

Permanence et mutations du droit des conflits armés
Colloque Université Lyon 3
2-3 octobre 2008

**La juridictionnalisation du droit des conflits armés :
Les tribunaux internationaux mixtes**

Olivier de Frouville,
Professeur à l'Université de Montpellier 1, I.D.E.D.H. (E.A. 3976)*
Olivia Martelly,
Doctorante à l'Université de Montpellier 1, I.D.E.D.H. (E.A. 3976)**

Comme pour les plantes, les fruits et les légumes, l'hybridation est une quête aventureuse en matière de justice pénale internationale. L'intention – louable bien entendu – est de prendre ce qu'il y a de meilleur dans les deux espèces, interne et internationale, pour former une justice plus performante, plus adaptée au milieu dans lequel elle opère, plus juste peut-être. Le résultat n'est pas toujours celui que l'on attend. Toute science empirique exige de faire quelques expériences avant d'arriver à la formule optimale. Malheureusement, en matière de justice, on a rarement l'occasion d'évaluer *in vitro* le succès de l'hybride. C'est une expérience unique ; le bilan n'est donc jamais parfaitement univoque.

Beaucoup de choses ont été écrites au moment de la création de ces tribunaux, sur les modalités de leur création, sur leurs statuts¹. Des ouvrages plus récents donnent un premier compte rendu de la jurisprudence et permettent de mieux appréhender la contribution de ces institutions à l'enrichissement du droit international pénal². Mais le bilan d'ensemble reste à faire. Or une première génération de tribunaux hybrides a déjà porté ses fruits, ou est en train de parvenir à maturation : Timor, Kosovo, Tribunal Spécial Sierra Leone (même si le début tardif du procès Taylor en prolonge quelque peu l'existence), Cour d'Etat de Bosnie, en pleine floraison...

Il est donc possible aujourd'hui, pour les humbles laborantins que nous sommes, de faire un premier bilan d'étape, même si celui-ci n'est évidemment pas définitif. Et il se trouve que l'apport de certains de ces hybrides en matière de droit des conflits armés, sans être exceptionnel, est loin d'être négligeable.

* Olivier de Frouville a défini le plan de l'étude, écrit l'introduction et les parties consacrées à la Section de la Cour d'Etat de Bosnie.

** Olivia Martelly a écrit les parties consacrées au Tribunal Spécial sur la Sierra Leone et la conclusion.

¹ V. notamment : C. Denis, « Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone. Quelques observations », *Revue Belge de Droit International*, 2001, vol. 34, pp. 236-287 ; M. Frulli, « The Special Court for Sierra Leone : Some Preliminary Comments », *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11, n° 4, pp. 857-869 ; S. Linton, « Cambodia, East Timor and Sierra Leone : Experiments in International Justice », *Criminal Law Forum*, 2001, vol. 12, n° 2, pp. 185-246 ; C. P.R. Romano et Th. Boutruche, « Tribunaux pénaux internationalisés : état des lieux d'une justice "hybride" », *Revue générale de droit international public*, 2003, pp. 109-124 ; Y. Kerbrat, « Juridictions internationales et juridictionnelles nationales internationalisées : les tribunaux hybrides pour le Cambodge et la Sierra Leone », in P. Tavernier, *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruylant, 2004, pp. 263-273 ; C. P.R. Romano, A. Nollkaemper, J. K. Kleffner (ed.), *Internationalized Criminal Courts. Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, Oxford University Press, 2004 ; M. Alié, « Les Chambres extraordinaires établies au sein des tribunaux cambodgiens pour juger les hauts responsables khmers rouges », *Revue belge de droit international*, 2005, pp. 583-621.

² V. H. Ascensio, E. Lambert-Abdelgawad, J.-M. Sorel (ed.), *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Paris, Société de Législation Comparée, 2006 ; A.-Ch. Martineau, *Les juridictions pénales internationalisées. Un nouveau modèle de justice hybride ?*, Paris, Pedone, 2007.

Avant d'étudier deux de ces institutions et leur jurisprudence, il faut tout d'abord mettre en garde contre tout esprit de système : la Cour pénale internationale (ci-après CPI) est la seule institution vraiment pensée à partir d'un concept et non en réaction à un milieu naturel et social particulier – c'est à dire à une pratique ou à des événements politiques. Pour le reste, on est dans l'empirisme et le pragmatisme le plus total : c'est vrai pour les Tribunaux pénaux *ad hoc* (ci-après TPI), qui sont des réactions immédiates à des situations d'urgence, voire l'expression d'un « choc émotionnel » ou d'un sentiment de culpabilité à un moment donné ; c'est vrai aussi pour les tribunaux hybrides : les conditions de leur création et de leur croissance ne se ressemblent pas, ce qui explique la grande diversité de leurs structures et de leurs statuts. Ils n'ont de commun que leur caractère mixte, et encore cette mixité n'est-elle jamais la même, parce que la proportion d'international et de national varie d'un tribunal à l'autre : toujours mixtes, ces tribunaux vont du plus « internationalisé » (le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, ci-après TSSL) au plus nationalisé (les Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens, ci-après CETC)

Si l'on met à part justement les CETC, ces tribunaux ont toutefois pour point commun de jouer un rôle dans un processus de « transition » qui suit un conflit armé : c'est vrai pour le TSSL, pour les panels du Kosovo, pour les chambres de la Cour de Dili au Timor, pour la Cour d'Etat de Bosnie – mais dans ce cas, cette institution doit être comprise comme prenant elle-même le relais du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (ci-après TPIY), incapable d'assumer toutes les poursuites et souhaitant, dans sa stratégie d'achèvement, se concentrer désormais sur les plus « gros poissons ».

Les tribunaux mixtes ont d'ailleurs souvent été présentés comme une solution alternative aux TPI, voire à la CPI : les TPI ont laissé un bel héritage sur le plan de la construction du droit mais ils ont eu peu d'impact sur la réalité sociale et il est difficile de dire s'ils ont contribué à faciliter le processus de transition post-conflit. Les tribunaux mixtes sont censés être plus efficaces, car plus ancrés dans la réalité sociale du pays à reconstruire, non seulement parce qu'ils trouvent leur source ou empruntent au droit national, mais aussi parce qu'ils sont composés en partie de juges nationaux.

Mais à vrai dire, cet avantage reste à démontrer. Et d'une manière générale, un bilan reste là aussi à établir : les chambres de la Cour de Dili ont laissé un piètre souvenir et n'ont certainement pas mis fin à l'impunité des principaux responsables des crimes commis en 1999, sans parler de la période antérieure³ ; les panels du Kosovo n'ont, évidemment, pas empêché la majorité albanaise de proclamer l'indépendance de la province ; le TSSL a été et reste contesté en raison des choix qui ont été fait dans la politique des poursuites – éminemment sélective, tout en n'hésitant pas mettre en accusation les membres des CDF, considérés par beaucoup de Sierra Leonais comme les sauveurs de la patrie contre les forces du RUF et de l'AFRC, soutenus par le Libéria voisin... Quant aux CETC, quel impact pourra avoir le jugement en 2009 ou 2010 de responsables d'un génocide perpétré entre 1975 et 1979 ?... Si toutefois ces responsables restent en vie jusqu'au prononcé du jugement !

Mais revenons à des considérations plus limitées qui suffisent à notre propos d'aujourd'hui : la contribution de ces tribunaux à la répression des crimes de guerre et à l'interprétation du droit international humanitaire. Tout d'abord quelques précisions sur le champ de l'étude qui, doit être réduit, on l'a dit, à deux institutions :

- Devant les *chambres spéciales du Timor*, aucun acte d'accusation n'a été délivré par le Procureur en matière de crimes de guerre : seuls étaient visés le génocide et les crimes

³ Cf. notamment S. de Bertodano, « East Timor. Justice Denied », *Journal of International Criminal Justice*, September 2004, pp. 910-926 ; Amnesty International & Justice System Monitoring Programme, *Indonesia. Justice for Timor-Leste : The Way Forward*, 14 April 2004 ; International Center for Transitional Justice, *Justice Abandoned ? An Assessment of the Serious Crimes Process in East Timor*, June 2005.

contre l'humanité. Le Règlement 2000/15 reprenait pourtant intégralement l'article 8 de la CPI sur les crimes de guerre⁴.

- Les panels du Kosovo ont rendu quelques jugements de condamnation pour crimes de guerre, sur la base du Code pénal de la République Fédérale Socialiste de Yougoslavie, maintenu en vigueur sur le territoire du Kosovo par le Règlement 1999/24. Mais l'apport de ces décisions sur le plan jurisprudentiel semble quasi-nul, voire nul en matière de crimes de guerre⁵.
- A l'heure où nous écrivons ces lignes (avril 2009), les CETC n'ont rendu aucun jugement sur le fond et le procès de Kaing Guek Eav, *alias* «Duch» vient de commencer. Les seuls documents pertinents sont d'une part le réquisitoire du procureur et d'autre part l'ordonnance de renvoi des co-juges d'instruction du 8 août 2008 dans l'affaire *Duch – S-21*. D'emblée, il faut se rappeler que la loi portant création des Chambres extraordinaires restreint la compétence *ratione materiae* des Chambres, en matière de crimes de guerre, aux infractions graves aux Conventions de Genève. Les co-juges d'instruction retiennent cette infraction contre les vietnamiens prisonniers dans S-21, ainsi que pour les cambodgiens d'origine vietnamienne ou suspectés de sympathie avec le Vietnam (critère de « l'allégeance » à une partie au conflit).

Nous avons exclu de notre champ d'étude deux institutions au statut *prima facie* incertain :

- Pour la première, aucune hésitation n'est permise, parce qu'elle ne traite tout simplement pas du sujet de cette communication du point de vue de la compétence *ratione materiae* : il s'agit du Tribunal Spécial pour le Liban créé par le Conseil de sécurité pour juger les auteurs de l'attentat ayant coûté la vie au Premier ministre libanais. On sait que le droit applicable par ce Tribunal est le droit libanais, comprenant un certain nombre d'infractions protégeant la vie et réprimant le terrorisme. Aucun lien quel qu'il soit avec le droit des conflits armés.
- La question pouvait, en revanche, se poser pour le Tribunal Spécial Irakien (TSI). Ce Tribunal a été créé à l'origine par le Conseil de gouvernement irakien sur délégation de l'Autorité Provisoire de la Coalition (APC-CPA), ce qui lui conférait un caractère international en tant qu'acte d'une puissance occupante régie par le droit international de l'occupation. Mais, depuis, les statuts du Tribunal ont été intégrés au droit irakien, le TSI est donc devenu un tribunal strictement irakien qui n'a plus rien d'hybride, sauf sa compétence *ratione materiae*, puisque le tribunal est compétent pour condamner les accusés pour génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, sur la base de définitions qui sont fortement inspirées des art. 6, 7 et 8 de la CPI. Or, plusieurs accusés du procès de la campagne *Anfal* ont été condamnés pour crimes de guerre. On doit cependant considérer qu'il s'agit de l'interprétation du droit international faite par une juridiction purement nationale, fonctionnant selon des normes par ailleurs peu compatibles avec les standards internationaux en matière de justice pénale

⁴ Cf. Judicial System Monitoring Programme, *Digest of the Jurisprudence of the Special Panels for Serious Crimes*, Dili, Timor Leste, April 2007.

⁵ V. le rapport de mission de l'OSCE au Kosovo : *Kosovo's War Crimes Trials : A Review*, September 2002 et notamment les commentaires relatifs aux arrêts de la Cour suprême, p. 50 : « ... the Supreme Court has failed to issue any in-depth judgements discussing the elements of the war crimes statute FRY CC 142, and how to establish criminal responsibility under it. » V. également H. Ascensio, « L'apport des tribunaux pénaux internationalisés à la définition des crimes internationaux », in H. Ascensio et al, *Les juridictions pénales internationalisées*, *op. cit.*, pp. 69-93 et part. pp. 80 : « Mais le cas le plus curieux est encore celui du Kosovo, où les tentatives jurisprudentielles d'interprétation s'appuyant sur le droit international ont soit échoué soit abouti à un résultat paralysant. » Et p. 81 : « ... les juridictions kosovars ont également rencontré des difficultés avec la qualification de crimes de guerre, faute de toujours parvenir à déterminer la nature et l'exacte étendue du conflit armé ou le lien des actes criminels avec celui-ci. De ce fait, de nombreuses procédures judiciaires n'ont abouti qu'à des condamnations pour crimes de droit commun. »

internationale, matérialisées en particulier par des violations répétées du droit à un procès équitable et l'application de la peine de mort⁶.

Voilà qui a pour effet de réduire le champ d'étude à une peau de chagrin ! Sur sept institutions, seules deux semblent vraiment pertinentes pour notre sujet. Nous allons donc ici nous concentrer, outre les textes, sur ces deux institutions : le TSSL, et la Section I (crimes de guerre) de la Cour d'Etat de Bosnie-Herzégovine.

Quelles sont les dispositions qui confèrent une compétence à ces juridictions en matière de crimes de guerre ?

