

**UN OPTIMISME PRUDENT :
QUELQUES OBSERVATIONS CRITIQUES A PROPOS DE L'ARRESTATION
DE M. MBARUSHIMANA PAR LA C.P.I.**

Jacques B. MBOKANI*

Doctorant en Droit à l'Université catholique de Louvain

Résumé :

Deux raisons essentielles peuvent justifier que l'on se félicite de l'arrestation de M. Mbarushimana. La première est que cette arrestation permet d'éclaircir le rôle des Forces démocratiques de libération du Rwanda (F.D.L.R.) dans les crimes commis contre les populations civiles à l'est de la République démocratique du Congo (R.D.C.). La deuxième est qu'elle constitue une preuve irréfutable du fait que les rwandais impliqués dans des crimes en R.D.C. ne sont pas à l'abri des poursuites de la C.P.I., où qu'ils se trouvent, même si le Rwanda n'a pas (encore) ratifié le Statut de celle-ci.

Cela dit, l'on peut néanmoins craindre que cette affaire entraîne des retombées négatives sur l'image de la C.P.I. si, dans un délai raisonnable, l'arrestation de M. Mbarushimana n'est pas suivie (i) de celle des autres rwandais, et particulièrement ceux qui sont actuellement au pouvoir, qui seraient impliqués dans des crimes commis en R.D.C. ; (ii) de celles des leaders des groupes armés congolais soutenus par le Rwanda et plus particulièrement le Congrès national pour la défense du peuple (C.N.D.P.) de Laurent Nkunda.

Enfin, la lecture attentive de la décision autorisant l'arrestation de M. Mbarushimana, telle qu'elle se présente actuellement et sauf modifications ultérieures, suscite quelques doutes aussi bien sur la gravité d'une telle affaire que sur ses chances d'aboutir à une condamnation de l'intéressé. Ces doutes se fondent essentiellement sur (i) la forme de responsabilité finalement retenue, à savoir « une contribution de toute autre manière à la commission du crime » et qui, dans ce contexte précis, semble être une application de la théorie de la complicité après la commission du crime ; et (ii) le caractère peu cohérent de ce que l'on reproche exactement et personnellement à l'intéressé à savoir, une campagne médiatique consistant à nier l'implication des F.D.L.R. dans les crimes dont ils étaient suspectés.

Abstract :

Two main reasons can justify welcoming the arrest of Mr. Mbarushimana by the ICC. First, this arrest can clarify the role of the F.D.L.R. in the crimes committed against civilians in eastern DRC. Second, it is an irrefutable proof that the Rwandans involved in crimes committed in the DRC are not immune from prosecutions by the ICC, wherever they may be found, even though Rwanda did not ratify the Rome Statute.

* Ancien stagiaire à la Cour Pénale internationale (juillet-décembre 2008), l'auteur s'exprime à titre strictement personnel (contact : jmbokani2007@gmail.com).

This being said, the Mbarushimana case can raise some concerns related to a possible negative perception of the ICC if this case is not followed by prosecutions against (i) other Rwandans, up to and included those currently in power, allegedly involved in crimes committed in the DRC; (ii) the leaders of Congolese armed groups supported by Rwanda and in particular the CNDP formerly lead by Laurent Nkunda.

Finally, a careful reading of the decision authorizing the arrest of Mr. Mbarushimana, as it stands now and unless subsequently amended, raises some doubts about the gravity of the case as well as about its chances to lead to a conviction of the suspect. These doubts are mainly based on (i) the mode of responsibility ultimately adopted, namely, a contribution “in any other way” to the commission of the crime, and in this specific context, it appears to be an application of the controversial theory of the complicity after the crime; and (ii) the inconsistency in what the suspect is exactly and personally charged with, i.e. the media campaign of denying the involvement of the F.D.L.R. in the crimes they were suspected of.

Le 11 octobre 2010, M. Callixte Mbarushimana se faisait arrêter en France en vertu d'un mandat d'arrêt délivré par une chambre préliminaire de la Cour pénale internationale, à la suite d'une décision rendue le 28 septembre 2010¹. Il lui est reproché de s'être rendu responsable des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité perpétrés par les combattants des Forces démocratiques de libération du Rwanda (F.D.L.R.) dans plusieurs villages du Nord et du Sud-Kivu en République démocratique du Congo (R.D.C.) à partir du 20 janvier 2009.

Cette arrestation a été positivement accueillie notamment par les gouvernements congolais et rwandais, par l'Union européenne et les O.N.G. de défense des droits de l'homme. Tous y voyaient un premier pas dans la poursuite des responsables des crimes se commettant à l'est de la R.D.C. et particulièrement dans les deux Kivus. Si l'ampleur et la gravité des crimes perpétrés dans cette partie de la R.D.C. justifient effectivement ce sentiment de satisfaction voire de soulagement, quelques facteurs appellent cependant à une certaine prudence.

Dans le cadre de cette brève réflexion, l'affaire Mbarushimana sera placée dans le contexte des conflits armés qui sévissent dans l'est de la R.D.C. en essayant d'en identifier les acteurs principaux (I.). Cela permettra ensuite la mise en exergue de l'un des enseignements essentiels de cette affaire, à savoir la capacité de la C.P.I. à exercer sa compétence à l'égard de citoyens rwandais pour les crimes commis en R.D.C. bien que le Rwanda n'ait pas ratifié le Statut de Rome (II.). Ce constat pousse évidemment à s'interroger sur l'absence des poursuites de certaines personnalités politico-militaires aussi bien du Rwanda que de la R.D.C., en ayant en tête d'une part le récent rapport du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies suspectant les forces rwandaises notamment de crimes de génocide en R.D.C. et d'autre part, l'affaire Laurent Nkunda – ce dernier étant détenu, sans être judiciairement poursuivi au Rwanda – et l'affaire Bosco Ntaganda dont les poursuites par la C.P.I. sont, pour le moment, limitées aux seuls crimes commis en Ituri, et ne sont pas étendues à ceux qui ont été commis dans les deux Kivus, alors même que ces derniers semblent plus graves que ceux de l'Ituri (III.). L'affaire Mbarushimana mérite enfin d'être mise en perspective avec l'affaire Ignace Murwanashyaka et Straton Musoni. Ces deux personnes sont d'anciens leaders des F.D.L.R., arrêtés en Allemagne une année avant M. Mbarushimana en raison de leur implication présumée dans les mêmes crimes que ceux qui fondent les poursuites contre ce dernier. Cette mise en perspective permet de s'interroger sur les exigences de la complémentarité (positive ou négative) entre la C.P.I. et les autorités allemandes dans l'exercice de ces poursuites (IV.). Mais, au-delà de toutes ces interrogations, la lecture attentive de l'argumentation juridique de la décision autorisant l'arrestation de M. Mbarushimana révèle, d'une part, que ces poursuites reposent essentiellement sur la théorie controversée de la « complicité après la

¹ C.P.I., Chambre préliminaire I, *Affaire le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, « Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Callixte Mbarushimana », Doc. ICC-01/04-01/10-1-tFRA, 28 septembre 2010.

commission des crimes », (en anglais, *complicity after commission*) et d'autre part que, telle qu'appliquée par la chambre préliminaire, cette argumentation conduit à des résultats peu cohérents et suscite des sérieuses réserves par rapport à l'exigence de la gravité au regard de l'article 17-1-d du Statut de Rome de la C.P.I. (ci-après, le Statut) (V.), le tout pouvant se solder par un tâtonnement judiciaire comme cela a été le cas dans l'affaire Thomas Lubanga².

L'objectif de la présente réflexion n'est certainement pas de prendre la défense du suspect. L'auteur de ces lignes n'ayant pas accès à l'ensemble des éléments du dossier, il ne peut se lancer dans une telle démarche. L'objectif consiste à s'interroger sur deux éléments : (i) dans quelle mesure la C.P.I., en initiant cette affaire, s'est-elle effectivement protégée contre des procédures « indésirables, frivoles et politiquement motivées qui risquent d'entraîner un effet négatif sur sa crédibilité », comme pour paraphraser la Chambre préliminaire II dans sa décision autorisant l'ouverture d'une enquête au Kenya³ ? ; (ii) dans quelle mesure la C.P.I. reste-t-elle attachée à l'exigence statutaire de la gravité d'une affaire ainsi que cela ressort de l'article 17-1-d du Statut de Rome, en la distinguant de celle d'une situation de laquelle ladite affaire est née ? En effet, si l'on n'y prend garde, comme l'affaire Bemba par rapport à la situation centrafricaine, l'affaire Mbarushimana risque d'être la seule affaire dans le cadre de la situation dans la province du Nord-Kivu (en R.D.C.). C'est donc dans cet esprit que cette réflexion sera conduite en toute objectivité et rigueur.

I. — Les acteurs des conflits armés à l'est de la R.D.C.

Depuis quelques années les deux provinces du Kivu sont en proie à de violents conflits armés opposant les Forces armées de la R.D.C. (F.A.R.D.C.), les Forces de défense rwandaises (F.D.R.), les milices dénommées « Maï-Maï »⁴, les Forces démocratiques de libération du Rwanda (F.D.L.R.), le Congrès national pour la défense du peuple (C.N.D.P.) fondé et dirigé initialement par M. Laurent Nkunda, et actuellement sous le commandement de M. Bosco Ntaganda et les Forces républicaines fédéralistes (F.R.F.). Ces deux derniers sont officiellement des rebellions dites congolaises mais très fortement soutenues par le Rwanda, au point que l'on peut même douter de leur autonomie organisationnelle.

Parmi ces différents acteurs, on peut retenir deux camps.

² Anonyme, « Les actions controversées du procureur de la Cour pénale internationale : une crise de maturation ? », in *Journal Judiciaire de La Haye*, Vol. 3, n° 2, 2008, disponible en ligne sur [http://www.haguejusticeportal.net/Docs/HJJ-JJH/Vol_3\(2\)/Journal%20-%20Anonymous%20-%203.2%20-%20FR.pdf](http://www.haguejusticeportal.net/Docs/HJJ-JJH/Vol_3(2)/Journal%20-%20Anonymous%20-%203.2%20-%20FR.pdf) (consulté le 24 décembre 2010).

³ C.P.I., *Situation en République du Kenya*, Chambre préliminaire II, « Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya », Doc. ICC-01/09-19, 31 mars 2010, §32 : « The standard should be construed and applied against the underlying purpose of the procedure in article 15(4) of the Statute, which is to prevent the Court from proceeding with unwarranted, frivolous, or politically motivated investigations that could have a negative effect on its credibility ».

