Transition & Justice

Sous la direction scientifique de
Marina EUDES, Emmanuel GUEMATCHA,
Jean-Pierre MASSIAS, Xavier PHILIPPE, Pascal PLAS

Annuaire de Justice transitionnelle 2019

Institut Francophone
pour la Justice et la Démocratie

Annuaire
de Justice transitionnelle
2019

© Collection « Transition & Justice »
éditée par l'Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie
Directeurs scientifiques : Jean-Pierre MASSIAS et Xavier PHILIPPE
Diffusion : L.G.D.J - lextenso éditions

Illustration de couverture :
Javi, *Verdad, Justicia y Reparación para los represaliados por el franquismo,*
Granada, España, 2009 (© flickr.com)

ISSN 2269-7160
ISBN 978-2-37032-258-4
Dépôt légal : troisième trimestre 2020

Sous la direction de
Marina EUDES, Emmanuel GUEMATCHA,
Jean-Pierre MASSIAS, Xavier PHILIPPE, Pascal PLAS

Annuaire de Justice transitionnelle 2019

2 0 2 0

Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie

La répression internationale de l'utilisation des enfants soldats dans les hostilités

Laura BOSCHER-PILETTE

UFR Droit & Science Politique

Université Paris Nanterre

MASTER 2 – Droit des relations internationales et de l'Union européenne

Présenté et soutenu publiquement le 14 septembre 2017
pour l'obtention du Master 2 Droit des relations internationales
et de l'Union européenne

Mémoire préparé sous la direction de **Mme Marina EUDES**
(Maitre de conférence HDR à l'Université Paris Nanterre)

Sommaire

Remerciements 291

Introduction 293

Première Partie
La participation active des enfants de moins de 15 ans aux hostilités, crime spécifique à l'utilisation des enfants soldats 303

Chapitre 1 **La consécration de l'utilisation des enfants aux hostilités en droit international pénal, une avancée majeure pour la protection des enfants soldats** 305

Section 1 **Les Statuts du TSSL et de la CPI, fondements de la responsabilité pénale de l'utilisation d'enfants soldats** 305

I Vers une protection renforcée des enfants soldats à travers la création du crime d'utilisation 306
A De l'interdiction internationale d'utilisation des enfants de moins de 15 ans à sa criminalisation 306
B Une collaboration des juridictions propice au développement du crime d'utilisation des enfants de moins de 15 ans aux hostilités 309
II Une approche corrective des statuts quant à la participation des enfants aux hostilités 311
A L'appréhension différenciée de la participation des enfants aux hostilités en droit international humanitaire 311
B La participation des enfants aux hostilités perçue en droit international pénal de manière uniforme 313
Section 2 Le régime juridique du crime d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans aux hostilités 315
I La nature du crime d'utilisation d'enfants soldats 316
A La participation active des enfants aux hostilités, infraction dissociable du recrutement 316
B L'incrimination de participation active des enfants aux hostilités, reconnue de droit international coutumier 316
II Les exigences inhérentes à la mise en œuvre de la responsabilité du crime d'utilisation d'enfants 320
A Les éléments contextuels liés à la caractéristique du crime de guerre 320
B La *mens rea* du crime d'utilisation d'enfants 321
Chapitre 2 Une interprétation relativement ambitieuse de la « participation active » ..325
Section 1 Le concept de la participation active, éclairé par la jurisprudence du TSSL et de la CPI ..325
I Un concept sujet à interprétation 326
A Un concept traditionnellement non défini 326
B Le concept de participation active et la « participation directe » .327
II Les critères déterminant la participation active des enfants de moins de 15 ans 330
A Le critère du risque 331
B Le critère du lien entre l'activité exercée par l'enfant et les hostilités 333
Section 2 Un champ sélectif d'activités constitutives de participation active 335
I Les activités incluses sous la qualification de participation active ..336
II Une catégorie conséquente d'activités exclues 338

A Les enfants soldats, utilisés pour les tâches domestiques et certaines tâches logistiques 338
B Les enfants soldats, victimes de violences sexuelles 340

Seconde Partie
Les conséquences attachées à l'interprétation du concept de « participation active » des enfants soldats 347

Chapitre 1 Les relations entre le concept de droit international pénal de « participation active » et le droit international humanitaire 349

Section 1 Un concept synonyme d'atténuation de la protection des enfants soldats en droit international humanitaire ? 349

I La similarité de l'emploi de la notion en droit international humanitaire, impliquant une perte de protection de l'enfant ..350
A La signification de « participation active » en droit international humanitaire 350
B Un raisonnement transposable à la disposition pénale relative à l'utilisation d'enfants soldats ? 352

II Une notion affirmée par la jurisprudence pénale internationale comme indépendante de la perte de protection 354

III Une perte de protection ciblée des enfants soldats 356

Section 2 La cohabitation du concept pénal de participation active des enfants soldats et de la perte de protection de DIH 358

I L'enfant soldat, bénéficiant du statut de civil 358
A L'enfant civil participant indirectement aux hostilités 358
B L'enfant civil participant directement aux hostilités 361

II L'enfant soldat, comme combattant ou exerçant une fonction de combat continue 363
A L'enfant combattant 363
B L'enfant, exerçant une fonction de combat continue 364

Chapitre 2 Un concept actuel restreint nécessitant le recours à d'autres incriminations pour la condamnation des autres formes de participation 367

Section 1 La reconnaissance de rôles d'enfants par d'autres crimes de guerre 367

I Le recours à d'autres crimes de guerre *a priori* limité 367
A Le recours potentiel à d'autres incriminations constitutives de crimes de guerre 368
B L'exigence d'infractions commises à l'encontre de la partie adverse au conflit 369

II L'affaire *Ntaganda*, un tournant pour la répression des actes commis envers les enfants soldats ? 371
A L'affaire *Ntaganda*, la reconnaissance des violences sexuelles commises envers les enfants soldats 371
B La portée de cette consécration 374

Section 2 La reconnaissance des rôles d'enfants par des crimes contre l'humanité 375

I Les incriminations constitutives de crimes contre l'humanité représentatives des fonctions des enfants soldats 376
A La réduction en esclavage, principal substitut 376
B Les autres incriminations envisageables constitutives de crimes contre l'humanité 378

II Les obstacles potentiels à la qualification d'activités d'enfants comme crime contre l'humanité 380
A Les conditions strictes inhérentes au crime contre l'humanité 380
B L'exigence assouplie de la qualité de civil 382

Conclusion 385

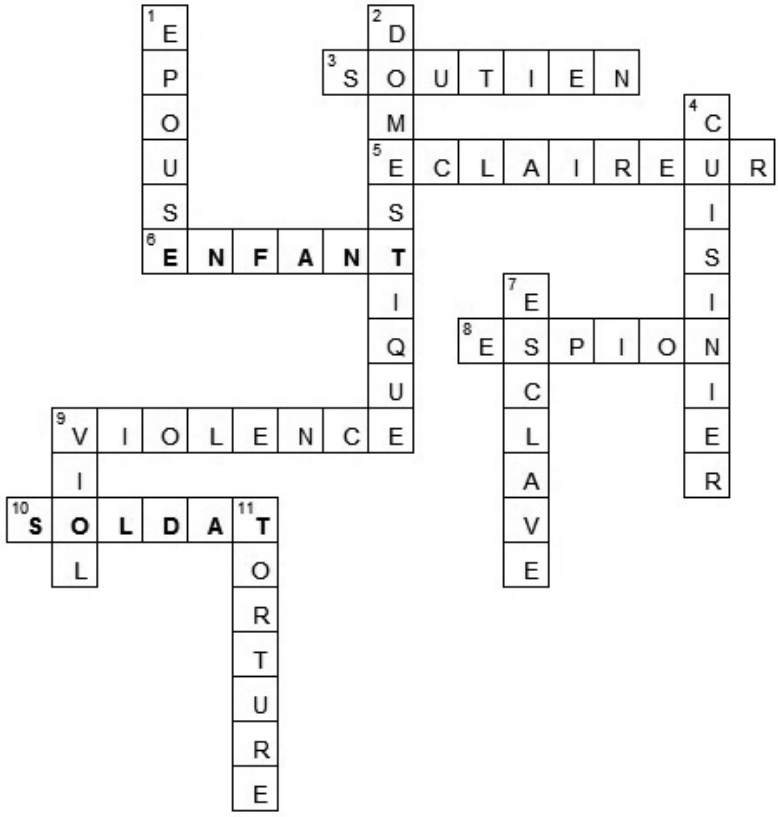
Bibliographie 389

Remerciements

Je tiens à remercier ma directrice de mémoire, Madame Marina EUDES, qui m'a encadrée tout au long de la réalisation de ce mémoire, pour son écoute, ses conseils et son encouragement à me fier à mes aptitudes de recherche et d'analyse. Je la remercie vivement de m'avoir proposé de faire publier ce mémoire.

Je tiens également à remercier Madame Clémentine BORIES pour sa participation au jury, et ses observations, ainsi que celles de Madame Marina EUDES, qui m'ont inspiré pour la révision de ce mémoire en vue de sa publication.

Je remercie l'équipe pédagogique de ce Master et la bibliothèque universitaire de Paris Nanterre, sans lesquels je n'aurais eu accès aux ressources indispensables à l'élaboration de ce mémoire.


1 E P O U S
2 D
3 S O U T I E N
M
4 C
5 E C L A I R E U R
S
I
6 E N F A N T
S
I
7 E
8 E S P I O N
I
Q
C
U
L
9 V I O L E N C E
A
I
V
10 S O L D A 11 T
E
L
O
R
T
U
R
E

INTRODUCTION

« *Un enfant ne devrait pas être un soldat. Aucun parent ne devrait voir son enfant impliqué dans un conflit.* » Ce sont les mots prononcés lors de la Conférence de Paris du 21 février 2017 « Protégeons les enfants de la guerre », par Alhaji Sawaneh, un ancien enfant soldat du Sierra Leone qui fut en 1997 enlevé et forcé à combattre pour le Front révolutionnaire uni. On estime qu'en 2019, plus de 15 millions d'enfants sont directement affectés par les conflits armés[1]. Quelle que soit sa forme, le recrutement d'enfants est encore bien présent aujourd'hui et semble s'intensifier à mesure que les conflits eux-mêmes s'intensifient. Sur l'année 2017, on observe que le recrutement d'enfants s'est multiplié par quatre en République centrafricaine, et par deux en République démocratique du Congo par rapport à l'année précédente[2]. L'implication d'enfants dans les groupes armés a concerné bien d'autres États comme la Birmanie, le Sri Lanka, la Yougoslavie, le Burundi, mais il concerne encore aujourd'hui le Sud Soudan, le Soudan, le Mali, la Syrie, le Nigeria ou encore le Yémen et la Libye, où les conflits perdurent encore aujourd'hui. Étant entendu que les informations et les preuves d'enfants incorporés dans les groupes armés ne sont pas toujours accessibles ou sont révélées tardivement, on peut craindre qu'il y ait des enfants utilisés dans d'autres régions et que leur nombre soit supérieur à celui annoncé au grand public.

1 Intervention de M. François DELATTRE, Représentant permanent de la France auprès des Nations Unies, 12 février 2019.

2 Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés, A/72/865-S/2018/465 (16 mai 2018), § 6.

On ne peut nier que conflit armé rime encore avec recours aux enfants soldats, malgré des informations de libération d'enfants de groupes armés et les efforts fournis à ce titre. Ces enfants sont recrutés le plus souvent dans le but de servir le groupe armé et d'être utilisés comme armes de guerre. On pense notamment aux 276 filles de Chibok enlevées par le groupe terroriste Boko Haram en 2014 et qui sont détenues ou utilisées comme kamikazes ou boucliers humains et qui sont mariées de force à des membres du groupe. Ces enfants sont aussi recrutés par des armées régulières, comme ce peut être le cas aujourd'hui du Yémen, de la Syrie ou encore de la Birmanie, alors que la Birmanie a signé un plan d'action avec l'UNICEF en 2012 pour mettre fin au recrutement d'enfants et faciliter leur démobilisation. De même, l'Accord de Khartoum, conclu en février 2019 entre le Gouvernement centrafricain et 14 groupes armés, visait notamment la cessation de recrutement d'enfants soldats, mais il a été dénoncé seulement un mois après par 5 groupes armés, ce qui laisse supposer que les autres parties à l'accord manqueront à leurs obligations. Le recours aux enfants par certains États dans leurs armées régulières est ancré dans leurs habitudes et parfois même dans leur culture, comme ce peut être le cas dans certains États africains. Non seulement l'utilisation des enfants ne cesse pas, mais elle semble se développer davantage dans certaines régions comme au lac Tchad où environ 27 enfants auraient été utilisés par Boko Haram dans des attaques suicide au premier trimestre 2017 contre 9 enfants à la même période de 2016[3] et, dans la plupart de ces cas, il s'agissait de filles utilisées pour ces attaques. C'est le plus souvent lorsque les médias ou les organisations comme UNICEF ou le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), qui œuvrent pour la lutte contre le phénomène d'enfants soldats, annoncent des libérations d'enfants, que le sujet est de nouveau au centre de l'attention ; comme ce fut le cas lors de la Conférence de Paris, durant laquelle on a annoncé qu'environ 15 000 enfants auraient été libérés en 2016[4].

Le phénomène des enfants soldats était et est encore à présent au cœur des préoccupations sur la scène internationale. La prise en compte de l'urgence et de l'ampleur de cette pratique a abouti à la création en 1996 du mandat du Représentant spécial pour les enfants et les conflits armés[5]. Ce poste est occupé à l'heure actuelle par Virginia Gamba, qui rend compte à travers un rapport annuel de la situation des enfants touchés par les conflits armés auprès du Secrétaire général des Nations Unies, de l'Assemblée générale et du Conseil des droits de l'Homme, et qui joue un rôle de sensibilisation et de mobilisation sur le terrain, mais aussi propose des initiatives pour que les parties aux conflits s'engagent à protéger les enfants. Les autres organes des Nations Unies jouent également un rôle dans ce

3 UNICEF, *Silent Shame,* https://unicef.hosting.augure.com/Augure_UNICEF/r/ContenuEnLigne/Download?id=ECCCA25B-23B3-4B98-8693-06EB91BEFFF8&filename=UNICEF_Silent_shame.pdf, 12 avril 2017, 13 pages.

4 Chiffres évoqués lors de la Conférence de Paris du 21 février 2017.

5 Résolution 5177 de l'Assemblée générale, « Les droits de l'enfant », A/RES/5177 (20 février 1997).

domaine. L'Assemblée générale a inscrit la protection des enfants touchés par les conflits armés comme point spécifique à l'ordre du jour de son agenda, a adopté la déclaration « Un monde digne des enfants »[6] qui prévoyait, parmi ses plans d'actions, l'éradication du recrutement et de l'utilisation des enfants dans les conflits armés ; et a, à travers diverses résolutions, condamné ces pratiques à l'encontre des enfants utilisés dans les conflits armés. Le Conseil de sécurité a, quant à lui, à travers sa première résolution[7] sur les enfants et les conflits armés, intégré la question des enfants affectés par la guerre à l'ordre du jour du Conseil et a demandé aux parties aux conflits armés de cesser le recrutement des enfants, de les désarmer et de les réintégrer. Le Conseil de sécurité pratique également le « *naming and shaming* » à partir d'une liste noire mise à jour annuellement, que doit lui transmettre le Secrétaire général, comprenant les noms des parties qui recrutent et utilisent des enfants dans les conflits armés, avec lesquels le Conseil instaurera un dialogue[8] pour faire cesser la pratique, sous peine de sanctions de la part du Conseil[9]. Considérant que le phénomène des enfants soldats est une menace à la paix et la sécurité internationales, il peut par ailleurs imposer des sanctions au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies[10]. Différents acteurs œuvrent également pour la sensibilisation de la société civile, notamment à travers des campagnes telles que « Enfants, pas soldats »[11] ou « Moins de 18 ans, zéro recrutement »[12], mais aussi avec le soutien des ONG. Le CICR, l'UNICEF et d'autres organisations intermédiaires œuvrent pour libérer les enfants qui ont été intégrés aux groupes armés en négociant dans la mesure du possible avec ces groupes. La Conférence de Paris du 21 février 2017 « Protégeons les enfants de la guerre », événement qui a réuni plus de 120 délégations, a été l'occasion de rappeler cette situation qui persiste et qui demande davantage d'implications de la part des États et qui appelle les groupes rebelles à ne pas recruter des enfants. Le Président François Hollande a, lors du discours d'ouverture de la conférence, tenu à réaffirmer l'atrocité de cette pratique : « *Ceux qui s'en prennent à ces enfants*

6 Déclaration de l'Assemblée générale, « Un monde digne des enfants », A/RES/S-27/2 (10 mai 2002).

7 Résolution 1261 du Conseil de sécurité, « Les enfants dans les situations de conflit armé », S/RES/1261 (25 août 1999).

8 Résolution 1460 du Conseil de sécurité, « Les enfants et les conflits armés », S/RES/1460 (30 janvier 2003).

9 Résolution 1539 du Conseil de sécurité, « Les enfants et les conflits armés », S/RES/1539 (22 avril 2004) ; réaffirmé par Résolution 2068 du Conseil de sécurité, « Les enfants et les conflits armés », S/RES/2068 (19 septembre 2012).

10 Charte des Nations-Unies, adoptée à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945, *CNUOI*, vol. 15, chapitre VII « Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression ».

11 UNICEF et Représentant spécial du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, campagne « Enfants, pas soldats », lancée en mars 2014. Approuvée par Résolution 2143 du Conseil de sécurité, « Le sort des enfants dans les conflits armés », S/RES/2143 (7 mars 2014).

12 Campagne de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, achevée en 2012, pour la ratification universelle du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant.

atteignent ce que l'Humanité a de plus sacré ; tuer et brutaliser des enfants, c'est nier la civilisation. »

Les enfants étant les êtres les plus vulnérables parmi la population civile, de par leur âge et leur dépendance à leurs parents, mais surtout par leur immaturité physique et psychologique, et leur innocence, la guerre a des effets conséquents sur eux, et ils sont fréquemment pris pour cibles. Ils ont de ce fait besoin d'une protection accrue en temps de guerre. Ils sont plus facilement sujets à l'endoctrinement que les adultes, d'autant plus lorsqu'ils sont séparés de leur famille ou lorsque qu'ils sont orphelins.

Les enfants sont davantage affectés par la guerre lorsqu'ils sont incorporés dans un groupe armé. En effet, « *il y a les blessures qu'on voit, et il y a les blessures qu'on ne voit pas, et c'est hautement inquiétant. Les blessures que l'on ne voit pas, ce sont les violences sexuelles* […]*, les pressions psychologiques parce qu'on menace leur famille.* »[13] En plus des violences physiques, ils subissent d'importants traumatismes liés à la séparation de leur famille, à la perte de repères, ils sont véritablement « *privés d'enfance* »[14] ; ces traumatismes impacteront le reste de leur vie. Pour en faire de véritables armes de guerre, des groupes armés vont jusqu'à les forcer à faire la guerre contre leur propre population ou communauté, et parfois même jusqu'à tuer les membres de leur village. Tout cela reflète bien la dangerosité provenant du groupe armé dans lequel l'enfant est intégré, alors qu'il est aussi exposé aux dangers d'attaques provenant de la partie adverse au conflit. L'enfant dans cette situation n'est à l'abri d'aucune forme de violence. C'est son propre groupe qui lui fait subir des sévices et exactions, qui lui fait courir des risques, et qui l'expose face à l'ennemi pour combattre et, par conséquent, à la mort et à la souffrance.

Il est crucial de rappeler que ces enfants sont avant tout des victimes des groupes armés[15], quel que soit le rôle qu'ils ont pu avoir dans le conflit, y compris au regard de ce qu'ils sont amenés à faire endurer à la population civile. « *Ces enfants sont des victimes, pas des coupables.* […] *Les forcer à commettre de tels actes horribles est répréhensible.* »[16] Forcés à commettre des actes, ils sont aussi au préalable forcés à intégrer le groupe armé, que ce soit suite à un enlèvement, qu'ils soient forcés à rester dans le groupe ou qu'ils aient été à l'initiative de leur propre incorporation dans le groupe. Même si, dans ce dernier cas, il ne peut s'agir d'un consentement pleinement assumé et éclairé[17], puisqu'en raison de

13 Peter MAURER, Président du CICR, discours lors de la Conférence de Paris du 21 février 2017.

14 Alberto Ortiz et Alhaji Sawaneh, deux anciens enfants soldats libérés, qui ont témoigné lors de la Conférence de Paris du 21 février 2017.

15 Matthew HAPPOLD, *Child Soldiers in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 2005, p. 128-132, § 4-5 ; Marc GIACOMINI, Directeur général adjoint pour les affaires globales au Service européen pour l'action extérieure, Conférence de Paris du 21 février 2017, « Protégeons les enfants de la guerre ».

16 Marie-Pierre POIRIER, Directrice régionale de l'UNICEF pour l'Afrique de l'Ouest et du Centre.

17 François BUGNION, « Les enfants soldats, le droit international humanitaire et la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant », *African Journal of international and comparative law*, vol. 12, nº 2, 2000, p. 262.

leur jeune âge, leur démarche ne peut être que conditionnée par le contexte dans lequel ils se trouvent. Ce peut être lié à la situation économique de leur pays, au manque d'éducation, à la pauvreté, à la destruction des infrastructures dans leur pays du fait de la guerre, ou encore ils peuvent être influencés par les campagnes de recrutement.

Les groupes armés recrutent des enfants avant tout parce qu'ils ont conscience qu'ils peuvent les utiliser plus aisément que des adultes. Ils représentent à leurs yeux des avantages stratégiques. Les enfants sont plus facilement manipulables, moins craintifs que les adultes, ils réclament moins de choses et ils ont davantage d'énergie[18].

Au-delà de la question du recrutement, ce qui est très préoccupant c'est ce qu'adviennent les enfants une fois qu'ils font partie du groupe armé. Leurs conditions de vie et les rôles qu'on leur attribue sont intrinsèquement liés. Parmi la diversité des rôles qu'ils peuvent endosser, ils peuvent être utilisés comme combattants directs sur la ligne de front impliquant des violences à l'encontre de 'personnes protégées'. C'est l'image traditionnelle que l'on se fait de l'enfant soldat et c'est qualifié par certains d'« *enfants soldats actifs* ». Ils peuvent aussi assumer le rôle de cuisinier, garde du corps, espion, porteur d'armes et de provisions, bouclier humain, domestique, épouse forcée, ou encore esclave sexuel. Les enfants assumant ces « fonctions » sont perçus par ces mêmes auteurs *a contrario* d'« *enfants soldats auxiliaires* »[19]. Cette deuxième catégorie de fonctions assurées par des enfants sont moins visibles que les autres[20], c'est aussi une manière de dissimuler l'utilisation de ces enfants. Pourtant, ils ne sont pas moins exposés aux effets de la guerre et des exactions de la part des membres de leur propre groupe. Ainsi la situation des filles soldats est particulièrement préoccupante encore aujourd'hui. En plus de combattre sur le front, certaines d'entre elles sont mariées de force et sont victimes de violences sexuelles. En réalité, la plupart des fonctions assurées par les enfants au sein des groupes armés sont justement celles qui sont le moins visibles.

Finalement tous ces rôles que peuvent assumer les enfants au sein des groupes armés renvoient à la conception même d'enfants soldats, qui ne fait pas l'objet d'une définition expresse unanime à travers les différents textes juridiques. On peut toutefois s'inspirer des Principes de Paris (auparavant Principes du Cap)[21], qui visent notamment à « *prévenir le recrutement et l'usage illégaux des enfants* »[22],

18 Alcinda HONWANA, « Innocents et coupables : les enfants soldats comme acteurs tactiques », *Politique africaine*, n° 80, décembre 2000, p. 65.

19 David FRANCIS, « 'Paper Protection' Mechanisms: Child Soldiers and the International Protection of Children in Africa's Conflict Zones », *Journal of Modern African Studies,* vol. 45, n° 2, 2007, p. 208.

20 Rachel BRETT et Margaret MC CALLIN, *Children: the invisible soldiers*, Radda Barnen-Save the children Sweden, 1998, 2e éd., p. 269.

21 UNICEF, *Principes de Paris, Principes directeurs relatifs aux enfants associés aux forces armées ou aux groupes armés*, https://www.unicef.org/french/protection/files/ParisPrincipesFrench310107.pdf, 5-6 février 2007, 50 p.

22 *Ibid.*, p. 6.

et qui définissent un enfant soldat comme « *Toute personne âgée de moins de 18 ans qui est ou a été recrutée ou employée par une force ou un groupe armé, quelque soit la fonction qu'elle y exerce* »[23]. Bien que ces Principes n'aient pas un caractère contraignant, ils ont été endossés par 110 États et ils plaident en faveur d'une conception large d'enfants soldats, qui a le mérite de refléter la dure réalité, incluant toutes les fonctions que les enfants sont susceptibles d'exercer. Les textes contraignants relatifs à la protection des enfants soldats se traduisent quant à eux par des interdictions de certains comportements de la part des États et groupes armés envers ces enfants. Ainsi, l'article 38 de la Convention internationale des droits de l'enfant[24] formule les interdictions de recrutement et de participation directe des enfants de moins de 15 ans[25], alors que son Protocole facultatif, peu ratifié, élève ces mêmes interdictions à l'âge de 18 ans[26], tout comme la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant[27].

À côté de ces textes de droits de l'Homme, le droit international humanitaire, qui reste la *lex specialis* en temps de conflit armé, a commencé à prendre en compte juridiquement ce phénomène des enfants soldats dès l'adoption des deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, l'article 77 (2) du Protocole I formulant des interdictions de recrutement et de participation directe des enfants de moins de 15ans aux hostilités[28] et l'article 4 (3) alinéa c du Protocole II intégrant ces mêmes interdictions à la différence principale d'une interdiction de toute participation[29].

L'âge de 15 ans a été retenu en raison de la difficulté à trouver un consensus pour un seuil supérieur commun du fait de la diversité d'âge fixé pour la majorité

---

23 *Ibid.,* p. 7.

24 Convention relative aux droits de l'enfant, New York, 20 novembre 1989, *Recueil des Traités*, Volume 1577, p. 3. (ci-après 'CIDE').

25 *Ibid.*, articles 38 (2) et 38 (3).

26 Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, New York, 25 mai 2000, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Volume 2173, p. 222, articles 1 et 2.

27 Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, Addis Abeba, 11 juillet 1990, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990), article 22 (2).

28 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, Actes de la Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du Droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Berne, Département fédéral des affaires étrangères, 1978, article 77 (2) : « *Les Parties au conflit prendront toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants de moins de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités, notamment en s'abstenant de les recruter dans leurs forces armées. Lorsqu'elles incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les Parties au conflit s'efforceront de donner la priorité aux plus âgées.* »

29 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole II), 8 juin 1977, Actes de la Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du Droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Berne, Département fédéral des affaires étrangères, 1978, article 4 (3) alinéa c : « *les enfants de moins de quinze ans ne devront pas être recrutés dans les forces ou groupes armés, ni autorisés à prendre part aux hostilités* ».

civile dans les droits internes et des cultures. En dehors de la question de l'âge, ces dispositions apparaissent restrictives dans les comportements qu'elles entendent interdire envers les enfants impliqués dans les conflits armés. Les interdictions de recrutement et de participation des enfants aux hostilités sont par ailleurs reconnues comme normes de droit international coutumier dans les conflits armés internationaux et non internationaux[30].

Alors même que ces interdictions sont formellement ancrées, l'utilisation de ces enfants perdure, comme il l'a été constaté précédemment et nécessite un cadre juridique solide pour lutter contre l'utilisation de ces enfants, en plus des moyens préventifs et des efforts de la communauté internationale. S'il subsiste des failles dans le système juridique concernant la protection des enfants soldats, ce sera au profit des chefs militaires ou des chefs politiques qui se servent d'eux.