Pour le TSSL, il faut se pencher sur les articles 3 et 4 de son Statut. L'article 3 est une copie conforme de l'article 4 du Statut du TPIR et confère au Tribunal compétence pour les « violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II », dont une liste non exhaustive est donnée par l'article. L'article 4 vise quant à lui certaines « autres violations graves du droit international humanitaire ». Il s'agit de trois violations du droit international humanitaire relatif à la conduite des hostilités, communes aux conflits armés internationaux (CAI) et aux conflits armés non internationaux (CANI). Les formulations sont reprises du Statut de Rome⁷.

Quant à la Cour d'Etat de Bosnie, elle est invitée à se fonder sur le nouveau Code pénal de Bosnie-Herzégovine (2003), écrit à partir de l'ancien Code pénal de la République Fédérale Socialiste de Yougoslavie auquel de nombreuses modifications et nouveautés ont été apportées. En matière de crimes de guerre, on retrouve essentiellement les dispositions de l'ancien Code de la RFSY. Il s'agit d'une transposition approximative et parfois assez libre des infractions graves des Conventions de Genève ainsi que des crimes de guerre énumérés dans le Protocole additionnel I se rapportant au droit applicable à la conduite des conflits⁸.

Ces précisions étant apportées, comment décrire la contribution propre des tribunaux mixtes ? On peut, pour ce faire, reprendre l'idée suggérée par le titre du colloque, mais en la détournant quelque peu.

D'une part, l'expérience des Tribunaux mixtes illustre – non pas la « permanence » – mais plutôt *l'évolution continue* du droit des conflits armés et des crimes de guerre. La « permanence » est trop fixiste : ici, on assiste à une reprise et à une confirmation de thèmes et de solutions dégagées par les TPI et en même temps, parfois, à leur reformulation ou encore à l'approfondissement de tendances déjà présentes qui sont ici plus affirmées.

⁶ V. notamment International Center for Transitional Justice, « Briefing Paper : Creation and First Trials of the Supreme Iraqi Criminal Tribunal », Octobre 2005.

⁷ V. Statut de la Cour pénale internationale, article 8 § 2 b-i), iii) et xxvi) pour les CAI et e-i), iii) et vii) pour les CANI : a) le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des civils qui ne participent pas directement aux hostilités ; b) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre le personnel, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et aux biens de caractère civil ; c) 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.

⁸ Cf. Criminal Code of Bosnia Herzegovina, Official Gazette of Bosnia and Herzegovina, n° 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07. Disponible sur le site de la Cour : <http://www.sudbih.gov.ba/> V. les articles 173 « War Crimes against Civilians » comprenant des infractions graves aux Conventions de Genève et des infractions prévues par le Protocole additionnel I ; Art. 174 « War Crimes against the Wounded and Sick » (inspiré de la Convention I et II) ; Art. 175 « War Crimes against Prisoners of War » (inspiré de la Convention III) ; Art. 177 « Unlawful Killing or Wounding of the Enemy » (inspiré du Règlement de La Haye et du Protocole I) ; Art. 177 « Marauding the killed and wounded at the Battlefield » (*id.*) ; Art. 179 « Violating the Laws and Practices of Warfare » (*ibid.*) ; Art. 181 « Violating the Protection Granted to Bearers of Flags or Truce » (Règlement de La Haye) ; Art. 182 « Unjustified Delay of the Repatriation of Prisoners of War » (Règlement de La Haye et Protocole I) ; Art. 183 « Destruction of Cultural, Historical and Religious Monuments » (*Id.*) ; Art. 184 « Misuse of International Emblems » (*Ibid.*)

D'autre part, les Tribunaux mixtes participent à la mutation du droit des conflits armés : ils sont confrontés à de nouvelles questions, auxquelles ils apportent, parfois, une réponse intéressante.

I – Les tribunaux mixtes et l'évolution continue du droit des conflits armés

Cette évolution continue se manifeste par la consolidation de certaines solutions dégagées antérieurement, ou par l'approfondissement de certaines tendances.

A – L'œuvre de consolidation

On constate ce phénomène de consolidation tant pour les conditions d'application de la qualification de crime de guerre que pour certaines infractions sous-jacentes.

1. La consolidation des conditions d'application de la qualification de crime de guerre

a) Les conditions générales d'application

Sur ce point, l'arrêt *Tadić I* du 2 octobre 1995 continue d'avoir une grande postérité : tant le TSSL que la Cour d'Etat de Bosnie reprennent fidèlement les deux critères dégagés par l'arrêt de la Chambre d'appel sur les exceptions préjudicielles, à savoir :

- l'existence d'un conflit armé ;
- l'existence d'un *lien étroit* entre l'acte et le conflit armé, c'est-à-dire le « nexus », dégagé par l'arrêt *Tadić*⁹ et dont la signification a été approfondie ultérieurement dans l'arrêt *Kunarac et autres*¹⁰.

i) Devant le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone

En ce qui concerne l'article 3 de son Statut, le Tribunal Spécial copie rigoureusement la jurisprudence du TPIY pour énoncer les conditions générales d'application des crimes de guerre puis vérifier qu'elles sont bien remplies. Le Tribunal s'appuie également sur les explications, indices ou éléments permettant justement de caractériser l'existence d'un conflit ainsi que celle d'un lien étroit du crime avec ce dernier¹¹.

Au regard des « autres violations graves du droit international humanitaire » (article 4), le Tribunal reprend les deux conditions classiques des crimes de guerre (l'existence d'un conflit

⁹ *Le Procureur c. Dusko Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, § 70 : « Il suffit que les crimes présumés aient été *étroitement liés* aux hostilités se déroulant dans d'autres parties des territoires contrôlés par les parties au conflit. » Nous soulignons.

¹⁰ *Le Procureur c. Kunarac et autres*, arrêt, 12 juin 2002, §§ 49 et suiv. et en part. § 58 : S'il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'« un lien de *cause à effet* entre le conflit et la perpétration du crime, (...) il faut, à tout le moins, que *l'existence du conflit armé ait considérablement pesé sur la capacité de l'auteur du crime à le commettre, sa décision de le commettre, la manière dont il l'a commis ou le but dans lequel il l'a commis*. Partant, s'il peut être établi (...) que l'auteur du crime a agi *dans l'optique de servir un conflit armé ou sous le couvert de celui-ci*, cela suffit pour conclure que ses actes étaient étroitement liés audit conflit. » Nous soulignons.

¹¹ TSSL, *Prosecutor v. Fofana*, Decision on preliminary motion on lack of jurisdiction *materiae* : Nature of the armed conflict, Ch.A., 25 Mai 2004, § 25 ; *Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu*, Jugement, ChPI II, 20 juin 2007, §§ 242-247 et §§ 249-254 (Jugement AFRC) ; *Prosecutor v. Fofana, Kondewa*, Jugement, ChPI I, 2 août 2007, (Jugement CDF) §§ 122-130 ; *Prosecutor v. Sesay, Kallon, Gbao*, Jugement, ChPI I, 2 mars 2009, (Jugement RUF) §§93-101, 965, 968.

et d'un lien entre le crime et le conflit) et renvoie tout simplement à ses développements effectués dans le cadre de l'article 3¹².

La jurisprudence du TSSL n'offre donc aucune surprise en la matière et confirme pleinement la jurisprudence du TPIY. La rigueur du Tribunal Spécial en l'espèce est frappante, comparée au flou des développements consacrés par les deux chambres de première instance à la vérification des conditions d'application spécifiques à l'article 3 Commun aux Conventions de Genève ou au Protocole additionnel II¹³.

ii) *Devant la Cour d'Etat de Bosnie*

La Section I de la Cour d'Etat de Bosnie applique, on l'a dit, le Nouveau Code Pénal de Bosnie. Les infractions relatives aux crimes de guerre commencent en général par ces termes : « Whoever in violation of rules of international law in time of war, armed conflict or occupation, orders or perpetrates any of the following acts... »

Ce qui conduit les panels à vérifier d'une part l'existence d'un conflit armé ou d'une occupation, de l'autre, l'existence d'un lien entre ce conflit et les actes reprochés à l'accusé¹⁴.

Le premier jugement rendu par les panels – dans l'affaire *Abduladhim Maktouf* – se borne à se rallier à la requête commune des parties tendant à tenir pour acquises les conclusions de la qualification opérée par le TPIY dans l'affaire *Kordić et Čerkez*, comme l'autorise à le faire la *Loi sur le transfert des cas de 2004*¹⁵. Elle en déduit l'existence d'un conflit armé sur le territoire et à l'époque où se déroulent les faits de l'espèce¹⁶. En revanche, elle ne procède pas formellement à un contrôle du « lien étroit » entre les actes reprochés à l'accusé et le conflit, même si ce contrôle s'opère implicitement à travers l'établissement des faits. Le panel constate en effet : a) que l'unité *Al Mujahid* a participé au conflit armé international sur le territoire de la Bosnie en tant que composante de l'armée de Bosnie-Herzégovine ; b) que l'auteur a participé comme complice à une opération de cette même unité *Al Mujahid* visant à capturer et prendre en otage des civils croates, afin de les échanger contre des combattants de cette unité détenus par le HVO¹⁷. Le contrôle n'est pas plus explicite dans le jugement *Andrun*

¹² TSSL Jugement CDF *préc.* note 11, §§ 138-140 ; RUF Jugement, *préc.* note 11, §§ 107-108 et §§ 989-990 ; AFRC Jugement, *préc.* note 11, §§ 257-258 : en renvoyant aux conditions générales de l'article 3, la Chambre intègre une troisième condition, en réalité liée à l'article 3 Commun et au Protocole II : celle selon laquelle les victimes ne doivent pas directement participer aux hostilités.

¹³ En ce qui concerne la condition d'application de l'article 3 Commun et du Protocole II, à savoir que les victimes ne participaient pas directement aux hostilités (les juges considèrent que les deux formulations, légèrement différentes, sont en réalité similaires et donc synonymes), les Chambres vérifient qu'elle est bien remplie (TSSL Jugement AFRC, § 248, 254, 258). Elles y ajoutent parfois un élément psychologique (« l'accusé savait ou aurait dû savoir que la personne ne prenait pas directement part aux hostilités au moment de l'acte ou de l'omission ») (Jugement CDF, § 122,131-137,695,697 ; Jugement RUF, § 93,102-105, 965, 968).

En ce qui concerne le Protocole additionnel II, et alors que les infractions de punitions collectives, d'actes de terrorisme ou de pillage sont uniquement prévues par ce traité, la vérification des quatre conditions d'application du Protocole (article 1-1) est aléatoire voire inexistante dans les jugements AFRC et CDF. Le récent jugement des membres du RUF est le seul à être satisfaisant en la matière et à vérifier véritablement l'applicabilité du Protocole II (Jugement RUF, §97, §§ 966-981).

¹⁴ Sur le plan des formes de la responsabilité, on remarquera le caractère restrictif de la formule « ... orders or perpetrates... », qui exclut a priori la responsabilité du supérieur hiérarchique pour omission.

¹⁵ *Law on the transfer of cases from the ICTY to the Prosecutor's Office of BiH and the use of evidence collected by ICTY in proceedings before the courts of BiH*, Official Gazette of Bosnia and Herzegovina, n°61/04, 46/06, 53/06, 76/06. Disponible sur le site : <http://www.sudbih.gov.ba/>

¹⁶ Jugement *Abduladhim Maktouf*, 1^{er} juillet 2005, n° K-127/04, pp. 12-13. Au paragraphe 17, le panel déclare notamment : « Establishment of these facts proved to be significant because the War Crimes against Civilians can only be committed during war, armed conflict or occupation. » Les jugements sont disponibles sur le site de la Cour : <http://www.sudbih.gov.ba/>

¹⁷ Jugement *Maktouf*, pp. 22-23 pour les conclusions.

Nikola du 14 décembre 2006¹⁸. Il le devient dans le jugement *Radmilo Vuković* du 17 avril 2007. Le panel cite largement l'arrêt *Tadić*, mais également l'arrêt *Kunarac* de la Chambre d'appel du TPIY : sur cette base, il vérifie l'existence d'un conflit armé et celle d'un lien étroit entre le conflit et l'acte. Tous les jugements ultérieurs ou presque suivent la même méthodologie¹⁹.

Le jugement rendu dans l'affaire *Radmilo Vuković* constitue un exemple intéressant d'application du critère du « lien étroit », tel quel défini dans l'arrêt *Kunarac et autres*. Les faits étaient d'ailleurs eux-mêmes connexes, puisque l'accusé servait dans l'armée des Serbes de Bosnie à Foča. Lors de la prise de contrôle par les Serbes de cette ville, il se présente chez une femme musulmane qu'il prétend emmener au quartier général des Serbes de Bosnie. En réalité, il la conduit à son domicile et la viole. Sous la menace, il l'oblige à se représenter à plusieurs reprises chez lui pour subir le même traitement. Quelques mois plus tard, exilée à Goražde, la victime donne naissance à un enfant, dont le violeur acceptera lors du procès la paternité. La trame du jugement est quelque peu déstabilisante. Au stade de la qualification des faits, le panel applique la méthodologie *Kunarac* au sujet du lien étroit :

« The Court notes that the Accused used its military position to bring witness A to his apartment. Indeed, witness A testified that, when calling her on the 10 of June, the Accused told her that she would have to go to the Headquarters to give a statement, which was, as a matter of fact, just a way to get her out of her apartment. By doing so, the Accused acted as a member of the military forces of the then Serb Republic of BiH, when (from April 1992 to February 1993) there was an armed conflict in the Foča Municipality. Furthermore, witness A clearly stated that the Accused was wearing a military uniform, while witness B claims he also had a rifle.»²⁰

Sur cette base – et ayant vérifié que les autres éléments de l'infraction étaient réunis – le panel déclare l'accusé coupable du « crime de guerre contre les civils » (art. 173, c) et e) du nouveau Code pénal de Bosnie). Le panel note toutefois les témoignages contradictoires de la victime et de deux autres témoins « d'ethnie bosniaque » : alors que la victime ne prétendait connaître l'accusé que « de loin » pour l'avoir croisé dans son travail, les deux autres témoins affirment qu'elle entretenait avec lui une « relation intime » avant la guerre. Le panel retient cette version des faits, mais décide de ne la prendre en compte qu'au stade de la fixation de la peine, en tant que circonstance atténuante. L'idée défendue ici est que la relation existait avant la guerre, mais que la guerre en a changé la nature ; et que si le viol aurait pu être commis en dehors du contexte de guerre, l'Accusé a bien agi, en l'occurrence, *sous le couvert* du conflit armé. La pré-existence de la relation constitue cependant, selon le panel, une circonstance atténuante : elle permet d'affirmer, notamment, que ce viol ne se situait pas dans le contexte des viols de masse qui eurent lieu à cette époque à Foča – et qui firent notamment l'objet de l'affaire *Kunarac*²¹.