⁴ Les « Maï-Maï » sont en fait des milices qui se réclament héritières de l'idéologie politique de Pierre Mulele. Ce dernier fut l'un des plus proches collaborateurs du premier Premier Ministre congolais Patrice E. Lumumba. Pour plus de précisions, voy. Charles Nasibu Bilali, « Qui arme les Maï-Maï ? Une enquête sur une situation originale », *Les Rapports du GRIP*, 2004/5, pp. 9-12.

D'un côté, le C.N.D.P. et les F.R.F. agissent avec les forces rwandaises (F.D.R.). Pour rappel, le rapport final du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo (S/2008/773) du 12 décembre 2008 avait affirmé avoir « trouvé des preuves indiquant que les autorités rwandaises avaient été complices du recrutement de soldats, notamment d'enfants, avaient facilité la fourniture de matériel militaire et avaient envoyé des officiers et des unités des Forces de défense rwandaises en République démocratique du Congo pour appuyer le C.N.D.P. »⁵. Les mêmes experts affirment également avoir « obtenu des relevés de conversations téléphoniques par satellite de membres du C.N.D.P. ainsi que de responsables des FRF pour la période allant d'août 2007 à septembre 2008 » et que « [c]es relevés indiquent clairement que les deux groupes, en particulier les FRF, communiquent avec le haut commandement de l'armée rwandaise et avec la présidence rwandaise ». Toutefois, le groupe d'experts n'a pas pu « garantir la teneur de ces conversations » mais a estimé qu'« elles ont été suffisamment fréquentes et suffisamment longues pour indiquer qu'il y eut au moins un échange d'informations très soutenu »⁶.

De l'autre côté, les Mai-Mai et les F.D.L.R. ont apparemment un ennemi commun, à savoir les F.D.R. et les milices par l'intermédiaire desquelles le gouvernement rwandais agit. Aujourd'hui, il s'agit des F.R.F. et du C.N.D.P.. Mais, bien avant eux, c'était le Rassemblement congolais pour la démocratie (R.C.D.) basé à Goma, et avant lui, c'était l'Alliance des forces démocratique pour la libération du Congo (A.F.D.L.) qui avait conduit feu Laurent-Désiré Kabila au pouvoir à Kinshasa avant son assassinat⁷.

La position des F.A.R.D.C. a souvent été ambiguë. Tantôt elles concluent des alliances avec les F.D.L.R.⁸ et les Mai-Mai pour combattre ces milices (ou rebellions) soutenues par le Rwanda et donnant ainsi aux forces rwandaises un prétexte pour justifier leur présence sur le territoire congolais ; tantôt, c'est avec ces mêmes forces rwandaises et leurs milices que les F.A.R.D.C. concluent des alliances pour expulser les Forces démocratiques de Libération du Rwanda (F.D.L.R.), suspectées d'être composées d'anciens génocidaires rwandais et de vouloir déstabiliser le gouvernement rwandais en place. Ainsi, le rapport final du groupe d'experts des Nations Unies sur la R.D.C. (S/2009/603) a par exemple reconnu qu'« entre le 20 janvier et le 25 février 2009, les F.A.R.D.C. et les FDR ont mené dans le Nord-Kivu des opérations conjointes,

⁵ *Rapport final du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2008/773, 12 décembre 2008, § 61.

⁶ *Ibid.*, § 65.

⁷ Dans ce sens, voir Human Rights Watch, « *Vous serez punis* ». *Attaques contre les civils dans l'est du Congo*, décembre 2009, pp. 32-33, disponible en ligne sur <http://www.hrw.org/fr/reports/2009/12/13/you-serez-punis-0>, (consulté le 19 décembre 2010): « Pour faire face à la menace persistante des milices hutus rwandaises à travers ses frontières et afin d'exercer une influence dans les provinces fertiles et riches en minéraux du Nord et du Sud du Kivu, le gouvernement rwandais a maintes fois soutenu des groupes rebelles congolais désireux de combattre les milices hutus. Depuis 1996, le Rwanda a soutenu trois différents groupes rebelles congolais (et parfois des factions dissidentes d'autres) qui ont accepté de combattre les milices hutues rwandaises, mais qui ont aussi tous cherché à renverser le gouvernement de Kinshasa. Le plus récent groupe rebelle soutenu par le Rwanda est le C.N.D.P., qui jusqu'en janvier 2009 a été dirigé par un ex-général congolais tutsi, Laurent Nkunda ».

⁸ *Rapport final du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2008/773, 12 décembre 2008, §§102 et suiv. Voir aussi le rapport précité de H.R.W. qui démontre comment « le gouvernement congolais n'a cessé de se tourner vers les F.D.L.R. (et les mouvements qui les ont précédés) pour obtenir leur soutien dans sa lutte contre les groupes rebelles congolais soutenus par le Rwanda et contre l'armée rwandaise » (H.R.W., « *Vous serez punis* ». *Attaques contre les civils dans l'est du Congo*, *op. cit.*, pp. 37 et s.).

dénommées Umoja Wetu, en vue de démanteler la capacité militaire des F.D.L.R. »⁹.

Au cours de ces conflits armés, tous ces acteurs, sans exception, se seraient rendus responsables aussi bien des massacres, viols et autres violences sexuelles à grande échelle, que du pillage systématique des ressources naturelles destiné parfois à financer la guerre¹⁰.

Dans l'un de ses rapports périodiques, le Secrétaire général des Nations Unies affirmait en effet :

« [d]es éléments des F.A.R.D.C. et de la P.N.C. ont commis un grand nombre d'atteintes graves aux droits de l'homme au cours de la période à l'examen: exécutions arbitraires, viols, actes de tortures, traitements cruels, inhumains et dégradants. Les groupes armés, congolais ou étrangers, notamment le C.N.D.P., le PARECO, les Mai-Mai-Mongol, les F.D.L.R. et la L.R.A., ont eux aussi commis en toute impunité des violations graves des droits de l'homme: massacres, actes de torture, enlèvements, recrutement forcé des mineurs, déplacements forcés de population et destruction de camp de déplacés, travail forcé, esclavage sexuel et autres formes de violence sexuelle (...) »¹¹.

Une vision globale des exactions de tous les groupes armés et qui s'étend sur une période de dix ans (1993-2003) est d'ailleurs fournie par le tout récent rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme publié le 1^{er} octobre 2010 (ci-après, le « Rapport Mapping »)¹².

Ces éléments mettent clairement en lumière le fait que les F.D.L.R. ne sont pas les seuls à commettre des crimes dans l'est de la R.D.C.. Dans les lignes qui suivent, nous verrons qu'il existe des motifs raisonnables de trouver suspecte la tendance du Bureau du Procureur à limiter les enquêtes et les poursuites des crimes commis dans l'est de la R.D.C. à ceux que les F.D.L.R. sont soupçonnées d'avoir commis, et de passer sous silence ceux commis par d'autres groupes armés non-étatiques ou par des forces gouvernementales aussi bien congolaises qu'étrangères et particulièrement sur ceux qui sont imputés aux forces soutenues par le

⁹ *Rapport final du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2009/603, 23 novembre 2009, §13.

¹⁰ L'un des rapports analysant de manière approfondie la question du pillage des ressources naturelles de la R.D.C. est sans conteste le *Rapport final du Groupe d'experts sur l'exploitation illégale des ressources naturelles et autres formes de richesses de la République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2002/1146, 16 octobre 2002 ; tandis que celui qui est parmi les premiers à dénoncer les crimes commis par des groupes armés rebelles en R.D.C., en l'occurrence l'Alliance des forces démocratiques pour la libération du Congo (A.F.D.L.) soutenue par le Rwanda, est sans conteste le *Rapport de l'Equipe d'enquête du Secrétaire général sur les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire en République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/1998/581, 29 juin 1998.

¹¹ *Quatrième rapport spécial du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2008/728, 21 novembre 2008, § 31. Le PARECO est une milice armée opérant dans le Nord-Kivu. Les « Mai-Mai Mongols » sont une des variétés du grand ensemble des « Mai-Mai », tous prétendant être dépositaires de l'idéologie politique de Pierre Mulele, ancien proche collaborateur de Patrice Lumumba. La Lord Resistance Army (L.R.A.) est le groupe rebelle ougandais établi sur le territoire congolais.

¹² *Rapport du H.C.D.H., 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, disponible en ligne sur http://www.ohchr.org/Documents/Countries/ZR/DRC_MAPPING_REPORT_FINAL_FR.pdf (consulté le 2 novembre 2010).

Rwanda, sous prétexte que le Rwanda n'est pas Partie au Statut de la C.P.I..

II. — L'exercice de la compétence de la C.P.I. à l'égard des ressortissants rwandais

Un des points intéressants de l'affaire Mbarushimana est que même si le Rwanda n'est pas Partie au Statut de Rome, celle-ci peut exercer sa compétence à l'égard de citoyens rwandais. Ce point, aussi intéressant qu'il puisse être, n'a curieusement pas été abordé dans la décision précitée du 28 septembre 2010. Tout au plus, vers la fin du texte du mandat d'arrêt, il est indiqué que M. Mbarushimana est un « ressortissant rwandais résidant à Paris, titulaire d'un permis de séjour délivré par la République française et venant à échéance le 31 décembre 2013 »¹³.

Le fait que le suspect soit ressortissant d'un État non-Partie au Statut de Rome aurait normalement amené la Cour à justifier le fondement de l'exercice de sa compétence, comme elle l'avait d'ailleurs fait dans l'affaire du chef de l'État soudanais Omar Al Bachir¹⁴. Mais, dans l'affaire Mbarushimana, cette question n'a pas été abordée par la Cour. Au regard de l'importance qu'elle revêt dans la lutte contre l'impunité des crimes commis dans l'est de la R.D.C., il nous semble important d'y consacrer quelques lignes.

