

**UCL**

Université  
catholique  
de Louvain

Faculté de droit et de criminologie (DRT)

# L'administration de la justice par les groupes d'opposition armés au regard du droit international humanitaire

Mémoire réalisé par  
**Mathilde Piret**

Promoteur(s)  
**Raphaël Van Steenberghe**

Année académique 2017-2018  
**Master en droit**



Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.\*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

\* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

## Remerciements

Je tiens, tout d'abord, à remercier mon promoteur, le Professeur Raphaël Van Steenberghe, pour sa disponibilité, son soutien tout au long de la rédaction de ce mémoire, ses conseils éclairés lors de nos discussions et pour m'avoir encouragée à aller toujours plus loin dans ma réflexion.

Je tiens ensuite à remercier mes amis pour leur soutien et leur présence. En particulier, Marie Nelles et Aude Huart pour leurs encouragements, pour avoir pris le temps de relire ce mémoire et pour m'avoir offert une perspective extérieure sur celui-ci, et Adeline Crettenand pour m'avoir aidée dans ma recherche documentaire à Genève

Je tiens finalement à remercier ma famille pour son soutien infailible durant mes études. En particulier, mes parents et ma sœur, qui, bien que n'étant pas familiers avec le droit international humanitaire, ont accepté de lui faire une petite place durant ces mois de recherche et de rédaction, et spécialement mon père pour avoir méticuleusement et patiemment relu ce mémoire.

## Table des matières

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Liste des abréviations employées.....</b>  | <b>ix</b> |
| <b>Introduction.....</b>  | <b>1</b>  |
| <b>Partie I. Aspects contextuels et cadre juridique.....</b>  | <b>3</b>  |
| Chapitre 1 : Aspects contextuels .....  | 3         |
| Section 1. L'administration de la justice pénale au sein du GOA .....   | 3         |
| Section 2. L'administration de la justice pénale envers la partie adverse au CANI et les individus accusés de soutenir celle-ci ..... | 4         |
| Section 3 : L'administration de la justice sur le territoire contrôlé par le GOA afin d'y maintenir l'ordre .....                     | 5         |
| Chapitre 2 : Cadre juridique .....  | 6         |
| Section 1. Le droit international humanitaire .....   | 6         |
| §1. Les sources du droit international humanitaire relatives à l'administration de la justice .....                                   | 6         |
| §2. Le champ d'application des dispositions du droit international humanitaire relatives à l'administration de la justice.....        | 8         |
| 1. Généralités .....  | 8         |
| 2. Le champ d'application des articles 3, §1, d) commun aux Conventions de Genève et 6 du Protocole additionnel II .....              | 8         |
| Section 2. Le droit international des droits de l'homme.....  | 11        |
| §1. Les sources.....  | 11        |
| §2. Le champ d'application du droit international des droits de l'homme .....   | 11        |
| 1. Champ d'application matériel : le droit international des droits de l'homme s'applique-t-il aux situations de conflit armé ?.....  | 11        |
| 2. Champ d'application personnel : le droit international des droits de l'homme lie-t-il les groupes armés ?.....                     | 13        |
| §3. L'articulation entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme .....                     | 14        |
| Section 3. Le droit international pénal.....  | 17        |

**Partie II. Une éventuelle autorisation de poursuivre et sanctionner les infractions en lien avec le conflit armé ?..... 18**

Chapitre 1. Le silence du droit international humanitaire : l'absence d'une autorisation explicite de poursuivre et sanctionner les infractions en lien avec le conflit armé ..... 18

Chapitre 2. Les articles 3, §1, d) commun et 6 PA II : une autorisation implicite découlant d'une réglementation par le droit international humanitaire ? .. 20

Chapitre 3. L'obligation du supérieur hiérarchique de punir les violations du droit international humanitaire : une autorisation implicite découlant d'une obligation ? 22

Section 1. Généralités ..... 22

Section 2. L'obligation de punir implique-t-elle l'administration d'une sanction pénale ? ..... 24

Section 3. Le commandement du GOA est-il obligé de mettre en place une structure judiciaire pour administrer la sanction pénale ? ..... 26

**Conclusion..... 30**

**Partie III. La réglementation par le droit international humanitaire de l'administration de la justice par les groupes d'opposition armés..... 30**

Introduction ..... 30

Chapitre 1. La constitution et la nature des organes judiciaires de groupes d'opposition armés ..... 32

Section 1. La constitution des organes judiciaires des groupes d'opposition armés : Un tribunal « régulièrement constitué » ..... 32

§1. Problématique ..... 32

§2. Une interprétation stricte du critère axée sur la souveraineté de l'État : pour être régulièrement constitué le tribunal doit être établi par le droit étatique ..... 33

1. Fondement..... 33

2. L'emploi par le groupe d'opposition armé des juridictions étatiques ?..... 35

§3. Une interprétation souple du critère prenant en compte les spécificités des groupes d'opposition armés..... 38

1. Principes directeurs..... 38

2. Une interprétation flexible de la base légale : un tribunal constitué par le « droit » du GOA ..... 40

|   |           |
|---|-----------|
| 3. Un changement de perspective : un tribunal respectant les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité.....         | 41        |
| 4. Un potentiel conflit avec le DIDH ? .....  | 43        |
| 5. La question des tribunaux « mobiles » .....  | 46        |
| Section 2. La nature des organes judiciaires des groupes d'opposition armés : un tribunal indépendant et impartial.....           | 47        |
| §1. Généralités .....   | 47        |
| §2. Un tribunal indépendant.....  | 47        |
| §3. Un tribunal impartial.....  | 50        |
| §4. Deux problématiques ciblées .....   | 51        |
| 1. Les tribunaux militaires .....   | 51        |
| 2. La formation des juges.....  | 53        |
| Chapitre 2. Le fonctionnement des organes judiciaires de groupes d'opposition armés et les garanties judiciaires à respecter..... | 55        |
| Section 1. L'identification des garanties judiciaires à respecter.....  | 55        |
| Section 2. Les garanties judiciaires devant être respectées de manière absolue.....   | 58        |
| Section 3. Le droit applicable par le tribunal du groupe d'opposition armé.....   | 60        |
| §1. La problématique .....  | 60        |
| §2. Le droit des GOA.....   | 60        |
| 1. La prise en compte par le DIH du droit des GOA .....   | 60        |
| 2. Conséquences et éventuelles limites.....   | 63        |
| §3. Le droit étatique et/ou le droit international .....  | 69        |
| Section 4. Les garanties judiciaires appelant une mise en œuvre souple.....   | 70        |
| §1. Les droits et moyens de la défense .....  | 70        |
| 1. La détermination des droits et moyens de la défense .....  | 70        |
| 2. Le droit de faire comparaître et d'interroger des témoins.....   | 71        |
| 3. Le droit à l'assistance d'un avocat avant et pendant le procès .....   | 72        |
| 4. Le droit au temps et aux facilités nécessaires à la défense .....  | 74        |
| 5. Le droit d'être jugé « dans un délai raisonnable » ou « sans retard excessif » .....   | 75        |
| §2. Le droit à un procès public ?.....  | 76        |
| §3. Le droit de faire appel ? .....   | 77        |
| <b>Conclusion</b> .....   | 79        |
| <b>Partie IV. La reconnaissance des jugements rendus par les tribunaux de groupes d'opposition armés .....</b>                    | <b>82</b> |

|   |           |
|---|-----------|
| Introduction .....  | 82        |
| Chapitre 1. La reconnaissance par la Cour pénale internationale ..... | 82        |
| Chapitre 2. La reconnaissance par les juridictions étatiques.....     | 84        |
| <b>Conclusion .....</b>   | <b>86</b> |
| <b>Bibliographie .....</b>  | <b>89</b> |

## Liste des abréviations employées

|                  |   |
|------------------|---|
| ACHPR            | Commission africaine des droits de l'homme et des peuples     |
| AGNU             | Assemblée générale des Nations Unies                          |
| ALC              | Armée de libération du Congo                                  |
| AQMI             | Al-Qaïda au Maghreb islamique                                 |
| Article 3 commun | Article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949     |
| CADH             | Convention américaine relative aux droits de l'homme          |
| CADHP            | Charte africaine des droits de l'homme et des peuples         |
| CANI             | Conflit armé non-international                                |
| CEDH             | Convention européenne des droits de l'homme                   |
| CADH             | Convention américaine relative aux droits de l'homme          |
| CADHP            | Charte africaine des droits de l'homme et des peuples         |
| CG               | Convention(s) de Genève                                       |
| CICR             | Comité international de la Croix Rouge                        |
| CIDH             | Commission interaméricaine des droits de l'homme              |
| Comité. dr. h.   | Comité des droits de l'homme                                  |
| CPN-M            | Communist Party of Nepal – Maoist                             |
| CPP              | Communist Party of the Philippines                            |
| CVDT             | Convention de Vienne sur le droit des traités                 |
| DIDH             | Droit international des droits de l'homme                     |
| DIH              | Droit international humanitaire                               |
| DUDH             | Déclaration universelle des droits de l'homme                 |
| EI               | État Islamique  |
| FARC             | Fuerzas armadas revolucionarias de Colombia                   |
| FDS              | Forces de Défense Syriennes                                   |
| FMLN             | Frente Farabundo Martí para la Liberación National (Salvador) |
| GAM              | Mouvement pour un Aceh libre (Indonésie)                      |
| GOA              | Groupe d'opposition armé                                      |
| HCDH             | Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme     |
| JEM              | Justice and Equality Movement (Soudan)                        |
| KLA              | Kosovo Liberation Army  |

|           |   |
|-----------|---|
| LTTE      | Tigres de libération de l'Îlam Tamoul (Sri Lanka)                               |
| MILF/BIAF | Moro Islamic Liberation Front/Bangsamoro Islamic Armed Forces (Philippines)     |
| MLC       | Mouvement de libération du Congo  |
| MONUSCO   | Mission de l'organisation des Nations unies en République démocratique du Congo |
| NDFP      | National Democratic Front of the Philippines                                    |
| NPA       | New People's Army (Philippines)   |
| NRA       | National Resistance Army (Uganda)   |
| ONUSAL    | Mission d'observation des Nations unies au Salvador                             |
| PA I      | Protocole additionnel I aux Conventions de Genève                               |
| PA II     | Protocole additionnel II aux Conventions de Genève                              |
| PAIGC     | Parti africain pour l'indépendance de la Guinée et du Cap-Vert                  |
| PIDCP     | Pacte international relatif aux droits civils et politiques                     |
| PYD       | Parti de l'Union Démocratique (Syrie)   |
| RCD-Goma  | Rassemblement congolais pour la démocratie – Goma                               |
| RDC       | République démocratique du Congo  |
| RMT       | République moldave de Transnistrie  |
| RPD       | République populaire de Donetsk (Ukraine)                                       |
| RPL       | République populaire de Lougansk (Ukraine)                                      |
| RUF       | Revolutionary United Front (Sierra Leone)                                       |
| SFR       | Sudan Revolutionary Front   |
| SPLA      | Sudan People's Liberation Army  |
| SPLA-IO   | Sudan People's Liberation Army in opposition                                    |
| SPLM      | Sudan's People Liberation Movement  |
| SPLM/A-N  | Sudan People's Liberation Movement/Army – North                                 |
| RTCN      | République turque de Chypre du Nord   |
| TPIY      | Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie                              |
| YPG       | Unités de Protection du Peuple (Syrie)  |

*« All law has to take into account, as closely as possible, the social reality it seeks to govern<sup>1</sup> »*

*« We created this temporary judicial council as an emergency solution, like when a doctor removes a bullet from a patient without using anesthetic<sup>2</sup> »*

Marwan Gawed, procureur à l'United Courts Council, Alep, 2013.

*« I turned myself in. And now I'm waiting for the law to take its course ... in this failure of a court<sup>3</sup> »*

Membre de la Free Syrian Army accusé de crime de guerre, Alep, 2013.

---

<sup>1</sup> M. SASSOLI, « Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law », *J.I.H.L.S.*, 2010, p. 15.

<sup>2</sup> I. WATSON, R. RAZEK, « Rebel court fills void amid Syrian civil war », *CNN*, 26 janvier 2013, disponible à [www.cnn.com](http://www.cnn.com).

<sup>3</sup> *Ibid.*

## Introduction

Février 2018. Des journalistes sont les premiers à pouvoir filmer un procès mené par la juridiction antiterroriste du *Parti de l'Union Démocratique (PYD)/Unités de protection du Peuple (YPG)*<sup>4</sup>, le « Tribunal de défense du peuple », à Rojava, la région kurde de Syrie qui a autoproclamé son autonomie envers l'État syrien<sup>5</sup>. Un homme de 22 ans, accusé d'avoir été membre de l'*État Islamique (EI)* et s'étant rendu aux *Forces Démocratiques Syriennes (FDS)*<sup>6</sup>, est jugé à huis clos devant 3 juges selon une loi antiterroriste adoptée par le PYD/YPG en 2014. Il se défend seul, sans l'assistance d'un avocat. Une semaine plus tard, le tribunal rend son jugement : il est condamné à une peine de 6 ans de prison, abaissée à 3 ans de prison en raison de circonstances atténuantes. Face au désarroi de l'ancien membre de l'EI, un juge lui fait remarquer qu'il aurait écopé d'une peine plus sévère s'il avait été jugé par les juridictions étatiques syriennes. Il n'a pas la possibilité de faire appel, mais pourra demander une remise de peine.

Une telle situation est courante au cours d'un conflit armé non international (CANI). En effet, nombreux sont les groupes d'opposition armés (GOA) à avoir mis en place des juridictions amenées à connaître d'infractions en lien avec le conflit armé, qu'il s'agisse d'une cour martiale des plus basiques ou d'un système judiciaire particulièrement développé. L'idée qu'un GOA puisse administrer la justice pénale suscite spontanément plusieurs inquiétudes : d'une part, chez les États qui considèrent qu'il s'agit d'une atteinte à leur souveraineté, et d'autre part, chez la communauté internationale qui craint que le système judiciaire des GOA ne respecte pas les garanties judiciaires les plus fondamentales. Ainsi, en 2003, suite aux procès en cour martiale organisés par le *Mouvement de libération du Congo (MLC)* pour juger plusieurs de ses membres accusés d'avoir participé à des massacres dans la province de l'Ituri en République démocratique du Congo (RDC), le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme déclara que, à ses yeux, « justice can and should only be dispensed by legally recognized authorities<sup>7</sup> ».

Dire qu'un conflit armé est loin d'être le contexte idéal pour administrer la justice pénale est un euphémisme. Toutefois, entreprendre une telle activité s'avère souvent nécessaire. En tant que fait inévitable surgissant au cours d'un conflit armé, l'administration de la justice pénale est encadrée par le droit international humanitaire (DIH). Si, comme le déclara le juge Rodrigues lors de l'affaire *Aleksovski*, « le droit international humanitaire s'est largement affranchi de ses origines centrées sur

---

<sup>4</sup> Nous considérons que le PYD/YPG est un groupe politico-militaire ayant une branche politique (PYD) et une branche militaire (YPG). L'YPG est partie à un CANI contre l'EI.

<sup>5</sup> R. LANGLOIS, M. AWAD, M. HASSAN, « Syrie : dans les tribunaux kurdes chargés de juger les jihadistes de l'EI », *France 24*, 26 mars 2018, disponible sur [www.france24.com](http://www.france24.com).

<sup>6</sup> Les forces démocratiques syriennes (FDS) sont une coalition militaire arabo-kurde dominée par l'YPG.

<sup>7</sup> Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, « Rapport sur la situation des droits de l'homme en République démocratique du Congo », doc. ONU S/2003/216, 13 février 2003, §22.

l'État<sup>8</sup> », il reste des points de résistance. Réglementer l'administration de la justice par un acteur non étatique alors qu'il s'agit d'une activité *intrinsèquement* étatique n'est pas sans soulever de nombreuses difficultés, tant conceptuelles que pratiques. Le droit international humanitaire, ayant vocation à s'appliquer tant aux États qu'aux GOA mais élaboré uniquement par les premiers en l'absence des seconds, est confronté à un dilemme : s'émanciper de la conception traditionnelle selon laquelle la justice ne peut être administrée que par un État, et tenter d'appréhender le phénomène des tribunaux créés par les GOA d'une manière réaliste afin d'apporter un certain degré de protection aux individus y comparaisant, ou céder devant le dogme de la souveraineté de l'État, et imposer des règles qui risquent d'être ignorées par un de ses destinataires car inadaptées aux spécificités de celui-ci. Dans ce mémoire, nous tenterons de déterminer comment le DIH pourrait emprunter la première voie. Une question cruciale qui orientera notre raisonnement est la suivante : comment rendre le DIH plus réaliste pour les GOA sans pour autant l'affaiblir ?

Dans un premier temps, nous présenterons brièvement, d'une part, le contexte dans lequel prend place l'administration de la justice par les GOA au cours d'un CANI et, d'autre part, les règles de droit international encadrant l'administration de la justice par les GOA (Partie I). Il est en effet essentiel d'identifier clairement les scénarios qui déclencheront l'application du DIH car, comme nous le verrons, celui-ci ne régit pas toutes les situations dans lesquelles un GOA sera amené à administrer la justice. Il est par ailleurs crucial pour la suite de notre raisonnement d'aborder l'influence considérable qu'exerce le droit international des droits de l'homme (DIDH), corps de règles ayant pour vocation à ne s'appliquer qu'à des États, sur le contenu des normes de DIH relatives à l'administration de la justice. La base sur laquelle se construira notre raisonnement étant ainsi fixée, nous tenterons ensuite de déterminer si le DIH autorise les GOA à administrer la justice (Partie II). Nous nous tournerons ensuite vers le point focal de ce mémoire, soit la réglementation par le DIH de l'administration de la justice par les GOA au cours d'un CANI (Partie III). Nous n'aurons pas pour ambition de fournir un rapport exhaustif du contenu des normes devant être respectées par les GOA, mais tenterons plus modestement d'identifier les difficultés tant conceptuelles que pratiques qui surgissent et de déterminer comment celles-ci pourraient être appréhendées. Pour finir, afin d'avoir un aperçu complet de la question, nous aborderons brièvement la question de la reconnaissance des jugements rendus par les organes judiciaires des GOA (Partie IV). Tout au long de notre raisonnement, nous ferons référence à la pratique des GOA car celle-ci offre un éclairage bienvenu sur le caractère adéquat (ou pas) des normes qui leur sont imposées<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> T.P.I.Y., Chambre de première instance, *Le procureur c. Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/1-T, Jugement, Opinion dissidente du juge Rodrigues (Président de la chambre de première instance), 25 juin 1999, §31.

<sup>9</sup> Deux remarques méthodologiques doivent être faites sur ce point. Premièrement, nous n'avons pas pour ambition d'évaluer la mesure dans laquelle la pratique d'un GOA est conforme au DIH. Lorsque cela est approprié, nous

# Partie I. Aspects contextuels et cadre juridique

## Chapitre 1 : Aspects contextuels

Lors de CANI, il est fréquent que des GOA mettent en place des organes judiciaires. Dans le cadre de ce chapitre, nous nous focaliserons sur le type de litiges que ces organes sont amenés à connaître. Sur cette base, une généralisation sommaire permet de distinguer trois différents scénarios que nous allons développer.

### Section 1. L'administration de la justice pénale au sein du GOA

De nombreux GOA mettent en place des juridictions chargées de connaître des violations des règles internes au groupe<sup>10</sup>. La plupart des GOA adoptent des règles internes s'adressant à leurs membres. Le non-respect de ces règles entraîne des sanctions qui peuvent être soit disciplinaires, soit pénales. Dans le cadre de notre recherche, nous nous concentrerons sur les sanctions pénales<sup>11</sup>. Les comportements incriminés sont de deux types<sup>12</sup>.

Premièrement, certaines infractions ont trait à la discipline et à la loyauté des membres du GOA. Ainsi, un membre du GOA pourrait être poursuivi pour désertion ou pour trahison. L'administration de la justice a ici pour but de maintenir la cohésion au sein du groupe et d'en améliorer l'efficacité<sup>13</sup>. Ainsi, en 1991, au Soudan, 33 soldats du *Sudan People's Liberation Movement/Army* (SPLM/A) furent condamnés à mort par une cour martiale pour mutinerie après avoir refusé de tendre une embuscade à un convoi du gouvernement et avoir résisté à leur arrestation<sup>14</sup>.

Deuxièmement, certaines règles incorporent de manière expresse ou non des règles de DIH. L'administration de la justice peut ici être motivée par un souhait véritable de voir respecter certaines règles essentielles d'humanité et un désir de justice. Toutefois, le commandement du groupe

---

souleverons quels *aspects* de celle-ci *pourrait* l'être ou ne l'est *pas* afin d'en tirer certains enseignements. Par ailleurs, nous ferons parfois référence à des normes incluses dans les règlements internes de certains GOA. À cet égard, nous rappelons que toute conclusion tirée de ceux-ci doit bien sûr être envisagée avec prudence car il est incertain qu'ils soient respectés en pratique. Deuxièmement, ce mémoire se concentre sur l'administration de la justice relative aux infractions ayant un lien avec le conflit armé. Toutefois, nous emploierons certains exemples ayant trait à des organes judiciaires se chargeant également de litiges autres que ceux-ci, afin d'illustrer les obstacles que rencontrent les GOA lorsqu'ils entreprennent une telle activité.

<sup>10</sup> P. ex. : MLC, SPLM/A, FARC, FNLM, NRA, PYD/YPG.

<sup>11</sup> P. ex.: YPG, « YPG Rules of procedure », en particulier l'article 18 (traduction de Human Rights Watch: Human Rights Watch, « Under kurdish rule – Abuses in PYD-run enclaves of Syria », 2014, p. 86, disponible sur [www.hrw.org](http://www.hrw.org)).

<sup>12</sup> Pour une analyse détaillée des codes de conduite de plusieurs GOA d'Afrique subsaharienne, v. J. WILLMS, « Courts of armed groups- a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », in *Inducing compliance with international humanitarian law – Lessons from the African great lakes region* (sous la dir. de H. KREIGER), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 166-172.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>14</sup> Human Rights Watch, « Civilian devastation – Abuses by all parties in the war in Southern Sudan », 1994, disponible sur [www.hrw.org](http://www.hrw.org).

cherchera également, et souvent, à se décharger de toute responsabilité pour avoir manqué à son devoir de punir les violations du DIH, à apaiser la population sous son contrôle et, éventuellement, à gagner en crédibilité auprès de la communauté internationale. Au Salvador, un procès mené par le *Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional* (FMLN), lors du CANI l'ayant opposé aux forces gouvernementales de 1980 à 1992, nous offre un exemple de procès mené par un GOA pour violation du DIH. Lors de ce conflit, deux soldats américains, blessés et capturés, furent exécutés sommairement par un soldat du FMLN<sup>15</sup>. Le FMLN déclara que « those responsible have been charged with committing a war crime by violating the FMLN's code of conduct and the Geneva Conventions<sup>16</sup> ». Le FMLN garantit que le membre responsable de la mort de ces deux soldats ferait l'objet d'un procès public et que des observateurs extérieurs seraient conviés<sup>17</sup>.

Il est généralement admis que le système judiciaire d'un GOA est susceptible d'être un mécanisme de mise en œuvre du DIH particulièrement efficace lorsqu'employé pour sanctionner les violations de celui-ci par les membres du groupe<sup>18</sup>. Cela est dû non seulement au respect qu'il inspire éventuellement chez eux, mais également au fait que ceux-ci savent que, au cours d'un CANI, il est difficile d'échapper au système répressif mis en place par le groupe, contrairement au système pénal étatique<sup>19</sup>.

## **Section 2. L'administration de la justice pénale envers la partie adverse au CANI et les individus accusés de soutenir celle-ci**

Le second scénario dans lequel interviennent les organes judiciaires de GOA concerne les procès de membres de la partie adverse, en raison de leur participation aux hostilités ou de la perpétration de crimes de guerre, ou encore de civils accusés d'aider celle-ci<sup>20</sup>. Par exemple, le code pénal du SPLM/A de 2003 contenait un chapitre entièrement consacré aux infractions contre le Nouveau Soudan telles que la participation aux hostilités ou l'espionnage<sup>21</sup>. Un autre cas est offert par la Syrie. Dans la région d'Idlib, plusieurs organes judiciaires ont été mis en place par les groupes

---

<sup>15</sup> Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), « Annual report of the Inter-american commission on human rights 1990-1991 – El Salvador », OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, 22 février 1991, disponible sur [www.cidh.org](http://www.cidh.org).

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law ? », *op.cit.*, p. 20.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>20</sup> P. ex., v. J. WEINSTEIN, *Inside rebellion – The politics of insurgent violence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 239-258 (sur comment *Shining Path*, au Pérou, a abusé des tribunaux populaires pour asseoir son autorité sur la population civile).

<sup>21</sup> SPLM/A, « Laws of the new Sudan - The penal code », 2003, art. 96 et 98, (c).

rebelles, composés d'imams et d'anciens juges du régime<sup>22</sup>. La participation aux hostilités contre les rebelles y est punissable de la peine de mort<sup>23</sup>. Dans ce contexte, en 2012, 7 soldats blessés appartenant aux forces gouvernementales syriennes furent capturés par la *Suleiman Fighting Company*, accusés de crimes de guerre, condamnés à mort et exécutés 1 jour et demi après leur capture<sup>24</sup>. Toujours en Syrie, mais dans la zone sous contrôle kurde, des centaines d'individus affiliés à l'EI sont détenus par les FDS<sup>25</sup>. Les membres de l'EI ayant participé aux hostilités seront jugés par le tribunal antiterroriste créé par le PYD/YPG (le « Tribunal de défense du peuple »), tandis que les membres ayant occupé des postes « civils », des médecins par exemple, feront l'objet d'une procédure de médiation<sup>26</sup>. La juridiction antiterroriste, qui existe depuis plus de 3 ans, aurait rendu 700 jugements en 2017<sup>27</sup>.

### **Section 3 : L'administration de la justice sur le territoire contrôlé par le GOA afin d'y maintenir l'ordre**

Un troisième scénario a trait à l'administration de la justice dans le but de maintenir l'ordre sur le territoire sous le contrôle du GOA<sup>28</sup>. Certains GOA créent ainsi des tribunaux chargés de juger des infractions de droit commun ou des litiges civils. Par exemple, durant les premières années du conflit syrien, des GOA établirent des tribunaux pour s'occuper notamment de litiges civils (« divorces, land disputes, unfair price fixing for foodstuffs<sup>29</sup> »). Ces tribunaux s'occupaient également d'affaires criminelles « ordinaires » sans lien avec le conflit armé (meurtres, viols ...) <sup>30</sup>. Plusieurs de ces organes judiciaires appartiennent ainsi à un système de gouvernance si développé que certains auteurs parlent même de « rebelocracy<sup>31</sup> », soit un ordre social existant dans une zone de conflit « in which armed groups intervene beyond security and taxation<sup>32</sup> ». Dans ce cadre, le GOA interviendra dans les affaires locales en procurant, entre autres, des mécanismes de résolution des

<sup>22</sup> Stockholm Tingsrätt, affaire n° B 3787-16, Jugement, 16 février 2017, <https://casebook.icrc.org/case-study/swedensyria-can-armed-groups-issue-judgments>, §50.

<sup>23</sup> *Ibid.*, §50.

<sup>24</sup> *Ibid.*, §50.

<sup>25</sup> E. SCHMITT, « Defeated in Syria, ISIS fighters held in camps still pose a threat », *The New York Times*, 24 Janvier 2018, disponible sur [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com).

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> A. HAMZA, « Jihadistes occidentaux détenus en Syrie : un « fardeau » pour les Kurdes », *France 24*, 01 février 2018, disponible sur [www.france24.com](http://www.france24.com); v. également R. LANGLOIS, M. AWAD, M. HASSAN, « Syrie : dans les tribunaux kurdes chargés de juger les jihadistes de l'EI », *France 24*, 26 mars 2018, disponible sur [www.france24.com](http://www.france24.com).

<sup>28</sup> Pour une analyse des motivations poussant les GOA à entreprendre une telle activité, v. K. FORTIN, *The accountability of armed groups under human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 43-33.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>31</sup> A. ARJONA, *Rebelocracy: social order in the colombian civil war*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 28; v. également A. ARJONA, « Civilian resistance to rebel governance », in *Rebel governance in civil war* (sous la dir. de A. ARJONA, N. KASFIR, Z. MAMPILLY) Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 180-202.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 28.

litiges tels que des tribunaux<sup>33</sup>. Au cours du conflit au Sri Lanka de 1983 à 2009, le mouvement des *Tigres de libération de l'Îlam Tamoul* (LTTE) mit en place un système judiciaire comptant jusqu'à 17 tribunaux<sup>34</sup>. À côté de juridictions militaires spéciales, fonctionnaient notamment 6 tribunaux de district, 2 tribunaux supérieurs, une cour d'appel et une juridiction exerçant la fonction de Cour Suprême<sup>35</sup>. Ces juridictions appliquaient le code civil et le code pénal adoptés par le LTTE et s'étaient prononcées sur plus de 23.000 affaires en 2004, principalement des litiges fonciers ou financiers<sup>36</sup>.

## Chapitre 2 : Cadre juridique

### Section 1. Le droit international humanitaire

#### §1. Les sources du droit international humanitaire relatives à l'administration de la justice

Le DIH est considéré comme une des branches du droit international public les plus codifiées. Si ce constat s'avère fondé en ce qui concerne les conflits armés internationaux (CAI), il en est tout autrement pour les CANI. Le droit conventionnel des CANI est en effet relativement peu développé et serait même caractérisé, selon certains auteurs, par un état de « chaosness<sup>37</sup> ». Les CANI furent pour la première fois réglementés dans un traité international par l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 (article 3 commun). D'une grande brièveté, il établit l'ensemble du régime juridique applicable aux CANI et prohibe, à son paragraphe 1, d), « les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés<sup>38</sup> ». Aujourd'hui, il est largement admis que le contenu de l'article 3 commun fait partie du droit international coutumier<sup>39</sup>.

Le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève (PA II) fut adopté en 1977 et, bien qu'ayant pour vocation de développer les règles applicables aux CANI, ne contient que 15 articles substantiels y ayant trait. Il consacre un de ceux-ci à l'administration de la justice en prévoyant qu'« aucune condamnation ne sera prononcée ni aucune peine exécutée à l'encontre d'une personne reconnue coupable d'une infraction sans un jugement préalable rendu par un tribunal offrant les

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>34</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 553.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 553.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 553.

<sup>37</sup> R. KOLB, *Advanced introduction to international humanitarian law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, p. 33.

<sup>38</sup> Conventions de Genève (I), (II), (III), (IV), signées à Genève le 12 août 1949, art. 3, §1, d).

<sup>39</sup> C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 1986, www.icj-cij.org, §218; T.P.I.Y., Chambre d'appel, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, www.icty.org, §98; J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I : Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. xliv.

garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité<sup>40</sup> ». Il développe ensuite, de manière non exhaustive<sup>41</sup>, certaines garanties procédurales minimales à respecter. Il s'inspire pour cela des Conventions de Genève III (CG III) et IV (CG IV) ainsi que du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)<sup>42</sup>. Originellement, le projet du PA II rédigé par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) distinguait les dispositions ayant trait au droit pénal matériel (contenues dans un article 9 sur les « Principes de droit pénal ») et les dispositions ayant trait à la procédure pénale (contenues dans un article 10 sur les « Poursuites pénales »)<sup>43</sup>. Le projet fut toutefois amendé et les deux articles fusionnés<sup>44</sup>. Le PA II « développe et complète<sup>45</sup> » l'article 3 commun. Lorsqu'un conflit armé atteint le seuil d'applicabilité du PA II, l'article 3 commun continue à s'y appliquer au côté du PA II<sup>46</sup>. Il est généralement admis que le « noyau dur<sup>47</sup> » du PA II reflète le droit international coutumier<sup>48</sup>. Les garanties de son article 6 en feraient partie<sup>49</sup>.

À partir des années 1990, le droit applicable aux CANI fut considérablement développé à travers le droit international coutumier sous l'impulsion du CICR et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)<sup>50</sup>. Cette évolution se caractérisa par une assimilation croissante du droit des CANI au droit des CAI et donc par un rapprochement entre le contenu des règles de ces deux branches. Ainsi, selon l'étude du CICR sur le DIH coutumier, la majorité des règles de DIH identifiées sont applicables tant aux CAI qu'aux CANI (soit 147 sur 161). En particulier, les règles 100 (Garanties d'un procès équitable), 101 (Principe de légalité), 102 (Responsabilité pénale individuelle) et 103 (Interdiction des peines collectives) de l'étude du CICR sur le DIH coutumier sont considérées comme s'appliquant quel que soit le caractère du conflit armé<sup>51</sup>.

---

<sup>40</sup> Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), signé à Genève le 8 juin 1977, art. 6, §2.

<sup>41</sup> Protocole II, art. 6, §2 (« en particulier »)

<sup>42</sup> Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, 1986, §4597.

<sup>43</sup> M. BOTHE, K. J. PARTSCH, W. A. SOLF, *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949* (2<sup>ème</sup> édition), La Haye, Nijhoff, 2013, p. 745.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 745.

<sup>45</sup> L. MOIR, *The law of internal armed conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 100.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>47</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 105.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 105.

<sup>49</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), Genève, 2016, §684; J. PEJIC, « The protective scope of common article 3: more than meet the eye », *I.R.R.C.*, 2011, p. 211; L. ZEGVELD, *Accountability of armed opposition groups in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 21.

<sup>50</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>51</sup> J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I : Règles*, *op.cit.*, pp. 467-498.

## **§2. Le champ d'application du droit international humanitaire**

### **1. Généralités**

Les aspects matériels de l'applicabilité du DIH ont été largement développés à travers la jurisprudence des tribunaux internationaux et par la doctrine. Par souci de concision, nous ne nous contenterons de quelques remarques générales.

L'article 3 commun déclare s'appliquer au « conflit armé ne présentant pas un caractère international ». Il laisse donc dans la pénombre la définition d'un CANI. Pour combler cette lacune, la pratique a recensé plusieurs critères permettant d'identifier un CANI au sens de l'article 3 commun. Deux critères cumulatifs doivent être remplis : les parties au conflit doivent pouvoir être identifiées, c'est-à-dire doivent présenter un degré minimum d'organisation, et la situation d'hostilité sur le terrain doit atteindre un certain niveau d'intensité<sup>52</sup>.

Le champ d'application du PA II est plus restreint que celui de l'article 3 commun et requiert que le CANI remplisse certaines conditions supplémentaires : il ne s'applique pas aux CANI exclusivement entre GOA et requiert que le GOA exerce un contrôle sur une partie du territoire à l'exclusion des forces gouvernementales et dispose d'un degré d'organisation plus élevé que celui exigé par l'article 3 commun<sup>53</sup>.

En ce qui concerne le champ d'application personnel du DIH, il est communément admis que le DIH, tant conventionnel que coutumier, s'applique aux GOA, bien que le « comment » et le « pourquoi » de cette applicabilité fassent l'objet d'un débat abondant<sup>54</sup>.

### **2. Le champ d'application des articles 3, §1, d) commun aux Conventions de Genève et 6 du Protocole additionnel II**

Les articles 3 commun, §1, d) et 6 PA II s'appliquent à la poursuite et à la répression des infractions pénales en lien avec le conflit armé. Deux éléments sont donc requis pour qu'ils trouvent à s'appliquer. Premièrement, l'individu poursuivi ou condamné doit l'être pour une infraction *pénale*<sup>55</sup>. Hormis les infractions passibles de la peine de mort, peu d'indications sont données quant

---

<sup>52</sup> CICR, *Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux*, Genève, CICR, 2008, p. 7, disponible sur [www.icrc.org](http://www.icrc.org).

<sup>53</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op. cit.*, pp. 182-190.

<sup>54</sup> J.-M. HENCKAERTS, C. WIESENER, « Human rights obligations of non-state armed groups: a possible contribution from customary international law? », in *Research handbook on human rights and humanitarian law* (sous la dir. de R. KOLB et G. GAGGIOLI), Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 147.

<sup>55</sup> Cela est mentionné expressément par l'article 6, §1 PA II et est déduit du terme « condamnation » employé par l'article 3, §1, d) commun, v. CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §676.

aux infractions ayant un tel caractère<sup>56</sup>. Lors de la rédaction du PA II, certains délégués avaient une conception assez large du champ d'application de l'article 6<sup>57</sup>. Le délégué du Royaume-Uni émit ainsi le souhait que le terme « condamnation » soit précisé afin d'inclure « all forms of sentences, for a sentence was sometimes imposed through administrative channels instead of by a court<sup>58</sup> ». Toutefois, selon le CICR, les infractions et procédures de nature administrative ou disciplinaire ne sont pas couvertes par cet article<sup>59</sup>. Une comparaison avec le droit des CAI contribue peu à éclairer ce point. En effet, l'article 75 du Protocole additionnel I (PA I) ne définit pas non plus ce qu'il faut entendre par une « infraction pénale » et il revient donc au droit domestique des parties de déterminer quelles infractions revêtent un tel caractère<sup>60</sup>. En ce qui concerne les groupes armés parties à un CANI, se pose la question de savoir quand une infraction doit être caractérisée comme pénale ou disciplinaire. Faut-il s'en tenir à la qualification en étant faite par le règlement interne du groupe ou bien faut-il regarder, au-delà de celle-ci, la nature de l'acte prohibé ou la gravité de la peine que risque d'encourir l'individu poursuivi ? Certains groupes armés prévoient en effet des sanctions disciplinaires particulièrement graves telles que de longues périodes de détention<sup>61</sup>. Le deuxième élément requis a trait au champ d'application du DIH plus généralement. Le DIH n'a pas vocation à régir tous les actes ayant lieu sur le territoire sur lequel il s'applique. En effet, *un lien avec le conflit armé* est nécessaire. Ainsi, les articles 3, §1, d) commun et 6 PA II ne s'appliqueront pas chaque fois que le tribunal d'un groupe armé doit établir la responsabilité pénale d'un individu accusé d'avoir commis une infraction, mais uniquement lorsque cette infraction est en lien avec le conflit armé<sup>62</sup>. Lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977, les États insistèrent fortement sur cette précision, parfois par crainte d'empiéter sur le domaine du DIDH<sup>63</sup>. Il est assez évident que les infractions consistant en une

---

<sup>56</sup> L'article 3, §1, d) commun mentionne explicitement s'appliquer aux « exécutions », nous pouvons donc déduire qu'à cet égard il qualifie une infraction de « pénale » au regard de la peine que l'individu risque d'encourir.

<sup>57</sup> S. SIVAKUMARAN, « Courts of armed opposition groups: Fair trial or summary justice? », *Int'l Crim. Just.*, 2009, p. 497.

<sup>58</sup> Département fédéral des affaires étrangères, « Official records of the diplomatic conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts, Geneva (1974-1977) », Volume VIII, *op.cit.*, p. 350, §47 (Royaume-Uni).

<sup>59</sup> Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op.cit.*, §4599.

<sup>60</sup> M. BOTHE, K. J. PARTSCH, W. A. SOLF, *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949* (2<sup>ème</sup> édition), *op. cit.*, p. 521.

<sup>61</sup> A.-M. LA ROSA, C. WUERZNER, « Armed groups, sanctions and implementation of international humanitarian law », *I.R.R.C.*, 2008, p. 334.

<sup>62</sup> Cela est mentionné expressément par l'article 6 PA II. En ce qui concerne l'article 3, §1, d) commun, la majorité de la doctrine considère que cela est également le cas ( v. D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, Oxford, Hart, 2016, p. 226; J. SOMER, « Jungle justice : passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *I.R.R.C.*, 2007, p. 658; K. FORTIN, *The accountability of armed groups under human rights law*, *op.cit.*, pp. 47-51; M. SASSOLI, « The role of human rights and international humanitarian law in new types of armed conflict », in *International humanitarian law and international human rights law* (sous la dir. de O. BEN-NAFTALI), Oxford, Oxford University Press, 2011, p.74), pour un avis contraire v. L. MOIR, *The law of internal armed conflict*, pp. 226-227.

<sup>63</sup> Département fédéral des affaires étrangères, « Official records of the diplomatic conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts, Geneva (1974-1977) », Volume VIII, *op.cit.*, p. 358, §8 (Mexique).

violation du DIH sont en lien avec le conflit armé<sup>64</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Hadžihasanović*, le TPIY déclara à propos de l'article 6 PA II que « the primary aim of this provision is to provide guarantees that a person who is charged with violations of IHL in internal armed conflicts will receive a fair trial and not be sentenced without such a trial<sup>65</sup> ». Les infractions relatives à la participation au conflit armé ou à la collaboration avec la partie adverse présentent aussi un tel lien<sup>66</sup>. En revanche, il est moins évident de déterminer si une infraction pénale « ordinaire » ayant un lien indirect avec le conflit est couverte. Certains auteurs affirment que lorsqu'un civil tire profit de la situation de CANI pour commettre une infraction pénale « ordinaire » (par exemple commet « le pillage d'une maison abandonnée<sup>67</sup> ») un tel lien avec le conflit existe<sup>68</sup>.

Une question relative au champ d'application personnel de ces deux articles est celle des individus bénéficiant de leurs garanties. Nous avons vu que, en pratique, peuvent faire l'objet d'un procès pénal au cours d'un CANI aussi bien les membres des forces armées de la partie adverse que les civils et les membres du GOA. L'article 3 commun mentionne clairement qu'il s'applique aux « personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de 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 ». Le PA II, quant à lui, prévoit, à son article 2, s'appliquer à « toutes les personnes affectées par un conflit armé au sens de l'article 1<sup>er</sup> », et ce sans distinction adverse. Il est généralement admis que bénéficient de la protection offerte par ces articles non seulement les civils et les membres des forces armées adverses, mais également les membres du GOA faisant l'objet de poursuites ou d'une condamnation pénale<sup>69</sup>.

La question de la fin de l'application du DIH est complexe. L'article 3 commun est silencieux à cet égard. En revanche, l'article 2 PA II déclare que, pendant les hostilités et après la fin de celles-ci, les personnes privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit continuent de bénéficier de la protection de l'article 6 jusqu'au terme de cette privation de liberté<sup>70</sup>. Il est admis que cette

---

<sup>64</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 150.

<sup>65</sup> T.P.I.Y., Chambre de première instance, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic, Amir Kubura*, IT-01-47-PT, décision relative à l'exception conjointe d'incompétence, 12 novembre 2002, [www.icty.org](http://www.icty.org), §162.

<sup>66</sup> K. FORTIN, *The accountability of armed groups under human rights law*, *op.cit.*, p. 50.