À ce titre, de telles interdictions n'ont de sens que si leurs violations peuvent entraîner la responsabilité internationale pénale des auteurs tels que les chefs d'État, et les chefs militaires. Ce sont ceux qui, du fait de leurs fonctions au sein du groupe armé, sont responsables de ce qui est décidé et de ce qui se passe dans le groupe. La possibilité d'engager la responsabilité des auteurs de l'utilisation des enfants de moins de 15ans aux hostilités constitue un moyen de sanction et de dissuasion, de rendre l'utilisation moins attrayante, d'influencer la conduite des acteurs de la guerre, et donc de renforcer la protection des enfants soldats. Ces interdictions sont incriminées à l'article 8 du Statut de Rome[31] et sont constitutives de crimes de guerre, les dispositions concernées incriminant le recrutement sous les appellations « *conscription* » et « e*nrôlement* », ainsi que la « *participation active* » des enfants de moins de 15 ans aux hostilités en conflit armé international[32] et en conflit armé non international[33]. Interdictions également incriminées à l'article 4 (c) du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone[34] en conflit armé non international, la formulation de cette disposition est similaire à celle de l'article 8 (2) alinéa e vii du Statut de Rome. Ce tribunal à caractère hybride a fermé ses portes le 30 décembre 2013 mais sa jurisprudence

30 Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *Customary international humanitarian law, Cambridge*, Cambridge UP, 2005, 2 vol. (vol. 1 : *Rules*, vol. 2 : *Practice*), 674 et 4 545 p., traduction française du vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2006, règles 136 et 137.

31 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, adopté le 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1er juillet 2002, *RTNU*, vol. 2187, p. 3.

32 *Ibid.*, art. 8 (2) alinéa b xxvi : « *Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15ans dans les forces armées nationales ou de les faire participer activement à des hostilités.* »

33 *Ibid.*, art. 8 (2) alinéa e vii : « *Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15ans dans les forces armées ou dans des groupes armés ou de les faire participer activement à des hostilités.* »

34 Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 16 janvier 2002, Nations Unies, U.N. SCOR, U.N. Doc. S/2002/246 joint à la lettre datée du 6 mars 2002, adressée par le Secrétaire général au Président du Conseil de sécurité, art. 4 (c) : « *Conscripting or enlisting children under the age of 15 years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities.* »

étant considérée comme une avancée majeure pour le droit international pénal[35], elle n'en reste pas moins une référence pour la Cour pénale internationale, à qui il revient aujourd'hui en tant que seule juridiction pénale internationale à compétence générale, de continuer à juger et faire évoluer le droit international pénal, et plus précisément en matière d'utilisation d'enfants soldats.

La plupart des affaires portées devant ces deux juridictions concernaient le crime de recrutement ou d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans, et tous les accusés devant le Tribunal spécial pour la Sierra Leona étaient poursuivis pour ce crime, manifestation d'une intention toute particulière de faire condamner les responsables de ces actes. L'affaire *Lubanga*[36] fut la première affaire consacrée uniquement aux enfants soldats, et a marqué le début d'une série d'affaires devant la Cour pénale internationale liées à ce phénomène. Parmi celles-ci, l'affaire *Ongwen* en cours devant la Cour pénale internationale, a une connotation toute particulière puisqu'elle traite de la responsabilité d'un ancien enfant soldat pour la commission de ce crime, et qu'elle est caractérisée par une ligne de défense qui repose sur la qualité de victime de l'accusé du fait de son enlèvement lorsqu'il avait 14 ans, destiné à le transformer en enfant soldat et des suites de son expérience d'enfant incorporé dans un groupe armé sans véritables repères.

Lorsque les enfants sont forcés à commettre des atrocités envers la population civile, ils peuvent apparaître comme auteurs vis-à-vis de ces civils. Sous cet angle, la mise en jeu de leur responsabilité pénale internationale semble moindre, étant donné que le Statut de Rome se déclare incompétent envers les individus âgés de moins de 18ans lors de la commission d'un crime[37], tandis que le statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ouvrait la possibilité aux individus de plus 15 ans lors des faits d'être poursuivis sous certaines conditions[38], mais le Tribunal a choisi de ne pas utiliser cette possibilité[39]. Leur éventuelle responsabilité pénale semble ainsi reposer davantage sur les droits internes, avec la réserve toutefois de favoriser les mesures disciplinaires par rapport à d'autres peines.

Ainsi le droit international semble percevoir les enfants soldats davantage comme des instruments de leurs supérieurs. En effet, le rôle d'envergure qu'exercent les responsables militaires pour encourager et contraindre les enfants à adopter ces types de comportements n'est pas à négliger, puisque c'est par ce biais qu'ils mettent en œuvre leurs politiques. Le Conseil de sécurité a par ailleurs rappelé que les enfants recrutés doivent avant tout être traités comme

---

35 Miguel de SERPA SOARES, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et conseiller juridique de l'ONU lors de la cérémonie officielle de la fermeture du Tribunal spécial pour la Sierra Leone.

36 CPI, Chambre de première instance I, jugement, *Le Procureur c. Thomas Lubanga,* 14 mars 2012 (ICC-01/04-01/06) ; ouverture du procès : 26 janvier 2009.

37 (*in)* Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 26.

38 (*in*) Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *op. cit.* (n. 34), art. 7.

39 TSSL, public affairs office press release, « Special court prosecutor says he will not prosecute children », 2 november 2002 : « *The children of Sierra Leone have suffered enough both as victims and perpetrators. I am not interested in prosecuting children. I want to prosecute the people who forced thousands of children to commit unspeakable crimes.* »

des « *victimes de violations de droit international* »[40]. Il est aussi reconnu que les enfants manquent généralement de maturité mentale et de jugement pour exprimer leur consentement à s'engager dans de la violence armée. C'est pourquoi l'étude s'attache principalement à la qualité de victime des enfants incorporés dans les forces armées et groupes armés, les origines de la conduite des enfants provenant avant tout de leurs supérieurs.

L'évolution du droit international pénal en matière d'utilisation des enfants soldats, yqui s'alimente par le biais de la jurisprudence, implique que ce droit soit adapté à ce que subissent ces enfants du fait de leur implication dans le conflit armé, c'est-à-dire à ce qu'il prenne en compte les formes d'utilisation, pour être plus protecteur et dissuasif. Cependant, une protection pénale spécifique pour les enfants soldats ne semble *a priori* pas aisée à élaborer, notamment au regard du caractère « unique » de ce crime, au point qu'a pu émerger de la part de la doctrine l'idée de créer un tribunal *ad hoc* consacré aux crimes commis contre les enfants soldats[41].

Il faut garder à l'esprit que toute participation des enfants les met en danger et que la réalité démontre que ce sont les fonctions que l'on attribue aux enfants incorporés dans les groupes armés qui impliquent des mauvais traitements de la part du groupe, des risques lorsqu'ils sont face à la partie adverse au conflit et, bien évidemment, les traumatismes liés à ces expériences. C'est pourquoi il appartiendra de se focaliser essentiellement sur l'élément matériel de l'incrimination spécifique dédiée à l'utilisation des enfants, qui est la participation active, élément déterminant dans la mise en œuvre de la responsabilité pénale. Il laisse peu de doute que la participation des enfants au combat soit prise en compte sous cette qualification, mais il convient de s'intéresser plus particulièrement à la prise en compte des autres formes de participation et, à plus forte raison, puisqu'elles sont les plus répandues ; parfois qualifiées de « participation indirecte », notion qui n'est pas tout à fait claire. Le rapport MACHEL en 1996 faisait déjà état de cette diversité de rôles qui dépasse le simple combat[42]. L'exercice de tels rôles entraîne des risques considérables de blessures physiques et psychologiques pour les enfants puisqu'ils ne sont pas dissociables du groupe armé et courent autant de risques que des individus qui participent directement au combat[43].

Ainsi, on peut s'interroger sur la prise en considération effective par le qualificatif de participation active, des actes exécutés par les enfants de moins de

---

40 Résolution 2427 du Conseil de sécurité, « Le sort des enfants dans les conflits armés », S/RES/2427 (9 juillet 2018), § 20.

41 Susan TIEFENBRUN, « Child soldiers, slavery and the trafficking of children », *Fordham International Law Journal*, vol. 31, n° 2, 2008, p. 485.

42 Nations Unies, « Impact des conflits armés sur les enfants : rapport de l'expert désignée par le Secrétaire général, Mme Graça Machel, présenté en application de la Résolution 48/157 de l'Assemblée générale », A/51/306 (26 août 1996), § 1 et § 3.

43 CICR, *Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*, https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzeqh.htm, Genève, 27 octobre 1997, § 32.

15 ans qui ne contiennent pas uniquement le combat. Ceci renvoie à la signification de participation active, formulation utilisée par le Statut de la Cour pénale internationale et le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone. Derrière l'utilisation de la notion, il y a un enjeu de reconnaissance des comportements que ces enfants ont été obligés d'adopter, et de la souffrance provoquée. Ne pas reconnaître leurs diverses formes d'utilisation, c'est considérer d'une certaine manière qu'ils n'étaient que de simples membres d'un groupe armé. S'il n'est pas possible de rattacher des comportements sous cette qualification, il apparaît plausible de rattacher ce type d'actes au recrutement, puisqu'effectivement le recrutement a pu favoriser cela. Mais il n'est pas à même de représenter ce qu'ont dû subir les enfants par la suite, qui dépasse le simple acte de recrutement.

Concernant les rôles des enfants de moins de 15 ans qui sont pris en compte au titre de la « participation active », bénéficient-ils par la même occasion d'une protection favorable, ou cette protection présente-t-elle des limites ? Est-il possible de recourir à d'autres dispositions pénales concernant les formes d'utilisation qui ne seraient pas appréhendées sous la « participation active » ? À ces questions s'ajoute celle de la cohérence entre la protection offerte aux enfants de moins de 15 ans par le droit international pénal avec la protection offerte par le droit international humanitaire. Un morcellement de règles peut poser des contrariétés d'articulation entre ces deux matières, notamment en termes de compréhension des actes non autorisés en droit international pénal, et l'impact de la menace de sanction de droit international pénal par rapport au droit international humanitaire, qui n'épouse pas forcément la même logique. On peut considérer qu'il y a une cohérence lorsque l'enfant, dans une situation donnée, est protégé par le droit international humanitaire et le droit international pénal, sans laisser de failles qui profiteraient aux chefs militaires qui utiliseraient les enfants de manière stratégique et leur éviteraient des risques de condamnation ; ni de failles qui iraient finalement au détriment de l'objectif de protection de l'enfant soldat.

Ces considérations amènent plus généralement à se demander dans quelle mesure le crime de participation active d'enfants de moins de 15 ans aux hostilités, institué spécifiquement pour la répression internationale de l'utilisation d'enfants soldats dans les hostilités, permet-il de réprimer les rôles attribués aux enfants au sein des groupes armés ? Mais également, la qualification de ce crime est-elle susceptible d'affecter la protection de ces enfants soldats en droit international humanitaire ?

La **Première partie** de l'étude sera consacrée au crime de participation active d'enfants de moins de 15 ans aux hostilités en tant que tel, et plus particulièrement, à son élaboration, ses caractéristiques, mais aussi à la définition de l'élément matériel de ce crime qui consiste en la « participation active », à partir de laquelle nous étudierons les conséquences qui en découlent en termes de droit international humanitaire et de mise en œuvre de la responsabilité internationale pénale à travers les développements de la **Deuxième partie**.

PREMIÈRE PARTIE
LA PARTICIPATION ACTIVE DES ENFANTS DE MOINS DE 15 ANS AUX HOSTILITÉS, CRIME SPÉCIFIQUE À L'UTILISATION DES ENFANTS SOLDATS

La consternation et la mobilisation de la communauté internationale face à l'étendue du phénomène des enfants utilisés par des forces ou groupes armés au cours des conflits armés ont conduit cette lutte à la criminalisation de cet acte, bien qu'il fût déjà prohibé par des textes internationaux contraignants. L'apparition de ce crime dans les Statuts de la Cour pénale internationale et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone naturellement fut considérée comme établissant le seul crime représentatif de l'utilisation d'enfants soldats. C'est pourquoi il sera question d'étudier en quoi consiste ce crime et en quoi il a permis de franchir une étape pour la protection des enfants soldats (**Chapitre 1**). Puis il s'agira de s'attacher plus particulièrement aux éléments constitutifs de la participation active des enfants dans les hostilités, tels qu'interprétés par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone et la Cour pénale internationale afin d'éclairer sur les types de comportements appréhendés sous cette appellation, permettant la poursuite de responsables et chefs militaires qui ont contraint ou convaincu ces enfants d'exercer de telles tâches (**Chapitre 2**).

Chapitre 1
La consécration de l'utilisation des enfants aux hostilités en droit international pénal, une avancée majeure pour la protection des enfants soldats

Avant de traiter des spécificités du régime juridique qui s'attachent au crime d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans aux hostilités (**Section 2**), il appartiendra au préalable de s'intéresser à la manière dont ce crime s'est inscrit en droit international pénal et à la relation qu'il entretient avec le droit international humanitaire, duquel sa base provient (**Section 1**).

Section 1. Les Statuts du TSSL et de la CPI, fondements de la responsabilité pénale de l'utilisation d'enfants soldats

Les Statuts de la Cour pénale internationale et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ayant marqué un tournant dans la lutte contre le phénomène de l'utilisation des enfants dans les conflits armés par la criminalisation de cette pratique, il apparaît nécessaire de se pencher plus en détails sur ce que cela a pu procurer en termes de protection des enfants soldats (*I*), mais également en termes de cohérence avec la protection offerte en droit international humanitaire (*II*).

I. Vers une protection renforcée des enfants soldats à travers la création du crime d'utilisation

Bien que la prise en compte de l'utilisation des enfants soldats en droit international pénal soit arrivée tardivement au regard de l'ancienneté de cette pratique, cela concrétise l'aboutissement d'un cheminement de la protection des enfants en temps de conflit armé (*A*). D'autre part, en fournissant la base indispensable pour poursuivre des individus accusés de s'être servis d'enfants, cette criminalisation a permis l'implication toute particulière des juridictions pour élaborer une jurisprudence étoffée en la matière (*B*). Ces considérations démontrent une volonté d'améliorer la protection de ces enfants qui se retrouvent impliqués dans les conflits mais surtout une volonté de faire en sorte que cette pratique disparaisse.

A. De l'interdiction internationale d'utilisation des enfants de moins de 15 ans à sa criminalisation

La prise en compte du phénomène des enfants soldats a été relativement tardive en droit international pénal, à l'image de ce qui s'est produit en droit international humanitaire. Alors que des dispositions de droit international humanitaire traitaient spécifiquement de la protection des enfants dans les Conventions de Genève du 12 août 1949, plus particulièrement la Convention IV de Genève[44], celles-ci ne contenaient pas pour autant d'indications quant à l'utilisation ou la participation des enfants aux conflits armés. Pourtant, ces dispositions ont vocation à refléter la considération des besoins particuliers des enfants dans le contexte de conflit armé dus à leur vulnérabilité. Cela va se traduire par une priorité donnée aux enfants lors de l'évacuation de zone assiégée[45], par des règles de protection visant à préserver leur éducation et leur environnement culturel[46], mais aussi entre autres par une priorité accordée dans les soins et l'alimentation[47]. Ces règles qui régissent la protection des enfants civils appartenant à la partie adverse au conflit vont se trouver renforcées avec l'adoption des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949[48], qui ont représenté l'aboutissement d'une prise de conscience d'envergure de la communauté internationale quant aux réalités sur le terrain des conflits, les

44 Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, vol. 1, Berne, Département Politique Fédéral, p. 294-335.

45 *Ibid*., art. 17.

46 *Ibid*., art. 24, 50 et 94.

47 *Ibid*., art. 50 et 89.

48 (*in*) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), *op. cit.* (n. 28) ; (*in*) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), *op. cit.* (n. 29).

enfants figurant parmi les premières victimes de la guerre. En effet, ces protocoles contiennent tous deux, un article consacré essentiellement à la protection des enfants qui prône les obligations de prodiguer les soins et l'aide dont les enfants ont besoin[49], mais qui va bien plus loin puisqu'il s'intéresse plus particulièrement à la vulnérabilité des enfants sous le prisme de leur utilisation, et de leur recrutement par la même occasion.

Tandis que l'article 77 (2) du Protocole I interdit la participation directe aux hostilités et de recrutement des enfants de moins de 15 ans au sein des forces armées dans le cadre des conflits armés internationaux[50], l'article 4 (3) du Protocole II alinéa *c.* quant à lui interdit le recrutement au sein des forces ou groupes armés et le fait de faire prendre part des enfants de moins de 15 ans aux hostilités dans le contexte des conflits armés non internationaux[51]. L'intégration tardive de ces interdictions dans le droit international humanitaire (DIH) par des dispositions conventionnelles, dans la mesure où il s'agit d'une pratique ancienne, marque un premier pas important en faveur de la lutte contre le phénomène des enfants soldats. Ces obligations doivent être respectées par les parties aux conflits armés, incluant les dirigeants politiques et militaires, mais aussi les entités militaires (forces et groupes armés) comprenant les responsables et leurs membres. Par ailleurs, ces protocoles comptent un nombre considérable d'États parties.

Cependant, ces seuls articles concernant l'utilisation des enfants soldats ne sont pas suffisants pour constituer de véritables outils de dissuasion envers les acteurs des conflits. Ce qui fait défaut à ces articles, c'est l'existence d'une règle secondaire qui vienne criminaliser ces comportements, pour pouvoir établir une mise en jeu de la responsabilité pénale individuelle des personnes qui contreviennent à ces obligations puisque toute violation du DIH n'implique pas la responsabilité pénale de son auteur. Pour que la violation de cette règle soit considérée comme un crime de guerre, il faudrait *a priori* qu'elle fasse partie des « infractions graves » en conflit armé international[52], mais il est admis que les crimes de guerre ne comprennent pas seulement les infractions graves[53]. Pour que la violation d'une règle de *jus in bello* engage la responsabilité pénale individuelle, il faut établir « *l'existence de la règle violée en droit international, mais également l'existence d'une règle secondaire, normalement coutumière, qui attribue à la règle cet effet spécial* »[54]. La preuve de la règle secondaire peut se faire de

49 (*in*) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), *op. cit.* (n. 28), art. 77(1) ; (*in*) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), *op. cit.* (n. 29), art. 4 (3) al. *a* et *b*.

50 (*in*) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), *op. cit.* (n. 28), art. 77 (2).

51 (*in*) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), *op. cit.* (n. 29), art. 4 (3) al. *c*.

52 Georges ABI-SAAB et Rosemary ABI-SAAB, art. cit. (n. 53), p. 154.

53 TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'oincompétence, 2 octobre 1995, § 86.

54 Georges ABI-SAAB et Rosemary ABI-SAAB, art. cit. (n. 52), p. 152.

différentes façons, comme lorsqu'une convention sur un crime précis l'établit, ou bien lorsque le statut d'une juridiction pénale internationale codifiant le droit international coutumier le considère comme crime de guerre.

Cette seconde hypothèse est celle qui s'avère correspondre à l'utilisation des enfants soldats et à leur recrutement. En effet, il faudra attendre 1998 pour l'établissement de la règle secondaire, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale[55] consacrant cette interdiction comme constitutive de crime de guerre. Cette criminalisation par le biais du Statut de Rome fut l'objet de discussions quant à sa formulation. Outre le recrutement, les expressions « *prendre part aux hostilités* », « *prendre une part directe aux hostilités* », ou encore « *participer activement aux hostilités* » furent proposées s'agissant de l'utilisation[56].

Finalement, la version finale incrimine la conscription, l'enrôlement, et le fait de faire participer activement aux hostilités les enfants de moins de 15 ans à un conflit armé international[57], et à un conflit armé non international[58], à travers deux dispositions distinctes. Pour autant, ces dispositions ont exactement la même formulation à la différence près que celle concernant le conflit armé international contient les termes « *forces armées nationales* » et que l'autre disposition comprend les termes « *dans des forces armées ou des groupes armés* », cela étant inhérent aux caractéristiques propres du CAI et du CANI. L'article 77 (2) du Protocole I est ainsi censé être reflété à l'article 8 (2) b) xxvi du Statut, de même pour l'article 4 (3) c du Protocole II à l'article 8 (2) e) vii.

Cette incrimination fut reprise à travers le Statut d'une juridiction mixte, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone[59]. Ce tribunal de Freetown présentait la particularité d'avoir été créé pour une durée limitée, pour poursuivre les individus qui portent la responsabilité la plus lourde des violations graves du DIH commis sur le territoire de la Sierra Leone depuis le 30 novembre 1996, dans le contexte d'une guerre civile qui avait débuté en 1991 et qui avait pris fin en 2002 avec le désarmement des combattants. Cette guerre a été qualifiée d'une extrême brutalité et elle est réputée pour avoir été le théâtre d'enlèvements d'enfants destinés à être utilisés comme enfants soldats. C'est dans ce contexte que son Statut incrimine logiquement en son article 4 alinéa *c)* au titre des autres violations graves du droit international humanitaire, « *le recrutement et enrôlement d'enfants âgés de moins de 15 ans dans des forces ou groupes armés en vue de les faire participer activement* » (version française)[60]. Cette disposition semble être la transposition du modèle des articles du Statut de Rome relatifs à l'utilisation des enfants soldats. Le Conseil de sécurité des Nations Unies avait l'intention

---

55 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31).

56 Nsongurua UDOMBANA, « War is not child's play- International law and the prohibition of children's involvement in armed conflicts », *Temple international & Comparative law journal*, vol. 20, 2006, p. 86.

57 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 8 2) b) xxvi.

58 *Ibid.*, art. 8 2) e) vii.

59 (*in*) Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 16 janvier 2002, *op. cit.* (n. 34).

60 *Ibid.*, art. 4 c).

d'aligner cet article avec celui du Statut de Rome dans le but de maintenir une certaine cohérence avec l'état du droit accepté par la communauté internationale en 1996. Ainsi, il a été donné compétence pour juger les responsables d'utilisation d'enfants dans les hostilités à deux juridictions internationales, l'une ayant une compétence générale et permanente, et l'autre ayant une compétence restreinte à un conflit déterminé.

B. Une collaboration des juridictions propice au développement du crime d'utilisation des enfants de moins de 15 ans aux hostilités

Une fois ces incriminations ancrées dans les Statuts, donnant compétence aux Juridictions pour juger de « la participation active » ou du recrutement des enfants de moins de 15 ans, ces juridictions sont aptes à exercer leur rôle de répression, créant ainsi un effet de dissuasion envers les responsables qui seraient susceptibles d'être tentés de recruter des enfants pour les faire participer au conflit ou de les utiliser tout simplement pour mener à bien la guerre.

La Cour pénale internationale (CPI) est toutefois limitée dans l'exercice de sa compétence étant donné qu'il faut au préalable que l'État sur le territoire duquel l'utilisation d'enfants de moins de 15 ans a eu lieu ou l'État dont la personne accusée de ce crime est ressortissante aient accepté la compétence de la Cour[61], ce qui n'est pas le cas pour certains États qui n'ont pas ratifié le Statut de Rome comme les États-Unis, ni pour les États qui se sont retirés du Statut, ce dernier prévoyant une possibilité de retrait des États[62]. Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), quant à lui, semble de par sa nature avoir une marge de manœuvre limitée à la répression de l'utilisation des enfants soldats qui a eu lieu sur le territoire sierra-léonais pendant la guerre civile.

Le cadre ainsi posé et les conditions procédurales propres à chacune de ces juridictions remplies, celles-ci peuvent à travers l'examen de la responsabilité d'accusés préciser et développer un régime de la responsabilité pénale pour la « participation active » des enfants de moins de 15 ans homogène, permettant de renforcer le droit international pénal en la matière et de prévenir de potentielles violations de cette interdiction. Ainsi s'est présentée la possibilité d'une collaboration entre la Cour de La Haye et le Tribunal de Freetown pour établir une jurisprudence spécifique à l'utilisation des enfants soldats[63], et il s'avère que les paramètres étaient réunis pour un tel dialogue. La similarité des dispositions relatives à l'implication des enfants dans les conflits armés dans les statuts des deux juridictions, le Statut du Tribunal pour la Sierra Leone étant postérieur à

61 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 12.

62 *Ibid.*, art. 127.

63 Anne KALONJI, « La protection des enfants au cœur des premières poursuites intentées devant la Cour pénale internationale et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone », *Revue pluridisciplinaire de recherche*, http://journals.openedition.org/sejed/4933, n° 6, 2008, § 7.

celui de la CPI, démontrait des prédispositions à ce titre. Alors que la Cour de La Haye est entrée en fonction avant le TSSL, c'est ce dernier qui a rendu les premiers arrêts concernant l'utilisation d'enfants dans les conflits armés, mais il l'a fait en se servant du Statut de Rome comme guide. Les premières condamnations au titre de crimes relatifs aux enfants soldats furent prononcées dans l'affaire *AFRC*[64] et c'est à cette occasion que le Tribunal a adopté les Éléments des crimes de la CPI correspondant au crime de conscription, d'enrôlement et de participation active des enfants de moins de 15 ans[65] ; il s'est aussi référé à la décision de confirmation des charges de l'affaire *Lubanga* pendante devant la CPI[66] et au rapport du Comité préparatoire sur l'établissement de la Cour pénale internationale[67] dans le but de définir ce crime spécifique. L'attitude du Tribunal à travers cette affaire a démontré une volonté de forger les notions liées au crime d'utilisation d'enfant soldat.

La CPI va renforcer cette démarche, étant donné que par la suite en statuant sur des affaires impliquant l'utilisation d'enfants, elle s'est référée à la jurisprudence du TSSL en la matière pour justifier son raisonnement[68]. Cette pratique est devenue courante. En effet, la CPI pouvait se fier à l'apport de la jurisprudence du TSSL car, malgré le fait que ce dernier soit un tribunal hybride, le Procureur du Tribunal se fondait dans les actes d'accusation sur le droit international, et non sur le droit sierra-léonais. Il ne faut donc pas cantonner l'impact de la jurisprudence du TSSL au seul contexte du conflit sierra-léonais.

Ainsi on peut observer une véritable imbrication des jurisprudences de ces juridictions et donc de l'évolution de ce crime en particulier, malgré le fait que ce soient deux organes différents sur bien des points. En dépit de la fermeture du Tribunal en 2013, ce dernier et la CPI ont pu poursuivre des hauts responsables au titre du crime relatif aux enfants soldats, tels que l'ancien chef d'État de la République du Libéria Charles Taylor, Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu, Allieu Kondewa, Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, ou encore Thomas Lubanga. Ces poursuites ont pour but d'envoyer un message fort de la fin de l'impunité de ce crime, et notamment, comme l'indiquait le Tribunal dans un jugement, un message aux groupes militaires pro-démocratiques qui doivent respecter le droit de la guerre et qui doivent s'abstenir d'utiliser des enfants comme instruments de guerre[69]. Par ailleurs, ces messages ont plus d'impact lorsque ces accusés sont condamnés à des peines d'emprisonnement importantes, comme ce fut le cas pour Issa Sesay et Morris Kallon (50 ans

64 TSSL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, « Judgment », Trial chamber II, 20 june 2007, Case nº SCSL-2004-16-T (« *AFRC* »).

65 *Ibid.,* § 729.

66 *Ibid.,* § 734.

67 *Ibid.,* § 736.

68 CPI, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, § 624-625.

69 TSSL, *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, nº SCSL-2004-14-T, Trial Chamber I, judgment on the sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondewa, 9 october 2007, § 96.

et 35 ans d'emprisonnement)[70]. Dans ce contexte, le rôle de la CPI se poursuit en la matière, les affaires *Ongwen* et *Ntaganda* sont actuellement en cours et ne seront certainement pas les dernières. Ntaganda a pour sa part obtenu une prorogation pour interjeter appel de sa décision le rendant coupable[71]. Bien que la Cour pénale internationale ne traite pas d'un nombre conséquent d'affaires, celles qui lui sont présentées impliquent pour la plupart des actes d'accusation liés à l'utilisation d'enfants soldats, et représentent chacune des occasions d'aller plus loin dans l'éclaircissement et l'évolution de ces crimes, tout en se fondant sur les acquis de la jurisprudence du TSSL complétée par sa propre jurisprudence.