¹⁸ Jugement *Andrun Nikola*, 14 décembre 2006, n° X-KR-05/42.

¹⁹ V. jugements *Jadranko Palija*, 28 novembre 2007, n° X-KR-06/290 ; *Idhan Sipić*, 22 février 2008, n° X-KR-07/457. La seule exception est un jugement rendu peu après le jugement *Vuković*, dans une autre formation : *Niset Ramić*, 17 juillet 2007, n° X-KR-06/197 : la Chambre contrôle cependant explicitement l'existence d'un « lien » entre le conflit et l'acte, mais sans parler de « lien étroit » et sans citer la jurisprudence *Kunarac*. V. en part. p. 17.

²⁰ Jugement *Radmilo Vuković*, p. 10.

²¹ V. jugement p. 19 : « As mentioned above, the Court finds that this pre-war extra-marital relationship led the Accused to commit the actions at issue, in very specific circumstances. In fact, the mutual sexual attraction which had existed between the Accused and the injured party before the war was a result of the will of the Accused and the injured party. Meanwhile, the state of war changed the nature of the previously mutually accepted existing relationship. The war brought its own violence into this relationship, changing its nature into a not accepted one, especially on the part of the injured party. The change surely had an impact on the relationship perception by the Accused. However, in no case being an excuse, it is definitely a reason to consider those circumstances in particularly mitigating terms.

L'affaire est intéressante, puisqu'elle pose précisément la question des limites de la qualification de crime de guerre – et met en valeur la pertinence du critère du lien étroit : en l'espèce, il pouvait paraître difficile de démêler ce qui, dans les relations entre l'Accusé et la victime, relevait de la criminalité de droit commun et du crime de guerre. Le viol ne pouvait-il pas s'inscrire dans la continuité de la relation entre l'Accusé et la victime ? Si le panel fait pencher la balance du côté du crime de guerre, c'est parce que le conflit avait ici, pour reprendre les termes de l'arrêt *Kunarac* « considérablement pesé sur la capacité de l'auteur du crime à le commettre, sa décision de le commettre, la manière dont il l'a commis ». Le port de l'uniforme et d'armes, le climat d'impunité avait, en quelque sorte, libéré ses pulsions et permis un passage à l'acte, impossible dans d'autres circonstances²².

Le même phénomène de consolidation peut être constaté au regard des conditions dites « *Tadić* » permettant de s'assurer que certaines incriminations respectent le principe de légalité pénale.

b) Les conditions « Tadić » pour démontrer le caractère coutumier d'une incrimination

Il est intéressant de constater que les conditions « *Tadić* » dégagées par le TPIY en 1995 pour interpréter et appliquer la disposition résiduelle constituée par l'article 3 du Statut du TPIY, sont aujourd'hui réutilisées dans un contexte institutionnel différent. Cette méthode, qui aurait pu rester propre au TPIY et liée à la spécificité de la répartition des infractions entre des articles 2 et 3 de son Statut est transposée par le TSSL pour vérifier la légalité de l'infraction liée à l'utilisation d'enfants soldats dans le conflit²³.

C'est en effet à ces conditions prétoriennes que recourt la Chambre d'Appel du TSSL lorsqu'elle doit répondre à l'exception préjudicielle soumise par Sam Hinga Norman sur la compétence *ratione materiae* du Tribunal Spécial pour le crime de recrutement et de participation d'enfants soldats aux hostilités²⁴. Pour conclure que le crime de recrutement d'enfant soldat existait bien en droit international coutumier dès 1996 (marquant le début de la compétence *ratione temporis* du Tribunal), les juges vérifient que sont satisfaites les quatre conditions suivantes :

- la violation doit porter atteinte à une règle du droit international humanitaire ;
- la règle doit être de caractère coutumier ou, si elle relève du droit conventionnel, les conditions requises doivent être remplies ;

In support of such a conclusion is the fact that, throughout the war in Foča , massive and generalized rapes occurred. The Accused is not included in these massive and generalized criminal actions. The Accused, although in a war time context and connection, took the actions at issue “only” against witness A, as he could have done outside Foča or in peace time. »

²² En l'espèce cependant, le panel d'appel prend en compte de nouveaux éléments de preuve qui viennent mettre en doute le témoignage de la victime et renvoie l'affaire pour un nouveau jugement devant un autre panel d'appel (arrêt du 31 août 2007). Ce dernier panel rend son jugement le 13 août 2008 et acquitte l'accusé, en se fondant sur la règle de la présomption d'innocence et sur le principe selon lequel le doute doit bénéficier à l'accusé.

²³ V. toutefois pour une utilisation des conditions par le TPIY sans lien avec l'article 3 du Statut : TPIY, Ch.A., Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par *Dragoljub Odjanić* – entreprise criminelle commune, *Le Procureur c. Milutinović*, 21 mai 2003 : légalité de cette forme de responsabilité à la lumière des conditions *Tadić*.

²⁴ TSSL, *Prosecutor v. Norman*, Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (Child recruitment), Ch. A., 25 Mai 2004. Sur cette décision importante, v. M. Happold, « International Humanitarian Law, War Criminality and Child Recruitment : the Special Court for Sierra Leone's Decision in *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman* », *Leiden Journal of International Law*, 2005, vol. 18, pp. 283-297 ; A. Smith, « Child Recruitment and the Special Court for Sierra Leone », in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, vol. 2, pp. 1141-1153

- la violation doit être grave, c'est-à-dire qu'elle doit constituer une infraction aux règles protégeant des valeurs importantes et cette infraction doit entraîner de graves conséquences pour la victime ;

- la violation de la règle doit entraîner, aux termes du droit international coutumier ou conventionnel, la responsabilité pénale individuelle de son auteur.

En conséquence, les juges dissocient de leur contexte initial et particulier au TPIY ces quatre conditions *Tadić* pour, en les vérifiant, se prononcer sur la légalité substantielle d'une disposition expressément prévue par leur Statut, son article 4c).

2. La consolidation de certaines infractions sous-jacentes

a) *Le viol et la torture*

La définition de ces deux infractions a fait l'objet de débats jurisprudentiels animés dans le cadre des TPI. L'arrêt rendu par la Chambre d'appel en 2001 dans l'affaire *Kunarac* y a mis fin pour l'essentiel, confirmant des solutions qui avaient été entérinées depuis par le Statut de Rome. Les panels de la Cour d'Etat de Bosnie citent et reprennent largement cette jurisprudence *Kunarac*, et viennent ainsi en conforter la pérennité en dehors du cadre des tribunaux pénaux *ad hoc*²⁵.

b) *Les mutilations comme violation de l'article 3 commun*

Pendant la guerre en Sierra Leone, de très nombreuses mutilations ont été perpétrées par les rebelles, membres du RUF et des AFRC, comme moyen de guerre. Les deux formes de mutilations les plus répandues et probablement les plus choquantes étaient les amputations des bras ou des mains de civils (notamment pour avoir voté pour le Président Kabbah), ainsi que le fait de graver les initiales « RUF » ou « AFRC » au rasoir sur leurs bustes.

Au titre des crimes contre l'humanité – s'inscrivant dans la lignée de la jurisprudence des TPIY et TPIR – le Tribunal Spécial a admis que les mutilations pouvaient être considérées, au cas par cas, comme d'« autres actes inhumains »²⁶.

Quant aux crimes de guerre, il faut se reporter à l'infraction de mutilation comme violation de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, et prévue à l'article 3a) du Statut du TSSL. Alors que le TPIR a souvent évoqué des faits de mutilations, il n'a pas distingué cette infraction des violences faites à la vie, à la santé, au bien-être physique ou moral des personnes. L'exception à la règle, toutefois, peut être trouvée dans le Jugement *Musema*, dans lequel la Chambre précise que l'élément requis pour prouver la mutilation est « [l]e fait de porter des atteintes ou des altérations graves à l'intégrité physique des victimes »²⁷. Le TSSL, lui, a complètement autonomisé la notion, et, s'appuyant sur les *Eléments des crimes* du Statut de Rome, a énoncé que les éléments constitutifs de cette infraction étaient : d'une part le fait que l'auteur avait intentionnellement exercé une mutilation sur la victime, en particulier en la

²⁵ Pour le viol, v. jugement *Radmilo Vuković*, déjà cité, p. 11, qui prend nettement partie pour une définition « mécanique » du viol (par opposition à la définition « conceptuelle » défendue par le jugement *Akayesu*) et considère que l'élément psychologique de l'infraction réside dans la *connaissance* par l'auteur de l'absence de consentement de la victime sous l'effet de différents facteurs incluant la contrainte physique mais ne s'y limitant pas (et non l'intention exclusive d'exercer une contrainte physique sur la victime). Pour la torture, v. le jugement *Andrun Nikola* (cité *supra*), p. 25, qui condamne l'accusé pour tortures infligées à des détenus, en tant que commandant en second d'un camp de détention du HVO (donc d'une entité non étatique, alors que la Convention des Nations Unies de 1984 contre la torture prévoit que seuls peuvent être auteurs de ce crime des agents étatiques ou des personnes qui agissent sous le contrôle de l'Etat, une exigence abandonnée par le jugement *Kunarac*).

²⁶ TSSL, Jugement RUF, *préc.* note 11, § 172, 179.

²⁷ TPIR, *Procureur c. Alfred Musema*, Jugement et Sentence, Ch.P.I. I, 27 janvier 2000, § 285.

défigurant, en la rendant infirme de manière définitive ou en lui enlevant un organe ou un appendice ; et d'autre part cette conduite n'était ni justifiée par un traitement médical, dentaire ou hospitalier de la victime, ni effectuée dans l'intérêt de la victime²⁸.

c) Le terrorisme ou « terrorisation » de la population civile comme crime de guerre

L'article 3(d) du Statut du TSSL lui donne compétence pour connaître des actes de terrorisme. Les actes d'accusation visaient tous les crimes commis pendant le conflit et sur tout le territoire sierra leonais, identifiant ces actes comme faisant partie de campagnes visant à terroriser et à punir la population civile. De manière générale, l'infraction de terrorisme a très peu été examinée par les juridictions pénales internationales, et reste par conséquent difficile à cerner ; de plus, elle serait différente en temps de paix ou de guerre²⁹. La seule jurisprudence comparable est relative au siège de Sarajevo, bien que le contexte soit très différent. L'infraction de terrorisme n'existait pas dans le Statut du TPIY, ce qui a conduit la Chambre de première instance, dans l'affaire *Galić*, à en vérifier la légalité afin de l'inclure dans le Statut par l'intermédiaire de son article 3, en tant que « disposition résiduelle » en matière de crimes de guerre³⁰. Une différence existe donc, non seulement entre les deux contextes factuels, mais également dans le droit applicable : alors que devant le TPIY, « sont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile » (Art 51(2) du Protocole I et 13(2) du Protocole II), le Statut du TSSL prohibe lui les « actes de terrorisme » (issu de l'article 4(2)d) du Protocole II). Il ne semble pas qu'il s'agisse exactement de la même infraction ; pourtant, les juges du TSSL vont s'approprier la jurisprudence *Galić*, et interpréter leur Statut comme visant en réalité la « terrorisation » (répandre la terreur au sein de la population civile). La Chambre d'Appel du TSSL justifie cette identification des deux notions en estimant que l'article 3(d) du Statut, issu de l'article 4(2)d) du Protocole II, interdit les « actes de terrorisme » au sens large. Or l'article 13(2) du Protocole II viserait une infraction plus précise, une forme spécifique de terrorisme, qui serait donc comprise dans la définition plus large de l'article 4(2)d). Il s'ensuivrait qu'une infraction comprise dans l'article 13(2) pourrait être poursuivie sous l'article 3(d) du Statut du TSSL. Les juges se fondent sur l'intention des parties, le jugement et l'utilisation de la jurisprudence *Galić* par toutes les parties, pour interpréter le sixième chef d'accusation comme visant l'article 13(2) du Protocole II, et donc le crime de terrorisation de la population³¹.