<sup>67</sup> M. BOTHE, K. J. PARTSCH, W. A. SOLF, *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949* (2<sup>ème</sup> édition), *op. cit.*, p. 740.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 740. Remarquons que, dans le cadre des CAI, le commentaire de l'article 75 PA I estime qu'il faut exclure les infractions de droit commun, et ce, même si elles présentent un lien « indirect » avec le CAI, et soulève qu'« il aurait été préférable que le Protocole définisse lui-même les infractions pénales pour lesquelles les accusés peuvent se réclamer des garanties de l'article 75 », v. Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op.cit.*, §§3094, 3095.

<sup>69</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §547; S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 249.

<sup>70</sup> Protocole II, art .2, §2.

extension du champ d'application temporel du DIH vaut également pour les CANI régis uniquement par l'article 3 commun<sup>71</sup>.

## **Section 2. Le droit international des droits de l'homme**

### **§1. Les sources**

Le droit à un procès équitable est consacré par un grand nombre d'instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme. Au niveau mondial, il est notamment repris dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH)<sup>72</sup> et le PIDCP<sup>73</sup>. Au niveau régional, il est reconnu par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>74</sup>, la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH)<sup>75</sup> et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP)<sup>76</sup>.

### **§2. Le champ d'application du droit international des droits de l'homme**

#### **1. Champ d'application matériel : le droit international des droits de l'homme s'applique-t-il aux situations de conflit armé ?**

Il est aujourd'hui communément admis que le DIDH s'applique aussi bien en temps de paix qu'en temps de conflit armé, sauf, dans ce dernier cas, s'il est fait usage d'une clause dérogatoire<sup>77</sup>. La présence d'une telle clause dans de nombreux traités de DIDH est elle-même un des indicateurs les plus évidents de l'applicabilité du DIDH en temps de conflit armé. S'il n'était pas susceptible de s'appliquer, elle serait superflue<sup>78</sup>. Il s'agit d'une première différence considérable avec le DIH qui, quant à lui, est spécifiquement conçu pour une situation de conflit armé et ne peut connaître de

---

<sup>71</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §§ 497-502.

<sup>72</sup> Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre par l'Assemblée générale des Nations Unies (Résolution 217 A (III)), v. not. art.10 et 11.

<sup>73</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté à New York le 16 décembre 1966, v. not. art. 14 et 15.

<sup>74</sup> Convention européenne des droits de l'homme et libertés fondamentales, adoptée à Rome le 4 novembre 1950, v. not. art. 6 et 7; Protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Strasbourg le 22 octobre 1984, v. not. art. 2 et 4.

<sup>75</sup> Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José le 22 novembre 1969, v. not. art. 8 et 9.

<sup>76</sup> Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée à Nairobi le 27 juin 1981, v. not. art. 7.

<sup>77</sup> V. not. C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, §106 ; C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, §216; C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, §25; L. DOSWALD-BECK, *Human rights in times of conflict and terrorism*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 5; M. MILANOVIC, « Accounting for the complexity of the law applicable to modern armed conflicts », in *Complex battlespaces: The law of armed conflict and the dynamics of modern warfare* (sous la dir. de C. FOX, S. REEVES, W. WILLIAMS), Oxford, Oxford University Press, à venir, p. 16, disponible sur [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com); S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>78</sup> M. MILANOVIC, « Accounting for the complexity of the law applicable to modern armed conflicts », *op.cit.*, p. 2.

déroations<sup>79</sup>. Lors de la rédaction des Conventions de Genève, le DIDH, alors encore à un stade embryonnaire (le seul instrument international y étant relatif étant la DUDH, qui avait un caractère non contraignant), ne fut que rarement mentionné<sup>80</sup>. En revanche, il en fut tout autrement lors de la rédaction du PA II. Son préambule fait expressément référence au DIDH et le PIDCP fut une source d'inspiration pour plusieurs de ses dispositions, y compris l'article 6. Il ressort des débats tenus lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977 que certains délégués étaient conscients du fait que les garanties judiciaires consacrées par les instruments de DIDH risquaient de faire l'objet de dérogations en temps de conflit armé et de la nécessité d'ancrer un certain nombre de garanties minimales dans le DIH<sup>81</sup>.

Certains traités de DIDH contiennent une clause permettant aux États d'adopter, à certaines conditions, des mesures dérogeant provisoirement à certaines obligations qui leur incombent en cas de danger public menaçant l'existence de la nation<sup>82</sup>. Ce concept comprend explicitement<sup>83</sup> ou implicitement<sup>84</sup> les conflits armés. Toutefois, certains droits sont indérogeables et ne peuvent donc pas être suspendus dans une telle situation. Le principe de légalité et de la non-rétroactivité de la loi pénale en fait expressément partie<sup>85</sup>. La CEDH mentionne explicitement le principe *non bis in idem* comme appartenant à cette catégorie<sup>86</sup>. La CADH, qui contient la liste la plus importante de droits indérogeables, prévoit qu'il ne peut être dérogeé aux garanties judiciaires nécessaires à la protection des autres droits qu'elle qualifie d'indérogeables<sup>87</sup>. En ce qui concerne les garanties du procès équitable n'étant pas expressément qualifiées d'indérogeables, une dernière remarque peut être faite. Tant le PIDCP que la CEDH et la CADH exigent que les mesures dérogeant à ces garanties ne soient pas incompatibles avec les autres obligations incombant aux États parties en vertu du droit international<sup>88</sup>. En temps de conflit armé, cela concerne principalement les obligations découlant du DIH. Le DIH serait donc « the normative floor below which human rights in armed conflict cannot

---

<sup>79</sup> Il existe une seule exception: l'article 5 de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, adoptée à Genève le 12 août 1949.

<sup>80</sup> R. KOLB, « Human rights law and international humanitarian law between 1945 and the aftermath of the Teheran conference of 1968 », in *Research handbook on human rights and humanitarian law* (sous la dir. de R. KOLB et G. GAGGIOLI), Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2013, p. 40.

<sup>81</sup> Département fédéral des affaires étrangères, « Official records of the diplomatic conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts, Geneva (1974-1977) », Volume VIII, Berne, 1978, p. 359, §10, disponible sur [www.loc.gov](http://www.loc.gov).

<sup>82</sup> Ou menaçant « l'indépendance et la sécurité » d'un État partie, en ce qui concerne la CADH, v. CADH, art. 27, §1; précisons que la CADHP ne contient pas une clause dérogoaire.

<sup>83</sup> CADH, art. 27, §1; CEDH, art. 15, §1.

<sup>84</sup> PIDCP, art. 4, §1.

<sup>85</sup> CADH, art. 27, §2; CEDH, art. 15, §2; PIDCP, art. 4, §2.

<sup>86</sup> Protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvgarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Strasbourg le 22 octobre 1984, art. 4, §3.

<sup>87</sup> CADH, art. 27, §2.

<sup>88</sup> CADH, art. 27, §1; CEDH, art. 15, §1; PIDCP, art. 4, §1.

go<sup>89</sup> ». Notamment, le Comité des droits de l'homme, semble s'être tourné vers le DIH pour déterminer les droits relatifs au procès équitable auxquels il ne peut être dérogé en temps de conflit armé, et cite parmi ceux-ci : le droit à n'être jugé et condamné pour une infraction pénale que par un tribunal, la présomption d'innocence et la procédure d'*habeas corpus*<sup>90</sup>.

## 2. Champ d'application personnel : le droit international des droits de l'homme lie-t-il les GOA ?

La question de l'applicabilité du DIDH aux GOA, et même plus généralement aux acteurs non étatiques, fait débat. Elle a trait à une seconde différence majeure entre le DIH et le DIDH : le DIDH, traditionnellement, ne crée d'obligations que dans le chef des États. Contrairement au DIH, caractérisé par l'égalité des droits et obligations des parties au conflit, le DIDH se singularise par une inégalité des droits et obligations dans le sens où l'État est le seul titulaire d'obligations et les individus se trouvant sous sa juridiction les seuls bénéficiaires de droits. Si, en l'état actuel du droit, le DIDH ne rend pas les GOA titulaires d'obligations, une tendance croissante, tant au sein de la doctrine que de la pratique d'acteurs internationaux<sup>91</sup>, considère que cela est le cas dans certaines situations. Par exemple, Philip Alston, ancien rapporteur spécial des Nations-Unies sur les exécutions extrajudiciaires et fervent défenseur de l'applicabilité du DIDH aux GOA, déclara dans un rapport datant de 2008 relatif à sa mission aux Philippines que la coalition du *Communist Party of the Philippines (CPP)/New People's Army (NPA)/ National Democratic Front (NDF)*<sup>92</sup> devrait cesser d'utiliser des tribunaux populaires, car ceux-ci violent le DIDH et le DIH<sup>93</sup>. Plusieurs théories sont avancées pour justifier l'application du DIDH aux GOA<sup>94</sup>. Nous allons nous concentrer sur celle ayant le plus les faveurs de la doctrine et de la pratique des organes des Nations-Unies.

Le DIDH a conceptuellement vocation à s'appliquer à toute entité exerçant une autorité *gouvernementale*. Dès lors, les GOA devraient être liés par le DIDH lorsqu'ils possèdent un certain contrôle territorial leur permettant d'exercer une telle autorité sur les individus qui s'y trouvent<sup>95</sup>. En

---

<sup>89</sup> M. MILANOVIC, « Accounting for the complexity of the law applicable to modern armed conflicts », *op.cit.*, p. 2.

<sup>90</sup> Comité dr. h., « Observation générale n° 29: États d'urgence (art. 4) », doc. ONU, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 24 juillet 2001, §16.

<sup>91</sup> En ce qui concerne la pratique des acteurs internationaux, v. p. ex. Geneva Academy, « Academy in-brief n° 7: Human rights obligations of armed non-state actors: an exploration of the practice of the UN human rights Council », 2016, disponible sur [www.geneva-academy.ch](http://www.geneva-academy.ch).

<sup>92</sup> Le CPP (un parti politique) contrôle la NPA (un groupe armé) et le NDF (une organisation de la société civile).

<sup>93</sup> Philip Alston (Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires), *Mission aux Philippines*, Rapport, doc. ONU 1/HRC/8/3/Add.2, 16 avril 2008, §77, disponible sur [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>94</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>95</sup> v. not. D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, *op.cit.* (Selon lequel, le simple fait d'exercer un contrôle effectif sur des individus sans pour autant exercer un contrôle territorial ferait également naître des obligations découlant du DIDH dans le chef des GOA) ; K. FORTIN, *The accountability of armed groups under human rights law*, *op.cit.*, pp. 240-284; L. ZEGVELD, *Accountability of armed opposition groups in international law*, Cambridge, Cambridge

effet, comme l'explique K. Fortin, il y aurait autrement un problème d'effectivité: « while the armed group, the entity with power, has no obligations under the human rights framework, the State, the entity with the obligations, has no power to implement them<sup>96</sup> ». Le critère déterminant est donc l'autorité effective exercée par le GOA sur le territoire en question et les individus s'y trouvant<sup>97</sup>. Cette théorie connaît différentes variations<sup>98</sup>. Il existe par ailleurs une pratique considérant les GOA comme tenus d'obligations découlant du DIDH, quand bien même ceux-ci n'auraient pas de contrôle territorial effectif, pour autant que les normes impliquées soient des normes de *jus cogens*<sup>99</sup>.

De nombreux arguments sont avancés pour démontrer qu'une telle extension du champ d'application *ratione personae* du DIDH est souhaitable. Nous allons en présenter brièvement deux. D'abord, le DIH des CANI et ses garanties minimales ne s'appliquent qu'en présence d'un tel conflit et il serait nécessaire d'offrir une protection aux individus pouvant faire l'objet d'abus de la part des GOA quelle que soit la situation<sup>100</sup>. Ensuite, même au cours d'un CANI, le DIH ne couvre pas certaines situations et il existerait donc des lacunes en matière de protection que le DIDH pourrait venir remplir. Si certains auteurs réfutent ce dernier argument de manière générale<sup>101</sup>, ils concèdent toutefois qu'il existe un vide juridique en ce qui concerne l'administration du territoire sous le contrôle d'un GOA au cours d'un CANI<sup>102</sup>. Notamment, le DIH ne régleme pas l'administration de la justice relative à des infractions sans lien avec le conflit armé ou relative à des litiges civils<sup>103</sup>. Ce point ne relève toutefois pas de notre champ de recherche.

### **§3. L'articulation entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme**

Dès lors que le DIDH est également applicable aux situations de conflits armés et coexiste avec le DIH, se pose la question de déterminer comment ces deux branches du droit s'articulent en

---

University Press, 2002, p.149; N. RODLEY, « Non-state actors and human rights », in *Routledge Handbook of international human rights law* (sous la dir. de S. SHEERAN et N. RODLEY), New-York, Routledge, 2013, p. 532.

<sup>96</sup> K. FORTIN, *The accountability of armed groups under human rights law*, *op.cit.*, p. 245.

<sup>97</sup> L. ZEGVELD, *Accountability of armed opposition groups in international law*, *op.cit.*, p. 149.

<sup>98</sup> V. not. C. RYNGAERT, « Human Rights Obligations of Armed Groups », *R.B.D.I.*, 2008, p. 374 (Selon lequel les GOA ne pourraient être débiteurs d'obligations en vertu du DIDH que s'ils y ont donné leur consentement. Autrement, et à condition qu'ils exercent un contrôle territorial, il ne pourrait y avoir que des « *legitimate expectations* » envers eux, et non pas d'obligations contraignantes, de respecter le DIDH).

<sup>99</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 154; Geneva Academy, « Academy in-brief n°7: Human rights obligations of armed non-state actors: an exploration of the practice of the UN human rights Council », *op.cit.*

<sup>100</sup> A. CLAPHAM, « Focusing on armed non-state actors », in *The Oxford Handbook of International law in armed conflict* (sous la dir. de A. CLAPHAM, P. GAETA), Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 787.

<sup>101</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 98; L. ZEGVELD, *Accountability of armed opposition groups in international law*, *op.cit.*, p. 52.

<sup>102</sup> *Ibid.*, pp. 529-532; *Ibid.*, p. 53.

<sup>103</sup> A ce sujet, v. not. K. FORTIN, *The accountability of armed groups under human rights law*, *op.cit.*, p. 52.

pratique. Les positions à cet égard sont multiples et ne sauraient être toutes présentées dans ce travail. Nous nous contenterons de citer A. Clapham qui, pour résumer la situation, déclare : « *it's contextual and it's complicated*<sup>104</sup> ». Cela étant, en ce qui concerne l'articulation entre les normes de DIDH et de DIH régissant l'administration de la justice, nous emploierons la maxime *lex specialis derogat legi generali*, bien qu'elle soit parfois critiquée<sup>105</sup>. La signification et l'application concrète de ce principe aux relations entre le DIH et le DIDH sont discutées. En ce qui concerne sa signification, nous adopterons la position selon laquelle la maxime *lex specialis* peut avoir un double rôle<sup>106</sup>. Sa première fonction consiste à résoudre les conflits de normes en permettant à la règle spéciale de déroger à la règle générale<sup>107</sup>. Son second rôle en fait une règle d'interprétation en l'absence de conflit de normes et en présence de deux règles convergentes : lorsque la règle la plus spécifique est une application de la règle la plus générale, elle peut être employée pour « donner des indications sur les obligations imposées par la règle générale dans un cas précis<sup>108</sup> »<sup>109</sup>. Cette dernière fonction rapproche le principe de la *lex specialis* du principe de complémentarité et du principe de l'intégration systémique consacré par l'article 31, §3, c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT)<sup>110</sup>.

Le principe établi, reste à déterminer son application concrète aux relations entre le DIH et le DIDH en ce qui concerne l'administration de la justice relative aux infractions en lien avec le conflit armé. Il n'existe *a priori* pas de conflit normatif entre les dispositions du DIH y ayant trait et celles du DIDH étant donné que les GOA ne sont actuellement pas directement liés par le DIDH<sup>111</sup>. Quand bien même cela serait le cas, la plupart des auteurs s'accordent pour reconnaître la convergence de ces deux branches du droit à cet égard, que ce soit au niveau de la terminologie employée ou du contenu même des garanties<sup>112</sup>. Il semble donc que le principe de la *lex specialis* en tant qu'outil de résolution de conflit normatif n'entre pas en jeu. L'autre aspect du principe, celui consistant en une règle d'interprétation, a quant à lui un rôle important à jouer. Le DIH contient en effet de vagues standards qui, comme nous l'avons vu, sont censés renvoyer aux normes de DIDH pertinentes (à tout

---

<sup>104</sup> A. CLAPHAM, « The complex relationship between the Geneva conventions and international human rights law », in *The 1949 Geneva Conventions: A commentary* (sous la dir. de A. CLAPHAM, P. GAETA, M. SASSOLI), Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 735.

<sup>105</sup> V. not. M. MILANOVIC, « Accounting for the complexity of the law applicable to modern armed conflicts », *op. cit.*, p. 17.

<sup>106</sup> C. DROEGE, « Elective affinities? Human rights and humanitarian law », *I.R.R.C.*, 2008, p. 524.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 524.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 524.

<sup>109</sup> R. Kolb préfère quant à lui le terme « renvoi » afin d'éviter la confusion avec la maxime *lex specialis* dans son versant « résolution d'un conflit normatif » et décrit cette technique comme étant employée « to make indirect reference as a guide to interpretation to IHRL », v. R. KOLB, R. HYDE, *An introduction to the international law of armed conflict*, Oxford, Hart, 2008, p. 271.

<sup>110</sup> C. DROEGE, « Elective affinities? Human rights and humanitarian law », *op. cit.*, p. 524.

<sup>111</sup> Dans une telle situation il n'est tout simplement pas possible qu'il existe un conflit entre ces deux branches du droit étant donné qu'une seule s'appliquerait à leur conduite.

<sup>112</sup> N. LUBELL, « Challenges in applying human rights law to armed conflict », *I.R.R.C.*, 2005, p. 745.

le moins en ce qui concerne l'article 6 PA II). Le DIDH contient, quant à lui, des règles plus précises et bénéficie d'une jurisprudence fournie en la matière. Nous pouvons donc conclure qu'en ce qui concerne les condamnations pénales relatives à des infractions liées au conflit armé, le DIH est précisé et interprété à la lumière du DIDH, qui contient les règles les plus spécifiques à ce sujet<sup>113</sup>. Dans l'arrêt *Hamdan*, la Cour Suprême des États-Unis s'est penchée sur l'interprétation des garanties du DIH relatives à l'administration de la justice lors de CANI et a également pris en compte, bien que de manière minimale, le DIDH<sup>114</sup>.

La mise en œuvre du mécanisme d'interprétation du DIH à la lumière du DIDH décrit ci-dessus nécessite de prendre certaines précautions. Deux considérations doivent être prises en compte afin de guider l'emploi du DIDH pour interpréter le DIH. Premièrement, le contexte dans lequel le DIDH est appelé à s'appliquer. Les organes de mise en œuvre du DIDH ont fortement contribué au développement des garanties relatives au procès équitable. Toutefois, ceux-ci ont rarement été confrontés à la mise en œuvre de ces garanties en temps de conflit armé<sup>115</sup>. Nous avons vu que le DIDH reconnaît que certaines dérogations et restrictions sont admissibles. Bien que certains droits relatifs au procès équitable puissent raisonnablement être considérés comme indérogeables et/ou absolus<sup>116</sup>, d'autres contiennent un « élément inhérent de relativité<sup>117</sup> » qui permettrait d'en faire varier la substance selon une situation de paix ou de conflit armé<sup>118</sup>. Il s'agit, par exemple, du droit à être assisté d'un avocat, du droit de l'accusé d'interroger et de faire interroger des témoins, de la publicité des débats ou encore du droit à disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de la défense<sup>119</sup>. Certains auteurs suggèrent, lorsque le DIH est interprété à la lumière du DIDH, de prendre en compte les restrictions et dérogations qui, si elles n'avaient pas été faites par les parties,

---

<sup>113</sup> V. not. J.-M. HENCKAERTS, « Concurrent application of international humanitarian law and human rights law : a victim perspective », in *International humanitarian law and human rights law : towards a new merger in international law* (sous la dir. de R. ARNOLD, N. QUENIVET), Nijhoff, Leiden, 2008 p. 266; J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I : Règles, op.cit.*, p. xxxi; M. SASSOLI, « The role of human rights and international humanitarian law in new types of armed conflict », *op. cit.*, p. 74; N. QUENIVET, « The history of the relationship between international humanitarian law and human rights law », in *International humanitarian law and human rights law : towards a new merger in international law* (sous la dir. de R. ARNOLD, N. QUENIVET), Nijhoff, Leiden, 2008, p. 9 ; N. LUBELL, « Challenges in applying human rights law to armed conflict », *op.cit.*, p. 739; S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict, op.cit.*, p. 91; T. MERON, *The humanization of international law*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2006, p. 46; V. GOWLLAND-DEBBAS, G. GAGGIOLI, « The relationship between international human rights and humanitarian law: an overview », in *Research handbook on human rights and humanitarian law* (sous la dir. de R. KOLB et G. GAGGIOLI), Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2013, p. 79.

<sup>114</sup> U.S. Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld, secretary of defense et al.*, 548 U.S. 557 (2006), 29 juin 2006, [www.supreme.justia.com](http://www.supreme.justia.com), Opinion of Stevens, J., p. 71.

<sup>115</sup> M. SASSOLI, « The role of human rights and international humanitarian law in new types of armed conflict », *op.cit.*, 2011, p. 75.

<sup>116</sup> P. ex., la présomption d'innocence comme vu plus haut.

<sup>117</sup> N. BHUTA, « Joint series in international law and armed conflict: fair trial guarantees in armed conflict », *EJIL: Talk!*, 22 septembre 2006, disponible sur [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org).

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> *Ibid.*

auraient pu raisonnablement être proportionnelles et nécessaires<sup>120</sup>. Il se pose alors la question de la mesure dans laquelle le contenu des garanties judiciaires consacrées par le DIH pourrait s'émanciper du contenu de celles consacrées par le DIDH. Un éventuel conflit normatif entre le DIH interprété à la lumière du DIDH et le DIDH en tant que tel pourrait surgir et le principe de la *lex specialis* sous son versant « résolution de conflit normatif » pourrait intervenir et faire primer le DIH en tant que norme la mieux adaptée à la situation spécifique (mais cela présuppose bien sûr que le DIDH soit applicable aux GOA, ce qui n'est actuellement pas le cas). La deuxième remarque touche au fait que, comme nous l'avons vu, le DIDH présume que ses obligataires disposent des moyens juridiques et matériels nécessaires pour mettre en œuvre ses dispositions. Cela est particulièrement le cas en ce qui concerne l'administration de la justice qui est une fonction étatique par excellence. Il risque d'être difficile, voire impossible, pour les GOA de respecter certaines normes, en particulier lorsque le CANI est de faible intensité<sup>121</sup>. Une application trop stricte du DIDH pour interpréter le DIH n'est pas souhaitable si le DIH veut rester réaliste envers ses destinataires<sup>122</sup>. Il devrait donc y avoir une certaine « traduction<sup>123</sup> » des normes de DIDH lorsqu'elles sont employées pour interpréter les obligations de DIH incombant aux GOA<sup>124</sup>. Cela est renforcé par le fait que la doctrine en faveur de l'application du DIDH aux GOA appelle à ce que cela ne soit le cas que lorsque le GOA dispose d'un contrôle territorial lui permettant d'exercer une autorité similaire à celle d'un État. Si l'on tient compte de la capacité des GOA pour leur appliquer directement le DIDH, ne faudrait-il pas également tenir compte de leur capacité pour leur appliquer indirectement le DIDH par le truchement du DIH ? Une dernière réflexion porte sur la frontière entre l'application indirecte des normes de DIDH relatives aux garanties judiciaires aux GOA par le truchement du DIH et l'application directe de celles-ci. Quand cette frontière est-elle franchie ? Pour clôturer cette section, nous pouvons citer le TPIY : « Notions developed in the field of human rights can be transposed in international humanitarian law only if they take into consideration the specificities of the latter body of law<sup>125</sup> ».

### Section 3. Le droit international pénal

En vertu de l'article 8, 2), c), iv) du Statut de Rome, constituent un crime de guerre « les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un

---

<sup>120</sup> M. SASSOLI, « The role of human rights and international humanitarian law in new types of armed conflict, *op.cit.*, 2011, p. 75.

<sup>121</sup> N. BHUTA, « Joint series in international law and armed conflict: fair trial guarantees in armed conflict », *EJIL: Talk!*, *op.cit.*

<sup>122</sup> M. SASSOLI, « Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law », *op.cit.*, p. 19.

<sup>123</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 76.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 308.

<sup>125</sup> S. SIVAKUMARAN, « Re-envisaging the international law of internal armed conflict », *E.J.I.L.*, 2011, p. 240.

tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables ». Les Éléments des crimes identifient 3 scénarios dans lesquels une telle condamnation ou exécution en dehors de toute procédure régulière peut avoir lieu : soit il n’y a tout simplement pas eu de jugement préalable rendu par un tribunal, soit le tribunal ayant prononcé le jugement n’a pas offert les garanties essentielles en matière d’indépendance et d’impartialité, soit les garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables en droit international n’ont pas été respectées<sup>126</sup>. Il n’y a pas encore eu de condamnation sur cette base par la CPI<sup>127</sup>. Toutefois, la CPI a entamé des poursuites à l’encontre d’Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, commissaire de la police islamique d’Ansar Dine à Tombouctou de mai 2012 à janvier 2013<sup>128</sup>. Entre autres, celui-ci est poursuivi sur base de l’article 8, 2), c), iv) pour avoir été impliqué dans le travail du tribunal islamique de Tombouctou créé par AQMI et Ansar Dine, notamment en y renvoyant certaines affaires, et pour avoir joué un rôle dans l’exécution de ses décisions<sup>129</sup>.

## **Partie II. Une éventuelle autorisation de poursuivre et sanctionner les infractions en lien avec le conflit armé ?**

### **Chapitre 1. Le silence du droit international humanitaire : l’absence d’une autorisation explicite de poursuivre et sanctionner les infractions en lien avec le conflit armé**

La question de l’existence d’une autorisation faite par le DIH aux GOA de poursuivre et sanctionner les infractions pénales en lien avec le conflit armé (impliquant une autorisation à mettre en place un système judiciaire pour réaliser une telle activité) est préalable aux questions relatives aux conditions régissant la nature des organes judiciaires créés par ceux-ci et le déroulement du procès. Fondamentalement, il s’agit de déterminer si le DIH confère aux GOA un « droit de juger<sup>130</sup> ». La majorité de la doctrine est d’avis que si le DIH n’interdit pas aux groupes armés de poursuivre et

---

<sup>126</sup> CPI, Éléments des crimes, 2011, La Haye, CPI, article 8, 2), c), iv), p. 35, disponible sur [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).

<sup>127</sup> G. BOAS, J. L. BISCHOFF, N. L. REID, *International criminal law practitioner library series – volume II : Elements of crimes under international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 290; v. également J. DEPIAZZA, « Denial of fair trial as an international crime: precedent for pleading and proving it under the Rome Statute », *J.I.C.J.*, 2017, pp. 257-289; J. DEPIAZZA, « The Al-Werfalli arrest warrant: denial of a fair trial as an additional allegation and a hint at a possible defence », *EJIL:talk!*, 23 Aout 2017, disponible sur [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org).

<sup>128</sup> C.P.I., Chambre préliminaire I, *Situation en République du Mali (Le procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud)*, ICC-01/12-01/18, Mandat d’arrêt, 27 mars 2018, disponible sur [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int), §7.

<sup>129</sup> *Ibid.*, §§8, 14.

<sup>130</sup> L. DOSWLAD-BECK, « Judicial guarantees », in *The 1949 Geneva Conventions – a commentary* (sous la dir. de A. CLAPHAM, P. GAETA, M. SASSOLI), Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 490.

sanctionner les infractions en lien avec le CANI<sup>131</sup>, il ne les y autorise pas non plus, à tout le moins pas *expressément*<sup>132</sup>. Le droit des CANI se distingue ainsi du droit des CAI et en particulier du droit de l'occupation de guerre, où le DIH est plus permissif et autorise expressément la puissance occupante, en cas d'infraction aux dispositions pénales qu'elle a promulguées, à « déférer les inculpés à ses tribunaux militaires, non politiques et régulièrement constitués<sup>133</sup> ». Il n'est pas surprenant que les États n'aient pas autorisé les parties à un CANI à poursuivre et juger des individus pour des infractions en lien avec le conflit armé dans les traités de DIH. En effet, les États n'ont pas besoin d'une telle autorisation : il leur suffit de s'appuyer sur leur droit domestique pour poursuivre et juger les membres d'un GOA, les civils se trouvant sur leur territoire et les membres de leurs propres forces armées. L'administration de la justice est intrinsèquement une fonction étatique. Il est tout aussi évident que les GOA, quant à eux, ne peuvent tirer un tel pouvoir du droit domestique. En effet, il est difficile d'imaginer un État autorisant l'existence d'un système judiciaire parallèle au sien et administré par un groupe armé. Au contraire, si les États ont accepté de régler l'administration de la justice en temps de conflit armé, ils ne s'interdisent pas pour autant de criminaliser dans leur droit domestique les actes des membres de GOA, y compris l'administration d'une justice pénale parallèle à la justice étatique. Par exemple, lorsque le FMLN annonça qu'il comptait juger un de ses membres, accusé d'avoir exécuté deux soldats américains blessés, le gouvernement du Salvador contesta fermement le droit du groupe armé de juger ce dernier<sup>134</sup>. Le Président de la Cour Suprême du Salvador déclara même que tout individu prenant part au procès serait poursuivi pénalement en vertu du droit salvadorien<sup>135</sup>.

Si le DIH venait à autoriser les GOA à administrer la justice, il en serait tout autrement. Les États ne seraient pas en mesure de sanctionner le fait de participer à l'administration de la justice rebelle, pour autant que les garanties prévues par le DIH soient respectées<sup>136</sup>. De même, un individu ne pourrait être poursuivi pour meurtre ou pour séquestration pour avoir décidé ou participé à

---

<sup>131</sup> Pour un développement des différents arguments démontrant que le DIH n'interdit pas aux GOA de créer un système judiciaire, v. S. SIVAKUMARAN, « Courts of armed opposition groups : Fair trial or summary justice ? », *op.cit.*, pp. 495-498.

<sup>132</sup> V. not. WILLMS J., « *Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law?* », *op. cit.*, pp. 152-153; D. MURRAY, « Non-state armed groups in NIAC: Does IHL provide legal authority for the establishment of courts? », *EJIL: Talk!*, 4 juin 2014, disponible sur : [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org); S. SIVAKUMARAN, « Courts of armed opposition groups: Fair trial or summary justice? », *op.cit.*, p. 498.

<sup>133</sup> Convention (IV) de Genève, art.66.

<sup>134</sup> Human Rights Watch, « Human Rights Watch World report 1992 - El Salvador », 1992, disponible sur [www.hrw.org](http://www.hrw.org), cité par J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 680.

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> Par analogie avec sa remarque sur la détention, D. MURRAY, « Non-state armed groups, detention authority in non-international armed conflict, and the coherence of international law: searching for a way forward », *L.J.I.L.*, 2017, p. 451.

l'exécution d'une condamnation à mort ou d'une peine d'emprisonnement rendue dans le respect du DIH. Il serait néanmoins toujours possible de condamner un individu pour sa participation au GOA<sup>137</sup>.

Face au silence du DIH, se pose la question de l'existence d'une éventuelle autorisation *implicite* d'administrer la justice. Une telle autorisation pourrait trouver sa source soit dans la réglementation par le DIH de l'administration de la justice aux articles 3, §1, d) commun et 6 PA II, soit dans l'obligation faite au supérieur hiérarchique de punir les violations du DIH commises par ses subordonnés<sup>138</sup>.

## **Chapitre 2. Les articles 3, §1, d) commun et 6 PA II : une autorisation implicite découlant d'une réglementation par le droit international humanitaire ?**

Même si les articles 3, §1, d) commun et 6 PA II n'autorisent pas *explicitement* les GOA à administrer la justice, pourraient-ils *implicitement* contenir une telle autorisation ? Nous allons voir que cela n'est pas le cas.

Plusieurs auteurs se montrent sceptiques quant à l'existence d'une autorisation implicite découlant des articles 3, §1, d) communs et 6 PA II et nous nous alignons sur leur point de vue<sup>139</sup>. Le DIH fait preuve d'un certain pragmatisme en prenant en compte une situation de fait, soit l'exercice d'une fonction judiciaire par des organes créés par des GOA, et fixe certaines conditions à l'exercice de celle-ci. Il prévoit ainsi des « obligations conditionnelles<sup>140</sup> », c'est-à-dire des obligations qui ne visent à encadrer le fonctionnement de ces organes que dans l'éventualité où ils seraient établis<sup>141</sup>. En effet, la réglementation d'un phénomène n'a pas nécessairement pour corollaire l'autorisation de celui-ci, ou pour citer R. Goodman, « regulation of an action (especially a practically inevitable action in war) does not translate into recognition of the right or authority to engage in that act<sup>142</sup> ».

Une tendance minoritaire en doctrine soutient l'existence d'une autorisation implicite résultant de la réglementation par le DIH de l'administration de la justice pour les infractions en lien

---

<sup>137</sup> Par analogie avec sa remarque sur la détention, *ibid.*, p. 451

<sup>138</sup> Selon certains auteurs, une pratique émergente pourrait indiquer la reconnaissance progressive d'une obligation de poursuivre et d'enquêter sur les violations du DIH dans le chef de certains GOA, en tant qu'entités, au cours d'un CANI. Toutefois, l'existence de celle-ci reste pour le moins incertaine et nous ne l'aborderons pas. Si une telle obligation existait elle serait plus large que celle incombant au supérieur hiérarchique étant donné qu'elle couvrirait également les violations du DIH commises par la partie adverse. À ce sujet v. not. J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 683-684; J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, pp. 157-159.

<sup>139</sup> A. CLAPHAM, « Detention by armed groups under international law », *Int'l L. Stud.*, 2017, p. 12; M. HAKIMI, « Fair trial guarantees in armed conflict », *Lawfare*, 23 septembre 2016, disponible sur [www.lawfareblog.com](http://www.lawfareblog.com).

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> R. GOODMAN, « Authorization versus regulation of detention in non-international armed conflicts », *Int'l L. Stud.*, 2015, p. 166.

avec le conflit armé<sup>143</sup>. Elle semble prendre comme point de départ l'interprétation stricte faite par certains d'une exigence imposée par l'article 3, §1, d) commun : comme nous le verrons dans la Partie III, celui-ci requiert que les tribunaux mis en place par les parties au conflit soient « régulièrement constitués ». Ces termes ont souvent été interprétés comme exigeant que les tribunaux aient une base légale dans le droit domestique. Dès lors, si le DIH ne procure pas lui-même une base légale autorisant la constitution de tribunaux par les GOA, *absolument tous* les tribunaux des GOA seront illicites, car il est impossible qu'il puisse trouver une telle base légale dans le droit domestique<sup>144</sup>. Cela serait problématique à deux égards. D'une part, une telle situation nuirait gravement au principe d'effectivité car il est évident que les États ayant participé à la rédaction de l'article 3 commun, du PA II et du Statut de Rome avaient l'intention de réglementer l'administration de la justice par les GOA (en stipulant que l'article s'applique à chaque partie au conflit dans le premier, en ne mentionnant pas l'exigence d'un tribunal « régulièrement constitué » dans le second et en considérant qu'un tribunal peut être régulièrement constitué lorsqu'il est indépendant et impartial dans le dernier)<sup>145</sup>. D'autre part, le droit international ne saurait réglementer une situation qui fait l'objet d'une « prohibition absolue<sup>146</sup> », en l'espèce l'administration de la justice par un GOA (un autre exemple serait la réglementation par le droit international de la torture)<sup>147</sup>. La seule manière de préserver l'effectivité et la cohérence des dispositions de DIH relatives à l'administration de la justice serait donc de faire sortir le DIH de sa neutralité apparente et de reconnaître qu'en réglementant le fonctionnement des tribunaux établis par les GOA les États auraient implicitement octroyé une base légale permettant à ceux-ci de les créer<sup>148</sup>.

Le précédent raisonnement nous semble devoir être rejeté pour plusieurs raisons. Premièrement, il est incorrect d'assumer que la seule manière pour le tribunal d'un GOA d'être régulièrement constitué est d'avoir une base légale en droit domestique ou en DIH. Une troisième voie existe et elle consiste à prendre en compte les spécificités des GOA pour interpréter de manière souple l'exigence d'un tribunal « régulièrement constitué » lorsque celle-ci leur est appliquée, afin que cette exigence soit satisfaite lorsque le GOA fonde son tribunal sur base de son propre droit et/ou

---

<sup>143</sup> D. MURRAY, « Non-state armed groups in NIAC: Does IHL provide legal authority for the establishment of courts? », *EJIL: Talk!*, *op.cit.*

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> *Ibid.*; D. MURRAY, « Non-state armed groups, detention authority in non-international armed conflict, and the coherence of international law: searching for a way forward », p. 443 (D. Murray adopte le même raisonnement en ce qui concerne la détention)

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 443.

<sup>148</sup> D. MURRAY, « Non-state armed groups in NIAC: Does IHL provide legal authority for the establishment of courts? », *EJIL: Talk!*, *op.cit.*

lorsque le tribunal est indépendant et impartial, et ce même si le DIH ne l'y *autorise pas*<sup>149</sup>. Plusieurs arguments soulevés pour justifier l'octroi d'une base légale par le DIH pourraient également soutenir une telle alternative. Par exemple, l'intention des États parties aux différents traités mentionnés de réglementer le fonctionnement des tribunaux de GOA pourrait justement démontrer que, au lieu d'*octroyer* aux GOA l'*autorité* leur faisant défaut pour pouvoir respecter l'exigence d'un « tribunal régulièrement constitué », ils ont au contraire *assoupli* cette exigence afin qu'elle puisse être respectée par ceux-ci lorsqu'ils décident d'administrer la justice (mais toujours *sans les y autoriser*). Deuxièmement, quand bien même une telle interprétation souple de la base légale serait rejetée, il est incorrect de conclure que si le DIH n'autorise pas les GOA à administrer la justice, *tous* les organes judiciaires de ceux-ci seront illicites et que par conséquent le DIH réglementerait une situation faisant l'objet d'une « prohibition *absolue* ». Il est théoriquement envisageable, bien qu'en pratique peu probable, qu'un État autorise à travers son droit domestique un GOA à créer un organe judiciaire ou que le GOA parvienne à prendre le contrôle d'une juridiction étatique sans apporter la moindre modification à la base légale de celle-ci en droit domestique.

Les articles 3, §1, d) commun et 6 PA II ne peuvent donc être considérés comme fournissant une base légale implicite permettant aux GOA d'exercer une fonction judiciaire.

### **Chapitre 3. L'obligation du supérieur hiérarchique de punir les violations du droit international humanitaire : une autorisation implicite découlant d'une obligation ?**

#### **Section 1. Généralités**

Si le DIH ne réglemente l'administration de la justice pénale par les GOA que dans la mesure où le GOA réalise une telle activité, se pose la question des circonstances dans lesquelles un GOA, ou un membre de celui-ci, pourraient être *contraints* d'y procéder. L'existence d'une telle obligation pourrait impliquer la reconnaissance implicite d'un *droit* à y procéder. En effet, pour citer L. Doswald-Beck, « if a body is given *obligations* which it has to carry out (...), it is clear that sufficient *rights* must have been given to carry out such mandates adequately<sup>150</sup> ». Nous allons nous tourner vers une obligation existant au niveau individuel, l'obligation incombant aux supérieurs hiérarchiques de prévenir et punir les violations du DIH, afin de déterminer si celle-ci requiert la mise en place d'un

---

<sup>149</sup> D. MURRAY, « Non-state armed groups, detention authority in non-international armed conflict, and the coherence of international law: searching for a way forward », *op.cit.*, pp. 454-455 (D. Murray semble envisager une telle possibilité pour la problématique de la détention).

<sup>150</sup> L. DOSWLAD-BECK, « Judicial guarantees », in *The 1949 Geneva Conventions – a commentary* (sous la dir. de A. CLAPHAM, P. GAETA, M. SASSOLI), *op.cit.*, p. 490.

système judiciaire pour poursuivre pénalement les membres d'un GOA ayant commis des crimes (si cela est le cas et qu'il en découle un « droit » d'administrer la justice, celui-ci sera donc limité aux procédures ayant trait à des violations du DIH par des membres du GOA) .

La doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique est une doctrine en droit international pénal permettant de retenir la responsabilité pénale individuelle d'un supérieur, militaire ou civil, pour ne pas avoir empêché ou sanctionné la perpétration de crimes par ses subordonnés s'il savait ou avait des raisons de savoir qu'ils allaient être commis ou avaient été commis. Il s'agit d'un mécanisme important pour prévenir les violations du DIH. La Chambre de première instance et la Chambre d'appel du TPIY, dans l'affaire *Hadžihasanović*, furent les premières à reconnaître l'applicabilité de cette doctrine aux CANI en raison de son caractère coutumier. Elles relevèrent notamment que l'article 3 commun requiert l'existence d'une force militaire organisée et que « l'organisation militaire implique un commandement responsable et le commandement responsable implique à son tour une responsabilité du supérieur hiérarchique<sup>151</sup> ». Cette doctrine fut par la suite consacrée dans le Statut de Rome<sup>152</sup> et fut qualifiée de règle coutumière par l'étude du CICR sur le DIH coutumier<sup>153</sup>. Fondamentalement, le supérieur hiérarchique verra sa responsabilité engagée en la présence de 3 éléments<sup>154</sup> : l'existence d'une relation de subordination (en fait ou en droit), le fait qu'il savait ou avait des raisons de savoir qu'un crime avait été commis ou était sur le point d'être commis par son subordonné et, pour finir, le fait qu'il a omis de prendre les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher le crime ou sanctionner l'auteur de celui-ci<sup>155</sup>. Nous allons nous concentrer sur ce dernier élément.

La responsabilité du supérieur hiérarchique naît suite à l'omission dont ce dernier s'est rendu coupable. Une responsabilité pénale pour omission présuppose l'existence préalable d'une obligation d'agir découlant du droit international conventionnel ou coutumier<sup>156</sup>. Un tel devoir d'agir consiste en l'obligation pour le supérieur hiérarchique de s'assurer que ses subordonnés respectent le DIH et de sanctionner ceux-ci s'ils y manquent. Ce devoir est fondamental en DIH et est explicitement consacré par l'article 87 du PA I pour les CAI<sup>157</sup>. En ce qui concerne les haut placés des groupes

---

<sup>151</sup> T.P.I.Y., Chambre d'appel, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic, Amir Kubura*, IT-01-47-AR72, décision relative à l'exception d'incompétence (*Responsabilité du supérieur hiérarchique*), 16 juillet 2003, www.icty.org, §17.