De manière générale, l'exercice de la compétence de la C.P.I. peut être fondé sur le fait que les crimes ont été commis sur le territoire d'un État Partie à son Statut (principe de la territorialité) ou sur le fait que le crime a été commis par le ressortissant d'un État Partie (principe de la personnalité active). Le Statut n'a pas consacré le principe de la personnalité passive, consistant à fonder sa compétence en fonction de la nationalité des victimes. Dans cette hypothèse, la Cour aurait été compétente lorsque les victimes sont ressortissantes d'un État Partie au Statut. Le Statut de Rome n'a pas non plus consacré la compétence de la Cour en fonction du lieu de résidence du suspect. Si tel avait été le cas, la C.P.I. aurait été compétente pour poursuivre un suspect, ressortissant d'un État tiers au Statut, ayant commis des crimes sur le territoire d'un État non Partie, mais résidant sur le territoire d'un État Partie. C'est dire que les fondements de la compétence de la C.P.I. sont plutôt restreints et se limitent uniquement au principe de la personnalité active et au principe de la territorialité. Le principe de la territorialité prévu à l'article 12-2-a du Statut de Rome est normalement suffisant pour que la Cour exerce sa compétence à l'égard d'une personne ressortissant d'un État tiers. De même, le principe de la personnalité active prévu à l'article 12-2-b du Statut de Rome devrait être suffisant pour que la Cour exerce sa compétence sur les crimes commis sur le territoire d'un État non Partie¹⁵.

¹³ C.P.I., Chambre préliminaire I, *Affaire le procureur c. Callixte Mbarushimana*, Décision précitée du 27 septembre 2010, p. 8.

¹⁴ C.P.I., Chambre préliminaire I, *Affaire le procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (« Omar Al Bashir »), « Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir », Doc. ICC-02/05-01/09-3-tFRA, 4 mars 2009, § 40.

¹⁵ Pour plus de précisions, voir FRULLI Micaela, « Jurisdiction *ratione personae* » in CASSESE A., GAETA P., JONES J.R.W.D. (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford University Press, 2002, p. 535.

Dans l'affaire Mbarushimana, la Cour considère que les crimes dont il s'agit ont été commis dans les deux Kivus, c'est-à-dire sur le territoire d'un Etat Partie, en l'occurrence la R.D.C.. Toutefois, dès lors que M. Mbarushimana ne vivait pas en R.D.C.- et nulle part dans la décision autorisant son arrestation il n'est affirmé qu'il se serait déplacé en R.D.C. –, cela revient à dire qu'il aurait participé à la commission de ces crimes à partir du lieu de sa résidence qui est en France. Si la C.P.I. fonde sa compétence sur le critère de la territorialité, c'est qu'en réalité, elle a pris en compte le lieu de la commission matérielle des crimes. L'autre alternative aurait été de prendre en compte le lieu à partir duquel le suspect aurait agi, pour fonder la compétence territoriale de la C.P.I.. Dans cette hypothèse, les crimes seraient censés avoir été commis en France. C'est l'alternative choisie par les tribunaux allemands qui poursuivent MM. Ignace Murwanashyaka et Straton Musoni, respectivement président et vice-président des F.D.L.R., pour les crimes présumés commis dans les Kivus et imputés aux F.D.L.R.¹⁶. Le choix des tribunaux allemands aurait été dicté par le souci de contourner les difficultés inhérentes à l'application de la compétence universelle, le critère de la territorialité leur ayant paru plus recommandé pour fonder la poursuite des crimes qui auraient été matériellement commis en R.D.C.. Cette précision est importante afin de démontrer qu'il est concevable que la Cour soutienne que les crimes des F.D.L.R. ont été commis en R.D.C., sans nécessairement contredire la justice allemande lorsqu'elle soutient qu'ils ont été commis en Allemagne.

Quoi qu'il en soit, en restant dans le cadre des poursuites de la C.P.I., puisque les crimes reprochés à M. Mbarushimana ont été matériellement commis dans les deux Kivus en R.D.C., c'est-à-dire sur le territoire d'un État Partie, ils justifient alors que la C.P.I. exerce sa compétence y compris à l'égard de ressortissants d'États tiers qui seraient impliqués dans leur commission, comme tel pourrait être le cas de M. Mbarushimana.

En retenant le critère du lieu de la commission matérielle des crimes, c'est-à-dire l'est de la R.D.C., les F.D.L.R. ne sont pas les seuls « éléments étrangers » dans le conflit. Les F.D.R., autrement dit l'armée rwandaise, y ont aussi pris une part très active et peuvent, par ce fait, être rendues responsables de plusieurs exactions, ainsi que le confirme le rapport précité du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. Engager des poursuites contre un membre des F.D.L.R., ouvre bien évidemment la voie à d'éventuelles poursuites contre les membres des forces gouvernementales rwandaises, avec d'ailleurs la possibilité

¹⁶ Voy. L'article 7-2 du Code de procédure pénal allemand définit ainsi le principe de la territorialité : « If essential elements of a criminal offence are established by the contents of a publication appearing within the territorial scope of this Federal statute, only the court in whose district the publication appeared shall be deemed to have jurisdiction pursuant to subsection (1). However, in defamation cases, where initiated by private prosecution, the court in whose district the publication was distributed shall also have jurisdiction if the defamed person has his domicile or ordinary place of residence in that district » ; Human Rights Watch, « Rattrapés par la justice : Début du procès de deux dirigeants rebelles rwandais à Stuttgart (Allemagne), Questions/Réponses », Mai 2011, p. 4 : « dans l'affaire Murwanashyaka et Musoni, il existe un lien clair entre l'Allemagne et les crimes, puisque c'est depuis leurs domiciles en Allemagne que les accusés auraient ordonné les crimes ou n'auraient rien fait pour y mettre fin alors qu'ils auraient pu le faire », disponible en ligne sur http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/OA%20-%20FDLR%20Trials%20in%20Stuttgart%2005.02.11%20FR.pdf (visité le 18 mars 2011).

d'étendre ces poursuites à leurs supérieurs hiérarchiques (civils comme militaires) en vertu de la doctrine de la *command responsibility* consacrée par l'article 28 du Statut. C'est d'ailleurs sur ce fondement que la C.P.I. a confirmé les charges contre M. Bemba sur la base d'une argumentation qui, malheureusement, prête le flanc à la critique¹⁷.

Sur ce point, l'arrestation de M. Mbarushimana est un événement qui ne peut que susciter beaucoup d'espoirs de voir ceux qui ont ordonné des opérations militaires dans les deux Kivus au mépris des lois et des coutumes de guerre répondre un jour de leurs actes devant la justice pénale internationale. La C.P.I. sera-t-elle en mesure de satisfaire les attentes qu'elle suscite à travers la sélection de l'affaire Mbarushimana en ce moment précis ? La question mérite en tout cas d'être posée au regard de l'incertitude de la position de la C.P.I. par rapport à l'affaire Nkunda, ancien leader du C.N.D.P.

III. — La coopération du Rwanda avec la C.P.I. et les suites de l'affaire Nkunda

Selon le communiqué rendu public sur le site internet de la C.P.I., l'arrestation de M. Mbarushimana a été possible grâce à la coopération des gouvernements congolais et français qui sont tous deux Parties au Statut de la C.P.I., ainsi que du gouvernement rwandais, bien que le Rwanda ne soit pas Partie à ce Statut¹⁸.

Cette coopération offre l'occasion à la C.P.I. de demander la remise de M. Nkunda, détenu au Rwanda depuis le 22 janvier 2009. M. Nkunda est l'ancien leader et le fondateur du Congrès national de défense du peuple (C.N.D.P.). Les forces du C.N.D.P. sont notamment suspectées d'avoir commis, sous le commandement de M. Nkunda et avec le soutien du Rwanda, plusieurs crimes dans le Nord-Kivu dont le massacre de Kiwanja perpétré en novembre 2008. Ce massacre aurait coûté la vie à au moins 150 civils selon un rapport de l'organisation non-gouvernementale de défense des droits de l'homme Human Rights Watch (H.R.W.)¹⁹. Ce massacre a été également confirmé par les organes des Nations Unies qui étaient sur place²⁰. En plus de ces massacres, les affrontements armés provoqués par l'offensive du C.N.D.P. contre les positions des F.A.R.D.C., l'armée de la R.D.C., ont entraîné une véritable catastrophe humanitaire en provoquant le

¹⁷ AMBOS Kai, « Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, 2009, pp. 715-726 ; MBOKANI Jacques, « La CPI à l'épreuve de la doctrine de la *command responsibility*. Analyse de la *mens rea* dans la décision de confirmation des charges dans l'affaire Bemba », *Revue belge de droit international*, 2010/1, pp. 254-331.

¹⁸ C.P.I., Bureau du Procureur, « Nouvelle arrestation de la CPI : Le dirigeant du mouvement impliqué dans des viols commis à grande échelle en RDC a été appréhendé à Paris », *Communiqué de presse*, Doc. ICC-OTP-20101011-PR582, 11 octobre 2010, disponible en ligne sur [http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/press%20releases%20\(2010\)/new%20icc%20arrest_%20leader%20of%20movement%20involved%20in%20massive%20rapes%20in%20the%20drc%20is%20apprehended%20in%20paris](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/press%20releases%20(2010)/new%20icc%20arrest_%20leader%20of%20movement%20involved%20in%20massive%20rapes%20in%20the%20drc%20is%20apprehended%20in%20paris) (visité le 22 octobre 2010).

¹⁹ H.R.W., *Massacres à Kiwanja. L'incapacité de l'ONU à protéger les civils*, décembre 2008, disponible en ligne sur <http://www.hrw.org/fr/reports/2008/12/15/massacres-kiwanja-0> (consulté le 22 octobre 2010).

²⁰ *Rapport consolidé sur les enquêtes conduites par le Bureau conjoint des Nations Unies des droits de l'homme (BCNUDH) sur les graves abus des droits de l'homme commis à Kiwanja, nord Kivu*, en novembre 2008, disponible en ligne sur http://www.ohchr.org/Documents/Countries/Kiwanja_Report_FR_September2009.pdf (consulté le 2 novembre 2010).

déplacement de près de 250.000 personnes²¹.

Pendant que ces crimes se commettaient et face à la catastrophe humanitaire provoquée par l'offensive du C.N.D.P. qui avait totalement mis en déroute les F.A.R.D.C. soutenues par les forces de la MONUC, le Bureau du Procureur de la C.P.I. avait rendu public sur le site internet de la C.P.I. un communiqué dans lequel le Procureur « exprim[ait] son inquiétude sur la situation dans les Kivus et rappel[ait] (...) que son Bureau suivait de très près les informations convergentes sur des attaques menées contre la population civile, le déplacement forcé de populations, les meurtres, les viols et les pillages, perpétrés lors des affrontements armés récents dans la province du Nord-Kivu »²². Ce communiqué contient des passages importants qui valent la peine d'être reproduits ici:

« Le Procureur rappelle que la C.P.I. a compétence pour enquêter et poursuivre les auteurs de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de génocide commis sur le territoire de la République démocratique du Congo ou par des ressortissants congolais depuis le 1^{er} juillet 2002. "Les crimes doivent cesser. La population des deux provinces du Nord-Kivu et du Sud-Kivu n'a que trop souffert. Les viols et les déplacements forcés sont des crimes graves qui ne sauraient rester impunis" a déclaré le Procureur qui a rencontré une délégation de parlementaires congolais vendredi dernier. Le Bureau du Procureur a commencé son examen des crimes qui auraient été commis dans les deux provinces du Nord-Kivu et du Sud-Kivu ces dernières années par des personnes appartenant à tous les groupes impliqués dans la région, que ce soit le Congrès national pour la défense du peuple (C.N.D.P.), les Forces démocratiques de libération du Rwanda (F.D.L.R.), les Forces armées de la République démocratique du Congo (F.A.R.D.C.) elles-mêmes, ou d'autres groupes armés basés dans la région »²³.