Reprenant ensuite toute la jurisprudence du TPIY à son compte, le TSSL répète que les éléments constitutifs du crime de terrorisation de la population sont : premièrement des actes ou menaces de violences, deuxièmement le fait que l'accusé a intentionnellement soumis à ces actes ou menaces de violence la population civile ou des personnes civiles ne participant pas directement aux hostilités, et troisièmement l'intention spécifique de répandre la terreur

²⁸ TSSL, Jugement AFRC, *préc.* note 11, § 724-725 ; RUF Jugement *préc.* note 11, § 180,182. Les Chambres précisent qu'il n'est pas nécessaire de prouver que la conduite de l'auteur a entraîné la mort ou sérieusement mis en danger la santé physique ou mentale de la victime (laquelle condition avait été initialement énoncée dans la décision *Prosecutor v. Brima Kamara, Kanu*, Decision on Defence motions for judgement on acquittal pursuant to Rule 98, Ch.P.I. II, 31 mars 2006, §172).

²⁹ A. Cassese, *International Criminal Law*, 2nd Ed., Oxford University Press, 2008, pp. 162-183, et plus précisément 171-175.

³⁰ TPIY *Procureur c. Galić*, Jugement, 5 décembre 2003, §§89-138 (Jugement *Galić*).

³¹ TSSL, *Prosecutor v. Fofana, Kondewa*, Arrêt, Ch.A., 28 mai 2008 (Arrêt CDF), §§ 346-350 ; Jugement RUF, *préc.* note 11, §111 : Jugement AFRC, *préc.* note 11, §661

parmi la population civile, laquelle constitue un dol spécial³². Pour l'*actus reus*, le TSSL énonce expressément une exigence de gravité dans les actes ou menaces de violences, ceux-ci devant être en mesure de répandre la terreur³³. En ce qui concerne la troisième condition, le TSSL répète que l'intention de répandre la terreur doit être le but premier des actes commis (mais pas nécessairement le but unique), et que le fait que la population soit effectivement terrorisée n'est pas requis³⁴. Le Tribunal Spécial transpose donc complètement la jurisprudence *Galić* à sa propre situation et même à son propre Statut, consolidant ainsi l'infraction de terrorisation de la population civile.

Mais les deux institutions ne se bornent pas à reprendre et à consolider la jurisprudence des TPI ; sur certains points, elles viennent confirmer et même approfondir des tendances émergentes.

B – L'approfondissement de tendances émergentes

La jurisprudence des tribunaux hybrides confirme deux tendances qui se sont faites jour dans la jurisprudence des TPI et qui opèrent une double relativisation : relativisation de la distinction entre conflits armés internationaux (CAI) et conflits armés non internationaux (CANI) quant au domaine d'application des incriminations ; relativisation de la distinction entre personnes civiles et combattants.

1. La relativisation de la distinction entre CAI et CANI

Pour mémoire, cette tendance avait été soulignée d'emblée par l'excellente décision interlocutoire rendue par la Chambre de première instance saisie des exceptions préjudicielles dans l'affaire *Tadić* : la Chambre proposait tout simplement d'« autonomiser » les articles 2 et 3 du Statut du TPIY par rapport à la source conventionnelle des infractions citées, estimant qu'elle était tenue d'appliquer le droit coutumier et non le droit conventionnel. Il en résultait que la qualification du conflit était indifférente : tant les « infractions graves » de l'article 2 que les « violations des lois et coutumes de la guerre » énumérées à l'article 3 devenaient applicables dans le cadre des CANI³⁵. On sait que la Chambre d'appel n'a pas suivi la Chambre de première instance sur ce terrain – préférant une solution autrement plus compliquée à nos yeux – ce qui ne l'a pourtant pas empêchée, dans son arrêt du 2 octobre 1995, de confirmer la tendance à l'effacement progressif de la frontière entre les régimes applicables respectivement aux CANI et aux CAI³⁶. Cette tendance est d'ailleurs visible dans le Statut même de la Cour pénale internationale qui, tout en maintenant clairement la

³² TSSL, Jugement AFRC, *préc.* note 11, §667 ; CDF Arrêt *préc.* note 31, § 350 ; RUF Jugement, *préc.* note 11, §113 ; TPIY, Jugement *Galić*, *préc.* note 30, §133 ; *Prosecutor v. Galić*, Arrêt, Ch.A., 30 novembre 2006, §99-104 (Arrêt *Galić*)

³³ TSSL, Arrêt CDF, *préc.* note 31, § 352. Cette exigence était déjà suggérée dans TPIY, Arrêt *Galić*, *préc.* note 31, §102 : Le crime vise « a case of extensive trauma and psychological damage being caused by attacks which were designed to keep the inhabitants in a constant state of terror. »

³⁴ TSSL, Jugement AFRC, *préc.* note 11, §669, Arrêt CDF, *préc.* note 31, §356-357 ; Jugement RUF, *préc.* note 11, §117, §121.

³⁵ *Le Procureur c. Dusko Tadić*, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la Défense, 10 août 1995, §§ 50 et 74 notamment.

³⁶ Arrêt *Tadić I*, précité n° 9, § 97 : « ... dans le domaine des conflits armés, la distinction entre conflits entre Etats et guerres civiles perd de sa valeur en ce qui concerne les personnes. Pourquoi protéger les civils de la violence de la guerre, ou interdire le viol, la torture ou la destruction injustifiée d'hôpitaux, édifices du culte, musées ou biens privés ainsi qu'interdire des armes causant des souffrances inutiles quand deux Etats souverains sont en guerre et, dans le même temps, s'abstenir de décréter les mêmes interdictions ou d'offrir les mêmes protections quand la violence armée éclate "uniquement" sur le territoire d'un Etat souverain ? Si le droit international, tout en sauvegardant, bien sûr, les intérêts légitimes des Etats, doit progressivement assurer la protection des êtres humains, l'effacement progressif de la dichotomie susmentionnée n'est que naturel. »

distinction, confirme le dédoublement de certaines infractions que l'on retrouve tout autant au titre des CAI que des CANI³⁷.

Il faut dire que la jurisprudence *Tadić* a eu peu d'impact sur le TPIR : en vertu de l'article 4 de son Statut, celui-ci est compétent – en matière de crimes de guerre – pour connaître des violations de l'article 3 commun et du Protocole II. Dès son premier jugement *Akayesu*, le Tribunal constate que le conflit au Rwanda était un conflit armé interne, remplissant les conditions d'applicabilité du Protocole II et, *a fortiori*, de l'article 3 commun³⁸. Depuis, le Tribunal s'en est tenu à cette jurisprudence et constate rituellement le caractère non international du conflit au Rwanda, sans se demander si cette qualification est bien utile³⁹. Il est évident que, s'agissant au moins des violations de l'article 3 commun, elle ne l'est pas, à partir du moment où les chambres admettent que cet article est applicable aussi bien dans les CAI que dans les CANI⁴⁰.

La situation est toute différente devant le TPIY : ici, la tendance initiale est confirmée par la jurisprudence ultérieure, précisément en raison des conséquences de la décision *Tadić* : l'obligation pour le Procureur de prouver devant chaque chambre de première instance la nature internationale du conflit pour être en mesure de fonder un chef d'accusation sur l'article 2 du Statut l'a conduit progressivement à renoncer à recourir à cette disposition et à fonder ses actes d'accusation uniquement sur les articles 3 et 5 : de fait, la plupart des jugements rendus depuis 2001 sont fondés sur l'un de ces deux articles ou sur les deux pris ensemble et par conséquent sur la qualification du conflit comme « interne par défaut »⁴¹. Or, on doit bien constater qu'un tel choix est rarement une entrave à la sanction appropriée des comportements en cause⁴². La combinaison des articles 3 et 5 renvoie en effet à un très large éventail d'infractions, permettant de se passer, dans la plupart des cas, des infractions propres aux CAI, soit que ces articles énumèrent des infractions connexes à celles citées à l'article 2 – infractions qui sont applicables quelle que soit la nature du conflit (meurtre, torture, traitements inhumains...) – soit qu'ils fournissent le fondement pour d'autres infractions non explicitement énumérées. Rappelons, à cet égard, que l'article 3 établit une liste non exhaustive de « violations des lois et coutumes de la guerre », ouvrant ainsi la voie à la criminalisation de toute violation grave d'une règle du droit international humanitaire, pourvu que soient respectées les trois autres « conditions *Tadić* » : ainsi se retrouvent incriminées les violations de l'article 3 commun et des dispositions du Titre II du Protocole II (« Traitement humain »), mais aussi, plus rarement, des violations de règles applicables aux CAI dont le

³⁷ V. à cet égard Ch. Prél. I, Décision sur la confirmation des charges, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 29 janvier 2007, §§ 200-204, à propos de l'infraction consistant en l'enrôlement, la conscription d'enfants de moins de quinze ans et le fait de les faire participer activement à des hostilités, prévu par les paragraphes 2-b-xxvi (CAI) et 2-e-vii (CANI) de l'article 8. La Chambre considère (§ 204) « que la portée de la protection accordée par le Statut contre l'enrôlement, la conscription et la participation active à des hostilités d'enfants de moins de quinze ans est similaire, quelle que soit la qualification du conflit armé. »

³⁸ TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, 2 septembre 1998, § 627.

³⁹ V. en dernier lieu le jugement *Bagosora et autres*, 18 décembre 2008, § 2230.

⁴⁰ V. arrêt *Akayesu*, 1^{er} juin 2001, § 438, citant l'arrêt *Tadić I*, et la note de bas de page n° 805.

⁴¹ V. *Kunarac*, 22 février 2001 ; *Krstić*, 2 août 2001 ; *Kvočka et autres*, 2 novembre 2001 ; *Krnojelac*, 15 mars 2002 ; *Vasiljević*, 29 novembre 2002 ; *Stakić*, 31 juillet 2003 ; *Galić*, 5 décembre 2003 ; *Blagojević et Jokić*, 17 janvier 2005 ; *Strugar*, 31 janvier 2005 ; *Halilović*, 16 novembre 2005 ; *Limaj*, 30 novembre 2005 ; *Hadzihasanović*, 15 mars 2006 ; *Orić*, 30 juin 2006 ; *Krajisnik*, 27 septembre 2006 ; *Martić*, 12 juin 2007 ; *Mrksić et autres*, 27 septembre 2007 ; *Milutinović et autres*, 26 février 2009. V. toutefois deux jugements se référant à l'article 2 : *Naletilić et Martinović*, 29 juillet 2004 ; *Brđanin*, 1^{er} septembre 2004.

⁴² Le caractère « mixte » du conflit en Bosnie-Herzégovine portait en soi à une certaine relativisation : la portée de l'article 2 se trouvait à nouveau affaiblie par le deuxième arrêt *Tadić* (1999), fixant les critères d'identification du conflit interne « internationalisé », puis par l'arrêt *Čelebići* (2001), réinterprétant la notion de « personne protégée » en excluant le critère de nationalité pour y substituer le critère d'allégeance à une partie au conflit. Sur tous ces points : v. O. de Frouville, *Droit international pénal. Les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et leur répression*, Paris, Pedone, à paraître en 2009.

juge reconnaît l'extension aux CANI⁴³. Quant à l'article 5, l'infraction de « persécutions » comme crime contre l'humanité recouvre toute « déni manifeste ou flagrant d'un droit fondamental », pourvu que ce déni ait un caractère discriminatoire. Par ce biais, les chambres sont amenées à réintroduire la sanction de comportements qualifiables de crimes de guerre dans des CAI... alors même qu'ils raisonnent dans le contexte d'un CANI⁴⁴. Bien sûr, cette technique a ses limites : elle ne permet pas aux chambres, dans toutes les hypothèses, de s'affranchir totalement des conditions d'applicabilité attachées à tel ou tel type d'infraction⁴⁵. Il n'en reste pas moins qu'elle est révélatrice d'une tendance de fond, annoncée par l'arrêt *Tadić* en 1995.

On retrouve les marques de cette évolution devant la Cour d'Etat de Bosnie et devant le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone.

a) *Devant la Cour BiH*

Cette tendance à l'effacement de la distinction entre CAI et CANI est confirmée pour des raisons à la fois identiques et en même temps propres à la compétence *ratione materiae* de cette juridiction.

Le Code pénal de BiH mêle des infractions aux Conventions de Genève, au Protocole additionnel I et à l'article 3 commun et n'opère pas de répartition claire entre ces infractions

⁴³ V. *Le Procureur c. Pavle Strugar*, jugement du 31 janvier 2005, § 223-226 pour « attaque de biens civils », § 224 : « The Chamber observes that the prohibition of attacks on civilian objects is set out only in Article 52 of Additional Protocol I, referred to in relation to Count 5. Additional Protocol II does not contain provisions on attacking civilian objects. Nevertheless, as the Appeals Chamber found, the rule prohibiting attacks on civilian objects has evolved to become applicable also to conflicts of an internal nature. » La Chambre se réfère au paragraphe 127 de l'arrêt *Tadić I*.