<sup>152</sup> Statut de Rome de la Cour pénale internationale, signé à Rome le 17 juillet 1998, art. 28.

<sup>153</sup> J.-M. HENCKAERTS; L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I: Règles, op.cit.*, pp. 737-744 (Règle 153).

<sup>154</sup> Précisons que la C.P.I. exige un 4<sup>ème</sup> élément : un lien causal entre l'omission et le crime. Ce 4<sup>ème</sup> élément est débattu.

<sup>155</sup> G. BOAS, J. L. BISCHOFF, N. L. REID, *International criminal law practitioner library series – volume I: Forms of responsibility in international criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 181-237.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>157</sup> Le droit international coutumier contiendrait également un tel devoir pour le supérieur hiérarchique civil, v. not. v. NERLICH, « Superior responsibility under article 28 ICC Statute – For what exactly is the superior held responsible? », *J.I.C.J.*, 2007, p. 671.

armés parties à un CANI, l'origine de ce devoir est toutefois plus confuse<sup>158</sup>. En effet, le DIH ne contient pas de disposition l'imposant explicitement aux membres d'un GOA. Il pourrait toutefois être postulé que le caractère coutumier de la responsabilité du supérieur hiérarchique présuppose le caractère coutumier du devoir de prévenir et de punir. Remarquons que l'existence d'une telle obligation est par ailleurs admise aussi bien par la doctrine<sup>159</sup> que par la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux<sup>160</sup>. Les organes internationaux ont jusqu'à présent eu davantage tendance à se concentrer sur les interdictions faites aux groupes armés que sur les mesures positives devant être prises par ceux-ci pour la prévention et la punition des violations du DIH<sup>161</sup>. Nous allons analyser l'obligation de punir pour voir si elle implique l'administration d'une sanction pénale et, si c'est le cas, si le commandement du GOA est obligé de l'administrer lui-même.

## **Section 2. L'obligation de punir implique-t-elle l'administration d'une sanction pénale ?**

Selon la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, lorsqu'un subordonné a commis une violation du DIH, le supérieur hiérarchique a l'obligation « d'ouvrir une véritable enquête en vue d'établir les faits, prendre des mesures énergiques pour s'assurer que les auteurs seront punis, prendre lui-même des sanctions ou, s'il n'est pas habilité à le faire, transmettre un rapport aux autorités compétentes<sup>162</sup> ». Une obligation similaire est imposée par le Statut de Rome<sup>163</sup>. Le supérieur hiérarchique doit prendre les « mesures nécessaires et raisonnables qui sont en son pouvoir<sup>164</sup> ». Ces critères seront appréciés selon les circonstances de l'espèce, en prenant en compte les capacités matérielles du supérieur et la gravité du crime<sup>165</sup>. L'obligation du supérieur est une obligation de moyen<sup>166</sup>. Une difficulté surgit donc lorsque le supérieur appartenant à un GOA disposant de peu de ressources matérielles est confronté à un subordonné ayant commis une violation très grave du DIH. Une mise en balance entre les deux critères précédemment cités doit être trouvée.

---

<sup>158</sup> S. SIVAKUMARAN, « Command responsibility in irregular groups », *J.I.C.J.*, 2012, p. 1131.

<sup>159</sup> *Ibid.*, pp. 1131-1136.

<sup>160</sup> V. not., T.S.S.L., Trial Chamber I, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, SCSL-04-15-T, jugement, 2 mars 2009, [www.rscl.org](http://www.rscl.org), §283; C.P.I., Chambre préliminaire II, *Situation en République Centrafricaine (Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo)*, ICC-01/05-01/08, décision, 15 juin 2009, [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int), §405; C.P.I., Chambre de première instance III, *Situation en République Centrafricaine (Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo)*, ICC-01/05-01/08, jugement, 21 mars 2016, [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int), §199.

<sup>161</sup> L. ZEGVELD, *The accountability of armed opposition groups in international law*, *op.cit.*, p. 130.

<sup>162</sup> T.P.I.Y., Chambre de première instance II, *Le procureur c. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Muslija*, IT-03-66-T, jugement, 30 novembre 2005, [www.icty.org](http://www.icty.org), §529 cité par SIVAKUMARAN S., « Command responsibility in irregular groups », *op.cit.*, p. 1142.

<sup>163</sup> M. WERY, C. DEPRez, « La responsabilité du supérieur hiérarchique devant la Cour pénale internationale : une première synthèse à la lumière du jugement prononcé dans l'affaire Bemba », *Rev. Dr. ULg*, 2016, p. 334.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 335.

<sup>165</sup> S. SIVAKUMARAN, « Command responsibility in irregular groups », *op.cit.*, p. 1144.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 1139.

Certains auteurs soutiennent que face à certains crimes, des mesures disciplinaires peuvent être adéquates à condition que ces mesures soient suffisamment sévères et publiques<sup>167</sup>. Dans l'affaire *Hadžihasanović*, notamment, la Chambre de première instance du TPIY considéra qu'une sanction disciplinaire imposant une peine de 30 à 60 jours d'emprisonnement pour pillage pouvait être considérée comme une sanction « raisonnable » au sens de l'article 7, 3) du Statut du TPIY<sup>168</sup>. En effet, cette sanction disciplinaire était prise à défaut de poursuites pénales, car la Cour militaire compétente était difficile d'accès et n'était de surcroît pas particulièrement efficace<sup>169</sup>. Surtout, cette sanction, bien que n'étant pas une sanction pénale, était semblable à celles prises par les cours militaires du district, à savoir 2 à 6 mois de prison avec sursis<sup>170</sup>. Le GOA n'est pas tenu par le DIH d'assurer qu'une sanction disciplinaire soit rendue de manière conforme aux articles 3, §1, d) commun et 6 PA II<sup>171</sup>. Précisons toutefois que certains auteurs semblent estimer que même face à des mesures disciplinaires, certaines garanties fondamentales doivent être respectées. Selon, A.-M. La Rosa et C. Wuerzner les mesures disciplinaires appliquées par le commandement de GOA devraient être conformes aux droits de l'homme<sup>172</sup>. Même si les GOA ne sont actuellement pas tenus par le DIDH, cette dernière suggestion est intéressante étant donné que certains groupes armés prévoient des sanctions disciplinaires particulièrement graves<sup>173</sup>. Si le DIH reste nébuleux quand il s'agit de définir les sanctions pénales - autres que la peine de mort - tombant dans le champ d'application des articles 3, §1, d) commun et 6 PA II, le DIDH, quant à lui, considère que les garanties du procès équitable en matière pénale doivent également être étendues à des sanctions disciplinaires si celles-ci ont une nature pénale, soit des sanctions devant être considérées comme étant pénales en raison de « leur finalité, de leur caractère ou de leur sévérité<sup>174</sup> », et ce, quelle que soit la qualification leur étant donnée par le droit domestique (ou en l'espèce le règlement interne du GOA)<sup>175</sup>.

---

<sup>167</sup> C. RYNGAERT A. VAN DE MEULEBROUCKE, « Enhancing and enforcing compliance with international humanitarian law by non-state armed groups: an inquiry into some mechanisms », *J.C.S.L.*, 2012, p. 470; A.-M. LA ROSA, C. WUERZNER, « Armed groups, sanctions and implementation of international humanitarian law », *op.cit.*, p. 334.

<sup>168</sup> T.P.I.Y., Chambre de première instance, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović, Amir Kubura*, IT-01-47-T, jugement, 15 mars 2006, www.icty.org, §§2057, 2058.

<sup>169</sup> *Ibid.*, §2057.

<sup>170</sup> *Ibid.*, §2058.

<sup>171</sup> V. Partie I, Chapitre 2, Section 1, §2, 2.

<sup>172</sup> A.-M. LA ROSA, C. WUERZNER, « Armed groups, sanctions and implementation of international humanitarian law », *op.cit.*, p. 334.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 334. Nous avons vu que dans le cas des GOA, il est plus difficile de distinguer les mesures ayant un caractère disciplinaire de celles ayant un caractère pénal. Le DIH ne donne pas de critères permettant de distinguer les premières des dernières. Les seules infractions étant explicitement considérées comme pénales par les articles 3 commun et 6 PA II étant celles passibles de la peine de mort.

<sup>174</sup> Comité dr. h., « Observation générale n°32 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (Art.14) », doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, §15.

<sup>175</sup> *Ibid.*, §15; L. DOSWALD-BECK, *Human rights in times of conflict and terrorism*, *op.cit.*, pp. 337-338.

Il est généralement admis que les sanctions disciplinaires seront rarement adéquates pour punir la plupart des crimes de guerre<sup>176</sup>. Par exemple, dans l'affaire *Hadžihasanović*, la Chambre de première instance du TPIY considéra qu'une sanction disciplinaire consistant en une mise en détention de 60 jours au plus n'était pas une mesure « appropriée » pour punir des auteurs de meurtres et de traitements inhumains<sup>177</sup>. En l'espèce, il aurait fallu que le supérieur hiérarchique prenne « des mesures concrètes pour que ces auteurs soient *traduits en justice*<sup>178</sup> ». Dès lors qu'il est postulé que la grande majorité des mesures nécessaires et adéquates pour punir des crimes de guerre doivent prendre la forme de sanctions pénales, la question du rôle d'un système judiciaire propre au GOA, compétent pour administrer de telles sanctions, se pose.

### **Section 3. Le commandement du GOA est-il obligé de mettre en place une structure judiciaire pour administrer la sanction pénale ?**

Dans la mesure où des crimes graves appellent des sanctions de nature pénale, les dispositions pertinentes du DIH entreront en jeu afin de garantir que ces sanctions soient prononcées par un tribunal régulièrement constitué offrant un minimum de garanties procédurales. Si le supérieur hiérarchique venait à prononcer lui-même une sanction pénale (à supposer qu'il se soit vu attribuer un tel pouvoir), il violerait l'article 3, §1, d) commun et/ou 6 PAII et, par ailleurs, risquerait de voir à son tour sa responsabilité individuelle engagée pour crime de guerre en vertu de l'article 8(2)(c)(iv) du Statut de Rome. Si le supérieur n'a pas le pouvoir de punir son subordonné de manière adéquate, il doit renvoyer l'affaire aux autorités compétentes. Comme le relève S. Sivakumaran, en ce qui concerne les GOA, « it is unclear quite who constitutes the competent authorities<sup>179</sup> ». Quatre possibilités existent. Premièrement, le GOA pourrait remettre l'individu aux autorités étatiques<sup>180</sup>. Bien qu'une telle solution soit envisageable lorsque le GOA est allié à un État, elle l'est beaucoup moins lorsque le GOA lutte contre celui-ci<sup>181</sup>. S. Sivakumaran recense une seule occasion où un

---

<sup>176</sup> V. not. A.-M. LA ROSA, C. WUERZNER, « Armed groups, sanctions and implementation of international humanitarian law », *op.cit.*, p. 334; M. SASSOLI, « Taking armed groups seriously : ways to improve their compliance with international humanitarian law », *op.cit.*, p. 33; R. ARNOLD, O. TRIFFTERER, « Article 28 : Responsibility of commanders and other superiors », in *The Rome Statute of the International Criminal Court – a commentary* (sous la dir. de O. TRIFFTERER et K. AMBOS), München *et al.*, C.H. Beck *et al.*, 2016, p. 1100; R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON, E. WILMSHURST, *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 396; S. SIVAKUMARAN, « Command responsibility in irregular groups », *op.cit.*, pp. 1145, 1149.

<sup>177</sup> T.P.I.Y., Chambre de première instance, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović, Amir Kubura*, IT-01-47-T, jugement, 15 mars 2006, www.icty.org, §1777 (La chambre d'appel du T.P.I.Y. confirma cela sur le principe bien qu'elle parvint à la conclusion qu'en l'espèce le supérieur avait fait, par ailleurs, un rapport au procureur de la municipalité et que, combinées, ces mesures étaient suffisantes, v. T.P.I.Y., Chambre d'appel, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović, Amir Kubura*, IT-01-47-A, arrêt, 22 avril 2008, www.icty.org, §§152, 154, 155).

<sup>178</sup> *Ibid.*, §1777.

<sup>179</sup> S. SIVAKUMARAN, « Command responsibility in irregular groups », *op.cit.*, p. 1146.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 1146.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 1146.

GOA remit indirectement un de ses membres à l'État contre lequel il était en conflit pour être jugé par celui-ci<sup>182</sup>. En 2010, un chef d'état-major du groupe de miliciens Mai Mai, accusé de viols, fut livré par ses supérieurs hiérarchiques à la Mission de l'organisation des Nations-Unies en RDC (MONUSCO), afin qu'il soit ensuite transféré à la CPI<sup>183</sup>. Toutefois, MONUSCO transféra l'individu au gouvernement de la RDC<sup>184</sup>. Une deuxième solution serait de livrer l'individu à un État tiers. Cependant, rien ne garantit que l'État tiers en question acceptera de juger l'individu ou même d'ouvrir une enquête<sup>185</sup>. Au-delà des considérations politiques qui risqueraient de dissuader une telle collaboration avec le GOA, des considérations matérielles et juridiques sont également à prendre en compte. Tout procès se déroulant à l'étranger soulève de nombreuses difficultés pratiques en ce qui concerne l'accès aux éléments de preuves et aux témoins<sup>186</sup>. De même, d'un point de vue juridique, des difficultés relatives à l'extradition de l'individu risquent de surgir<sup>187</sup>. Cette solution semble donc devoir être écartée<sup>188</sup>. Troisièmement, le GOA pourrait décider de livrer l'individu à la CPI<sup>189</sup>. Cependant, le recours à la CPI nécessite que celle-ci soit compétente<sup>190</sup> et que le crime soit d'une suffisante gravité<sup>191</sup>. La CPI ne possède pas les ressources pour connaître de tous les crimes de guerre et n'est en mesure de juger que ceux commis « at the highest level of the political and military hierarchy of states or organized groups<sup>192</sup> ». La quatrième solution, et par élimination la plus plausible selon la doctrine<sup>193</sup>, est le renvoi à l'éventuel système judiciaire mis en place par le GOA lui-même

<sup>182</sup> S. SIVAKUMARAN, « Implementing humanitarian norms through non-State armed groups », in *Inducing compliance with international humanitarian law – Lessons from the African great lakes region* (sous la dir. de H. KREIGER), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 142.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 142; v. également X. RICE, « Militia commander Mayele arrested after mass rape of Congo villagers », *The Guardian*, 20 avril 2009, disponible sur [www.theguardian.com](http://www.theguardian.com).

<sup>184</sup> S. SIVAKUMARAN, « Implementing humanitarian norms through non-State armed groups », *op.cit.*, p. 142.

<sup>185</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 173.

<sup>186</sup> P. BENVENUTI, G. BARTOLINI, « Is there a need for new international humanitarian law implementation mechanisms? », in *Research handbook on human rights and humanitarian law* (sous la dir. de R. KOLB et G. GAGGIOLI), Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2013, p. 605.

<sup>187</sup> J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 685.

<sup>188</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 173; S. SIVAKUMARAN, « Command responsibility in irregular groups », *op.cit.*, p. 147.

<sup>189</sup> P. ex., le Sudan Revolutionary Front (SFR), une alliance de plusieurs GOA soudanais (dont le SPLM/A-N et JEM) ayant pour objectif de renverser le gouvernement d'Omar al-Bashir, prévoit dans son règlement interne qu'un de ses objectifs est de livrer les auteurs de crimes de guerre et autres crimes internationaux à la CPI (v. SFR, « The statute of the Sudan Revolutionary Front of 2012 », art.5, vii, disponible sur [www.theirwords.org](http://www.theirwords.org)). Il est toutefois difficile d'établir si cet engagement concerne les membres des différentes factions du SFR ou concerne davantage les membres de la partie adverse ayant commis des crimes de guerre.

<sup>190</sup> Statut de Rome, en particulier art. 12 et 13.

<sup>191</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 173; Statut de Rome, art. 17, §1, d).

<sup>192</sup> J. DE HEMPTINNE, « The future of international criminal justice: a blueprint for action », in *Realizing utopia – The future of international law* (sous la dir. de A. CASSESE), Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 587.

<sup>193</sup> M. SASSOLI, J. GRIGNON, « Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire », in *Le droit international face aux défis du XXIème siècle* (sous la dir. de A.

(voire le renvoi à l'individu placé plus haut dans la hiérarchie qui est habilité à renvoyer l'affaire à la juridiction du GOA et ainsi de suite). Si, *légalement*, le commandement du groupe ne doit donc pas *nécessairement* mettre en place un organe judiciaire interne au groupe pour satisfaire son obligation, il se peut toutefois qu'*en pratique* il n'ait pas d'autre alternative<sup>194</sup>.

La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* et de la CPI est peu fournie à cet égard. En aucun cas, elle ne mentionne l'obligation de créer un tel système judiciaire afin qu'y soient renvoyés les membres du groupe ayant commis des crimes. En revanche, lorsqu'un tel système existe, elle semble le prendre en considération pour apprécier les capacités matérielles dont dispose le supérieur hiérarchique et pour évaluer le caractère raisonnable et nécessaire des mesures prises par ce dernier pour punir les crimes commis par ses subordonnés<sup>195</sup>. C'est à tout le moins ce qui ressort de l'affaire *Bemba*, où la Chambre préliminaire III de la CPI reconnut accorder une importance particulière à « l'existence d'un système judiciaire militaire fonctionnel au sein du MLC par l'intermédiaire duquel il (Bemba) aurait pu faire punir les crimes commis et empêcher que de tels crimes ne se reproduisent<sup>196</sup> ». Lors du jugement, la Chambre de première instance III de la CPI considéra qu'au vu de l'existence de ce système de justice militaire au sein du MLC, Bemba ne pouvait pas se contenter d'y référer certains crimes de caractère secondaire commis par ses subordonnés, mais aurait dû en faire un usage plus systématique<sup>197</sup>.

Nous pouvons donc conclure que *lorsqu'un système judiciaire existe*, le supérieur hiérarchique pourrait avoir l'obligation de l'*employer* pour administrer une sanction pénale<sup>198</sup>. Il n'y a toutefois pas une obligation légale *préalable* pour le supérieur hiérarchique d'en *créer* un afin d'administrer une sanction pénale<sup>199</sup>. La situation où un système judiciaire *n'existe pas* se révèle

---

BIAD, P. TAVERNIER), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 148; S. SIVAKUMARAN, « Implementing humanitarian norms through non-State armed groups, *op.cit.*, pp. 142-143; S. SIVAKUMARAN, « Command responsibility in irregular groups », *op.cit.*, p. 1147.

<sup>194</sup> J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 685.

<sup>195</sup> C.P.I., Chambre de première instance III, *Situation en République Centrafricaine (Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo)*, ICC-01/05-01/08, jugement, 21 mars 2016, www.icc-cpi.int, §65.

<sup>196</sup> C.P.I., Chambre préliminaire II, *Situation en République Centrafricaine (Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo)*, ICC-01/05-01/08, décision, 15 juin 2009, www.icc-cpi.int, §501.

<sup>197</sup> C.P.I., Chambre de première instance III, *Situation en République Centrafricaine (Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo)*, ICC-01/05-01/08, jugement, 21 mars 2016, www.icc-cpi.int, §§720, 726-729.

<sup>198</sup> Il ne s'agirait par ailleurs *pas* d'une obligation *absolue* étant donné qu'il reste au supérieur les trois alternatives vues plus-haut (le renvoi de l'individu à l'État, un État tiers ou à la CPI). En effet, dans l'arrêt *Bemba* la CPI est intervenue *a posteriori*. Bemba n'avait tenté de renvoyer l'affaire à aucune des 4 autorités potentiellement compétentes pour administrer une sanction pénale. Bien que la CPI n'ait pas mentionné les trois alternatives vues plus haut, il n'est pas possible de déduire du raisonnement de la CPI que Bemba avait l'obligation de renvoyer l'affaire à ses propres juridictions à l'*exclusion* des 3 autorités externes au MLC.

<sup>199</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 160; D. FLECK, « Perspective on courts established by armed opposition groups », in *Inducing compliance with international humanitarian law – Lessons from the African great lakes region* (sous la dir. de H. KREIGER), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 182.

complexe. Si un crime grave a été commis et requiert une sanction grave de nature pénale, le supérieur hiérarchique risque de se trouver dans une impasse, car il lui est impossible de renvoyer l'affaire aux autorités externes au groupe pour les raisons vues plus haut. En outre, s'il prononce lui-même une sanction de nature pénale, il commet un crime de guerre et s'il prononce une peine plus légère, de nature strictement disciplinaire, il risque également de voir sa responsabilité pénale engagée mais pour omission à son devoir de punir. Il serait donc possible que, *indirectement*, un GOA soit *en pratique* contraint de *mettre en place* un tel système judiciaire afin que ses membres puissent s'acquitter de leur devoir de punir. Il est évident que tout GOA ne dispose pas des capacités matérielles requises pour administrer la justice de manière interne (et encore moins pour l'administrer de manière conforme au DIH). La question se pose alors de savoir si une sanction disciplinaire prise par un supérieur hiérarchique d'un GOA ne disposant pas d'un organe judiciaire peut être considérée comme une « mesure nécessaire et raisonnable » ou s'il sera plutôt considéré que le supérieur hiérarchique aurait dû, en dernier recours, transmettre l'affaire à une des autorités compétentes externes au GOA afin qu'elles administrent une sanction pénale.

Il est donc difficile de déduire de la responsabilité du supérieur hiérarchique une obligation *légale de créer* un système judiciaire propre au groupe afin d'administrer la justice, dont un possible « droit de juger » pourrait découler. Au regard de l'affaire *Bemba*, il pourrait, à tout le moins, y avoir une obligation conditionnelle : *lorsqu'un système judiciaire existe*, et à défaut de recourir aux trois autres alternatives présentées, le supérieur hiérarchique doit *l'employer*. Se limiter à une telle obligation conditionnelle peut même être souhaitable étant donné que, comme nous l'avons dit, certains GOA ne disposent pas des capacités matérielles requises pour juger leurs membres de manière conforme au DIH.

Pour clôturer ce chapitre, plusieurs constats peuvent être faits. Premièrement, le fait que, lorsqu'un système judiciaire existe, le supérieur hiérarchique puisse éventuellement être contraint de l'employer souligne à nouveau que le droit international n'interdit pas aux GOA d'administrer la justice (s'il l'interdisait, la CPI aurait incité les GOA à violer le DIH pour sanctionner une violation antérieure du DIH<sup>200</sup>). Deuxièmement, reconnaissons qu'il s'agit d'une situation où il serait particulièrement souhaitable que soit conféré un « droit » aux GOA d'administrer la justice. Qu'un État puisse condamner des membres d'un GOA pour avoir jugé, dans le respect du DIH, un des leurs pour violation du DIH n'est pas désirable. Cela ne peut que nuire à la lutte contre l'impunité en dissuadant le commandement d'un GOA de sanctionner ses membres. En effet, le tribunal d'un

---

<sup>200</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups- a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 154.

GOA « may be the only forum in which violations of international humanitarian law will actually be prosecuted<sup>201</sup> ». À tout le moins, cela démontre qu'il est crucial de déterminer les obligations que doivent respecter les GOA lorsqu'ils s'engagent dans une telle activité.

## **Conclusion**

Dans l'état actuel du droit, il n'est pas possible de conclure que le DIH autorise implicitement les GOA à administrer la justice pour les infractions en lien avec le conflit armé. L'absence d'une telle autorisation est regrettable car il serait préférable que ceux-ci ne puissent être sanctionnés sur base du droit domestique pour des actes licites au regard du DIH. Néanmoins, quand bien même l'administration de la justice par des GOA serait illégale aux yeux du *droit domestique* et susceptible d'entraîner des poursuites pénales sur base de celui-ci, cela ne signifie pas pour autant qu'elle soit illicite aux yeux du *DIH*<sup>202</sup>. Si le DIH n'autorise pas celle-ci, il ne l'interdit pas non plus, à tout le moins si les exigences qu'il impose sont respectées. Le fait qu'un GOA poursuive ou condamne un individu pour une infraction en lien avec le conflit armé ne constitue pas *en soi* un crime de guerre au sens de l'article 8, 2), c), iv) du Statut de Rome<sup>203</sup>. De même si un GOA exécute un individu suite à un procès ayant respecté toutes les conditions fixées par le DIH, il ne s'agira pas nécessairement d'un meurtre au sens de l'article 8, 2), c), iv) du Statut de Rome. Tout dépendra donc de si le GOA a respecté les conditions étant imposées par le DIH pour encadrer l'administration de la justice. Nous nous tournons maintenant vers celles-ci.

## **Partie III. La réglementation par le droit international humanitaire de l'administration de la justice par les groupes d'opposition armés**

### **Introduction**

Il est possible de distinguer deux catégories d'exigences imposées par le DIH en ce qui concerne l'administration de la justice au cours d'un CANI. Nous les examinerons dans les chapitres suivants. La première catégorie a trait à la création et à la nature de l'organe judiciaire chargé de prononcer le jugement. Ainsi, l'article 3, §1, d) commun exige que le tribunal soit « régulièrement constitué ». L'article 6 PA II, quant à lui, ne fait nulle mention de la manière dont le tribunal devrait être constitué, mais requiert que celui-ci offre « les garanties essentielles d'indépendance et

---

<sup>201</sup> S. SIVAKUMARAN, « Courts of armed opposition groups: Fair trial or summary justice? », *op.cit.*, p. 510.

<sup>202</sup> A. CLAPHAM, « Detention by armed groups under international law », *op.cit.*, p. 13.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 13 (par analogie avec sa remarque sur la détention).

d'impartialité ». La deuxième catégorie concerne les garanties judiciaires devant être respectées avant et durant le procès. L'article 3, §1, d) commun prescrit ainsi le respect des « garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés », l'article 6 PA II en énumère, non limitativement, six et le DIH coutumier les complète.

Tant en ce qui concerne la première que la seconde catégorie d'exigences, deux difficultés surgissent lorsque celles-ci sont appliquées aux GOA. Une première difficulté résulte de la nature même du GOA qui est un acteur non étatique et n'a donc pas la capacité de légiférer, dans le sens de produire un droit issu d'un processus démocratique et jouissant d'une reconnaissance interne et internationale. Une seconde difficulté découle de la capacité matérielle et logistique limitée de certains GOA. Dans les deux cas, un équilibre délicat devra être établi entre, d'une part, le maintien d'un niveau de protection suffisant pour les individus faisant l'objet de poursuites pénales et, d'autre part, la prise en compte des spécificités des GOA afin que les obligations leur incombant restent réalistes. Ces deux éléments sont par ailleurs liés : s'il est impossible pour un GOA de respecter une certaine règle parce qu'elle lui impose un standard trop élevé à respecter, il risque de ne même pas prendre la peine de respecter un standard moins élevé (mais offrant tout de même une protection minimale, bien que moindre) et cela ne peut qu'être préjudiciable aux individus sous son contrôle. Pour citer M. Sassoli, « all law has to take into account, as closely as possible, the social reality it seeks to govern<sup>204</sup> ». Si les règles s'appliquant aux GOA leur imposent des standards irréalistes, cela ne peut que nuire à la crédibilité et à l'effectivité du DIH<sup>205</sup>.

Comme nous allons le démontrer dans les chapitres suivants, ces deux difficultés ne sont pas insurmontables. Il y a fondamentalement deux manières de prendre en compte les spécificités des GOA et de remédier à celles-ci. La première consiste à interpréter la norme de manière à ce que celle-ci prenne en compte le caractère non étatique du GOA. La seconde consiste à appliquer la norme en tant que telle à celui-ci, mais à accepter une certaine souplesse dans sa mise en œuvre. Il convient donc de distinguer le « noyau » des garanties imposées par le DIH, soit les garanties *absolues* dont les composantes doivent être respectées en toutes circonstances, et les garanties dont certaines composantes spécifiques peuvent connaître un certain degré de relativité et pourraient être *interprétées* de manière à inclure les spécificités des GOA ou *mises en œuvre* dans la mesure où les parties en ont la capacité<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> M. SASSOLI, « Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law », *op.cit.*, p. 15.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>206</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, pp. 74-76.

# Chapitre 1. La constitution et la nature des organes judiciaires de GOA

## Section 1. La constitution des organes judiciaires des GOA : Un tribunal « régulièrement constitué »

### §1. Problématique

L'article 3, §1, d) commun exige que le tribunal employé par les parties au CANI soit « régulièrement constitué ». L'article 6, §2 PA II, quant à lui, remplace cette expression par l'exigence d'un tribunal offrant « les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité ». Le PA II est censé « développer et compléter<sup>207</sup> » l'article 3 commun. La coexistence de ces deux régimes, lorsque le seuil d'applicabilité du PA II est atteint, ne semble pas à première vue poser de problèmes étant donné que les exigences de l'article 3 commun sont englobées par celles, plus étendues, du PA II. Toutefois, l'article 6, §2 PA II semble *a priori* plus souple que l'article 3, §1, d) commun<sup>208</sup>. Cet assouplissement du critère par le PA II est curieux<sup>209</sup>. Il est certes possible d'envisager que le terme même de « tribunal » implique que celui-ci soit régulièrement constitué, et que dès lors, l'emploi de ce terme par l'article 6 PA II implique tacitement la présence d'une telle caractéristique. L'historique de la rédaction du PA II va toutefois à l'encontre d'une telle interprétation. L'omission des termes « régulièrement constitué », et donc *a priori* l'assouplissement du critère relatif à la constitution du tribunal, sont intentionnels<sup>210</sup>. Il semblait en effet improbable à certains experts qu'un groupe armé soit en mesure de constituer régulièrement un tribunal<sup>211</sup>. Le caractère délibéré de cette omission est également renforcé par la présence de ce critère dans l'article 75, §1 du PA I, relatif aux garanties judiciaires lors d'un CAI<sup>212</sup>.

L'interprétation qu'il convient de donner à l'exigence d'un tribunal régulièrement constitué est incertaine. Il s'agit cependant d'une question cruciale, car d'elle dépend, en partie, la licéité des juridictions établies par le GOA au regard du DIH. Le débat relatif à l'interprétation de ce concept nébuleux s'articule autour de deux tendances principales. La première insiste sur la base légale de l'organe judiciaire et interprète « régulièrement constitué » par un renvoi strict au DIDH où cette

---

<sup>207</sup> Protocole II, art. 1, §1.

<sup>208</sup> J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 670.

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 671.

<sup>210</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §693.

<sup>211</sup> CICR, « Draft additional protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949 – Commentary », *op.cit.*, p. 142 (article 10, §1), disponible sur [www.loc.gov](http://www.loc.gov).

<sup>212</sup> Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op.cit.*, §4600.

expression équivaut à l'exigence d'un tribunal établi par le droit domestique. La seconde tendance appelle à une interprétation souple de ce critère et à la prise en compte des spécificités des GOA. Il en résulte deux possibles interprétations du critère : une première maintient l'accent sur la base légale mais interprète celle-ci comme pouvant être trouvée dans le « droit » du GOA, une seconde adopte une perspective totalement différente et, reconnaissant que la base légale des tribunaux créés par les GOA est incertaine, met l'accent sur le respect des garanties fondamentales d'indépendance et d'impartialité.

## **§2. Une interprétation stricte du critère axée sur la souveraineté de l'État : pour être régulièrement constitué le tribunal doit être établi par le droit étatique**

### **1. Fondement**

Traditionnellement, les termes « régulièrement constitué » sont interprétés en référence au DIDH comme exigeant que le tribunal soit établi par le droit étatique<sup>213</sup>. Une telle interprétation présente toutefois une faiblesse conceptuelle importante : les GOA sont des acteurs non étatiques. Elle a donc pour conséquence qu'en pratique seuls les États seront en mesure de mettre en place des tribunaux respectant l'article 3, §1, d) commun. En effet, comme nous l'avons vu, il est invraisemblable que les États autorisent les GOA à établir un système judiciaire parallèle<sup>214</sup>.

L'étude du CICR sur le DIH coutumier est ambiguë à cet égard. En effet, la Règle 100 exige « un procès équitable accordant toutes les garanties judiciaires essentielles » et ne mentionne nullement l'exigence d'un tribunal régulièrement constitué<sup>215</sup>. Toutefois, le commentaire de la Règle 100 mentionne cette exigence et considère qu'il s'agit d'un concept devant être interprété à la lumière du DIDH<sup>216</sup> (selon lequel un tribunal doit être « compétent » ou « établi par la loi »<sup>217</sup>). Il déclare ensuite qu'un tribunal est régulièrement constitué lorsqu'« il a été établi et organisé conformément aux lois et aux procédures déjà en vigueur dans un pays<sup>218</sup> ». Bien que les « lois et procédures déjà en vigueur dans un pays » pourraient éventuellement être celles adoptées par l'État et par le GOA,

---

<sup>213</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p.152; N. BHUTA, « Joint series in international law and armed conflict: fair trial guarantees in armed conflict », *EJIL: Talk!*; *op.cit.*; M. SASSOLI, « Taking armed groups seriously : ways to improve their compliance with international humanitarian law », *op.cit.*, p. 34.

<sup>214</sup> Comme nous l'avons dit dans la Partie II, cela n'est théoriquement pas *impossible*, mais en pratique très improbable. V. p. ex. L. NASRY, « Interview with Chief Justice Sarath N de Silva –LTTE has no judicial authority », *Sunday Times*, disponible sur [www.sundaytimes.lk](http://www.sundaytimes.lk) (Le juge de Silva déclare notamment, à propos des tribunaux du LTTE: « These courts are not consistent with our constitution and they cannot exist under our hierarchy »).

<sup>215</sup> J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I: Règles*, *op.cit.*, p. 467.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. xxxi.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 470.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 471.

plusieurs auteurs estiment qu'il est fait référence au droit domestique<sup>219</sup>. Une question touchant au statut des commentaires des règles coutumières de l'étude du CICR se pose donc. Ces commentaires sont-ils également censés refléter le DIH coutumier ? Selon un des auteurs de l'étude, «the study does not claim to have proven that each and every element of the commentaries themselves is part of customary law<sup>220</sup> ». Par ailleurs, J. Somer soulève que la définition fournie par le commentaire n'est pas appuyée par la mention d'une quelconque pratique des États ou *opinio juris* et semble plutôt refléter l'opinion des auteurs<sup>221</sup>. Quel qu'en soit le statut normatif, il faut relever que les commentaires accompagnant la Règle n° 100 ont été pris en compte (bien qu'interprétés de manière différente) par les deux seules juridictions domestiques ayant été confrontées à l'interprétation de l'article 3, §1, d) commun<sup>222</sup>. Nous allons maintenant analyser les conclusions de l'une d'entre elles.

Dans l'arrêt *Hamdan v. Rumsfeld*, après avoir qualifié le conflit avec Al-Qaida de CANI au sens de l'article 3, §1, d) commun, la Cour Suprême des États-Unis se pencha sur la signification des termes « régulièrement constitué ». Pour en déterminer le sens, la majorité eut recours à l'article 66 de la 4<sup>ème</sup> Convention de Genève (CG IV) et à la définition donnée par l'étude du CICR sur le DIH coutumier<sup>223</sup>. Le juge Alito, dans son opinion dissidente, déclara, quant à lui, interpréter ces termes comme exigeant que le tribunal « be appointed or established in accordance with the appointing country's domestic law<sup>224</sup> » et précisa « I am not aware of any international law standard regarding the way in which such court must be appointed, set up or established<sup>225</sup> ». S'il semble donc être favorable à ce que le DIH exige une base légale se trouvant dans le droit étatique, il est possible de supposer qu'il émit cette opinion en ayant à l'esprit la situation concrète à laquelle il était alors confronté, soit le respect de cette exigence par une juridiction mise en place par un État.

La conséquence d'une telle approche, pour le moins « rigide », est qu'à défaut d'une base légale dans le droit domestique, le GOA souhaitant respecter l'article 3, §1, d) commun n'aurait d'autre alternative qu'employer les tribunaux étatiques existants ou s'abstenir tout simplement de poursuivre et condamner des individus pour des infractions en lien avec le CANI. Nous avons déjà

---

<sup>219</sup> E. HEFFES, « Generating respect for international humanitarian law: the establishment of courts by organized non-state armed groups in light of the principle of equality of belligerents », *Y.I.H.L.*, 2015, p. 189; S. SIVAKUMARAN, *Law of non-international armed conflict, op.cit.*, p. 306.

<sup>220</sup> J.-M. HENCKAERTS, « Customary international humanitarian law: a response to US comments », *I.R.R.C.*, 2007, p. 484.

<sup>221</sup> J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 672.

<sup>222</sup> U.S. Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld, secretary of defense et al.*, 548 U.S. 557 (2006), 29 juin 2006, [www.supreme.justia.com](http://www.supreme.justia.com), Opinion of Stevens, J., p. 69; Stockholm Tingsrätt, affaire n° B 3787-16, Jugement, 16 février 2017, <https://casebook.icrc.org/case-study/swedensyria-can-armed-groups-issue-judgments>, §84.

<sup>223</sup> U.S. Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld, secretary of defense et al.*, 548 U.S. 557 (2006), 29 juin 2006, [www.supreme.justia.com](http://www.supreme.justia.com), Opinion of Stevens, J., p. 69.

<sup>224</sup> *Ibid.*, Dissenting opinion of Alito, J., p. 3.

<sup>225</sup> *Ibid.*, Dissenting opinion of Alito, J., p. 3.

abordé dans la partie II pourquoi la dernière alternative est peu réaliste et peu souhaitable au regard de l'obligation de punir qui incombe au commandement du groupe. Nous allons nous concentrer dans le point suivant sur la première alternative.

## 2. L'emploi par le GOA des juridictions étatiques ?

Il a été suggéré que, dès lors que le GOA serait dans l'incapacité d'établir lui-même ses propres juridictions au risque de violer le DIH, il pourrait avoir recours aux juridictions domestiques se trouvant sur le territoire sur lequel il exerce un contrôle<sup>226</sup>. Cette solution, bien que particulièrement intéressante lorsque le GOA dispose de capacités matérielles limitées, appelle toutefois à plusieurs remarques.

Premièrement, cette solution implique que l'État décide effectivement de maintenir en place ses juridictions sur le territoire se trouvant sous le contrôle du GOA. En pratique, cela est incertain. Par exemple, en Syrie, le gouvernement ferma la plupart des tribunaux tombés sous le contrôle des rebelles et détruisit les registres s'y trouvant dans le but d'entraver toute tentative de gouvernance par l'opposition<sup>227</sup>. Lors du conflit armé en Côte d'Ivoire en 2002, les tribunaux étatiques fermèrent également dans les zones aux mains des rebelles<sup>228</sup>. Il se pourrait toutefois que l'État soit tenu par le DIDH de maintenir son système judiciaire en place dans les zones tombées sous le contrôle du GOA<sup>229</sup>. En effet, lorsqu'il perd le contrôle effectif d'une partie de son territoire, un État reste tenu en vertu du DIDH par l'obligation positive de prendre les mesures qui sont en son pouvoir afin d'assurer le respect des droits de l'homme de la population se trouvant sur le territoire en question<sup>230</sup>. La jurisprudence de la CEDH va en ce sens<sup>231</sup> et, selon la doctrine, rien ne s'opposerait à ce que le Comité des droits de l'homme parvienne à une même conclusion au regard du PIDCP<sup>232</sup>. Cependant, il s'agit d'une obligation de moyen et sa portée reste à déterminer<sup>233</sup>. Selon certains auteurs, pour

---

<sup>226</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), §692; J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 657; L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 491.

<sup>227</sup> I.L.A.C., « Syria 2017 », ILAC Rule of law assessment project, 2017, p. 78.

<sup>228</sup> D. BALINT-KURTI, « Côte d'Ivoire's Forces Nouvelles », Africa program paper, Chatham House, 2007, p. 27.

<sup>229</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 491.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 491; K. FORTIN, *The accountability of armed groups under human rights law*, *op.cit.*, p. 164.

<sup>231</sup> V. not. Cour eur. D.H., arrêt Ilascu et autres c. Moldova et Russie du 8 juillet 2004, www.echr.coe.int., §331 (« Toutefois, même en l'absence de contrôle effectif sur la région transnistrienne, la Moldova demeure tenue, en vertu de l'article 1 de la Convention, par l'obligation positive de prendre les mesures qui sont en son pouvoir en conformité avec le droit international – qu'elles soient d'ordre diplomatique, économique, judiciaire ou autre – afin d'assurer dans le chef des requérants le respect des droits garantis par la Convention »).

<sup>232</sup> K. FORTIN, *op.cit.*, p. 164.

<sup>233</sup> V. not. Cour eur. D.H., arrêt Ilascu et autres c. Moldova et Russie du 8 juillet 2004, www.echr.coe.int., §332 (« Ces obligations ne doivent pas non plus être interprétées de manière à imposer un fardeau insupportable ou excessif »).

satisfaire cette obligation positive, les juridictions étatiques devraient à tout le moins connaître les litiges n'étant pas en lien avec le conflit armé<sup>234</sup>. Toutefois ce dernier point sort de notre sujet de recherche étant donné que l'administration de la justice relative à de tels litiges n'est pas régie par le DIH.

Deuxièmement, dans l'éventualité où l'État maintiendrait en place ses juridictions sur le territoire contrôlé par le GOA, il est incertain que le GOA accepte d'utiliser celles-ci pour des raisons politiques ou idéologiques. Toutefois, cela est possible<sup>235</sup>, et fut notamment le cas au Sri Lanka entre 1983 et 1987. Après que le nord-est du Sri Lanka soit tombé sous le contrôle du LTTE, l'État continua à assurer l'administration de la justice jusqu'à ce que le LTTE mette en place ses propres structures judiciaires<sup>236</sup>. Se pose également la question de la mesure dans laquelle il est raisonnable d'attendre d'un GOA qu'il tolère les structures judiciaires étatiques si celles-ci s'avèrent « corrompues et inefficaces<sup>237</sup> ».

Troisièmement, si l'État maintenait en place ses juridictions et si le GOA acceptait d'y recourir, une difficulté technique surgirait inévitablement. En effet, les juridictions étatiques sont en principe habilitées par la loi domestique les établissant à connaître des violations du droit pénal domestique. Dans quelle mesure leur serait-il possible de connaître de la violation des règles internes au GOA, voire des « lois » pénales adoptées par celui-ci ? Nous développerons dans un prochain chapitre la question du « droit » adopté par un GOA, mais nous pouvons déjà faire deux remarques à ce stade. D'une part, les juridictions étatiques ne seront pas compétentes pour connaître des violations d'un droit que l'État ne reconnaît pas. D'autre part, même si le GOA décide d'appliquer le droit étatique, celui-ci pourrait criminaliser le fait même de participer au GOA.