A ce jour, près de trois ans après la publication de ce communiqué, nul ne sait ce que sont devenues les enquêtes sur les crimes auxquels ce communiqué faisait allusion. De toute évidence, il ne s'agit pas des crimes des F.D.L.R. visés dans la décision de la chambre préliminaire du 28 septembre 2010. Ces derniers leur sont en effet postérieurs, puisqu'ils ont été commis à partir du 20 janvier 2009, alors que le communiqué date du 4 novembre 2008.

On peut d'ailleurs relever la difficulté de concilier le choix prioritaire fait par le Procureur de l'affaire Mbarushimana, c'est-à-dire le choix des crimes commis par les F.D.L.R., avec l'approche séquentielle en

²¹ *Rapport final du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, Doc. ONU S/2008/773, 12 décembre 2008, § 14.

²² C.P.I., Bureau du Procureur, « Le Procureur de la CPI rappelle la compétence de la CPI pour connaître des crimes contre les civils dans les Kivus », *Communiqué de presse*, ICC-OTP-20081104-PR369, 4 novembre 2008, disponible en ligne sur [http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/press%20releases%20\(2008\)/icc%20prosecutor%20recalls%20icc%20has%20jurisdiction%20over%20crimes%20against%20the%20civilian%20population%20in%20the%20kivus](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/press%20releases%20(2008)/icc%20prosecutor%20recalls%20icc%20has%20jurisdiction%20over%20crimes%20against%20the%20civilian%20population%20in%20the%20kivus) (consulté le 22 octobre 2010).

²³ *Idem*.

matière de poursuites. En effet, on rappellera que le Bureau du Procureur avait affirmé sa préférence pour une approche séquentielle dans sa stratégie de poursuites²⁴. Cette approche consiste à enquêter et à poursuivre les crimes des groupes armés de manière successive et non simultanée. Elle suppose une approche chronologique des enquêtes et des poursuites sur les crimes, c'est-à-dire que le Procureur est censé commencer à poursuivre les crimes les plus anciens et terminer avec les plus récents. La pertinence de cette approche est loin d'avoir fait l'unanimité²⁵. Toutefois, dans la sélection des crimes imputés aux F.D.L.R., vraisemblablement commis vers le 20 janvier 2009, le Procureur semble s'être démarqué de l'approche séquentielle. En effet, au lieu de s'attaquer aux responsables des crimes sur lesquels il affirmait être en train d'enquêter dans son communiqué du 4 novembre 2008, il s'est plutôt attaqué à ceux de 2009, tout en laissant ceux de 2008 dans l'incertitude. Il s'ensuit donc que le choix de l'affaire Mbarushimana, au-delà des sentiments de soulagement qu'il peut susciter, révèle en réalité une incohérence de la stratégie des poursuites du Bureau du Procureur.

Par ailleurs, le choix de l'affaire Mbarushimana par le Bureau du Procureur semble être l'arbre qui cache la forêt, par rapport aux crimes imputés aux forces du C.N.D.P. et aux F.D.R.. Si, à la suite d'un étonnant revirement d'alliance entre la R.D.C. et le Rwanda, M. Nkunda a été arrêté par ceux-là mêmes qui l'ont militairement et politiquement soutenu dans ses aventures guerrières en R.D.C., à savoir les autorités rwandaises, on ne doit pas perdre de vue le fait que le reste des membres du haut-commandement du C.N.D.P. coule des jours tranquilles en R.D.C..

A ce propos, il faut d'ailleurs préciser que les poursuites dirigées actuellement par la C.P.I. contre M. Bosco Ntaganda, président actuellement le C.N.D.P., sont fondées sur des crimes qui n'ont rien avoir avec le Nord-Kivu ni avec le C.N.D.P.. M. Ntaganda est en effet poursuivi pour crimes de conscription et d'enrôlement d'enfants-soldats, liés à ses activités en Ituri aux côtés de Thomas Lubanga ; et rien n'indique que le gouvernement congolais, qui le présente désormais comme un acteur incontournable de la paix et de la stabilité à l'est de la R.D.C., pourrait le livrer à la C.P.I. sur la base d'un mandat d'arrêt datant de 2006.

Il faut aussi préciser que sur la question de la gravité, sous ses deux aspects, à savoir la gravité de l'incrimination de conscription et d'enrôlement d'enfants-soldats ainsi que celle de l'affaire Ntaganda en tant que telle, certains doutes doivent être relevés. D'abord en ce qui concerne l'incrimination de conscription et d'enrôlement d'enfants-soldats, telle qu'elle est formulée dans le Statut de Rome²⁶, le Secrétaire général des

²⁴ C.P.I., Bureau du Procureur, « Criteria for Selection of Situations and Cases », avant-projet de document de politique générale du Bureau du Procureur, juin 2006 (www.icc-cpi.int). Voir également MBOKANI Jacques, « L'impact de la stratégie de poursuite du Procureur de la Cour pénale internationale sur la lutte contre l'impunité et la prévention des crimes de droit international », cette *Revue*, n° 7, janvier 2008 - décembre 2009, disponible en ligne sur www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf_df7jmcpi.pdf (visité le 20 janvier 2011).

²⁵ H.R.W., *Une Cour pour l'Histoire. Les premières années de la Cour pénale à l'examen*, juillet 2008, pp. 56 et s.

²⁶ L'article 8-2-e-vii du Statut de la CPI incrimine « le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées ou dans des groupes armés ou de les faire participer activement à des hostilités ».

Nations Unies avait exprimé un doute sur son ancrage dans le droit international coutumier²⁷ ; ce doute pouvant aussi entraîner le doute sur la gravité de l'incrimination elle-même. Ensuite, en ce qui concerne la gravité de l'affaire Ntaganda en tant que telle, il faut rappeler que la chambre préliminaire I, appliquant l'article 17-1-d du Statut, avait conclu au manque de gravité de cette affaire et avait par conséquent décrété l'irrecevabilité des poursuites contre M. Ntaganda²⁸, et que c'est à la suite d'un recours en appel que le mandat d'arrêt a finalement été émis. Toutefois, la question de la gravité de cette affaire n'en est pas pour autant clôturée, parce qu'elle pourrait rebondir le jour où l'intéressé comparaitra devant les juges de la C.P.I.. Le doute sur la gravité de cette affaire peut aussi expliquer le manque d'empressement du gouvernement congolais à livrer l'intéressé à la C.P.I..

Mais, face à ce doute, la C.P.I. n'a apparemment pas l'intention d'ajouter aux charges pesant contre M. Ntaganda les crimes liés à ses activités en sa qualité de membre du C.N.D.P. dont la gravité serait moins contestable. Pourtant, un tel ajout augmenterait, sans nul doute, la pression sur le gouvernement congolais pour le livrer à la C.P.I. et amènerait ce dernier à cesser de le considérer comme un acteur de la stabilité dans l'est de la R.D.C.. En effet, plus que les anciennes charges, les nouvelles démontreront à l'opinion publique tant congolaise qu'internationale que l'intéressé, ragaillard par l'impunité que lui confère ainsi le gouvernement congolais, a mis à profit sa liberté pour perpétrer d'autres crimes au sein du CNDP, et plus tard comme officier du gouvernement congolais à la suite de son intégration dans l'armée gouvernementale²⁹.

Quant à M. Laurent Nkunda lui-même, il convient de rappeler deux choses importantes : premièrement, avant les incidents de 2008-2009, les soldats sous son commandement avaient exécuté, torturé et violé de nombreuses personnes, notamment à Bukavu (Sud-Kivu) en mai et juin 2004 et à Kisangani (Province

²⁷ *Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, Doc. ONU S/2000/915, 4 octobre 2000, § 18 : « [e]n raison du caractère contestable en droit coutumier du crime défini aux termes du Statut de la Cour pénale internationale qui criminalise la conscription ou le recrutement d'enfants de moins de 15 ans, qu'il soit forcé ou "volontaire", le crime visé à l'article 4 c) du Statut du Tribunal spécial n'est pas l'équivalent de celui mentionné dans le Statut de la Cour. Tandis que la définition du crime comme "conscription" ou "enrôlement" implique un acte administratif consistant à inscrire son nom sur une liste et le fait de devenir officiellement membre des forces armées, les éléments du crime aux termes du statut proposé du Tribunal spécial sont les suivants : a) l'enlèvement qui, dans le cas des enfants sierra-léonais, au départ était le crime reproché et constitue en soi un crime au regard l'article 3 commun aux Conventions de Genève; b) le recrutement forcé au sens le plus général – nonobstant les formalités administratives; et c) la transformation et l'utilisation de l'enfant, entre autres traitements dégradants, en tant qu'"enfant combattant" ».

²⁸ C.P.I., Chambre préliminaire I, *Situation in the Democratic republic of Congo*, « Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58 », Doc. ICC-01/04-02/06-20-Anx2, 10 février 2006, § 89 : « Under these circumstances, the Chamber finds that, on the basis of the evidence and information provided by the Prosecution in the Prosecution's Application, in the Prosecution's Submission, in the Prosecution's Further Submission and at the hearing of 2 February 2006, Mr. Bosco Ntaganda does not fall within the category of the most senior leaders of the DRC situation and, therefore, that the case against him does not meet the gravity threshold provided for in article 17 (1) (d) of the Statute. The Chamber therefore finds that the case against Mr. Bosco Ntaganda is inadmissible. Accordingly, the Chamber does not consider it possible to issue a warrant of arrest for Mr. Bosco Ntaganda, and for this reason no further question concerning the Prosecution's Application in relation to Mr. Bosco Ntaganda need be analysed ».