II. Une approche corrective des statuts quant à la participation des enfants aux hostilités

La transposition de l'interdiction de la participation des enfants de moins de 15 ans aux hostilités en droit international pénal a été faite de telle manière que l'interdiction de droit international humanitaire et celle figurant dans les statuts, ne sont pas tout à fait identiques. Cela peut susciter des interrogations sur l'étendue de la protection et implique de revenir sur la manière dont elle est appréhendée en droit international humanitaire (*A*) et de comparer ce que retient pour sa part le droit international pénal (*B*).

A. L'appréhension différenciée de la participation des enfants aux hostilités en droit international humanitaire

En observant de plus près les dispositions de droit international humanitaire relatives à l'utilisation des enfants qui ont servi de base aux dispositions des Statuts de la Cour pénale internationale et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, on peut voir des différences terminologiques susceptibles d'entraîner un différentiel de protection selon que l'enfant est utilisé dans le cadre d'un conflit armé international (CAI) ou d'un conflit armé non international (CANI).

En effet, l'article 77 (2) du Protocole I interdit la « *participation directe* » des enfants de moins de 15 ans aux hostilités[72], tandis que l'article 4 (3) *c* du Protocole II interdit le fait qu'ils « *prennent part* » aux hostilités[73]. La formulation de

---

70 TSSL, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, nº SCSL-2004-15-T, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 8 april 2009, p. 94, p. 96.

71 CPI, the Appeals chamber, *Decision on Mr Bosco Ntaganda's and the Prosecutor's requests for time extension for the notice of appeal and the appeal brief*, The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-2364, 19 july 2019, § 6.

72 (*in*) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (I), *op. cit.* (n. 28), art. 77 (2).

73 (*in*) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, *op. cit.* (n. 29), art. 4 (3) *c*.

la disposition du Protocole I renvoie à une obligation de moyen, c'est-à-dire que cela implique pour la partie de prendre toutes les mesures possibles pour que les enfants de moins de 15 ans ne participent pas directement aux hostilités, mais il ne s'agit pas d'une interdiction absolue. De ce fait, si des mesures qui ne sont pas pleinement efficaces ont été prises par la partie pour que les enfants ne participent pas directement aux hostilités, il ne pourrait y avoir de responsabilité[74]. De plus, l'interdiction porte sur un degré de participation *a priori* délimité.

Pourtant, cet article a pu être interprété largement d'une manière telle que, malgré la formulation expresse de l'interdiction de participation directe, cet article aurait vocation à prohiber également la participation indirecte, en raison de l'objectif de protection des enfants de la disposition, par référence au commentaire de l'article 77(2) du Protocole additionnel I[75]. Cependant, il a été justement remarqué que le commentaire semble se fonder sur le fait que la proposition du texte de l'article par le CICR ne contenait pas le mot « directe », sans s'interroger sur la signification du choix qui a été opéré ensuite aboutissant à l'ajout de ce mot dans la version finale du texte[76]. C'est pourquoi il appartient de s'en tenir, s'agissant de la portée de cette disposition, à la lettre de l'article, affirmant l'interdiction de la participation « directe ».

La manière dont est rédigé l'article du Protocole II est tout autre et semble correspondre à une obligation de résultat, puisqu'il contient l'expression « *ils ne devront pas* […] *être autorisés à prendre part aux hostilités* »[77]. La lecture littérale de l'article laisse à penser qu'il est question d'une obligation totale de ne pas faire participer les enfants de moins de 15 ans, qu'il s'agisse d'une participation « directe » ou « indirecte ». Il y a eu des divergences quant à la signification de cet article puisqu'une partie de la doctrine a considéré que l'absence du terme « directe », était un oubli ; alors qu'une autre partie de la doctrine estimait l'absence de ce terme comme intentionnel de la part des rédacteurs du Protocole, afin de pouvoir interdire toute forme de participation des enfants et non seulement une 'participation directe'[78], contrairement à ce que dispose l'article 77 (2) du Protocole I. Si l'on s'en tient à l'article 32 de la Convention de Vienne

74 Naïri ARZOUMANIAN et Francesca PIZZUTELLI, « Victimes et bourreaux : questions de responsabilité liées à la problématique des enfants-soldats en Afrique », *Revue internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, vol. 85, nº 852, 2003, p. 833.

75 Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève - Dordrecht, CICR - Martinus Nijhoff Publishers, 1986, § 3187 : « *The intention of the drafters of the article was clearly to keep children under fifteen outside armed conflict.* »

76 Joshua YUVARAJ, « When Does a Child 'Participate Actively in Hostilities' under the Rome Statute? Protecting Children from Use in Hostilities after Lubanga », *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 32, nº 83, 2016, p. 74.

77 (*in*) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), *op. cit.* (n. 29), art. 4 (3) c.

78 Matthew HAPPOLD, « Child soldiers in international law: the legal regulation of children's participation in hostilities », *Netherlands international law review*, vol. 1, nº 47, 2000, p. 35-36.

sur le droit des Traités[79], celui-ci impose pour l'interprétation d'une disposition conventionnelle de se fier à la rédaction de l'article. Par conséquent, la moindre participation des enfants de moins de 15 ans aux hostilités serait contraire à l'obligation de cet article.

Cette obligation pèse sur les États et les groupes armés non étatiques. Un groupe sera qualifié de groupe armé non étatique si l'entité est sous la conduite d'un commandement responsable c'est-à-dire si elle dispose d'une organisation suffisante pour concevoir et mener à bien des actions concertées et imposer une discipline de fait et il faut également que ce groupe ait un contrôle territorial, ce dernier critère s'appréciant de manière plutôt libérale[80]. Par ailleurs, lorsque les conditions d'application du Protocole additionnel II ne sont pas remplies, seul l'article 3 commun aux Conventions de Genève[81] est destiné à s'appliquer et donc *a priori* l'obligation de ne pas faire participer des enfants de moins de 15 ans aux hostilités ne jouerait pas.

Il faut également relever que la règle 137 de droit international humanitaire coutumier du CICR consacre l'interdiction de toute participation des enfants aux hostilités en conflit armé international et en conflit armé non international[82].

Le Protocole additionnel II et le DIH coutumier semblent prendre en considération la participation « indirecte » des enfants aux hostilités, et à ce titre ils semblent plus protecteurs que ce que préconise le Protocole additionnel I. Toutefois, la plupart des conflits contemporains se trouvent sous le régime du Protocole II au regard de leur caractère non international. Ainsi, on peut se questionner sur ce que retiennent réellement les dispositions de droit international pénal relatives aux enfants soldats par rapport à cette sorte de fragmentation de règles protectrices de DIH de l'enfant soldat. Par ailleurs, cela doit avoir un impact sur les règles à prendre en compte à destination des acteurs aux conflits auxquels incombent en principe ces obligations d'interdiction.

B. La participation des enfants aux hostilités perçue en droit international pénal de manière uniforme

La différence apparente dans la formulation des deux articles du DIH précédemment étudiés ne se retrouve pas dans les deux dispositions du Statut de

---

79 Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, *RTNU*, vol. 1155, p. 331, A/CONF.39/11/Add.2, art. 42.

80 CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, https://ihl-databases.icrc.org/dih/full/CGI-commentaire, 2e éd., 2016, § 429-430 ; TPIY, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, IT-04-84-T, 3 avril 2008, § 60.

81 Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, Volume 1, Berne, Département politique fédéral, art. 3.

82 Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *op. cit.* (n. 30), vol. I, p. 640-641.

Rome. L'article 8 (2) b) xxvi du Statut, et l'article 8 (2) e) vii[83] contiennent les termes de « *participation active* », ainsi il n'y aurait pas de différentiel de protection en droit international pénal selon le type de conflit, CAI ou CANI. Cette même expression a été reprise par la suite dans le Statut du TSSL[84]. Cela semble être la manifestation d'une volonté d'uniformiser le régime de l'utilisation des enfants soldats en matière pénale en CAI et CANI, ou pourrait être aussi tout simplement une décision liée aux objectifs propres du droit international pénal.

L'utilisation du terme « active » invite à s'interroger sur l'intention qui a guidée les rédacteurs lors de l'établissement des Statuts des juridictions. Est-ce que les rédacteurs ont entendu se baser sur la participation telle que conçue dans le Protocole additionnel I ou celle du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève ? Ou au contraire ont-ils voulu se détacher de ces Protocoles, offrant un autre type de déclinaison de protection ?

À première vue, les Statuts semblent être moins protecteurs que la disposition du Protocole II par le choix octroyé en faveur de « participation active », puisque ce protocole interdit toute participation. Ainsi les interdictions plus larges portées par le Protocole II ne trouveraient pas l'effet de dissuasion corrélatif avec « *la participation active* » du Statut de Rome. On pourrait à ce titre en déduire que les acteurs du conflit, tels que des groupes armés non étatiques, pourraient profiter de cette différence d'interdiction en DIH et DIP pour utiliser des enfants de manière à ne pas être pour autant susceptibles d'être poursuivis devant la Cour pénale internationale. Cet aspect ne profiterait pas à la protection des enfants soldats, puisqu'il y aurait ainsi une « zone floue ». Une cohérence plus élevée entre le droit international humanitaire et le droit international pénal en la matière pourrait être une garantie plus importante de protection envers les enfants soldats.

Cependant, « la participation active » au sens des Statuts semble, d'après le rapport du Comité préparatoire du Statut de Rome et les jurisprudences des juridictions, condamner davantage de formes de participation que la « *participation directe* » consacrée à l'article du Protocole I[85]. Cela signifierait qu'une certaine forme de participation d'enfants ne serait pas prohibée par le Protocole I, mais serait interdite tout de même en droit international pénal. Cela pourrait impliquer des troubles pour les acteurs du conflit quant aux règles applicables à leur égard dans la conduite des hostilités concernant l'utilisation d'enfants soldats. Les articles du Statut de Rome relatifs à l'utilisation des enfants de moins de 15 ans apparaissent donc *a priori* plus protecteurs que le Protocole additionnel I.

---

83 (*in*) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), *op. cit.* (n. 28), art. 77 (2) ; (*in*) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), *op. cit.* (n. 29), art. 4 (3) *c*.

84 (*in*) Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *op. cit.* (n. 34), art. 4 *c*.

85 Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale – Additif, UN doc A/CONF.183/2/add.1, 14 avril 1998 ; CPI, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, § 624.

On pourrait y voir la manifestation du droit international pénal comme remplissant les carences laissées par le droit international humanitaire et permettant de cette manière une protection effective des enfants soldats[86].

Les articles du Statut de Rome semblent au premier abord instaurer une protection intermédiaire entre le Protocole I et le Protocole II, sans distinguer néanmoins selon que l'utilisation ait eu lieu dans le cadre d'un conflit armé international ou non international, ce qui représente un progrès par rapport au DIH. La lecture de ces articles du Statut incite à considérer l'obligation de ne pas faire participer activement des enfants de moins de 15 ans comme une obligation de résultat.

Reste à savoir de quelle manière la juridiction interprète-t-elle la notion de 'participation active' de l'incrimination, puisque les Éléments des crimes ne donnent pas davantage d'indication. Cette question fera l'objet d'un développement approfondi dans le cadre du **Chapitre 2** de la présente partie et permettra de déterminer l'étendue de la protection concrètement offerte à travers l'incrimination relative aux enfants soldats.

La mise en place des Statuts de la Cour pénale internationale et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a ainsi permis de rendre possible la poursuite des responsables militaires qui font participer activement des enfants de moins de 15 ans aux hostilités et de donner la capacité à ces juridictions de faire évoluer ce crime au fur et à mesure des affaires qui se présentent en interprétant l'élément matériel de ce crime qu'est la participation active de manière cohérente, en prenant en compte les interprétations précédentes de l'une et de l'autre. D'autre part, le fait que les incriminations de participation active des enfants de moins de 15 ans aux hostilités soient comprises de manière uniforme en conflit armé international et non international, a permis de corriger le déséquilibre en droit international humanitaire qui était institué par la différence de degré de participation considérée comme interdite en CAI et en CANI. Toutefois, les spécificités du crime d'utilisation d'enfants soldats méritent d'être évoquées puisqu'elles caractérisent les conditions indispensables à la poursuite individus qui se sont servis d'enfants pour les faire participer aux hostilités.

Section 2. Le régime juridique du crime d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans aux hostilités

Il importe de préciser le régime juridique de ce crime, défini à la fois par sa nature (***I***), et par les conditions indispensables posées par le droit international

86 Julia MAXTED, « The international criminal court and the prohibition of the use of children in armed conflict », *in* Ramesh THAKUR et Peter MALCONTENT, *From sovereign Impunity to International accountability: The search for justice in a World of States*, Tokyo, United Nations University Press, 2004, p. 262 ; Matthew HAPPOLD, *op. cit.* (n. 15), p. 134.

pénal et, plus particulièrement, par le Statut de Rome en l'occurrence, qui s'ajoutent à la nécessaire qualification du comportement considéré de participation active d'enfants aux hostilités, aux fins de la mise en jeu de la responsabilité des auteurs de ce crime (*II*).

I. La nature du crime d'utilisation d'enfants soldats

Le crime d'utilisation d'enfants soldats tel qu'institué dans les Statuts des deux Juridictions, a été amené à être clarifié par celles-ci quant à l'articulation de la disposition dans laquelle il figure (*A*), mais également concernant le caractère coutumier de ce crime (*B*).

A. La participation active des enfants aux hostilités, infraction dissociable du recrutement

L'incrimination de l'interdiction de la participation active des enfants de moins de 15 ans aux hostilités étant incluse dans les dispositions des Statuts de Rome[87] et du TSSL[88], qui comprennent également l'interdiction de la conscription et de l'enrôlement, qui sont deux formes de recrutement ; des questionnements ont pu émerger quant à la mise en œuvre de la disposition. Il appartient de s'intéresser plus concrètement aux rapports entre le recrutement et l'utilisation d'enfants. Est-il nécessaire de qualifier préalablement un recrutement pour pouvoir aussi qualifier la participation active des enfants ? Ou bien, peut-il y avoir participation active sans recrutement ?

Les raisons de ces questionnements se trouvent confortés par l'ambigüité de la formulation de ces articles. La version originale (anglaise) du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone de l'article 4 *c.*, semble suggérer que la conscription, l'enrôlement, et l'utilisation d'enfants pour les faire participer activement aux hostilités sont des éléments alternatifs, impliquant que la qualification de l'un des trois éléments suffise à qualifier de crime. Les versions anglaise et française de l'article 8 du Statut de Rome[89] semblent aussi avoir ce même esprit. Pourtant la traduction française de l'article 4 *c.* du Statut du TSSL semble refléter une logique différente, qui repose sur le fait que le recrutement ou l'enrôlement ait été effectué « *en vue de les faire participer activement aux hostilités* »[90].

Des éclaircissements ont pu être apportés par les jurisprudences des deux juridictions allant dans le même sens. Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone et

---

87 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 8 (2) *b* xxvi, et art. 8 (2) *e* vii.

88 (*in*) Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *op. cit.* (n. 34), art. 4 *c.*

89 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 8 (2) *b* xxvi, et art. 8 (2) *e* vii ; Rome Statute of the International Criminal Court, 17 July 1998, entry into force 1 July 2002, United Nations, Treaty Series, vol.2187, p. 3, art. 8 (2) *b* xxvi, and art. 8 (2) *e* vii.

90 (*in*) Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *op. cit.* (n. 34), art. 4 *c.*

la Cour pénale internationale sont venus préciser en premier lieu que la conscription, l'enrôlement, et la participation active sont trois formes alternatives du crime : la « conscription » étant considérée comme un recrutement forcé et « l'enrôlement » correspondant à un recrutement volontaire[91]. Pour affirmer le caractère alternatif, ces deux juridictions se réfèrent aux articles concernés en se servant des Éléments des crimes du Statut de Rome comme support, qui contiennent le terme « ou »[92]. Le TSSL a énoncé que l'*actus reus* nécessite que l'accusé ait recruté l'enfant, que ce soit sous la forme d'une conscription ou d'un enrôlement, ou que l'accusé ait utilisé l'enfant pour participer activement aux hostilités[93]. Le Tribunal a repris cette formulation dans un jugement ultérieur, réaffirmant que le crime de conscription ou d'enrôlement d'enfants ou leur utilisation pour les faire participer activement aux hostilités, « *constitue une autre violation grave de droit international humanitaire* »[94].

La CPI a, par la suite, renchéri puisqu'elle a soutenu que les « *trois actes envisagés (conscription, enrôlement, et utilisation) constituent des crimes distincts* » en se référant à la position du TSSL inscrite à travers ses décisions précédentes[95] et à l'opinion dissidente du Juge Robertson dans le cadre de l'affaire *Norman*[96]. La Cour de La Haye consacre ainsi l'utilisation d'enfants pour participer activement aux hostilités comme un crime distinct et accentue le caractère autonome de l'utilisation par rapport au recrutement. En effet, l'utilisation ne va pas forcément de pair avec le recrutement. La juridiction précise qu'il n'y a pas besoin que la conscription ou l'enrôlement soit fait dans le but de faire participer activement aux hostilités les enfants. L'enfant peut être victime d'abord de conscription ou d'enrôlement, puis être victime d'utilisation dans le but de le faire participer activement aux hostilités[97]. Ceci s'explique aussi par le fait que l'acte de recrutement

91 CPI, Chambre préliminaire I, décision de confirmation des charges, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 29 janvier 2007, p. 71, § 246.

92 CPI, Éléments des crimes, adoptés lors de la Conférence de révision de 2010, Documents officiels de la Conférence de révision au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Kampala, 31 mai-11 juin (publication de la Cour pénale internationale, RC/11), art. 8 (2) (b) (xxvi) ; TSSL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, « Judgment », Trial chamber II, 20 june 2007, Case nº SCSL-2004-16-T (« *AFRC* »), § 729 ; TSSL, *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, nº SCSL-2004-14-A, Appeals chamber, 28 may 2008 (« *CDF* »), §139 ; CPI, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, § 609.

93 TSSL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, « Judgment », Trial chamber II, 20 june 2007, Case nº SCSL-2004-16-T (« *AFRC* »), § 733.

94 TSSL, *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, nº SCSL-2004-14-A, Appeals chamber, 28 may 2008 (« *CDF* »), § 139.

95 CPI, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, § 609.

96 TSSL, *The Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, « Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment) », Appeals chamber, 31 May 2004, case nº SCSL-2004-14-AR72(E), Dissenting opinion of judge Robertson, §5 : « *These are, in effect, three different crimes* […]. »

97 CPI, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, § 609.

est indépendant de l'utilisation de l'enfant dans la mesure où l'enfant peut être utilisé pour participer activement aux hostilités par la suite à travers une « *multitude de tâches* »[98]. Ainsi reconnaître l'utilisation pour faire participer activement aux hostilités de manière indépendante, est nécessaire et justifié.

Il s'agit donc d'un crime qui fait naître la responsabilité pénale individuelle en tenant compte de ce que l'enfant a subi une fois qu'il a été recruté, mais aussi de ce que l'enfant a dû supporter alors qu'il n'avait pas été recruté au préalable[99]. En effet, s'il y avait une relation de dépendance entre l'utilisation et le crime de recrutement, cela poserait problème, puisque des enfants peuvent être utilisés indépendamment d'un recrutement, comme cela a pu être le cas par exemple en 2004 lorsque des enfants palestiniens ont été approchés dans la rue pour porter des explosifs à un checkpoint. Dans ce type de situation, on ne peut considérer que ces enfants soient devenus membres de groupes armés. Cela se comprend dans la mesure où, comme le rappelle la Cour, la raison d'être de l'interdiction d'utilisation vise à protéger les enfants de moins de 15 ans des « *risques associés au conflit armé* »[100], que ce soit les atteintes à leur bien-être physique ou mental, ceci incluant les blessures résultant du combat, et le traumatisme accompagnant l'implication de l'enfant dans le groupe armé qui l'utilise.

Le fait que l'utilisation des enfants soit admise comme détachable du recrutement, favorise par la même occasion un développement propre de ce crime et la recherche d'une jurisprudence adaptée aux réalités auxquelles ces enfants font face. Par ailleurs, la structure des décisions de la CPI démontre l'accent porté sur le caractère autonome du crime d'utilisation dans la mesure où celui-ci constitue une analyse séparée de celui du recrutement. Toutefois, le crime de recrutement peut être poursuivi de manière cumulative à celui d'utilisation d'enfants, ces crimes étant complémentaires dans lutte contre le phénomène d'enfants soldats.

B. L'incrimination de participation active des enfants aux hostilités, reconnue de droit international coutumier

C'est principalement l'infraction de recrutement qui a fait l'objet d'une analyse détaillée dans la jurisprudence préalablement à l'infraction d'utilisation d'enfants soldats. Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a reconnu le caractère coutumier du crime de recrutement d'enfants dans l'affaire *Norman*. La Chambre d'appel s'est à cette occasion fondée sur la législation de différents États, mais aussi sur la large ratification des instruments internationaux relatifs à cette pratique, et sur l'article 4 du Protocole facultatif à la Convention des droits de l'enfant[101], pour en déduire le caractère coutumier du crime de recrutement

98 *Ibid.*

99 *Ibid.,* § 620.

100 *Ibid.,* § 619.

101 (*in*) Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, *op. cit.* (n. 26), art. 4.

d'enfants[102]. Si le Tribunal a procédé à une telle qualification, c'est parce que dans cette affaire l'accusé invoquait la violation du principe *Nullum crimen sine lege*, soutenant qu'au moment des faits reprochés, l'incrimination d'interdiction de recruter des enfants de moins de 15 ans n'existait pas. La Chambre d'appel a donc contourné l'obstacle qui s'opposait à elle, en démontrant la pratique et *l'opinio juris*, permettant ainsi de justifier que l'incrimination d'interdiction de recrutement des enfants soldats existait en droit international coutumier avant la commission des faits reprochés. Le « droit des Traités » (Statut de Rome) n'aurait fait que codifier une règle coutumière existante selon elle[103].

Suite à cet arrêt, de vives critiques ont émergé quant à l'argumentation du Tribunal pour caractériser l'incrimination en question comme coutumière. Pour autant, il peut être affirmé que le caractère coutumier est véridique depuis 1998 date du Statut de Rome. Cette décision fut suivie par les jugements suivants du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *AFRC* et *CDF*[104].

La Chambre dans l'affaire *CDF* est allée plus loin que dans l'affaire *Norman*, en considérant que l'incrimination de l'interdiction d'utilisation d'enfants pour participer activement aux hostilités était de la même façon criminalisée par le droit international coutumier[105]. Elle considère expressément que l'utilisation d'enfants soldats pour participer activement aux hostilités était interdit en droit international humanitaire coutumier avant les faits allégués, la Chambre d'appel ayant rejeté auparavant les allégations reposant sur le fait que les accusations de l'article 4 *c* du Statut ne constituaient pas des crimes au moment des faits, et n'ayant pas spécifié clairement ce qu'il en était de l'utilisation d'enfants.

Le Tribunal a mis en avant le fait qu'admettre la prohibition du recrutement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées sans pour autant admettre la prohibition de leur utilisation pour combattre, n'aurait pas de sens. En effet, l'utilisation d'enfants représente un danger plus conséquent que leur simple recrutement. La considération en aparté de cette incrimination comme coutumière réaffirme la particularité et l'indépendance de ce crime.

Au-delà de la reconnaissance de ce crime comme distinct et de droit international coutumier, il a également été admis comme un crime continu par la

102 TSSL, *The Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, « Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment) », Appeals chamber, 31 May 2004, case nº SCSL-2004-14-AR72(E), § 53.

103 *Ibid.*

104 TSSL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, « Judgment », Trial chamber II, 20 june 2007, Case nº SCSL-2004-16-T (« *AFRC* »), § 728 ; TSSL, *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, nº SCSL-2004-14-T, Trial Chamber I, judgment on the sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondewa, 2 august 2007 (« *CDF* »), § 197.

105 TSSL, *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, nº SCSL-2004-14-T, Trial Chamber I, judgment on the sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondewa, 2 august 2007 (« *CDF* »), § 197.

Cour pénale internationale[106] et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone[107], cela permettant de « *relativiser la date d'émergence du crime et ne cesse pas quand les enfants atteignent l'âge de 15 ans* »[108].

II. Les exigences inhérentes à la mise en œuvre de la responsabilité du crime d'utilisation d'enfants

En dehors des spécificités propres au crime d'utilisation d'enfants soldats évoquées précédemment, il appartient d'approfondir les conditions nécessaires à la poursuite d'accusés ayant fait participer activement des enfants aux hostilités. La poursuite repose de ce fait sur la réunion de l'existence d'éléments contextuels du crime de guerre (*A*) et de l'élément psychologique propre à ce crime (*B*).

A. Les éléments contextuels liés à la caractéristique du crime de guerre

Compte tenu des spécificités du crime d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans, il faut nécessairement qu'il y ait une preuve d'une « participation active », et qu'au moment où ces enfants ont été utilisés, ils étaient bien âgés de moins de 15 ans. La preuve de l'âge présentant bien des fois une source de complexité dans l'examen de la responsabilité de l'accusé. Mais en tant que crime de guerre, le crime d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans requiert des conditions qui sont communes aux autres faits constitutifs de crimes de guerre.

Parmi celles-ci, se trouve la condition selon laquelle « *le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé* »[109]. Il faut donc déterminer l'existence d'un conflit armé et que l'utilisation d'enfants ait été commise à proximité du conflit armé.

Les juges du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) ont défini de manière générale le conflit armé, en précisant qu'un « *conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État* »[110]. Le conflit armé est qualifié comme international lorsqu'il s'agit d'un conflit entre plusieurs États ou d'une guerre de décolonisation,

---

106 CPI, Chambre préliminaire I, décision de confirmation des charges, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 29 janvier 2007, § 248.

107 TSSL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, « Judgment », Trial chamber II, 20 june 2007, Case nº SCSL-2004-16-T (« *Afrc* »), § 39.

108 Camille PAPINOT, « La protection des enfants », *in* Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET, art. cit. (n. 52), p. 259.

109 (*in*) Cour pénale internationale, Éléments des crimes, *op. cit.* (n. 92), art. 8) 2) b) xxvi et 2) e) vii.

110 TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, § 70.

ou encore en présence d'une occupation militaire. *A contrario*, le conflit armé peut être qualifié de « non international » lorsque le conflit se déroule entre des forces armées d'un État et un groupe armé organisé, ou entre groupes armés organisés sur le territoire d'un État, étant entendu qu'il faut que ces groupes se trouvent sous un commandement responsable, qu'ils exercent un contrôle sur une partie du territoire de l'État et qu'ils aient la capacité de mener des opérations militaires continues et concertées.

Toutefois, la qualification de conflit armé peut se révéler source de difficulté pour la mise en œuvre de la responsabilité de l'accusé dans la mesure où, dans certaines situations, si notamment le contrôle exercé par un groupe armé sur le territoire ou la capacité de ce groupe à mener des opérations de manière concertée n'apparaîssent pas caractérisés aux yeux des juges, alors le conflit armé ne saurait être qualifié de conflit armé non international et se retrouverait cantonné à la qualification de troubles internes ou de tensions internes, qui écarte l'application de l'article 8 du Statut de Rome[111].