Le précédent constat amène à une quatrième remarque. Nous pouvons légitimement nous demander jusqu'à quel point un tribunal peut encore être considéré comme « régulièrement constitué » par le droit étatique lorsqu'un GOA décide d'interférer avec le fonctionnement ou la composition de celui-ci. Par exemple, en RDC, à tout le moins dans la période allant de 2002 à 2003, le MLC a maintenu en place le système judiciaire étatique sur le territoire sous son contrôle et a établi parallèlement un système judiciaire militaire<sup>238</sup>. Le secrétaire national du MLC à la justice nommait les juges siégeant dans les juridictions étatiques et ne sélectionnait que ceux supportant Jean-Pierre

---

<sup>234</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 491.

<sup>235</sup> V. également Human Rights Watch, « Democratic Republic of Congo: Eastern Congo ravaged: Killing civilians and silencing protest », 2000, disponible sur [www.hrw.org](http://www.hrw.org) (rapportant que « the RCD has taken over the existing judicial institutions and retained most of their personnel »).

<sup>236</sup> K. FORTIN, *The accountability of armed groups under human rights law*, *op.cit.*, p. 164.

<sup>237</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 491.

<sup>238</sup> C.P.I., Chambre de première instance III, *Situation en République centrafricaine (Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo)*, ICC-01/05-01/08, jugement, 21 mars 2016, [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int), §402.

Bemba et obéissant aux ordres de celui-ci<sup>239</sup>. S'il est douteux que ces juridictions respectent les garanties d'indépendance et d'impartialité, se pose toutefois la question de savoir si celles-ci pourraient néanmoins être considérées comme régulièrement constituées par le droit domestique. Le DIH ne donne aucune indication à cet égard. Nous nous sommes concentrés sur le terme « régulièrement », interprété ici comme renvoyant à la loi domestique, mais se pose également la question de la signification du terme « constitué ». Si nous nous basons sur la définition offerte par l'étude du CICR, cela ne semble pas être le cas. En effet, cette dernière déclare que pour être régulièrement constitué un tribunal doit être « établi et *organisé* conformément aux lois et aux procédures déjà en vigueur dans un pays<sup>240</sup> ». La même question se pose à l'égard de l'éventuel droit de faire appel prévu par le droit judiciaire domestique. Comme nous le verrons dans le chapitre 2, le DIH prévoit que lorsque la possibilité de faire appel existe, il est interdit de priver la personne condamnée d'y avoir recours<sup>241</sup>. Mais que faire si l'instance d'appel se trouve en dehors du territoire sous le contrôle du GOA ? Il serait irréaliste d'attendre de ce dernier qu'il transmette l'individu à celle-ci et, en outre, il ne pourrait modifier les compétences de la juridiction domestique pour lui donner la compétence de connaître également de certaines décisions en degré d'appel sans violer le DIH.

Pour finir, comme nous l'avons soutenu ci-dessus, cette alternative est particulièrement intéressante lorsque les GOA ne disposent pas des capacités matérielles leur permettant de mettre en place leur propre système judiciaire. Toutefois, la prise de contrôle des juridictions étatiques implique un certain contrôle territorial. Dès lors, les GOA qui ne contrôlent pas de territoire et *a priori* ceux qui disposent du moins de ressources logistiques leur permettant éventuellement de créer leurs propres organes judiciaires seraient justement ceux pour lesquels cette solution ne s'avèrerait pas viable.

En conclusion, tant qu'une conception stricte des termes « régulièrement constitué » est conservée, cette alternative ne peut être satisfaisante que dans un nombre limité de cas. En revanche, si une conception *souple* de ces termes est adoptée, elle a le potentiel d'offrir une solution intéressante aux GOA ne disposant pas des capacités requises pour établir un système judiciaire viable et disposant d'un certain contrôle territorial.

---

<sup>239</sup> *Ibid.*, §402.

<sup>240</sup> J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I: Règles*, *op.cit.*, p. 471.

<sup>241</sup> Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op.cit.*, §4611.

### §3. Une interprétation souple du critère prenant en compte les spécificités des GOA

#### 1. Principes directeurs

Le principe de l'égalité des belligérants implique une égalité des droits et des devoirs devant le DIH entre les parties à un conflit, et ce, en dépit d'une inégalité devant le droit domestique<sup>242</sup>. Ce principe repose notamment sur le postulat que si une des parties au conflit n'est pas tenue par certaines règles, l'autre partie, qui est liée par celles-ci, ne les respectera pas<sup>243</sup>. Cette égalité des droits et obligations devant le DIH ne se traduit toutefois pas par une égalité des statuts : elle n'implique pas la reconnaissance d'une quelconque légitimité au GOA participant au CANI<sup>244</sup>. Il pourrait être avancé que demander aux parties au conflit de constituer leurs organes judiciaires sur base du droit domestique nuirait à l'égalité des belligérants<sup>245</sup>. Il nous faut quelque peu nuancer ce propos. Les *droits et obligations* des parties au CANI sont formellement les mêmes : elles sont *obligées* de ne pas sanctionner une infraction pénale autrement que via un tribunal régulièrement constitué (et comme nous l'avons vu, le DIH ne reconnaît pas un *droit* aux parties de juger). La question n'est pas tant celle de l'égalité stricte des droits et obligations des parties que celle de *la capacité* des parties à respecter les obligations imposées par le DIH lorsqu'elles décident d'administrer la justice pénale. Les parties à un CANI ont en effet les mêmes obligations, mais pas la même capacité, l'une étant inévitablement une entité non étatique. Dès lors une conception plus souple du principe de l'égalité des belligérants, comme signifiant que les parties au conflit devraient avoir « la même opportunité de respecter le DIH <sup>246</sup>», serait mieux à même de justifier une interprétation des termes « régulièrement constitué » qui prendrait en compte la capacité des parties. Déjà en 1972, lorsque le Protocole II était encore au stade de projet, le fait que le respect de certaines obligations de l'article 3 commun dépendait des capacités des parties se faisait ressentir. James E. Bond appelait ainsi à une interprétation souple des termes « régulièrement constitué » car « guerillas, after all, are not apt to carry black robes and white wigs in their back packs <sup>247</sup> ». Par la suite, le PA II lui-même ne mentionna

---

<sup>242</sup> E. HEFFES, « Generating respect for international humanitarian law: the establishment of courts by organized non-state armed groups in light of the principle of equality of belligerents », *op.cit.*, p. 187.

<sup>243</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 97.

<sup>244</sup> Conventions de Genève, art. 3 commun; Protocole II, art. 3.

<sup>245</sup> E. HEFFES, « Generating respect for international humanitarian law: the establishment of courts by organized non-state armed groups in light of the principle of equality of belligerents », *op.cit.*, p. 192; M. KLAMBERG, « The legality of rebel courts during non-international armed conflicts », *op.cit.*, p. 2.

<sup>246</sup> M. SASSOLI, « *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello* – The separation between the legality of the use of force and humanitarian rules to be respected in warfare: crucial or outdated? », in *International law and armed conflict: exploring the faultlines* (sous la dir. de M. N. SCHMITT et J. PEJIC), Leiden, Nijhoff, 2007, p. 257.

<sup>247</sup> J. E. BOND, « Application of the law of war to internal conflicts », *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 1973, p. 372.

pas cette exigence, car selon certains experts, il était « peu vraisemblable qu'un tribunal puisse être « régulièrement constitué », au sens de la loi nationale, par la partie insurgée<sup>248</sup> ».

Deuxièmement, le principe d'effectivité, en vertu duquel doit être favorisée l'interprétation permettant au traité d'avoir les effets appropriés<sup>249</sup>, et le principe de la bonne foi, compris ici comme « une force de gravitation permanente cherchant à infléchir le texte vers les impératifs plus profonds qui découlent des finalités et de l'esprit qui le sous-tendent<sup>250</sup> », doivent être pris en considération<sup>251</sup>. Il est établi que l'article 3 commun s'applique également aux GOA et entend réglementer l'administration de la justice par ceux-ci<sup>252</sup>. Ce constat découle du principe de l'égalité des belligérants et du chapeau de l'article 3 commun qui s'adresse à « chacune des parties au conflit »<sup>253</sup>. Il serait contraire à ces deux principes de prévoir l'application d'une règle à un GOA si celui-ci n'est pas en mesure de la respecter *en pratique*<sup>254</sup>.

Différentes interprétations des termes « régulièrement constitué » ont donc été suggérées afin d'offrir la possibilité aux GOA d'établir leurs propres organes judiciaires en conformité avec le DIH. Il est possible de distinguer deux tendances principales. Selon la première, « régulièrement constitué » continuerait à être interprété par référence au DIDH comme signifiant « établi par la loi », mais la loi en question pourrait être celle du GOA. Selon la seconde tendance, il faudrait changer de perspective et mettre davantage l'accent sur les garanties judiciaires offertes par l'organe judiciaire. La différence fondamentale entre ces deux approches est que la première reconnaît le « droit » du GOA tandis que la seconde est silencieuse à cet égard, ménageant ainsi la sensibilité des États. Au-delà de cette différence, ces deux tendances se rejoignent largement. En effet, si le tribunal est régulièrement constitué lorsqu'il est établi par le droit du GOA, les garanties fondamentales qu'il devra respecter seront toujours cruciales. Inversement, si le tribunal est régulièrement constitué lorsqu'il est indépendant et impartial, rien n'empêche qu'il ait été créé par le « droit » du GOA, bien que celui-ci ne soit alors pas reconnu, et il se peut même que sa base légale soit justement un élément permettant d'évaluer la mesure dans laquelle il est indépendant et impartial (par exemple si elle prévoit

---

<sup>248</sup> Y. SANDOZ, CH. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op.cit.*, §4600; CICR, « Draft additional protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949 – Commentary », *op.cit.*, p. 142 (article 10, §1), disponible sur [www.loc.gov](http://www.loc.gov).

<sup>249</sup> R. KOLB, *The law of treaties: an introduction*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, p. 154.

<sup>250</sup> R. KOLB, « La bonne foi en droit international public (1) », *R.B.D.I.*, 1998, p. 713.

<sup>251</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 152.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 152; S. SIVAKUMARAN, « Courts of armed opposition groups: Fair trial or summary justice », *op.cit.*, p. 496.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 496.

<sup>254</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p.152. (Nous n'employons pas le terme « impossible » car, théoriquement, il n'est pas *absolument* impossible pour un GOA souhaitant sanctionner une infraction pénale de respecter l'article 3, §1, d) commun si celui-ci exige que le tribunal soit constitué par le droit domestique : il reste la probabilité presque nulle qu'un État autorise un GOA à créer des tribunaux ou que le GOA prenne le contrôle d'une juridiction étatique sans modifier le régime juridique de celle-ci).

l'inamovibilité des juges). Il s'agit fondamentalement de perspectives différentes, fondées sur un raisonnement qui leur est propre, mais qui mènent à un même résultat, la possibilité pour un GOA de créer son propre organe judiciaire de manière conforme au DIH, et qui sont guidées par un même objectif, la prise en compte des spécificités des GOA.

## 2. Une interprétation flexible de la base légale : un tribunal constitué par le « droit » du GOA

Pour une partie de la doctrine, « régulièrement constitué » doit continuer à être interprété par référence au DIDH comme impliquant l'existence d'une base légale. Toutefois, une interprétation fonctionnelle de cette base légale est nécessaire afin que, dans le cadre du DIH, il puisse s'agir du droit du GOA<sup>255</sup>. Déjà lors de la Conférence diplomatique de Genève de 1974-1977, certains États avaient reconnu la possibilité qu'un GOA établisse un organe judiciaire sur base de son droit. Ainsi, le représentant du Nigéria déclara que « rebels could certainly set up courts with a genuine legal basis <sup>256</sup> ». Il estimait en effet préférable de rajouter les termes « whose jurisdiction is based on a recognizable body of laws<sup>257</sup> » après le mot « court », afin de s'assurer qu'une telle base légale était bien établie, estimant que les GOA ayant une organisation suffisante pour se voir appliquer le PAII seraient en mesure de mettre en place un tel corps de règles<sup>258</sup>. S'il est vrai que cette déclaration a trait aux conflits d'intensité élevée au sens du PA II, nécessitant donc un niveau d'organisation plus élevé chez les GOA que l'article 3 commun, le nouveau commentaire du CICR sur l'article 3 commun envisage également la possibilité qu'un tribunal soit régulièrement constitué s'il est conforme aux « lois » d'un GOA dans le cas d'un CANI de basse intensité<sup>259</sup>.

S. Sivakumaran estime ainsi que, de manière générale, les références faites à la loi domestique dans le droit régissant les CANI devraient être comprises comme signifiant « la loi des parties », englobant donc également les « lois » adoptées par les GOA<sup>260</sup>. Il affirme qu'il devrait y avoir « a certain « shaping » of the norms<sup>261</sup> » afin de rendre les règles de DIH adaptées aux spécificités des GOA<sup>262</sup>. D'autres auteurs se basent sur une conception *large* du principe de l'égalité des belligérants

---

<sup>255</sup> V. not. E. HEFFES, « Generating respect for international humanitarian law: the establishment of courts by organized non-state armed groups in light of the principle of equality of belligerents », *op.cit.*, pp. 191-194; M. HAKIMI, « Fair trial guarantees in armed conflict », *op.cit.*; S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 303.

<sup>256</sup> Département fédéral des affaires étrangères, « Official records of the diplomatic conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts, Geneva (1974-1977) », Volume VIII, *op.cit.*, p. 360, §20 (Nigéria).

<sup>257</sup> *Ibid.*, p.360, §20 (Nigeria).

<sup>258</sup> *Ibid.*, p.360, §20 (Nigeria).

<sup>259</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §692.

<sup>260</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 306.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 76.

pour conclure que, si les États ont la possibilité de créer leurs tribunaux sur base de leur droit domestique, les GOA devraient de la même manière avoir la possibilité d'établir leurs organes judiciaires sur base de leur propre droit<sup>263</sup>.

Une telle approche a également l'avantage de refléter la pratique des GOA. En effet, ceux-ci sont nombreux à adopter des « lois » établissant leurs organes judiciaires<sup>264</sup>. Par exemple, le SPLM/A adopta plusieurs « lois » mettant en place des organes judiciaires « communs » (*The Judiciary Act*, 2003), mais également des cours martiales chargées de connaître des litiges ayant trait aux membres des forces armées (*The SPLA Act* de 2003, à son chapitre IX). Les dispositions relatives à ces dernières sont particulièrement détaillées et prévoient 3 sortes de cours martiales<sup>265</sup>, les autorités ayant le pouvoir de les convoquer<sup>266</sup>, leur composition<sup>267</sup> et leur compétence<sup>268</sup>. En RDC, Jean-Pierre Bemba adopta plusieurs décrets mettant en place un système de justice militaire. Il instaura notamment une cour martiale à Gbadolite pour connaître des crimes commis par les membres de l'Armée de libération du Congo (ALC)<sup>269</sup>. Cette cour martiale fut créée par un décret du MLC daté du 25 mars 2002 et signé par Bemba<sup>270</sup>.

### **3. Un changement de perspective : un tribunal respectant les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité**

Un second courant doctrinal considère que l'accent doit être mis sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal, plutôt que sur la manière dont le tribunal a été établi<sup>271</sup>. Pour certains, cela résulterait d'une disparition de l'exigence d'un tribunal régulièrement constitué dans le PA II<sup>272</sup>. Ainsi, « régulièrement constitué » et « indépendant et impartial » seraient deux concepts distincts et l'article 6 PA II contenant le second modifierait l'article 3, §1, d) commun pour remplacer le premier.

<sup>263</sup> E. HEFFES, « Generating respect for international humanitarian law: the establishment of courts by organized non-state armed groups in light of the principle of equality of belligerents », *op.cit.*, p. 192.

<sup>264</sup> V. not.: FMLN, « Principles, Norms and Measures ordered by FMLN in the course of the war »; FARC, « Reglamento de régimen disciplinario de las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia », art. 4, §3; SPLM-N, « Resolution No. (6) – 2013 », 2013, source inédite (mettant en place une « Human rights court »); NRA, « The national resistance army code of conduct », art.10.

<sup>265</sup> SPLM/A, « Laws of the new Sudan - The SPLA Act », 2003, art. 60.

<sup>266</sup> SPLM/A, « Laws of the new Sudan - The SPLA Act », 2003, art. 61, 62, 66, 1).

<sup>267</sup> SPLM/A, « Laws of the new Sudan - The SPLA Act », 2003, art. 64, 65, 66, 2).

<sup>268</sup> SPLM/A, « Laws of the new Sudan - The SPLA Act », 2003, art. 74, 75, 76.

<sup>269</sup> C.P.I., Chambre de première instance III, *Situation en République centrafricaine (Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo)*, ICC-01/05-01/08, jugement, 21 mars 2016, www.icc-cpi.int, §402.

<sup>270</sup> *Ibid.*, §402.

<sup>271</sup> A. CLAPHAM, « Detention by armed groups under international law », *op.cit.*, p. 11; C. RYNGAERT A. VAN DE MEULEBROUCKE, « Enhancing and enforcing compliance with international humanitarian law by non-state armed groups: an inquiry into some mechanisms », *op.cit.*, p. 470; D. FLECK, « Perspective on courts established by armed opposition groups », *op.cit.*, pp. 181-182; M. KLAMBERG, « The legality of rebel courts during non-international armed conflicts », *op.cit.*, p. 9.

<sup>272</sup> M. KLAMBERG, « The legality of rebel courts during non-international armed conflicts », *op.cit.*, p. 9.

Pour d'autres, cela s'expliquerait par une interprétation conciliatrice de ces deux concepts, « régulièrement constitué » devant être interprété comme signifiant « respectant les garanties d'indépendance et d'impartialité »<sup>273</sup>. Cette interprétation vaudrait non seulement pour les conflits armés de haute intensité, mais également pour ceux de basse intensité au sens de l'article 3 commun<sup>274</sup>. Ce changement d'approche repose principalement sur les développements juridiques ayant eu lieu après l'adoption de l'article 3 commun.

L'article 6 PA II n'emploie pas le terme « régulièrement constitué » mais exige que le tribunal offre les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité. Comme nous l'avons vu, cette formulation plus large fut adoptée en raison des craintes qu'un GOA ne puisse pas régulièrement constituer un tribunal au sens du droit étatique. Ainsi, certains auteurs vont jusqu'à dire que le PA II serait plus « réaliste » que l'article 3, §1, d) commun<sup>275</sup>. Cela laisserait penser que les États considéraient les garanties offertes au cours du procès plus importantes que la manière dont le tribunal le menant était constitué<sup>276</sup>. Une telle approche est renforcée par l'article 8(2)(c)(iv) du Statut de Rome et par l'étude du CICR sur le DIH coutumier<sup>277</sup>.

L'article 8(c)(iv) du Statut de Rome reprend les termes « régulièrement constitué » mais les Éléments des crimes définissent cette exigence comme signifiant un tribunal offrant les « garanties essentielles en matière d'indépendance et d'impartialité ». Cette définition a été influencée par les termes employés par l'article 6, §2 PA II<sup>278</sup>. Comme le soulève J. Somer, les Éléments des crimes sont particulièrement intéressants, car, ayant été rédigés par des parties au Statut de Rome, ils sont une expression de la position de plusieurs États<sup>279</sup>. Considérer que l'indépendance et l'impartialité sont les attributs essentiels d'un tribunal régulièrement constitué a l'avantage de ne pas soulever de manière directe la question de la base légale de celui-ci, mais équivaut toutefois à confondre la base légale d'un tribunal avec les garanties que celui-ci doit offrir<sup>280</sup>. La validité d'une telle assimilation peut être mise en doute par l'article 75, §4 du PAI qui, quant à lui, distingue l'exigence d'un tribunal

---

<sup>273</sup> D. FLECK, « Perspective on courts established by armed opposition groups », *op.cit.*, p. 182.

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>275</sup> M. SASSOLI, « Difficulties and opportunities to increase respect for IHL: specificities of the additional protocols », 40th round table on current issues of international humanitarian law: « The additional protocols 40 years later: new conflicts, new actors, new perspectives » International institute of humanitarian law, Sanremo, 7-9 septembre 2017, p. 3 (« complying with the requirement of having a court that is independent and impartial is far more realistic for an armed group »).

<sup>276</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 152.

<sup>277</sup> D. FLECK, « Perspective on courts established by armed opposition groups », *op.cit.*, p. 182.

<sup>278</sup> K. DÖRMANN, *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court – sources and commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 411.

<sup>279</sup> J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 674.

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 675.

régulièrement constitué et celle d'un tribunal impartial<sup>281</sup>. Précisons qu'un projet antérieur proposé par la Belgique ne réalisait pas une telle assimilation des deux catégories de critères et proposait qu'un crime de guerre soit commis quand « either no previous judgment was pronounced, or the previous judgment was not pronounced by a regularly constituted court or did not offer all the essential guarantees which are generally recognised as indispensable<sup>282</sup> ».

L'intitulé de la Règle 100 de l'étude du CICR sur le DIH coutumier, comme nous l'avons vu, exige « un procès équitable accordant toutes les garanties judiciaires essentielles », et n'exige nullement que le tribunal soit régulièrement constitué, contrairement à son commentaire.

Dans l'arrêt *Sakhanh*, actuellement la seule occasion où une juridiction domestique eut à se prononcer sur la question de la création d'organes judiciaires par un GOA, le tribunal de Stockholm adopta la position que nous venons de présenter. Il considéra qu'en l'espèce le droit applicable était l'article 3 commun<sup>283</sup>. Après avoir remarqué que, selon le commentaire de 1952 de l'article 3 commun, le champ d'application de l'article devrait être aussi large que possible, il examina les dispositions conventionnelles adoptées à la suite de celui-ci<sup>284</sup>. Au regard des articles 75 PA I, 6 PA II et 8(2)(c)(iv) du Statut de Rome lu à la lumière des Éléments des crimes, il constata que désormais l'accent était mis sur le respect des garanties fondamentales d'indépendance et d'impartialité et non plus sur la base légale du tribunal<sup>285</sup>. Se tournant vers le DIH coutumier, le tribunal mentionna ensuite la Règle 100 de l'étude du CICR et, contrairement à la Cour Suprême dans l'arrêt *Hamdan*, minimisa le renvoi au droit domestique fait par le commentaire de celle-ci en déclarant que la Règle 100, tout comme son commentaire, mettent l'accent sur les garanties d'indépendance et d'impartialité<sup>286</sup>.

#### 4. Un potentiel conflit avec le DIDH ?

Les GOA ne sont actuellement pas liés par le DIDH. Cependant, une partie de la doctrine estime qu'ils devraient l'être dans certaines situations<sup>287</sup>. Si nous postulons qu'ils le sont, risquerait-

---

<sup>281</sup> Protocole I, art. 75, §4 (« (...) si ce n'est en vertu d'un jugement préalable rendu par un tribunal *impartial* et *régulièrement constitué* (...) ») ; toutefois le commentaire du CICR sur ce paragraphe pourrait laisser penser que cette distinction avait pour but de mettre l'accent sur la garantie d'impartialité en temps de conflit armé, v. Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op.cit.*, §3084.

<sup>282</sup> J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 675.

<sup>283</sup> M. KLAMBERG, « The legality of rebel courts during non-international armed conflicts », *op.cit.*, p. 21.

<sup>284</sup> Stockholm Tingsrätt, affaire n° B 3787-16, Jugement, 16 février 2017, <https://casebook.icrc.org/case-study/swedensyria-can-armed-groups-issue-judgments>, §26.

<sup>285</sup> *Ibid.*, §27.

<sup>286</sup> *Ibid.*, §27.

<sup>287</sup> V. Partie I, Chapitre 2, Section 2, §2, 2.

il d'y avoir un conflit<sup>288</sup> entre les obligations des GOA découlant du DIH et celles découlant du DIDH lorsqu'ils décident de mettre en place un organe judiciaire ?

Les différents instruments de droits de l'homme exigent un tribunal « établi par la loi<sup>289</sup> » ou « compétent<sup>290</sup> ». De manière générale, ces termes sont compris comme exigeant que le tribunal soit établi par « une loi du parlement<sup>291</sup> ». Comme nous l'avons vu, le DIDH exige donc une base légale en droit domestique. Comme pour le DIH, plusieurs auteurs appellent à une interprétation fonctionnelle de cette exigence si elle devait être appliquée à des GOA<sup>292</sup>. Dans la pratique, une telle interprétation souple du critère fut réalisée à quelques occasions. Dans l'arrêt *Tadić*, la Chambre d'appel du TPIY estima que, lorsqu'appliquée à un tribunal international, cette exigence implique que celui-ci soit « créé conformément à la règle de droit<sup>293</sup> ». La Cour européenne des droits de l'homme eu, quant à elle, à se prononcer sur la capacité d'un organe judiciaire établi par un acteur non étatique à être « établi par la loi » au sens des articles 5<sup>294</sup> et 6 de la CEDH<sup>295</sup>. Dans les affaires *Ilaşcu et Mozer*, concernant les juridictions pénales de la *République moldave de Transnistrie* (RMT), la Cour déclara que « dans certaines circonstances, une juridiction appartenant au système judiciaire d'une entité non reconnue en droit international peut passer pour un tribunal « établi par la loi » à condition de faire partie d'un système judiciaire fonctionnant sur une base « constitutionnelle et juridique » reflétant une tradition judiciaire conforme à la Convention, et ce pour permettre à certains individus de bénéficier des garanties de la Convention<sup>296</sup> ». En l'espèce, ce n'était toutefois pas le cas. La Cour employa un critère similaire dans les affaires relatives à la République turque de Chypre

---

<sup>288</sup> Nous entendons ici la notion de « conflit de normes » dans un sens souple, et non dans un sens strict, soit lorsque « the application of the two norms leads to two opposite results » (M. MILANOVIC, « Norm conflicts, international humanitarian law and human rights law », in *Human rights and international humanitarian law* (sous la dir. de O. BEN-NAFTALI), Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 102).

<sup>289</sup> CADH, art. 8, §1; CEDH, art. 6; PIDCP, art. 14, §1;

<sup>290</sup> « Compétent » (CADH, art. 8, §1; CADHP, art. 7, §1, a); PIDCP, art. 14, §1) est généralement interprété comme signifiant « établi par la loi », v. L. DOSWALD-BECK, *Human rights in times of conflict and terrorism*, *op.cit.*, p. 332.

<sup>291</sup> Pour la CEDH, v. not. Cour eur. D.H., arrêt *Coëme et autres c. Belgique* du 22 juin 2000, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), §98; Division de la recherche et de la bibliothèque du Greffe (Conseil des droits de l'homme/Cour eur. D. H.), « Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme – Droit à un procès équitable (volet pénal) », 2014, p. 15, disponible sur [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); Pour le PIDCP, v. not. M. NOWAK, *UN Covenant on civil and political rights: CCPR commentary*, Kehl, Engel, 2005, p. 319.

<sup>292</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 156.; K. FORTIN, *The accountability of armed groups under human rights law*, *op.cit.*, p. 167.

<sup>293</sup> T.P.I.Y., Chambre d'appel, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, [www.icty.org](http://www.icty.org), §45 cité par J. SOMER, « Jungle justice : passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 666.

<sup>294</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Mozer c. République de Moldova et Russie* du 23 février 2016, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), §§ 122 et s. ; Cour eur. D.H., arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie* du 8 juillet 2004, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), §§ 445 et s.

<sup>295</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), §§228 et s.

<sup>296</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Mozer c. République de Moldova et Russie* du 23 février 2016, <http://www.echr.coe.int>, §141 ; Cour eur. D.H., arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* du 8 juillet 2004, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), §460 ; v. également J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law ? », *op.cit.*, p. 156.

du Nord (RTCN), notamment dans l'affaire *Chypre c. Turquie* qui concernait ici une juridiction civile de la RTCN<sup>297</sup>. En l'occurrence, elle parvint à la conclusion inverse : contrairement au système judiciaire de la RMT, fondé sur la tradition judiciaire soviétique prévalant avant l'adhésion de la Moldova au Conseil de l'Europe<sup>298</sup>, celui de la RTCN était fonctionnel et reflétait « la tradition judiciaire chypriote<sup>299</sup> ». Elle conclut qu'en l'espèce, il n'y avait pas violation de l'article 6 CEDH<sup>300</sup>.

Bien que la jurisprudence de la Cour relative au système judiciaire de ces entités non étatiques constitue un pas en avant, deux réserves doivent être faites. Premièrement, il convient de relever les différences fondamentales entre les situations auxquelles la Cour a eu affaire et les situations dont traite ce mémoire. La RMT et la RCTN sont des « régimes de facto consolidés<sup>301</sup> », contrôlés par d'autres États, en l'espèce la Russie et la Turquie. Ils disposent donc d'un niveau d'organisation et de ressources matérielles et logistiques supérieures à la plupart des GOA<sup>302</sup>. Deuxièmement, la Cour est un organe régional, et si sa jurisprudence peut être pertinente pour les CANI impliquant des États membres du Conseil de l'Europe, par exemple le CANI en Ukraine<sup>303</sup>, elle n'a pas une portée universelle.

Dans l'éventualité où un GOA serait lié tant par le DIDH que par le DIH, un potentiel conflit de normes pourrait donc surgir. Une solution serait donc d'interpréter la norme de DIDH à la lumière du DIH, qui serait alors la *lex specialis*, afin de modifier l'exigence d'un tribunal établi par la loi domestique. Si une telle interprétation conciliatrice n'est pas possible, le norme de DIH devrait alors prévaloir sur celle de DIDH<sup>304</sup>.

---

<sup>297</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), §237 (v. également §96 où la Cour déclare : « (...) l'obligation de ne pas tenir compte des actes des entités de fait est loin d'être absolue. La vie continue pour les habitants de la région concernée. Les autorités de fait, y compris leurs tribunaux, doivent rendre cette vie tolérable et la protéger et, dans l'intérêt même des habitants, les actes y relatifs émanant de ces autorités ne peuvent tout simplement pas être ignorés par les États tiers et par les institutions internationales, en particulier les juridictions, y compris la nôtre. Toute autre conclusion équivaldrait à dépouiller les habitants de la région de tous leurs droits (...) »).

<sup>298</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Mozer c. République de Moldova et Russie* du 23 février 2016, <http://www.echr.coe.int>, §148, 149, 150.

<sup>299</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), §237

<sup>300</sup> *Ibid.*, §240.

<sup>301</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 157.

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 157.

<sup>303</sup> Sur la question de la reconnaissance par la CEDH des juridictions mises en place par la République populaire de Donetsk (RPD) et la République populaire de Lougansk (RPL) en Ukraine, v. G. NURIDZHANIAN, « (Non-)Recognition of de facto regimes in case law of the European court of human rights : implications for cases involving Crimea and eastern Ukraine », *EJIL :talk !*, 9 octobre 2017, disponible sur <https://www.ejiltalk.org/non-recognition-of-de-facto-regimes-in-case-law-of-the-european-court-of-human-rights-implications-for-cases-involving-crimea-and-eastern-ukraine/>

<sup>304</sup> M. KLAMBERG, « The legality of rebel courts during non-international armed conflicts », *op.cit.*, p. 28.

## 5. La question des tribunaux « mobiles »

L'article 6 PA II a été élaboré avec la vocation de ne s'appliquer qu'aux GOA disposant d'un certain contrôle territorial et d'un degré d'organisation supérieur à celui requis pour l'application de l'article 3 commun. La doctrine est divisée sur la question de savoir s'il est possible pour un GOA d'administrer la justice de manière conforme au DIH sans disposer d'un contrôle territorial stable. Certains se montrent sceptiques à cet égard<sup>305</sup>. Ainsi, pour J. Somer, la relation entre PA II et le contrôle territorial exercé par un GOA ne doit pas être perdue de vue et il serait difficile de concevoir que des tribunaux « mobiles » puissent être régulièrement constitués<sup>306</sup>. En effet, il remarque qu'il pourrait y avoir une bonne raison justifiant que l'article 6 PA II ne mentionne pas l'exigence d'un « tribunal régulièrement constitué » : cette exigence, même interprétée de manière souple, pourrait impliquer que le tribunal du GOA ait un certain ancrage territorial (c'est-à-dire, d'un point de vue matériel, que le tribunal soit un bâtiment) et deviendrait donc « obsolète<sup>307</sup> » une fois que le GOA exerce un contrôle territorial<sup>308</sup>. Toutefois, en pratique, de telles juridictions « mobiles » existent<sup>309</sup>, bien qu'elles rencontrent davantage d'obstacles logistiques que les juridictions « fixes ». Il serait possible que des GOA ne disposant pas d'une assise territoriale stable mais possédant un niveau d'organisation suffisamment élevé soient capables de respecter les garanties du procès équitable<sup>310</sup>. Le respect des normes de DIH dépendra fortement du contexte<sup>311</sup>. Il nous semble donc qu'il ne faut pas écarter la possibilité que des juridictions mobiles puissent être conformes au DIH.

<sup>305</sup> J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 688; L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 488.

<sup>306</sup> J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 688.

<sup>307</sup> *Ibid.*, p. 688.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 688.

<sup>309</sup> P. ex., dans la province d'Helmand en Afghanistan, les Talibans opéraient ce qui était appelé des « *motorcycle courts* », soit plusieurs juges se déplaçant dans la province afin de régler certains litiges (F. LEDWIGE, *Rebel law: insurgents, courts and justice in modern conflict*, Londres, Hurst, 2017, p. 68); Le procès se déroulait généralement dans le salon d'une maison réquisitionnée à cette occasion (A. GIUSTOZZI, C. FRANCO, A. BACKZO, « Shadow justice : How the Taliban run their judiciary », Integrity Watch Afghanistan, 2012, p. 21, disponible sur [www.iwaweb.org](http://www.iwaweb.org)) ; Le tribunal militaire de la Kosovo Liberation Army (KLA) se déplaçait également de villages en villages, v. T.P.I.Y., Chambre de première instance II, *Le procureur c. Vlastimir Dordević*, IT-05-87/1-T, jugement, 23 février 2011, [www.icty.org](http://www.icty.org), §1574.

<sup>310</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, pp. 188, 309.

<sup>311</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p.310; Remarquons que cela dépendra notamment de la relation entre le GOA et la population. Par exemple, les Talibans ne disposaient pas d'un contrôle territorial stable lorsqu'ils opéraient leurs tribunaux mobiles dans certaines régions mais avaient le soutien d'un pan de la population ce qui facilitait l'administration de la justice à travers leurs tribunaux mobiles (les chefs de village avaient le numéro de portable des juges et les appelaient en cas de litige, une maison était mise à leur disposition pour la tenue du procès et ils disposaient d'un réseau qui leur permettait de trouver certains témoins et éléments de preuves).

## Section 2. La nature des organes judiciaires des GOA : un tribunal indépendant et impartial

### §1. Généralités

Le DIH exige que tout tribunal soit indépendant et impartial<sup>312</sup>. De manière générale, l'exigence d'indépendance et d'impartialité a pour but que la cause d'un individu soit décidée par une autorité neutre<sup>313</sup> et que l'issue du procès ne soit pas « prédéterminée<sup>314</sup> ». Ces deux éléments, qui trouvent leur origine dans le DIDH où ils sont considérés comme des droits absolus<sup>315</sup>, ont été largement développés par la jurisprudence des organes chargés de la protection des droits de l'homme. Nous rappelons donc notre remarque faite dans la partie I : en interprétant le DIH à la lumière du DIDH, une certaine souplesse est requise non seulement en raison des circonstances spécifiques dans lesquelles le DIH s'applique, soit un conflit armé, mais aussi en raison des acteurs auxquels le DIH des CANI a vocation à s'appliquer, c'est-à-dire des acteurs tant étatiques que non étatiques, les derniers n'ayant pas nécessairement une structure interne et des capacités matérielles similaire à celles des premiers<sup>316</sup>.

### §2. Un tribunal indépendant

L'exigence d'indépendance est d'ordre structurel et est intrinsèquement liée à la notion de séparation des pouvoirs. Selon le commentaire du CICR sur l'article 3 commun, pour être indépendant, un tribunal doit être « en mesure d'exercer ses fonctions indépendamment des autres pouvoirs, en particulier du pouvoir exécutif<sup>317</sup> ». La notion de « pouvoir exécutif » doit être comprise largement étant donné qu'un GOA ne dispose pas d'une structure similaire à celle d'un État où les 3 pouvoirs sont clairement identifiés et séparés<sup>318</sup>. S'appliquant à un GOA, cette exigence implique que le tribunal doit exercer ses fonctions indépendamment de la structure de commandement du groupe armé<sup>319</sup>. Tout GOA partie à un CANI dispose en effet d'une certaine organisation et d'un

<sup>312</sup> Conventions de Genève, art. 3 commun §1, d) et Protocole II, art. 6, §2.

<sup>313</sup> S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 46.

<sup>314</sup> D. WEISSBRODT, « International fair trial guarantees », in *the Oxford handbook of international law in armed conflict* (sous la dir. de A. CLAPHAM et P. GAETA), Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 421.

<sup>315</sup> Comité dr. h., « Observation générale n°32 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (Art.14) », doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, §19.

<sup>316</sup> V. not. L. ZEGVELD, *Accountability of armed opposition groups in international law*, *op.cit.*, p. 72.

<sup>317</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §680.

<sup>318</sup> D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, *op. cit.*, p. 212.

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. 212; M. SASSOLI, « Difficulties and opportunities to increase respect for IHL: specificities of the additional protocols », 40th round table on current issues of international humanitarian law: « The additional protocols 40 years later: new conflicts, new actors, new perspectives » International institute of humanitarian law, Sanremo, 7-9 septembre 2017, p. 4.

commandement responsable pouvant être identifié<sup>320</sup>. Les fonctions de l'organe judiciaire doivent donc être clairement distinguées de celles de la structure de commandement et cette dernière ne peut exercer aucun contrôle sur celui-ci. À cet égard, les contre-exemples sont malheureusement nombreux. Citons, entre autres, les procès en cour martiale du MLC. Il fut démontré qu'au cours de plusieurs d'entre eux les juges ne prenaient leur décision qu'après avoir obtenu l'autorisation de Jean-Pierre Bemba<sup>321</sup>. Toutefois, le fait que le tribunal soit indépendant de la structure de commandement du groupe armé n'implique pas qu'il ne doit y avoir aucun lien entre les deux<sup>322</sup>. Un tel lien est en effet inévitable afin que les décisions rendues par l'organe judiciaire soient exécutées<sup>323</sup>. Par ailleurs, le commentaire de l'article 3 précise que l'exigence d'indépendance n'interdit pas que des membres de l'exécutif, tels que des militaires, siègent au tribunal dès lors que des règles procédurales permettent d'assurer leur indépendance et impartialité<sup>324</sup>.

Le DIDH, employé ici comme instrument permettant d'éclairer le contenu du DIH, a identifié plusieurs facteurs permettant d'évaluer l'indépendance d'un tribunal<sup>325</sup>. Ces facteurs, élaborés pour s'appliquer à un système judiciaire étatique, ont une nature institutionnelle et ne peuvent être appliqués tels quels aux juridictions des GOA. La manière dont ils pourraient être « traduits », afin de prendre en compte les spécificités de celles-ci sans perdre de leur substance, est incertaine. Il ressort des rares informations relatives au fonctionnement des tribunaux mis en place par les GOA un panel très diversifié d'organes judiciaires rendant toute généralisation ardue. Bien qu'une appréciation au cas par cas de l'indépendance d'un tribunal soit nécessaire et sera *décisive*, nous pouvons tenter d'émettre quelques remarques générales à cet égard.

Les GOA semblent avoir développé différentes manières de nommer les juges siégeant au sein de leurs tribunaux. Ils seront souvent choisis directement par le commandement du GOA. Pour le DIDH, il est préférable que les magistrats ne soient pas nommés par l'exécutif (en l'occurrence, le

---

<sup>320</sup> V. Partie I, Chapitre 2, Section 1, §1, 1.

<sup>321</sup> C.P.I., Chambre de première instance III, *Situation en République centrafricaine (Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo)*, ICC-01/05-01/08, jugement, 21 mars 2016, [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int), §597; v. également, A. GIUSTOZZI, C. FRANCO, A. BACKZO, « Shadow justice : How the Taliban run their judiciary », *op.cit.*, pp. 14, 15 (dans le sud de l'Afghanistan, un contrôle considérable est exercé sur les juges des tribunaux des Talibans par une Commission provinciale militaire, structure dirigée par un membre appartenant au commandement des Talibans. Celle-ci a notamment le pouvoir d'empêcher un juge de rendre sa décision).

<sup>322</sup> M. SASSOLI, « Difficulties and opportunities to increase respect for IHL: specificities of the additional protocols », *op.cit.*, p. 4.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>324</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §680.

<sup>325</sup> Il s'agit de : « la procédure de nomination des juges, les qualifications qui leur sont demandées et leur inamovibilité jusqu'à l'âge obligatoire de départ à la retraite ou l'expiration de leur mandat, les conditions régissant l'avancement, les mutations, les suspensions et la cessation des fonctions, l'indépendance effective des juridictions de toute intervention politique de l'exécutif et du législatif et la protection contre les conflits d'intérêts et les actes d'intimidation » (L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 472).

commandement du GOA), mais cela ne constitue pas *en soi* une violation de la garantie d'indépendance<sup>326</sup>. Dans ce cas, il serait souhaitable que les magistrats soient nommés sur base de critères objectifs<sup>327</sup>. Des modes de sélection plus participatifs sont également envisageables. Il arrive que des GOA fassent appel à la participation de la population et organisent des élections afin de désigner les juges siégeant dans leurs tribunaux<sup>328</sup>. D'autres GOA ont, quant à eux, mis en place un organe « externe » au groupe afin de conseiller la nomination de certains juges<sup>329</sup>, voire de prendre lui-même la décision<sup>330</sup>. Ainsi, dans la région de Daraa, en Syrie, plusieurs groupes armés décidèrent de former ensemble un système judiciaire commun<sup>331</sup>. L'association du barreau de Daraa conclut un accord avec les groupes armés et put rejoindre le projet qui aboutit à la création de la « House of Justice »<sup>332</sup>. Celle-ci est chargée de litiges militaires, criminels et civils<sup>333</sup>. Un conseil judiciaire, composé à moitié d'avocats et à moitié de membres des groupes armés, fut mis en place afin de procéder à la nomination des juges<sup>334</sup>.