²⁹ Voir le communiqué de Human Rights Watch, *RD Congo: Un criminel de guerre inculpé par la CPI est impliqué dans des assassinats*, disponible en ligne sur <http://www.hrw.org/fr/news/2010/10/12/rd-congo-un-criminel-de-guerre-inculp-par-la-cpi-est-impliqu-dans-des-assassinats-d-?print> (consulté le 2 novembre 2010).

Orientale) en mai 2002, au cours de la répression d'une tentative de mutinerie : 160 personnes ont alors été sommairement exécutées. A la suite de ces crimes, les autorités militaires congolaises avaient lancé deux mandats d'arrêt dits internationaux contre M. Nkunda et son compagnon, le colonel Jules Mutebutsi en septembre 2005 pour crimes de guerre, crimes contre l'humanité et pour insurrection, mais ni la police ni l'armée n'ont rien fait de concret pour les arrêter³⁰, les deux précités ayant d'ailleurs trouvé refuge au Rwanda. Deuxièmement, après les incidents de 2008-2009 et à la suite de l'arrestation de M. Nkunda par les autorités rwandaises, le gouvernement congolais avait demandé son extradition pour le juger³¹. M. Nkunda lui-même ne s'y serait pas opposé et se disait également prêt à être jugé par la C.P.I.³². Cependant, le Rwanda aurait refusé au motif que sa Constitution interdisait l'extradition des suspects vers les pays où ils risquaient la peine de mort³³. Le Rwanda, bien que détenant M. Nkunda, ne semble pas techniquement « avoir la volonté » au sens de l'article 17 du Statut de la C.P.I., de le juger effectivement pour les crimes qu'il aurait commis en R.D.C.. Le contraire serait d'ailleurs surprenant puisque c'est le Rwanda qui le soutenait. Sur ce point, il faut d'ailleurs rappeler que M. Nkunda avait saisi la Cour suprême de Kigali pour se plaindre de la détention illégale dont il serait l'objet au Rwanda et dont il imputait la responsabilité au général James Kabarebe, chef d'Etat-Major général de l'armée rwandaise. La Cour suprême de Kigali a déclaré cette requête irrecevable³⁴. Et, dans la décision de cette Cour, l'on constate que l'intéressé ignore aussi bien les motifs de sa détention au Rwanda que la juridiction auprès de laquelle il doit porter son recours pour recouvrer la liberté. Si la Cour suprême a eu raison de ne pas entrer dans le fond de l'affaire en se limitant simplement à la question de la recevabilité, la lecture de l'arrêt démontre que l'arrestation de M. Nkunda n'est officiellement fondée sur aucune charge³⁵. Le résultat auquel l'on aboutit est que le Rwanda ne veut ni juger M. Nkunda, ni l'extrader en R.D.C..

Au regard de cette réalité, la C.P.I. est apparue comme la seule juridiction capable de poursuivre et de juger M. Nkunda. Mais à ce jour, deux ans plus tard après l'arrestation de Nkunda, rien n'indique que le Procureur

³⁰ H.R.W., *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 en ligne sur <http://www.hrw.org/en/news/2006/02/01/rd-congo-arr-tez-laurent-nkunda-pour-crimes-de-guerre> (consulté le 21 juin 2011).

³¹ Radio France Internationale, *Kinshasa demande l'extradition de Laurent Nkunda*, 23 janvier 2009, article disponible en ligne sur http://www.rfi.fr/actufr/articles/109/article_77678.asp (consulté le 29 mars 2011).

³² Radio Okapi, *Kigali : Nkunda accepte d'être jugé en R.D.C. ou d'aller en exil*, 18 janvier 2010, disponible en ligne sur <http://radiookapi.net/sans-categorie/2010/01/18/kigali-nkunda-accepte-d%E2%80%99etre-juge-en-rdc-ou-d%E2%80%99aller-en-exil/> (consulté le 28 mars 2011).

³³ Le Potentiel, *La R.D.C. n'ayant pas encore aboli la peine de mort Kigali refuse d'extrader Nkunda à Kinshasa*, Edition 5052 du lundi 9 août 2010, disponible en ligne sur http://www.lepotentiel.com/afficher_article.php?id_edition=&id_article=99356 (consulté le 28 mars 2011). Dans ce numéro, l'article de presse rapporte les propos de la ministre rwandaise des Affaires étrangères et de la Coopération internationale, Louise Mushikiwabo, interrogée par la *British Broadcasting Corporation* (BBC). Selon la ministre rwandaise, le gouvernement rwandais craindrait que l'ex-général congolais soit exécuté à l'issue d'un procès qui serait organisé et le condamnerait à mort en R.D.C.. Toutefois, « les concertations se poursuivent entre les autorités rwandaises et congolaises », aurait-elle ajouté.

³⁴ Cour suprême de Justice de Kigali, *Affaire Nkunda Mihigo Laurent c. Général James Kabarebe*, Arrêt RP 0001/09/CS, 26 mars 2010, document disponible en ligne sur http://rabbitsliketrumpets.typepad.com/Docs_NLP_Rwanda_Nkunda_Laurent_Rwandan_Supreme_Court_Ruling_on_Jurisdiction_2_6-03-2010.pdf (consulté le 7 novembre 2010).

³⁵ *Idem*.

de la C.P.I. a l'intention de le poursuivre. Et, si l'on retournait contre la C.P.I. elle-même les critères du manque de volonté tels que le prévoit son Statut à l'article 17-2, le temps écoulé, depuis le communiqué précité du Procureur de la C.P.I. et l'arrestation de M. Nkunda, permettrait de conclure au manque de la volonté de la C.P.I. de poursuivre non seulement cet individu, mais aussi de formuler des nouvelles charges contre M. Ntaganda pour les crimes liés à ses activités au sein du C.N.D.P., ou encore d'ouvrir des nouvelles affaires relatives aux crimes imputés aux forces du C.N.D.P. ou celles des F.D.R..

En ne poursuivant pas les crimes imputés au C.N.D.P., aux F.D.R. et autres forces rwandaises, la C.P.I. créditerait la thèse de ceux qui, au regard de la situation en Ouganda, en République centrafricaine ou encore en R.D.C., la suspectent d'axer sa stratégie de poursuites uniquement contre les rebelles ou les opposants aux régimes politiques en place, laquelle stratégie est en réalité la conséquence de la politique d'encouragement des renvois dits volontaires de la part des Etats territorialement compétents³⁶. Dans ce sens, certains auteurs ont déjà prévenu sur le danger de cette approche. Ainsi, George Fletcher soutient que « the danger of this approach is that ICC will become embroiled in civil strife and deploy the powers of the criminal law to strengthen one party against the other »³⁷.

Les poursuites des seuls rebelles, comme dans l'affaire Mbarushimana, exposerait donc les actions de la C.P.I. à une perception négative consistant à la voir comme instrumentalisée par le gouvernement rwandais, alors que le Rwanda n'est même pas Partie à son Statut. Dans ce sens, les poursuites contre les F.D.L.R., au-delà de la nécessité de réprimer les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité qui leur sont imputés, seraient simplement guidées par le désir de neutraliser voire de démanteler l'opposition politique (armée ou non-armée) contre le gouvernement rwandais actuel. La C.P.I. serait alors en train de se réduire à un instrument de persécution des opposants politiques, et, par voie de conséquence, de consolidation des régimes autoritaires qui, paradoxalement, se rendent responsables de crimes relevant de sa compétence.

Ce risque est réel compte tenu du rapprochement entre le Bureau du Procureur et la présidence rwandaise à un moment qui manifestement était mal approprié. Pour rappel, il n'y a pas longtemps le Bureau du Procureur était critiqué pour avoir accepté de prendre part à la cérémonie d'investiture du président rwandais Paul Kagame³⁸. Cette investiture était consécutive à une élection controversée qui l'a reconduit au pouvoir, et au cours de laquelle il a remporté un score de 93 % que d'aucuns ont qualifié de « stalinien ». Ce rapprochement a par ailleurs eu lieu alors que circulait le projet du rapport de Mapping, entretemps publié,

³⁶ SCHABAS William. A., « Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, 2008, p. 751; Voir aussi Human Rights Watch, *Une Cour pour l'Histoire, Les premières années de la Cour pénale à l'examen*, précité, p. 46.

³⁷ FLETCHER George P., *The Grammar of Criminal Law, America, Comparative, and International. Volume One: Foundations*, Oxford University Press, 2007, p. 189.

³⁸ DIANA G. Joachim, « Une délégation de la Cpi à Kigali : Moreno innocente Kagame », *Afriqueactu*, 7 septembre 2010, disponible en ligne sur <http://afriqueactu.net/6534/a-la-une/une-delegation-de-la-cpi-a-kigali-moreno-innocente-kagame> (consulté le 2 novembre 2010).

du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies qui indiquait que les forces rwandaises, commandées par le président précité, se seraient rendues responsables de graves crimes de guerre, de crimes contre l'humanité, voire de crimes de génocide en R.D.C.³⁹. L'on pourrait soutenir que la plupart de crimes dénoncés dans ce rapport pourraient échapper à la compétence temporelle de la C.P.I.. Mais, une telle position ne justifie en rien l'indifférence du Procureur de la C.P.I. par rapport à la gravité des allégations portées contre les autorités rwandaises. Par ailleurs, adopter cette position serait faire preuve de manque d'imagination : le crime des supérieurs hiérarchiques, et plus particulièrement celui des chefs militaires, peut être considéré comme un crime *continu*. En effet, l'omission continue et délibérée d'un chef militaire d'enquêter sur et de réprimer les comportements criminels de ses forces alors qu'il en a été clairement informé, est un acte criminel continu. Selon le Statut de Rome, et sur la base de la jurisprudence de la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour le Rwanda (T.P.I.R.) dans l'affaire *H. Ngeze et F. Nahimana*⁴⁰, rien n'interdit qu'un chef militaire réponde pénalement de son omission à sanctionner les crimes de ses forces, commis à une époque antérieure à l'entrée en vigueur du Statut, si par cette omission délibérée, il a contribué à la commission des crimes de ses subordonnés qui eux, sont survenus après l'entrée en vigueur du Statut et rentrent, de ce fait, dans la compétence temporelle de la C.P.I.⁴¹. Or, à ce jour, on peut constater que malgré le volume impressionnant des rapports aussi bien des Nations Unies que des O.N.G. de défense des droits de l'homme suspectant les forces rwandaises des pires crimes commis en R.D.C. et portés à la connaissance des autorités rwandaises, ces dernières se sont toujours contentées de contester la crédibilité de ces informations tout en s'abstenant d'ouvrir une enquête pour réprimer les agissements criminels de leurs forces en R.D.C. et contribuer ainsi à leur prévention.