L'existence et la nature du conflit armé préalablement établies, il est nécessaire de caractériser un lien entre le crime de participation active d'enfants de moins de 15 ans et le conflit armé, comme l'exigent les Éléments des crimes du Statut de Rome. Ce lien est un lien de connexité et non de cause à effet et il a été explicité par le TPIY[112]. Ce lien repose sur le fait que l'existence du conflit armé ait considérablement pesé sur la capacité de l'auteur à commettre ce crime. En particulier, le fait de faire participer activement des enfants aux hostilités est principalement guidé par l'objectif de mener la guerre à terme, que ce soit pour étoffer davantage les troupes, ou pour des stratégies de guerre, qui peuvent consister dans le fait de tromper l'ennemi avec des enfants aux allures de civils, qui pourront s'en prendre à cet ennemi de manière imprévisible. Ainsi, le lien de connexité concernant le crime d'utilisation se trouve relativement aisément.

Si tel est le cas, c'est l'article 8) 2) b) xxvi du Statut de Rome qui trouvera à s'appliquer si l'utilisation d'enfants est effectuée dans le cadre d'un CAI, ou l'article 8 2) e) vii dans le contexte d'un CANI.

B. La mens rea du crime d'utilisation d'enfants

Une fois l'élément matériel établi pour engager la responsabilité pénale de l'accusé ainsi que les éléments contextuels nécessaires, il appartient de déterminer l'élément psychologique, sans lequel cette responsabilité ne pourrait être reconnue[113]. A ce titre, l'auteur doit avoir eu l'intention d'utiliser l'enfant, mais

111 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 28), art. 8 (2) *d*) et *f)*.

112 TPIY, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, arrêt, 12 juin 2002, § 58 : « *Un lien de cause à effet n'est pas exigé entre le conflit armé et la perpétration du crime mais il faut à tout le moins, que l'existence du conflit armé ait considérablement pesé sur la capacité de l'auteur du crime à le commettre, sa décision de le commettre, la manière dont il l'a commis ou le but dans lequel il l'a commis.* »

113 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 28), art. 30.

il faut aussi qu'il ait eu connaissance du fait que l'utilisation se produisait dans le cadre d'un conflit armé, que ce soit un CAI ou un CANI, et qu'elle concernait une personne protégée. Étant entendu que s'agissant du contexte de conflit armé, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait déterminé juridiquement l'existence de ce conflit armé.

Il est notamment requis que l'auteur « *savait ou aurait dû savoir* » que l'enfant était âgé de moins de 15 ans lors de son utilisation[114]. Dans ce contexte, la Cour pénale internationale a retenu une « responsabilité par négligence », en se fondant sur des obligations positives consistant à prendre des mesures pour s'assurer de l'âge de l'enfant[115]. Elle considère que la négligence est remplie lorsque l'accusé ne savait pas que l'enfant victime avait moins de 15 ans au moment de son utilisation, et qu'il n'était pas au courant de l'âge de la victime parce qu'il n'a pas agi « *avec la diligence voulue dans les circonstances en question* »[116]. Toutefois, l'âge de l'enfant est dans certaines circonstances ignoré par l'enfant lui-même du fait notamment de l'absence de l'enregistrement de sa naissance, ce qui ne signifie pas pour autant que l'auteur puisse se servir de ce doute pour l'utiliser au regard de la diligence dont il doit faire preuve.

Ainsi la condition d'intention et de connaissance posée dans les Éléments des crimes des articles 8-2-b-xxvi et 8-2-e-vii du Statut de Rome ne s'applique pas pour la détermination de l'âge de la victime. Ce développement de la jurisprudence quant à la connaissance de l'âge de l'enfant par l'auteur paraît légitime puisque si l'intention et la connaissance étaient exigées pour cette infraction particulière, alors il serait difficile d'admettre la responsabilité de l'accusé, ce pourrait être un moyen récurrent pour épargner la responsabilité pénale des auteurs de l'utilisation d'enfants.

Le TSSL a par la suite considéré qu'il est évident que l'individu a manqué de négligence lorsque le nombre d'enfants recrutés ou utilisés de moins de 15 ans est important, et que ce n'est pas un cas isolé, laissant penser qu'il s'agit d'une utilisation répandue[117]. Il y a donc à l'origine une obligation pesant sur les recruteurs ou responsables politiques et militaires, de vérifier l'âge des individus qu'ils comptent utiliser. Si l'accusé ne s'est pas renseigné préalablement sur l'âge des enfants et n'a pas mis en place de garanties à cet égard, alors l'élément psychologique requis est considéré comme rempli et il peut voir sa responsabilité mise en œuvre.

Tout comme il était nécessaire de se pencher sur le régime juridique du crime d'utilisation d'enfants soldats, il convient d'appréhender de manière approfondie la « participation active aux hostilités », bien que l'on ait vu précédemment certains aspects de ce qu'elle représente. La qualification a ainsi un

114 (*in*) CPI, Éléments des crimes, *op. cit.* (n. 92), art. 8) 2) b) xxvi et 2) e) vii.

115 CPI, Chambre préliminaire I, décision de confirmation des charges, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 29 janvier 2007, § 358.

116 *Ibid.*

117 TSSL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, « Judgment », Trial chamber II, 20 june 2007, Case nº SCSL-2004-16-T (« *AFRC* »), § 1248.

impact fondamental, il suffit qu'un seul enfant de moins de 15 ans ait participé activement aux hostilités, pour que la responsabilité de celui qui l'a fait participer puisse être engagée, sous réserve que les conditions nécessaires évoquées sous ce paragraphe II soient satisfaites. Déterminer avec précision la signification de la participation active aux hostilités aboutit à rendre compte de l'étendue des enfants protégés à travers cette incrimination.

Chapitre 2

Une interprétation relativement ambitieuse de la « participation active »

Les différents termes contenus dans l'incrimination de l'utilisation d'enfants aux hostilités ne posent pour la plupart pas de difficulté réelle de compréhension, qu'il s'agisse « d'enfants de moins de 15 ans » ou les « forces ou groupes armés ». Néanmoins, ce n'est pas le cas de l'expression « faire participer activement », qui a pour cette raison fait l'objet de développements par la Cour pénale internationale et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (**Section 1**). Les affaires présentées devant ces deux juridictions furent également l'occasion de trancher sur les fonctions assumées par les enfants pouvant être qualifiées de 'participation active' (**Section 2**).

Section 1. Le concept de la participation active, éclairé par la jurisprudence du TSSL et de la CPI

Avant d'examiner les raisonnements élaborés par les juridictions pour interpréter l'expression de la participation active dans le contexte particulier du crime d'utilisation d'enfants soldats en l'absence de définition posée par les Statuts des juridictions (*II*), il convient préalablement d'appréhender les discussions qui se sont faites autour de l'opportunité de sa définition et des perspectives qui semblaient délimiter la notion (*I*).

I. Un concept sujet à interprétation

La figuration des termes de « participation active » dans la disposition d'incrimination et l'absence de définition spécifique ont suffi à occasionner des débats de la part des délégations et des juristes (*A*), et à engendrer des réflexions quant à la délimitation de la notion par rapport à la notion de « participation directe » (*B*).

A. Un concept traditionnellement non défini

À la suite de l'adoption du Statut de Rome, des critiques ont émergé concernant la formulation de « participation active aux hostilités ». En effet, cette formulation a été jugée ambiguë, suscitant des interrogations quant à ce qu'elle recouvre. De plus, ces interrogations avaient lieu dans la mesure où ni le Statut de Rome, ni les Éléments des crimes et le règlement ne définissent ce que c'est. Des auteurs se sont questionnés sur le fait de savoir si cela recouvrait seulement la participation directe aux hostilités telle qu'elle est reflétée dans les deux protocoles additionnels aux Conventions de Genève, ou si cela allait au-delà en s'étendant à des activités connectées au combat telles que la reconnaissance, le transport d'armes ou la détection de mines[118].

En l'absence de définition au sein du Statut, des délégations ont reproché ce manque de précision et ont demandé à ce qu'il y ait des clarifications dans les Éléments des crimes[119]. Pourtant, d'autres délégations ont considéré que la formulation était suffisamment claire puisque, si l'on se fie aux travaux préparatoires du Statut, une note de bas de page du projet du Statut du Comité préparatoire a été insérée lors de la session précédant la Conférence diplomatique à Rome, qui précise que « *Les mots utilisation et participation sont employés de manière à couvrir à la fois la participation directe au combat et la participation active à des activités en rapport avec le combat, telles que la reconnaissance, l'espionnage, le sabotage, ainsi que l'utilisation d'enfants comme leurres, comme messagers ou aux pistes de contrôles militaires* »[120]. Cette note de bas de page poursuit en décrivant ce qui serait exclu de cette qualification.

Cela incite à concevoir la « participation active » de manière différente de la « participation directe », telle qu'envisagée sous l'angle des dispositions relatives à l'utilisation des enfants en droit international humanitaire ; et à l'appréhender

---

118 Timothy WEBSTER, « Babes with Arms: International Law and Child Soldiers », *George Washington International Law Review,* vol. 39, nº 2, 2007, p. 240.

119 Knut DORMANN, *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: sources and commentary*, Cambridge, ICRC - Cambridge University Press, 2002, p. 376.

120 Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, Projet de statut de la Cour criminelle internationale, document de l'ONU, A/Conf.183/2/Add.1, 14 avril 1998, p. 21, note de bas de page 12.

de manière plus large. Certains observateurs y ont vu une conception si étendue, qu'elle comprendrait la participation directe et indirecte, aboutissant à l'interdiction d'utilisation des enfants de moins de 15 ans quel que soit le rôle attribué à ces enfants[121]. Ainsi, les interprétations plausibles de la 'participation active' pouvaient être aussi bien larges, comme restrictives pour d'autres, limitant la participation aux activités exclusivement liées au combat.

Bien que la question de l'opportunité de la définition de la participation active ait été source de discordance entre délégations, elle s'est à nouveau posée devant les juges lorsqu'ils ont eu à examiner des affaires comprenant le chef d'accusation de « participation active des enfants de moins de 15 ans aux hostilités ». Ce sont les juges du TSSL, puis de la CPI qui ont précisé davantage la notion, notamment en se référant expressément aux travaux préparatoires du Statut de Rome pour interpréter la disposition concernée.

B. Le concept de participation active et la « participation directe »

L'interprétation par la Cour pénale internationale et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone de la participation active, conçue comme comprenant une étendue plus large d'activités que la simple « participation directe », amène par la même occasion à s'attarder sur la signification de la participation directe afin d'avoir des perspectives plus concrètes sur ce qui peut être plus étendu que ce concept.

Pour appréhender la « participation directe aux hostilités », il faut revenir aux bases du droit international humanitaire. Ce terme se retrouve dans diverses dispositions du DIH[122] qui ne sont pas spécifiquement destinées aux enfants et qui ne définissent pas elles-mêmes en quoi cela consiste, comme l'attestent les commentaires de la première Convention de Genève relatifs à l'article 3[123]. Pour autant, les commentaires des articles 43 et 51 du Protocole additionnel I indiquent que la participation directe recouvre « *les actes de guerre que leur nature ou leur but destinent à frapper concrètement le personnel et le matériel des forces armées adverses* »[124] et que « *la participation directe aux hostilités implique un lien*

121 Divya SINGH, « When a child is not a child: the scourge of child soldiering in Africa », *African human rights law journal*, 2007, p. 218 ; Troy GREEN, « Eradicating the use of child soldiers: is the world doing enough? », *Regent journal of international law*, vol. 7, 2009-2010, p. 417.

122 (*in*) Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, *op. cit.* (n. 81), art. 3 ; (*in*) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), *op. cit.* (n. 28), art. 43 (2), 51 (3) et 77 (2) ; (*in*) Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), *op. cit.* (n. 29), art. 4(1) et 13(3).

123 CICR, *op. cit.* (n. 80), version anglaise, art. 3, § 524.

124 (*in*) Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN, *op. cit.* (n. 75), § 1679 et § 1944.

direct de cause à effet entre l'activité exercée et les coups qui sont portés à l'ennemi, au moment où cette activité s'exerce et là où elle s'exerce »[125]. Le commentaire de l'article 13 du Protocole additionnel II va aussi en ce sens en mentionnant le fait que la participation directe implique un « *rapport de causalité adéquate entre l'acte de participation et son résultat immédiat* »[126].

Le concept de participation directe n'a pas trouvé de définition générale dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux et il reste encore aujourd'hui controversé. En effet, ces tribunaux ont adopté des appréciations au cas par cas, qualifiant certains actes de participation directe avec des critères généraux assez limités. L'affaire *Strugar* qui s'est présentée devant le TPIY en est l'illustration, le Tribunal indique notamment qu'il s'inspire des exemples de formes directes et indirectes de participation aux hostilités citées dans les manuels militaires, dans la *soft law* et les commentaires aux Conventions de Genève et Protocoles additionnels de 1977, pour déterminer selon les affaires à examiner devant la Chambre, les actes qui seraient qualifiables de participation directe. Il cite entre autres le fait de porter ou d'utiliser des armes, de participer à des attaques contre du personnel ennemi ou encore le transport d'armes à proximité des opérations de combat, et les gardes ou les agents de renseignements[127].

Ainsi l'appréciation au cas par cas des juridictions, laisse à l'abandon la définition générale du concept de participation directe. Il est apparu nécessaire de préciser davantage ce que représente ce concept afin de pallier à ces carences juridiques. Le CICR a dans ce contexte entrepris l'élaboration d'un *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*[128], qui n'est pas un texte juridique contraignant mais une analyse juridique approfondie qui prescrit des recommandations. Ce guide fait effectivement état de l'absence de définition du concept de participation directe et précise que la participation directe aux hostilités se manifeste par des actes hostiles spécifiques commis par des individus dans le cadre de la conduite des hostilités entre les parties à un conflit armé[129]. Il est donc question d'un comportement déterminé adopté par un individu, cela implique une analyse détaillée du déroulement des événements au cours du conflit armé. Le caractère direct correspondant à un degré d'implication important. Selon le *Guide*, l'acte spécifique doit remplir trois critères cumulatifs pour être qualifié de participation directe.

Le premier critère réside dans le fait que l'acte comporte un seuil de nuisance[130]. Ce seuil de nuisance peut être satisfait si l'acte est susceptible de nuire aux opérations militaires ou à la capacité militaire d'une partie au conflit

125 *Ibid.,* § 1679.

126 *Ibid.,* § 4787.

127 TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Pavle Strugar*, arrêt, nº IT-01-42-A, 17 juillet 2008, § 177.

128 Nils MELZER, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, CICR, 2010, 88 p.

129 *Ibid.*, p. 45.

130 *Ibid.,* p. 49.

armé. Cela peut se traduire par des pertes en vies humaines, des blessures, des actes de sabotage, la capture du personnel notamment, ou encore des attaques contre des civils. Le *Guide* insiste sur le fait qu'il s'agit d'une probabilité objective, et que la participation directe ne se cantonne pas aux activités de combat.

À cela s'ajoute le critère de causation directe qui repose sur l'existence d'une relation directe de causalité entre l'acte et les effets nuisibles susceptibles de résulter de cet acte ou d'une opération militaire coordonnée dont cet acte fait partie intégrante[131]. Les effets de l'acte doivent être le résultat d'une seule et même étape causale.

Enfin, l'acte doit être spécifiquement destiné à causer directement des effets nuisibles atteignant le seuil requis, à l'avantage d'une partie au conflit et donc au détriment d'une autre partie[132]. Cet avantage obtenu constitue le but de l'acte.

Le *Guide* mentionne des exemples de conduites et examine au regard des critères qu'il a posés, lesquels rentrent sous la qualification de participation directe. À ce titre, un chauffeur d'un camion transportant des munitions sera considéré comme un individu participant directement aux hostilités s'il achemine jusqu'à la ligne de front. Il convient toutefois de noter que, même si ces critères peuvent s'avérer utiles, leur application concrète à certaines conduites peut être complexe et sujet à débat. Avant la rédaction du *Guide*, le groupe de travail d'experts a manifesté des désaccords. Cela démontre le réel défi que représente la détermination de l'acception de la participation directe.

D'autre part, si la participation active est plus large que la participation directe, il faut s'intéresser à ce qu'il y a au-delà de la participation directe. Le TPIY s'est penché sur la notion de participation indirecte qui, pour lui, consisterait en de la participation aux activités de soutien de guerre ou d'effort militaire au profit de l'une des parties au conflit, comme la fourniture de nourriture à l'une des parties au conflit, ou la transmission d'informations militaires, ou encore la fourniture de vivres et le transport d'armes et de munitions[133]. Le CICR, à travers le *Guide*, s'est exprimé également concernant la participation indirecte, il assimile la distinction entre participation directe et indirecte, à la distinction entre conduite des hostilités et les activités d'effort de guerre général et activités de soutien à la guerre[134]. Les activités d'effort de guerre général, qui sont souvent demandées à l'ensemble de la population[135], seraient celles qui contribuent objectivement à la défaite de l'adversaire, telles que la production et l'envoi d'armes, des travaux de construction de routes ou autres infrastructures en dehors du contexte d'opérations militaires concrètes. Tandis que les activités de soutien à la guerre incluraient les activités politiques, économiques ou médiatiques soutenant l'effort de

131 *Ibid.,* p. 53.

132 *Ibid.,* p. 60.

133 TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Pavle Strugar*, arrêt, n° IT-01-42-A, 17 juillet 2008, § 177.

134 (*in*) Nils MELZER, *op. cit.* (n. 128), p. 53-54.

135 (*in*) Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN, *op. cit.* (n. 75), § 1945.

guerre général telles que la propagande ou des transactions financières. Les activités d'effort de guerre et les activités en soutien à la guerre ont la caractéristique commune d'être des activités qui ne font que développer ou entretenir la capacité de causer les effets nuisibles à la partie adverse. De ce fait, ce qui distingue la participation directe de la participation indirecte serait que la participation directe recouvre les actes qui peuvent entraîner immédiatement des dommages, blessures ou capture d'un soldat adverse ou causer des dégâts à leurs installations ; alors que la participation indirecte recouvre les activités de soutien de tels actes (espionnage, fourniture d'armes, gardiens). Qualifier la participation semble finalement impliquer une interprétation subjective lors de l'examen des comportements en question.

Ces différents concepts, qui bien que faisant l'objet d'efforts d'éclaircissements, gardent des parts d'ombre. C'est dans ce contexte qu'il reste à déterminer où se situe la participation active, et dans le contexte d'une première affaire du TSSL relative aux enfants soldats, qui a été décevante puisqu'elle n'a pas permis de donner une définition claire du crime de la participation active aux hostilités. Cette lacune peut être expliquée par le fait que la Chambre s'était focalisée davantage sur la qualification de l'enlèvement comme forme de conscription[136]. Il appartient à présent de se focaliser sur les critères de la « participation active » qui ont été développés par la jurisprudence de la CPI et du TSSL, c'est d'ailleurs ce qui va permettre de différencier le concept de participation active, si particulier, de celui de la participation directe.

II. Les critères déterminant la participation active des enfants de moins de 15 ans

Les juridictions ne se sont pas basées sur le *Guide* du CICR lorsqu'elles ont évoqué la participation directe s'agissant des enfants soldats, et elles ont construit un raisonnement propre, sans chercher à ce que ce raisonnement prenne pour base la participation directe, mais au contraire en recherchant à différencier la participation directe de la participation active[137]. Pour déterminer si les activités exécutées par les enfants de moins de 15 ans constituent de la participation active, les juridictions pénales internationales se sont fondées sur le critère du risque encouru par l'enfant (*A*), qui apparaît être concurrencé par l'apparition d'un autre critère qui est celui du lien entre l'activité exercée par l'enfant et les hostilités (*B*).

---

136 Nolwenn GUIBERT et Tilman BLUMENSTOCK, « The first judgement of the Special Court for Sierra Leone: A missed opportunity ? », *The law and practice of international Courts and Tribunals*, vol. 6, nº 3, 2007, p. 380.

137 Carsten STAHN, « Between constructive engagement, collusion and critical distance: the ICRC and the development of international criminal law », *Chinese journal of international Law*, vol. 15, nº 1, 2016, p. 163.

A. Le critère du risque

Dès les premiers jugements rendus relatifs au crime d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans aux hostilités, le TSSL a dégagé le critère du risque pour qualifier la participation de participation active. En effet, ces jugements, en faisant référence aux travaux préparatoires du Statut de Rome, précisent que l'utilisation d'enfants pour participer activement aux hostilités implique de mettre leur vie directement en danger[138]. Il est également prescrit que l'appréciation de la participation active doit se faire au cas par cas. L'arrêt *AFRC* énonce que la participation active comprend la participation au combat et le support logistique[139] et qu'il s'agit de « *toute tâche ou tout appui permettant de mener à bien ou de soutenir les opérations lors du conflit* »[140]. Ces tâches permettant de soutenir les opérations semblaient être incluses dans la participation indirecte au regard du *Guide* du CICR, comme il a été possible de l'observer précédemment.

Cette approche a été ensuite poursuivie par la Cour pénale internationale à travers l'affaire *Lubanga*. Alors que dans cette affaire, Mme Radhika Coomaraswamy, la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés en fonction à cette époque, suggérait que le point central pour déterminer si une activité pouvait être qualifiée de participation active, serait d'analyser si l'enfant servait une fonction essentielle de soutien au groupe armé[141]. Ceci était motivé dans le but de ne pas avoir de démarcation trop précise relative à la définition de participation active, laissant ainsi la possibilité d'inclure une étendue conséquente d'activités assumées par les enfants pendant le conflit armé (cuisiniers, interprètes, travailleurs, esclaves sexuels)[142]. L'accusation plaidait quant à elle pour une interprétation plus large de la notion de « fonction d'appui direct » pour qu'une plus grande protection soit accordée aux enfants et pour « *empêcher toute participation de ceux-ci à des activités étroitement liées aux hostilités* ».

Ce ne sont pas les critères que la Cour va reprendre, préférant recourir au critère du risque déjà utilisé par le TSSL, la CPI explicite ce critère en affirmant qu'il faut que l'appui apporté par l'enfant l'expose à un danger réel faisant de lui une cible potentielle[143]. La Chambre en procédant ainsi reprend également ce que préconisait la décision sur la confirmation des charges dans la même

138 TSSL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, « Judgment », Trial chamber II, 20 june 2007, Case n° SCSL-2004-16-T (« *AFRC* »), § 736 ; TSSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, n° SCSL-03-01-T, 18 mai 2012, § 444.

139 TSSL, *AFRC*, « Judgment », Trial chamber II, 20 june 2007, Case n° SCSL-2004-16-T, § 736.

140 *Ibid.,* § 737, et § 1266.

141 CPI, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, § 626.

142 *Ibid.*, observations écrites de Mme Coomaraswamy, ICC-01/04-01/06-1229-AnxA-tFRA (EVD-CHM-00007), § 20-25.

143 *Ibid.*, CPI, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, § 628.

affaire[144]. Ce critère du risque nouvellement précisé se trouve complété par l'exclusion « d'activités manifestement sans lien avec les hostilités ». La Cour continuera par la suite d'adopter une telle position comprenant ce critère du risque incluant le danger réel et le caractère de cible potentielle notamment à travers le jugement *Katanga*[145].

Ce critère du risque apparaît comme synonyme de protection dans la mesure où il ne s'agit pas d'un critère strict, ce qui présente l'avantage de pouvoir couvrir *a priori* davantage d'activités (directes et indirectes) qui exposent les enfants aux risques liés au conflit armé. La manière dont les juges appliquent ce critère semble admettre que la qualification de participation active aux hostilités n'est pas dépendante de la présence de l'enfant sur le lieu immédiat du conflit et semble écarter la distinction entre les activités liées aux hostilités telles que le combat et les gardes du corps et celles qui sont moins liées aux hostilités comme la fourniture de nourriture[146]. En ce sens, cette démarche suit le but de la criminalisation de l'utilisation d'enfants soldats pour une protection large[147].

La critique principalement adressée envers ce critère du risque réside dans le fait que la Chambre, en choisissant ce critère, semble avoir délaissé l'idée de l'existence d'un lien entre l'acte de l'enfant et la conduite des hostilités[148]. La Chambre sème le doute sur l'existence d'un degré minimum auquel l'activité doit être liée à la conduite des hostilités[149], la condition de la proximité de l'acte avec les hostilités est ainsi laissée de côté. Par ailleurs la distinction que la Chambre tente d'opérer entre la participation directe et la participation active a été controversée[150].

Les perspectives de définition de la participation active des enfants soldats ont par ailleurs amené le Juge J. Itoe à fournir, à travers son opinion partiellement dissidente dans le cadre de l'affaire *CDF*, des indications sur la ligne de démarcation entre ce que recouvrirait la participation active, et ce qui n'en ferait pas partie. Selon ce juge, il y aurait trois catégories de participation active,

144 CPI, Chambre préliminaire I, décision de confirmation des charges, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 29 janvier 2007, § 259-263.

145 CPI, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Germain Katanga,* ICC-01/04-01/07, 7 mars 2014, § 1043-1046.

146 Ghislain POISSONNIER, « Première décision au fond de la Cour pénale internationale », *AJ Pénal*, n° 7, 2012, § 6.

147 Kai AMBOS, « The first judgment of the international criminal court (*Prosecutor v. Lubanga*): A comprehensive analysis of the legal issues », *International criminal law review,* 2012, p. 137

148 Thomas LIEFLANDER, « The Lubanga judgment of the ICC: more than just the first step », *Cambridge journal of international and comparative law*, vol. 1, 2012, p. 202.

149 *Ibid.*

150 Cecile APTEL, « Lubanga decision roundtable: the participation of children in hostilities », *Opinio juris blog archive*, http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-the-participation-of-children-in-hostilities/, 2012 ; Nicole URBAN, « Direct and active participation in hostilities: the unintented consequences of the ICC's decision in Lubanga », *EJILTalk ! Blog of the european journal of international law*, https://www.ejiltalk.org/direct-and-active-participation-in-hostilities-the-unintended-consequences-of-the-iccs-decision-in-lubanga, 2012.

qui seraient « *l'implication directe dans les activités de combat en ligne de front en portant une arme et en l'utilisant pour échanger le feu dans la mesure où la vie ou l'existence de l'enfant est, par conséquent, exposée au péril et au danger* »[151] ; « *la participation à des activités ou des tâches militaires telles que la garde d'établissements militaires ou d'équipements appartenant à une faction belligérante en période d'hostilités et dans la défense du territoire occupé ou de personnes contre les menaces d'agression des forces ennemies, soit en défendant des installations militaires, soit par des garnisons* […] »[152] ; ainsi que « *la participation au transport vers les lignes de front, des fournitures de nature militaire stratégique et d'importance telles que les armes, les munitions et d'autres armes ou équipements mortels destinés à être utilisés pour soutenir les activités de combat* »[153]. Cependant il exclut de la protection les enfants qui participent aux activités dans le camp des combattants qui s'assimilent à des emplois civils comme la cuisine, la recherche de nourriture, la lessive ou les courses de routine[154]. L'approche du Juge Itoe permet par conséquent d'éviter l'inclusion excessive d'activités sous la qualification de participation active, mais en même temps il exclut de manière flagrante des activités de soutien exercées par les enfants. Ce fut l'un des rares cas où un juge souhaite se prononcer de manière prévisible quant à la qualification de participation active.

B. Le critère du lien entre l'activité exercée par l'enfant et les hostilités

Alors que le critère du risque lié à la participation active des enfants aux hostilités semblait ancré dans la jurisprudence internationale pénale, l'appel dans l'affaire *Lubanga* fut l'occasion pour la CPI de modifier cette approche. En effet, la Cour consacre le critère du lien entre l'activité exercée par l'enfant et les hostilités[155]. La Chambre a approuvé les allégations de M. Lubanga selon lesquelles l'analyse des risques encourus ne pourrait être un critère de qualification de participation active étant donné que ce critère ne se retrouve pas en droit international et qu'il n'est pas reconnu par les principes et règles internationales. En effet, la Chambre a affirmé que le droit international pénal et le droit international humanitaire ne comportaient pas de référence au risque comme critère pour déterminer la participation active des enfants de moins de 15 ans aux hostilités[156].