L'inamovibilité des juges est un élément important à prendre en compte afin d'apprécier l'indépendance d'un tribunal<sup>335</sup>. Elle permet aux juges d'exercer leur fonction sans craindre d'être révoqués pour ne pas avoir cédé face à des pressions extérieures. Cette garantie est d'ailleurs reprise par le commentaire du CICR sur l'article 3 commun<sup>336</sup>. Un juge devrait donc avoir un mandat d'une durée relativement longue<sup>337</sup> et ne devrait pouvoir être révoqué que pour « motifs graves, faute ou incompétence<sup>338</sup> ». Par exemple, serait contraire à l'indépendance du tribunal la révocation d'un juge avant la fin de son mandat sans motif<sup>339</sup>. Bien qu'un CANI ait en principe une nature temporaire et les GOA une structure volatile, il ne semble pas déraisonnable d'envisager qu'un GOA prenne de tels

<sup>326</sup> S. JOSEPH, J. SCHULTZ, M. CASTAN, *The international covenant on civil and political rights: cases, material and commentary*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 405.

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 405.

<sup>328</sup> Ce fut notamment le cas en Guinée-Bissau où le PAIGC demandait à la population d'élire les juges siégeant dans les tribunaux de village, v. N. KASFIR, « Rebel governance – Constructing a field of inquiry : definitions, scope, patterns, order, causes », in *Rebel governance in civil war* (sous la dir. de A. ARJONA, N. KASFIR, Z. MAMPILLY), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 35.

<sup>329</sup> Sur papier, le SPLM/A avait prévu la création d'un « High judicial council » chargé de conseiller son dirigeant, John Garang, en ce qui concerne la nomination et révocation des magistrats siégeant dans les juridictions externes créées par le groupe. Nous n'avons aucune information quant à la mise en oeuvre concrète de ce mécanisme, v. SPLM/A, « The high judicial council Act », 2003, article 6, a), i) et ii), disponible sur [www.gurtong.net](http://www.gurtong.net)

<sup>330</sup> I.L.A.C., « Syria 2017 », *op.cit.*, p. 87.

<sup>331</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>332</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>333</sup> M. SOSNOWSKI, « The syrian southern front: why it offers better justice and hope than northern front », *Syria comment*, 9 juillet 2015, disponible sur [www.joshualandis.com](http://www.joshualandis.com).

<sup>334</sup> I.L.A.C., « Syria 2017 », *op.cit.*, p. 87.

<sup>335</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 472.

<sup>336</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §680.

<sup>337</sup> M. NOWAK, *UN Covenant on civil and political rights: CCPR commentary*, *op.cit.*, p. 320.

<sup>338</sup> Comité dr. h., « Observation générale n°32 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (Art.14) », doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, §20.

<sup>339</sup> *Ibid.*, §20.

arrangements. Les États sont encouragés à adopter des lois consacrant, entre autres, la durée du mandat et les procédures et critères relatifs à la suspension et révocation des magistrats<sup>340</sup>. En ce qui concerne les GOA, nous avons déjà souligné qu'il est important de ne pas être trop formaliste. S'il est souhaitable que ceux-ci prévoient de tels éléments dans leurs « lois », principalement pour garantir une certaine transparence et pour dissuader une interférence abusive du commandement<sup>341</sup>, il doit être suffisant qu'un tel principe soit accepté et respecté dans les faits. L'essentiel est que les magistrats ne soient pas révoqués au gré du commandement du groupe.

Il est également important que les juges soient rémunérés de manière adéquate afin qu'ils ne soient pas tentés par la corruption<sup>342</sup>. Il est évident qu'il peut être difficile pour un GOA d'avoir les ressources matérielles permettant d'offrir une telle rémunération et qu'il est incertain que le financement de leur système judiciaire, y compris le salaire de leurs juges, soit une priorité. Toutefois, cela est envisageable. Ainsi, les juges exerçant dans les tribunaux créés par les Talibans recevaient un salaire de 250 \$ par mois, ce qui est considéré comme un salaire raisonnable en Afghanistan<sup>343</sup>.

Un formalisme excessif n'est donc pas souhaitable. L'essentiel est de veiller à ce que, dans les faits, les juges soient indépendants et le procès équitable. Le déficit de facteurs « structurels » permettant de garantir l'indépendance des juges pourrait également être pallié en mettant l'accent sur la transparence de la procédure, par exemple en rendant les procès publics ou, à tout le moins, en conviant des observateurs.

### §3. *Un tribunal impartial*

L'exigence d'impartialité a deux versants. Selon son versant *subjectif*, elle requiert que les magistrats composant le tribunal « ne doivent pas laisser des partis pris ou des préjugés personnels influencer leur jugement, ni nourrir des idées préconçues au sujet de l'affaire dont ils sont saisis, ni agir de manière à favoriser indûment les intérêts de l'une des parties au détriment de l'autre<sup>344</sup> ». Selon son versant *objectif*, le tribunal doit donner « une impression d'impartialité à un observateur raisonnable<sup>345</sup> »<sup>346</sup>. Par exemple, ne sera pas objectivement impartial un magistrat exerçant en

---

<sup>340</sup> *Ibid.*, §19.

<sup>341</sup> Remarquons toutefois que dans l'éventualité où un juge serait révoqué de manière contraire aux « lois » du GOA, il est improbable qu'il existe une instance interne au groupe exerçant un certain contrôle sur le commandement du GOA capable de rappeler ce dernier à l'ordre.

<sup>342</sup> S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, *op.cit.*, 2006, p. 55.

<sup>343</sup> F. LEDWIGE, *Rebel law: insurgents, courts and justice in modern conflict*, *op.cit.*, 2017, p. 69.

<sup>344</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §681.

<sup>345</sup> *Ibid.*, §681.

<sup>346</sup> Pour un exemple de la consécration *sur papier* de ce principe par le règlement interne d'un GOA, v. Émirat islamique d'Afghanistan, code de conduite (*Layha*), 2010, §48.

parallèle les fonctions de procureur<sup>347</sup>. Nous verrons dans le §4 que l'exigence d'impartialité objective est particulièrement mise à mal lorsque le GOA emploie un tribunal militaire.

Au cours d'un conflit armé, il est évident qu'il peut être difficile d'assurer le respect de l'exigence d'impartialité lorsque le tribunal constitué par une partie doit juger un membre de la partie adverse<sup>348</sup>. Certains auteurs proposent que dans une telle situation, et à condition que le membre de la partie adverse soit accusé de crime de guerre, le GOA tente d'abord de livrer l'individu à la juridiction d'un État n'étant pas impliqué dans le conflit, juridiction habilitée à exercer une compétence universelle et que, seulement en dernier recours, les juridictions du GOA puissent se charger du procès mais s'abstiennent de prononcer une condamnation à mort<sup>349</sup>.

#### §4. Deux problématiques ciblées

##### 1. Les tribunaux militaires

De nombreux GOA mettent en place des tribunaux « militaires », soit des tribunaux dont la majorité des membres relèvent de la branche militaire du GOA et sont donc directement ou indirectement, selon leur place dans la hiérarchie du groupe, soumis à l'autorité du commandement de celui-ci<sup>350</sup>. Si les articles 3, §1, d) commun et 6 PA II ne contiennent aucune indication à ce sujet, il est admis que les tribunaux militaires ne sont pas *en eux-mêmes* contraires aux exigences d'indépendance et d'impartialité consacrées par le DIH<sup>351</sup>. En pratique, ceux-ci seront amenés à juger les membres du GOA<sup>352</sup>, mais également, dans certaines situations, des civils.

Le DIH n'interdit pas les procès de civils devant des tribunaux militaires<sup>353</sup>. Toutefois, selon le commentaire du CICR sur l'article 3 commun, le jugement de civils devant ceux-ci devrait être

---

<sup>347</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p.473; pour une illustration du non-respect de ce principe par un GOA v. note de bas de page n° 445 dans ce travail; pour une illustration de la consécration *sur papier* de ce principe par le règlement interne d'un GOA, v. NRA, « National Resistance Army Statute », 1992, art. 78, disponible sur [www.theirwords.org](http://www.theirwords.org)

<sup>348</sup> M. KLAMBERG, « The legality of rebel courts during non-international armed conflicts », *op.cit.*, p. 19.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>350</sup> Nous basons cette définition, par analogie, sur la définition des tribunaux militaires étatiques donnée par P. Rowe: « a court, established by the national law of a State, whose membership includes one or more military members » (P. ROWE, *The impact of human rights law on armed forces*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 96); v. également D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, pp. 209-214.

<sup>351</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §§680, 682; J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I: Règles*, *op.cit.*, p. 472.

<sup>352</sup> P. ex., les cours martiales des FARC (v. FARC-EP, « Reglamento de régimen disciplinario de las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia », art. 4 cité par R. PROVOST, « Farc justice : rebel rule of law », 2017, p. 14 (source inédite)); également le tribunal militaire de la KLA (v. T.P.I.Y., Chambre de première instance II, *Le procureur c. Vlastimir Dordević*, IT-05-87/1-T, jugement, 23 février 2011, [www.icty.org](http://www.icty.org), §1574).

<sup>353</sup> N. BHUTA, « Joint series in international law and armed conflict: fair trial guarantees in armed conflict », *EJIL: Talk!*, *op.cit.*

« exceptionnel » et se dérouler dans un respect strict des garanties d'indépendance et d'impartialité<sup>354</sup>. Cette remarque semble être inspirée par le DIDH<sup>355</sup>. Il s'agit d'un point sur lequel le renvoi au DIDH pour interpréter le DIH doit être prudent et où la capacité des GOA doit être prise en compte. Selon le Comité des droits de l'homme, « exceptionnel » signifie « limité aux cas où (...) le recours à de tels tribunaux est nécessaire et justifié par des raisons objectives et sérieuses et où, relativement à la catégorie spécifique des personnes et des infractions en question, les tribunaux civils ordinaires ne sont pas en mesure d'entreprendre ces procès<sup>356</sup> ». Le DIDH a en effet vocation à s'appliquer à des États au sein desquels coexistent des juridictions « ordinaires », chargées de juger des civils, et des juridictions militaires, normalement chargées de connaître des litiges impliquant les forces armées. Une telle dynamique n'est pas nécessairement présente au sein du système judiciaire d'un GOA<sup>357</sup>. Bien que certains GOA possèdent un organe judiciaire externe à leur branche militaire pour juger des civils<sup>358</sup>, beaucoup ne disposent que d'une seule structure s'adressant tant aux civils qu'aux membres du groupe<sup>359</sup>. Il se peut qu'un GOA n'ait pas la capacité d'établir une structure judiciaire alternative pour connaître des litiges impliquant les civils<sup>360</sup>. Dès lors qu'il n'existe pas de tribunal « ordinaire » à la compétence duquel il pourrait être fait exception, l'exigence précédente n'aurait pas lieu de s'appliquer et il devrait être possible pour le GOA de juger des civils devant ses juridictions militaires sans que cela ne viole *en soi* l'exigence d'indépendance et d'impartialité. Inversement, si le GOA possède des juridictions externes, il est préférable qu'il traduise devant celles-ci les civils<sup>361</sup>. Il nous semble que si le DIH veut rester réaliste, il doit s'en tenir à une telle incorporation des standards de DIDH. Déduire de la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme une interdiction *absolue* de juger des civils devant des tribunaux militaires pour l'incorporer dans le DIH n'est pas souhaitable<sup>362</sup>. Cela dit, il est évident qu'assurer *effectivement* l'indépendance et l'impartialité<sup>363</sup> d'un tribunal militaire chargé de juger un civil accusé d'avoir commis une infraction contre le groupe constitue un véritable challenge pour tout GOA. Ainsi, la Mission d'observation des Nations Unies

<sup>354</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §682.

<sup>355</sup> *Ibid.*, §682, à sa note de bas de page n° 567 où il s'appuie sur le DIDH.

<sup>356</sup> Comité dr. h., « Observation générale n°32 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (Art.14) », doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, §22.

<sup>357</sup> D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, p. 211.

<sup>358</sup> P.ex.: SPLM/A, LTTE, PYD/YPG, Somaliland, NDFP, CPN-M, GAM.

<sup>359</sup> D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, p. 211.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>361</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>362</sup> J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I: Règles*, *op.cit.*, p. 473;

<sup>363</sup> Cela sera particulièrement le cas de l'exigence d'impartialité objective. En ce qui concerne le non-respect, au regard du DIDH, de l'exigence d'impartialité objective par des juridictions militaires étatiques amenées à juger des opposants au régime, v. not. Cour eur. D. H., arrêt Ergin c. Turquie du 4 mai 2006, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), §54 (relativement à un civil accusé d'infractions consistant en de la propagande contre le service militaire, la Cour déclara notamment « qu'il est compréhensible que le requérant (...) ait redouté de comparaître devant des juges appartenant à l'armée, laquelle peut être assimilée à une partie à la procédure »).

au Salvador (ONUSAL) critiqua le procès d'un civil accusé d'espionnage mené par le FMLN en 1991 et ce, entre autres, parce que le tribunal, constitué de membres du commandement local du FMLN, n'était pas indépendant et impartial en raison de « political differences with the accused<sup>364</sup> »<sup>365</sup>.

L'indépendance et l'impartialité (surtout *objective*) des tribunaux de GOA sont donc particulièrement mises à mal lorsque des membres du groupe y siègent. Afin de remédier à cette difficulté, certains GOA ont donc fait appel à des individus extérieurs à la branche militaire du groupe<sup>366</sup>. Il s'agira parfois de juges religieux, comme le fit, par exemple, le *Mouvement pour un Aceh libre* (GAM) en Indonésie. GAM avait mis en place un système de tribunaux chargés de connaître, dans un premier temps, d'affaires liées à la discipline de ses membres, et par la suite de litiges impliquant des civils en lien avec le CANI, notamment des civils collaborant avec les autorités indonésiennes<sup>367</sup>. Les procès y étant conduits n'étaient pas jugés neutres par la population et, afin de remédier à cela, GAM fit appel à des oulémas afin que ceux-ci exercent la fonction de juges au sein de leurs tribunaux<sup>368</sup>. Bien que GAM ait pris soin de choisir des juges lui étant favorables, il semble qu'il n'exerçait pas un contrôle absolu sur l'issue de chaque litige<sup>369</sup>. Le GOA pourrait également confier à un jury (dont les membres seraient choisis en dehors du groupe) la tâche de décider de l'innocence ou de la culpabilité de l'intéressé. Par exemple, en Inde, les naxalites ont créé des tribunaux populaires dans lesquels des représentants de la population sont chargés de superviser le procès et de décider du verdict<sup>370</sup>. Si ce jury est composé de civils, il y a bien sûr le risque que ceux-ci fassent l'objet de pressions de la part du GOA ou craignent d'être poursuivis par l'État (en particulier dans la situation où ils seraient amenés à juger un membre des forces armées étatiques). Pour finir, le GOA pourrait avoir recours à des juges ayant exercé dans les juridictions étatiques et n'étant pas affiliés au groupe. En Syrie, d'anciens juges du régime siègent dans les différents tribunaux créés par les GOA. Ce dernier point soulève la problématique de la formation des juges.

## 2. La formation des juges

À première vue, la question de la formation juridique des juges peut sembler être davantage une question de bon sens qu'une question de droit. Toutefois, une critique souvent adressée aux

---

<sup>364</sup> ONUSAL, « Third report of the ONUSAL mission », doc. ONU A/46/876, 19 février 1992, p. 29 reproduit dans T. FLORES ACUNA, *The United Nations mission in El Salvador: a humanitarian law perspective*, La Haye, Kluwer, 1995, p. 221.

<sup>365</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>366</sup> D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, p. 212.

<sup>367</sup> S. J. BARTER, « The rebel state in society: governance and accommodation in Aceh, Indonesia », in *Rebel governance in civil war* (sous la dir. de A. ARJONA, N. KASFIR, Z. MAMPILLY), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 234.

<sup>368</sup> *Ibid.*, p. 234.

<sup>369</sup> *Ibid.*, p. 234.

<sup>370</sup> D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, p. 214.

tribunaux des GOA est que les juges y siégeant ne sont pas compétents. Au regard de la pratique de ceux-ci, il est vrai que le constat est mitigé. Par exemple, de 1983 à 1994, le SPLM/A aurait compté moins de 20 juristes parmi ses membres<sup>371</sup>. Environ 500 juges exercent dans le système judiciaire mis en place par les Talibans<sup>372</sup>. Leurs qualifications varient : certains sont des érudits religieux (les maulawis), d'autres des hommes « *with a local reputation of fairness* »<sup>373</sup>. Les juges siégeant dans les tribunaux populaires du CPN-M ne recevraient, quant à eux, qu'une formation de quelques jours<sup>374</sup>. Un GOA se démarquant à cet égard est le LTTE. Il mit en place une faculté de droit et envoya même certains avocats en Australie ou en Inde pour qu'ils y reçoivent une formation complémentaire<sup>375</sup>.

D'un point de vue juridique, le DIH tant conventionnel que coutumier ne mentionne pas une telle exigence. Le DIDH, quant à lui, exigerait que les juges aient une formation juridique suffisante<sup>376</sup>. La question de l'impact du DIDH sur l'interprétation du DIH se pose donc. En effet, ONUSAL, dans sa critique des tribunaux du FMLN au regard de l'article 6 PA II, souleva que les juges y siégeant n'avaient pas de connaissances juridiques adéquates<sup>377</sup>. De même, dans l'arrêt *Sakhanh*, il semble que la juridiction suédoise ait octroyé un poids particulier à la qualification des juges en considérant que lorsque le tribunal d'un GOA est employé pour maintenir l'ordre, les juges y siégeant doivent avoir exercé une telle profession dans les juridictions étatiques avant le CANI<sup>378</sup>. Pour certains auteurs, il est « nécessaire »<sup>379</sup> que des juges possédant une formation juridique et de l'expérience pratique siègent aux tribunaux des GOA pour avoir un procès équitable au regard du DIH. Cela est vrai dans le sens où la formation juridique des juges est un élément important afin de garantir leur indépendance et impartialité et, de manière générale, pour assurer que les garanties

<sup>371</sup> Human Rights Watch, « Civilian devastation – Abuses by all parties in the war in Southern Sudan », *op.cit.*

<sup>372</sup> F. LEDWIGE, *Rebel law: insurgents, courts and justice in modern conflict*, *op.cit.*, p. 69.

<sup>373</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>374</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 551.

<sup>375</sup> Z. MAMPILLY, *Rebel rulers: insurgent governance and civilian life during war*, Ithaca, Cornell University Press, 2011, p. 118; v. également C. KAMALENDRAN, « The inside story of “Eelam Courts” », *Sunday Times*, disponible sur [www.sundaytimes.lk](http://www.sundaytimes.lk).

<sup>376</sup> L. DOSWALD-BECK, *Human rights in times of conflict and terrorism*, *op.cit.*, v. pp. 334-335 (cela est déduit du terme «compétent» employés par les traités de DIDH).

<sup>377</sup> Toutefois, précisons qu'ONUSAL apprécia les critères d'indépendance et d'impartialité requis par le PA II à la lumière des *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature* adoptés par l'Assemblée générale de l'ONU (dont le principe n° 10 requiert que les magistrats possèdent « une formation et des qualifications juridiques suffisantes ») et fut critiqué pour en emploi trop strict des standards du DIDH afin d'interpréter ceux du DIH, v. L. ZEGVELD, *Accountability of armed opposition groups in international law*, *op.cit.*, p. 72 ; ONUSAL, « Third report of the ONUSAL mission », doc. ONU A/46/876, 19 février 1992, p. 29 reproduit dans T. FLORES ACUNA, *The United Nations mission in El Salvador: a humanitarian law perspective*, *op.cit.*, p. 221.

<sup>378</sup> Stockholm Tingsrätt, affaire n° B 3787-16, Jugement, 16 février 2017, <https://casebook.icrc.org/case-study/swedensyria-can-armed-groups-issue-judgments>, §38.

<sup>379</sup> M. KLAMBERG, « The legality of rebel courts during non-international armed conflicts », *op.cit.*, p. 18.

procédurales soient respectées au cours du procès<sup>380</sup>. Toutefois il ne semble pas souhaitable de faire dépendre la licéité d'un procès conduit par le tribunal d'un GOA de la formation « officielle » de ses juges. S'il est bien sûr préférable que les juges siégeant dans les tribunaux de GOA soient des juges professionnels (ou aient une formation équivalente à celle de juges professionnels), il faut également prendre en compte le fait que certains GOA n'ont pas accès à des juges possédant de telles qualifications<sup>381</sup>. Par ailleurs, la maîtrise du droit pouvant raisonnablement être attendue du juge dépendra de l'infraction que celui-ci est amené à connaître. Juger d'une infraction purement interne au groupe ne requiert pas le même degré de connaissances juridiques que juger, par exemple, un crime international. À cet égard, il pourrait être envisagé que le tribunal du GOA ne juge pas les comportements consistant en des crimes de guerre comme tels, ce qui requiert une connaissance juridique approfondie, mais comme crimes « ordinaires »<sup>382</sup>.

## **Chapitre 2. Le fonctionnement des organes judiciaires de GOA et les garanties judiciaires à respecter**

### **Section 1. L'identification des garanties judiciaires à respecter**

Lors de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, certains délégués avaient suggéré l'adoption d'une liste des garanties judiciaires consacrées par l'article 3, §1, d) commun<sup>383</sup>. Le représentant des États-Unis exprima en effet la crainte qu'en raison du manque d'uniformité dans les garanties procédurales consacrées par le droit de chaque État, certaines garanties ne soient pas reconnues aux individus faisant l'objet d'un procès pénal au cours d'un CANI<sup>384</sup>. Cette idée fut abandonnée et il fut précisé que les garanties judiciaires devant être respectées au cours de tout procès relatif à des infractions en lien avec le CANI étaient celles « reconnues comme indispensables par les

---

<sup>380</sup> Une illustration des difficultés résultant de l'octroi du poste de juge à des personnes ne possédant pas la formation requise, mais dans un contexte de justice transitionnelle, sont les juridictions *gacaca* qui furent mises en place au Rwanda. Les juges y siégeant étaient choisis parmi la population et ne possédaient aucune qualification juridique si ce n'est une formation de quelques jours. V. not. Human Rights Watch, « Justice compromised: the legacy of Rwanda's community-based *Gacaca* courts », 2011, pp. 65-73, disponible sur [www.hrw.org](http://www.hrw.org).

<sup>381</sup> C. DROTT, « Syrian kurdish areas under the rule of law ? », *Carnegie Middle East Center*, 7 mai 2014, disponible sur [www.carnegie-mec.org](http://www.carnegie-mec.org) (par exemple, en ce qui concerne les juridictions du PYD, les autorités du PYD déclarent que le manque de juges est dû au fait que, sous l'ancien régime, peu de kurdes se voyaient octroyer un tel poste) ; J. SOMER, « Opening the floodgates, controlling the flow : Swedish court rules on the legal capacity of armed groups to establish courts », *EJIL : Talk !*, 10 mars 2017, disponible sur [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org); K. FORTIN, *The accountability of armed groups under human rights law, op.cit.*, p. 42 (qui rapporte que les Forces nouvelles en Côte d'Ivoire renoncèrent à administrer la justice sur le territoire sous leur contrôle précisément parce que tous les juges étaient partis au début du CANI).

<sup>382</sup> Selon D. Murray, en ce qui concerne les membres du GOA ayant violé le DIH, cela peut être suffisant pour satisfaire l'obligation de punir du supérieur hiérarchique, v. D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, p. 222.

<sup>383</sup> Département politique fédéral, « Final record of the diplomatic conference of Geneva of 1949 », Volume II, Section B, Berne, 1949, pp. 83-84 (États-Unis, France et Italie), disponible sur [www.loc.gov](http://www.loc.gov).

<sup>384</sup> *Ibid.*, p. 83 (États-Unis).

peuples civilisés<sup>385</sup> ». Pour certains, une telle formulation ouvrirait la porte à une interprétation évolutive de l'article 3, §1, d) commun<sup>386</sup>. Le commentaire du CICR affirme que ces termes doivent être interprétés aujourd'hui comme signifiant « généralement reconnu comme indispensables en droit international », formulation adoptée par les Éléments des crimes du Statut de Rome<sup>387</sup>. Dès lors, il existe trois manières de déterminer les garanties consacrées par l'article 3, §1, d) commun<sup>388</sup>. Premièrement, en se tournant vers les garanties judiciaires énumérées par l'article 6 PA II<sup>389</sup>. Celui-ci est en effet censé préciser l'article 3 commun et, par ailleurs, les garanties judiciaires qui y sont consacrées sont considérées comme appartenant au DIH coutumier<sup>390</sup>. La liste de l'article 6 PA II n'est toutefois pas exhaustive et consiste en un minimum<sup>391</sup>. Deuxièmement, en se tournant vers les garanties judiciaires consacrées par le droit des CAI, en particulier par l'article 75 PA I<sup>392</sup>. La Cour Suprême dans l'arrêt *Hamdan* et le tribunal de Stockholm dans l'arrêt *Sakhanh* y firent notamment référence<sup>393</sup>. En outre, même s'il était contesté que ces garanties<sup>394</sup> puissent être considérées comme étant « indispensables » au sens de l'article 3, §1, d) commun, elles relèvent du DIH coutumier<sup>395</sup>. Troisièmement, en faisant référence aux dispositions de DIDH relatives au droit à un procès équitable<sup>396</sup>. L'utilité principale du DIDH à ce niveau est qu'il permet de déterminer le contenu des garanties identifiées au moyen des deux instruments précédents. En effet les Protocoles additionnels se sont inspirés du PIDCP, parfois en reprenant les garanties telles quelles, parfois en exprimant le

<sup>385</sup> Conventions de Genève, article 3, §1, d).

<sup>386</sup> K. S. GALLANT, *The principle of legality in international and comparative criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 210.

<sup>387</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §683.

<sup>388</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 307.

<sup>389</sup> Les garanties y étant consacrées sont : l'obligation d'informer le prévenu sans délai de la nature et de la cause de l'infraction qui lui est imputée, l'exigence qu'un prévenu ait les droits et moyens nécessaires à sa défense, le principe de la responsabilité pénale individuelle, le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege* et l'interdiction d'infliger une peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise, le droit d'être présumé innocent, le droit d'être jugé en sa présence, le droit de ne pas être forcé à témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable et le droit d'être informé de ses droits de recours judiciaires, ainsi que des délais dans lesquels ils doivent être exercés. V. Protocole II, art. 6, §2, a) - f).

<sup>390</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §684; J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 676; S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 307; L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 474.

<sup>391</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §685.

<sup>392</sup> *Ibid.*, §§ 686-688; S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 307.

<sup>393</sup> U.S. Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld, secretary of defense et al.*, 548 U.S. 557 (2006), 29 juin 2006, [www.supreme.justia.com](http://www.supreme.justia.com), Opinion of Stevens, J., p. 70; Stockholm Tingsrätt, affaire n° B 3787-16, Jugement, 16 février 2017, <https://casebook.icrc.org/case-study/swedensyria-can-armed-groups-issue-judgments>, §34.

<sup>394</sup> Les garanties supplémentaires y étant consacrées sont : le droit de faire comparaître et d'interroger des témoins, le droit à ce que le jugement soit rendu publiquement et le principe *non bis in idem*. V. Protocole I, art. 75, §4, g), h), i).

<sup>395</sup> J. PEJIC, « The protective scope of common article 3: More than meets the eye », *op.cit.*, p. 93; J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I: Règles*, *op.cit.*, pp. 467-491.

<sup>396</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 473; S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 307.

principe de celles-ci de manière générale. Par ailleurs, nous avons vu que le DIDH peut être considéré comme la *lex specialis* en la matière car il contient des normes plus détaillées et permet donc de donner forme aux garanties consacrées de manière abstraite par le DIH. La Cour Suprême y fit notamment référence dans l'arrêt *Hamdan*<sup>397</sup>.

L'emploi de ces différents instruments doit toutefois se faire de manière réfléchie eu égard au contexte et aux acteurs pour lesquels ils ont été rédigés<sup>398</sup>. L'article 3, §1, d) commun ne s'applique pas toujours à des GOA disposant d'un contrôle territorial et d'un niveau d'organisation élevé. Il existe « an « intimate nexus » between the situations in which the international humanitarian law of non-international armed conflict applies and its normative content<sup>399</sup> » qui doit être préservé.

Nous allons donc aborder 3 différentes catégories de normes. Tout d'abord, les normes qui ne soulèvent aucune difficulté pratique ou juridique et qui donc doivent être respectées de manière absolue par le groupe. Ensuite, les normes ayant trait au droit pouvant être appliqué par le tribunal d'un GOA et qui soulèvent certaines difficultés juridiques car elles présupposent la capacité de légiférer (de manière reconnue). À cet égard, notre raisonnement sera dans la continuité des développements réalisés *supra*, lorsque nous étions confrontés à l'exigence d'un tribunal « régulièrement constitué »<sup>400</sup>. Nous tenterons de démontrer comment et dans quelle mesure le « droit » des GOA pourrait être pris en compte par le DIH. Il y a, enfin, les normes qui soulèvent des difficultés purement pratiques en raison des capacités logistiques plus réduites de certains GOA et du contexte de conflit armé. Une certaine souplesse dans la mise en œuvre de celles-ci est donc souhaitable. Le DIH ne ferme pas les yeux sur les difficultés pratiques qui pourraient surgir lors de la mise en œuvre de certaines de ses dispositions et prévoit explicitement que les obligations consacrées par celles-ci devront être respectées par les parties dans la mesure de ce qui est possible<sup>401</sup>. Cela n'est toutefois pas le cas des dispositions consacrant les garanties judiciaires. Le contenu de celles-ci étant considérablement influencé par le DIDH, nous examinerons la mesure dans laquelle elles pourraient connaître une certaine flexibilité en prenant en considération les restrictions et dérogations permises par le DIDH<sup>402</sup>. Il convient de préciser que notre propos n'est pas ici de prendre position. Nous nous contenterons de passer ces différentes exigences en revue et tenterons d'identifier dans quelle mesure elles pourraient connaître une certaine flexibilité dans leur mise en œuvre. Pour cela nous prendrons comme point de départ le DIH et passerons ensuite au crible les restrictions et dérogations permises

<sup>397</sup> U.S. Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld, secretary of defense et al.*, 548 U.S. 557 (2006), 29 juin 2006, [www.supreme.justia.com](http://www.supreme.justia.com), Opinion of Stevens, J., p. 71.

<sup>398</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict, op.cit.*, p. 308.

<sup>399</sup> *Ibid.*, pp. 66, 306.

<sup>400</sup> V. Partie III, Chapitre 1, Section 1, §3.

<sup>401</sup> V. not. Protocole II, art. 4, §3, b), art. 5, §2, art. 7, §2 et art. 8.

<sup>402</sup> M. SASSOLI, « The role of human rights and international humanitarian law in new types of armed conflict, *op.cit.*, 2011, p. 75 (qui suggère une telle approche); v. également Partie I, Chapitre 2, Section 2, §3.

par le DIDH, ainsi que la souplesse inhérente à certaines de ses normes, qui pourraient éventuellement servir de fondement à un renvoi réaliste du DIH vers le DIDH.

## Section 2. Les garanties judiciaires devant être respectées de manière absolue

Certaines garanties procédurales, d'une part, ne soulèvent *a priori* pas de difficultés pour les GOA et, d'autre part, sont essentielles à tel point qu'elles doivent être respectées dans tous les cas. Il s'agit de l'obligation d'informer le prévenu sans délai de la nature et de la cause de l'infraction qui lui est imputée, du principe de la responsabilité pénale individuelle, du droit à la présomption d'innocence, du droit à être jugé en sa présence et du droit à ne pas être forcé à témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable. Ces garanties sont consacrées par l'article 6 PA II<sup>403</sup> et 75 PA I<sup>404</sup>. Elles relèvent également du DIH coutumier<sup>405</sup>.

Le principe *non bis in idem* était inclus dans l'article 9, §3 projet du CICR de PA II selon lequel « *no one shall be liable to be prosecuted or punished for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted*<sup>406</sup> ». Néanmoins, lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977, les délégués manifestèrent une certaine réticence quant à son application au cours d'un CANI. Ils craignaient en effet que, en cas de condamnation d'un membre d'un GOA par le tribunal et éventuellement selon le droit de ce GOA, l'État ne puisse plus par après condamner l'individu selon son propre droit<sup>407</sup>. Le risque était que le tribunal du GOA condamne faiblement un individu ayant commis un crime grave afin d'empêcher toute poursuite subséquente par l'État pour le même fait<sup>408</sup>. Bien qu'un délégué ait proposé d'introduire les termes « *of the same Party to the conflict* » afin d'aligner le §3 sur la formulation de l'article 65, §3, b) du projet de PA I (l'actuel article 75, §4, h) PA I)<sup>409</sup>, le principe *non bis in idem* ne fut pas maintenu dans la version finale de l'article 6 PA II. Les craintes portaient donc plus sur le respect de ce principe par les juridictions étatiques que par les juridictions des GOA. Cela étant, le principe *non bis in idem* est consacré par l'article 75, §4, h) PA

<sup>403</sup> Protocole II, art. 6, §2, a), b), d), e) et f)

<sup>404</sup> Protocole I, art. 75, §4, a), b), d), e) et f)

<sup>405</sup> J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I: Règles, op.cit.*, pp. 473-476, 485-487, 490.

<sup>406</sup> CICR, « Draft additional protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949 – Commentary », Genève, 1973, p. 140 (article 9, §3), disponible sur [www.loc.gov](http://www.loc.gov).

<sup>407</sup> Département fédéral des affaires étrangères, « Official records of the diplomatic conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts, Geneva (1974-1977) », Volume VIII, *op.cit.*, pp. 354, §64 (Pakistan), 355, §69 (Irak).

<sup>408</sup> M. BOTHE, K. J. PARTSCH, W. A. SOLF, *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949* (2<sup>ème</sup> édition), *op. cit.*, p. 745.

<sup>409</sup> Département fédéral des affaires étrangères, « Official records of the diplomatic conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts, Geneva (1974-1977) », Volume VIII, *op.cit.*, p. 355, §71 (Italie).

I et est considéré comme appartenant au DIH coutumier<sup>410</sup>. Ce principe est donc applicable aux juridictions d'un GOA mais n'interdit que la poursuite ou la condamnation *par une même partie* pour une infraction ayant déjà fait l'objet d'un jugement définitif conformément au même droit et à la même procédure judiciaire<sup>411</sup>. Cela signifie donc que le tribunal d'un GOA ne peut pas juger un individu ayant déjà été condamné ou acquitté par la ou les juridiction(s) de ce GOA pour un même acte ou pour les mêmes motifs. Ce principe se trouve également consacré dans les réglementations internes et lois de plusieurs GOA<sup>412</sup>. Le fait qu'il soit limité aux doubles jugements ou doubles incriminations par les juridictions d'une même partie au conflit peut être problématique dans les situations où les juridictions de plusieurs parties adverses coexistent sur un même territoire ou lorsque le contrôle d'un territoire alterne entre celles-ci. Par exemple, dans l'est du Sri Lanka, où le contrôle territorial alternait entre le LTTE et le gouvernement, certains individus se tournaient vers les juridictions du LTTE lorsqu'ils n'étaient pas satisfaits des décisions prises par les juridictions étatiques<sup>413</sup>. La situation se complique lorsque différents groupes armés luttent contre un même adversaire et ont chacun établi leurs propres juridictions. Un examen de leurs relations sera alors nécessaire pour déterminer s'ils peuvent être considérés comme formant une seule entité et donc une seule partie au CANI<sup>414</sup>. Si cela est le cas, se posera la question de savoir si cela implique qu'ils soient également considérés comme une « même partie » au conflit pour l'application du principe *non bis in idem*. Et si la réponse est à nouveau positive, il faudra alors déterminer comment interpréter les termes « rendu conformément au même droit et à la même procédure judiciaire » lorsque les différents « sous-groupes » ont chacun adopté un droit et une procédure judiciaire leur étant propre. Par exemple, dans la région d'Idlib en Syrie, trois juridictions, administrées par différents GOA, coexistent<sup>415</sup>. Bien que deux de ces GOA, *Jaish al-Fatha* et *Ahrar al-Sham*, déclarent appartenir au troisième, *Jabhat al-Nusra*, ils disposent de juridictions indépendantes de celui-ci<sup>416</sup>. Ces différentes

---

<sup>410</sup> J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I : Règles*, *op.cit.*, pp. 490-491.

<sup>411</sup> *Ibid.*, pp. 490-491; CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §687.

<sup>412</sup> V. not. NRA, « National Resistance Army Statute », 1992, art. 9 ; SPLM/A, « Laws of the new Sudan - The SPLA Act », 2003, art. 68 (pour les procès en cour martiale); SPLM/A, «Laws of the new Sudan – The code of criminal procedure», 2003, art. 207 (pour les procès devant les juridictions pénales « ordinaires »); Émirat islamique d'Afghanistan, code de conduite (*Layha*), 2010, §63, reproduit et traduit en annexe à M. MUNIR, « The *Layha* for the *Mujahideen*: an analysis of the code of conduct for the Taliban fighters under islamic law », *I.R.R.C.*, 2011, p. 117 (mais concerne uniquement les jugements ayant été rendus lorsque les Talibans étaient au pouvoir de 1996 à 2001).

<sup>413</sup> Z. MAMPILLY, *Rebel rulers : insurgent governance and civilian life during war*, *op.cit.*, p.119; v. également F. LEDWIGE, *Rebel law: insurgents, courts and justice in modern conflict*, *op.cit.*, pp. 59 et 181 (note de bas de page n° 53) où il est fait mention d'un fonctionnaire acquitté pour corruption par les juridictions domestiques aux Philippines et ensuite poursuivi devant les juridictions du CPP/NPA.

<sup>414</sup> A ce sujet, v. T. RODENHÄUSER, « Armed groups, rebel coalitions and transnational groups: the degree of organization required from non-State armed groups to become party to a non-international armed conflict », *Y.I.H.L.*, 2017, pp. 17-19.

<sup>415</sup> I.L.A.C., « Syria 2017 », *op.cit.*, p. 91.

<sup>416</sup> *Ibid.*, p. 91.

juridictions ont toutefois conclu un accord pour ne pas connaître d'affaires ayant déjà été jugées par une d'elles<sup>417</sup>.

### **Section 3. Le droit applicable par le tribunal du GOA**

#### **§1. La problématique**

Il est fait deux fois référence à la loi dans l'article 6 PA II. Premièrement, son sous-paragraphe §2, c) relatif au principe *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* mentionne « le droit national ou international », dans sa version française, et « law », dans sa version anglaise. Deuxièmement, son sous-paragraphe §2, d), relatif à la présomption d'innocence, fait mention d'une culpabilité « légalement » établie. Dès lors se pose la question du droit que peut appliquer le tribunal d'un GOA, et plus spécifiquement la question de déterminer si le GOA peut adopter des lois différentes des lois étatiques.

#### **§2. Le droit des GOA**

##### **1. La prise en compte par le DIH du droit des GOA**

Il existe deux positions en ce qui concerne la prise en compte du droit adopté par des GOA au cours d'un CANI. La première adopte une approche restrictive et estime que le PA II ne renvoie qu'au droit étatique (et international en ce qui concerne l'article 6, §2, c))<sup>418</sup>. La seconde adopte une approche plus souple et considère que le droit du GOA peut également être pris en compte<sup>419</sup>. Aussi bien l'article 6, §2, d) que 6, §2, c) ont été inspirés par les articles 14, §2 et 15 PIDCP, ce dernier étant indérogeable<sup>420</sup>. Par conséquent, une question similaire à celle s'étant posée lorsque nous étions confrontés à la question de la base légale des tribunaux des GOA surgit. Faut-il faire un renvoi strict au DIDH et donc considérer que le terme « droit » renvoie au droit étatique (et international en ce qui concerne l'article 6, §2, c)) ? Les débats tenus lors de la rédaction du PA II ainsi que la pratique subséquente de *certaines* États et organes internationaux semblent aller à l'encontre d'une telle interprétation restrictive.

---

<sup>417</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>418</sup> L. ZEGVELD, *Accountability of armed opposition groups in international law*, *op.cit.*, p. 187 (par rapport au §2, c) et d)); M. KLAMBERG, « The legality of rebel courts during non-international armed conflicts », *op.cit.*, p. 19 (par rapport au §2, c)).

<sup>419</sup> M. BOTHE, K. J. PARTSCH, W. A. SOLF, *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, pp. 745-746; S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, pp. 561-562.

<sup>420</sup> L. ZEGVELD, *Accountability of armed opposition groups in international law*, *op.cit.*, p. 70.

Lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977, la question de la portée du principe de légalité au cours des CANI fit débat. La formulation de l'article 6, §2, c) est en effet inspirée de l'article 15, §1 PIDCP, qui mentionne expressément « le droit national ou international », dans sa version française, et « national or international law » dans sa version anglaise<sup>421</sup>. Si le projet initial du CICR n'employait que le terme « law », des projets subséquents faisaient quant à eux référence à « national or international law »<sup>422</sup>. Plusieurs délégués critiquèrent cette seconde formulation la trouvant ambiguë ou vague dans le contexte d'un CANI, certains allant même jusqu'à menacer de rejeter le sous-paragraphe si elle était maintenue<sup>423</sup>. Par exemple, le délégué de l'Argentine considérait peu probable qu'un État accepte de « recognize the ideas of rebels as « national law »<sup>424</sup> ». Les délégués craignaient que ce terme ne soit pas assez large pour couvrir le droit des GOA<sup>425</sup>. Les termes « national or international » furent par la suite supprimés<sup>426</sup>. La version finale, adoptée sans discussion, ne mentionnait que le terme « law »<sup>427</sup>. Si pour certains auteurs, la suppression des qualificatifs « national or international » est favorable à une interprétation large du terme « law » qui pourrait inclure le droit des GOA<sup>428</sup>, la version française de l'article 6, §2, c) fait hésiter. Celle-ci mentionne en effet le « droit national ou international » et semble donc reprendre *expressis verbis* les termes de l'article 15, §1 PIDCP<sup>429</sup>. Le texte du PA II a, entre autres, été authentifié en anglais et en français et fait donc foi en chacune de ces langues, étant donné que les parties n'ont pas convenu qu'en cas de divergence un texte déterminé l'emportera<sup>430</sup>. Selon le §3 de l'article 33 CVDT « les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques ». En l'espèce cette présomption de compatibilité est mise à mal, les États lors de la conférence des parties ayant spécifiquement critiqué les termes « national or international » : si le terme « law » est assez large pour recouvrir le « droit national ou international », a priori il l'est également assez pour aller au-delà et pour recouvrir le droit des GOA. *A contrario*, le « droit national ou international » semble a priori être plus restrictif, comme l'avaient souligné les parties à la conférence, et ne pas couvrir le droit des

<sup>421</sup> J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 678.

<sup>422</sup> *Ibid.*, p. 678.

<sup>423</sup> *Ibid.*, p. 678.

<sup>424</sup> Département fédéral des affaires étrangères, « Official records of the diplomatic conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts, Geneva (1974-1977) », Volume IX, Berne, 1978, p. 314, §54 (Argentine), disponible sur [www.loc.gov](http://www.loc.gov).