⁴⁴ V. par ex. *Le Procureur c. Milomir Stakić*, jugement du 31 juillet 2003, §§ 761 à 764 pour « destruction, endommagement délibéré et pillage d'habitations et de locaux commerciaux » par référence à l'article 3b) et c) du Statut ; §§ 765-768 pour « destruction ou endommagement délibéré d'édifices religieux ou culturels », tiré de l'article 3 d) du Statut. Dans le même sens, pour une infraction non énumérée explicitement dans l'article 3 : *Le Procureur c. Blagoje Simić, Miroslav Tadić, Simo Zarić*, 17 octobre 2003, « travaux forcés », § 86 : « Les actes sous-tendant l'accusation de “travaux forcés” enfreignent certaines dispositions des III^e et IV^e Conventions de Genève et peuvent dès lors constituer une violation des lois ou coutumes de la guerre autre que celles qualifiées d'infractions graves aux Conventions de Genève, tombant sous le coup de l'article 3 du Statut. (...) La définition du travail forcé assimilable à un crime contre l'humanité sanctionné par l'article 5 du Statut n'est pas limitée par les conditions de compétence applicables aux infractions graves aux Conventions de Genève visées par l'article 2 du Statut ; il n'est en particulier pas nécessaire que le conflit soit qualifié d'international et les victimes de “personnes protégées” ».

⁴⁵ V. par ex. pour l'infraction de « travail illégal » dans le jugement *Naletilić et Martinović*, 29 juillet 2004, §§ 691-692 : la Chambre recherche si l'infraction peut être sanctionnée comme acte sous jacent de persécution en tant que crime contre l'humanité, mais rejette ce chef d'accusation, au motif que le Procureur n'est pas parvenu à montrer le caractère discriminatoire des actes (contrairement à ce qui pouvait être constaté dans l'affaire *Martić*, citée dans la note précédente). En revanche, l'infraction est admise en tant que crime de guerre dans les CAI, §§ 250-261 : l'infraction ne figurant pas parmi les infractions graves énumérées à l'article 2 est dégagée à partir de l'article 3 comme relevant de la catégorie des « infractions aux Conventions de Genève autres que celles qualifiées d'infractions graves ». Ayant affaire à une infraction CAI, la Chambre vérifie que les conditions *Tadić* sont respectées, avant d'établir l'internationalité du conflit, l'état d'occupation, et la qualité de « personnes protégées » des victimes. Sous cet angle, il pouvait paraître difficile d'éviter la qualification de CAI et les conditions s'y attachant. Il faut noter que, dans un jugement antérieur, le jugement *Krnojelac* (15 mars 2002, §§ 349 et suiv.), la Chambre de première instance a envisagé l'infraction de « travail forcé » sous l'angle de la « réduction en esclavage » comme violation des lois et coutumes de la guerre (article 3) et comme crime contre l'humanité (article 5). Ceci impliquait cependant de montrer non seulement que l'Accusé avait forcé les victimes à travailler, mais également qu'il avait exercé sur eux, à cette occasion, l'un quelconque ou l'ensemble des attributs du droit de propriété (v. § 358). On peut enfin noter que l'article 5§1 du Protocole II – qui s'applique aux « personnes privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé » prévoit que ces personnes « devront bénéficier, si elles doivent travailler, de conditions de travail et de garanties semblables à celles dont jouit la population civile locale. »

selon la division CAI et CANI. L'article 173 est consacré aux « war crimes against civilians », l'article 174 aux « war crimes against the wounded and sick » et l'article 175 aux « war crimes against prisoners of war ». Toutefois, ces trois articles semblent exiger du juge à la fois le constat de l'infraction et le constat de la violation d'une norme de DIH par la conduite incriminée : « Whoever, in violation of rules of international law in time of war, armed conflict or occupation, orders or perpetrates any of the following acts... »

Une telle exigence a conduit les panels à s'interroger sur les règles de DIH sous-jacentes aux incriminations. Or il a bien fallu constater que la nature du conflit – CAI ou CANI – n'était pas pertinente et que la structure de ces dispositions conduisait les panels à piocher indifféremment dans les règles applicables aux CAI et aux CANI. Cette contrainte légale liée aux approximations conceptuelles du Code a conduit les panels à consolider – volontairement ou involontairement ? – la tendance à l'effacement de la distinction dans la définition des crimes de guerre.

Dans l'affaire *Niset Ramić* qui avait trait à des exécutions sommaires de civils serbes par un membre de la défense territoriale de Visoko (Bosnie-Herzégovine), le panel juge qu'il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la question de la nature du conflit, dans la mesure où l'incrimination choisie (meurtre) peut être fondée sur l'article 3 commun qui s'applique tout autant dans les CAI que dans les CANI. En tout état de cause, conclut la Chambre, l'article 173 du CP ne l'oblige pas à qualifier le conflit⁴⁶.

Dans l'affaire *Veiz Bjelić*⁴⁷, la Cour va beaucoup plus loin : était en cause une série de mauvais traitements et de viols infligés à des personnes civiles mais aussi à des militaires faits prisonniers, détenus dans des bâtiments sous la garde de soldats de l'Armée de BiH. Les crimes contre les civils pouvaient être fondés sur l'article 3 commun. En revanche, les crimes commis à l'encontre des personnes ayant, selon le panel, le statut de prisonniers de guerre amenaient à s'interroger sur l'applicabilité des infractions graves à la Convention de Genève III, dont s'inspire de toute évidence l'article 175 du NCP. Dans cette affaire, le panel qualifie le conflit de CANI et se demande, en conséquence, s'il est approprié d'appliquer des incriminations se rapportant aux CAI : elle juge que « the basic principles, including the fundamental obligations and prohibitions of the Geneva Conventions have become part of international customary law applicable to internal armed conflicts. » Elle se dit également d'accord avec la Chambre d'appel du TPIY dans *Tadić I* pour affirmer que « maintenance of a distinction between the two legal regimes and their criminal consequences when equally serious offenses are at issue, only because of a difference in the nature of an armed conflict, would ignore the basic purpose of the Geneva Conventions, which is the protection of dignity of human beings. »

Enfin dans l'affaire *Radmilo Vuković* déjà citée, le panel renonce à qualifier le conflit et, pour fonder l'incrimination de viol, renvoie indifféremment à l'article 3 commun et à l'article 27 de la IV^{ème} Convention.

b) *Devant le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone*

Le TSSL a également participé à cette relativisation de la distinction entre les deux types de conflit, en tous cas aussi longtemps que possible. Comme s'il s'agissait d'une évidence, la Chambre d'Appel s'est très tôt prononcée sur la nature du conflit – jugé être un conflit interne – d'abord de manière incidente puis en énonçant que cette qualification était suggérée par les travaux préparatoires du Statut⁴⁸. Quelques mois plus tard et à la suite d'une exception

⁴⁶ Jugement du 17 juillet 2007, n° X-KR-06/197, pp. 15-16.

⁴⁷ Jugement du 28 mars 2008, n° X-KR-07/430-1.

⁴⁸ TSSL, *Prosecutor v. Kallon and Kamara*, Decision on challenge to jurisdiction : Lomé Accord Amnesty, Ch.A., 13 mars 2004, (Décision Amnistie I), §17, §42. Puis *Prosecutor v. Fofana*, Decision on preliminary

préjudicielle de la défense qui, soutenant que le conflit était international, mettait en cause la compétence du Tribunal Spécial au regard des articles 3 et 4 du Statut, les juges ont considéré que la nature interne ou internationale du conflit n'influit pas sur la compétence *ratione materiae* du tribunal, et qu'en conséquence ils n'avaient pas à le qualifier⁴⁹. En effet, on admet facilement que ce qui est constitutif d'un crime dans un CANI l'est aussi dans un CAI. Or, dans une décision ultérieure, la Chambre de première instance I juge qu'il lui appartient de vérifier si les conditions d'application du Protocole II sont réunies, s'agissant des infractions de punitions collectives, d'actes de terrorisme et de pillage non couvertes par l'article 3 commun. Ils arrivent à la conclusion que le conflit était de nature non internationale par application des critères *Tadić* sur l'internationalisation d'un conflit⁵⁰.

Enfin, si la jurisprudence du Tribunal Spécial s'inscrit en partie dans cette tendance à la relativisation de la distinction entre CAI et CANI, il faut admettre que cette évolution n'est pas encore complètement aboutie, comme en témoigne également un *obiter dictum* de la Chambre de première instance II dans son jugement *AFRC*⁵¹. En l'espèce, tout comme le TPIR, la Chambre semble juger que son Statut la met dans l'obligation de constater la nature interne du conflit en Sierra Leone lorsqu'elle est amenée à appliquer une infraction découlant du Protocole II.

2. La relativisation de la distinction entre personnes civiles et combattants

Elle est en grande partie liée à la première relativisation constatée, qui affecte la distinction entre CAI et CANI. Le champ d'application *ratione personae* des règles de l'article 3 commun et des règles relatives au « traitement humain » énumérées dans l'article 4 du Protocole II couvre en effet « toutes les personnes qui ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités » (art. 4 Protocole II), ce qui inclut, comme l'énonce l'article 3 commun, « les membres des forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause ». Les autres articles des Conventions de Genève, en revanche, s'appliquent aux « personnes protégées » par ces Conventions et, plus particulièrement – s'agissant de la Convention IV, qui est la plus souvent invoquée – aux « personnes civiles ».

Cette notion de « personne civile » est entendue strictement par le droit international humanitaire : l'article 50 du Protocole additionnel I stipule que sont « civils » toutes les personnes qui ne font pas partie des « forces armées », tandis que les articles 43 du Protocole I et 4 de la Convention de Genève III décrivent les différentes catégories de « combattants » pouvant être réputés comme faisant partie des « forces armées ». Dès lors, pour déterminer si une personne est « civile », il faut en principe se référer à son « statut », c'est à dire se demander si elle est susceptible d'appartenir à l'une ou l'autre des catégories énumérées à l'article 4 ou si elle répond aux critères fixés par l'article 43. Si la personne relève effectivement de l'une de ces catégories, elle ne peut être considérée comme « civile », quelle que soit par ailleurs sa situation concrète au moment des faits, c'est à dire même dans

motion on lack of jurisdiction *materiae* : Nature of the armed conflict, Ch.A, 25 mai 2004, (Décision nature du conflit armé) § 18-19.

⁴⁹ TSSL Décision nature du conflit armé, *préc.* note 48, § 31.

⁵⁰ V. TPIY, *Procureur c. Tadić II*, Arrêt, Ch.A., 15 juillet 1999, § 84. En l'espèce : TSSL Jugement RUF, *préc.* note 11, §§ 971-977 : les juges arrivent à cette conclusion après avoir donc démontré que les relations liant Taylor – alors Président en exercice du Libéria – aux membres du RUF ne pouvaient s'analyser en un contrôle global de l'Etat libérien sur le groupe armé sierra-léonais ; en conséquence, il ne peut être conclu que le RUF agissait au nom du Libéria, ni que cet Etat était partie au conflit

⁵¹ TSSL, Jugement *AFRC*, *préc.* note 11, § 250-251 : Avant de qualifier le conflit d'interne, la Chambre énonce que « *the distinction between non-international and international armed conflicts remains of consequence in international humanitarian law* »

l'hypothèse où elle ne participe *pas* (momentanément) ou *plus* (parce qu'elle est blessée, désarmée...) aux hostilités.

A vrai dire, cette différence de champ d'application s'est surtout manifestée dans le cadre de la discussion relative aux éléments constitutifs du crime contre l'humanité. Dans une décision relative à l'article 61 RPP/TPIY rendue en 1996 dans l'affaire de *l'Hôpital de Vukovar*, une chambre de première instance du TPIY a considéré que la notion de « civil », dans l'expression « attaque contre une population civile », devait s'entendre largement comme incluant non seulement les personnes « non combattantes », mais également les personnes qui, au moment du crime, ne participaient *plus* aux hostilités⁵². Cette décision, fondée notamment sur la jurisprudence de la Cour de cassation française dans les affaires *Barbie* et *Touvier* – a été remise en cause quelques années plus tard par le jugement rendu dans la même affaire : prenant le contre pied de sa décision de 1996, la Chambre de première instance a considéré que le terme « civil » devait s'interpréter strictement, au sens du droit international humanitaire, et donc par renvoi aux articles 50 et 43 du Protocole I et à l'article 4 de la Convention de Genève III. Sur cette base, elle a rejeté les chefs d'accusation fondés sur l'article 5, au motif que certaines des victimes du massacre auraient eu la qualité de combattants⁵³. Finalement, statuant en l'affaire *Martić*, la Chambre d'appel du TPIY a jugé qu'il était suffisant de montrer que l'« attaque » avait bien visé une « population civile », mais qu'en revanche, il n'était pas nécessaire de prouver que la victime du crime commis dans le cadre de cette attaque était elle-même civile. Autrement dit, un crime contre l'humanité peut être commis à l'encontre de « combattants » hors de combat, à condition que l'attaque elle-même ait été dirigée contre une population « civile »⁵⁴.

En matière de crime de guerre, la désuétude croissante de l'article 2 du Statut devant le TPIY conduit celui-ci à recourir majoritairement au critère de l'article 3 commun : en effet, les infractions visées découlent pour la plupart de l'article 3 commun ou des « garanties fondamentales » du Protocole II. La notion de « personne civile » n'est utilisée qu'en lien avec des infractions pour lesquelles elle est spécialement requise⁵⁵, à tout le moins lorsque cette infraction est envisagée comme crime de guerre sur le fondement de l'article 3 du Statut. En effet, lorsque l'infraction est utilisée comme acte sous-jacent de la persécution comme crime contre l'humanité, les chambres considèrent que les conditions d'application conventionnelles ne s'appliquent pas⁵⁶.