L'arrestation de M. Mbarushimana, réalisée comme par hasard avec la coopération des autorités rwandaises, à une période où ces dernières étaient visées dans le rapport précité, pourrait avoir comme effet (si ce n'est comme finalité) de détourner l'attention de l'opinion publique sur les responsabilités des autorités rwandaises dans la commission des crimes commis dans l'est de la R.D.C.. En accordant la priorité aux crimes des F.D.L.R., tout en entretenant le silence sur ceux du C.N.D.P. et des forces rwandaises, la C.P.I. risque d'emboîter le pas au T.P.I.R. qui, à ce jour, est en train de clôturer ses travaux sans avoir poursuivi un seul Tutsi ni un seul élément des forces du Front (Armée) Patriotique Rwandais(e) (F/APR) commandé(e) par l'actuel président rwandais, alors que ces derniers sont loin d'avoir été des enfants de chœur au cours du conflit armé de 1990-1994⁴² et même dans les conflits armés qui se sont poursuivis à l'est de la R.D.C.,

³⁹ Voy. Rapport du projet Mapping (déjà cité), §§ 494-496 et 512.

⁴⁰ T.P.I.R., Chambre d'appel, *Affaire Hassan Ngeze et Ferdinand Nahimana c. Le Procureur*, « Décisions sur les appels interlocutoires », n° ICTR-99-52-A, 5 septembre 2000. Dans cet arrêt, la chambre d'appel du T.P.I.R., après avoir reconnu « qu'une personne ne peut être accusée que pour un crime commis entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994 », a néanmoins soutenu que « cela ne saurait empêcher un acte d'accusation de faire référence, en guise d'introduction, à des crimes commis antérieurement par un accusé ».

⁴¹ Sur la limitation de la compétence *ratione temporis* de la C.P.I. par rapport aux crimes continus, voir BOURGON Stéphane, « Jurisdiction *Ratione Temporis* » in CASSESE A., GAETA P. et JONES J.R.W.D. (ed.), *op. cit.*, pp. 550-551.

⁴² *Preliminary report of the Independent Commission of Experts established in accordance with Security Council resolution 935 (1994)*, Doc. ONU S/1994/1125, 4 October 1994, § 82. Sur l'implication des forces du Front/ (Armée) Patriotique du Rwanda dans

comme l'a démontré le rapport précité du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies.

De ce point de vue, l'arrestation de M. Mbarushimana appelle à une certaine prudence. Nous verrons d'ailleurs que le choix prioritaire accordé à cette affaire suscite des doutes quant à sa conformité aux exigences de la complémentarité de la C.P.I. par rapport aux tribunaux nationaux.

IV. — L'affaire Mbarushimana et la doctrine de la complémentarité positive

L'affaire Mbarushimana est clairement connexe à celle de MM. Ignace Murwanashyaka et Straton Musoni, tous deux arrêtés par la police fédérale allemande le 17 novembre 2009. L'arrestation de ces deux derniers serait consécutive au dépôt du rapport final du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo créé par la résolution 1533 (2004), rapport transmis en novembre de la même année⁴³.

Dans la décision ordonnant l'arrestation de M. Mbarushimana, le raisonnement de la chambre part effectivement de l'existence d'un plan criminel commun qui aurait existé entre M. Mbarushimana et les deux précités. Ce plan criminel aurait eu comme objectif d'attaquer des civils pour créer une catastrophe humanitaire.

A la suite de l'arrestation de M. Mbarushimana, le Procureur a qualifié la coopération de la France, de l'Allemagne, de la R.D.C. et du Rwanda d'« exemple concret de la complémentarité positive à l'œuvre »⁴⁴. Toutefois, des doutes sérieux peuvent être émis quant à la pertinence de cette affirmation. En effet, la doctrine de la « complémentarité positive » a été brillamment défendue notamment par M. William W. Burke-White⁴⁵. Globalement, cette doctrine consiste à encourager et même à inciter les tribunaux nationaux à enquêter sur et à poursuivre les individus suspectés d'avoir commis des crimes relevant de la compétence de la C.P.I., afin de ne laisser à cette dernière que les crimes pour lesquels les États n'ont ni la volonté ni la capacité de poursuivre. Elle se fonde sur l'une des particularités de la C.P.I. qu'explique M. Castern Stahn: « [t]raditionally, cooperation with international tribunals have been construed in an one-sided fashion,

les crimes survenus durant la guerre de 1994, ce rapport affirmait: « [t]he Commission of Experts has concluded that there exist substantial grounds to conclude that mass assassinations, summary executions, breaches of international humanitarian law and crimes against humanity were also perpetrated by Tutsi elements against Hutu individuals and that allegations concerning these acts should be investigated further. To this point, the Commission has not uncovered any evidence to indicate that Tutsi elements perpetrated acts committed with intent to destroy the Hutu ethnic group as such within the meaning of the Genocide Convention of 1948 ».

⁴³ *Rapport final du Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo*, Doc ONU S/2009/603, du 23 novembre 2009. Ici il faut préciser que ce rapport final a d'abord été envoyé au président du Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1533 (2004) par le Groupe d'experts sur la République démocratique du Congo le 9 novembre 2009, et que ce dernier l'a ensuite envoyé au président du Conseil de sécurité le 23 novembre 2009 (voir la Lettre datée du 23 novembre 2009, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Président du Comité du Conseil de sécurité créé par la résolution 1533 (2004) concernant la République démocratique du Congo, S/2009/603, du 23 novembre 2009).

⁴⁴ C.P.I., Bureau du Procureur, « Nouvelle arrestation de la CPI ... », Communiqué de presse précité.

⁴⁵ BURKE-WHITE William W., « Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice », *Harvard International Law Journal*, Vol. 49, n° 1, 2008, pp. 53-108. Voir aussi dans le même sens HELLER Kevin Jon, « The Shadow Side of Complementarity: The effect of Article 17 of the Rome Statute on National Due Process », *Criminal Law Forum*, 17, 2006.

namely as entailing assistance and support from states to an international tribunal. The [Rome] Statute corrects with this tradition. It foresees the option of 'reverse' cooperation, namely the provision of assistance and support from the Court to domestic jurisdictions for the purpose of investigation and prosecutions under article 93(10) »⁴⁶.

Au nom de cette doctrine, on s'attendrait à ce que ce soit plutôt l'Allemagne qui demande à la France l'extradition de M. Mbarushimana pour joindre cette affaire à celle de M. Murwanashyaka et consort. Il revenait donc à la C.P.I. d'encourager et de soutenir la France ou l'Allemagne, non pas à coopérer dans l'arrestation et la remise de M. Mbarushimana à la C.P.I., mais plutôt à le poursuivre eux-mêmes. A cette occurrence, le rôle de la C.P.I. aurait alors consisté à communiquer à l'Allemagne les éléments de preuves dont il ne disposerait pas afin que cet Etat poursuive M. Mbarushimana, conjointement avec M. Murwanashyaka et consort. En coopérant avec l'Allemagne pour que ses tribunaux étendent leurs poursuites à M. Mbarushimana, cela aurait sans doute facilité la tâche des victimes et des témoins, dans la mesure où ils ne seraient pas écartelés entre ces deux tribunaux différents et éloignés l'un par rapport à l'autre, puisqu'il s'agit apparemment des mêmes faits ou incidents. En agissant ainsi, la C.P.I. aurait consacré ce qui a été appelé la complémentarité vers le bas (*'Reverse cooperation'*), et qui est la méthode de coopération que prône l'ancien Procureur-adjoint du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), M. David Tolbert⁴⁷. Cette complémentarité est d'ailleurs consacrée à l'article 93-10 du Statut. Mais, dans l'affaire Mbarushimana, on constate que la C.P.I. le poursuit directement sans chercher à vérifier, ni à démontrer l'incapacité ou le manque de volonté de la France, de l'Allemagne ou de la R.D.C. à le poursuivre eux-mêmes. Dans ce contexte, il n'est plus possible de savoir si l'on est toujours dans les règles de la complémentarité, passive ou positive, de l'exercice de la compétence de la C.P.I. L'attitude de la C.P.I. consistant à s'attaquer aux affaires sans vérifier, et encore moins démontrer, le manque de volonté ou l'incapacité des États les plus naturellement concernés, est devenue apparemment fréquente depuis les premières affaires qu'elle traite⁴⁸. Certains auteurs ont d'ailleurs exprimé leur inquiétude face à cette tendance et ont été amenés à se demander si elle ne conduisait pas au résultat contraire à l'objectif que poursuivaient les rédacteurs du Statut de la C.P.I., consistant à faire de celle-ci une Cour de dernier recours⁴⁹.

Maintenant que la C.P.I. a décidé de poursuivre M. Mbarushimana, au moins trois questions d'ordre pratique se posent pour une bonne administration de la justice : 1) la C.P.I. va-t-elle mener des poursuites séparées

⁴⁶ STAHN Carsten, « Complementarity: A Tale of Two Notions », *Criminal Law Forum*, Vol. 19, 2008, p. 93.

⁴⁷ TOLBERT David & KONTIC Aleksander, « The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Transitional Justice, the Transfer of Cases to National Courts, and Lessons for the ICC », in STAHN C. et SLUITER G. (ed.), *The Emerging Practice of International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 135-162.

⁴⁸ SCHABAS William A., « First Prosecutions at the International Criminal Court », *Human Rights Law Journal*, Vol. 27, 2006, pp. 25-40.

⁴⁹ Voir dans ce sens, JURDI Nidal Nabil, « The Prosecutorial Interpretation of the Complementarity Principle: Does it Really Contribute to Ending Impunity on the National Level? », *International Criminal Law Review*, Vol. 10/1., 2010, pp. 73-96 ; SACOUTO Susana et CLEARY Katherine, « The Katanga Complementarity Decisions: Sound Law but Flawed Policy », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23/2, 2010, pp. 363-374.

pour ces deux affaires malgré leur incontestable connexité ; 2) va-t-elle renvoyer aux tribunaux allemands l'affaire Mbarushimana pour qu'elle soit jointe à l'affaire Murwanashyaka et consort; ou 3) va-t-elle demander à l'Allemagne de lui transférer l'affaire Murwanashyaka et consort afin qu'elle la joigne à celle de M. Mbarushimana ? La réponse à ces trois questions devra prendre en compte les exigences de la complémentarité et les intérêts des victimes et des témoins et peut-être aussi la consistance des charges.