<sup>425</sup> S. SIVAKUMARAN, « Courts of armed opposition groups: fair trial or summary justice? », *op.cit.*, p. 508.

<sup>426</sup> J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 678.

<sup>427</sup> M. BOTHE, K. J. PARTSCH, W. A. SOLF, *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949* (2<sup>ème</sup> édition), *op. cit.*, p. 747.

<sup>428</sup> *Ibid.*, p. 747 ; S. SIVAKUMARAN, « Courts of armed opposition groups: fair trial or summary justice? », *op.cit.*, p. 508.

<sup>429</sup> Précisons que l'intitulé de la Règle 101 de l'étude du CICR sur le DIH coutumier emploie également les termes « *droit national ou international* » dans sa version française (et dans sa version anglaise « *national or international law* »). Dans le cadre des CAI, cela est également le cas de l'article 75, §4, c) PA I.

<sup>430</sup> Protocole II, art. 28.

GOA. Une analyse plus poussée est requise. Le CICR, en effet, adopte la position contraire et déclare, dans le commentaire de l'article 6 PA II, à propos de l'expression « droit national », que l'intérêt du prévenu et la bonne foi exigent d'interpréter ces termes au regard du projet initial du CICR selon lequel « nul ne peut être condamné pour un acte ou une omission contraire à un devoir d'agir qui ne constituaient pas une infraction au moment où il a eu lieu<sup>431</sup> »<sup>432</sup>. La version française du commentaire déclare aussi que « la coexistence possible de la législation nationale *de l'État* avec une législation « *insurgée* » rend complexe la notion de *droit national* dans ce contexte<sup>433</sup> ». Il semble donc que le CICR distingue la notion de « droit national » de celle de « droit national de l'État » qui en constituerait une sous-catégorie. Cela peut laisser supposer que la « législation insurgée » pourrait elle aussi constituer une sous-catégorie du « droit national », contrairement à ce que craignaient les délégués lors de la Conférence diplomatique. Ceci est confirmé par la version anglaise du commentaire<sup>434</sup>. En conclusion, le terme « droit national » couvrirait les différents ordres juridiques coexistant sur le territoire d'un État<sup>435</sup>. Intéprétés de cette manière, les termes « droit national » et « law » seraient substantiellement comparables et auraient tous les deux le potentiel de couvrir le droit des GOA. La différence linguistique entre le texte anglais et français ne fermerait *a priori* pas la porte à la législation d'un GOA. Dans la suite de notre raisonnement nous emploierons le mot « droit » et tenterons de déterminer si celui-ci couvre *effectivement* le droit des GOA.

De manière générale, les craintes exprimées ci-dessus par rapport à l'emploi par l'article 6, §2, c) PA II du terme « national law », ainsi que celles relatives à l'application du principe *non bis in idem*, démontrent que, lors de la rédaction de l'article 6 PA II, les États considéraient possible la coexistence du droit de l'État avec le droit d'un GOA<sup>436</sup>. Comme le soulèvent certains auteurs, l'article 6 PA II présuppose soit que le droit étatique reste applicable sur le territoire tombé sous le contrôle du GOA, soit que le GOA ait adopté des lois respectant les garanties du DIH qui se sont substituées au droit étatique<sup>437</sup>.

<sup>431</sup> CICR, « Draft additional protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949 – Commentary », *op.cit.*, p. 140 (article 9, §4), disponible sur [www.loc.gov](http://www.loc.gov).

<sup>432</sup> Y. SANDOZ, CH. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op.cit.*, §4606.

<sup>433</sup> *Ibid.*, §4605.

<sup>434</sup> Celle-ci fait preuve de moins d'ambiguïté et reconnaît la coexistence possible de « two sorts of national legislation, namely that of the State and that of the insurgents », v. Y. SANDOZ, CH. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, *op.cit.*, §4605.

<sup>435</sup> Le dictionnaire Larousse définit par ailleurs l'adjectif « national » comme signifiant « qui intéresse le pays tout entier, par opposition à régional, local » ([www.Larousse.fr](http://www.Larousse.fr)).

<sup>436</sup> Département fédéral des affaires étrangères, « Official records of the diplomatic conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts, Geneva (1974-1977) », Volume VIII, *op.cit.*, pp. 355, §69 (Iraq), 352, §52 (Iraq), 360, §20 (Nigeria).

<sup>437</sup> M. BOTHE, K. J. PARTSCH, W. A. SOLF, *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949* (2<sup>ème</sup> édition), *op. cit.*, pp. 745-746.

Les États se montrent généralement réticents à reconnaître la capacité des GOA à produire du « droit »<sup>438</sup>. Certains envisagent toutefois cette possibilité. Ainsi, le Royaume-Uni, dans son *Manual of the law of armed conflict*, déclare que le terme « droit » employé par l'article 6, §2, c) PAII est assez large pour couvrir le droit des GOA<sup>439</sup>. De même, lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977, l'URSS et la Hongrie auraient exprimé leur reconnaissance du « droit » des GOA<sup>440</sup>.

La pratique de certains acteurs internationaux va également en ce sens. En effet, ONUSAL passa en revue les *Principles, Norms and Measures Ordered by FMLN in the Course of War*, le document adopté par le FMLN reprenant les normes de droit pénal appliquées par ses tribunaux<sup>441</sup>. Pour plusieurs auteurs, le fait qu'ONUSAL n'ait pas rejeté le droit du FMLN en tant que tel mais ait pris en considération celui-ci et évalué la mesure dans laquelle il était conforme aux normes de DIH applicables (notamment l'article 6, §2, c), PA II) pourrait démontrer une reconnaissance implicite de la capacité du FMLN à adopter des lois au sens du DIH<sup>442</sup>. Par ailleurs, Philip Alston, lorsqu'il était rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, analysa dans son rapport sur sa mission aux Philippines les différents documents constituant le droit du CPP/NPA/NDF<sup>443</sup>. Bien qu'il conclut que ceux-ci ne pouvaient en aucun cas être considérés comme un code pénal, ce ne l'était pas parce qu'ils étaient adoptés par un GOA en soi mais parce qu'ils ne respectaient pas les standards du DIH<sup>444</sup>.

En conclusion, il conviendrait donc de se concentrer davantage sur le contenu matériel du droit du GOA que sur sa forme<sup>445</sup>. Ainsi, dans un autre contexte, il a été suggéré que les GOA pourraient prévoir les motifs d'internement dans leurs lois pour autant que celles-ci « soient suffisamment claires et reflètent une décision collective<sup>446</sup> ».

## 2. Conséquences et éventuelles limites

Dès lors qu'il est admis que l'application par les tribunaux du GOA du droit adopté par celui-ci ne viole pas automatiquement le DIH, se pose la question des éventuelles limites qui pourraient

---

<sup>438</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 507.

<sup>439</sup> The Joint service manual of the law of armed conflict (Royaume-Uni), JSP 383, 2004, p. 404, §15.42 (note de bas de page n° 94).

<sup>440</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 561.

<sup>441</sup> ONUSAL, « Third report of the ONUSAL mission », doc. ONU A/46/876, 19 février 1992, p. 29 reproduit dans T. FLORES ACUNA, *The United Nations mission in El Salvador: a humanitarian law perspective*, *op.cit.*, p. 221.

<sup>442</sup> *Ibid.*, p. 70; S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 561.

<sup>443</sup> Philip Alston (Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires), *Mission aux Philippines*, Rapport, doc. ONU 1/HRC/8/3/Add.2, 16 avril 2008, §32, disponible sur [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>444</sup> *Ibid.*, §32.

<sup>445</sup> Par analogie avec la problématique de l'internement lors d'un CANI, E. DEBUF, *Captured in war : lawful internment in armed conflict*, Oxford, Hart, 2013, p. 485.

<sup>446</sup> Par analogie avec la problématique de l'internement lors d'un CANI : L. HILL-CAWTHORNE, *Detention in non-international armed conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 238.

être mises à la faculté qu'auraient ceux-ci d'appliquer leur propre droit. Il est compréhensible que l'idée que le DIH ouvre la porte à la prise en compte du droit des GOA soulève plusieurs inquiétudes. Nous allons voir que plusieurs de celles-ci peuvent toutefois être apaisées car le DIH contient plusieurs limites encadrant cette reconnaissance.

### 2.1. *Les GOA ne pourront pas mettre en œuvre une norme contraire au DIH*

Premièrement, une crainte raisonnable face au droit pénal, tant *matériel* que *procédural*, des GOA est que celui-ci viole le DIH. Par exemple le GOA pourrait prévoir une procédure n'offrant pas à l'accusé toutes les garanties judiciaires consacrées par le DIH<sup>447</sup> ou des sanctions contraires au principe de traitement humain. Cette crainte est bien sûr fondée<sup>448</sup>. Si le DIH ne fournit pas explicitement d'indications sur le droit que les GOA pourraient éventuellement *adopter*, il est évident que les membres d'un GOA ne peuvent pas *mettre en œuvre* de normes contraires au DIH. Si cela était le cas, ils risqueraient de voir leur responsabilité pénale engagée pour crime de guerre, par exemple sur base de l'article 8 (2)(c)(i) du Statut de Rome<sup>449</sup>. Une considération de politique générale peut être soulevée : il est également envisageable qu'un GOA adopte des lois plus respectueuses du droit international que celles de l'État<sup>450</sup>. Par exemple, un GOA pourrait être plus strict que l'État dans la criminalisation des violences sexuelles contre les femmes ou les hommes<sup>451</sup> ou abolir la peine de mort<sup>452</sup>. De même, il ne semble pas raisonnable de demander à un GOA dont les membres

---

<sup>447</sup> E. HEFFES, « Generating respect for international humanitarian law: the establishment of courts by organized non-state armed groups in light of the principle of equality of belligerents », *op.cit.*, p. 195.

<sup>448</sup> V. not. Émirat islamique d'Afghanistan, code de conduite (*Layha*), 2010, §11 (reproduit et traduit par S. SIVAKUMARAN, « Les engagements pris par les groupes armés et les enseignements à en tirer pour le droit des conflits armés : définition des cibles légitimes et prisonniers de guerre », *I.R.R.C.*, 2011, p. 174) qui prévoit que « Dans le cas de capture d'entrepreneurs assurant le transport ou la fourniture de combustible (...) aux infidèles et à leur administration servile, ou d'entrepreneurs qui construisent pour eux des centres militaires, ainsi que d'employés haut placés ou subalternes travaillant pour des entreprises de sécurité, d'interprètes des infidèles et de chauffeurs impliqués dans l'approvisionnement de l'ennemi – si un juge prouve le fait que les personnes susmentionnées ont effectivement été impliquées dans de telles activités, ces personnes devraient être punies de mort. Si aucun juge n'a encore été nommé dans une province, c'est au responsable de la province de décider du sort (de ces personnes) en ce qui concerne les questions de la preuve et de l'exécution ». Cette disposition est problématique à maints égards. Premièrement, il semble qu'il revient au juge de jouer le rôle de procureur. Deuxièmement, la seule peine pouvant être infligée par le juge est la peine de mort. Troisièmement, si aucun juge n'est disponible, il revient au responsable de la province de décider ce qui semble être une claire violation de l'article 3, §1, d) commun; v. également S. REYNOLDS, « Isis governance in Syria », Institute for the Study of War, 2014, p. 19, disponible sur [www.understandingwar.com](http://www.understandingwar.com).

<sup>449</sup> E. HEFFES, « Generating respect for international humanitarian law: the establishment of courts by organized non-state armed groups in light of the principle of equality of belligerents », *op.cit.*, p. 195.

<sup>450</sup> Cette dernière possibilité fut d'ailleurs mentionnée par le délégué de la Hongrie lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977, qui déclara que le droit des GOA « may be more in harmony with demands of the time and more humanitarian than the laws in force at the beginning of the conflict » (cité par J. SOMER, « Opening the floodgates, controlling the flow: Swedish court rules on the legal capacity of armed groups to establish court », *EJIL: Talk!*, *op.cit.*).

<sup>451</sup> *Ibid.*

<sup>452</sup> P. ex., en Syrie, le PYD a ainsi aboli la peine de mort à Rojava (alors qu'elle est prévue par le droit syrien), v. Human Rights Watch, « Under kurdish rule – Abuses in PYD-run enclaves of Syria », *op.cit.*, p. 2.

appartiennent à une certaine ethnie de continuer à appliquer des lois discriminatoires, interdisant par exemple l'emploi de leur langue au cours du procès<sup>453</sup>.

## 2.2. *La conception souple du terme « droit » sera spécifique au domaine régi par le DIH*

Une seconde crainte a trait aux situations que les GOA pourraient régler à travers leur droit *matériel*. À nouveau, cette crainte est fondée<sup>454</sup>. En effet, il n'est pas souhaitable qu'un GOA soit libre de totalement modifier le cadre juridique s'appliquant aux individus sous son contrôle. Toutefois, une limite importante découle du champ d'application même du DIH. Comme nous l'avons vu, celui-ci ne régleme que l'administration de la justice pour *les infractions en lien avec le conflit armé* et c'est dans ce cadre, en raison des spécificités du DIH, que le droit des GOA est toléré. Si le GOA décide d'adopter des lois de droit civil, par exemple pour modifier le régime légal applicable à la propriété foncière, ou d'instaurer des lois pénales incriminant des comportements n'étant pas en lien avec le conflit armé, comme une loi imposant un certain code vestimentaire aux femmes<sup>455</sup>, *a priori*, la conception souple du terme « droit » n'a plus lieu d'être étant donné que les articles 3, §1, d) commun et 6 PA II ne s'appliquent tout simplement pas. Il s'agit d'un domaine où l'absence de toute réglementation par le DIH est regrettable. Une application par analogie du droit de l'occupation de guerre est suggérée par certains mais n'est pas sans soulever certaines difficultés, principalement au regard du principe de l'égalité des belligérants et des différences conceptuelles entre une situation d'occupation et un CANI<sup>456</sup>. Si cela était le cas, le GOA ne pourrait pas légiférer et devrait appliquer le droit étatique hormis pour trois situations<sup>457</sup>. Le DIH *autoriserait* le GOA à légiférer mais uniquement pour respecter les obligations découlant du DIH, pour assurer sa propre sécurité et pour assurer l'administration régulière du territoire<sup>458</sup>. Autrement, il s'agit d'un domaine où le DIDH pourrait s'appliquer<sup>459</sup>. Ce dernier pourrait également contribuer à un encadrement légal de ce phénomène. Il est toutefois incertain que le DIDH adopte une conception aussi souple du droit et

---

<sup>453</sup> P. ex., en Syrie, le PYD a entamé un processus de révision du droit syrien, impliquant, entre autres, la disparition de certaines dispositions discriminant les Kurdes, v. Human Rights Watch, « Under kurdish rule – Abuses in PYD-run enclaves of Syria », *op.cit.*, pp. 2, 25.

<sup>454</sup> P. ex., v. C.P.I., Chambre préliminaire I, *Situation en république du Mali (Le procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud)*, ICC-01/12-01/18, Mandat d'arrêt, 27 mars 2018, disponible sur [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int), §6.

<sup>455</sup> P. ex., v. S. REYNOLDS, « Isis governance in Syria », Institute for the Study of War, 2014, p. 12, disponible sur [www.understandingwar.com](http://www.understandingwar.com).

<sup>456</sup> D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, *op. cit.*, pp. 226-233; J. SOMER, « Opening the floodgates, controlling the flow: Swedish court rules on the legal capacity of armed groups to establish courts », *EJIL : Talk !*, *op.cit.*; M. SASSOLI, « Taking armed groups seriously : ways to improve their compliance with international humanitarian law », *op.cit.*, p. 35.

<sup>457</sup> Convention de Genève, IV, art. 64; J. SOMER, « Opening the floodgates, controlling the flow: Swedish court rules on the legal capacity of armed groups to establish courts », *op.cit.*

<sup>458</sup> *Ibid.*

<sup>459</sup> K. FORTIN, *The accountability of armed groups under human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 165-166.

tolère que le GOA puisse appliquer son propre droit sans automatiquement violer le principe de légalité.

Lorsque le GOA adopte des lois relatives à des comportements en lien avec le conflit armé, le DIH des CANI s'applique donc et il est plus difficile de justifier, d'un point de vue juridique, des restrictions à la faculté des GOA de criminaliser certains comportements en lien avec le conflit armé. Il n'est pas contesté que le GOA puisse juger des violations aux règles internes du groupe commises par ses membres (notamment celles incorporant des normes de DIH). Cela est même souhaitable afin qu'une certaine discipline soit maintenue au sein de celui-ci<sup>460</sup>. Est plus problématique la criminalisation par le GOA de la participation aux hostilités et d'autres actes de « collaboration » avec la partie adverse (par exemple la trahison, l'espionnage, ...). Le DIH est silencieux à ce sujet. Pour certains auteurs, cela ne devrait pas être toléré<sup>461</sup>. Idéalement, ni l'État, ni le GOA, ne devraient pouvoir poursuivre des individus pour participation aux hostilités dès lors qu'ils respectent le DIH. Toutefois, cela n'est pas le cas. En effet, le DIH n'interdit pas à l'État de poursuivre pénalement les membres d'un GOA pour participation aux hostilités, quand bien même ils respectent le DIH, et dès lors il est difficilement justifiable au regard du principe de l'égalité des belligérants qu'une telle interdiction soit faite aux GOA<sup>462</sup>. Un même raisonnement peut s'appliquer à la criminalisation par le GOA d'infractions connexes concernant les civils. Cela n'est bien sûr pas souhaitable mais fréquent en pratique et, si nous sommes réalistes, parfois nécessaire pour le GOA afin d'assurer sa sécurité<sup>463</sup>. Il serait à nouveau difficile de justifier une interdiction par le DIH d'une telle pratique au vu du principe de l'égalité des belligérants<sup>464</sup>. Au lieu de totalement rejeter cette possibilité, il convient d'apprécier comment les principes de légalité et de non-rétroactivité de la loi pénale pourraient être appliqués au droit des GOA afin d'éviter tout abus de leur part et de protéger les individus auxquels ces lois sont appelées à s'appliquer.

---

<sup>460</sup> Sur l'effet dissuasif des sanctions internes au GOA, v. J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op.cit.*, p. 172-173.

<sup>461</sup> M. KLAMBERG, « The legality of rebel courts during non-international armed conflicts », *op.cit.*, p. 19.

<sup>462</sup> J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 686; M. SASSOLI, « Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law », *op.cit.*, p. 34.

<sup>463</sup> Le droit de l'occupation de guerre, comme nous l'avons vu, reconnaît que dans certaines circonstances il peut être nécessaire pour la puissance occupante d'adopter des lois visant à assurer sa sécurité et de poursuivre des individus sur cette base. En ce qui concerne les CANI et les lois adoptées par des GOA, la difficulté est bien sûr que certaines lois risquent d'être uniquement motivées par des considérations politiques et sans réel impact sur la sécurité du GOA en tant que telle.

<sup>464</sup> Nous avons plusieurs fois mentionné les critiques émises par ONUSAL envers le droit du FMLN, mais ce qu'ONUSAL n'a pas critiqué est également important. ONUSAL s'est concentré sur le non respect par le FMLN du principe de la légalité en raison de la qualité de ses normes, mais n'a pas déclaré qu'il lui était interdit de poursuivre un civil pour espionnage *en soi*, v. ONUSAL, « Third report of the ONUSAL mission », doc. ONU A/46/876, 19 février 1992, p. 29 reproduit dans T. FLORES ACUNA, *The United Nations mission in El Salvador: a humanitarian law perspective*, *op.cit.*, p. 221.

### 2.3. *Les principes de légalité et de la non-rétroactivité de la loi pénale protégeront contre l'arbitraire*

Troisièmement, la possibilité que le GOA fasse un usage arbitraire de son droit pénal *matériel* peut également soulever certaines inquiétudes. Nous avons vu qu'il ne faut pas être trop formaliste face au droit des GOA, le principe de la légalité et son corolaire, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale, viennent toutefois tempérer cette souplesse et modérer la capacité du GOA de poursuivre des individus pour infraction en lien avec le conflit armé. Le principe de légalité est consacré par l'article 6, §2, c) PA II et est considéré comme appartenant au DIH coutumier<sup>465</sup>. Il vise à assurer la prévisibilité et l'accessibilité du droit que le tribunal d'un GOA appliquera. Selon celui-ci, nul ne peut être accusé ou condamné pour des actions ou omissions qui n'étaient pas délictueuses au moment où elles ont été commises, ni se voir infliger une peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise<sup>466</sup>.

Le principe de légalité n'exige pas seulement l'existence d'une norme pénalisant un comportement au moment où celui-ci est réalisé, mais requiert également que cette norme définisse clairement l'infraction et la peine y correspondant afin que tout individu sache à l'avance « what behaviour represents offences and with which type of punishments<sup>467</sup> ». Le droit des GOA a été à de nombreuses reprises critiqué pour ne pas atteindre un tel standard. Ainsi, Human Rights Watch, dans un rapport de 1994 sur le Soudan, se pencha sur le code pénal<sup>468</sup> alors appliqué par le SPLM/A<sup>469</sup>. Ce code criminalisait, entre autres, le fait d'être un « ennemi du peuple », infraction qui, selon Human Rights Watch, offrait « the greatest opportunity for abuses<sup>470</sup> » en raison de son caractère extrêmement vague<sup>471</sup>. Sans nous prononcer sur la conformité de ceux-ci avec le principe de la légalité, le *SPLA Act* et le *Penal Code* adoptés par le SPLM/A en 2003 contiennent, quant à eux, de manière générale, des explications détaillées de chaque infractions, accompagnées éventuellement d'exemples pratiques pour en faciliter la compréhension<sup>472</sup>. Philip Alston, dans son rapport précédemment cité, reprochait au règlement interne du CPP/NPA/NDF de ne pas définir les éléments constitutifs des infractions y

---

<sup>465</sup> J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I : Règles*, *op.cit.*, pp. 492-494 (Règle 101). Pour plus de détails sur le principe de légalité en DIH, v. K. S. GALLANT, *The principle of legality in international and comparative criminal law*, *op.cit.*, pp. 207-213.

<sup>466</sup> Protocole II, art. 6, §2, c).

<sup>467</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 474.

<sup>468</sup> Le « *Sudan People's Revolutionary Laws: SPLM/SPLA Punitive Provisions 1983* ».

<sup>469</sup> Human Rights Watch, « Civilian devastation – Abuses by all parties in the war in Southern Sudan », *op. cit.*

<sup>470</sup> *Ibid.*

<sup>471</sup> *Ibid.* (En effet, cette notion couvrait, entre autres, « individuals or groups of people who propagate or advocate ideas, ideologies, or philosophies, or organize societies and organizations that tend to uphold or perpetuate the oppression of the people or their exploitation by the Khartoum or similar bourgeois system »).

<sup>472</sup> SPLM/A, « Laws of the new Sudan - The SPLA Act », 2003; SPLM/A, « Laws of the new Sudan - The penal code », 2003.

étant mentionnées<sup>473</sup>. ONUSAL adressa une critique similaire à l'égard du code pénal du FMLN déclarant que celui-ci n'était pas conforme à l'article 6, §2, c) PA II car il était « far from being a compendium of the basic norms of a penal system as required by Additional Protocol II (art.6 (2(c))<sup>474</sup> ». De nombreux groupes armés ont adopté leurs propres lois ou réglementations internes et appliquent ceux-ci lors de procès<sup>475</sup>. Nous pouvons postuler que, dès lors que celles-ci ne sont pas suffisamment détaillées pour satisfaire le principe de légalité, elles ne doivent pas être tolérées<sup>476</sup>. Par ailleurs, certains GOA n'élaborent pas leur « propre droit » mais appliquent des normes religieuses ou coutumières. Par exemple, en Syrie, de nombreux GOA utilisent le Code arabe unifié<sup>477</sup>.

Le GOA devra également assurer la publicité de ses lois. Celles-ci doivent en effet être accessibles aux individus dont elles entendent régir le comportement. Cette exigence n'est certes pas reprise telle quelle dans l'article 6, §2, c) PA II mais il est largement admis qu'elle est une composante du principe de légalité<sup>478</sup>. La question se pose de savoir si cela implique une mise en circulation des lois sur papier, comme cela est notamment requis par le droit de l'occupation de guerre<sup>479</sup>, ou si l'emploi de moyens nécessitant une capacité logistique moindre pourrait satisfaire cette exigence<sup>480</sup> (par exemple, un site internet, les réseaux sociaux ou encore la radio).

La situation se compliquera lorsque le GOA ne dispose pas d'une assise territoriale ferme. En effet, dans une telle situation, il sera très difficile pour les civils, qui eux ne disposent pas d'un critère de rattachement *personnel* au droit du groupe tel que l'appartenance à celui-ci, de savoir si le droit des GOA leur est applicable<sup>481</sup>. Lorsque le contrôle territorial alterne entre les forces armées étatiques et le GOA, il est souhaitable que le GOA s'abstienne de poursuivre les civils pour infraction à ses lois pénales<sup>482</sup>.

---

<sup>473</sup> Philip Alston (Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires), *Mission aux Philippines*, Rapport, doc. ONU 1/HRC/8/3/Add.2, 16 avril 2008, §32, disponible sur [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>474</sup> ONUSAL, « Third report of the ONUSAL mission », doc. ONU A/46/876, 19 février 1992, p. 29 reproduit dans T. FLORES ACUNA, *The United Nations mission in El Salvador: a humanitarian law perspective*, *op.cit.*, p. 221.

<sup>475</sup> P. ex. : le SPLM/A, le CPN-M, l'YPG/PYD et le LTTE.

<sup>476</sup> Nous laissons ouverte la question du degré de précision que ces normes devraient avoir. Remarquons qu'une question similaire se pose notamment à l'égard des législations étatiques touchant au terrorisme, v. L. DOSWALD-BECK, *Human rights in times of conflict and terrorism*, *op.cit.*, p. 210.

<sup>477</sup> I.L.A.C., « Syria 2017 », *op.cit.*, p. 77; v. également, M. MARTIN, « Lawyers, guns, and Mujahideen – Inside Syria's sharia court system », *Foreign Policy*, 30 octobre 2014, disponible sur [www.foreignpolicy.com](http://www.foreignpolicy.com).

<sup>478</sup> K. S. GALLANT, *The principle of legality in international and comparative criminal law*, *op.cit.*, p. 20.

<sup>479</sup> Convention de Genève IV, art. 65.

<sup>480</sup> Une critique à cet égard est adressé par Human Rights Watch à l'YPG/PYD, Human Rights Watch, « Under kurdish rule – Abuses in PYD-run enclaves of Syria », *op.cit.*, p. 24.

<sup>481</sup> J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 689.

<sup>482</sup> Dans le cadre des CAI, une situation plus ou moins comparable est envisagée par le droit de l'occupation de guerre, v. Convention de Genève IV, art. 70, §1 (« Les personnes protégées ne pourront pas être arrêtées, poursuivies ou condamnées par la Puissance occupante pour des actes commis ou pour des opinions exprimées avant l'occupation ou pendant une interruption temporaire de celle-ci sous réserve des infractions aux lois et coutumes de la guerre »). Cette règle couvre notamment les infractions commises par des civils à la législation de la puissance occupante, par exemple lorsqu'ils aident

## 2.4. *Le droit des GOA ne sera probablement pas reconnu par l'État*

Une dernière crainte face à l'application par le tribunal d'un GOA du droit *matériel* du GOA est que la population se trouve soumise à des législations pénales « différentes et potentiellement contradictoires<sup>483</sup> », par exemple une loi étatique criminalisant le soutien au GOA et une loi du GOA imposant une conscription obligatoire<sup>484</sup> (voire deux lois imposant une conscription obligatoire<sup>485</sup>). Cette crainte est elle aussi fondée<sup>486</sup> et s'avère malheureusement plus difficile à apaiser. Reconnaître que le droit du GOA pourrait remplacer le droit étatique en ce qui concerne certains comportements (et particulièrement ceux en lien avec le CANI) est bien sûr difficile à accepter pour les États<sup>487</sup>.

## §3. *Le droit étatique et/ou le droit international*

Un GOA pourrait décider de continuer à appliquer le droit étatique, bien qu'en général les GOA en conflit avec l'État aient tendance à rejeter celui-ci<sup>488</sup>. En ce qui concerne le droit étatique matériel, une telle pratique serait conforme au principe de légalité et de non-rétroactivité de la loi pénale. Le GOA pourrait notamment appliquer les lois étatiques transposant certaines conventions internationales. Pour finir, le GOA pourrait également appliquer *directement* le droit international, par exemple le DIH<sup>489</sup> ou le DIDH<sup>490</sup>. À cet égard se pose la question de la mesure dans laquelle un GOA pourrait aller plus loin que l'État dans l'application de certaines normes de droit international.

---

les forces armées de leur État, lorsque ceux-ci avaient la fausse impression que la situation d'occupation avait pris fin, v. Y. DINSTEIN, *The international law of belligerent occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 141.

<sup>483</sup> J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *op.cit.*, p. 689; S. SIVAKUMARAN, « Courts of armed opposition groups: Fair trial or summary justice? », *op.cit.*, p. 509.

<sup>484</sup> *Ibid.*, p. 689.

<sup>485</sup> P. ex., le PYD/YPG a adopté une loi imposant une conscription obligatoire en 2014 (le droit syrien prévoit également une conscription obligatoire). v. Ö. Z. OKTAV, E. PARLAR DAL, A. M. KURSUN, « Reframing and reassessing the VNSAs in Syrian conflict: an introduction », in *Violent non-state actors and the syrian civil war: the ISIS and YPG cases* (sous la dir. de Ö. Z. OKTAV, E. PARLAR DAL, A. M. KURSUN), Cham, Springer, 2018, p. 14.

<sup>486</sup> P. ex., lors du CANI au Népal, les civils étaient forcés par les deux parties au conflit à les aider. Dans ce contexte, le CPN-M aurait condamné à mort certains civils pour avoir soutenu l'armée étatique. V. C. HAVILAND, Interview de « Prachanda », *BBC*, 13 février 2006, disponible à [http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/south\\_asia/4707482.stm](http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/south_asia/4707482.stm).

<sup>487</sup> S. SIVAKUMARAN, « Courts of armed opposition groups: Fair trial or summary justice? », *op.cit.*, p. 509.

<sup>488</sup> Il arrive toutefois que certains GOA appliquent le droit étatique, ou, à tout le moins, certains éléments de celui-ci. Par exemple, les juridictions de la RPD appliqueraient le droit procédural étatique ukrainien pour autant que celui-ci ne soit pas contraire à leur constitution (v. HCDH, « Report on the human right situation in Ukraine – 16 February to 15 May 2017 », 13 juin 2017, §94). C'était aussi le cas du LTTE avant qu'il n'adopte son propre code pénal et civil (v. Z. MAMPILLY, *Rebel rulers : insurgent governance and civilian life during war*, *op.cit.*, p. 116). Le MLC et le RCD-Goma auraient également appliqué le code de justice militaire étatique de 1972 dans certains de leurs procès (Human Rights Watch, « En quête de justice : poursuivre les auteurs de violence sexuelles commises pendant la guerre au Congo », 2005, p. 30).

<sup>489</sup> Cela était notamment le cas du tribunal militaire de la KLA, v. T.P.I.Y., Chambre de première instance II, *Le procureur c. Vlastimir Dordević*, IT-05-87/1-T, jugement, 23 février 2011, [www.icty.org](http://www.icty.org), §§1571, 1574.

<sup>490</sup> Certains GOA peuvent décider d'appliquer le DIDH et une violation du DIDH pourrait être une infraction en lien avec le conflit armé. Certains GOA ont spécifiquement prévu la possibilité que leurs tribunaux connaissent de violations du DIDH : v. SPLM/A-N, « Resolution No. (6) – 2013 establishing a Human Rights Court », 2013, point f) (qui définit la compétence de la cour et déclare que celle-ci appliquera le Code pénal du SPLM/A ainsi que les « relevant regional and international human rights instruments »).

## Section 4. Les garanties judiciaires appelant une mise en œuvre souple

### §1. Les droits et moyens de la défense

#### 1. La détermination des droits et moyens de la défense

En vertu de l'article 6, §2, a), le prévenu doit disposer de « tous les droits et moyens nécessaires à sa défense ». Identifier ceux-ci s'avère être une tâche compliquée. Nous adopterons la position de S. Sivakumaran qui se réfère à une proposition faite par le Costa Rica lors de l'élaboration des Éléments des crimes du Statut de Rome et qui visait à énumérer les différents droits et moyens de la défense<sup>491</sup>. La liste proposée par le Costa Rica est largement en conformité avec les droits et moyens de la défense consacrés par le DIH conventionnel, aussi bien des CANI que des CAI, et le DIH coutumier<sup>492</sup>. Elle démontre également qu'il s'agit d'un point où le DIH et le DIDH se rejoignent largement<sup>493</sup>. Appartiennent ainsi aux droits et moyens nécessaires à la défense : le droit d'être traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération, le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix, le droit à se défendre soi-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix, le droit à être jugé sans retard excessif, le droit à obtenir la comparution et l'interrogatoire de témoins et le droit à un interprète<sup>494</sup>. Il est évident que certaines de ces garanties peuvent être difficiles à respecter pour les GOA, non seulement en raison des capacités logistiques limitées de certains d'entre eux, mais également en raison du contexte de conflit armé<sup>495</sup>. La question est de déterminer comment celles-ci pourraient être mises en œuvre de manière souple tout en conservant la substance de leur protection. Nous allons nous concentrer sur les garanties les plus susceptibles de soulever des difficultés pratiques.

<sup>491</sup> S. SIVAKUMARAN, « Courts of armed opposition groups: Fair trial or summary justice », *op.cit.*, p. 504.

<sup>492</sup> *Ibid.*, p. 505.

<sup>493</sup> *Ibid.*, p. 505.

<sup>494</sup> Proposition soumise par le Costa Rica, la Hongrie et la Suisse relative à l'article 8, §2, c) du Statut de Rome de la CPI citée par S. SIVAKUMARAN, « Courts of armed opposition groups: Fair trial or summary justice », *op.cit.*, p. 504 ; remarquons que le T.P.I.Y. semble également avoir conclu que les droits énumérés ci-dessus relevaient de l'article 3, §1, d) commun dans l'arrêt *Simić*, v. T.P.I.Y., Chambre de première instance II, *Le procureur c. Blagoje Simić, Miroslav Tadić, Simo Zarić*, IT-95-9-T, jugement, 17 octobre 2003, www.icty.org, §678.

<sup>495</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 309.

## 2. Le droit de faire comparaître et d'interroger des témoins

Le droit de faire comparaître et d'interroger des témoins ne fut pas repris expressément dans l'article 6 PA II car les délégués souhaitaient que la liste de garanties procédurales y figurant soient aussi brèves que possible<sup>496</sup>. Il est toutefois expressément consacré par l'article 75, §4, g) PA I qui reprend la terminologie de l'article 14, §3, e) PIDCP et déclare que « toute personne accusée a le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ». Il s'agit d'une consécration du principe de l'égalité des armes. Le CICR et la doctrine considèrent que cette garantie doit s'appliquer également aux CANI<sup>497</sup>.

La possibilité pour l'accusé de faire comparaître et d'interroger des témoins peut être malaisée au cours d'un CANI. En effet, il se peut que le témoin ne se trouve pas sur le territoire sous le contrôle du GOA, ou que le GOA ne dispose tout simplement pas d'un contrôle territorial stable, et qu'il lui soit donc impossible d'avoir accès à celui-ci<sup>498</sup>. Par ailleurs, un témoin pourrait craindre des poursuites de la part de l'État, par exemple pour « collaboration » avec le GOA, ou des retombées venant du GOA lui-même ou de l'un de ses membres, notamment dans l'hypothèse où le témoin viendrait témoigner contre un membre du GOA<sup>499</sup>. Également, le témoin pourrait être un membre du GOA et donc éventuellement être dans l'impossibilité de comparaître car il est engagé dans les hostilités.

Si cette garantie est interprétée à la lumière du DIDH, notons qu'il ne s'agit pas d'un droit absolu - certaines restrictions sont admises - et qu'il s'agit d'un droit auquel il peut être dérogé<sup>500</sup>. S'il est généralement reconnu qu'un tribunal ne peut pas refuser à l'accusé de faire comparaître un témoin qui pourrait être utile à la défense, il a déjà été considéré que le fait pour un tribunal de refuser la comparution d'un témoin demandé par l'accusé en raison de l'impossibilité de faire comparaître celui-ci ne violait pas cette garantie<sup>501</sup>. Le Comité des droits de l'homme déclara notamment qu'il n'y a pas nécessairement violation de l'article 14, §1 PIDCP « if all possible steps are taken, unsuccessfully, to secure the presence of a witness in court, though this may depend on the nature of

<sup>496</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §687.

<sup>497</sup> *Ibid.*, §686; J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I : Règles*, *op.cit.*, pp. 483-484; L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 480; précisons que le CICR mentionnait ce droit dans son commentaire sur le projet de PA II, v. CICR, « Draft additional protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949 – Commentary », *op.cit.*, p. 142 (article 10, §1), disponible sur [www.loc.gov](http://www.loc.gov).

<sup>498</sup> D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, *op. cit.*, p. 217.

<sup>499</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>500</sup> Comité dr. h., « Observation générale n°32 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (Art.14) », doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, §39.

<sup>501</sup> Comité dr. h., *McLawrence v. Jamaica*, Comm. 702/1996, doc ONU CCPR/C/60/D/702/1996, 23 avril 1996, §5.8., disponible sur [www.hrlibrary.umn.edu](http://www.hrlibrary.umn.edu).

the evidence<sup>502</sup> ». Il s'agirait donc d'une obligation de moyen<sup>503</sup>. En ce qui concerne l'interrogation des témoins à charge, certaines restrictions sont également acceptées lorsqu'elles s'avèrent nécessaires pour garantir la sécurité du témoin et si des mesures sont prises pour garantir « an adequate defense »<sup>504</sup>. Par exemple, l'accusé pourrait obtenir une transcription du témoignage<sup>505</sup>. Dans tous les cas, si l'identité d'un témoin est maintenue secrète, le procès ne sera pas considéré équitable si la condamnation repose principalement sur ce témoignage<sup>506</sup>. La manière dont ce droit peut être adapté tout en maintenant la substance devra donc être appréciée au cas par cas.

### 3. Le droit à l'assistance d'un avocat avant et pendant le procès

Bien que n'étant pas explicitement mentionné par le PA II, le droit de se défendre soi-même ou d'avoir l'assistance d'un avocat fait partie, selon le CICR, des droits et moyens de défense « essentiels<sup>507</sup> » au sens de l'article 6, §2, a) PA II. Cela implique que chaque fois que l'« intérêt de la justice l'exige » (notion qui sera notamment évaluée au regard de la gravité de l'infraction et de la peine encourue), l'accusé a le droit d'obtenir l'aide d'un avocat, éventuellement sans frais<sup>508</sup>. Ce droit est également consacré par le DIH coutumier, qui précise que l'accusé a droit à l'assistance d'un avocat *avant et pendant* le procès<sup>509</sup>. Fondamentalement, le droit à l'assistance d'un avocat a pour objectif que l'accusé soit en mesure de connaître et d'exercer de manière effective les droits procéduraux qui lui sont octroyés<sup>510</sup>.

Le droit à l'assistance d'un avocat risque particulièrement d'être mis à mal au cours d'un CANI. Il n'est pas certain que le GOA compte des avocats parmi ses membres, ni que des avocats « locaux » soient disponibles<sup>511</sup>. Ainsi, le FMLN déclara qu'un avocat ne pouvait être exigé s'il n'y

---

<sup>502</sup> *Ibid.*, §5.8.

<sup>503</sup> W. A. SCHABAS, *The european convention on human rights: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 313.

<sup>504</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 480; L. MOIR, *The law of internal armed conflict*, *op.cit.*, p. 206.

<sup>505</sup> Par analogie avec une problématique similaire lors de l'occupation de guerre: P. ROWE, *The impact of human rights law on armed forces*, *op.cit.*, p. 110.

<sup>506</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, pp. 480, 481.

<sup>507</sup> Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op.cit.*, §4602 (précisons que le CICR mentionnait ce droit dans son commentaire sur le projet de PA II, v. CICR, « Draft additional protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949 – Commentary », Genève, 1973, p. 142, disponible sur [www.loc.gov](http://www.loc.gov) ; par ailleurs le tribunal de Stockholm, appliquant l'article 3 commun, prit en compte l'absence de ce droit pour évaluer l'équité du procès des soldats syriens, v. Stockholm Tingsrätt, affaire n° B 3787-16, Jugement, 16 février 2017, <https://casebook.icrc.org/case-study/swedensyria-can-armed-groups-issue-judgments>, §50).

<sup>508</sup> Comité dr. h., « Observation générale n°32 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (Art.14) », doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, §38.

<sup>509</sup> J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I : Règles*, *op.cit.*, pp. 477-480.

<sup>510</sup> S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, *op.cit.*, 2006, p. 245.

<sup>511</sup> Ceux-ci pourraient avoir fui ou pourraient craindre des répercussions venant du gouvernement (Par exemple, dans la RPD, pour pouvoir représenter un inculpé au cours d'un procès pénal, un avocat doit avoir été « certifié ». Cela a pour

en avait aucun dans la région et qu'il fallait accepter que des individus sélectionnés sur base de « leur conduite et leurs principes éthiques » assurent la défense de l'accusé à sa place<sup>512</sup>. Un exemple plus positif est le système judiciaire du LTTE. Celui-ci disposait d'avocats formés. Afin d'assurer un accès à la justice, il faisait payer en général moins de 20\$ pour un avocat commis d'office et offrait également des conseils juridiques gratuits aux indigents<sup>513</sup>.

Nous pouvons postuler que lorsqu'il est matériellement possible d'offrir l'assistance d'un avocat *qualifié* au prévenu, celui-ci ne peut en être privé. La question se posera alors de la mesure dans laquelle un GOA pourrait poser certaines limites au droit du prévenu d'avoir un avocat de son *choix*<sup>514</sup>, par exemple pour des raisons tenant à la sécurité du GOA lui-même<sup>515</sup>.

Dans les situations où il n'est matériellement pas possible d'avoir accès à un avocat qualifié, il nous est plus difficile d'offrir une réponse définitive et nous nous contenterons de faire quelques remarques à ce sujet. Si pour certains, l'absence d'un avocat qualifié nuit irrémédiablement à l'équité du procès<sup>516</sup>, pour d'autres il faudrait au minimum que l'avocat de la défense et celui de l'accusation aient un même niveau de formation afin de ne pas violer le principe de l'égalité des armes<sup>517</sup>. Il serait également préférable que l'avocat soit externe au GOA<sup>518</sup>. Dans tous les cas, l'accusé doit conserver le droit de se défendre lui-même dans l'éventualité où le défenseur lui étant assigné ne lui convient pas (par exemple en raison de ses liens avec le GOA)<sup>519</sup>.