Dans le cadre du TPIR, la question ne s'est pas posée directement : la compétence du Tribunal en matière de crimes de guerre est limitée aux violations de l'article 3 commun et du Protocole II (article 4 du Statut), même si l'énumération des crimes n'est pas limitative et permettrait donc d'envisager d'autres incriminations tirées du Protocole II. Mais cette possibilité n'a pas été exploitée : en soi, le recours à l'article 4 posait le problème du lien entre les massacres et le conflit armé en cours sur le territoire⁵⁷ ; et en tout état de cause, dans

⁵² TPIY, *Le Procureur c. Mile Mrškić, Miroslav Radić et Veselin Šljivančanin*, dite également *affaire de l'hôpital de Vukovar*, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, Ch.P.I., 3 avril 1996.

⁵³ TPIY, *Le Procureur c. Mrksić et autres*, dite *Hôpital de Vukovar*, jugement du 27 septembre 2007, §§ 440-464. V. auparavant, dans le même sens : Ch.A., *Le Procureur c. Blaškić*, arrêt du 29 juillet 2004, § 114.

⁵⁴ TPIY, Ch.A., *Le Procureur c. Milan Martić*, arrêt du 8 octobre 2008, §§ 313-314.

⁵⁵ Il en est ainsi principalement pour l'infraction d'« attaque contre les civils », où la notion de « personne civile » est définie par référence au Protocole I lu en conjonction avec la Convention III : v. les jugements *Kordić et Čerkez*, § 327 ; *Galić*, § 47 ; *Dragomir Milošević*, § 945. V. toutefois, retenant le critère de l'article 3 commun malgré une référence explicite au Protocole I : *Pavle Strugar*, jugement du 31 janvier 2005, § 282.

⁵⁶ V. not. le jugement *Le Procureur c. Blagoje Simić*, cité note n° 43.

⁵⁷ Plusieurs chambres de première instance ont considéré qu'un tel lien ne pouvait être établi : v. jugements *Akayesu*, §§ 638 et suiv. ; *Kayishema et Ruzindana*, §§ 590 et suiv. ; *Rutagadanda*, §§ 434 et suiv. V. également dans le même sens, *Nkakirutimana*, §§ 857-861. La Chambre *Semanza* a pris le contrepied de cette jurisprudence, §§ 516-522, (v. cependant la forte opinion dissidente du juge Ostrovsky). Par la suite, les

les quelques affaires où le Procureur a soutenu l'accusation sur le fondement de cet article, les faits étaient couverts par les incriminations explicitement énumérés (meurtre, viol, torture, traitement inhumains...)

a) Devant la Cour d'Etat de Bosnie

La plupart des jugements semble confirmer une même tendance à utiliser l'acception la plus large tirée de l'article 3 commun et du Titre II du Protocole II, et cela quelle que soit la base juridique choisie ou la qualification du conflit.

Les décisions rendues par la Cour dans la première affaire qui lui a été soumise – l'affaire *Abduladhim Maktouf* – sont à cet égard éloquentes. Tant le panel de première instance que le panel d'appel font le même constat du caractère international du conflit⁵⁸. S'agissant d'une prise d'otage, l'un et l'autre évitent toutefois de se fonder sur les articles 34 et 147 de la Convention IV, pour recourir plutôt à l'article 3 commun qui comprend la même prohibition : ils évitent ainsi de se prononcer sur la question délicate du « statut » des otages⁵⁹. Selon le panel d'appel – plus explicite sur ce point que le panel de première instance – la question de l'appartenance des otages au HVO, soulevée par la Défense, est sans pertinence en l'espèce : il suffit d'apprécier la situation concrète de la personne au moment de la violation. En l'occurrence, au moment où ils ont été enlevés, les otages croates « were not in the zone of combat activities, they were not uniformed and they were not armed »⁶⁰.

Deux autres affaires témoignent d'une certaine approximation dans l'approche des panels, qui semble plutôt relever d'une méconnaissance du DIH que d'une volonté délibérée de s'affranchir des frontières pour imposer une protection plus complète. Ainsi, dans l'affaire *Andrun Nikola*, l'accusé était jugé pour torture sur des personnes détenues dans le camp de Gabela. Le panel ne se prononce pas sur la nature du conflit⁶¹. Analysant le « statut » des personnes détenues dans le camp, il constate que la plupart d'entre elles étaient des « persons protected by the Geneva Conventions (*sic*) on the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949. » Autrement dit, précise le panel, toutes ces personnes étaient « civiles », exceptés trois détenus, qui étaient membres d'une unité de l'Armée de Bosnie-Herzégovine. Toutefois, continue le panel, ces personnes sont également considérées comme civiles « given that at the moment of arrest they were not involved in any military activities and who, by the very act of deprivation of liberty, were incapacitated for fight and *tempore criminis* they were *hors de combat* as they were detained in the Gabela Camp. »⁶² Le panel utilise donc ici le critère de l'article 3 commun pour qualifier de « civiles » des personnes au sens de la Convention IV : on est en pleine confusion. D'autant que rien ne s'opposait à ce que les trois détenus en question fussent qualifiés de « prisonniers de guerre », dans la mesure où l'infraction visée en l'espèce – la torture – est également prohibée et criminalisée par la Convention III en tant qu'infraction grave (article 130).

Même confusion, semble-t-il, dans l'affaire *Idhan Sipić* : l'accusé, un membre de l'armée de Bosnie-Herzégovine était jugé pour avoir assassiné une vieille dame serbe dans sa maison. Le panel ne qualifie pas le conflit, mais se fonde notamment sur l'article 3 commun qui est « generally seen as a customary law provision, therefore binding upon all parties to the

Chambres *Ntagerura et al.* (§§ 764 et suiv.) et *Bagosora et al.* (§§ 2231-2236) ont également établi l'existence d'un tel lien et par conséquent accepté d'appliquer l'article 4 du Statut.

⁵⁸ Affaire *Abduladhim Maktouf* devant la Section 1 de la Cour d'Etat de Bosnie, avec un jugement du 1^{er} juillet 2005 et un arrêt d'appel du 4 avril 2006 : complicité dans la prise d'otage de personnes croates par des membres de l'unité Al Mujahid intégrée à l'armée de Bosnie-Herzégovine.

⁵⁹ Jugement, pp. 23-24 ; Arrêt, pp. 9-10.

⁶⁰ Arrêt, p. 10.

⁶¹ Jugement du 14 décembre 2006, §§ 15-17.

⁶² Jugement, p. 14.

conflict, whether domestic or international ». Il en déduit que sont « civils » toutes les personnes ne participant pas directement aux hostilités... avant de se retourner vers la définition donnée de cette notion par le Protocole I (art. 50 et 43)⁶³. En tout état de cause, il n'y avait guère de doute que la victime était protégée, mais fallait-il passer par toutes ces étapes ?

b) Devant le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone

Une certaine confusion sur la qualification du statut des victimes règne également devant le TSSL, essentiellement en ce qui concerne l'article 4 du Statut, consacré aux autres violations graves du DIH. La question ne s'est en effet pas posée pour les infractions issues de l'article 3 commun ou du Protocole II, puisque, dans ce cas, le Tribunal a vérifié de manière classique que les victimes ne participaient pas directement aux hostilités. En revanche, il est particulièrement délicat de déterminer le statut des membres d'opérations de maintien de la paix lorsqu'ils sont l'objet d'une attaque. En effet, une telle agression constitue une violation grave du droit international humanitaire à partir du moment où le personnel attaqué a droit à la protection reconnue aux personnes civiles ou aux objets civils en droit des conflits armés⁶⁴. Le TSSL précise que ce crime peut être compris comme une particularisation de l'interdiction générale et fondamentale en droit international humanitaire des attaques contre les civils et leurs biens⁶⁵. Il semblerait, au vu de la jurisprudence du Tribunal Spécial, que le critère déterminant pour établir si les *peacekeepers* bénéficient ou non de la protection accordée aux civils soit celui de savoir s'ils participaient directement aux hostilités⁶⁶. Les juges vont donc vérifier minutieusement leur degré d'implication dans les combats. En l'espèce, la Chambre de première instance examine le mandat de la MINUSIL, les ordres que les membres de cette opération de maintien de la paix ont reçu, leurs interactions avec les rebelles, la nature de leur équipement, et si, dans les cas où ils ont recouru à la force, cela s'apparentait à de la légitime défense. Les juges concluent ainsi que les membres de la MINUSIL ayant fait l'objet d'attaques (et ayant été pris en otage) en mai 2000 ne participaient pas directement aux hostilités. A ce titre, ils bénéficiaient donc de la protection accordée aux civils en droit international humanitaire⁶⁷. Il peut être inféré du jugement RUF que si le degré de participation aux hostilités avait été plus important, les *peacekeepers* auraient pu être considérés comme des combattants. Les membres d'opérations de maintien de la paix ne sont donc a priori ni des civils, ni des combattants, mais constituent plutôt un intermédiaire, tantôt l'un tantôt l'autre. Leur statut particulier participe donc à la porosité de ces deux catégories, ce dont témoigne le choix du critère large de l'article 3 commun et du Protocole II⁶⁸.

*

Les tribunaux hybrides font plus qu'accompagner l'évolution continue du droit des conflits armés, ils ont également participé, dans une certaine mesure, à sa mutation.

⁶³ Jugement du 22 février 2008, pp. 7-8.

⁶⁴ Voir Article 4(b) du Statut du TSSL, et ci-après Partie 2 B).

⁶⁵ TSSL, Jugement RUF, *préc.* note 11, § 215,218.

⁶⁶ Jugement RUF, *préc.* note 11, § 233-234.

⁶⁷ *Ibid.*, § 1906-1937

⁶⁸ Pour une application du critère aux *peacekeepers* s'agissant d'infractions découlant de l'article 3 ou du Protocole II, v. le jugement du TPIR dans l'affaire *Bagosora*, §§ 2239-2240.

II – Les tribunaux mixtes et la mutation du droit des conflits armés

Cette mutation est provoquée par l'apparition de nouvelles questions, auxquelles les juridictions hybrides ont, pour certaines, été confrontées. Elles touchent à la compétence des tribunaux, mais aussi à la définition de nouveaux crimes.

A – Les questions relatives à la compétence des tribunaux

Deux évolutions notables du droit des conflits armés doivent ici être soulignées : d'une part l'extension de la compétence *ratione personae* des tribunaux, et d'autre part une tendance au dépassement des obstacles juridiques susceptibles de s'opposer à la poursuite des criminels.

1. Les évolutions de la compétence *ratione personae*

a) *La question de la poursuite des enfants soldats*

L'article 7 du Statut du TSSL prévoit de manière inédite en droit international pénal la poursuite de mineurs âgés de quinze à dix-huit ans lors de la commission du crime, les enfants soldats. L'inclusion de cette disposition a suscité des débats animés au moment de la rédaction du Statut, car si le phénomène des enfants soldats – utilisés par les rebelles autant que par les forces pro-gouvernementales – est l'une des caractéristiques majeures du conflit en Sierra Leone, les organisations non-gouvernementales mettaient l'accent sur le statut de victime plutôt que de bourreau de ces enfants. Un compromis a donc été trouvé, par l'inclusion dans le statut de nombreuses dispositions encadrant cette compétence : le Procureur se devait d'avoir des compétences spécifiques en matière de justice des mineurs et devait favoriser d'autres modes de poursuites ; les enfants ne pouvaient être condamnés à une peine d'emprisonnement⁶⁹. En pratique, le Procureur a très tôt annoncé son intention de ne pas poursuivre ces enfants⁷⁰, laissant le soin à la Commission Vérité et Réconciliation d'entendre leurs témoignages.

b) *La question de la poursuite des membres des opérations de maintien de la paix*

Une fois de plus innovant, le Statut du TSSL confère à ce dernier la compétence de poursuivre et juger les *peacekeepers*, c'est à dire les membres d'opérations de maintien de la paix (et le personnel y étant assimilé) ayant exercé en Sierra Leone⁷¹. Trois sous-catégories de personnes présentes en Sierra Leone à l'époque sont visées : premièrement le personnel de la MINUSIL⁷², deuxièmement les membres de l'ECOMOG⁷³ et troisièmement ceux ayant

⁶⁹ Statut du TSSL, article 15(4), 15(5), 19(1).