V. — L'imprécision des charges et la gravité de l'affaire Mbarushimana

En lisant attentivement la décision ordonnant l'arrestation de M. Mbarushimana, on est amené à exprimer quelques réserves par rapport à la cohérence de l'argumentation avancée par la Cour et par rapport à la gravité de l'affaire en vertu de l'article 17-1-d du Statut.

Concrètement, il est reproché à M. Mbarushimana d'avoir fait partie de la direction d'un groupe armé, en l'occurrence les F.D.L.R., qui aurait « commis des crimes contre la population civile afin de créer une « catastrophe humanitaire »⁵⁰ et d'avoir, parallèlement à cette activité criminelle, mené une campagne médiatique internationale ayant pour objectif « de dissimuler l'implication des F.D.L.R. dans les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité qui auraient été commis en en rejetant publiquement la responsabilité sur les forces armées de la R.D.C. et du Rwanda afin que les gouvernements de ces deux pays finissent par leur concéder un pouvoir politique »⁵¹.

Il est important de faire observer, à ce niveau, que ce qui est reproché à M. Mbarushimana, ce n'est pas sa qualité de membre, ni de leader des F.D.L.R.. Il ne s'agit pas en effet d'un délit d'appartenance à un groupe armé, en l'occurrence les F.D.L.R.. Ce mode de responsabilité n'est pas prévu dans le Statut de Rome. A propos précisément des modes de responsabilité, il est important de faire remarquer que M. Mbarushimana n'est pas poursuivi en tant que co-auteur (*co-perpetrator*), tel que prévu à l'article 25-3-a du Statut. Il faut ici rappeler que ce mode, sur lequel le Procureur avait initialement fondé son accusation, a été rejeté par la chambre préliminaire⁵². M. Mbarushimana n'est pas non plus poursuivi pour avoir *ordonné* ou *encouragé* ou *facilité* la commission des crimes imputés aux F.D.L.R., ce qui correspondrait aux hypothèses prévus aux

⁵⁰ C.P.I., Chambre préliminaire I, *Affaire le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, précité., § 32.

⁵¹ *Ibid.*, § 33.

⁵² *Ibid.*, §§ 35-36 : « Cependant, la Chambre réaffirme que la coaction fondée sur le contrôle exercé conjointement sur le crime, que celui-ci soit commis par les coauteurs ou exécuté par l'intermédiaire d'une autre personne, exige que la contribution au plan commun soit essentielle dans le sens où chaque coauteur devrait avoir le pouvoir, en n'accomplissant pas ses tâches, d'empêcher la commission du crime de la façon dont il a été commis [...] En l'espèce, s'il y a des motifs raisonnables de croire que Callixte Mbarushimana a contribué au plan commun de la manière décrite plus haut, la Chambre conclut à ce stade que les preuves ne suffisent pas à donner des motifs raisonnables de croire qu'il détenait le pouvoir, en n'accomplissant pas ses tâches, d'empêcher la commission des crimes. Par conséquent, la Chambre trouve à ce stade que les preuves présentées ne suffisent pas à donner des motifs raisonnables de croire que la contribution de Callixte Mbarushimana était essentielle, et que sa participation à la commission des crimes allégués par le Procureur est celle d'un coauteur ou d'un coauteur indirect, au sens de l'article 25-3-a du Statut ».

paragraphe b) et c) de l'article 25-3 du Statut. Enfin, il ne lui est pas reproché une éventuelle responsabilité en tant que supérieur hiérarchique (civil ou militaire) des F.D.L.R., ce qui le placerait dans l'hypothèse de l'article 28 du Statut.

Les poursuites exercées contre M. Mbarushimana sont fondées sur le fait pour ce dernier d'avoir « contribué de toute autre manière à la commission des crimes », ce qui le place dans l'hypothèse prévue au paragraphe d) de l'article 25-3 du Statut. C'est en ce sens que le grief principal porté contre lui consiste essentiellement dans la « campagne médiatique » consistant à nier l'implication des F.D.L.R. dans les crimes commis dans les deux Kivu. Sur ce point, la chambre préliminaire a affirmé que cette « campagne internationale a contribué à la commission des crimes allégués en ce sens qu'elle a motivé et encouragé les troupes des F.D.L.R. présentes sur le terrain »⁵³. Or, par cette affirmation, la chambre préliminaire soutient indirectement l'existence d'un lien de causalité entre la campagne médiatique et la commission des crimes. Si telle est effectivement sa position, force est malheureusement de constater que ce lien de causalité paraît absurde pour les raisons suivantes.

D'abord, chronologiquement, relevons que l'acte de « contribution » de M. Mbarushimana, à savoir la campagne médiatique, intervient *après* la commission des crimes. Il est chronologiquement absurde de faire une campagne médiatique sur un crime qui n'a pas encore eu lieu. Dans ce cas en effet, ladite campagne serait sans objet. Cela dit, il devient alors difficile de comprendre comment un acte postérieur à la commission d'un crime peut y avoir contribué. Il est vrai que la logique défendue par l'accusation est sans doute celle d'une « complicité après la commission des crimes » sur laquelle nous reviendrons. Dans ce sens, il s'agit donc d'une série de crimes ayant débuté vers le 20 janvier 2009 et qui se sont déroulés sur un espace de temps assez long, de sorte que la campagne médiatique sur les premiers crimes aurait contribué à la commission des crimes ultérieurs. Mais dans cette optique, il faudra alors reconnaître que le suspect ne peut avoir « contribué » aux premiers crimes, puisque sa prétendue « contribution » intervient logiquement après leur commission. Or, en lisant la décision, on constate que tous les 11 chefs d'accusation comportent une seule et même période : « du 20 janvier 2009 ou vers cette date jusqu'à la date de la présente requête »⁵⁴. On n'y retrouve donc pas la précision de l'influence que la campagne médiatique sur les premiers crimes (du 20 janvier) aurait eue sur la commission des crimes ultérieurs. Et du coup, le lien de causalité qu'établit la chambre entre la campagne médiatique et la commission des crimes devient difficile à comprendre.

En se fondant sur la théorie de la complicité après la commission du crime, certains éléments doivent être rappelés. En premier lieu, cette théorie a fait l'objet de vives controverses au sein de la Commission du droit international (C.D.I.) des Nations Unies dans le cadre de ses travaux sur le projet de Code des crimes contre

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Ibid.*, §10.

la paix et la sécurité de l'humanité. La controverse avait été résolue par un compromis qui était de « considérer comme complicité toute aide, assistance ou moyens fournis *ex post facto* s'ils répondaient à un accord conclu avant la perpétration du crime »⁵⁵.

En deuxième lieu, le Statut de la C.P.I., rédigé pourtant quelques années après la discussion au sein de la C.D.I. sur la théorie de complicité après le crime, est resté silencieux sur cette question. Ce silence a été perçu par d'aucuns comme militant en défaveur de l'insertion de ladite théorie dans les formes de complicité prévues dans le Statut⁵⁶. Ainsi, Kai Ambos soutient que l'article 25 du Statut de Rome ne se référerait pas à la complicité après la commission du crime. Toutefois, cet auteur estime qu'il est possible de considérer comme complicité toute aide, assistance ou moyens fournis *ex post facto* s'ils répondaient à un accord conclu avant la perpétration du crime⁵⁷, rejoignant ainsi la position antérieurement arrêtée au sein de la C.D.I. Il importe toutefois de relever que la jurisprudence du T.P.I.Y. avait expressément admis cette théorie dans le jugement dans l'affaire Tadic⁵⁸.

Au regard de ces prises de position aussi bien de la C.D.I. que du T.P.I.Y. et face au silence du Statut de Rome, Albin Eser est parvenu à la conclusion suivante :

« As the silence of law-makers is always ambiguous and does not necessarily point in one or other

⁵⁵ Voir *Annuaire de la CDI*, 1991, Vol. II (2^{ème} Partie), pp. 102-103, commentaire relatif à l'article 3 : « La plupart des membres se sont accordés à penser que toute aide ou assistance ou moyens fournis avant la perpétration du crime ou pendant la commission de celui-ci, constituaient des cas manifestes de complicité. En revanche, les avis se sont partagés sur la façon de considérer l'aide, l'assistance ou les moyens fournis *ex post facto*, c'est-à-dire après la commission du crime, par exemple pour faciliter la fuite de l'auteur, pour faire disparaître les instruments ou les fruits du crime, etc. Une conclusion a semblé se dégager dans le sens de considérer comme complicité toute aide, assistance ou moyens fournis *ex post facto* s'ils répondaient à un accord conclu avant la perpétration du crime. Cependant les opinions ont été partagées s'agissant de l'aide, assistance ou accord fournis *ex post facto* sans qu'un accord préalable soit intervenu. Pour certains membres, représentants de certains systèmes juridiques, il s'agissait là également de complicité, et le complice serait appelé, sous ces systèmes juridiques, *an accessory after the fact*. D'autres membres, en revanche, pensaient qu'il s'agissait là d'une infraction de nature différente, appelée le recel. Ils ne concevaient pas, par exemple, que la personne qui donnait refuge à l'auteur d'un génocide puisse être assimilée à celui-ci, en tant que participant à un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Cette personne commettait un crime, certes, mais ne participait pas à la perpétration d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité ».

⁵⁶ ESER Albin, « Individual Criminal Responsibility » in CASSESE A., GAETA P., JONES J.R.W.D. (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, op. cit., p. 807 : « As the Rome Statute did not address this question, it must be assumed that it was not prepared to accept this position ». Cet auteur cite sur ce point BASSIOUNI M. Cherif, *The Statute of the International Criminal Court : A Documentary History*, 1998, p. 141, note 4.

⁵⁷ AMBOS Kai, « Individual Criminal Responsibility, Article 25 Rome Statute » in TRIFFTERER O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, 2^{ème} éd., CH Beck Hart Nomos, 2008, pp. 769-770 : « Article 25 does not refer to acts of complicity after the commission of the crime. The ILC wanted to include such acts within the concept of complicity if they were based on a commonly agreed plan; in the absence of such a plan the person would only be liable pursuant to a distinct offence ("harbouring a criminal"). This is the correct view since a prerequisite of accomplice liability is an "attributory" nexus (...) between the main offence and the act of assistance. Thus, assistance that occurs after the commission of the main offence may only entail criminal responsibility if there is a link to the accomplice's conduct before commission of the main offence, or more exactly, before its completion. In most cases such a link consists in a prior common agreement which extends beyond the completion of the main offence ».