La Chambre rappelle tout de même que l'appréciation d'activités assurées par des enfants comme étant de la participation active doit se faire au cas par cas,

---

151 CDF Trial Judgment, Annex A, Separate and Parially Dissenting Opinion Only on Count 8 of the Hon. Justice Benjamin Mutanga Itoe.

152 *Ibid.,* § 10(2).

153 *Ibid.,* § 10(3).

154 *Ibid.,* § 13.

155 CPI, the Appeals chamber, Judgment on the appeal of Mr Lubanga against his conviction, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06 A 5, 1 december 2014, § 333 et § 340.

156 *Ibid.*, § 333.

comme cela a été admis dès les premiers jugements relatifs au crime d'utilisation d'enfants soldats, notamment dans la mesure où les formes et moyens de guerre évoluent perpétuellement. Elle entend également exclure les activités manifestement sans lien avec les hostilités.

Pour autant, la Cour estime que la notion de risque peut subsister uniquement comme un indice pour caractériser la relation suffisamment étroite entre l'activité assurée par l'enfant et les hostilités[157]. Ce jugement ne fournit pas d'autres apports quant à ce critère du lien entre l'activité exercée par l'enfant et les hostilités, il apparaît alors nécessaire de se reposer sur la liste des activités des commentaires des protocoles additionnels aux Conventions de Genève et la liste des travaux préparatoires du Statut de Rome.

Ce choix opéré par la juridiction a pu être guidé par les critiques qui ont été faites suite au jugement *Lubanga* concernant le critère du risque, puisqu'on lui reprochait d'avoir délaissé l'aspect de la relation entre le rôle de l'enfant et les hostilités en se concentrant seulement sur le caractère de danger et de cible potentielle. Ce nouveau critère semble être par ailleurs plus fidèle à la rédaction et à l'esprit des articles relatifs à l'utilisation d'enfants soldats du Statut.

Néanmoins, ce critère paraît plus exigeant que celui du risque dans la mesure où démontrer l'existence de ce lien paraît plus difficile que de déterminer le risque encouru par l'enfant causé par l'activité attribuée. Il semble plus complexe de faire rentrer autant d'activités avec ce critère, ce qui laisse penser qu'il est moins protecteur. Par ailleurs, ce lien n'est pas formellement précisé, ce critère paraît vague et peut être sujet à interprétation sous cet aspect.

Mais d'un autre côté, la juridiction pourrait au cas par cas étendre la protection des enfants utilisés, selon qu'elle considère que le lien entre l'activité exercé par l'enfant et les hostilités doit être plus ou moins étroit. Certains auteurs estiment que l'utilisation pour participer activement aux hostilités est une catégorie ouverte sans avoir de paramètres clairement définis et que l'on peut déduire ce qu'elle recouvre à travers la jurisprudence et ce qu'elle pourrait recouvrir potentiellement pour réprimer les comportements commis envers les enfants soldats[158]. Il y a un refus de conception trop extensive de la participation active des enfants soldats, évitant d'interdire la participation tout court, mais le concept pour lequel les juridictions ont opté est finalement plutôt souple.

Cette nouvelle approche de la Cour pénale internationale a suscité des attentes quant à la question de la viabilité de ce critère. La décision sur la confirmation des charges dans l'affaire *Ntaganda* s'est référée à la définition du jugement de première instance *Lubanga* sans la développer[159], ce qui pouvait laisser penser que le critère du risque était encore d'actualité. La décision sur la confirmation

157 *Ibid*.

158 Nina JORGENSEN, « Child soldiers and the parameters of international criminal law », *Chinese Journal of International Law*, vol. 11, nº 4, 2012, p. 660.

159 CPI, Pre-Trial Chamber II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, 9 june 2014, § 93.

des charges dans l'affaire *Ongwen* quant à elle, n'a pas évoqué de définition de participation active et n'a pas évoqué de critères[160].

Le jugement *Ntaganda* a, pour sa part, exclu le critère du risque, au profit du critère du lien entre l'activité exercée par l'enfant et le combat, se référant à décision rendue par la Chambre d'appel dans l'affaire *Lubanga*[161], qui semblait assez virulente quant à l'exclusion du critère du risque.

Au fur et à mesure des affaires soumises à leur juridiction, les développements de la Cour pénale internationale et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ont permis de définir le concept de participation active dans le contexte du crime d'utilisation d'enfants soldats, palliant d'une certaine manière à ce qui incombait en premier lieu aux Eléments des crimes, désuets de toute indication en la matière. Toutefois, les seuls critères successivement considérés comme définissant la participation active ne s'avèrent pas efficaces dans la mesure où ils demeurent l'un et l'autre assez généraux et ne permettent pas concrètement de ce fait de déduire les formes de participation des enfants pouvant être qualifiées de participation active. C'est pourquoi il appartient de procéder à l'examen des différentes fonctions potentiellement qualifiables de participation active.

Section 2. Un champ sélectif d'activités constitutives de participation active

Les critères permettant de définir la 'participation active des enfants de moins de 15 ans aux hostilités' ne permettent pas à eux seuls, en raison de leur manque de clarté et de leur caractère général, de déterminer la frontière entre ce que représente la participation active et ce qui en est exclu[162]. Il appartient de s'intéresser aux activités assumées par les enfants soldats qualifiées par la jurisprudence du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et la Cour pénale internationale de participation active (***I***), mais aussi aux activités échappant à cette qualification selon ces deux juridictions (***II***), afin de percevoir plus concrètement les situations dans lesquelles les enfants soldats sont susceptibles d'être protégés par l'incrimination selon leur fonction.

160 CPI, Chambre préliminaire II, *Le procureur c. Dominic Ongwen*, décision de confirmation des charges, ICC-02/04-01/15, 23 mars 2016, p. 102.

161 CPI, the Trial Chamber VI, Judgment, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-2359, 8 July 2019, § 1108.

162 Magne FROSTAD, « Child soldiers: recruitment, use and punishment », *International family law, policy and practice*, vol. 1, n° 1, 2013, p. 82.

I. Les activités incluses sous la qualification de participation active

Le champ d'activités assurées par les enfants soldats constitutives de participation active est en principe déterminé par les critères évoqués et par les activités précédemment qualifiées de participation active par les juridictions. La question préoccupante est celle de déterminer où se dessine la distinction entre les activités liées au combat et celles sans rapport avec le combat[163] au regard des critères. Pourtant, la question de la pertinence du critère du risque et du critère du lien entre l'activité exercée et les hostilités mérite d'être posée puisque les juridictions pénales internationales, ont par le biais de leurs critères différents, déterminé que les mêmes activités étaient constitutives de participation active, alors qu'elles appliquaient des critères différents.

En effet, les différents jugements semblent s'inspirer mutuellement dans l'appréciation au cas par cas des activités comme faisant partie de la participation active. Ce constat semble pallier le fait que l'appréciation au cas par cas de la participation active puisse présenter le risque d'un manque de prévisibilité quant à la protection de certains enfants utilisés.

La participation active des enfants de moins de 15 ans aux hostilités, ayant la particularité d'intégrer davantage de rôles que ceux qui pourraient être qualifiés strictement de participation directe, tient compte des rôles assumés par les enfants qui se trouvent sur le front mais aussi les rôles d'appui auprès des combattants. Les activités, qui ont été consacrées comme étant de la participation active de manière récurrente au cours des différentes affaires, permettent de dessiner et de systématiser les activités constitutives de participation active.

À ce titre, l'implication des enfants sur la ligne de front a été largement acceptée comme étant de la participation active, tout comme les rôles de gardes du corps dans les zones de conflit armé, l'espionnage, les actes de sabotage, le recueil d'informations, les porteurs pour approvisionner la ligne de front en termes de vivres et munitions, les messagers, le fait de chercher d'acquérir du matériel et des munitions, mais aussi les enfants qui sont utilisés comme boucliers humains[164]. Par ailleurs, le fait de garder des objectifs militaires sur des

163 Roman GRAF, « The International Criminal Court and Child Soldiers », *Journal of International Criminal Justice,* 2012, p. 965.

164 TSSL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, « Judgment », Trial chamber II, 20 june 2007, Case n° SCSL-2004-16-T, § 737 ; TSSL, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, n° SCSL-2004-15-T, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 2 mars 2009, § 1725 ; CPI, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, § 621-622 ; TSSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, n° SCSL-03-01-T, 18 mai 2012, §444 & § 1968 ; CPI, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, 7 mars 2014, § 1045 ; CPI, Chambre préliminaire II, *Le procureur c. Dominic Ongwen*, décision de confirmation des charges, ICC-02/04-01/15, 23 mars 2016, p. 102, § 128 ; CPI, Chambre préliminaire II, décision de confirmation des charges, *Le Procureur c. Bosco*

sites stratégiques a aussi été considéré comme permettant de financer les efforts de guerre, et notamment le fait de garder des mines de diamants[165].

Cependant certains jugements ont eu la particularité de considérer des activités spécifiques comme incluses dans la participation active en l'absence de précédent relativement à ces activités. Ce fut notamment le cas de l'affaire *RUF*, qui a considéré que le concept de participation active comprend les crimes commis contre des civils[166], il s'agissait en particulier de campagnes d'amputation, de meurtre et d'esclavage.

Cette possibilité a été également confirmée dans le jugement *Taylor*, constatant que ces enfants, en commettant des crimes contre les civils dans les circonstances de l'espèce, étaient directement liés aux hostilités et devenaient des cibles militaires légitimes, et que le but final de ces crimes était de causer un dommage à l'adversaire en éradiquant le soutien des forces opposantes ou en détruisant le territoire[167]. C'est pourquoi la Chambre a estimé que, parmi les activités de participation active, figurait le fait de commettre des crimes contre des civils[168]. Mais la Chambre n'a pas évoqué la commission de crime contre des civils dans l'affaire *Lubanga* alors que le Procureur avait insisté sur cet aspect.

Pour certains auteurs il y a une certaine difficulté à faire rentrer conceptuellement l'utilisation d'enfants comme moyen de commettre un crime international[169]. Pourtant, si un jugement futur poursuivait en ce sens quant à la commission de crimes contre les civils, cela permettrait de mettre davantage en avant le statut de victime de l'enfant soldat lorsqu'il est contraint de causer des dommages aux civils ou à des personnes protégées. En conséquence, la qualification de cette « activité » comme étant de la participation active aux hostilités en l'état actuel se manifeste plutôt comme un cas isolé.

La Chambre a considéré que forcer des enfants à l'entraînement militaire dans un environnement hostile constitue une utilisation illégale d'enfants[170]. L'entraînement militaire consiste généralement en de l'endoctrinement, l'apprentissage à utiliser des armes et à acquérir les compétences nécessaires pour participer au conflit armé. Une telle possibilité paraît pourtant peu probable au regard du critère de l'exposition au danger et de cible potentielle adopté par la

Ntaganda, ICC-01/04-02/06-309, 9 juin 2014, p. 34, §93 ; CPI, the Trial Chamber VI, Judgment, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-2359, 8 July 2019, § 1108.

165 TSSL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, « Judgment », Trial chamber II, 20 june 2007, Case nº SCSL-2004-16-T, § 1267 ; TSSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, nº SCSL-03-01-T, 18 mai 2012, § 1459.

166 TSSL, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, nº SCSL-2004-15-T, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 2 march 2009 (« *RUF* »), § 1723.

167 TSSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, nº SCSL-03-01-T, 18 mai 2012, § 1604.

168 *Ibid.,* § 1968.

169 (*in*) Nina JORGENSEN, art. cit. (n. 158), § 33.

170 TSSL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, « Judgment », Trial chamber II, 20 june 2007, Case nº SCSL-2004-16-T, § 1278.

juridiction[171], mais aussi au regard de l'autre critère qui est celui du lien entre l'activité exercée par l'enfant et les hostilités.

Certaines fonctions semblent avoir une sorte de statut intermédiaire (« *grey area* »)[172], pouvant selon les circonstances être qualifiées de participation active, et tantôt ne pas être incluses sous ce qualificatif. La prise en compte de ces activités par le qualificatif de « participation active » apparaît étroite compte tenu de toutes les activités potentiellement exercées par des enfants au sein des groupes armés. Généralement, les enfants qui participent au combat proprement dit ne se cantonnent pas à cette seule tâche, on leur impose d'assurer une multitude de rôles.

L'appréciation étant au cas par cas, cela peut laisser penser que le concept puisse par le futur s'élargir. Cependant à l'heure actuelle, le concept bien que n'ayant pas de contours formels, exprime l'exclusion de certaines activités de sa qualification à travers la jurisprudence.

II. Une catégorie conséquente d'activités exclues

Dans la mesure où les activités potentiellement exercées par les enfants soldats sont infinies, il s'agira principalement d'évoquer les exclusions expresses des activités par les juridictions pénales internationales (*A*), mais aussi les activités qui ont semblé être écartées du concept de manière plus implicite (*B*), ainsi que les critiques adressées envers les positions prises par ces juridictions.

A. Les enfants soldats, utilisés pour les tâches domestiques et certaines tâches logistiques

Les juridictions pénales internationales ont pris le soin de déterminer les activités formellement exclues de la qualification de participation active. Ces juridictions, qui ont repris ce que préconise le rapport du Comité préparatoire du Statut de Rome[173], ont déclaré que l'emploi de personnel domestique dans les quartiers réservés aux officiers mariés et la livraison de denrées alimentaires à une base aérienne étaient des activités manifestement sans lien avec les hostilités[174].

---

171 Elijah OLUWATOYIN OKEBUKOLA, « Training children for armed conflict – Where does the law stand ? », *International criminal law review*, 2014, p. 605.

172 Sandesh SIVAKUMARAN, « War crimes before the Special Court for Sierra Leone », *Journal of international criminal justice*, vol. 8, 2010, p. 1018.

173 Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, Projet de statut de la Cour criminelle internationale, document de l'ONU, A/Conf.183/2/Add.1, 14 avril 1998, p. 21, note de bas de page 12.

174 TSSL, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, n° SCSL-2004-15-T, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 2 march 2009, § 1730, § 1739 et § 1743 ; TSSL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, « Judgment »,

S'agissant des tâches domestiques, le jugement *Lubanga* a semblé nuancer cette approche en laissant entendre qu'elles pourraient être prises en compte sous la participation active à la condition que le soutien apporté par les filles soldats les exposent à un danger faisant d'elles des cibles potentielles[175], mais cette appréciation a été apportée s'agissant de filles soldats qui exerçaient des tâches de combat cumulativement. Cette approche paraît très conditionnée de ce fait. L'arrêt d'appel est par ailleurs revenu sur cet aspect et a indiqué que la conclusion du raisonnement de la Chambre de première instance n'était pas que les tâches domestiques exercées cumulativement à des tâches de soldat atteignaient le seuil de participation active[176]. Cette dernière décision est de ce fait défavorable aux enfants utilisés à des fins domestiques. Le jugement *Ntaganda* s'est prononcé également en ce sens, s'attardant à détailler les tâches domestiques exercées par les jeunes recrues, tout en les ignorant dans l'analyse des tâches susceptibles d'être constitutives de participation active[177].

Par ailleurs, pour N. Quénivet, les tâches domestiques ne semblent pas pouvoir tomber sous la définition de participation indirecte, dans la mesure où il faudrait un lien entre l'effort de guerre et les actes entrepris par les filles soldats ; les tâches domestiques ne contribuant pas aux hostilités par conséquent[178].

Pourtant, des enfants soldats, et plus particulièrement des filles soldats, ont été et sont généralement utilisées au sein des camps de groupes armés pour assurer des tâches domestiques, telles que la cuisine, l'aide médicale, élever et éduquer les enfants du camp, et peuvent également dans ce contexte être mariées de force. Elles sont parfois même en charge de prodiguer la formation de combat aux nouveaux membres du groupe. Les filles ont couramment un rôle dans l'organisation quotidienne des forces armées[179]. Le fait d'écarter ces activités de la qualification de participation active paraît discriminatoire, puisque cela revient à ne pas tenir compte des risques auxquels elles sont exposées en s'occupant du camp, les groupes armés étant réputés pour user de la menace de la violence et de la violence elle-même.

C'est pourquoi N. Jorgensen soutient que les différents rôles joués par les filles soldats se chevauchent et conduisent à élargir la notion d'utilisation pour

Trial chamber II, 20 june 2007, Case nº SCSL-2004-16-T, §737 ; CPI, Chambre préliminaire I, décision de confirmation des charges, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 29 janvier 2007, § 262-263.

175 CPI, Chambre de première instance I, jugement, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, § 882.

176 CPI, the Appeals chamber, Judgment on the appeal of Mr Lubanga against his conviction, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06 A 5, 1 december 2014, § 339.

177 CPI, the Trial Chamber VI, Judgment, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-2359, 8 July 2019, § 413.

178 Noëlle QUENIVET, « Girl soldiers and participation in hostilities », *African journal of international and comparative law*, vol. 16, nº 2, 2008, p. 233.

179 Myriam DENOV, « Girls Soldier and Human Rights: Lessons from Angola, Mozambique, Sierra Leone and Northern Uganda », *International Journal of Human Rights*, vol. 12, nº 5, 2008, p. 813-836.

participer activement aux hostilités, pour inclure davantage de rôles qui ne s'apparentent pas à de la participation directe[180].

Quant au rejet de la tâche de délivrer des denrées alimentaires à une base aérienne comme étant de la participation active, il a pu être contesté par des observateurs. À ce titre, T. Lieflander a défendu le fait que délivrer de la nourriture à une base aérienne pouvait exposer l'enfant à un danger d'attaque, puisqu'une base aérienne constitue une cible militaire[181].

D'autre part, l'exclusion de cette tâche en particulier constitue un cas spécifique qu'il faut détacher d'autres circonstances de fourniture de denrées alimentaires. En effet, lors de l'affaire *RUF*, la Chambre du Tribunal spécial pour la Sierra Leone a évoqué que, lorsque les enfants effectuent des missions de recherche de nourriture sans porter les armes ouvertement, alors cela ne peut être considéré comme de la participation active[182]. Ainsi, le fait pour des enfants soldats de délivrer de la nourriture peut être considéré comme de la participation active selon le contexte, l'analyse doit se faire au cas par cas. Il a pu être admis qu'il peut être plus difficile de considérer que le transport de nourriture soit exclu de la participation active que les tâches domestiques[183].

La formulation choisie « d'activités manifestement sans rapport avec le combat » est assez abstraite, étant donné qu'en regardant de plus près, la plupart des tâches qui sont confiées aux enfants soldats ont toutes, à un degré plus ou moins fort certes, un rapport avec le combat. Plus particulièrement, les missions de recherche de nourriture et tout ce qui peut consister en l'aide dans les quartiers des officiers constituent des activités qui aident le groupe armé *in fine* puisqu'elles permettent la subsistance de la capacité du groupe et du groupe en lui-même.

Par ailleurs, il arrive que la Cour exclut du qualificatif de participation active des activités en se reposant sur l'absence de détails quant aux circonstances exactes de ces activités. Cela a été le cas s'agissant notamment de la surveillance de détenus et de la patrouille[184].

B. Les enfants soldats, victimes de violences sexuelles

Lorsque l'on parle de violences sexuelles s'agissant des filles soldats, cela englobe les phénomènes de grossesse forcée, la prostitution forcée, mais aussi le viol ou encore d'autres formes de violence sexuelle[185], comme cela a pu être le

180 (*in*) Nina JORGENSEN, art. cit. (n. 158), § 50.

181 (*in*) Thomas LIEFLANDER, art. cit. (n. 148), p. 203.

182 TSSL, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, nº SCSL-2004-15-T, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 2 march 2009 (« *RUF* »), § 1714 et § 1743.

183 (*in*) Noëlle QUENIVET, art. cit. (n. 178), p. 233.

184 CPI, the Trial Chamber VI, Judgment, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-2359, 8 July 2019, § 1131 et § 1132.

185 Katie VALDER, « A stolen childhood : a look into the world of female child soldiers and the initiatives targeting the end of the practice », *Albany Government Law Review*, vol. 7, nº 1,

cas s'agissant des filles recrutées par les FARC en Colombie qui subissaient des abus sexuels de la part de leurs commandants. Les violences sexuelles peuvent être entendues encore plus largement, puisque le rôle d'épouse forcée peut impliquer de manière inhérente pour ces filles de subir des violences sexuelles. Ces différents actes sont des moyens de contrôler ces filles soldats en les manipulant et cela permet à leurs maris imposés d'avoir du pouvoir sur elles, celles-ci devant loyauté à leurs maris[186]. Le viol et la violence sexuelle ont par ailleurs été reconnus comme étant utilisés dans les conflits pour des buts « *d'intimidation, dégradation humiliation, discrimination, châtiment, contrôle ou destruction* »[187]. Le conditionnement est renforcé également par le biais des garçons soldats qui, dans certains groupes, sont récompensés en recevant des filles soldats pour femmes et peuvent acquérir de l'influence en les « prêtant ».

Dans la plupart des cas, ces filles soldats exercent un rôle dans le combat ou dans les activités de soutien au profit de leur groupe armé d'appartenance comme l'espionnage, en plus d'être des épouses forcées ou de subir des violences sexuelles dans le camp. Il s'agit d'une réalité répandue qui ne fait pas l'objet d'une catégorie à part des enfants soldats[188]. La souffrance de ces filles est aggravée par ces violences sexuelles, sans oublier les risques de maladie qui y sont liées. Le phénomène des violences sexuelles subies par les enfants soldats ne concerne pas seulement les filles, mais ce sont elles qui sont le plus touchées. Cela tient essentiellement aux origines sociales, notamment à la place des filles dans la société et aux stéréotypes qui y sont associés qui perdurent[189].

Face à l'étendue de cette pratique, il y a eu une forte attente concernant l'issue de l'affaire *Lubanga* pour considérer légalement les violences sexuelles subies par les filles soldats, puisque cette réalité dans le cadre de ce conflit en particulier était bien connue. Sous cet aspect, l'attitude de la Cour pénale internationale a été décevante. M. Moreno Ocampo, le Procureur, a, lors de son discours, promis la responsabilité pénale de M. Lubanga pour les atrocités commises contre les filles soldats utilisées au combat et comme esclaves sexuelles, précisant que, dès leur recrutement, elles étaient armées, puis violées et amenées à servir les commandants. De ce discours s'en est ensuit une attente légitime de la part des victimes, des communautés touchées par le conflit, mais aussi de la communauté internationale et des observateurs. Mais elle s'est finalement soldée par l'absence

2014, p. 40.

186 Radhika COOMARASWAMY, « The optional protocol to the Convention on the rights of the child on the involvement of children in armed conflict – Towards universal ratification », *International journal of children's rights*, vol. 18, 2010, p. 543.

187 TPIR, Chambre I, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, jugement, 2 septembre 1998, § 597 et § 687.

188 Aurora BEWICKE, « Realizing the Right to Reparations for Girl Soldiers: A Child-Sensitive and Gendered Approach », *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 26, nº 2, 2014, p. 202.

189 Abigail LEIBIG, « Girl child soldiers in northern Uganda: do current legal frameworks offer sufficient protection? », *Northwestern University journal of international human rights*, 2005, vol. 3, p. 20-21.

dans les actes d'accusation, des violences sexuelles commises par les membres du groupe armé à l'encontre des enfants soldats, et plus particulièrement des filles.

La majorité des juges n'a pas tenté de pallier cette lacune, en incluant les violences sexuelles parmi les chefs d'accusation, et s'est contentée de s'en tenir aux faits initiaux reprochés. En effet, le raisonnement suivi par la Cour pénale internationale a consisté à constater que les faits de violences sexuelles contre ces enfants soldats ne faisaient pas partie intégrante des charges d'accusation ni dans la décision de confirmation des charges, ayant pour conséquence que la Chambre ne pouvait l'inclure aux termes de l'article 74 (2)[190]. Elle a précisé que le Procureur aurait dû demander en temps utile l'ajout de charges des violences sexuelles[191].

C'est pourquoi on a reproché à ce jugement de ne prendre en compte seulement les rôles assumés par les garçons soldats, en faisant une généralité, et délaissant les particularités des expériences des filles soldats ; et, de ce fait, ce jugement ne serait pas le reflet de ce que subissent les enfants soldats. La Cour n'a pas profité de cette occasion pour tout de même préciser si les violences sexuelles seraient susceptibles de relever de la participation active des enfants de moins de 15ans aux hostilités indépendamment des faits de l'espèce. Cette attitude de la Chambre pourrait être assimilée à une exclusion implicite de cette forme d'utilisation du crime d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans aux hostilités.

Madame la Juge Odio Benito a démontré son désaccord quant au fait de ne pas avoir tenu compte des violences sexuelles, par une opinion dissidente, dans laquelle elle soutient que les comportements de violences sexuelles sont intrinsèques au comportement criminel consistant à utiliser des enfants pour les faire participer activement à des hostilités[192], les filles qui subissent ces violences sexuelles procurant un soutien essentiel au groupe[193]. Elle estime que la violence sexuelle est un élément de définition de l'enrôlement, de la conscription, mais aussi de la participation active des enfants. Mme la Juge Odio Benito insiste sur le fait que le danger pour ces enfants ne vient pas seulement de la partie belligérante adverse[194] et qu'il faut prendre en compte la nuisance directe du groupe qui recrute les enfants, considérant que les violences sexuelles devraient être constitutives de participation active. Elle laisse entrevoir également que ce qui peut être un obstacle à la qualification des violences sexuelles comme de la participation active, est le fait que la Chambre ne donnerait pas une « *définition juridique complète* » de ce crime de participation active[195].

---

190 CPI, Chambre de première instance I, jugement, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, § 630.

191 *Ibid.*, § 629.

192 CPI, Chambre de première instance I, jugement, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, Opinion dissidente du Juge Odio Benito, § 20.

193 *Ibid.*

194 *Ibid.,*§ 19-20.

195 *Ibid.*, § 7.

La revendication de Mme la Juge Odio Benito d'ouvrir la notion de participation active des enfants de moins de 15 ans aux violences sexuelles a été partagée par des auteurs. Ces derniers soulignent par ailleurs que, s'agissant des filles soldats, leur participation au combat est plus secondaire que le fait de subir des violences sexuelles, comme ce fut le cas en Ouganda et au Burundi ; d'où l'importance de considérer ces violences sexuelles. D'autant que l'utilisation des filles soldats pour des buts sexuels n'est pas explicitement abordée par les instruments de droit international humanitaire et de droit international pénal[196].

Parmi eux, K. Gallagher se positionne en faveur d'une interprétation large des deux articles relatifs à l'utilisation d'enfants soldats du Statut de Rome dans le but de reconnaître les expériences traumatiques des enfants soldats causés par les rôles qu'on leur a attribués, en prenant en compte notamment le genre, les travaux préparatoires du Statut incitant à allant en ce sens. À ce titre, l'auteure encourage la Cour à appréhender la liste des activités incluses sous la participation active dans la note de bas de page des travaux préparatoires comme une liste qui n'est pas exhaustive et à épouser l'esprit de cette disposition, et à élargir ainsi le champ d'activités consacré, pour y inclure notamment le rôle d'épouse forcée et d'esclave sexuelle lorsque ces rôles s'ajoutent à d'autres tâches qui consisteraient en des tâches de combat[197]. L'auteure préconise que la Cour ne devrait pas rejeter le rôle d'épouse forcée systématiquement en se basant sur l'absence de lien suffisant avec le combat. Elle évoque que la grossesse forcée et l'esclavage sexuel font certes l'objet de dispositions spécifiques dans le Statut de Rome[198], mais que ces actes peuvent être appréhendés sous l'angle de la participation active des enfants de moins de 15 ans aux hostilités, sous réserve que la Cour examine si ces rôles sont suffisamment liés au combat pour les qualifier de participation active[199]. Néanmoins, la question de la nécessité de tâches de combat qui s'ajoutent à celles de violences sexuelles pour être qualifiées de participation active n'apparaît pas tout à fait nette.