⁷⁰ TSSL, Public Affairs Office, press release, *Special Court Prosecutor says he will not prosecute children*, 2 Novembre 2002, <http://www.sc-sl.org/press-otp.html>

⁷¹ Statut du TSSL, article 1(2) et 1(3) : « 2. Any transgressions by peacekeepers and related personnel present in Sierra Leone pursuant to the Status of Mission Agreement in force between the United Nations and the Government of Sierra Leone or agreements between Sierra Leone and other Governments or regional organizations, or, in the absence of such agreement, provided that the peacekeeping operations were undertaken with the consent of the Government of Sierra Leone, shall be within the primary jurisdiction of the sending State. » « 3. In the event the sending State is unwilling or unable genuinely to carry out an investigation or prosecution, the Court may, if authorized by the Security Council on the proposal of any State, exercise jurisdiction over such persons. » Pour de plus amples détails, voir C. Denis, « Le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone Quelques Observations », *Revue Belge de Droit International*, 2001, vol 34, pp. 265-267

⁷² Mission des Nations Unies en Sierra Leone, créée par la Résolution du Conseil de Sécurité (Rés. 1270 (1999)) du 22 octobre 1999 et chargée de surveiller le processus de paix de l'Accord de Lomé (7 Juillet 1999).

participé à l'opération menée par les autorités nigérianes lors du coup d'Etat contre le Président Kabbah en 1996. Il faut toutefois préciser qu'il s'agit d'une compétence résiduelle, appartenant en premier lieu à l'Etat d'origine de la personne. Deux conditions devaient être réunies pour que le TSSL soit compétent : tout d'abord que le pays en question ne veuille ou ne puisse pas enquêter ou poursuivre le *peacekeeper*, et ensuite que le Conseil de Sécurité (à la demande de tout Etat) autorise le Tribunal Spécial à juger ces personnes.

*

Si ces deux innovations sont restées théoriques, le TSSL a en revanche et en pratique levé certains obstacles à sa compétence.

2. Les évolutions relatives aux obstacles éventuels mis à l'exercice de la compétence des tribunaux

a) Les immunités

Il est admis, et même prévu par les Statuts du TPIY, du TPIR, de la CPI et du TSSL (article 6-2), que la qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'Etat ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale⁷⁴. C'est d'ailleurs sur le fondement de cette disposition qu'a pu être récemment délivré un mandat d'arrêt international à l'encontre d'Omar Al Bashir, Président en exercice du Soudan⁷⁵. Peu nombreux sont cependant les Chefs d'Etat qui, jusqu'à aujourd'hui, ont vu une juridiction internationale émettre à leur encontre un mandat d'arrêt international, alors qu'ils étaient en cours de mandat : Slobodan Milosević, Omar Al Bashir et Charles Taylor. Le fait que le Tribunal Spécial ait donc conclu à la non applicabilité de l'immunité de Taylor est une avancée substantielle importante qui s'inscrit dans un mouvement de dépassement des obstacles à la poursuite des violations graves du droit international humanitaire⁷⁶. Le raisonnement de la Chambre d'Appel, qui l'amène à conclure que l'article 6(2) du Statut n'est pas contraire à une norme impérative du droit international pénal, peut être critiqué sur le plan purement juridique⁷⁷ notamment en ce qu'il ne répond pas à la question de l'opposabilité du traité bilatéral (créant la juridiction) aux Etats tiers⁷⁸. Les juges ont constaté

⁷³ Force d'interposition de la Communauté Economique des Etats d'Afrique de l'Ouest, instituée à l'origine pour contrôler le processus de pacification du Libéria voisin

⁷⁴ Et n'est pas un motif de diminution de la peine. Statut du TSSL art. 6(2) ; Statut du TPIY art. 7(2) ; Statut du TPIR art. 6(2) ; Statut de la CPI art. 27 : à l'alinéa 2, le Statut de Rome précise que « Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne. »

⁷⁵ CPI, *Procureur c. Omar Al Bashir*, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bachir, Ch.Prél. I, 4 mars 2009.

⁷⁶ TSSL, *Prosecutor v. Charles Taylor*, Decision on immunity from jurisdiction, Ch.A., 31 mai 2004 : Décision immunité Taylor.

⁷⁷ Voir notamment : Z. Deen-Raczmany, « Prosecutor v. Taylor : The status of the Special Court for Sierra Leone and its implications for immunity », *Leiden Journal of International Law*, 2005, vol. 18, pp. 299-322 ; M. Frulli, « The Question of Charles Taylor immunity : still in search of a balanced application of personal immunities ? », *Journal of International Criminal Justice*, 2004, vol. 2, pp. 1118-1129 ; C. Jalloh, « Immunity from prosecution for international crimes : the case of Charles Taylor at the Special Court for Sierra Leone », *American Society of International Law Insights*, June 2004 www.asil.org/insights.htm.

⁷⁸ Le TSSL s'appuie notamment sur l'Arrêt *Yerodia* de la CIJ : *Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, 14 Février 2002, CIJ Recueil 2002 p. 3 (dit Arrêt *Yerodia*). Dans cet arrêt, la CIJ précise les conditions dans lesquelles peuvent être écartées les immunités « devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes » (Souligné par nous). Il semble que la nature internationale d'une juridiction ne suffise pas, et en se basant sur les exemples donnés par la CIJ (les deux TPI et la CPI), il peut être conclu que la seconde condition est liée à la base juridique créant un tel tribunal : soit une Résolution du Conseil de Sécurité en vertu du Chapitre VII, soit une base conventionnelle (le Statut de Rome). Dans la seconde hypothèse, il semble qu'en vertu du principe de l'effet

que le TSSL avait été créé sous l'impulsion d'une résolution du Conseil de Sécurité agissant pour préserver la paix et la sécurité internationales : il en découlait que la communauté internationale dans son ensemble pouvait être considérée comme soutenant la création et le mandat du Tribunal⁷⁹. L'avancée substantielle est donc notable, et s'inscrit dans une mutation du droit des conflits armés où les crimes internationaux, quels qu'en soient les auteurs, doivent être punis.

b) L'amnistie

Les décisions de la Chambre d'appel du TSSL sur la validité de l'amnistie reconnue à tous les combattants par l'Accord de Lomé le 7 juillet 1999 apporte une innovation également intéressante, touchant, au-delà des crimes de guerre, tous les crimes graves en droit international. La Chambre d'Appel a en effet été amenée à vérifier si l'article 10 du Statut, prévoyant la compétence du Tribunal malgré une telle amnistie, n'allait pas à l'encontre d'une règle impérative du droit international public⁸⁰. Pour répondre par la négative à cette question, les juges se sont penchés sur les limites des amnisties en droit international, et ont considéré qu'une amnistie accordée sur le plan national ne saurait empêcher la poursuite de personnes suspectées de crimes internationaux couverts par la compétence universelle⁸¹. La Cour Européenne des Droits de l'Homme s'est clairement prononcée dans ce sens dans la récente décision d'irrecevabilité *Ely Ould Dah c. France*⁸². Dans cette affaire, un ressortissant mauritanien avait été condamné en France pour actes de torture et de barbarie commis en Mauritanie, et cela malgré une loi d'amnistie dans son pays. La Cour européenne estime qu'écarter la législation nationale prévoyant l'incrimination des actes cités « au profit de décisions ou de lois de circonstances adoptées par l'Etat du lieu des infractions, agissant pour protéger ses propres ressortissants ou, le cas échéant, sous l'influence directe ou indirecte des auteurs de ces infractions, en vue de les disculper, conduirait à paralyser tout exercice de la compétence universelle. » Elle ajoute que « l'amnistie est en général incompatible avec le devoir qu'ont les Etats d'enquêter sur de tels actes ». Pour revenir au TSSL, il semblerait même, selon les juges, qu'une norme internationale selon laquelle un gouvernement ne pourrait pas accorder d'amnistie pour les crimes graves commis en violation du droit international soit en cours de formation⁸³. Notons l'opinion séparée du Juge Robertson, qui insiste sur l'importance de l'invalidité des amnisties reconnues aux hauts responsables, et qui, même si la pratique étatique est encore irrégulière, considère qu'un tel stade a déjà été atteint par le droit international⁸⁴. Se plaçant du côté des victimes et de leur droit à un recours efficace, il soutient également que ce droit fondamental doit couvrir l'obligation de l'Etat d'enquêter sur des violations graves des droits de l'Homme et d'en juger leurs auteurs, ce à l'encontre de quoi vont les lois d'amnistie⁸⁵. Si le TPIY avait affirmé *in abstracto* qu'en raison de la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, il serait « absurde » de laisser

relatif des traités, seules les immunités de ressortissants d'Etats ayant signé et ratifié le Traité de Rome soient visées. Par analogie, il paraît discutable qu'au delà de la nature internationale du TSSL, son traité constitutif (l'Accord bilatéral) soit opposable aux Etats tiers, tel que le Libéria.

⁷⁹ TSSL, Décision immunité Taylor, *préc.* note 76, §§ 37-42. La résolution du Conseil de Sécurité est la Résolution 1315 de 14 août 2000.

⁸⁰ TSSL, *Prosecutor v. Kallon and Kamara*, Decision on challenge to jurisdiction : Lomé Accord Amnesty, Ch.A., 13 mars 2004 (Décision Amnistie I) ; TSSL, *Prosecutor v. Kondewa*, Decision on lack of jurisdiction / Abuse of process : Amnesty provided by the Lomé Accord, Ch.A., 25 mai 2004 (Décision Amnistie II).

⁸¹ ⁸¹ TSSL, Décision Amnistie I, *préc.* note 80, § 71.

⁸² CEDH, Décision d'irrecevabilité *Ely Ould Dah c. France*, 17 mars 2009

⁸³ TSSL, Décision Amnistie I, *préc.* note 80, § 82

⁸⁴ Décision Amnistie II, Opinion séparée du Juge Robertson, § 51

⁸⁵ *Id.*, §§ 37-45.

faire les Etats qui amnistieraient les tortionnaires⁸⁶, cette décision du TSSL est une application à la fois plus concrète et beaucoup plus étendue (elle vise tous les crimes soumis à la compétence universelle) de l'inadmissibilité des amnisties. De la même manière que pour les décisions concernant les immunités, l'occasion d'énoncer ainsi la non applicabilité d'une amnistie reste assez rare pour constituer une réelle avancée du droit international.

B – Les questions relatives à la définition de nouveaux crimes

1. Les attaques à l'encontre du personnel, des installations... des missions d'aide humanitaire ou de maintien de la paix

Le TSSL a été la première des juridictions internationales ou mixtes à examiner et à appliquer cette disposition, pour condamner les attaques des membres du RUF à l'encontre des membres de la MINUSIL⁸⁷. Les membres de cette opération de maintien de la paix dont le mandat était de protéger le cessez-le-feu et d'encourager le désarmement volontaire des rebelles après l'Accord de Lomé ont en effet été plusieurs fois la cible d'assauts en mai 2000, lesquels ont résulté en des prises d'otages de *peacekeepers*. L'infraction prévue à l'article 4(b) du Statut du TSSL et visant de telles attaques ainsi que ses éléments constitutifs sont directement inspirés du Statut de Rome⁸⁸. Pour que l'infraction soit caractérisée, doivent être prouvés les quatre faits suivants : l'accusé a dirigé une attaque contre le personnel, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies ; l'accusé entendait prendre pour cible de son attaque lesdits personnel [etc.] ; lesdits personnel [etc.] avaient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux personnes civiles et aux biens de caractère civil ; l'accusé savait ou aurait du savoir que les personnel [etc.] étaient protégés. Les juges offrent une précision au sujet de l'attaque, qui doit atteindre un certain degré de gravité. En effet, s'il faut éviter une interprétation restrictive de la notion, il faut toutefois prendre en compte le fait que, par définition, les *peacekeepers* travaillent dans des zones instables et dangereuses. La Chambre conclut que ces attaques contre les membres de la MINUSIL s'apparentent à des attaques contre des civils⁸⁹.

2. La conscription, l'enrôlement et la participation d'enfants

L'article 4c) du Statut du TSSL prévoit la compétence du Tribunal Spécial pour la violation grave du droit international humanitaire que constitue la conscription ou l'enrôlement d'enfants de moins de quinze ans dans les forces armées ou dans les groupes armés, ou leur utilisation pour participer activement aux hostilités. Le TSSL a, encore une fois, été le premier à examiner la question, avant que sa jurisprudence ne soit reprise par la CPI.

Dès le stade des exceptions préjudicielles a été mise en cause la légalité de cette infraction, ce qui a poussé la Chambre d'Appel à vérifier qu'étaient remplies les conditions « *Tadić* ». Grâce à un large faisceau d'indices, les juges concluent que le crime existait effectivement en droit international coutumier dès avant 1996⁹⁰.

⁸⁶ TPIY, *Procureur v. Furundžija*, Jugement, Ch.P.I., 10 décembre 1998, §155

⁸⁷ TSSL Jugement RUF, *préc.* note 11, §§ 215-218, §§ 1890-1944 et plus précisément § 215, § 1889 et §§ 1906-1937 pour les particularités relevées ci-après. V. cependant le jugement du TPIR dans l'affaire *Bagosora* du 18 décembre 2008, §§ 2239-2240, pour une approche des crimes commis contre des *peacekeepers* sous l'angle de l'article 3 commun et du Protocole II.

⁸⁸ Statut de Rome et Eléments des crimes, Articles 8-2-b-iii et 8-2-e-iii. TSSL, Jugement RUF *préc.* note 11 §§ 219-235...

⁸⁹ Voir ci-avant, Partie 1 B.

⁹⁰ Voir Partie I A 1 b). TSSL *Child recruitment*, *préc.* note 24; Voir également l'opinion dissidente du Juge Robertson.