Il se peut également que certains éléments de la procédure permettent de compenser l'absence d'un avocat de la défense comme par exemple la participation de la communauté au procès et la possibilité pour l'accusé de présenter des témoins, qui pourrait aboutir à un échange entre témoins à

---

conséquence que de nombreux avocats sont réticents à obtenir cette « certification », qui implique de prêter serment devant la « République de Donetsk », par crainte de poursuites pénales une fois en dehors du territoire de la RPD. V. HCDH, « Report on the human right situation in Ukraine – 16 August to 15 November 2017 », 12 décembre 2017, §83). Également, le contexte de conflit armé peut rendre difficile la formation de nouveaux avocats.

<sup>512</sup> S. SIVAKUMARAN, « Courts of armed opposition groups: Fair trial or summary justice », *op.cit.*, p. 492; remarquons que les autorités du PYD invoquent un argument similaire pour expliquer l'absence d'avocats de la défense lors des procès menés devant leurs juridictions anti-terroristes. Selon un juge, ils n'ont « pas vraiment eu la possibilité de former des avocats pour assurer la défense des accusés ». Toutefois, des avocats seraient disponibles pour les procédures civiles, v. not. R. LANGLOIS, M. AWAD, M. HASSAN, « Syrie : dans les tribunaux kurdes chargés de juger les jihadistes de l'EI », *France 24*, 26 mars 2018, disponible sur [www.france24.com](http://www.france24.com).

<sup>513</sup> Z. MAMPILLY, *Rebel rulers : insurgent governance and civilian life during war*, *op.cit.*, p. 118.

<sup>514</sup> A.C.H.P.R., Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyer's Committee for Human Rights, Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa / Soudan, 48/90-50-91-52/91-89/93, 15 novembre 1999, §66 (le fait que l'avocat choisi par l'accusé doit être approuvé par le tribunal militaire est une violation du droit à un défenseur de son choix consacré à l'art. 7 CADHP).

<sup>515</sup> À ce sujet (mais dans le cadre de l'administration de la justice par l'État au cours d'un CANI), v. L. MOIR, *The law of internal armed conflict*, *op.cit.*, p. 205.

<sup>516</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 490; A.-M. LA ROSA, C. WUERZNER, « Armed groups, sanctions and implementation of international humanitarian law », *op.cit.*, p. 339.

<sup>517</sup> D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, *op. cit.*, p. 217.

<sup>518</sup> Par exemple, l'accusé comparissant devant une cour martiale des FARC doit choisir son défenseur parmi une assemblée composée de 25 membres des FARC, v. R. PROVOST, « FARC justice: rebel rule of law », 2017, p. 14.

<sup>519</sup> M. NOWAK, *UN Covenant on civil and political rights: CCPR commentary*, *op.cit.*, p. 339.

charge et à décharge. Ce dernier argument fut notamment invoqué dans le cadre des juridictions *Gacaca* au Rwanda<sup>520</sup>.

#### 4. Le droit au temps et aux facilités nécessaires à la défense

Le droit au temps et aux facilités nécessaires à la défense appartient au DIH coutumier<sup>521</sup> et implique que, avant et pendant le procès, l'accusé ait la possibilité d'organiser sa défense de manière appropriée. Il s'agit d'une garantie liée au droit à l'assistance d'un avocat car elle implique que l'accusé ait la possibilité de s'entretenir avec lui<sup>522</sup>.

Lorsque le GOA ne dispose pas d'une assise territoriale stable et doit rester mobile, il peut être difficile pour lui de remplir cette obligation<sup>523</sup>. Il pourrait alors être tenté de conduire le procès de manière expéditive avant de se déplacer<sup>524</sup>. Il ne faut toutefois pas exclure automatiquement la possibilité qu'un tribunal mobile respecte cette garantie, certains GOA se déplacent ainsi avec des détenus<sup>525</sup>.

Le droit au temps et aux facilités *nécessaires* à la défense contient « an inherently variable standard<sup>526</sup> », car ce qui sera « nécessaire » devra être apprécié au cas par cas<sup>527</sup>. Le temps devant être octroyé à l'accusé pour préparer sa défense dépendra ainsi de « la complexité de l'affaire et de la gravité de l'infraction<sup>528</sup> ». A titre indicatif, ONUSAL considéra qu'un délai de 5 jours séparant l'arrestation d'un individu de son exécution n'était pas un délai suffisamment long pour lui permettre d'exercer les droits et moyens de la défense consacrés par l'article 6, §2, a) PA II, en particulier lorsque le procès risquait d'aboutir à une condamnation à mort<sup>529</sup>. De même, le tribunal de Stockholm,

---

<sup>520</sup> L'accusé n'avait pas non plus droit à être représenté par un avocat devant celles-ci. Ce choix était lui aussi motivé, entre autres, par une contrainte pratique étant donné que la plupart des avocats rwandais avaient été tués durant le génocide ou avaient fui et que très peu avaient été formés depuis lors. Il n'empêche que les juridictions *Gacaca* firent l'objet de fortes critiques pour leur manque de conformité au DIDH, v. not. Human Rights Watch, « Justice compromised : the legacy of Rwanda's community-based *Gacaca* courts », *op.cit.*, pp. 28-30 ; J. FIERENS, « *Gacaca* courts : between fantasy and reality », *J.I.C.J.*, 2005, p. 912 ; T. LONGMAN, « An assessment of Rwanda's *Gacaca* courts », *Peace review*, 2009, p. 307.

<sup>521</sup> J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I : Règles*, *op.cit.*, pp. 480-481.

<sup>522</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 479.

<sup>523</sup> D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, *op. cit.*, p. 216.

<sup>524</sup> P. ex., v. A. GIUSTOZZI, C. FRANCO, A. BACKZO, « Shadow justice : How the Taliban run their judiciary », *op.cit.*, p. 5 (Lorsque les Talibans employaient des tribunaux mobiles, par crainte d'attaques, ils ont été contraints de substantiellement réduire la durée de leurs procès dans les zones où ils craignaient pour leur sécurité au point que certains procès duraient moins d'une heure, contrairement au délai habituel d'environ 2 semaines).

<sup>525</sup> D. TUCK, « Detention by armed groups: overcoming challenges to humanitarian action », *I.R.R.C.*, 2011, p. 770.

<sup>526</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 309.

<sup>527</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>528</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 479 ; Dans le cadre d'un procès pénal pour espionnage mené par des juridictions étatiques (qui donna lieu à une condamnation à 30 ans d'emprisonnement), il a été considéré que la durée de 6 semaines du procès n'était pas suffisante au regard du DIDH, v. L. DOSWALD-BECK, *Human rights in times of conflict and terrorism*, *op.cit.*, p. 360.

<sup>529</sup> ONUSAL, « Third report of the ONUSAL mission », doc. ONU A/46/876, 19 février 1992, p. 29 reproduit dans T. FLORES ACUNA, *The United Nations mission in El Salvador: a humanitarian law perspective*, *op.cit.*, p. 221.

dans l'affaire *Sakhanh*, prit en considération le délai de 41 heures séparant l'arrestation d'individus de leur exécution pour conclure au caractère inéquitable de la procédure<sup>530</sup>. Les facilités nécessaires à la défense comprennent « l'accès aux documents et autres éléments de preuve, à tous les éléments à charge que l'accusation compte produire à l'audience, ou à décharge<sup>531</sup> ».

## 5. Le droit d'être jugé « dans un délai raisonnable » ou « sans retard excessif »

Le droit à être jugé dans un délai raisonnable n'est pas mentionné dans l'article 6 PA II mais est consacré par le DIDH<sup>532</sup> et l'article 103 CG III. Le CICR considère qu'un retard excessif est susceptible de vicier un procès mené dans le cadre d'un CANI et qu'il doit donc « être pris en compte pour évaluer l'équité d'un tel procès<sup>533</sup> ».

Dans certaines situations, il se peut que le GOA laisse s'écouler un certain délai avant de juger un individu soit parce qu'il attend de disposer des capacités nécessaires avant de juger celui-ci, soit parce qu'en raison d'affrontements, il lui est impossible d'assurer le déroulement du procès ou encore parce qu'il est difficile à l'accusation de collecter certains éléments de preuves ou de joindre des témoins.

Il s'agit d'une garantie où une certaine souplesse est particulièrement souhaitable dans la mesure où il est préférable qu'un GOA attende de disposer des capacités suffisantes pour juger un individu. Les notions de « délai raisonnable » et de « retard excessif » comprennent un clair élément de relativité et il s'agit d'éléments qu'il convient d'apprécier au cas par cas<sup>534</sup>. Il est reconnu qu'au cours d'un CANI certains délais peuvent être plus longs qu'en temps de paix et que ceux-ci ne peuvent être considérés excessifs dès lors qu'ils sont justifiés par les circonstances<sup>535</sup>. Il y a bien sûr certaines limites : par exemple, il a été estimé qu'une situation de conflit armé ne pouvait justifier un délai de 5 ans<sup>536</sup>.

<sup>530</sup> M. KLAMBERG, « The legality of rebel courts during non-international armed conflicts », *op.cit.*, p. 25.

<sup>531</sup> Comité dr. h., « Observation générale n°32 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (Art.14) », doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, §33.

<sup>532</sup> Article 9, §3 PICDP ; 5, §3 CEDH ; 7, §5 CADH.

<sup>533</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §688.

<sup>534</sup> Comité dr. h., « Observation générale n°32 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (Art.14) », doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, §35.

<sup>535</sup> L. MOIR, *The law of internal armed conflict*, *op.cit.*, p.205; v. également M. NOWAK, *UN Covenant on civil and political rights: CCPR commentary*, *op.cit.*, p. 335 (qui estime que le niveau de développement économique d'un pays, et ses conséquences sur l'effectivité d'un système judiciaire, devrait être pris en compte pour évaluer le délai raisonnable).

<sup>536</sup> A.C.H.P.R., Article 19 / Eritrea, Comm. 275/2003, 30 mai 2007, §99, disponible sur [www.achrpr.org](http://www.achrpr.org) (déclare également, en ce qui concerne la durée de détention avant jugement, que les États « doivent respecter certaines normes minimales (...), indépendamment de leur niveau de développement »).

## §2. Le droit à un procès public ?

L'article 75, §4, i) PA I consacre le droit à ce qu'un jugement soit rendu publiquement. Selon le commentaire du CICR sur l'article 3 commun, cette garantie devrait également s'appliquer aux procès tenus dans le cadre de CANI<sup>537</sup>. Cette garantie ne semble pas être problématique. Elle implique que soient notamment accessibles au public « l'exposé des principales constatations, les éléments de preuve déterminants et le raisonnement juridique<sup>538</sup> ». Plusieurs moyens de communication, tels qu'un éventuel site internet ou un compte sur les réseaux sociaux, pourraient être employés par le GOA pour s'acquitter de cette obligation<sup>539</sup>.

Une difficulté pourrait toutefois résulter d'une interprétation plus large de cette exigence. La publicité des jugements doit en effet être distinguée de la publicité des débats. L'étude du CICR sur le DIH coutumier requiert la seconde<sup>540</sup>. Cette obligation est également consacrée par les instruments de DIDH<sup>541</sup>. La publicité des débats a pour but d'assurer la « transparence de la procédure<sup>542</sup> » et ainsi de dissuader les abus au cours du procès. Elle implique fondamentalement que le procès soit « accessible<sup>543</sup> »<sup>544</sup>. Étendre cette exigence aux GOA pourrait être problématique. En effet, la publicité des débats implique la communication au public des lieux et dates des audiences ainsi que la mise en place des moyens matériels nécessaires pour accueillir ceux-ci, dans des « limites raisonnables<sup>545</sup> »<sup>546</sup>. De nombreux GOA, en raison de leurs capacités limitées, conduisent leurs activités de manière « clandestine » afin d'échapper aux forces étatiques. La publicité des débats peut donc s'avérer risquée pour les GOA ne disposant pas d'une assise territoriale stable car l'État pourrait obtenir ces informations et décider d'attaquer<sup>547</sup>. Si nous nous tournons vers le DIH pour interpréter cette garantie, les traités de DIDH y permettent certaines restrictions dans des circonstances

<sup>537</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §687.

<sup>538</sup> Comité dr. h., « Observation générale n°32 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (Art.14) », doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, §29.

<sup>539</sup> D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, *op.cit.*, p. 219; p. ex., la Cour Suprême de la RPD a son propre site internet (<https://supcourt-dnr.sun>) où elle publie des résumés (très sommaires) de certains jugements.

<sup>540</sup> J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I : Règles*, *op.cit.*, pp. 487-489; remarquons que le T.P.I.Y. semble également avoir conclu que le droit de l'accusé de « faire entendre sa cause publiquement » relevait de l'article 3, §1, d) commun dans l'affaire *Simić*, v. T.P.I.Y., Chambre de première instance II, *Le procureur c/ Blagoje Simić, Miroslav Tadić, Simo Zarić*, IT-95-9-T, jugement, 17 octobre 2003, [www.icty.org](http://www.icty.org), §678.

<sup>541</sup> CADH, art.8, §5; CEDH, art.6, §1; PIDCP, art.14, §1.

<sup>542</sup> Comité dr. h., « Observation générale n°32 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (Art.14) », doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, §28.

<sup>543</sup> W. A. SCHABAS, *The european convention on human rights: a commentary*, *op.cit.*, p. 289.

<sup>544</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 481.

<sup>545</sup> Comité dr. h., « Observation générale n°32 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (Art.14) », doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, §§28-29.

<sup>546</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 481.

<sup>547</sup> D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, *op. cit.*, p. 218.

exceptionnelles, entre autres, dans l'intérêt de « l'ordre public ou de la sécurité nationale<sup>548</sup> » et « lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la justice<sup>549</sup> »<sup>550</sup>. Daragh Murray estime ainsi que lorsqu'un GOA exerce un « contrôle territorial stable », la grande partie des audiences devraient être publiques, mais que lorsque cela n'est pas le cas des restrictions peuvent être justifiées<sup>551</sup>.

Quand bien même le procès ne serait pas ouvert au grand public, des alternatives permettant un certain contrôle extérieur de celui-ci pourraient être envisagées. Par exemple, les procès conduits par les tribunaux mobiles des Talibans ne sont pas publics par crainte d'attaques, mais les parties doivent amener avec elles un certain nombre d'« aînés » de leur village afin de superviser le déroulement du procès<sup>552</sup>. Des observateurs extérieurs au CANI pourraient également y assister. Le GOA, s'il en la possibilité, pourrait aussi retransmettre le procès à la radio<sup>553</sup>.

Même si les GOA ne sont pas légalement tenus de rendre les audiences publiques, cela devrait être encouragé. En pratique, le respect d'une telle exigence ne semble pas impossible car certains GOA la consacrent dans leurs lois<sup>554</sup> et/ou y procèdent en pratique<sup>555</sup>. Nous avons vu les difficultés auxquelles peuvent être confrontés les GOA en ce qui concerne l'indépendance et l'impartialité des juges ; la présence d'un public externe au GOA pourrait encourager ceux-ci à exercer leur fonction d'une manière indépendante et impartiale.

### §3. Le droit de faire appel ?

L'article 6, §3 PAII prévoit que « toute personne condamnée sera informée, au moment de sa condamnation, de ses droits de recours judiciaires et autres, ainsi que des délais dans lesquels ils

---

<sup>548</sup> CEDH, art.6, §1; PIDCP, art.14, §1. L'« ordre public » a trait à « (the) order inside the courtroom » et la « sécurité nationale » à « the secrecy of important military facts ». Par ailleurs, il a été reconnu que certaines restrictions puissent être faites à la publicité des débats afin de protéger les juges dans le contexte de procès d'individus accusés de terrorisme. v. M. NOWAK, *UN Covenant on civil and political rights: CCPR commentary*, *op.cit.*, pp. 325-327;

<sup>549</sup> CEDH, art.6, §1; PIDCP, art.14, §1; CADH, art.8, §5. De manière générale, cette restriction n'est tolérée qu'en cas de circonstances particulières et dans la mesure où cela est absolument nécessaire (par exemple, « when continuation of a trial is endangered by the emotional reaction of the spectators »), v. M. NOWAK, *UN Covenant on civil and political rights: CCPR commentary*, *op.cit.*, p. 326;

<sup>550</sup> Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op.cit.*, §3119.

<sup>551</sup> D. MURRAY, *Human rights obligations of non-state armed groups*, *op. cit.*, p. 219.

<sup>552</sup> A. GIUSTOZZI, C. FRANCO, A. BACKZO, « Shadow justice: How the Taliban run their judiciary », *op.cit.*, p. 21.

<sup>553</sup> P. ex. : C.P.I., Chambre de première instance III, *Situation en République centrafricaine (Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo)*, ICC-01/05-01/08, jugement, 21 mars 2016, www.icc-cpi.int, §597 (Le procès en cour martiale des 7 membres du MLC fut retransmis à la radio).

<sup>554</sup> P. ex.: NDFP, « Guide for establishing the people's democratic government », 1972, Part II, Chapter III, art.4, disponible sur www.theirwords.org (« Trials shall ordinarily be held in public, with anyone from the ranks of the people free to stand up and give his opinion on the case »).

<sup>555</sup> P. ex. : C.P.I., Chambre de première instance III, *Situation en République centrafricaine (Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo)*, ICC-01/05-01/08, jugement, 21 mars 2016, www.icc-cpi.int, §597 (le procès en cour martiale des 7 membres du MLC fut conduit en audience publique).

doivent être exercés ». Le projet du CICR de PA II comprenait, à son article 10, §2, un droit pour tout individu ayant été condamné de faire appel qui se calquait sur l'article 14, §5 PIDCP<sup>556</sup>. La version finale n'inclut toutefois pas cette obligation pour deux raisons. Premièrement, les législations internes ne consacraient pas toutes un tel droit, notamment pour les jugements rendus par des tribunaux militaires<sup>557</sup>. Deuxièmement, les délégués craignaient que cela ne contraigne les GOA à organiser « a more complicated judicial system than could reasonably be expected<sup>558</sup> ». Le DIDH, quant à lui, consacre le droit de recours devant une juridiction supérieure<sup>559</sup>. La question de l'influence du DIDH sur ce point se pose donc. L'étude du CICR sur le DIH coutumier déclare qu'en raison de cette influence, le droit de recours « est devenu une composante de base des droits à un procès équitable dans le contexte d'un conflit armé<sup>560</sup> ». De même, ONUSAL, dans sa critique des lois pénales du FMLN, souleva que celles-ci ne comportaient pas un droit de faire appel comme, selon lui, l'exigeait l'article 6, §3 PA II. Toujours dans le cadre d'un GOA possédant un contrôle territorial, mais cette fois-ci auquel l'article 6, §3 PA II ne s'appliquait pas, le tribunal de Stockholm considéra que le droit de faire appel faisait partie des garanties indispensables de l'article 3, §1, d) commun, par référence au droit international coutumier, et prit en compte l'absence d'un tel droit pour évaluer la mesure dans laquelle le procès des soldats de l'État syrien était « équitable »<sup>561</sup>. Une tendance inverse existe également. Ainsi, Louise Doswald-Beck, une des auteurs de l'étude du CICR sur le DIH coutumier, déclara par la suite que « it would be difficult to assert that IHL now requires the right to appeal, but as such right exists in human rights law, the assumption will be that a person convicted by a state tribunal must be able to access a higher tribunal<sup>562</sup> ». Selon Sandesh Sivakumaran, le fait que le DIH ne prévoit pas expressément un tel droit pourrait être délibéré et il s'agirait donc d'une situation où interpréter le DIH à la lumière du DIDH, comme *lex specialis*, pourrait être non avvenu<sup>563</sup>. Cette dernière position nous semble la plus raisonnable. Si le DIH n'est pas interprété à la lumière du DIDH, cela n'empêche pas le DIDH de s'appliquer parallèlement et donc d'imposer cette obligation à la partie étatique (et éventuellement au GOA disposant d'un contrôle territorial suffisant, si les GOA venaient à être reconnus comme liés par le DIDH). Même si le GOA n'a pas une obligation légale

<sup>556</sup> CICR, « Draft additional protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949 – Commentary », Genève, 1973, p. 141 (article 10, §2), disponible sur [www.loc.gov](http://www.loc.gov); M. BOTHE, K. J. PARTSCH, W. A. SOLF, *New rules for victims of armed conflict: commentary on the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949* (2<sup>ème</sup> édition), *op. cit.*, p. 747.

<sup>557</sup> *Ibid.*, p. 747.

<sup>558</sup> *Ibid.*, p. 747.

<sup>559</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 483.

<sup>560</sup> J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I : Règles*, *op.cit.*, p. 490.

<sup>561</sup> Stockholm Tingsrätt, affaire n° B 3787-16, Jugement, 16 février 2017, <https://casebook.icrc.org/case-study/swedensyria-can-armed-groups-issue-judgments>, §§34, 50.

<sup>562</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 483.

<sup>563</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 310.

d'octroyer à la personne condamnée la possibilité de faire appel, s'il en a la capacité, il est souhaitable qu'il mette en place un tel mécanisme. En effet, le droit de faire appel pourrait éventuellement compenser la parcimonie de certaines garanties procédurales offertes<sup>564</sup>.

Dans tous les cas, lorsque le GOA prévoit la possibilité de faire appel, il doit en informer la personne condamnée et ne peut lui refuser la mise en œuvre de ce droit<sup>565</sup>. Plusieurs GOA prévoient une telle possibilité. Dans la région d'Idlib, en Syrie, une cour d'appel chargée de connaître les décisions rendues en première instance par la « House of Justice » fut mise en place en 2015<sup>566</sup>. Pareillement, règlement interne des FARC prévoit la possibilité de faire appel de la décision d'une cour martiale si la sanction décidée par celle-ci est considérée « *injuste* »<sup>567</sup>. De même, le LTTE, le NDFP et le SPLM/A prévoient un droit d'appel et un appel automatique de tous les jugements imposant la peine capitale<sup>568</sup>.

## Conclusion

Au cours de cette partie III, nous avons soutenu une interprétation souple des règles de DIH présupposant certains attributs étatiques (un tribunal « régulièrement constitué », la notion de « droit »). Reconnaître qu'un acteur non étatique puisse être en mesure, aux yeux du DIH, de produire du droit et de créer des tribunaux est certes « simply to interpret the wording of a specific provision in light of the particular setting in which it is applied »<sup>569</sup>. Si le principe en lui-même n'a rien de « révolutionnaire<sup>570</sup> », il est évident que son application au cas de l'administration de la justice revêtira par contre un tel caractère aux yeux des États. Il pourrait en effet être soulevé que notre approche risque d'octroyer une certaine légitimité aux GOA. Si une telle considération politique doit être tolérée lorsque sont contemplées l'*autorisation* et la *reconnaissance* de l'administration de la justice par un GOA, nous considérons que cela ne doit pas être le cas pour la question de la *réglementation* de celle-ci par le DIH. Par contre s'avère cruciale la question des conséquences de la prise en compte du droit du GOA pour les individus se voyant appliquer celui-ci. En particulier, la possibilité pour un GOA de poursuivre des membres des forces armées adverses pour simple participation aux hostilités et des civils soupçonnés d'apporter leur soutien à celles-ci. Au risque de nous répéter, cela n'est bien

---

<sup>564</sup> La possibilité de faire appel fut notamment invoquée comme compensant certaines lacunes procédurales des juridictions *Gacaca*, v. P. CLARK, *The Gacaca courts, post-genocide justice and reconciliation in Rwanda: justice without lawyers*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 155.

<sup>565</sup> M. BOTHE, K. J. PARTSCH, W. A. SOLF, *New rules for victims of armed conflicts: commentary on the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949* (2<sup>ème</sup> édition), *op. cit.*, §4611.

<sup>566</sup> I.L.A.C., « Syria 2017 », *op.cit.*, p. 88.

<sup>567</sup> R. PROVOST, « FARC justice: rebel rule of law », 2017, p. 16.

<sup>568</sup> S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 550 (Pour le LTTE et NDFP); SPLM/A, « Laws of the new Sudan – The code of criminal procedure », 2003, art. 250.

<sup>569</sup> S. SIVAKUMARAN, « Courts of armed opposition groups: Fair trial or summary justice? », *op.cit.*, p. 508.

<sup>570</sup> *Ibid.*, p. 508.

sûr pas souhaitable. Toutefois, à moins qu'une interdiction similaire soit un jour faite aux États, il est difficile d'un point de vue *juridique* de justifier une telle interdiction aux GOA sans aller à l'encontre du principe de l'égalité des belligérants. Il ne serait pas cohérent d'invoquer ce principe pour justifier la prise en compte des spécificités propres aux GOA en tant que telles par le DIH mais de l'ignorer lorsque surgit la question plus spécifique des comportements pouvant être incriminés par leur droit et jugés devant leurs tribunaux. À tout le moins, il convient d'encourager les GOA à renoncer à engager des poursuites sur cette base et imposer à ceux-ci des normes strictes encadrant celles-ci dans le cas où, malgré tout, ils y procéderaient. En particulier, comme nous l'avons vu, le respect des garanties d'indépendance et d'impartialité sera crucial.

Nous avons également défendu l'idée qu'il est nécessaire de prendre en compte les *capacités matérielles des GOA* afin d'accepter une certaine souplesse dans la mise en œuvre de certaines normes. Une difficulté est bien sûr de fixer les limites de celle-ci. En effet, « at some points, rights cease to be modified and start to be breached<sup>571</sup> ». Remarquons qu'un facteur ayant le potentiel de guider cette appréciation est la gravité de la peine appliquée par le GOA. Par exemple, lorsque l'accusé encourt la peine de mort<sup>572</sup>, une telle souplesse n'est pas souhaitable. Ce raisonnement s'inspire du DIDH dans le cadre duquel il a été considéré à de nombreuses reprises par les organes de protection des droits de l'homme qu'il était crucial que les garanties du procès équitable soient rigoureusement respectées lorsque le procès risque de conduire à l'imposition de la peine capitale et ce en raison du caractère irréversible de celle-ci<sup>573</sup>. Le DIDH prend également en compte le fait que, dans une telle situation, dépend du droit à un procès équitable le respect d'un droit indérogable, à savoir le droit à la vie, pour y interdire toute dérogation lors d'un état d'urgence<sup>574</sup>. Dans une telle situation les garanties judiciaires devraient donc s'appliquer de manière stricte et si le GOA n'est pas en mesure de les respecter, il devra soit s'abstenir de condamner un individu à mort et attendre d'avoir les capacités nécessaires pour prononcer une telle sanction, soit prononcer une peine plus légère. En dehors de cette situation, même si les garanties judiciaires sont interprétées de manière à prendre en compte les spécificités des GOA et à autoriser une souplesse dans leur mise en œuvre, certains d'entre

---

<sup>571</sup> *Ibid.*, p. 309.

<sup>572</sup> Le DIH n'interdit pas la peine de mort mais y pose certaines limites, v. Protocole II, art. 6, §4.

<sup>573</sup> Comité dr. h., « Observation générale n°32 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (Art.14) », doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, §59; pour une analyse de la jurisprudence à cet égard v. W. KÄLIN, « « Death is different » - the death penalty and the right to a fair trial », in *The right to life* (sous la dir. de C. TOMUSCHAT, E. LAGRANGE, S. OETER), Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 21 – 39; W. A. SCHABAS, *The abolition of the death penalty in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 112-131.

<sup>574</sup> Comité dr. h., « Observation générale n°32 : Droit à l'égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (Art.14) », doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, §6; cela est par ailleurs consacré expressément par la CADH à son article 27, §2.

eux n'auront pas la capacité de respecter les garanties procédurales consacrées par le DIH, en particulier les droits de la défense, et devront donc s'abstenir de procéder à l'administration de la justice, sans quoi ils violeront le DIH. Dans une telle situation, il a été suggéré que le GOA interne la personne, si cela s'avère nécessaire<sup>575</sup>.

Sans doute pourrait-on faire remarquer qu'une prise en compte par le DIH des capacités matérielles des GOA risque de générer un nivellement par le bas de la protection offerte aux individus faisant l'objet de poursuites pénales menées par des GOA<sup>576</sup>. Une telle critique est pertinente et il n'existe actuellement pas suffisamment d'informations sur la pratique des GOA relative à l'administration de la justice pour déterminer comment y répondre. Il faut toutefois rappeler qu'il serait encore plus nuisible que le GOA ne prenne même pas la peine de respecter des garanties minimales car celles-ci restent en deça des standards qui leur sont imposés par le DIH.

Pour finir, nous nous permettons d'émettre quelques suggestions. Premièrement, il serait souhaitable que les États s'abstiennent de poursuivre pénalement les individus participant aux procès des GOA, qu'il s'agisse des juges qui y siègent, des avocats qui y plaident ou des témoins qui y comparaissent. Deuxièmement, il serait désirable que lorsqu'un GOA manifeste le souhait d'administrer la justice d'une manière conforme au DIH, il ne soit pas ignoré par la communauté internationale. Un soutien logistique et juridique pourrait éventuellement lui être apporté. De même, des observateurs extérieurs pourraient superviser le déroulement de certains procès. Toutefois, nous admettons qu'il est peu probable que l'État territorial autorise une telle démarche<sup>577</sup> et qu'il est envisageable que des États tiers émettent des objections par crainte de légitimer le GOA<sup>578</sup>.

---

<sup>575</sup> L. DOSWALD-BECK, « Judicial guarantees under Common article 3 », *op.cit.*, p. 490.

<sup>576</sup> N. BHUTA, « Joint series in international law and armed conflict: fair trial guarantees in armed conflict », *EJIL: Talk!*, *op.cit.*

<sup>577</sup> P. ex. : J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 149 (rapporte que MONUSCO comptait envoyer des avocats pour assurer la défense des membres de l'ALC poursuivis devant la cour martiale du groupe mais que le gouvernement de la RDC les en empêcha).

<sup>578</sup> P. ex. : S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 558 (rapporte que lorsque Human Rights Watch proposa de superviser le procès du membre du FMLN accusé d'avoir tué deux soldats américains, les États-Unis s'opposèrent à son intervention).

## **Partie IV. La reconnaissance des jugements rendus par les tribunaux de groupes d'opposition armés**

### **Introduction**

Nous avons abordé, dans la partie III, la réglementation de l'administration de la justice par les GOA aux yeux du DIH. Si les GOA peuvent réaliser cette activité de manière conforme au DIH, cela n'implique pas pour autant que les jugements rendus par leurs organes judiciaires seront reconnus par les acteurs externes au GOA. Se pose donc la question de la phase subséquente à celle du procès: l'éventuelle reconnaissance des jugements rendus par les tribunaux de GOA. Nous allons aborder cette problématique en nous concentrant sur les deux principaux acteurs susceptibles d'être confrontés à un jugement prononcé par le tribunal d'un GOA : la Cour pénale internationale et l'État sur le territoire duquel s'est déroulé le CANI.

### **Chapitre 1. La reconnaissance par la Cour pénale internationale**

La CPI, en supposant qu'elle soit compétente, pourrait-elle juger un individu préalablement condamné pour crime de guerre par le tribunal d'un GOA ou l'affaire serait-elle irrecevable en raison du principe de complémentarité ? Selon le préambule du Statut de Rome, la CPI est « complémentaire des juridictions pénales nationales<sup>579</sup> ». Ces termes sont ambigus en ce qu'ils pourraient être interprétés comme faisant référence aussi bien aux juridictions pénales *de l'État*, qu'aux juridictions pénales fonctionnant *au sein de l'État* (et donc englobant potentiellement celles d'un GOA)<sup>580</sup>. La première interprétation reflèterait l'intention des parties qui, lors de la rédaction du préambule, n'avaient pas envisagé la possibilité qu'un GOA poursuive et condamne, au moyen d'un organe judiciaire qui lui soit propre, un individu pour crimes de guerre<sup>581</sup>. Elle est également conforme au texte de l'article 17, §1, a) et b), qui fait explicitement mention des enquêtes et poursuites menées par un État<sup>582</sup>. L'affaire sera donc recevable même si elle fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part du GOA ou même si le GOA a mené une enquête et décidé de ne pas poursuivre la personne concernée (et pour autant que, en parallèle, l'État lui-même ne mène pas une telle enquête, n'ait pas engagé de telles poursuites ou n'ait pas décidé suite à une enquête de ne pas poursuivre la personne

---

<sup>579</sup> Statut de Rome, préambule, al. 10.

<sup>580</sup> J. KLEFFNER, « The law and policy of complementarity in relation to « criminal proceedings » carried out by non-state organized armed groups », in *The international criminal court and complementarity: from theory to practice* (sous la dir. de C. STAHN et M. M. EL ZEIDY), Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 716.

<sup>581</sup> *Ibid.*, pp. 716-717.

<sup>582</sup> *Ibid.*, p. 717.

concernée<sup>583</sup>)<sup>584</sup>. Toutefois, l'article 17, §1, c), qui a trait à la situation que nous envisageons (c'est-à-dire celle où un jugement a été prononcé par la juridiction d'un GOA), fait, quant à lui, référence à l'article 20, §3, relatif au principe *non bis in idem*. Selon l'article 20, §3, un individu ne peut être jugé une nouvelle fois s'il a déjà été jugé par une « autre juridiction <sup>585</sup> » pour un même comportement. Si certains avancent qu'il est douteux que ce terme puisse également couvrir les juridictions des GOA car les délégués lors de la Conférence de Rome de 1998 n'avaient pas envisagé une telle situation<sup>586</sup>, d'autres soutiennent que cela pourrait être le cas<sup>587</sup>.

Si les jugements prononcés par le tribunal d'un GOA sont susceptibles d'entraîner l'irrecevabilité d'une affaire devant la CPI en raison du principe *non bis in idem*, il pourrait être craint que les GOA emploient leurs tribunaux pour conduire des procès visant à condamner leurs membres pour crimes de guerre à une peine minimale afin d'échapper à un procès devant la CPI<sup>588</sup>. Toutefois, l'article 20, §3, a) et b) du statut de Rome prévoit qu'une précédente condamnation n'entraîne pas l'irrecevabilité de l'affaire si la procédure devant l'autre juridiction « avait pour but de soustraire la personne à sa responsabilité pénale <sup>589</sup> » ou n'a pas été menée « de manière indépendante et impartiale, dans le respect des garanties d'un procès équitable prévues par le droit international, mais d'une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec l'intention de traduire l'intéressé en justice <sup>590</sup> ». À cet égard deux questions se posent. Premièrement, peut-il suffire que le GOA ait condamné l'individu non pas pour crime de guerre mais pour un crime ordinaire (par exemple pour meurtre) ou, au contraire, est-ce qu'il sera considéré que cela démontre que le GOA souhaitait

---

<sup>583</sup> À moins que l'État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête et les poursuites » ou que sa décision de ne pas poursuivre l'individu ne résulte d'un « manque de volonté ou de (son) incapacité de mener véritablement à bien des poursuites » (Statut de Rome, art. 17, §1, a) et b)).

<sup>584</sup> J. KLEFFNER, « The law and policy of complementarity in relation to « criminal proceedings » carried out by non-state organized armed groups », *op.cit.*, p. 717; C. RYNGAERT A. VAN DE MEULEBROUCKE, « Enhancing and enforcing compliance with international humanitarian law by non-state armed groups: an inquiry into some mechanisms », *op.cit.*, p. 471 (qui, quant à eux, semblent suggérer qu'il serait tout de même possible d'interpréter le terme « État » comme renvoyant aux « judicial institutions active on the territory of a State »); W. A. SCHABAS, M. M. EL ZEIDY, « Article 17: issues of admissibility », in *The Rome Statute of the International Criminal Court – a commentary* (sous la dir. de O. TRIFFTERER, K. AMBOS), Munchen *et al.*, C.H. Beck *et al.*, 2016, p. 794.

<sup>585</sup> Statut de Rome, art. 20, §3 (« Quiconque a été jugé par une autre juridiction pour un comportement tombant aussi sous le coup des articles 6, 7 ou 8 ne peut être jugé par la Cour que si (...) »)

<sup>586</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 165.

<sup>587</sup> J. KLEFFNER, « The law and policy of complementarity in relation to « criminal proceedings » carried out by non-state organized armed groups », *op.cit.*, p. 718; P. ROWE, « War crimes », in *The permanent international criminal court – Legal and policy issues* (sous la dir. de D. MCGOLDRICK, P. ROWE, E. DONNELLY), Oxford, Hart, 2004, p. 227; W. A. SCHABAS, M. M. EL ZEIDY, « Article 17: issues of admissibility », *op.cit.*, p. 794; S. SIVAKUMARAN, *The law of non-international armed conflict*, *op.cit.*, p. 486.

<sup>588</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 161.

<sup>589</sup> Statut de Rome, art. 20, §3, a).

<sup>590</sup> Statut de Rome, art. 20, §3, b).

soustraire l'individu à sa responsabilité pénale<sup>591</sup> ? En ce qui concerne les jugements prononcés par des États, il a été suggéré par certains que cela serait suffisant<sup>592</sup>. Deuxièmement, dans le cas où l'individu aurait été acquitté, quel poids donnera la CPI au DIDH lorsqu'elle appréciera les « garanties d'un procès équitable prévues par le droit international »<sup>593</sup>?

## Chapitre 2. La reconnaissance par les juridictions étatiques

Selon le CICR, rien dans l'article 3 commun n'implique qu'« un État doit reconnaître ou donner un effet juridique aux conclusions d'un procès ou d'autres procédures judiciaires conduits par une partie non étatique au conflit<sup>594</sup> ». Les États sont donc libres de reconnaître ou pas les jugements rendus par les tribunaux de GOA. Il pourrait être avancé que le principe *non bis in idem* pourrait, à tout le moins, contraindre les juridictions étatiques à ne pas juger une nouvelle fois pour les mêmes faits un individu condamné ou acquitté par le tribunal d'un GOA. Cela n'est toutefois pas le cas. Au cours d'un CANI, nous avons vu que le principe *non bis in idem* tel que consacré par le DIH ne s'applique qu'aux procès conduits par une même partie au conflit<sup>595</sup>. En ce qui concerne le principe *non bis in idem* tel que consacré par le DIDH, il interdit qu'un individu soit jugé une nouvelle fois pour les mêmes faits devant les juridictions « d'un même État<sup>596</sup> ». Il semble donc que le principe *non bis in idem* tel que consacré par le DIDH n'interdit pas non plus qu'un individu ayant été condamné par le tribunal d'un GOA soit jugé une nouvelle fois par les juridictions étatiques<sup>597</sup>.

Un État reste donc libre de décider quel effet juridique reconnaître aux jugements prononcés par les juridictions de GOA. Il est évident que les États sont réticents à reconnaître un quelconque effet aux jugements ainsi rendus. Toutefois, dans certaines circonstances, il est envisageable qu'une reconnaissance soit octroyée par ceux-ci à de tels jugements. Par exemple, le GOA pourrait être victorieux et prendre la tête de l'État (qu'il s'agisse de l'État contre lequel il était en conflit<sup>598</sup> ou d'un

---

<sup>591</sup> Nous avons vu qu'il a été suggéré que, pour des raisons pratiques, un GOA condamne un individu sur cette base, v. Partie III, Chapitre 1, Section 2, §4, 2.

<sup>592</sup> W. SCHABAS, *Introduction to the international criminal court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 204.

<sup>593</sup> Certains considèrent que celles-ci seront appréciées sur base du DIDH, v. I. TALLGREN, A. REISINGER CORACINI, « Article 20 : *Ne bis in idem* », in *The Rome Statute of the International Criminal Court – a commentary* (sous la dir. de O. TRIFFTERER, K. AMBOS), Munchen *et al.*, C.H. Beck *et al.*, 2016, p. 926; V. également : Statut de Rome, article 21, §3.

<sup>594</sup> CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), *op.cit.*, §695.

<sup>595</sup> V. Partie III, Chapitre 2, Section 2.

<sup>596</sup> J. WILLMS, « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *op. cit.*, p. 164; v. également PIDCP, art. 14, §7; CADH, art. 8, §4; Protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Strasbourg le 22 octobre 1984, art. 4, §1.

<sup>597</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>598</sup> P. ex., le Conseil national de transition en Lybie et le NRA en Uganda.

nouvel État créé, par exemple, suite à une sécession<sup>599</sup>) ou le GOA pourrait encore être transformé en parti politique et participer à un gouvernement de coalition suite à un cessez-le-feu<sup>600</sup>. Dans une telle situation, la question inverse se posera, et nous clôturerons ce chapitre sur celle-ci : est-ce que l'État pourra être contraint de ne pas reconnaître le jugement rendu par le tribunal du GOA ? Un individu condamné par le tribunal d'un GOA pourrait contester la reconnaissance par l'État du jugement dont il a fait l'objet en invoquant le DIDH. Si un GOA n'est pas tenu par le DIDH, un État, quant à lui, l'est et il pourrait lui être reproché de violer *indirectement* le droit à un procès équitable de l'individu en question en donnant effet au jugement en question. En effet, quand bien même un jugement aurait été rendu par le GOA dans le respect du DIH (interprété à la lumière du DIDH), nous avons vu qu'il est douteux que le procès soit conforme au DIDH *en tant que tel* si celui-ci avait été applicable<sup>601</sup>.

---

<sup>599</sup> P. ex., le SPLM/A après que le Soudan du Sud ait fait sécession de la République du Soudan.

<sup>600</sup> P. ex., le MLC et le FMLN.

<sup>601</sup> P. ex., l'exigence d'un tribunal établi conformément à la loi.

## Conclusion

Nous avons ouvert ce mémoire en posant la question suivante : comment rendre le DIH plus réaliste pour les GOA sans pour autant l'affaiblir ? Au cours de ce travail nous avons tenté de déterminer comment un équilibre entre ces deux préoccupations pourrait être atteint en ce qui concerne l'administration de la justice. Pour clore ce mémoire, nous ne reviendrons pas sur les remarques conclusives spécifiques à ses différentes parties déjà été formulées, nous nous contenterons d'émettre quelques remarques générales. Tout au long de nos recherches et de notre réflexion, plusieurs constats et questionnements ont surgi et nous ont poursuivis.

Premièrement, la problématique de l'administration de la justice par les GOA nous a confrontés à la question de l'interaction entre les différentes branches du droit international s'appliquant, directement ou indirectement, aux GOA et a mis en exergue les différences fondamentales entre celles-ci, tant en ce qui concerne les destinataires pour lesquels elles furent élaborées que la dynamique les animant.

