scientifiquement que le génocide n'a pas été planifié, est aberrante à trois égards – au moins : d'abord, en ce qu'elle contredit un constat formel – quoiqu'incident, du TPIR ; ensuite, en ce qu'elle invente un jugement inexistant qui établirait

définitivement l'absence de planification ; enfin, en ce qu'elle confère implicitement aux décisions de justice une portée qu'elles n'ont pas.

### **III – Quid si le Tribunal « décidait » qu'il n'y a pas eu de planification ?**

En guise de conclusion, il convient de souligner qu'une décision – tout à fait improbable – du TPIR jugeant que le génocide n'a pas été planifié ne résoudrait en rien l'aspect « historique » de la question.

D'ailleurs, d'un strict point de vue juridique, ce Tribunal n'a pas le pouvoir de connaître du génocide en soi, donc de sa planification ; il n'a pas davantage le pouvoir de juger l'Etat rwandais, ni même le GIR, du chef de génocide ; mais, seulement celui de dire si tel ou tel individu traduit devant lui, est ou non coupable du crime de “*génocide*” au sens de l'article 2 du Statut.

Dans ces conditions, en présence d'un jugement relaxant X... ou Y... du chef d'entente en vue de commettre le génocide, soutenir, par exemple dans la presse, que cet X... ou cet Y... est néanmoins coupable de ce crime peut exposer à des poursuites en diffamation.

En revanche, ce jugement n'interdit pas le moins du monde que l'on prétende, indépendamment des cas de ces mêmes X... ou Y..., qu'un plan concerté existait.

Encore faut-il savoir qu'il en va différemment en présence de lois « mémorielles ». Celles-ci prétendent, effectivement, clôturer toute discussion portant sur l'existence ou la portée de l'évènement qu'elles visent.

Tel est, tout particulièrement, l'objectif poursuivi par la disposition toute récente qui vise à réprimer la négation des génocides « reconnus » comme tels par la loi. Toutefois, elle ne concerne formellement ni le génocide des Tutsi, ni celui des Bosniaques. En principe, il est donc permis d'en dénier impunément l'existence. Mais ceci est une autre histoire...

Rafaëlle Maison et Géraud de La Pradelle

28 janvier 2012