Les chambres, lors des jugements, ont été amenées à devoir différencier et définir les multiples aspects du crime. Si, à cause d'une maladresse du Procureur, l'interprétation de la Chambre de première instance I était initialement distincte⁹¹, il semble que cette dernière se soit ralliée à l'analyse de sa « consœur », laquelle avait été reprise par la CPI. Il est donc désormais établi que l'enrôlement vise un mode de recrutement volontaire alors que la conscription est forcée⁹². Précisons toutefois que la validité du consentement d'un enfant âgé de moins de quinze ans à s'engager dans les forces armées, particulièrement dans un tel contexte, peut légitimement être mise en doute⁹³. Par ailleurs, la Chambre de première instance I a également été confrontée à la question de l'initiation des enfants (rite opéré par les Kamajors pour leur faire croire en leur invulnérabilité) qu'elle a refusé de qualifier de recrutement en tant que tel, mais qui peut contribuer à prouver ce dernier⁹⁴. En dernier lieu, les chambres se sont accordées pour distinguer deux formes de participation aux hostilités : la première, prohibée, concerne une participation directe des enfants aux combats ainsi que les activités militaires connexes s'assimilant à du support logistique (espionnage, sabotage, transport de munitions sur le front...); la seconde forme n'est, elle, pas visée par l'article 4c) et concerne les tâches domestiques n'ayant pas de rapport direct avec les combats⁹⁵. En ce qui concerne les éléments constitutifs des crimes, quatre conditions doivent être réunies⁹⁶ : premièrement, une ou plusieurs personnes ont été enrôlées, conscrites, ou utilisées pour participer activement aux hostilités ; deuxièmement, cette personne avait moins de quinze ans ; troisièmement, l'accusé savait ou aurait du savoir que cette personne avait moins de quinze ans (et qu'elles étaient entraînées pour ou utilisées lors des combats pour les deux formes de recrutement⁹⁷) ; quatrièmement, l'accusé avait l'intention de commettre le crime. De plus, en ce qui concerne l'enrôlement, il doit exister un lien entre l'acte de l'accusé et le fait que l'enfant ait rejoint les forces armées⁹⁸.

3. Le mariage forcé

Un autre crime caractéristique du conflit sierra leonais a été le phénomène des mariages forcés. La qualification juridique de cette pratique et son inclusion dans des catégories de crimes préexistantes a été ardue : distincte des infractions de traitement cruel, d'esclavage

⁹¹ Dans l'affaire des CDF, et parce que l'acte d'accusation ne comportait pas le chef d'accusation de conscription, la Chambre de première instance I avait été obligée de considérer que l'enrôlement pouvait comprendre à la fois les recrutements volontaires et forcés, ces derniers constituant alors la forme aggravée du crime ; Voir TSSL, CDF Jugement, *préc.* note 11, §192. Voir *Prosecutor v. Norman, Fofana, Kondewa*, Indictment, 5 Février 2004, Count 8, §29

⁹² TSSL AFRC Jugement, *préc.* note 11, § 734-735 ; TSSL RUF Jugement, *préc.* note 11, § 185-186. Cette distinction avait été initiée par le Juge Robertson : TSSL Child recruitment, *préc.* note 24, opinion dissidente du Juge Robertson. Voir également : CPI, *Procureur c. Thomas Dyilo*, Décision sur la Confirmation des charges, précitée note 37, § 246-247

⁹³ TSSL CDF Jugement, *préc.* note 11, § 192 ; CDF Arrêt, *préc.* note 31, § 140 ; RUF Jugement, *préc.* note 11, §187.

⁹⁴ TSSL CDF Jugement, *préc.* note 11, § 198. Dans le même sens, voir la position du Juge Itoe dans son opinion partiellement dissidente, §§ 23-35. Précisons toutefois qu'en appel, la Chambre refuse d'imputer la responsabilité du recrutement d'un enfant à Kondewa, parce que celui-ci l'a « initié » alors que l'enfant était déjà recruté : TSSL Arrêt CDF, *préc.* note 31, §142

⁹⁵ TSSL, AFRC Jugement, *préc.* note 11, §736-737 ; CDF Jugement, *préc.* note 11, §193. RUF Jugement, *préc.* note 11, § 188. Voir également : CPI, *Lubanga*, Confirmation des Charges, *préc.* note 37, §259-263, *Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision sur la Confirmation des Charges, 30 Septembre 2008, § 246-252.

⁹⁶ TSSL, Jugement CDF, *préc.* note 11, §195-196 ; Jugement RUF, *préc.* note 11, §190 ; Jugement AFRC, *préc.* note 11, § 729 (les juges ne citent que les trois premières conditions).

⁹⁷ TSSL, Arrêt CDF, *préc.* note 31, §141 ; Jugement RUF, *préc.* note 11, §192

⁹⁸ TSSL, Arrêt CDF, *préc.* note 31, §141 ; Jugement RUF, *préc.* note 11, §191

sexuel, d'outrage à la dignité de la personne, de violences sexuelles, ou d'autre acte inhumain, elle les réunit toutes. Le TSSL a été amené à définir ce crime comme comportant deux éléments majeurs : *“First, forced marriage involves a perpetrator compelling a person by force or threat of force, through the words or conduct of the perpetrator or those associated with him, into a forced conjugal association with another person resulting in great suffering, or serious physical or mental injury on the part of the victim. Second, unlike sexual slavery, forced marriage implies a relationship of exclusivity between the “husband” and “wife”, which could lead to disciplinary consequences for breach of this exclusive arrangement”*⁹⁹. Avant, enfin, de pouvoir tirer toutes les conséquences théoriques et pratiques de ce crime dans le récent jugement des membres du RUF, le Tribunal Spécial a eu de grandes difficultés à composer avec les chefs d'accusation en présence et n'a pas pu (ou su) reconnaître toute sa dimension au phénomène des « *bush wives* ».

Dans l'affaire des CDF, le Procureur a essayé en vain de faire modifier l'acte d'accusation pour inclure les violences sexuelles¹⁰⁰ ; de plus, la Chambre de première instance a refusé d'examiner des preuves de violences sexuelles sous d'autres chefs d'accusation existants (autres actes inhumains, violence à l'encontre de la vie et de la santé...), notamment sous prétexte que le Statut comporte de nombreuses dispositions pour les violences sexuelles¹⁰¹. Il s'ensuit que les membres des forces pro-gouvernementales n'ont été poursuivis pour aucun crime de nature sexuelle.

Dans l'affaire des membres des AFRC, le Procureur avait d'abord cherché à inclure cette pratique sous le chef d'accusation d'autres actes inhumains, ce que la Chambre de première instance II a refusé. Les juges considéraient en effet que les mariages forcés ne se distinguaient pas de l'esclavage sexuel (ce qui a été infirmé en appel)¹⁰², ces mariages devant donc être poursuivis sous le chef d'accusation d'esclavage sexuel. L'affaire se complique : ce septième chef d'accusation énonçait en réalité « esclavage sexuel et autres violences sexuelles » et avait donc été entièrement rejeté par les juges de première instance au motif que deux infractions coexistaient sous le même chef d'accusation¹⁰³. La Chambre de première instance, par défaut, a donc fini par considérer que les mariages forcés constituaient des outrages à la dignité humaine, comme crime de guerre¹⁰⁴. En appel en revanche, la Chambre a reconnu aux mariages forcés leur indépendance (vis à vis de l'esclavage sexuel notamment) et leur gravité, en les hissant au rang d'autres actes inhumains comme crimes contre l'Humanité. Elle n'en a toutefois pas tiré les conséquences en terme de culpabilité, estimant que le simple fait de reconnaître qu'il s'agit d'un comportement criminel et d'un acte inhumain est suffisant, sans qu'il soit besoin de prononcer une peine à ce titre¹⁰⁵.

Le jugement du RUF semble être une correction de toutes ces erreurs : si le dixième chef d'accusation d'esclavage sexuel et d'autres formes de violences sexuelles est double, les juges y remédient en ne considérant que les allégations d'esclavage sexuel, comme requis par

⁹⁹ TSSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu*, Arrêt, Ch.A., 22 février 2008 (Arrêt AFRC), §195

¹⁰⁰ TSSL, *Prosecutor v. Norman, Fofana, Kondewa*, Decision on Prosecution motion request for leave to amend the indictment, Ch.P.I, 20 mai 2004, §86. La requête ayant été présentée à quelques mois du début du procès, accorder la requête aurait conduit à une violation des droits des accusés à un procès équitable selon les juges majoritaires. Le Juge Boutet est dissident, évoquant la difficulté de récolter des preuves pour les crimes sexuels.

¹⁰¹ TSSL, *Prosecutor v. Norman, Fofana, Kondewa*, Majority Decision on the request for leave to appeal decision on Prosecution motion for a ruling on the admissibility of evidence, ChPI 24 mai 2005 (publiée le 23 juin 2005), §19. Cette décision fut par la suite critiquée par la Chambre d'Appel : Arrêt CDF, *préc.* note 31, §441-451.

¹⁰² TSSL, Jugement AFRC, *préc.* note 11, §§ 703-704 et §§710-714. A contrario, voir Arrêt AFRC, *préc.* note 100, 195-203 et Jugement RUF, *préc.* note 11, §164-172

¹⁰³ *Ibid.*, § 93-95

¹⁰⁴ *Ibid.*, §719, 1188

¹⁰⁵ TSSL, Arrêt AFRC, *préc.* note 99, §195-203. Il faut préciser que Brima, Kamara et Kanu ont été respectivement condamnés à 50, 45 et 50 ans d'emprisonnement.

l'Accusation pour éviter les mêmes difficultés que dans l'affaire des membres des AFRC¹⁰⁶. Ils admettent, en application de l'arrêt des AFRC, que les mariages forcés constituent également un autre acte inhumain¹⁰⁷. Enfin, ils considèrent que tous les crimes relatifs aux violences à l'encontre des femmes (viol, esclavage sexuel, mariages forcés) constituent des outrages à la dignité de la personne en tant que crimes de guerre¹⁰⁸. Ces trois qualifications ayant chacune des éléments constitutifs distincts, la Chambre reconnaît qu'elles sont cumulables pour les mêmes faits.

La jurisprudence du TSSL en matière de mariages forcés est donc absolument inédite, de par les faits complexes qu'elle a, avec difficultés il faut le reconnaître, finalement réussi à traduire en termes juridiques, à la fois comme crime de guerre et comme crime contre l'Humanité.

*

Pour conclure sur une autre métaphore botanique, les tribunaux mixtes peuvent être perçus comme étant à la justice pénale internationale ce que le soleil est à une plante : bénéfique. L'eau apportée initialement par les TPI a été indispensable pour que germe la graine du droit international pénal, et la CPI prend doucement le relais pour assurer durablement sa croissance. En parallèle, les tribunaux mixtes sont comparables à des rayons de soleil, favorisant de manière sporadique un épanouissement plus rapide du domaine. Si des zones d'instabilité persistent dans leur jurisprudence, il semble plus enrichissant de mettre en lumière leurs coups d'éclats plutôt que leurs zones d'ombres.

La Cour d'Etat de Bosnie, par définition centrée sur le même conflit que celui couvert par le TPIY, a essentiellement œuvré à entériner les avancées plus ou moins accomplies et plus ou moins explicites de son « grand frère » de La Haye. Le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone a certes en grande partie entériné la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, mais le fait qu'il bénéficie de son propre champ d'étude l'a amené à résoudre des problématiques originales. Son mandat n'est pas complètement achevé et le jugement de Charles Taylor permettra peut-être de faire encore avancer le droit des conflits armés. Par ailleurs, il faudra attendre de nombreux mois supplémentaires pour estimer l'apport des CETC, certes pour les juristes internationalistes mais finalement surtout pour la population cambodgienne.

¹⁰⁶ TSSL, Jugement RUF, *préc.* note 11, §§ 152-153, 457-458. Cite Arrêt AFRC, *préc.* note 99, § 108-109.

¹⁰⁷ TSSL, Jugement RUF, *préc.* note 11, §§ 164-172

¹⁰⁸ *Ibid.*, §§ 173 et suiv.

I – Les tribunaux mixtes et l'évolution continue du droit des conflits armés

A – L'œuvre de consolidation

1. La consolidation des conditions d'application de la qualification de crime de guerre
 - a) Les conditions générales d'application
 - i) Devant le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone
 - ii) Devant la Cour d'Etat de Bosnie
 - b) Les conditions « Tadić » pour démontrer le caractère coutumier d'une incrimination
2. La consolidation de certaines infractions sous-jacentes
 - a) Le viol et la torture
 - b) Les mutilations comme violation de l'article 3 commun
 - c) Le terrorisme ou « terrorisation » de la population civile comme crime de guerre

B – L'approfondissement de tendances émergentes

1. La relativisation de la distinction entre CAI et CANI
 - a) Devant la Cour BiH
 - b) Devant le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone
2. La relativisation de la distinction entre personnes civiles et combattants
 - a) Devant la Cour d'Etat de Bosnie
 - b) Devant le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone

II – Les tribunaux mixtes et la mutation du droit des conflits armés

A – Les questions relatives à la compétence des tribunaux

1. Les évolutions de la compétence *ratione personae*
 - a) La question de la poursuite des enfants soldats
 - b) La question de la poursuite des membres des opérations de maintien de la paix
2. Les évolutions relatives aux obstacles éventuels mis à l'exercice de la compétence des tribunaux
 - a) Les immunités
 - b) L'amnistie

B – Les questions relatives à la définition de nouveaux crimes

1. Les attaques à l'encontre du personnel, des installations... des missions d'aide humanitaire ou de maintien de la paix
2. La conscription, l'enrôlement et la participation d'enfants
3. Le mariage forcé