Une autre partie des observateurs considère que les violences sexuelles ne peuvent être incluses sous la qualification de participation active au regard du critère de cible potentielle[200], mais pourraient-elles l'être sous le critère du lien entre l'activité exercée par l'enfant et les hostilités ? Le point de vue de la Juge Odio Benito a été contesté par certains, estimant que celle-ci s'est méprise en considérant que le but des dispositions pénales relatives à l'utilisation des enfants soldats était d'aller aussi loin que ses revendications[201], et qu'élargir le concept de participation active d'enfants soldats aux violences sexuelles, serait aller au-delà

196 Rosemary GREY, « Sexual violence against child soldiers, the limits and potential of international criminal law », *International feminist journal of politics*, vol. 16, nº 4, 2014, p. 602.

197 Kristin GALLAGHER, « Towards a gender-inclusive definition of child soldiers: the prosecutor v. Thomas Lubanga », *Eyes on the ICC*, vol. 7, nº 1, 2010-2011, p. 127.

198 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 7(1) (g) et 8 (2) b xxii.

199 (*in*) Kristin GALLAGHER, art. cit. (n. 197), p. 128.

200 (*in*) Roman GRAF, art. cit. (n. 163), p. 965.

201 (*in*) Nina JORGENSEN, art. cit. (n. 158), § 54.

du sens littéral de la norme et ne serait pas compatible avec l'article 22 du Statut de Rome relatif au principe de légalité[202]. Certains allant jusqu'à dire que ce serait pour le juge « faire œuvre créatrice », et qu'il serait plus opportun de se servir de charges de violences sexuelles spécifiques du Statut pour que ces filles soldats soient visibles[203].

Le concept de participation active tel qu'interprété actuellement laisse la question de la possibilité de refléter la victimisation des filles par la disposition relative à l'utilisation des enfants soldats sans réponse[204], en raison de l'absence pour l'instant de position nette prise par la Cour pénale internationale, entretenue par les divergences de point de vue sur la nécessité d'inclure les violences sexuelles sous l'incrimination de la participation active des enfants de moins de 15 ans aux hostilités.

On peut reprendre la formulation contenue dans le jugement *Lubanga*, selon laquelle l'interdiction de participation active « *tend de manière générale à protéger les enfants des risques associés aux conflits armés* »[205]. C'est en effet le reproche que l'on peut faire en l'état actuel du régime du crime de participation active. Bien qu'il s'agisse de l'incrimination spécifique à la participation des enfants soldats aux hostilités, et qu'elle ait vocation à les protéger et à être adapté au mieux possible à la réalité, on ne peut que constater que finalement cette disposition ne permet de protéger seulement une partie des enfants soldats en raison du concept restrictif de participation active pour lequel ont opté les juridictions. La participation active apparaissant comme correspondant aux enfants qui effectuent des tâches comparables à celles d'un « combattant » classique et certaines tâches qui s'en rapprochent telles que l'espionnage ou la fonction de garde du corps, délaissant une majorité d'enfants assumant des fonctions spécifiques davantage liées au camp que l'on peut rattacher à de la participation indirecte. Cela signifie également une probabilité plus forte que la charge d'utilisation pour la participation active aux hostilités des enfants de moins de 15 ans incluse dans l'acte d'accusation, ne soit pas retenue par la Chambre, laissant les enfants utilisés sans reconnaissance de ce qu'ils ont pu endurer.

Parallèlement, s'est posée la question de la protection effective des enfants qui ont participé activement aux hostilités. Le fait de considérer que des enfants de moins de 15 ans aient participé activement aux hostilités en droit international pénal, peut-il exposer ces enfants à des dangers en termes de droit international humanitaire ? Cette allégation est liée à la définition qui a été attribuée

---

202 Triestino MARINIELLO, « *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*: the first judgment of the International criminal Court's Trial Chamber », *International human rights law review*, 2012, p. 143 ; Kai AMBOS, art. cit. (n. 147), p. 137.

203 (*in*) Nina JORGENSEN, art. cit. (n. 158), § 56.

204 *Ibid.,* p. 665.

205 CPI, Chambre de première instance I, jugement, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, § 619.

par les Juridictions internationales à la participation active, et fera l'objet d'une étude plus poussée.

D'autre part, d'un point de vue plus pratique, la correspondance entre la qualification juridique et ce qui se déroule sur le terrain peut poser certaines difficultés. En effet, il est complexe de dissocier un enfant participant directement aux hostilités de celui participant indirectement, mais aussi d'isoler un enfant participant indirectement aux hostilités du reste des autres membres des forces armées. La dangerosité est tout aussi présente en pratique. Cette difficulté à discerner, se traduit par une difficulté à protéger sur le terrain, mais aussi du point de vue de la répression postérieurement au conflit armé.

Cette incrimination spécifique présente par conséquent de sérieuses limites et l'exclusion de certains rôles assumés par les enfants de moins de 15 ans aboutit à une discrimination entre les enfants qui servent le groupe armé selon les rôles qui leur ont été attribués. Tandis que les Principes de Paris, bien qu'étant de la *soft law,* ne procèdent pas à une telle distinction entre les enfants[206]. Les discriminations sont par ailleurs fondées sur des critères qui ne sont pas transparents, c'est pourquoi il serait nécessaire que la Cour pénale internationale adopte une position claire concernant les éléments constitutifs de la participation active afin de déterminer davantage le régime de ce crime.

Serait-il possible d'élargir davantage le concept de participation active afin d'inclure la diversité des rôles attribués aux enfants soldats ? Cela pourrait se justifier dans la mesure où il y a un lien entre la contribution à l'effort général de guerre et la conduite des opérations de combat, et l'utilisation pour la participation active se trouve sur ce *continuum*[207]. Déjà, en 2008, certains espéraient que la CPI perçoive toutes les utilisations d'enfants dans les conflits armés, quelles qu'elles soient, et qu'elle poursuive ces faits[208]. En l'état actuel des choses néanmoins, il semble que cette disposition ne se suffise pas à elle-même pour appréhender l'ensemble des rôles assurés par les enfants de moins de 15 ans, si bien que l'on pourra envisager de recourir à d'autres moyens afin de les considérer et de protéger les enfants soldats de ces formes d'utilisation et du traitement qu'ils subissent par leur biais.

206 UNICEF, *Principes de Paris, Principes directeurs relatifs aux enfants associés aux forces armées ou aux groupes armés*, https://www.unicef.org/french/protection/files/ParisPrincipesFrench310107.pdf, 5-6 février 2007, § 2.1.

207 Michael SCHMITT, « Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees », *Chicago journal of international law*, vol. 5, nº 2, 2005, p. 532-533.

208 Jordan GILBERTSON, « Little Girls Lost: Can the International Community Protect Girl Soldiers », *University of La Verne Law Review*, vol. 29, 2008, p. 235.

SECONDE PARTIE
LES CONSÉQUENCES ATTACHÉES À L'INTERPRÉTATION DU CONCEPT DE « PARTICIPATION ACTIVE » DES ENFANTS SOLDATS

Bien que la majorité de la doctrine considère que l'interprétation du concept de « participation active » soit restrictive du fait de la multitude des tâches attribuées qui ne sont pas prises en compte, certains observateurs considèrent au contraire que l'interprétation faite par les juridictions pénales internationales est trop étendue, entraînant d'importantes conséquences en droit international humanitaire (**Chapitre 1**). D'autre part, l'exclusion des tâches précédemment évoquées nécessitera de se pencher sur d'autres incriminations générales du Statut de Rome, qui ne visent pas spécifiquement les enfants soldats mais qui pourraient prendre en compte ces activités exclues de l'incrimination spécifique relative aux enfants soldats, de façon à pouvoir pallier l'ineffectivité de celle-ci mais aussi de manière cumulative à celle-ci (**Chapitre 2**).

Chapitre 1
Les relations entre le concept de droit international pénal de « participation active » et le droit international humanitaire

L'assimilation du concept de participation active à la perte de protection des enfants soldats en droit international humanitaire revendiquée par des observateurs, invite à examiner le bien-fondé de ce raisonnement qu'il appartiendra de relativiser (**Section 1**), mais aussi à revenir aux fondamentaux du DIH relatifs aux statuts qui conditionnent la perte de protection (**Section 2**).

Section 1. Un concept synonyme d'atténuation de la protection des enfants soldats en droit international humanitaire ?

Afin de répondre à cette question, il s'agira d'étudier deux approches qui paraissent opposées, l'une mettant en relation directement le concept de participation active de droit international pénal avec la signification de ces mêmes termes en droit international humanitaire (***I***), l'autre, adoptée par la CPI, prônant au contraire des significations distinctes de la participation active propres aux deux matières (***II***). Puis, il s'agira de se tourner vers une approche intermédiaire plus raisonnable reposant sur la cohabitation des règles de droit international pénal et de droit international humanitaire (***III***).

I. La similarité de l'emploi de la notion en droit international humanitaire, impliquant une perte de protection de l'enfant

Le raisonnement des tenants de cette première approche repose sur la réitération des termes de « participation active » provenant initialement du droit international humanitaire, dans la formulation de l'incrimination spécifique à l'utilisation des enfants soldats (*A*) ; qui aboutit à la conclusion selon laquelle cette réitération emporte la même signification et la même conséquence (*B*). Ces deux phases de raisonnement seront étudiées plus en détails successivement.

A. La signification de « participation active » en droit international humanitaire

Les termes de « participation active » contenus dans les articles du Statut de Rome et du Statut du TSSL se retrouvent également dans les versions anglaises de dispositions conventionnelles de droit international humanitaire tel que l'article 3 commun aux Conventions de Genève[209]. En effet, c'est d'abord la version anglaise de l'article 3 § 1 commun aux Conventions de Genève qui a utilisé ces termes s'agissant du traitement humain dont bénéficient les personnes qui ne prennent pas de « part active » aux hostilités. Il s'agit du traitement minimum à accorder aux individus qui peuvent être assimilés à des civils. Cette disposition a été reprise à l'article 4 du Protocole additionnel II[210], à la seule différence que même dans la version anglaise les termes de « participation active » sont remplacés par ceux de « participation directe ». Cependant, différents jugements ont admis que, dans ce contexte de la protection des civils, la « participation active » est un synonyme de la « participation directe »[211].

L'équivalence de ces deux notions a été également admise s'agissant d'autres dispositions des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève par le TPIY dans l'arrêt *Strugar*[212], notamment concernant l'article 51 du Protocole additionnel I relatif au principe de distinction entre civils et combattants, mais aussi s'agissant du Protocole II[213]. Les protocoles additionnels contiennent seulement la formulation « participation directe ». Ce principe codifié également aux articles 48 et 52§2 du Protocole I et à l'article 13 § 2 du Protocole II est

---

209 (*in*) Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, *op. cit.* (n. 81), art. 3.

210 (*in*) Protocole additionnel II, *op. cit.* (n. 29), art. 4.

211 TPIR, Chambre I, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, jugement, 2 septembre 1998, §629 ; TPIR, Chambre I, *Le Procureur contre Georges Rutaganda*, ICTR-96-3-T, jugement, 6 décembre 1999, § 99.

212 TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Pavle Strugar*, n° IT-01-42-A, arrêt, 17 juillet 2008, § 173.

213 TSSL, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, n° SCSL-2004-15-T, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 2 march 2009 (« *RUF* »), § 102.

un principe cardinal et intransgressible du droit international coutumier[214] qui prescrit qu'il faut distinguer lors des opérations militaires entre les civils et les personnes qui prennent une part active aux hostilités. Par ailleurs, ce principe de distinction est consacré par les règles 1 à 6 du droit international coutumier[215].

En vertu de ce principe, qui vaut tant en conflit armé international qu'en conflit armé non international, seuls peuvent constituer des cibles légitimes d'attaque les combattants et les individus prenant une part active ou directe aux hostilités, les individus ne prenant pas de part directe aux hostilités bénéficiant de la protection. Selon que l'on qualifie un individu de combattant ou de civil, il bénéficiera ou non de cette protection. Toutefois, lorsque les personnes civiles participent directement aux hostilités, elles cessent de bénéficier de leur protection contre les attaques, et ce durant la durée de cette participation[216]. Le *Guide* du CICR de 2009 ainsi que le commentaire de 2016 de l'article 3 commun aux Conventions de Genève ont confirmé à leur tour le fait que la participation active et la participation directe représentent le même concept en droit international humanitaire[217].

Par conséquent, en droit international humanitaire, la qualification de participation directe ou active permet de déterminer si un individu est protégé contre les attaques, et s'il a temporairement perdu cette protection. La participation directe, pouvant être définie comme correspondant à des actes hostiles spécifiques commis par des individus dans le cadre de la conduite des hostilités entre les parties à un conflit armé, qui doivent remplir les critères de seuil de nuisance, de causation directe et d'acte à l'avantage d'une partie au conflit[218], comme il en a été discuté précédemment dans la **Première partie** (**Chapitre II**, **Section I**, ***I.B***). Si ces conditions sont remplies *a priori*, le civil sera susceptible d'être considéré comme ayant perdu sa protection de qualité de civil temporairement et pourra faire l'objet d'attaques.

Ces observations, mises en perspective avec les dispositions de DIH et de droit international pénal relatives à l'utilisation des enfants soldats, peuvent être sources de confusion dans la mesure où sont entremêlées la perte de protection temporaire du civil du fait de sa participation directe aux hostilités et la protection des enfants participant activement aux hostilités par la répression de ceux qui les utilisent.

---

214 Résolution 2675 de l'Assemblée générale, « Principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé », A/RES/2675 (9 décembre 1970) ; C.I.J, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, Rec.1996, p. 236, § 78 ; TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, § 111-119.

215 Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *op. cit.* (n. 30), vol. I, p. 3-33.

216 (*in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 51 §3 ; (*in*) Protocole additionnel II, *op. cit.* (n. 29), art. 13 § 3.

217 Nils MELZER, *op. cit.* (n. 128), p. 45-46 ; CICR, *op. cit.* (n. 80), § 525-528.

218 Nils MELZER, *op. cit.* (n. 128), p. 45.

B. Un raisonnement transposable à la disposition pénale relative à l'utilisation d'enfants soldats ?

Se fondant sur l'affirmation du caractère synonyme de la « participation active » et de la « participation directe » en droit international humanitaire spécifique au principe de distinction, des auteurs en ont déduit que la réitération de ces mêmes termes de « participation active » dans la disposition relative aux enfants soldats du Statut de Rome et du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone impliquait également la même conséquence[219].

Certains de ces auteurs ont à ce titre critiqué l'interprétation du concept de participation active des enfants de moins de 15 ans inscrit dans les Statuts de Rome et du TSSL, faite par les juridictions internationales pénales et notamment lors du jugement *Lubanga*, en soutenant qu'en ayant interprété de manière extensive la notion, cela entraînerait automatiquement l'extension du concept de participation directe au sens du DIH dans le cadre du principe de distinction, légitimant des attaques contre davantage d'enfants[220]. La seule fois où une juridiction a envisagé cette possibilité était, lors de l'affaire *RUF,* où la Chambre avertissait qu'une définition trop extensive de « participation active » entraînerait des conséquences inappropriées, c'est-à-dire la perte pour les enfants associés aux groupes armés du statut protecteur de personnes hors de combat conformément au droit des conflits armés[221].

Par ailleurs, un passage de la décision de confirmation des charges dans l'affaire *Ntaganda* pourrait être interprété de manière à entretenir cette confusion entre la participation directe aux hostilités au sens du DIH qui détermine la perte de protection contre les attaques, et la participation active au sens de l'utilisation des enfants de moins de 15 ans. En effet, la Chambre précise que la participation directe aux hostilités des enfants, au sens du DIH, doit être appréciée à la lumière de l'article 8 (2) e vii[222] du Statut de Rome, alors que le crime de participation active des enfants de moins de 15 ans aux hostilités n'était pas inclus dans les charges d'accusation de l'espèce. Le risque serait également que ces enfants soient considérés comme « combattants »[223], étant

---

219 Ana Martin BERINGOLA, « Ensuring protection of child soldiers from sexual violence: relevance of the Ntaganda decision on the confirmation of charges in narrowing in the Gap », *Amsterdam law forum*, vol. 8, nº 2, 2016, p. 62.

220 Natalie WAGNER, « A Critical Assessment of Using Children to Participate Actively in Hostilities in *Lubanga*: Child Soldiers and Direct Participation », *Criminal Law Forum*, vol. 24, nº 42, 2013, p. 174-179 ; Noëlle QUENIVET, « The liberal discourse and the new wars of/on children », *Brooklyn journal of international law*, vol. 38, nº 3, 2013, p. 1087.

221 TSSL, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, nº SCSL-2004-15-T, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 2 march 2009 (« *RUF* »), § 1723.

222 CPI, Pre-Trial Chamber II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, 9 june 2014, § 78.

223 Nolwenn GUIBERT et Tilman BLUMENSTOCK, « The first judgement of the Special Court for Sierra Leone : A missed opportunity ? », *The law and practice of international Courts and Tribunals*, volume 6, nº 3, 2007, p. 381.

donné que le statut de combattant est déterminé par le droit de participer directement au combat[224].

C. Jenks, à l'image d'autres auteurs, assimile purement et simplement la participation directe et la participation active, en se référant au *Guide* du CICR et en rejetant la logique du jugement *Lubanga*, puisqu'il conçoit la notion comme liée au bénéfice ou à la perte de protection des civils contre les attaques[225]. Il considère, comme N. Wagner, que, puisqu'il s'agit de deux notions semblables, reconnaître une interprétation large à la participation active, c'est faire de même avec la participation directe ; et donc exposer davantage d'enfants qui pourront être pris pour cibles selon le DIH, puisqu'ils perdent le temps de cette participation leur immunité contre les attaques militaires. Il reproche par ailleurs au jugement *Lubanga* d'aller trop loin en utilisant les critères de danger réel et de cible potentielle, car cela entraînerait une qualification abusive systématique de la participation active, élargissant davantage la définition de participation directe ; au lieu de se fonder sur le *Guide* du CICR qui indique que le fait de causer indirectement des effets nuisibles est trop large[226]. Il estime que la seule manière de pouvoir incriminer l'utilisation d'enfants serait d'amender le Statut de Rome et d'ajouter les termes « *participation indirecte* ».

Par ailleurs, une interprétation large de la participation active par la juridiction, pourrait conduire dans le futur des accusés à se défendre en soutenant que le rôle de soutien exercé par la victime était qualifiable de participation directe aux hostilités et que, par conséquent, cibler cet individu était conforme au droit des conflits armés[227]. En effet, des allégations soulignent que l'interprétation extensive de la disposition de « participation active » impacte sur le concept de participation directe au sens du DIH dans le cadre du principe de distinction au point d'en étendre la portée de manière générale. L'un des principes fondamentaux du droit international humanitaire serait alors chamboulé, le standard de droit international pénal transformant le standard de participation directe de DIH. Cela signifierait que des civils perdraient leur immunité contre les attaques de manière plus souple. Cette considération soulève également la question de savoir si la qualification en droit international pénal pourrait transformer automatiquement le statut de la personne, en statut de combattant de DIH[228].

Compte tenu des risques évoqués que peut entraîner l'interprétation extensive de la participation active des enfants de moins de 15ans et dans le but de protéger ces enfants, des auteurs préconisent d'adopter une approche plus stricte

224 Matthew HAPPOLD, *op. cit.* (n. 15), p. 101.

225 Chris JENKS, « Law as Shield, Law as Sword: The ICC's Lubanga Decision, Child Soldiers and the Perverse Mutualism of Direct Participation in Hostilities », *University of Miami National Security and Armed Conflict Law Review*, vol. 3, 2013, p. 122.

226 *Ibid.,* p. 122-123.

227 *Ibid. ;* (*in*) Carsten STAHN, art. cit. (n. 137), § 59.

228 Valerie OOSTERVELD, « The Special Court for Sierra Leone, Child soldiers, and forced marriage: providing clarity or confusion », *Annuaire canadien de Droit international*, vol. 45, 2007, p. 150.

de cette disposition qui serait plus prudente, en se calquant davantage sur le guide du CICR de 2009[229], cela permettrait par la même occasion qu'il y ait une uniformité entre la définition donnée par la CPI et la définition du guide du CICR[230]. L'adoption d'une interprétation restrictive de la notion serait motivée par le risque pour ces enfants de devenir des cibles légitimes d'attaques, qui primerait sur la tentation d'interpréter plus largement la participation active[231]. M. Happold défend également cette idée en soutenant que des chapeaux de l'article 8 du Statut de Rome (article 8 2) b) xxvi ; et 2) e) vii), tendent à être considérés comme incitant à interpréter la notion de manière à se conformer à sa définition dans le droit international existant[232].

Si ce qu'allèguent les observateurs se révèlent fondés, c'est-à-dire que la qualification pénale de participation active des enfants de moins de 15 ans entraîne la perte de protection contre les attaques, alors le droit international pénal n'aurait pas pour effet réel de renforcer la protection des enfants soldats, puisqu'il les exposerait davantage en admettant un nombre important de rôles sous cette qualification, car cela reviendrait à légitimer des attaques contre eux. Concrètement, cela reviendrait à admettre postérieurement que l'enfant qui servait par exemple de soutien, et qui a subi des sévices, n'était pas protégé juridiquement contre la partie adverse. Toutefois, est-ce qu'on peut considérer pour autant qu'une disposition pénale puisse transformer des principes fortement ancrés en DIH ? Cela est moins sûr. De plus, cela impliquerait une perte de protection systématique.

II. Une notion affirmée par la jurisprudence pénale internationale comme indépendante de la perte de protection

Face à ces critiques envers la conception jugée trop extensive de la « participation active », un autre mode de pensée a défendu l'approche des juridictions. En effet, des commentateurs ont mis en avant le fait qu'il fallait distinguer d'une part le principe de distinction civils-combattants, qui devrait être utilisé pour interpréter l'article 3 commun aux Conventions de Genève et le principe de protection de l'enfance qui devrait être utilisé pour interpréter l'article 8 2) b) xxvi et l'article 8 2) e) vii d'autre part[233].

---

229 Shannon BOSCH, « Targeting and prosecuting underaged child soldiers in international armed conflicts, in light of the humanitarian law prohibition against civilian direct participation in hostilities », *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 45, nº 3, 2012, p. 356.

230 (*in*) Chris JENKS, art. cit. (n. 225), p. 124.

231 (*in*) Nina JORGENSEN, art. cit. (n. 158), § 55.

232 Matthew HAPPOLD, « Children participating in armed conflict and international criminal law », *Human rights & international legal discourse*, vol. 5, nº 1, 2011, p. 95.

233 Gus WASCHEFORT, *International law and child soldiers*, Oxford, Hart publishing, 2015, p. 126.

R. Graf appuie ce raisonnement en précisant que l'admission par le TPIY et le TPIR du caractère synonyme des expressions « participation active » et « participation directe » concernait le contexte de la protection des civils dans le but d'appliquer l'article 4 du Protocole II et l'article 3 (1) commun aux Conventions de Genève[234]. L'utilisation d'un même mot peut donc avoir une signification différente et l'emploi de « participation active » dans le Statut a un sens distinct de l'emploi de ce même mot dans le cadre du principe de distinction, laissant la possibilité pour le concept de participation active du Statut d'être plus extensif, sans pour autant entraîner de perte de protection contre les attaques. Il y aurait ainsi différents standards de « participation 'active » situés à différents niveaux : le principe de distinction, et la protection des enfants[235]. Il estime que, même si en principe l'incrimination de droit international pénal découle de violations de règles de DIH, cela n'implique pas pour autant de portée coïncidente entre la protection des civils et la protection des enfants de leur utilisation. Il considère par ailleurs qu'il ne faut pas interpréter le Statut de Rome à la lumière de textes de DIH si cela rentre en conflit avec l'intention des rédacteurs du Statut ; le cas échéant, l'intention des rédacteurs est prioritaire[236]. D'autre part, il soutient que l'article 10 du Statut de Rome semble prémunir contre des interprétations extensives, telle que la conséquence d'exposition de l'enfant comme cible légitime en DIH[237].

L'arrêt d'appel *Lubanga* s'inscrit dans cette lignée, les allégations de M. Lubanga permettant à la Chambre de se pencher plus précisément sur la question, et d'apporter de la clarté concernant le passage dans la décision de confirmation des charges *Ntaganda* qui jetait le trouble sur cet aspect. M. Lubanga alléguait que les termes de « participation active » de l'article 8 2) e vii du Statut de Rome, devaient être interprétés conformément au principe de distinction consacré à l'article 3 commun des Conventions de Genève[238].

La Chambre d'appel affirme que la disposition pénale relative aux enfants soldats est une disposition formellement distincte des dispositions concernant le principe de distinction. Elle défend une interprétation autonome de « participer activement aux hostilités » de l'article 8 2) e vii du Statut de la CPI et des deux dispositions concernées des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève, en soutenant que la notion n'a pas à avoir la même interprétation que les termes de « participation active » et « participation directe » dans le contexte du principe de distinction combattants-civils[239]. Elle précise qu'il faut tenir compte des contextes des articles concernés. C'est pourquoi, au nom de l'objectif de ces dispositions spécifiques relatives à la participation active des enfants, la

234 (*in*) Roman GRAF, art. cit. (n. 163), p. 960.

235 *Ibid.*, p. 964.

236 *Ibid.*

237 *Ibid.*, p. 969.

238 CPI, the Appeals chamber, Judgment on the appeal of Mr Lubanga against his conviction, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06 A 5, 1 december 2014, § 317.

239 *Ibid.,* § 324.

qualification de participation active ne peut entraîner automatiquement la perte de protection de DIH. La Chambre précise également que le droit international humanitaire n'exige pas une limitation de l'article 8 2) e vii aux formes de participation directe en conflit armé[240].

Sous cet angle, le concept large de participation active de droit international pénal (DIP) serait profitable aux enfants soldats puisqu'il serait sans conséquence sur le principe de distinction. Ils seraient ainsi protégés à la fois par les dispositions de DIP et de DIH. Cette approche semble considérer ces deux matières comme étanches, chacune cherchant à atteindre ses objectifs propres sans interférer entre elles.

Si la thèse soutenue par l'autre partie de la doctrine (***I***), était adoptée par la Cour pénale internationale, cela la contraindrait à revenir sur ses précédentes interprétations au profit d'une interprétation stricte, comme le préconisent les tenants de cette thèse, et à veiller à la protection des enfants soldats par le droit international pénal de manière plus restreinte. En effet, moins de rôles assumés par des enfants tomberaient sous la définition, et corrélativement, des accusés ne seraient pas condamnés au titre de l'utilisation des enfants de moins de 15 ans.

Quant à la conception de la participation directe aux hostilités dans le cadre du principe de distinction, elle se doit de rester restrictive[241] et ne peut être élargie par l'appréciation d'une autre disposition. Autrement, cibler des personnes initialement protégées deviendrait légitime.

Cependant, l'approche de la Chambre d'appel peut susciter également un certain scepticisme. Peut-on réellement exclure l'interférence des règles de droit international humanitaire avec la « participation active » des enfants de moins de 15 ans ?

III. Une perte de protection ciblée des enfants soldats

En réalité, les deux approches précédentes contradictoires relatées aux paragraphes ***I*** et ***II*** apparaissent plutôt excessives lorsque l'on se penche sur les aboutissants de chacune. D'une part, la première vision semble entretenir un rapport de force entre le droit international humanitaire et le droit international pénal, la définition de participation active en DIP ayant pour conséquence de transformer une règle profondément ancrée en DIH qu'est la participation directe. D'autre part, la deuxième vision quant à elle prend le soin de séparer la signification de la participation active en DIH et en DIP.

La difficulté à trouver une articulation satisfaisante pour les deux matières se comprend dans la mesure où leurs objectifs sont initialement différents. Le droit international humanitaire poursuit l'objectif de protection la plus forte possible des civils et de ceux ne participant pas aux hostilités, c'est pourquoi il est

240 *Ibid.*, § 328.