⁵⁸ T.P.I.Y., Chambre de première instance, *Affaire le Procureur c. Dusco Tadic alias « Dule »*, n° IT-94-1-T, Jugement du 7 mai 1997, § 692 : « En bref, l'accusé sera jugé pénalement coupable pour tout comportement où il aura été déterminé qu'il a participé sciemment à la perpétration d'un crime qui contrevient au droit international humanitaire et que sa participation a influé directement et substantiellement sur la perpétration de ce crime en appuyant sa perpétration effective avant, durant ou après l'incident. Il sera aussi tenu responsable pour tout ce qui résulte naturellement de la perpétration de l'acte en question ».

direction, the better reasons espouse including even contributions after the fact and into the general concept of participation if they have both a causal connection with the final accomplishment of the crime and have been made with intent to this effect »⁵⁹.

Quoi qu'il en soit, en retenant la théorie de la complicité après la commission du crime comme base des poursuites de l'affaire Mbarushimana, il sera alors impérieux d'établir un lien de causalité minimal entre l'acte et la commission des crimes.

Or, en essayant d'approfondir ce lien, on se heurte à une seconde difficulté : dans quelle mesure une campagne médiatique consistant à *nier* la responsabilité des crimes imputés à un groupe armé, peut-elle avoir contribué à leur commission ? En effet, il ne s'agit pas ici d'une revendication du crime, comme peuvent le faire les organisations terroristes. Il ne s'agit pas non plus d'une apologie du crime. Il s'agit exactement d'une campagne médiatique consistant à nier les crimes ou en tout cas, à en imputer la responsabilité aux F.D.L.R.. Il faut d'ailleurs rappeler que l'on n'a pas affaire, dans ce cas, à des crimes qui ont été judiciairement établis, ce qui renverrait éventuellement à l'infraction de négationnisme. Il s'agit des crimes qui auraient été rapportés par les médias, les rapports des O.N.G. ou des Nations Unies. Aussi, la question demeure : de quelle manière la négation de ces crimes peut-elle contribuer à la commission des crimes ?

Pour tenter d'y répondre, l'on peut faire un rapprochement avec le message que véhicule un dicton cynique qui dit : « lorsque vous tuez 2 personnes, vous êtes envoyé en prison. Lorsque vous en tuez 200, vous êtes envoyé dans un asile psychiatrique. Et lorsque vous en assassinez 200.000, vous êtes invité à une conférence de paix ». Selon ce dicton, on peut comprendre que des groupes armés utilisent leur « capacité de nuisance » pour imposer leurs revendications politiques. Mais, une telle stratégie n'est possible que lorsqu'ils assument publiquement la responsabilité des actes criminels qu'on leur impute, c'est-à-dire lorsqu'ils les revendiquent. On ne voit pas comment ils tireront avantage de la *négation* des crimes qui leur sont imputés en vue de donner du poids à leur revendication politique. Ainsi, pour le cas des leaders des F.D.L.R. on comprend mal l'argumentation consistant à soutenir que le fait pour eux de nier leur implication dans les crimes qui leur étaient reprochés soit utilisé comme moyen pour que « les gouvernements de ces deux pays finissent par leur concéder un pouvoir politique »⁶⁰. Il y a clairement une incohérence entre le moyen utilisé et l'objectif poursuivi. Si l'objectif consiste à faire pression sur les deux gouvernements pour qu'ils leur concèdent un pouvoir politique, l'on comprendrait alors, qu'ils revendiquent la responsabilité des moyens criminels auxquels ils recourent pour exercer cette pression. Mais s'ils nient leur implication dans les crimes, on ne voit pas comment ils pourraient être accusés de recourir à ces crimes dans l'objectif de faire pression sur les deux gouvernements.

⁵⁹ ESER Albin, « Individual Criminal Responsibility », *loc. cit.*, p. 807.

⁶⁰ C.P.I., *Affaire le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, Chambre préliminaire I, *op. cit.*, § 33.

La mesure dans laquelle la *négation* d'un crime peut avoir contribué à, voire encouragé, après coup, sa commission reste assez douteuse puisqu'elle suppose l'existence d'une obligation de reconnaître ledit crime et un lien de causalité entre la négation du crime et sa survenance, ce qui est difficile à démontrer dans ce cas.

La contestation de la crédibilité d'une information n'est pas en soi un acte criminel, ni un acte d'encouragement à la commission des crimes, même si l'objet de l'information contestée porte sur un crime grave. Il est vrai que dans le cadre de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques, l'attitude que le supérieur peut adopter face à une information relative à des crimes graves imputés à ses subordonnés peut être prise en compte pour établir sa responsabilité pénale en tant que supérieur hiérarchique. Tel peut être le cas lorsque, face à la gravité de l'information qui exigeait l'ouverture d'une enquête pour prévenir ou punir les auteurs des crimes, ledit supérieur s'est contenté de nier les faits sans entreprendre d'autres actions. Et, même dans ce cas, ce qui leur serait reproché, serait, non pas le fait d'avoir contesté la crédibilité des informations qui faisaient état des comportements criminels de leurs subordonnés, mais leur omission à enquêter afin de prendre des mesures préventives ou répressives à l'encontre des auteurs présumés. En dehors de la responsabilité des supérieurs et dans les limites imposées par cette théorie, on ne voit pas comment l'on rendrait une personne responsable en vertu de l'article 25-3-d du Statut, en s'appuyant sur la théorie de la complicité après la commission, des crimes imputés à un groupe armé, simplement parce qu'étant l'un des leaders de ce groupe armé, il aurait nié l'implication dudit groupe armé dans la commission des crimes.

Quoi qu'il en soit, dans l'affaire Mbarushimana, le Procureur pourrait en plus être confronté à la difficulté de démontrer la gravité de l'affaire pour justifier des poursuites au niveau international. L'analyse de la gravité exige qu'on opère un *distinguo* entre la gravité d'une affaire et celle d'une situation, puisque l'article 17-1-d du Statut ne parle que de la gravité d'une « affaire »⁶¹. Si les crimes commis à l'est de la R.D.C. sont incontestablement assez graves, cela n'implique pas forcément la gravité de l'affaire Mbarushimana. En effet, comme on peut le constater, les poursuites contre ce dernier ne sont pas fondées sur son éventuel rôle comme co-auteur, mais comme complice desdits crimes. De toute évidence, la corréité et la complicité ne peuvent pas être situées au même niveau de gravité. Ensuite, le type de complicité dont il s'agit est celle d'avoir contribué de « toute autre manière » à la commission des crimes. Si la force de la formule de l'article 25-3-d du Statut réside dans sa généralité, cette même généralité peut susciter des réserves en ce qui concerne la gravité de cette forme de responsabilité. Enfin, il s'agit d'une complicité *après* la commission des crimes. Il va sans dire que l'on ne peut recourir à ce mode de participation que lorsque l'on n'a pas été en

⁶¹ Sur la question de la gravité, voir SACOUTO Susana et CLEARY Katherine, « The Gravity Threshold of the International Criminal Court », *American University International Law Review*, 2008, pp. 807-854; MURPHY Ray, « Gravity Issues and the International Criminal Court », *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006, pp. 281-315; EL ZEIDY Mohamed M., « The Gravity Threshold under the Statute of the International Criminal Court », *Criminal Law Forum*, Vol. 19, 2008, pp. 35-57.

mesure de démontrer l'implication directe de la personne en tant que co-auteur ou auteur moral ou encore en tant que supérieur hiérarchique.

En résumé, tel que l'affaire est présentée par la C.P.I., la formulation des charges retenues ainsi que le recours à la théorie controversée de la complicité après la commission des crimes dans le Statut de la C.P.I. pour fonder les poursuites contre M. Mbarushimana, pourraient entraîner le gaspillage des ressources de la C.P.I. sur une affaire qui n'a pas beaucoup de chances d'aboutir et qui risque d'avoir comme résultat de nuire à la crédibilité de la Cour.

CONCLUSION

Au regard de ce qui précède, l'on peut conclure que l'exercice des poursuites par la C.P.I. dans l'affaire Mbarushimana comporte sans doute certains points positifs. Il s'agit notamment d'un signal fort que la C.P.I. lance contre les auteurs des crimes commis dans les deux Kivus en R.D.C.. Il s'agit aussi de la possibilité pour la C.P.I. de poursuivre les ressortissants rwandais pour les crimes commis en R.D.C., peu importe que le Rwanda ait ratifié le Statut de Rome ou pas. Il s'agit enfin de la coopération du Rwanda dans les enquêtes et les poursuites de la C.P.I..

Toutefois, certains éléments appellent à une certaine prudence. Il s'agit d'abord du fait que le choix de l'affaire Mbarushimana suscite des interrogations sur la cohérence de la stratégie des poursuites du Procureur, dans la mesure où il accorde clairement la priorité aux crimes relativement récents imputés aux F.D.L.R., alors que les crimes d'autres groupes armés, notamment le C.N.D.P. et les F.D.R., relativement plus anciens et plus documentés que ceux des F.D.L.R., restent non-poursuivis. Le choix des crimes des F.D.L.R. et le silence sur les crimes imputés à des officiers rwandais, pourrait amener la Cour à être suspectée de vouloir consacrer une justice discriminatoire contre les Hutus et en faveur des Tutsi, comme certains accusent le T.P.I.R. de l'avoir fait. Dans le cadre strict de l'affaire Mbarushimana, le risque d'un tâtonnement judiciaire ne doit pas non plus être sous-estimé compte tenu de l'imprécision des charges retenues contre M. Mbarushimana. Le dernier élément qui suscite des préoccupations réside dans le risque de voir la C.P.I. gaspiller, et même épuiser, ses ressources limitées dans une affaire qui aurait dû être traitée par les tribunaux allemands et faciliter ainsi la tâche des victimes et témoins. Le choix fait par la C.P.I. de traiter cette affaire suscite des réserves quant au respect des exigences de la complémentarité, passive ou positive, par rapport aux tribunaux nationaux, allemands en l'occurrence. La complémentarité aurait commandé que la C.P.I. renvoie cette affaire à l'Allemagne et réserve ses ressources limitées aux seules affaires qui posent réellement problème, c'est-à-dire celles pour lesquelles les États n'ont effectivement pas la volonté ou la capacité de poursuivre. C'est en substance ce que l'on retrouve dans les travaux préparatoires du Statut de Rome⁶².

⁶² Voir le rapport du Comité préparatoire Doc. ONU A/CONF.183/2, 14 avril 1998, p. 155.