Nous avons abordé la question de l'influence des normes de DIDH relatives au procès équitable sur celles de DIH. Il est incontestable que l'humanisation du DIH est un développement positif. Toutefois, la problématique de l'administration de la justice par un GOA au cours d'un CANI souligne les différences fondamentales entre ces deux branches du droit international. D'une part, le DIDH, contrairement au DIH, a été conçu pour s'appliquer à des États. Si dans certaines situations un GOA peut en effet exercer sur des individus un contrôle similaire à celui d'un État, il n'aura jamais les mêmes caractéristiques que celui-ci. Contrairement aux États, les GOA seront souvent des entités volatiles et temporaires, ils n'auront jamais la possibilité d'adopter un droit résultant d'un processus démocratique et jouissant d'une reconnaissance interne et internationale, ils n'auront pas toujours un contrôle territorial et encore moins un contrôle territorial stable et ils ne disposeront pas souvent de moyens logistiques développés. D'autre part, une dynamique distincte anime le DIDH et le DIH. Le DIDH a une visée aspirationnelle, il cherchera toujours à offrir le meilleur respect possible des droits des individus. Le DIH bien qu'empreint d'un souci d'humanité, doit concilier celui-ci avec le pragmatisme nécessaire à un droit conçu pour s'appliquer à une situation de conflit armé au cours de laquelle il ne sera pas souvent possible d'offrir une protection *optimale* des droits des individus. Nous avons abordé ces deux différences fondamentales au cours de ce mémoire et nous avons tenté de montrer comment celles-ci pourraient éventuellement être prises en compte lorsque les normes du DIH doivent être interprétées à la lumière du DIDH. Toutefois, face à ces points de tension, le principe de la *lex specialis*

comme outil d'interprétation fut confronté à ses limitations car s'il permet d'employer les normes du DIDH, plus précises, afin d'éclairer les normes plus générales du DIH, il ne dit pas *comment* ni *jusqu'à quel point*. Comme le démontre le débat autour des termes « régulièrement constitués », il est aisé d'ignorer les différences entre le DIH et le DIDH lorsqu'un certain résultat est souhaité et que le second est employé pour interpréter le premier. Il est nécessaire d'établir une méthodologie plus rigoureuse permettant de guider l'articulation entre les normes de ces deux branches du droit relatives à l'administration de la justice afin que le DIH s'inspire du DIDH tout en préservant son identité (par exemple puisse avoir une conception « autonome » de ce qu'est le « droit »).

Nous avons également abordé le droit international pénal, à travers le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Ce principe, initialement conçu pour s'appliquer aux membres des forces armées étatiques, requiert que le commandement d'un groupe armé punisse au moyen de sanctions pénales ses subordonnés ayant violé le DIH. En pratique, le commandement du GOA n'aura souvent pas d'autres alternatives que d'administrer lui-même ces sanctions pénales. Le DIH entrera alors en jeu. Toutefois, nous avons vu dans la Partie III que les normes du DIH, même si interprétées d'une manière souple, restent exigeantes. Tous les GOA n'auront pas la capacité de mettre en place un tribunal amené à exercer une fonction répressive tout en respectant le DIH. Est-il dès lors raisonnable de continuer à exiger des groupes armés qu'ils prennent des sanctions pénales pour punir leurs membres ayant violé le DIH ? De plus, nous avons vu que, suite à l'arrêt *Bemba*, la question se pose de l'existence d'une éventuelle obligation faite au supérieur hiérarchique d'employer le système judiciaire du GOA, lorsque celui-ci existe, pour administrer une sanction pénale. Nous pouvons nous demander si une telle obligation est raisonnable lorsqu'il est clair, aux yeux du supérieur hiérarchique, que le système judiciaire du GOA ne respecte pas les exigences du DIH (comme cela était le cas pour les cours martiales du MLC). Certes, une sanction ne doit pas nécessairement être conforme au DIH pour être efficace et remplir sa fonction préventive et punitive, mais cela ne risquerait-il pas d'introduire un double standard en tolérant un procès moins équitable dans le but de sanctionner un membre du GOA ayant violé le DIH ? Un tel constat est, bien sûr, inconfortable, mais doit être confronté et approfondi.

Deuxièmement, nous avons été confrontés au potentiel mais également aux limites de la prise en compte des capacités des GOA par le DIH. Reconnaître que les GOA puissent administrer la justice de manière conforme au DIH, en créant eux-mêmes leurs propres organes judiciaires, est nécessaire. Cela permettrait non seulement de favoriser une meilleure appropriation des normes de DIH par ceux-ci, mais également de leur donner la faculté d'assurer le respect de ces normes. S'il est crucial de prendre en compte les abus qui pourraient résulter de l'exercice d'une fonction judiciaire par les GOA,

il est tout aussi important de garder à l'esprit les abus qui risqueraient de résulter de l'absence de celle-ci. Cela étant, la prise en compte des spécificités des GOA a ses limites. Le respect des différentes normes abordées au cours de la Partie III de ce mémoire nécessite certaines capacités matérielles qui ne sont pas à la portée de tout GOA et dépend, bien sûr, fortement de la volonté des GOA eux-mêmes. À cet égard un engagement plus fort de la communauté internationale envers les GOA ayant la volonté de respecter le DIH serait le bienvenu. Cet engagement pourrait se traduire non seulement par un éventuel soutien logistique et juridique (bien que comme nous l'avons vu dans la conclusion de la Partie III, l'État territorial risque de ne pas faciliter celui-ci), mais également par l'octroi aux GOA d'un « droit » de juger lorsqu'ils respectent le DIH.

Troisièmement, il est difficile d'appréhender, en tant que juriste ayant été formée au système judiciaire d'un *État en paix*, les difficultés que peuvent rencontrer les GOA en pratique. Des recherches et des échanges plus nombreux avec les GOA qui ont volonté de respecter le DIH sont nécessaires afin d'apporter une réponse complète à la question de savoir comment rendre les normes applicables à ceux-ci plus réalistes sans pour autant nuire à la protection des individus qu'ils seront amenés à juger.

Un conflit armé est l'antithèse d'une situation idéale et, comme ce mémoire l'illustre, il est difficile de trouver une solution pleinement satisfaisante aux problématiques surgissant au cours de celui-ci. Ce que l'on souhaite, en tant que personne, n'est pas toujours reflété par le droit et doit parfois être concilié avec le réalisme nécessaire à l'appréhension d'un tel phénomène. Cela étant, nous nous permettons tout de même de conclure ce travail sur une petite touche d'idéalisme en citant Philip Allott: « A society which did not contain the idea of the ideal would be, at best, a static society or, more probably, a self-destroying society<sup>602</sup> ».

---

<sup>602</sup> P. ALLOTT, *Eunomia – New order for a new world* (2<sup>ème</sup> édition), Oxford, Oxford University Press, 2001, p. xxii.

# Bibliographie

## §1. Législation

### Législation internationale

- ◆ Charte arabe des droits de l'homme, signée à Tunis le 22 mai 2004, disponible sur [www.acihr.org](http://www.acihr.org)
- ◆ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, signé à Rome le 17 juillet 1998, disponible sur [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).
- ◆ Protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Strasbourg le 22 octobre 1984, disponible sur [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).
- ◆ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, signée à Nairobi le 27 juin 1981, disponible sur [www.achpr.org](http://www.achpr.org).
- ◆ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés non internationaux (Protocole II), signé à Genève le 8 juin 1977, disponible sur [www.icrc.org](http://www.icrc.org).
- ◆ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés internationaux (Protocole I), signé à Genève le 8 juin 1977, disponible sur [www.icrc.org](http://www.icrc.org).
- ◆ Convention américaine relative aux droits de l'homme, signée à San José le 22 novembre 1969, disponible sur [www.cidh.oas.org](http://www.cidh.oas.org).
- ◆ Convention de Vienne sur le droit des traités, signée à Vienne le 23 mai 1969, disponible sur [www.treaties.un.org](http://www.treaties.un.org).
- ◆ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signé à New York le 16 décembre 1966, disponible sur [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).
- ◆ Convention européenne des droits de l'homme et libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, disponible sur [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).
- ◆ Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, signée à Genève le 12 août 1949, disponible sur [www.icrc.org](http://www.icrc.org).
- ◆ Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, signée à Genève le 12 août 1949, disponible sur [www.icrc.org](http://www.icrc.org).
- ◆ Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, disponible sur [www.icrc.org](http://www.icrc.org).

## Législation non étatique

- ◆ FMLN, « Principles, Norms and Measures ordered by FMLN in the course of the war »
- ◆ MILF/BIAF, « General order n° 1 : An order promulgating a code of conduct regulating the affairs of the bangsamoro islamic forces, prescribing its power, duties and functions and other related purposes » (2<sup>ème</sup> édition), 2006, disponible sur [www.theirwords.org](http://www.theirwords.org).
- ◆ NDFP/NPA, « Basic rules of the New People's Army », disponible sur [www.theirwords.org](http://www.theirwords.org).
- ◆ NDFP, « Guide for establishing the people's democratic government », 1972, disponible sur [www.theirwords.org](http://www.theirwords.org).
- ◆ FARC-EP, « Reglamento de régimen disciplinario de las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia », disponible sur <https://www.farc-ep.co/octava-conferencia/reglamento-de-regimen-disciplinario-farc-ep.html>.
- ◆ NPA, « Basic rules of the New People's Army », disponible sur [www.theirwords.org](http://www.theirwords.org).
- ◆ NRA, « The National Resistance Army code of conduct », disponible sur [www.theirwords.org](http://www.theirwords.org).
- ◆ NRA, « National Resistance Army Statute », 1992, disponible sur [www.theirwords.org](http://www.theirwords.org).
- ◆ SFR, « The statute of the Sudan Revolutionary Front of 2012 », 2012, disponible sur [www.theirwords.org](http://www.theirwords.org).
- ◆ SPLM/A, « Laws of the new Sudan - The SPLA Act », 2003.
- ◆ SPLM/A, « Laws of the new Sudan – The penal code », 2003, disponible sur [www.gurtong.net](http://www.gurtong.net).
- ◆ SPLM/A, « The high judicial council Act », 2003, disponible sur [www.gurtong.net](http://www.gurtong.net).
- ◆ SPLM-N, « Resolution No. (6) – 2013 establishing a Human Rights Court », 2013.
- ◆ Émirat islamique d'Afghanistan, « Code de conduite (*Layha*) », 2010, reproduit et traduit en annexe à M. MUNIR, « The *Layha* for the Mujahideen: an analysis of the code of conduct for the Taliban fighters under islamic law », *I.R.R.C.*, 2011, pp. 103-120.
- ◆ YPG, « YPG Rules of procedure », reproduit et traduit en annexe à Human Rights Watch, « Under kurdish rule – Abuses in PYD-run enclaves of Syria ».

## Soft law

- ◆ CPI, *Éléments des crimes*, 2011, La Haye, CPI, disponible sur [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).
- ◆ Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre par l'Assemblée générale des Nations Unies (Résolution 217 A (III)), disponible sur [www.un.org](http://www.un.org).

## Conférences diplomatiques de 1949 et 1974-1977

- ◆ Département fédéral des affaires étrangères, « Official records of the diplomatic conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts, Geneva (1974-1977) », Volume VIII, Berne, 1978, disponible sur [www.loc.gov](http://www.loc.gov).
- ◆ Département fédéral des affaires étrangères, « Official records of the diplomatic conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts, Geneva (1974-1977) », Volume IX, Berne, 1978, disponible sur [www.loc.gov](http://www.loc.gov).
- ◆ Département politique fédéral, « Final record of the diplomatic conference of Geneva of 1949 », Volume II, Section B, Berne, 1949, disponible sur [www.loc.gov](http://www.loc.gov).

## §2. Jurisprudence

### Jurisprudence internationale

- ◆ C.P.I., Chambre préliminaire I, *Situation en République du Mali (Le procureur c. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud)*, ICC-01/12-01/18, Mandat d'arrêt, 27 mars 2018 (01 mai 2018), disponible sur [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).
- ◆ C.P.I., Chambre de première instance III, *Situation en République centrafricaine (Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo)*, ICC-01/05-01/08, jugement, 21 mars 2016 disponible sur [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).
- ◆ Cour eur. D. H., arrêt Mozer c. République de Moldova et Russie du 23 février 2016, disponible sur [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).
- ◆ T.P.I.Y., Chambre de première instance II, *Le procureur c. Vlastimir Dordević*, IT-05-87/1-T, jugement, 23 février 2011, disponible sur [www.icty.org](http://www.icty.org).
- ◆ C.P.I., Chambre préliminaire II, *Situation en République centrafricaine (Le procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo)*, ICC-01/05-01/08, décision, 15 juin 2009, disponible sur [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).
- ◆ T.S.S.L., Trial Chamber I, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, SCSL-04-15-T, jugement, 2 mars 2009, disponible sur [www.rscsl.org](http://www.rscsl.org).
- ◆ T.P.I.Y., Chambre d'appel, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović, Amir Kubura*, IT-01-47-A, arrêt, 22 avril 2008, disponible sur [www.icty.org](http://www.icty.org).
- ◆ A.C.H.P.R., Article 19 / Eritrea, Comm. 275/2003, 30 mai 2007, disponible sur [www.achrpr.org](http://www.achrpr.org)
- ◆ Cour eur. D. H., arrêt Ergin c. Turquie du 4 mai 2006, disponible sur <http://www.echr.coe.int>.
- ◆ T.P.I.Y., Chambre de première instance, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović, Amir Kubura*, IT-01-47-T, jugement, 15 mars 2006, disponible sur [www.icty.org](http://www.icty.org).

- ◆ C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, arrêt, 19 décembre 2005, disponible sur [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).
- ◆ C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, 9 juillet 2004, disponible sur [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).
- ◆ Cour eur. D.H., arrêt *Ilascu et autres c. Moldavie et Russie* du 8 juillet 2004, disponible sur [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).
- ◆ T.P.I.Y., Chambre de première instance II, *Le procureur c/ Blagoje Simic, Miroslav Tadic, Simo Zaric*, IT-95-9-T, jugement, 17 octobre 2003, disponible sur [www.icty.org](http://www.icty.org).
- ◆ T.P.I.Y., Chambre d'appel, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic, Amir Kubura*, IT-01-47-AR72, décision relative à l'exception d'incompétence, 16 juillet 2003, disponible sur [www.icty.org](http://www.icty.org).
- ◆ T. P. I. Y., Chambre de première instance, *Le Procureur c. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic, Amir Kubura*, IT-01-47-PT, décision relative à l'exception conjointe d'incompétence, 12 novembre 2002, disponible sur [www.icty.org](http://www.icty.org).
- ◆ Cour eur. D. H., arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001, disponible sur [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).
- ◆ Cour eur. D. H., arrêt *Coëme et autres c. Belgique* du 22 juin 2000, disponible sur [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).
- ◆ A.C.H.P.R., Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyer's Committee for Human Rights, Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa / Soudan, 48/90-50-91-52/91-89/93, 15 novembre 1999, §66, disponible sur [www.achrpr.org](http://www.achrpr.org).
- ◆ T.P.I.Y., Chambre de première instance, *Le procureur c. Zlatko Aleksovski*, IT-95-14/1-T, Jugement, Opinion dissidente du juge Rodrigues (Président de la chambre de 1<sup>ère</sup> instance), 25 juin 1999, disponible sur [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).
- ◆ T.P.I.Y., Chambre de première instance, *Le Procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo*, IT-96-21-T, jugement, 16 novembre 1998, disponible sur [www.icty.org](http://www.icty.org).
- ◆ C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, disponible sur [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).
- ◆ Comité dr. h., *McLawrence v. Jamaica*, Comm. 702/1996, doc ONU CCPR/C/60/D/702/1996, 23 avril 1996, disponible sur [www.hrlibrary.umn.edu](http://www.hrlibrary.umn.edu).
- ◆ T.P.I.Y., Chambre d'appel, *Le Procureur c. Dusko Tadić*, IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, disponible sur [www.icty.org](http://www.icty.org).

- ◆ C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 1986, disponible sur <http://www.icj-cij.org>.

### **Jurisprudence étatique**

- ◆ U.S. Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld, secretary of defense et al.*, 548 U.S. 557 (2006), 29 juin 2006, disponible sur [www.supreme.justia.com](http://www.supreme.justia.com).
- ◆ Stockholm Tingsrätt, affaire n° B 3787-16, Jugement, 16 février 2017, disponible sur <https://casebook.icrc.org/case-study/swedensyria-can-armed-groups-issue-judgments>.

## **§3. Doctrine**

### **Monographies et ouvrages collectifs**

- ◆ ARJONA A., *Rebelocracy: social order in the colombian civil war*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- ◆ ARJONA A., « Civilian resistance to rebel governance », in *Rebel governance in civil war* (sous la dir. de A. ARJONA, N. KASFIR, Z. MAMPILLY), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 180-202.
- ◆ ARNOLD R. et TRIFFTERER O., « Article 28: Responsibility of commanders and other superiors », in *The Rome Statute of the International Criminal Court – a commentary* (sous la dir. de O. TRIFFTERER et K. AMBOS), C.H. Beck *et al.*, Munchen *et al.*, 2016, pp. 1056-1106.
- ◆ BANGERTER O., *Internal control: codes of conduct within insurgent armed groups*, Genève, Small Arms Survey, 2012.
- ◆ BARTER S. J., « The rebel state in society: governance and accommodation in Aceh, Indonesia », in *Rebel governance in civil war* (sous la dir. de A. ARJONA, N. KASFIR, Z. MAMPILLY), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 226-245.
- ◆ BENVENUTI P., BARTOLINI G., « Is there a need for new international humanitarian law implementation mechanisms? », in *Research handbook on human rights and humanitarian law* (sous la dir. de R. KOLB et G. GAGGIOLI), Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2013, pp. 590-627.
- ◆ BOAS G., BISCHOFF J. L., REID N. L., *International criminal law practitioner library series – volume II: Elements of crimes under international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

- ◆ BOAS G., BISCHOFF J. L., REID N. L., *International criminal law practitioner library series – volume I: Forms of responsibility in international criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- ◆ BOTHE M., PARTSCH K. J., WALDEMAR A. S., *New rules for victims of armed conflicts - Commentary on the two 1977 Protocols additional to the Geneva Conventions of 1949* (2<sup>ème</sup> édition), Leiden, Nijhoff, 2013.
- ◆ CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne* (2<sup>ème</sup> édition), Genève, 2016, disponible sur [www.icrc.org](http://www.icrc.org).
- ◆ CLAPHAM A., « The complex relationship between the Geneva Conventions and international human rights law », in *The 1949 Geneva Conventions: A commentary* (sous la dir. De A. CLAPHAM, P. GAETA, M. SASSOLI), Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 701-735.
- ◆ CLAPHAM A., « Focusing on armed non-state actors », in *The Oxford handbook of international law in armed conflict* sous la dir. de A. CLAPHAM, P. GAETA), Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 766-810.
- ◆ CLARK P., *The Gacaca courts, post-genocide justice and reconciliation in Rwanda: justice without lawyers*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- ◆ CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D., WILMSHURST E., *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- ◆ DEBUF E., *Captured in war: lawful internment in armed conflict*, Oxford, Hart, 2013.
- ◆ DE FROUVILLE O., CHAUMETTE A. L., *Droit international pénal*, Paris, A. Pedone, 2012.
- ◆ DE HEMPTINNE J., « The future of international criminal justice: a blueprint for action », in *Realizing utopia – The future of international law* (sous la dir. de A. CASSESE), Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 585-595.
- ◆ DINSTEIN Y., *The international law of belligerent occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- ◆ DÖRMANN K., *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court – sources and commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- ◆ DOSWALD-BECK L., « Judicial guarantees under Common article 3 », in *The 1949 Geneva Conventions – a commentary* (sous la dir. de A. CLAPHAM, P. GAETA, M. SASSOLI), Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 469-494.

- ◆ DOSWALD-BECK L., *Human rights in times of conflict and terrorism*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- ◆ FLECK D., « Perspective on courts established by armed opposition groups », in *Inducing compliance with international humanitarian law – Lessons from the African great lakes region* (sous la dir. de H. KREIGER), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 181-187.
- ◆ GARRAWAY C., « War crimes », in *Perspectives on the ICRC study on customary international humanitarian law* (sous la dir. de WILMSHURST E. et S. BREAU), Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 377- 398.
- ◆ GEIB R., « Common article 1 of the Geneva Conventions: Scope and content of the obligation to « ensure respect » - « narrow but deep » or « wide and shallow»? », in *Inducing compliance with international humanitarian law – Lessons from the African great lakes region* (sous la dir. de H. KREIGER), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 417-441.
- ◆ FLORES ACUNA T., *The united nations mission in El Salvador: a humanitarian law perspective*, La Haye, Kluwer, 1995.
- ◆ FORTIN K., *The accountability of armed groups under human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- ◆ GALLANT K. S., *The principle of legality in international and comparative criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- ◆ GOWLLAND-DEBBAS V., GAGGIOLI G., « The relationship between international human rights and humanitarian law: an overview », in *Research handbook on human rights and humanitarian law* (sous la dir. de R. KOLB et G. GAGGIOLI), Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2013, pp. 77-103.
- ◆ HENCKAERTS J.-M., WIESENER C., « Human rights obligations of non-state armed groups: a possible contribution from customary international law? », in *Research handbook on human rights and humanitarian law* (sous la dir. de R. KOLB et G. GAGGIOLI), Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 146-169.
- ◆ HENCKAERTS J.-M., « Concurrent application of international humanitarian law and human rights law: a victim perspective », in *International humanitarian law and human rights law: towards a new merger in international law* (sous la dir. de R. ARNOLD, N. QUENIVET), Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, PP.237-267.
- ◆ HENCKAERTS J.-M., DOSWALD-BECK L., *Droit international humanitaire coutumier – Volume I: Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- ◆ HILL-CAWTHORNE L., *Detention in non-international armed conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

- ◆ JINKS D., « International human rights law in time of armed conflict », in *The Oxford handbook of international law in armed conflict* (sous la dir. de A. CLAPHAM et P. GAETA), Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 656- 674.
- ◆ KÄLIN W., « « Death is different » - the death penalty and the right to a fair trial », in *The right to life* (sous la dir. de C. TOMUSCHAT, E. LAGRANGE, S. OETER), Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 21-39.
- ◆ KASFIR N., « Rebel governance – Constructing a field of inquiry: definitions, scope, patterns, order, causes », in *Rebel governance in civil war* (sous la dir. de A. ARJONA, N. KASFIR, Z. MAMPILLY), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 21-46.
- ◆ KLEFFNER J., « The law and policy of complementarity in relation to « criminal proceedings » carried out by non-state organized armed groups », in *The international criminal court and complementarity: from theory to practice* (sous la dir. De C. STAHN et M. M. EL ZEIDY), Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 707-720.
- ◆ KOLB R., *The law of treaties: an introduction*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016.
- ◆ KOLB R., *Advanced introduction to international humanitarian law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014.
- ◆ KOLB R., « Human rights law and international humanitarian law between 1945 and the aftermath of the Teheran conference of 1968 », in *Research handbook on human rights and humanitarian law* (sous la dir. de R. KOLB et G. GAGGIOLI), Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 35-74.
- ◆ KOLB R., HYDE R. *An introduction to the international law of armed conflict*, Oxford, Hart, 2008.
- ◆ LEDWIGE F., *Rebel law: insurgents, courts and justice in modern conflict*, Londres, Hurst, 2017.
- ◆ MAMPILLY Z., *Rebel rulers: insurgent governance and civilian life during war*, Ithaca, Cornell University Press, 2011.
- ◆ MERON T., *The humanization of international law*, Leiden, Nijhoff, 2006.
- ◆ METTRAUX G. *The law of command responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- ◆ MILANOVIC M., «Accounting for the complexity of the law applicable to modern armed conflicts », in *Complex battlespaces: The law of armed conflict and the dynamics of modern warfare* (sous la dir. de C. FOX, S. REEVES, W. WILLIAMS) Oxford, Oxford University Press, à venir, p. 16 (disponible sur [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com))

- ◆ MILANOVIC M., « Extraterritorial derogations from human rights treaties in armed conflict », in *The frontiers of human rights: extraterritoriality and its challenges* (sous la dir. de N. BHUTA), Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 55-88.
- ◆ MILANOVIC M., « Norm conflicts, international humanitarian law and human rights law », in *Human rights and international humanitarian law* (sous la dir. de O. BEN-NAFTALI), Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 95-125.
- ◆ MOIR L., « Non-international armed conflict and guerilla warfare », in *International criminal law* (sous la dir. de C. BASSIOUNI), Volume I, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 323-354.
- ◆ MOIR L., *The law of internal armed conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- ◆ MURRAY D., *Human rights obligations of non-state armed groups*, Oxford, Hart, 2016.
- ◆ NAGAMINE Y., *The legitimization of the Taliban's code of conduct – Through the one-way mirror*, New-York, Palgrave Macmillan, 2015.
- ◆ NOWAK M., *UN Covenant on civil and political rights: CCPR commentary*, Kehl, Engel, 2005.
- ◆ OKTAV Ö. Z., PARLAR DAL E., KURSUN M., « Reframing and reassessing the VNSAs in Syrian conflict: an introduction », in *Violent non-state actors and the syrian civil war: the ISIS and YPG cases* (sous la dir. de Ö. Z. OKTAV, E. PARLAR DAL, M. KURSUN), Cham, Springer, 2018, pp. 1-31.
- ◆ QUENIVET N., « The history of the relationship between international humanitarian law and human rights law », in *International humanitarian law and human rights law: towards a new merger in international law* (sous la dir. de R. ARNOLD, N. QUENIVET), Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 1-12.
- ◆ RODLEY N., « Non-state actors and human rights », in *Routledge Handbook of international human rights law* (sous la dir. de S. SHEERAN et N. RODLEY), New-York, Routledge, 2013, pp. 523-544.
- ◆ ROWE P., *The impact of human rights law on armed forces*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- ◆ ROWE P., « War crimes », in *The permanent international criminal court – Legal and policy issues* (sous la dir. de D. MCGOLDRICK, P. ROWE, E. DONNELLY), Oxford, Hart, 2004, pp. 203-230.
- ◆ SANDOZ Y., SWINARSKI C., ZIMMERMAN B. (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 aout 1949*, Genève, CICR, 1987.
- ◆ SASSOLI M., GRIGNON J., « Les limites du droit international pénal et de la justice pénale internationale dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire », in *Le droit*

*international face aux défis du XXIème siècle* (sous la dir. de A. BIAD, P. TAVERNIER), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 133-154.

- ◆ SASSOLI M., « The role of human rights and international humanitarian law in new types of armed conflict », in *International humanitarian law and international human rights law* (sous la dir. de O. BEN-NAFTALI), Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 34-95.
- ◆ SASSOLI M., « *Ius ad bellum* and *Ius in bello* – The separation between the legality of the use of force and humanitarian rules to be respected in warfare: crucial or outdated? », in *International law and armed conflict: exploring the faultlines* (sous la dir. de M. N. SCHMITT et J. PEJIC), Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 241-264.
- ◆ SCHABAS W.A., EL ZEIDY M. M., « Article 17: issues of admissibility », in *The Rome Statute of the International Criminal Court – a commentary* (sous la dir. de O. TRIFFTERER et K. AMBOS), Munchen *et al.*, C.H. Beck *et al.*, 2016, pp. 781-831.
- ◆ SCHABAS W. A., *The european convention on human rights: a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- ◆ SCHABAS W. A., *Introduction to the international criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- ◆ SCHABAS W. A., *The abolition of the death penalty in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- ◆ SIVAKUMARAN S., « Implementing humanitarian norms through non-State armed groups », in *Inducing compliance with international humanitarian law – Lessons from the African great lakes region* (sous la dir. de H. KREIGER), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 125-146.
- ◆ SIVAKUMARAN S., *The law of non-international armed conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- ◆ SUYKENS B., « Comparing rebel rule through revolution and naturalization: ideologies of governance in Naxalite and Naga India », in *Rebel governance in civil war* (sous la dir. de A. ARJONA, N. KASFIR, Z. MAMPILLY), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 138-157.
- ◆ TALLGREN I., REISINGER CORACINI A., « Article 20: *Ne bis in idem* », in *The Rome Statute of the International Criminal Court – a commentary* (sous la dir. de O. TRIFFTERER et K. AMBOS), Munchen *et al.*, C.H. Beck *et al.*, 2016, pp. 899-931.
- ◆ TRECHSEL S., *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- ◆ WEINSTEIN J., *Inside rebellion – The politics of insurgent violence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

- ◆ WEISSBRODT D., « International fair trial guarantees », *in the Oxford handbook of international law in armed conflict* (sous la dir. de A. CLAPHAM et P. GAETA), Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 411-440.
- ◆ WILLMS J., « Courts of armed groups - a tool for inducing higher compliance with international humanitarian law? », *in Inducing compliance with international humanitarian law – Lessons from the African great lakes region* (sous la dir. de H. KREIGER), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 149-180.
- ◆ ZEGVELD L., *Accountability of armed opposition groups in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

### **Reuves et périodiques**

- ◆ BOND J. E., « Application of the law of war to internal conflicts », *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 1973, pp. 345-384.
- ◆ CLAPHAM A., « Detention by armed groups under international law », *Int'l L. Stud.*, 2017, pp. 1-44.
- ◆ DEPIAZZA J., « Denial of fair trial as an international crime: precedent for pleading and proving it under the Rome Statute », *J.I.C.J.*, 2017, pp. 257-289.
- ◆ DROEGE C., « Elective affinities? Human rights and humanitarian law », *I.R.R.C.*, 2008, pp. 501-548.
- ◆ FIERENS J., « Gacaca courts: between fantasy and reality », *J.I.C.J.*, 2005, pp. 896-919.
- ◆ GOODMAN R., « Authorization versus regulation of detention in non-international armed conflicts », *Int'l L. Stud.*, 2015, pp. 155-170.
- ◆ HEFFES E., « Generating respect for international humanitarian law: the establishment of courts by organized non-state armed groups in light of the principle of equality of belligerents », *Y.I.H.L.*, 2015, pp. 181-201.
- ◆ HENCKAERTS J.-M., « Customary international law: a response to US comments », *I.R.R.C.*, 2007, pp. 473-488.
- ◆ KLAMBERG M., « The legality of rebel courts during non-international armed conflicts », *J.I.C.J.*, 2018, pp. 1-29.
- ◆ KOLB R., « La bonne foi en droit international public (1) », *R.B.D.I.*, 1998, pp. 661-732.
- ◆ LA ROSA A.-M., WUERZNER C., « Armed groups, sanctions and implementation of international humanitarian law », *I.R.R.C.*, 2008, pp. 327-341.

- ◆ LONGMAN T., « An assessment of Rwanda's Gacaca courts », *Peace review*, 2009, pp. 304-312.
- ◆ LUBELL N., « Challenges in applying human rights law to armed conflict », *I.R.R.C.*, 2005, pp. 737-754.
- ◆ MUNIR M., « The *Layha for the Mujahideen*: an analysis of the code of conduct for the Taliban fighters under islamic law », *I.R.R.C.*, 2011, pp. 81-102.
- ◆ MUNIR M., « Annex - The *Layha for the Mujahideen*: an analysis of the code of conduct for the Taliban fighters under islamic law », *I.R.R.C.*, 2011, pp. 103-120.
- ◆ MURRAY D., « Non-state armed groups, detention authority in non-international armed conflict, and the coherence of international law: searching for a way forward », *L.J.I.L.*, 2017, pp. 435-456.
- ◆ NERLICH V., « Superior responsibility under article 28 ICC Statute – For what exactly is the superior held responsible? », *J.I.C.J.*, 2007, pp. 665-682.
- ◆ OLSON L. M., « Practical challenges of implementing the complementarity between international humanitarian and human rights law », *Case W. Res. J. Int'l L.*, 2009, pp. 437-461.
- ◆ PEJIC J., « The protective scope of common article 3: more than meet the eye », *I.R.R.C.*, 2011, pp. 189-225.
- ◆ PROVOST R., « FARC justice: rebel rule of law », 2017, source inédite.
- ◆ RODENHÄUSER T., « Armed groups, rebel coalitions and transnational groups: the degree of organization required from non-State armed groups to become party to a non-international armed conflict », *Y.I.H.L.*, 2017, pp. 3-35.
- ◆ RYNGAERT C., VAN DE MEULEBROUCKE A., « Enhancing and enforcing compliance with international humanitarian law by non-state armed groups: an inquiry into some mechanisms », *J.C.S.L.*, 2012, pp. 443-472.
- ◆ RYNGAERT C., « Human rights obligations of armed groups », *R.B.D.I.*, 2008, pp. 355-381.
- ◆ SASSOLI M., « Introducing a sliding-scale of obligations to address the fundamental inequality between armed groups and states? », *I.R.R.C.*, 2011, pp. 426-431.
- ◆ SASSOLI M., « Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law », *J.I.H.L.S.*, 2010, pp. 5-51.
- ◆ SIORDET F., « The Geneva Conventions and civil war (concluded) », *Revue internationale de la Croix-Rouge et Bulletin international des sociétés de la Croix-Rouge*, 1950, pp. 201-218.
- ◆ SIVAKUMARAN S., « Command responsibility in irregular groups », *J.I.C.J.*, 2012, pp. 1129-1150.

- ◆ SIVAKUMARAN S., « Re-envisaging the international law of internal armed conflict », *E.J.I.L.*, 2011, pp. 219-264.
- ◆ SIVAKUMARAN S., « Les engagements pris par les groupes armés et les enseignements à en tirer pour le droit des conflits armés: définition des cibles légitimes et prisonniers de guerre », *I.R.R.C.*, 2011, pp. 163-184.
- ◆ SIVAKUMARAN S., « Courts of armed opposition groups: fair trial or summary justice? », *J.I.C.J.*, 2009, pp. 489-513.
- ◆ SOMER J., « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *I.R.R.C.*, 2007, pp. 655-690.
- ◆ TUCK D., « Detention by armed groups: overcoming challenges to humanitarian action », *I.R.R.C.*, 2011, pp. 759-782.
- ◆ WERY M., DEPRez C., « La responsabilité du supérieur hiérarchique devant la Cour pénale internationale: une première synthèse à la lumière du jugement prononcé dans l'affaire Bemba », *Rev. Dr. ULg*, 2016, pp. 319- 341.

### **Blogs juridiques**

- ◆ BHUTA N., « Joint series in international law and armed conflict: fair trial guarantees in armed conflict », *EJIL:talk!*, 22 septembre 2006, disponible sur [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org).
- ◆ DEPIAZZA J., « The Al-Werfalli arrest warrant: denial of a fair trial as an additional allegation and a hint at a possible defence », *EJIL:talk!*, 23 Août 2017, disponible sur [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org).
- ◆ HAKIMI M., « Fair trial guarantees in armed conflict », *Lawfare*, 23 septembre 2016, disponible sur [www.lawfareblog.com](http://www.lawfareblog.com).
- ◆ MURRAY D., « Non-state armed groups in NIAC: Does IHL provide legal authority for the establishment of courts? », *EJIL: Talk!*, 4 juin 2014, disponible sur : [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org).
- ◆ SOMER J., « Opening the floodgates, controlling the flow: Swedish court rules on the legal capacity of armed groups to establish court », *EJIL: Talk!*, 10 mars 2017, disponible sur [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org).

### **Autres sources**

#### **CICR**

- ◆ CICR, *Mieux faire respecter le droit international humanitaire dans les conflits armés non internationaux*, CICR, Genève, 2008, disponible sur [www.icrc.org](http://www.icrc.org).

- ◆ CICR, « Draft additional protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949 – Commentary », Genève, 1973, disponible sur [www.loc.gov](http://www.loc.gov).

### **Commission interaméricaine de protection des droits de l’homme**

- ◆ CIDH, « Report on terrorism and human rights », OEA/Ser.L/V/II.116, 22 octobre 2002, disponible sur [www.cidh.org](http://www.cidh.org).
- ◆ CIDH, « Annual report of the Inter-american commission on human rights 1990-1991 – El Salvador », OEA/Ser.L/V/II.79.rev.1, 22 février 1991, disponible sur [www.cidh.org](http://www.cidh.org).

### **Cour européenne des droits de l’homme**

- ◆ Division de la recherche et de la bibliothèque (Conseil des droits de l’homme/Cour européenne des droits de l’homme), « Guide sur l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme – droit à un procès équitable (volet pénal) », 2014, disponible sur [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

### **Organisation des Nations Unies**

- ◆ Comité dr. h., « Observation générale n°32 : Droit à l’égalité devant les tribunaux et les cours de justice et à un procès équitable (Art.14) », doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 août 2007, disponible sur [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).
- ◆ Comité dr. h., « Observation générale n°29 : États d’urgence (art. 4) », doc. ONU, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 24 juillet 2001, disponible sur [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).
- ◆ Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l’homme, « Rapport sur la situation des droits de l’homme en République démocratique du Congo », doc. ONU S/2003/216, 13 février 2003, disponible sur [www.digitallibrary.un.org](http://www.digitallibrary.un.org).
- ◆ HCDH, « Report on the human right situation in Ukraine – 16 August to 15 November 2017 », 12 décembre 2017, disponible sur [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).
- ◆ HCDH, « Report on the human right situation in Ukraine – 16 February to 15 May 2017 », 13 juin 2017, disponible sur [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).
- ◆ ONUSAL, « Third report of the ONUSAL mission », doc. ONU A/46/876, 19 février 1992, reproduit dans T. FLORES ACUNA, *The United Nations mission in El Salvador: a humanitarian law perspective*, La Haye, Kluwer, 1995, pp. 193-252.

- ◆ Philip Alston (Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires), *Mission aux Philippines*, Rapport, doc. ONU 1/HRC/8/3/Add.2, 16 avril 2008, disponible sur [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

## Rapports d'ONG, centres de recherche et autres

- ◆ BALINT-KURTI D., « Côte d'Ivoire's Forces Nouvelles », Africa program paper, Chatham House, 2007.
- ◆ DROTT C., « Syrian kurdish areas under the rule of law ? », *Carnegie Middle East Center*, 7 mai 2014, disponible sur [www.carnegie-mec.org](http://www.carnegie-mec.org).
- ◆ Geneva Academy, « Academy in-brief n° 7: Human rights obligations of armed non-state actors: an exploration of the practice of the UN human rights Council », 2016, disponible sur [www.geneva-academy.ch](http://www.geneva-academy.ch).
- ◆ GIUSTOZZI A., FRANCO C., BACKZO A., « Shadow justice: How the Taliban run their judiciary », Integrity Watch Afghanistan, 2012, disponible sur [www.iwaweb.org](http://www.iwaweb.org).
- ◆ Human Rights Watch, « Under kurdish rule – Abuses in PYD-run enclaves of Syria », 19 juin 2014, disponible sur [www.hrw.org](http://www.hrw.org).
- ◆ Human Rights Watch, « Justice compromised: the legacy of Rwanda's community-based *Gacaca* courts », mai 2011, disponible sur [www.hrw.org](http://www.hrw.org).
- ◆ Human Rights Watch, « En quête de justice : poursuivre les auteurs de violence sexuelles commises pendant la guerre au Congo », 2005, disponible sur [www.hrw.org](http://www.hrw.org).
- ◆ Human Rights Watch, « Democratic Republic of Congo: Eastern Congo ravaged: Killing civilians and silencing protest », Mai 2000, disponible sur [www.hrw.org](http://www.hrw.org).
- ◆ Human Rights Watch, « Civilian devastation – Abuses by all parties in the war in Southern Sudan », 1 juin 1994, disponible sur [www.hrw.org](http://www.hrw.org).
- ◆ Human Rights Watch, « Human Rights Watch World report 1992 - El Salvador », 1992, disponible sur [www.hrw.org](http://www.hrw.org).
- ◆ I.L.A.C., « Syria 2017 », ILAC Rule of law assessment project, 2017.
- ◆ KUOL M. A., « Holding armed groups accountable – The case of the Sudan People's Liberation Movement/Sudan's People Liberation Army (SPLM/A) », The International Council on human rights policy, Project meeting - Armed groups : approaches to influencing their behaviour, Genève, 6-8 septembre 1999.
- ◆ REYNOLDS S., « Isis governance in Syria », Institute for the Study of War, 2014, disponible sur [www.understandingwar.com](http://www.understandingwar.com)

## Presse

- ◆ A-NOUFAL W., ADELY T., « After jailbreak and IED attack, opposition court in Daraa calls on rebel groups for more security », *Syria:direct*, 01 novembre 2017, disponible sur [www.syriadirect.org](http://www.syriadirect.org)
- ◆ HAMZA A., « Jihadistes occidentaux détenus en Syrie : un « fardeau » pour les Kurdes », *France 24*, 01 février 2018, disponible sur [www.france24.com](http://www.france24.com).
- ◆ C. KAMALENDRAN, « The inside story of “Eelam Courts” », *Sunday Times*, disponible sur [www.sundaytimes.lk](http://www.sundaytimes.lk).
- ◆ LANGLOIS R., AWAD M., HASSAN M., « Syrie : dans les tribunaux kurdes chargés de juger les jihadistes de l’EI », *France 24*, 26 mars 2018, disponible sur [www.france24.com](http://www.france24.com).
- ◆ M. MARTIN, « Lawyers, guns, and Mujahideen – Inside Syria’s sharia court system », *Foreign Policy*, 30 octobre 2014, disponible sur [www.foreignpolicy.com](http://www.foreignpolicy.com).
- ◆ NASRY L., « Interview with Chief Justice Sarath N de Silva – LTTE has no judicial authority », disponible sur [www.sundaytimes.lk](http://www.sundaytimes.lk).
- ◆ RICE X., « Militia commander Mayele arrested after mass rape of Congo villagers », *The Guardian*, 20 avril 2009, disponible sur [www.theguardian.com](http://www.theguardian.com).
- ◆ SCHMITT E., « Defeated in Syria, ISIS fighters held in camps still pose a threat », *The New York Times*, 24 Janvier 2018, disponible sur [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com).
- ◆ SOSNOWSKIM., « The syrian southern front: why it offers better justice and hope than northern front », *Syria comment*, 9 juillet 2015, [www.joshualandis.com](http://www.joshualandis.com)

## Divers

- ◆ The Joint service manual of the law of armed conflict (Royaume-Uni), JSP 383, 2004, disponible sur <https://www.gov.uk/government/publications/jsp-383-the-joint-service-manual-of-the-law-of-armed-conflict-2004-edition>
- ◆ RULAC, “Kurdish military formations in Middle Eastern battlefields”, 27 novembre 2017, disponible à <http://www.rulac.org/news/kurdish-military-formations-in-middle-eastern-battlefields>
- ◆ SASSOLI M., « Difficulties and opportunities to increase respect for IHL: specificities of the additional protocols », 40th round table on current issues of international humanitarian law: « The additional protocols 40 years later: new conflicts, new actors, new perspectives » International institute of humanitarian law, Sanremo, 7-9 septembre 2017.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique [www.uclouvain.be/drt](http://www.uclouvain.be/drt)