241 Joshua YUVARAJ, art. cit. (n. 76), p. 81.

nécessaire à ses yeux que la « participation active/directe » soit interprétée étroitement. *A contrario*, le droit international pénal poursuit l'objectif de protection des enfants utilisés pour la guerre à travers la pénalisation de ceux qui utilisent ces enfants, et aspire à une extension de la notion de participation active pour atteindre cet objectif. Il y a de ce fait une tension entre ces deux objectifs[242].

Pourtant, la conciliation des règles de DIH et de droit international pénal est primordiale. L'approche intermédiaire, qui semble être l'état actuel des choses, serait de suivre la Chambre d'appel dans l'affaire *Lubanga*, en ce qu'elle a considéré que la signification de la participation active de la disposition relative aux enfants soldats était spécifique à celle-ci, et distincte de la signification de la participation active dans le cadre du principe de distinction ; tout en ne niant pas la perte de protection de ces enfants qui participent directement aux hostilités au sens du principe de distinction. En effet, la qualification pénale ne met pas à l'abri des règles juridiques applicables en matière de conflit armé quand un individu, bien que ce soit un enfant de moins de 15 ans, participe directement aux hostilités. Il s'agit d'une application complémentaire des règles de DIH et de droit international pénal. Les enfants qui participent directement aux hostilités perdent leur protection découlant du statut de civil[243].

La coexistence de ces règles interroge : est-ce que le fait de procéder à la qualification pénale de participation active, ce n'est pas tout de même une manière indirecte de reconnaître la qualité de participation directe au sens du DIH et donc la perte de protection de civil (temporaire) de ces enfants ? Parmi ces enfants que l'on qualifierait conformément à la disposition pénale relative aux enfants soldats, comme ayant participé activement aux hostilités, une partie d'entre eux qui aurait participé directement aux hostilités au sens du DIH, perdrait sa protection contre les attaques militaires. Ceci est source de risque de discrimination entre les enfants participant à divers degrés aux hostilités, n'offrant pas une protection uniforme. Ceux qui seraient au mieux protégés par le DIH et le DIP, seraient les enfants qui ont participé activement aux hostilités (pénalement), sans pour autant atteindre le seuil de participation directe ; puisqu'ils ne seraient pas considérés comme étant devenus des cibles légitimes.

Cette question doit être discutée en profondeur par les institutions de droit international humanitaire et droit international pénal afin de confirmer ou non cette approche et d'éclaircir les interactions et ces risques de contradictions[244], le droit international pénal n'étant plus simplement un « *outil linéaire* » d'exécution du DIH[245] puisqu'il a en partie évolué comme un système autonome. Ceci est déterminant pour la protection des enfants soldats en DIH et en DIP. Il y a un besoin de contrôle et de dialogue mutuels concernant l'interprétation

242 (*in*) Roman GRAF, art. cit. (n. 163), p. 961.

243 Amy Beth ABBOTT, « Child soldiers-The use of children as instruments of war », *Sulfok transnational law review*, vol. 23, nº 2, 2000, p. 523.

244 (*in*) Carsten STAHN, art. cit. (n. 137), p. 164.

245 *Ibid.,* p. 165.

de ces normes notamment entre le Comité international de la Croix-Rouge et la CPI, étant entendu que la représentation du CICR comme gardien des règles primaires de comportements, et de la CPI comme « leader » des conséquences des violations est désuète.

Puisque la perte de protection des enfants de moins de 15 ans au regard du principe de distinction ne dépend pas de la disposition pénale relative aux enfants soldats, mais que cette dernière peut tout de même avoir une incidence indirecte, il appartient de s'intéresser à la question essentielle des conditions de la perte de protection des enfants contre les attaques directes.

Section 2. La cohabitation du concept pénal de participation active des enfants soldats et de la perte de protection de DIH

Dans la mesure où il n'y a pas de statut spécifique dédié aux enfants soldats en droit international humanitaire, il conviendra d'envisager les statuts généraux de DIH que les enfants peuvent endosser au cours d'un conflit armé, desquels dépend la perte de protection temporaire ou permanente de l'enfant soldat. Dans ce contexte, le rôle de l'enfant est un facteur déterminant dans la qualification du statut. L'évocation de ces statuts tour à tour sera également l'occasion d'examiner les circonstances dans lesquelles l'enfant pourrait être également qualifié comme participant activement aux hostilités sous l'angle de droit international pénal, et les éventuelles incidences qui peuvent en découler. Nous aborderons dans un premier temps l'enfant soldat comme bénéficiant du statut de civil (*I*), puis comme combattant ou exerçant une fonction de combat continue (*II*).

I. L'enfant soldat, bénéficiant du statut de civil

Bien que l'enfant puisse bénéficier du statut de civil, cela ne signifie pas qu'il n'est pas impliqué dans le conflit armé au profit d'un groupe armé. Il peut rester protégé par ce statut jusqu'à un certain degré de participation au conflit qui est la participation indirecte (*A*). Au-delà, l'enfant peut être considéré comme participant directement aux hostilités, entraînant une cessation de protection (*B*).

A. L'enfant civil participant indirectement aux hostilités

En droit international humanitaire, la protection des enfants s'est fondée sur le fait que les enfants devraient automatiquement avoir le statut de civil

et seraient ainsi privés de participation aux hostilités[246]. Dans la mesure où les notions de civil et de combattant sont conçues par opposition l'une à l'autre, la qualité de civil se définit en conflit armé international *a contrario*, comme les individus qui ne sont pas considérés comme membres de forces armées à un conflit au regard des critères établis ni comme faisant partie de la population qui se soulève à l'approche d'un ennemi[247]. Dans le contexte de conflit armé non international, bien que l'emploi de la notion de civil n'apparaisse pas, cette catégorie d'individus protégés est constituée par des personnes qui ne participent pas directement aux hostilités[248].

Conformément au principe de distinction entre civils et combattants, la qualité de civil ou d'individu qui ne participe pas directement aux hostilités, oblige à considérer cette catégorie dans la conduite des hostilités et à ne cibler seulement les combattants ou ceux qui participent directement au conflit[249]. De ce principe général découle une protection générale des civils contre les dangers résultant d'opérations militaires[250]. C'est de cette protection générale que résultent des principes protecteurs relatifs aux civils. Parmi lesquels se trouve le principe du traitement avec humanité sans discrimination, qui est intégré aux conventions de DIH[251] et a acquis valeur coutumière[252] et qui recouvre les droits et obligations liés à la personne humaine dont l'intégrité corporelle, morale et intellectuelle, mais aussi le respect des droits familiaux, de conviction et pratique religieuse. Ces droits sont généralement accompagnés d'une liste d'actes prohibés à l'encontre des civils tels que le meurtre ou les atteintes à la dignité de la personne.

Par ailleurs, la qualité de civil fait bénéficier du principe d'interdiction d'attaques envers les civils, et d'attaques indiscriminées. À ce titre, « *le fait de prendre des civils pour cible est absolument prohibé en droit international coutumier* »[253]. Il s'ensuit que les actes dont le but est de répandre la terreur parmi la population civile sont interdits[254], et que les attaques doivent être dirigées contre des objec-

---

246 Hans-Peter GASSER, « Protection of the civilian population », *in* Dieter FLECK, *The handbook of humanitarian law in armed conflict*, 1995, p. 210.

247 (*in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 50.

248 (*in*) Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, *op. cit.* (n. 81), art. 3 ; (*in*) Protocole additionnel II, *op. cit.* (n. 29), art. 4.

249 (*in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 48.

250 *Ibid.*, art. 51 § 1 ; (*in*) Protocole additionnel II, *op. cit.* (n. 29), art. 13 § 1.

251 (*in*) Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, *op. cit.* (n. 44), art. 27 ; (*in*) Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, *op. cit.* (n. 81), art. 3.

252 Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *op. cit.* (n. 30), vol. 1, p. 405-411 (règles 87 et 88).

253 TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-A, arrêt, 29 juillet 2004, § 109.

254 (*in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 51 § 2 ; (*in*) Protocole II, *op. cit.* (n. 29), art. 12 § 2 ; Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *op. cit.* (n. 30), vol. 1, p. 10-15 (règle 2).

tifs militaires déterminés[255] et ne doivent pas être indiscriminées, ce qui serait le cas s'agissant de bombardements ou d'attaques causant des pertes excessives par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

S'attache également à la protection générale des civils le principe de précaution, fondamental, qui consiste pour la partie attaquante à veiller à épargner les civils à travers notamment les choix stratégiques dans les moyens qu'elle utilise pour les attaques[256], et pour la partie attaquée à éviter des conséquences néfastes qui viseraient les civils comme l'obligation d'éloigner les civils des objectifs militaires[257]. Le principe de proportionnalité dans l'attaque s'applique aussi envers les civils, consistant en l'interdiction de « *lancer des attaques dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles* […] *ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et attendu* »[258]. Ce principe est intrinsèquement lié au principe d'interdiction des attaques indiscriminées.

Par conséquent, lorsque l'enfant ne répond pas aux critères de qualification de combattant ou d'individu participant directement aux hostilités, il est automatiquement considéré comme classé sous le statut de civil et est de ce fait protégé par le régime protecteur qui en découle. C'est notamment en considération de ces règles protectrices que des enfants sont employés à des fins stratégiques, comme ce peut être le cas lorsqu'ils sont utilisés comme boucliers humains, la partie adverse ayant obligation de ne pas les cibler en raison de leur qualité de civil.

L'enfant qui est considéré comme civil puisqu'il ne participe pas directement aux hostilités, peut néanmoins se trouver dans une situation où il participe indirectement aux hostilités, c'est-à-dire participer à l'effort de guerre général ou à des activités en soutien à la guerre, à travers un rôle qu'on lui a confié, comme celui de domestique au sein du camp du groupe armé, cette activité n'entraînant pas sa perte d'immunité. Pourtant, il risque tout autant d'être pris pour cible techniquement par la partie adverse dans le feu de l'action, étant donné qu'il reste difficile de dissocier dans ces circonstances une participation indirecte d'une participation directe pour les acteurs directs du conflit.

Ces observations, mises en relation avec la disposition pénale relative à l'interdiction de l'utilisation des enfants de moins de 15 ans, laissent penser que des enfants bénéficiant du statut de civil peuvent être qualifiés comme participant activement aux hostilités puisque le concept a été interprété comme pouvant

---

255 (*in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 51 § 4 ; Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *op. cit.* (n. 30), vol. 1, p. 50-54 (règle 11).

256 *Ibid.*, vol. 1, p. 69-91 (règles 15 à 21) ; (*in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 57.

257 *(in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 58 ; Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *op. cit.* (n. 30), vol. 1, p. 50-54 (règle 11) ; (*in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), p. 92-103 (règles 22 à 24).

258 Jean-Marie HENCKAERTS et Louise DOSWALD-BECK, *op. cit.* (n. 30), vol. 1, p. 61-68 ; (*in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 51 (5) et 57 (1).

comprendre des activités constitutives de participation indirecte, permettant ainsi de poursuivre les responsables de leur utilisation. Dans ce contexte, l'enfant est alors protégé d'un point de vue de DIH, conservant son immunité de civil, mais aussi d'un point de droit international pénal. Dans le cas où la participation de l'enfant ne satisferait pas les critères posés par la jurisprudence pour qualifier la participation active, son utilisation ne serait alors pas poursuivie.

Par ailleurs, la préservation de la qualité de civil s'agissant des enfants impliqués dans le conflit permet également de réprimer, conformément au Statut de Rome, les actes commis par la partie adverse à leur égard qui sont prohibés en tant qu'il s'agit de civils, tels que la torture, le meurtre ou des traitements inhumains ou dégradants.

B. L'enfant civil participant directement aux hostilités

Les enfants bénéficient du principe de distinction en tant que membres de la population civile[259] jusqu'à un certain seuil. Ce seuil étant, comme cela a été évoqué précédemment ainsi que dans la **Section 1**, lorsque des actes hostiles remplissent les trois critères cumulatifs de la participation directe aux hostilités[260], qui ont été davantage explicités dans la **Première partie** (**Chapitre 2**, **Section 1**, ***I***). Ces critères déduits par le guide trouvent à s'appliquer à tout individu, y compris des enfants. Le fait que les enfants soient forcés par les groupes armés à participer au conflit n'est pas pris en compte. En effet, le *Guide* du CICR précise que le fait que l'individu soit forcé à participer directement aux hostilités, ne l'exonère pas de la perte de protection[261].

Néanmoins, il faut nuancer cela dans la mesure où, *a priori*, lorsque les civils sont inconscients du rôle qu'ils jouent dans la conduite des hostilités ou lorsqu'ils sont privés totalement de leur liberté physique d'action ; alors, dans ces hypothèses, ils resteraient protégés contre les attaques directes bien que les critères de la participation directe soient remplis, notamment le critère du lien de belligérance[262]. En effet, s'agissant d'enfants qui seraient par exemple placés par la contrainte physique comme boucliers humains, ils garderaient leur protection contre les attaques directes. Cette nuance pourrait s'étendre à la plupart des activités exercées par les enfants dans le cadre d'un conflit armé puisqu'on peut considérer qu'ils sont généralement privés de leur liberté d'action physique, étant obligés d'agir sous la menace. À cet égard, on pourrait reprocher au *Guide* de ne pas se pencher davantage sur l'exception de la privation de liberté d'action physique et plus largement, sur la participation directe des enfants aux hostilités. Cependant, les enfants participant directement aux hostilités semblent être en

259 (*in*) Amy Beth ABBOTT, art. cit. (n. 243), p. 520.

260 Nils MELZER, *op. cit.* (n. 128), § 47.

261 *Ibid.*, p. 62.

262 *Ibid.*

mesure de perdre leur protection de civil dans la mesure où l'exception repose sur le critère de privation de liberté physique qui doit être total.

Il faut préciser d'autre part que les actes qui pourront être qualifiés de participation directe doivent correspondre à des actes sporadiques, désorganisés ou spontanés. Dans ce contexte, l'enfant ne perd pas sa qualité de civil, mais sa protection accordée en vertu de sa qualité de civil de manière temporaire, le temps de sa participation[263]. Il retrouvera ainsi sa protection contre les attaques lorsque sa participation directe aura pris fin. S'il a pris directement part aux hostilités de manière répétée, il retrouvera sa protection contre les attaques directes chaque fois que la participation aura pris fin. En termes de durée, la participation directe comprend les mesures préparatoires à l'exécution de l'acte et le déploiement vers le lieu d'exécution ainsi que le retour de ce lieu d'exécution[264].

Une série d'activités a été considérée comme remplissant les critères de la participation directe déduits par le guide. Parmi celles-ci figurent entre autres des actes causant des pertes en vies humaines ou blessures, mais aussi des actes de sabotage, la destruction de biens protégés contre les attaques directes ou encore la capture du personnel[265]. Si l'on compare avec les activités que les enfants soldats peuvent être amenés à exercer, certaines de ces activités s'incorporent dans cette série d'activités, comme les actes de sabotage ou la transmission d'informations stratégiques[266].

Cependant, les enfants de moins de 15 ans bénéficient de la protection spéciale qui leur est accordée par le droit international humanitaire incluant entre autres la protection contre l'atteinte à la pudeur et les obligations de soins et d'aide, lorsqu'ils tombent au pouvoir de la partie adverse, même dans les circonstances où ils participent directement aux hostilités[267].

La qualification de participation directe des enfants en DIH emporte de fortes probabilités de permettre la qualification pénale de participation active des enfants aux hostilités, puisque la participation active est réputée comme englobant largement la participation directe. De ce fait, les responsables de la participation directe des enfants pourront être poursuivis. Les enfants seront ainsi protégés pénalement sous cet angle, à défaut de la préservation de leur immunité ; mais ne seront pas pris en compte s'agissant d'actes hostiles commis à leur encontre lorsqu'ils étaient en train de participer directement aux hostilités.

263 (*in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 51 § 3 ; (*in*) Protocole additionnel II, *op. cit.* (n. 29), art. 13 § 3.

264 Nils MELZER, *op. cit.* (n. 128), p. 68.

265 *Ibid.,* p. 50.

266 (*in*) Shannon BOSCH, art. cit. (n. 229), p. 346.

267 (*in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 77 (3) ; (*in*) Protocole II, *op. cit.* (n. 29), art. 4 (3).

II. L'enfant soldat, comme combattant ou exerçant une fonction de combat continue

Lorsque l'enfant est membre d'une force ou d'un groupe armé, il ne bénéficie pas en principe du statut de civil et de la protection qui s'y attache. Il appartient d'envisager les statuts sous lesquels l'enfant peut être situé dans cette situation, qui peuvent être le statut de combattant (*A*) et le statut de fonction de combat continue (*B*).

A. L'enfant combattant

Bien qu'une partie de la doctrine soutienne que les enfants devraient être considérés comme civils alors même que ce sont les recrues d'une force armée[268], cela serait contraire au principe de distinction et constituerait un avantage pour les troupes qui les utilisent et pourrait entraîner le risque de représenter la promotion incidente du recrutement et de l'utilisation des enfants soldats[269]. D'autre part, aucune disposition de droit international humanitaire ne pose clairement que des enfants ne peuvent devenir des combattants[270].

Le statut de combattant, qui est admis s'agissant seulement des membres des forces armés des parties à un conflit armé international, est octroyé par définition sous réserve d'être membre d'une force armée partie à un conflit, qui est placé sous un commandement responsable et soumis à un régime de discipline interne, et qui est capable d'assurer le respect du droit international humanitaire[271]. Ainsi, le recrutement d'un enfant de moins de 15 ans, qui est pourtant prohibé, pourra être considéré comme un indice révélateur de sa qualité de combattant. Ce statut donne le droit de participer directement aux hostilités ; et est préservé à la condition que le membre de la force armée se distingue de la population civile en portant les armes ouvertement lors de sa participation au conflit et en portant un uniforme[272]. Toutefois, s'agissant d'enfants recrutés, il reste douteux que l'enfant de moins de 15 ans ait conscience de ce qui est attendu de lui au titre de ses obligations liées au statut de combattant et que, par conséquent, il parvienne à préserver son statut[273]. Par ailleurs, dans bien des cas, ceux qui recrutent ces enfants prennent le soin de veiller à ce qu'ils portent des habits de civils afin qu'ils soient des obstacles juridiques pour la partie adverse, c'est-à-dire qu'elle ne puisse mener des attaques directes envers ces enfants. Cela

268 Sandra SINGER, « La protection des enfants dans les conflits armés », *Revue internationale de la Croix-rouge*, vol. 68, n° 759, 1986, p. 157.

269 Matthew HAPPOLD, *op. cit.* (n. 15),p. 102.

270 Guy GOODWIN-GILL et Ilene COHN, *Child soldiers: the role of children in armed conflict*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 61.

271 (*in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 43 (1).

272 (*in*) *Protocole* additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 44 (3).

273 (*in*) Shannon BOSCH, art. cit. (n. 229), p. 340.

peut avoir pour conséquence que ces enfants n'atteignent pas le seuil du statut de combattant.

Parmi ses garanties, le statut de combattant permet de bénéficier de la qualité de prisonnier de guerre lorsque l'enfant tombe au pouvoir de la partie adverse[274] et de bénéficier de conditions de détention minimales mais aussi d'autres droits tels que le droit d'exercer des activités éducatives ou la liberté de religion. À ces avantages, s'ajoute le traitement spécial dont bénéficie l'enfant qui comprend la protection contre l'atteinte à la pudeur ou encore les obligations particulières de soins et d'aide[275].

À la différence de la participation directe aux hostilités spontanée, la qualité de combattant entraîne la perte de protection continue de l'enfant soldat contre les attaques, faisant de lui une cible militaires légitime[276], puisqu'il ne s'agit pas ou plus d'un civil. L'enfant ne pourra retrouver son statut de civil qu'une fois qu'il cessera d'assurer la fonction de combat continue et qu'il ne fera plus partie du groupe armé. Toutefois, le principe de proportionnalité peut trouver à s'appliquer dans la conduite des hostilités s'agissant d'enfants combattants de moins de 15 ans dans la mesure du possible[277].

Cependant, la qualité de combattant est exclue s'agissant de membres d'un groupe armé qui ne prennent pas part à la fonction de combat continue, ils ne cessent de bénéficier de leur qualité de civil et de la protection qui s'y attache, à moins qu'ils ne participent directement aux hostilités[278]. De ce fait, les enfants qui ne prennent pas part à la fonction de combat continue, tels que ceux qui ont des rôles domestiques par exemple, ne cesseraient en théorie d'être protégés contre les attaques de la partie adverse.

D'un point de vue de la répression de l'utilisation de ces enfants, la qualité de combattant laisse présumer qu'ils exerçaient une fonction de combat continue, et qu'ils puissent être considérés comme ayant participé activement aux hostilités. Il n'est pas exclu par ailleurs que leur recruteur soit poursuivi sur le fondement du recrutement d'enfants de moins de 15 ans.

B. L'enfant, exerçant une fonction de combat continue

Dans le cadre des conflits armés non internationaux, sont considérés comme membres des forces armés d'un État, les membres des forces armées régulières

274 (*in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 44.

275 Anthony ROGERS, « Unequal combat and the law of war », *Yearbook of international humanitarian law*, vol. 7, 2004, p. 17 ; (*in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 77 (3) ; (*in*) Protocole additionnel II, *op. cit.* (n. 29), art. 4 (3).

276 Susan TIEFENBRUN, art. cit. (n. 41), p. 448.

277 Robert KOLB, Ius in bello – *Le droit international des conflits armés*, Bruxelles - Bâle, Bruylant -Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 58-60.

278 Michael SCHMITT, « Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements », *International law and politics*, 2010, p. 704.

et les autres groupes armés et organisés placés sous un commandement responsable[279]. Parallèlement, sont considérés comme membres des forces armées d'une partie non étatique, les groupes armés organisés qui ne comprennent uniquement des individus qui ont pour fonction continue de participer directement aux hostilités[280]. La fonction de combat continue est déterminée par une incorporation durable dans le groupe et par le rôle exercé par l'individu. Si la fonction continue de cet individu comprend la « *préparation, l'exécution ou le commandement d'actes ou d'opérations constituant une participation directe aux hostilités* », alors il sera considéré comme assumant une fonction de combat continue[281]. Toutefois, ne sont pas membres de ce groupe les individus qui accompagnent ou soutiennent le groupe sans assumer de fonction de combat continue, c'est-à-dire n'exerçant pas de participation directe aux hostilités.

La qualification de membres de groupes armés organisés appartenant à une partie non étatique dans ce contexte entraîne, pour les enfants soldats, la perte de protection continue contre les attaques directes, puisque leur qualification exclut la protection inhérente aux individus ne participant pas directement aux hostilités. Cela signifie qu'ils seront des cibles légitimes y compris lorsqu'ils déposent les armes, et quand ils n'effectuent pas de tâches liées à leur fonction militaire dans le camp. Ils pourront retrouver leur qualité de civil seulement lorsqu'ils cesseront d'assumer une fonction de combat continue et qu'ils auront quitté le groupe.

Par ailleurs, l'enfant sauvegardera sa qualité de civil s'il se contente d'accompagner le groupe armé et d'exercer des tâches qui ne sont pas constitutives de participation directe aux hostilités, mais il perdra son immunité s'il participe directement aux hostilités de manière spontanée. Néanmoins, si sa participation directe aux hostilités devient permanente, alors il sera qualifié de membre du groupe armé puisqu'il s'agira d'une fonction de combat continue, perdant sa qualité de civil[282]. Cette situation n'est pas rare dans la mesure où généralement ils appartiennent au groupe à plein temps, ce qui facilite la preuve que leur comportement atteigne le degré de fonction de combat continue[283].

A priori ce ne seraient que les enfants qui n'effectueraient pas de tâches de fonction de combat de manière exclusive qui garderaient leur protection de civil. *A contrario*, lorsque les enfants exercent différentes tâches comprenant du combat et des activités domestiques par exemple, ils sont considérés comme exerçant une fonction de combat continue[284]. Ces aspects démontrent une nouvelle

279 Yves SANDOZ, Christophe SWINARSKI et Bruno ZIMMERMANN, *op. cit.* (n. 75), , Protocole II, art. 1 (1).

280 Nils MELZER, *op. cit.* (n. 128), p. 35.

281 *Ibid.*, p. 36.

282 (*in*) Shannon BOSCH, art. cit. (n. 229), p. 353.

283 *Ibid.,* p. 355.

284 Tilman RODENHÄUSER, « Squaring the circle?: Prosecuting sexual violence against child soldiers by their 'own forces' », *Journal of international criminal justice*, vol. 14, nº 1, 2016, p. 186.

fois l'impact décisif du rôle qui est accordé aux enfants liés aux groupes armés, puisque, selon leur rôle, ils continueront de bénéficier de leur immunité, ou bien la perdront temporairement ou de manière continue.

Pénalement, selon l'activité exercée par l'enfant, il y aurait qualification de participation active ou non pour réprimer les responsables de son utilisation. Tandis que la protection de droit international humanitaire serait parallèlement admise si, selon les circonstances examinées précédemment, l'enfant n'exerçait qu'une participation indirecte.

Les différents statuts potentiels auxquels les enfants peuvent être subordonnés ne sont pas sans complexifier les paramètres de perte de protection de ces enfants en DIH et, de ce fait, le régime juridique des enfants impliqués dans les forces ou groupes armés. Bien que les efforts pour réduire le nombre d'enfants recrutés et utilisés par la poursuite des recruteurs soient nécessaires, il serait également important d'accorder davantage d'attention à la reconsidération du statut légal des enfants participant directement aux hostilités et aux règles déterminant leur ciblage. On peut observer par ailleurs une persistance de la discrimination dans la protection entre les différents enfants utilisés, d'un point de vue de DIH mais aussi d'un point de vue de droit international pénal, la nature de la tâche exercée par l'enfant ne permettant pas parfois de préserver sa protection de civil et de réprimer son utilisation. Ce problème de discrimination en droit international pénal peut être résolu par la prise en compte des activités exclues du concept de participation active, par le biais d'autres moyens afin d'appréhender l'utilisation des enfants soldats dans son intégralité.

Chapitre 2
Un concept actuel restreint nécessitant le recours à d'autres incriminations pour la condamnation des autres formes de participation

Se fonder sur des incriminations générales autres que celle dédiée spécifiquement à l'utilisation des enfants soldats, peut se révéler être une alternative non négligeable pour les enfants exerçant des tâches exclues du concept actuel de participation active. Il sera question de s'intéresser tout particulièrement aux autres crimes de guerre qui pourraient prendre en compte ces activités (**Section 1**), puis aux crimes contre l'humanité (**Section 2**) qui pourraient également s'avérer constituer des moyens supplémentaires.

Section 1. La reconnaissance de rôles d'enfants par d'autres crimes de guerre

Bien que la reconnaissance de participation d'enfants aux hostilités sur le fondement d'autres incriminations constitutives de crimes de guerre n'apparaisse pas comme le moyen le plus évident (***I***), elle semble désormais possible depuis l'affaire *Ntaganda* (***II***).

I. *Le recours à d'autres crimes de guerre* a priori *limité*

Si un tel recours pour prendre en compte les autres formes de participation des enfants aux hostilités paraît attrayant au regard des rôles qui correspondent aux infractions constitutives de crimes de guerre (*A*), il se trouve néanmoins

confronté à certaines exigences ayant pour origine des principes fondamentaux de droit international humanitaire (*B*).

A. Le recours potentiel à d'autres incriminations constitutives de crimes de guerre

Se fonder sur des incriminations constitutives de crimes de guerre autres que celle spécialement dédiée à l'utilisation pour la participation active des enfants de moins de 15 ans, peut s'avérer nécessaire pour pallier les lacunes de cette dernière incrimination. En effet, cette dernière censée « *protéger des enfants de moins de 15 ans susceptibles d'être utilisés de diverses façons dans le cadre d'hostilités* »[285] est interprétée par la CPI et le TSSL comme excluant un certain nombre de rôles assumés communément par les enfants impliqués dans les conflits armés, en justifiant notamment que ces activités sont « *manifestement sans rapport avec le combat* ».

De ce fait, on ne peut que constater que l'incrimination spécifique aux enfants soldats ne se suffit pas à elle-même pour leur protection et implique de se tourner vers d'autres incriminations générales pour la poursuite des auteurs des formes d'utilisation exclues. Cela éviterait l'impunité quand la participation des enfants n'atteint pas le seuil requis de la participation active de l'incrimination dédiée aux enfants soldats. Le recours à d'autres incriminations permettrait également d'utiliser cumulativement des charges supplémentaires à la charge de participation active afin de refléter intégralement les aspects du traitement subi par les enfants de moins de 15 ans incorporés ou liés aux groupes et forces armés. Il est primordial que le procureur, dont le rôle est prépondérant dans la conduite des poursuites, et les décisions, ne se contentent pas à l'image de ce qu'il s'est produit lors de l'affaire *Lubanga*, de s'attacher au seul examen du crime de faire participer activement des enfants de moins de 15 ans à des hostilités lorsqu'une situation se rapportant à des enfants impliqués dans un conflit armé fait l'objet d'un examen relevant de la compétence de la Cour.

Parmi les diverses incriminations constitutives de crimes de guerre du Statut de Rome qui seraient susceptibles de constituer la base de poursuite de faits commis à l'encontre des enfants soldats pendant le conflit armé, on peut mentionner l'article 8 2) b) xxi relatif aux atteintes à la dignité de la personne en cas de conflit armé international, qui implique l'humiliation de la victime mais qui n'implique pas nécessairement une atteinte à l'intégrité physique ou morale de la victime. Cette disposition serait à même de refléter une étendue de rôles attribués à des enfants soldats, tels que la situation d'asservissement liée aux tâches de domestiques attribuées aux enfants, lorsqu'ils exercent un travail forcé par exemple ou sont traités comme esclaves ou sont victimes de torture au sein du camp puisque ce serait constitutif de traitements humiliants ou dégradants.

285 CPI, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Germain Katanga,* ICC-01/04-01/07, 7 mars 2014, § 1042.

Cette incrimination peut également inclure des actes marqués par des aspects de violences sexuelles et le mariage forcé. Cette même incrimination se retrouve en situation de conflit armé non international[286] et semble se différencier en ce qu'elle dispose expressément que la victime de l'acte doit être une personne qui ne participait pas directement aux hostilités, incluant les personnes hors de combat c'est-à-dire les membres des forces armées ayant déposé les armes, les détenus et les blessés[287].

De la même manière, l'utilisation de ces enfants pourrait être poursuivie sur la base des articles 8 2) b) xxii et 8 2) e) vi du Statut de Rome relatifs aux violences sexuelles telles que le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution et les grossesses forcées. Ces dispositions ne nécessitent pas *a priori* que la victime ait qualité de civil ou d'individu ne participant pas aux hostilités[288], ce qui facilite la qualification du crime à destination des enfants impliqués dans le conflit. Par conséquent, ces types d'agissements pourraient être plus aisément qualifiables sous ces incriminations que sous celles relatives à l'atteinte à la dignité de la personne, puisque des mêmes faits comprenant des aspects sexuels pourraient être qualifiés sous ces incriminations indépendamment du statut de l'enfant victime.

Ainsi, à première vue, en dehors de l'article article 8) 2) c) ii, il n'y aurait pas d'exigence particulière supplémentaire pour se fonder sur ces articles. Lorsqu'un enfant de moins de 15 ans participe activement aux hostilités, il serait possible de prendre en compte cumulativement les autres rôles qu'il est susceptible d'exercer en plus de ceux inclus dans la participation active qui font partie intégrante des souffrances subies du fait de sa qualité d'enfant soldat ainsi que les dangers provenant du groupe armé auquel il appartient.

B. L'exigence d'infractions commises à l'encontre de la partie adverse au conflit

La solution du recours à ces autres incriminations constitutives de crime de guerre évoquées auparavant se trouve néanmoins confrontée à un obstacle si l'on examine plus précisément les dispositions du Statut. Les articles 8 2) b et 8 2) e du Statut, sur lesquels nous nous sommes penchés dans la sous-partie précédente, comportent tous deux une condition formulée de la manière suivante : « *les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés* […] *dans le cadre établi du droit international* »[289], s'agissant pour l'un des conflits armés internationaux, et pour l'autre des conflits armés non internationaux. Cela signifie que l'acte commis doit constituer une violation de droit international humanitaire.

---

286 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 8) 2) c) ii.

287 *Ibid.*, art. 8) 2) c.

288 Jordan GILBERTSON, « Little Girls Lost: Can the International Community Protect Girl Soldiers », *University of La Verne Law Review*, vol. 29, 2008, p. 234.

289 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 8 2) b) et 8 2) e).

Or, le DIH protège les personnes qui ne prennent pas de part directe aux hostilités, c'est-à-dire les civils et les soldats hors de combat, des dangers causés par l'autre partie adverse au conflit armé[290]. Étant précisé que la partie adverse au conflit armé international est caractérisée par les nationaux de l'État ennemi ; tandis qu'en contexte de CANI, elle sera constituée des personnes affiliées à la force politique ennemie[291]. La réglementation des comportements entre les membres d'une même partie a par conséquent été considérée comme prise en charge par les règles de discipline interne propres au groupe et leur criminalisation comme reposant sur le droit pénal interne de l'État du groupe armé. En effet, les seules règles de DIH relatives à des obligations pesant sur une partie concernant le traitement des siens, consistent en la protection des malades et des blessés[292], indépendamment de l'allégeance.

D'autre part, le TSSL a, à l'occasion de l'affaire *RUF*, rappelé cela s'agissant du droit des conflits armés, en soulignant que l'esprit du DIH n'est pas d'incriminer des actes de violence par un membre d'un groupe armé envers un autre membre de ce même groupe : « […] *a different approach would constitute an inappropriate reconceptualisation of a fundamental principle of international humanitarian law.* »[293]

Les seules exceptions à cette règle qui ont été admises consistent en ce que peut être considéré comme crime de guerre le fait pour une puissance occupante de transférer sa propre population dans le territoire qu'elle occupe et l'utilisation d'enfants de moins de 15 ans pour participer activement aux hostilités[294]. Ce dernier cas étant le cœur des développements de l'étude, on peut mesurer l'importance des recommandations provenant de certains auteurs et observateurs d'étendre la conception de participation active au lieu d'envisager d'avoir recours à d'autres chefs d'accusation s'agissant des fonctions considérées comme exclues de la part de la CPI et du TSSL.

Ces observations, à la lumière des articles 8 2) *b* et 8 2) *e* du Statut, sur lesquels nous nous sommes penchés préalablement, aboutissent au raisonnement selon lequel il n'est pas possible de se fonder sur ces incriminations pour prendre en compte des actes commis à l'encontre des enfants soldats par des membres du même groupe armé dans la mesure où ces articles exigent que les actes doivent constituer une violation des règles applicables de droit international humanitaire. Cela signifie que l'auteur de faits constitutifs de violences sexuelles ou d'atteinte à la dignité à l'encontre d'enfants soldats ne pourrait être poursuivi sur ces

290 (*in*) Rosemary GREY, art. cit. (n. 196), p. 604.

291 Antonio CASSESE, « The nexus requirement for war crimes », *Journal of international criminal justice*, Volume 10, nº 5, 2012, p. 1396.

292 (*in*) Protocole additionnel I, *op. cit.* (n. 28), art. 10.

293 TSSL, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, nº SCSL-2004-15-T, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 2 march 2009 (« *RUF* »), § 1453.

294 (*in*) Rosemary GREY, art. cit. (n. 196), p. 605 ; CPI, Chambre préliminaire I, décision de confirmation des charges, Le *Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, 30 septembre 2008, § 248.

fondements seulement si l'enfant victime n'est pas considéré comme participant directement aux hostilités et qu'il appartient à la partie adverse au conflit armé.

Ces constatations semblent amoindrir les perspectives afin de faire reconnaitre les actes commis contre les enfants soldats par les membres de leur force ou groupe armé qui ne sont pas appréhendés sous l'incrimination de participation active des enfants de moins de 15 ans aux hostilités, aboutissant à l'impunité des auteurs. Ce phénomène ne saurait se traduire à ce titre autrement que par un manque de dissuasion conséquent à l'égard des responsables militaires relativement à ces actes ; alors même qu'il s'agit de la fonction essentielle du droit international pénal.

II. L'affaire Ntaganda*, un tournant pour la répression des actes commis envers les enfants soldats ?*

Le jugement *Ntaganda,* qui a suivi la décision de confirmation des charges dans cette affaire concernant les violences sexuelles commises contre des enfants soldats, fut l'occasion pour la Cour pénale internationale de contourner l'obstacle empêchant de recourir à des infractions générales de crimes de guerre pour réprimer des actes commis à l'encontre des enfants soldats (*A*). Cette prise de position amène par conséquent à s'interroger sur le fait de savoir si elle peut s'étendre à d'autres incriminations que celle concernant les violences sexuelles (*B*).

A. L'affaire Ntaganda*, la reconnaissance des violences sexuelles commises envers les enfants soldats*

La prise en compte par la Cour pénale internationale des violences sexuelles subies par les enfants soldats, et plus particulièrement les filles soldats, de la part des membres de leur propre groupe armé est arrivée tardivement. C'est l'affaire *Ntaganda* qui s'est présentée comme le moyen de mettre en lumière juridiquement cette pratique. Jusqu'alors, il n'y avait pas eu de charges relatives aux violences sexuelles à l'encontre d'enfants soldats, mais plutôt des charges comprenant les violences sexuelles commises à l'encontre de civils ou l'utilisation d'enfants en vue de les faire participer activement.

Parmi les charges à l'encontre de M. Ntaganda, le Procureur a ajouté en 2014 le chef d'accusation « *rape and sexual slavery of child soldiers as war crimes* »[295], alors que les charges initiales figurant dans les mandats d'arrêts à son encontre comportaient le viol et l'esclavage sexuel, mentionnant comme victimes uniquement les femmes et les filles civiles[296]. La Chambre préliminaire a reconnu le

295 CPI, Pre-Trial Chamber II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, 9 june 2014, § 74.

296 CPI, Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, ICC-01/04-02/06, 13 juillet 2012, p. 26.

bien-fondé de ce chef d'accusation, malgré les revendications portées à son encontre par la défense, qui se reposait sur le principe selon lequel le DIH ne réglemente pas le comportement de combattants envers les autres membres de son groupe. Ces revendications faisaient valoir également le respect du principe de légalité et le fait que l'article 4 (3) *d* du Protocole additionnel II ne pouvait être utilisé pour étendre la définition du crime de guerre de l'article 8 du Statut pour inclure les crimes commis par des combattants à l'encontre des membres du même groupe[297].

La Chambre préliminaire a rappelé que les enfants perdent leur protection de DIH lié au principe de distinction lorsqu'ils participent directement aux hostilités, et pendant la durée de cette participation[298]. Puis, elle a considéré que les filles soldats ne pouvaient être en train de participer directement aux hostilités au moment où elles subissaient des violences sexuelles, puisque le caractère sexuel de ce crime implique des éléments de force ou de contrainte et exclut la participation directe de la victime à cet instant précis[299] ; ces filles soldats bénéficiaient de ce fait de la protection de DIH. Ainsi la Chambre préliminaire a opté pour ne pas tenir compte du statut de fonction de combat continue de l'enfant soldat, considérant que la simple appartenance au groupe armé ne suffit pas à démontrer la preuve de la perte de protection de DIH. La Chambre préliminaire a ainsi conclu que le viol et l'esclavage sexuel des filles soldats commis par des membres du même groupe peuvent constituer des crimes de guerre sous l'article 8(2) e vi. La Chambre de première instance a, quant à elle, reconnu coupable Ntaganda de viols et de violences sexuelles à l'encontre de filles soldats de moins de 15 ans, sur le fondement de l'article 8(2) e vi, en rappelant que des membres d'un même groupe peuvent être victimes de viols et esclavage sexuel constitutifs de crimes de guerre, et qu'il n'y a pas nécessairement besoin de lien entre le conflit armé et le viol et les violences sexuelles[300]. Il semblerait ainsi que la Chambre de première instance n'ait pas osé décider de la suite à donner au raisonnement de la Chambre préliminaire.

Cette position de la Cour représente une révolution dans la mesure où auparavant la CPI avait refusé de prendre position sur les violences sexuelles subies par les filles soldats, notamment lors de l'affaire *Lubanga*, qui fut très discutée. Pour autant, le raisonnement de la Chambre préliminaire fait penser à celui élaboré à l'occasion du jugement *Taylor* rendu par le TSSL, qui avait considéré que les victimes des violences sexuelles n'étaient pas en train de participer directement

297 *Ibid.,* § 10-14.

298 CPI, Pre-Trial Chamber II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, 9 june 2014, § 79.

299 *Ibid.*

300 CPI, the Trial Chamber VI, Judgment, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-2359, 8 July 2019, § 965 et § 1199.

aux hostilités lorsque ces violences se sont déroulées[301] ; et avait par conséquent retenu le viol et l'esclavage sexuel constitutifs de crimes de guerre à l'appui de preuves d'esclavage sexuel concernant notamment une jeune fille de moins de 15 ans[302], sans mentionner nommément dans le chef d'accusation de viol et d'esclavage sexuel à 'l'encontre d'enfants soldats'. Les victimes de ces violences sexuelles étaient identifiées simplement comme civiles, femmes, ou filles.

Cette affaire *Ntaganda* marque la reconnaissance attendue de la gravité du rôle que peuvent jouer les filles soldats au cours des conflits armés. Ce raisonnement de la Chambre préliminaire, bien que spécifié en l'espèce aux filles, s'étend également aux garçons qui peuvent eux aussi êtres victimes de violences sexuelles. Par ailleurs, on peut considérer que cette reconnaissance qui est faite par le biais de l'article 8(2) e vi est également transposable dans le contexte de conflit armé international sous l'article 8(2) b xxii du Statut. D'autre part, la Chambre préliminaire a retenu cumulativement la charge d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans pour participer activement aux hostilités[303], puisque la charge de violences sexuelles contre les enfants soldats est fondée sur le critère temporel. La Chambre de première instance a elle aussi admis ce cumul, puisqu'elle a reconnu Ntaganda coupable également d'avoir fait participé activement des enfants de moins de 15 ans à des hostilités[304]. En agissant ainsi, la Cour tient compte des différents rôles que peuvent jouer les enfants soldats, y compris les rôles qu'un seul enfant soldat peut assumer puisqu'il est évoqué notamment dans cette affaire, qu'une jeune fille de moins de 15 ans avait été violé par un responsable militaire pendant la période durant laquelle elle assumait également la fonction de garde du corps de ce responsable[305].

D'autre part, on observe que la Chambre préliminaire comme la Chambre de première instance paraissent qualifier les violences sexuelles indépendamment du statut de l'enfant et ne pas tenir compte du fait que l'auteur des violences sexuelles était un membre du groupe armé, contournant l'obstacle du principe selon lequel le DIH ne régule pas la conduite des combattants envers les autres membres du groupe armé, mais protège les personnes ne prenant pas de part directe aux hostilités des dangers causés par la partie adverse ; ce qui permet d'instaurer une meilleure protection de l'enfant soldat.

Toutefois, il ne s'agit que d'une décision de confirmation des charges, il appartient donc à la Cour de se prononcer sur le raisonnement relativement innovant qu'a élaboré la Chambre préliminaire, la Chambre de première instance

---

301 TSSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, nº SCSL-03-01-T, 18 mai 2012, § 1207.

302 *Ibid.,* § 1179 et § 1453.

303 CPI, Pre-Trial Chamber II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, 9 june 2014, § 74.

304 CPI, the Trial Chamber VI, Judgment, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-2359, 8 July 2019, § 1199.

305 *Ibid.,* § 82.

étant restée silencieuse sur ce point. De prochaines décisions en ce sens pourraient consolider cette protection et dissuader davantage les acteurs aux conflits d'utiliser les enfants à de telles fins.

B. La portée de cette consécration

Cette décision de confirmation des charges *Ntaganda* invite à se questionner sur la portée qu'elle pourrait avoir. D'une part, il n'est pas certain que la portée de cette décision puisse prétendre à être étendue, dans la mesure où si l'on se fie au développement de la Chambre dans cette décision[306], on s'aperçoit que le caractère sexuel en particulier du crime semble être une condition nécessaire à la préservation de la protection de DIH.

Néanmoins, cette décision peut apparaître comme bénéfique pour protéger tous les enfants soldats victimes de violences sexuelles étant donné que leur statut ne les priverait pas d'être reconnus victimes de ces agissements et permettrait un traitement égal entre ces enfants s'agissant des violences sexuelles, puisque la distinction entre les enfants qui participent directement aux hostilités ou non ne jouerait pas ainsi que leur fonction dans le groupe[307]. Les enfants soldats qui subiraient des violences sexuelles seraient selon ce raisonnement, considérés systématiquement comme protégés de ce crime, peu importe qu'ils se trouvent du même côté que leur auteur et qu'ils aient participé directement aux hostilités quelques instants auparavant ou après. En effet, avec cette décision de confirmation des charges *Ntaganda,* il a été considéré que la victime ne pouvait être appréciée comme participant directement aux hostilités à cet instant précis. C'est pourquoi il pourrait être profitable que les décisions futures suivent cette thèse.

À l'occasion de la décision de confirmation des charges rendue dans l'affaire *Ongwen*, postérieurement à celle de l'affaire *Ntaganda*, la Chambre a estimé que des filles qui avaient été enlevées afin de servir dans le camp du groupe armé, et étaient régulièrement violées et battues par les commandants et combattants du groupe, leur infligeant des souffrances physiques et mentales graves, étaient durant ce temps des civiles ne prenant pas de part active aux hostilités[308]. Parmi ces jeunes filles, des témoignages démontrent que certaines avaient moins de 15 ans et qu'en plus de subir ces violences, elles effectuaient des tâches domestiques incluant la cuisine essentiellement[309]. Le rôle de ces jeunes filles paraît être appréhendé sous les incriminations constitutives de crimes de guerre de l'article 8 (2) *c) i* relatif à la torture, et de l'article 8 (2) *e) vi* pour les faits de viol

306 CPI, Pre-Trial Chamber II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, 9 june 2014, § 79.

307 Ana Martin BERINGOLA, art. cit. (n. 219), p. 67.

308 CPI, Chambre préliminaire II, *Le procureur c. Dominic Ongwen*, décision de confirmation des charges, ICC-02/04-01/15, 23 mars 2016, p. 100, § 122.

309 *Ibid.,* p. 51, § 116.

et d'esclavage sexuel[310], ce qui ressemble au raisonnement de la Chambre dans l'affaire *Ntaganda*. Toutefois, ces incriminations se trouvent appréhendées sous l'intitulé « *Sexual and gender based crimes* », au lieu d'intégrer les termes d'enfants soldats, comme ce fut le cas dans la décision de confirmation des charges et dans le jugement *Ntaganda*. Dans ce cadre, les agissements subis par ces filles soldats de la part d'autres membres du groupe armé sont pris en compte de manière indirecte car ils sont fondés uniquement sur le genre. Néanmoins, la décision de confirmation des charges *Ongwen* retient tout de même la charge d'utilisation d'enfants de moins 15 ans[311] cumulativement à la charge sur les violences sexuelles concernant les jeunes filles du camp.

Si par la suite la Cour suit le raisonnement de l'affaire *Ntaganda* pour l'étendre à d'autres incriminations, cela permettrait de prendre en compte les autres rôles tels que les tâches domestiques et la réduction en esclavage à travers les incriminations d'atteintes à la dignité de la personne[312], qui échappent encore à ce jour à l'incrimination d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans pour participer activement aux hostilités telle qu'interprétée par la CPI.

De nouvelles poursuites thématiques sur l'utilisation des enfants soldats pourraient permettre de refléter davantage le danger provenant du groupe armé d'appartenance, pour appréhender les différents rôles que des enfants soldats peuvent jouer et déterminer précisément selon les rôles, les incriminations sous lesquelles ils sont incorporés. Cela permettrait également d'alerter pour faire prendre conscience davantage des expériences réelles multiples des enfants soldats[313], à l'image de l'esprit des Principes de Paris de 2007.

D'autre part, si on étendait la même logique envers d'autres incriminations, cela éviterait par ailleurs les risques que l'on a pu évoquer auparavant (**Seconde partie**, **Chapitre 1**, **Section I**, ***III***) concernant plus particulièrement celui de la déduction de la perte de protection de DIH indirectement par la qualification de 'participation active' des enfants de moins de 15 ans aux hostilités (art. 8, Statut de Rome).

Section 2. La reconnaissance des rôles d'enfants par des crimes contre l'humanité

Nous avons abordé auparavant qu'il serait possible d'appréhender les autres formes d'utilisation des enfants de moins de 15 ans à travers des incriminations différentes de celle spécifique à l'utilisation des enfants soldats, qui sont des

310 *Ibid.,* p. 71.

311 *Ibid.,* p. 64, § 144.

312 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 8 2) b) xxi et 8 2) c) ii.

313 (*in*) Rosemary GREY, art. cit. (n. 196), p. 603.

incriminations générales constitutives de crimes de guerre. Il appartient désormais d'envisager cette possibilité s'agissant d'incriminations générales constitutives de crimes contre l'humanité et, le cas échéant, la question du cumul de ces crimes avec le crime de participation active d'enfants de moins de 15 ans aux hostilités. Nous nous intéresserons aux incriminations susceptibles de caractériser les activités exercées par les enfants (***I***), puis à leur mise en œuvre déterminée par les conditions particulières du crime contre l'humanité (***II***).

I. Les incriminations constitutives de crimes contre l'humanité représentatives des fonctions des enfants soldats

L'appréhension de l'utilisation d'enfants soldats par l'incrimination de réduction en esclavage constitutive de crime contre l'humanité fera l'objet d'une analyse détaillée à part compte tenu du fait qu'il s'agit d'une incrimination qui n'est pas restrictive (*A*). Puis, d'autres crimes contre l'humanité tels que la torture, les violences sexuelles et les autres actes inhumains seront également étudiés (*B*).

A. La réduction en esclavage, principal substitut

Lorsque la poursuite d'auteurs d'utilisation d'enfants soldats n'est pas possible par le biais du crime spécifique aux enfants soldats constitutif de crime de guerre pour les diverses raisons énumérées, diverses infractions constitutives de crimes contre l'humanité peuvent y remédier en ce qu'elles peuvent être à même de caractériser les rôles et les faits commis par les combattants du même groupe armé à l'encontre des enfants soldats.

À ce titre, l'incrimination de réduction en esclavage constitutive de crime contre l'humanité est considérée comme la plus appropriée concernant le traitement des enfants soldats puisque c'est celle qui se rapprocherait le plus de celle de la participation active des enfants de moins de 15 ans et qu'elle prendrait en compte le recrutement et l'utilisation. En effet, la réduction en esclavage serait considérée comme intégrant notamment l'enlèvement suivi de l'utilisation des enfants soldats aux hostilités[314]. Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone avait par ailleurs admis qu'il existait un « lien étroit » entre ce crime et le crime d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans.

La réduction en esclavage constitutive de crime contre l'humanité, ancrée à l'article 7 § 1 alinéa *c* du Statut de Rome, mais également auparavant dans le Statut du TSSL[315], est définie par le Statut de Rome comme « *le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liées au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des*

314 Nina JORGENSEN, art. cit. (n. 158), p. 685.

315 (*in*) Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *op. cit.* (n. 34), art. 2 *c*.

enfants »[316]. Cette définition, qui inclut comme sujets de ces actes expressément les enfants, semble avoir pris en compte que le phénomène des enfants utilisés pour l'esclavage n'est pas rare. Les Éléments des crimes décrivent la notion de pouvoirs liés au droit de propriété comme « *achetant, en vendant, prêtant ou troquant ladite ou lesdites personnes, ou en leur imposent une privation de liberté similaire* », cette privation de liberté pouvant inclure le travail forcé ou « *d'autres moyens permettant de réduire la personne à l'état de servitude* […] »[317].

À ce titre, le fait d'utiliser des enfants pour porter les armes et participer au combat aux côtés des autres combattants du groupe armé peut être considérée comme de l'esclavage, puisque cela peut être perçu comme du travail forcé. De plus, ces enfants sont forcés par les autres combattants à affronter la partie adverse et parfois à nuire à la population civile de cette partie adverse sous la menace, comme cela a pu être le cas lors de pillages de villages qui s'accompagnaient d'enlèvements de la population.

La réalité des tâches attribuées aux enfants soldats, qui sont la plupart du temps contraints de rester dans le camp du groupe armé et d'effectuer des tâches domestiques se rapportant à la cuisine pour les combattants du groupe, à l'éducation des plus jeunes enfants, à la délivrance de soins médicaux ou encore à la recherche de nourriture, peuvent de ce fait tomber sous le qualificatif de travail forcé, et donc de la réduction en esclavage. D'autant qu'il a été admis que les éléments de contrôle, menace, recours à la force, absence de consentement de la victime, vulnérabilité de la victime, contrôle de l'environnement physique, ou encore de contrôle psychologique, sont des indices permettant de retenir l'esclavage[318], et que les enfants de moins de 15 ans sont indéniablement des individus particulièrement vulnérables.

D'autre part, le mariage forcé, qui ne figure pas comme une incrimination spécifique dans le Statut de Rome ni dans le Statut du TSSL alors pourtant que la pratique du mariage forcé était répandue pendant le conflit en Sierra Leone, peut également être qualifié d'esclavage étant donné qu'il est regardé comme lié au crime d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans[319], et qu'il implique divers éléments qui eux-mêmes constituent de l'esclavage. En effet, la fille soldat qui est attribuée comme épouse à un militaire, est réduite en état de servitude, puisqu'elle doit obéir à la volonté de son 'mari' et exécuter sous la menace des tâches telles que la cuisine, s'occuper de jeunes enfants, le ménage, ou plus généralement la vie quotidienne du camp. En plus de ces tâches et de son devoir d'obéissance, elle est susceptible de subir des violences physiques et morales de son mari, y compris de l'utilisation sexuelle, et cela bien souvent en plus d'assumer une fonction d'appui aux combattants ou de combattre directement. Il

316 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 7 § 2 *c*.

317 (*in*) CPI, Éléments des crimes, *op. cit.* (n. 92), p. 6.

318 TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, Jugement, 22 février 2001, § 542-543.

319 (*in*) Valerie OOSTERVELD, art. cit. (n. 228), p. 168-169.

arrive également que les jeunes filles soient prêtées par leurs maris à d'autres combattants, ce qui tombe là aussi sans nul doute sous la qualification d'esclavage constitutif de crime contre l'humanité. Le TSSL a déjà admis le mariage forcé sous cette qualification de réduction en esclavage, soulignant les conditions violentes du mariage[320].

La réduction en esclavage apparaît comme l'incrimination la moins restrictive parmi les crimes contre l'humanité, permettant d'inclure une étendue d'activités conséquente exercées par les enfants soldats. Par ailleurs, le cumul de charges d'utilisation d'enfants de moins de 15 ans constitutive de crime de guerre ainsi que de réduction en esclavage constitutive de crime contre l'humanité paraît plausible concernant les mêmes faits dans la mesure où il est nécessaire que « […] *chacune des dispositions comporte un élément nettement distinct qui fait défaut dans l'autre* »[321]. S'agissant de ces deux crimes, cela est possible puisque l'utilisation d'enfants de moins de 15 ans nécessite un lien entre les actes commis et le conflit armé, tandis que l'esclavage constitutif de crime contre l'humanité exige la preuve d'un fait différent qui réside dans le fait que l'acte fasse partie d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile[322].

B. Les autres incriminations envisageables constitutives de crimes contre l'humanité

Bien que l'incrimination d'esclavage soit considérée comme la plus fidèle afin de refléter l'utilisation d'enfants de moins de 15 ans, d'autres incriminations appartenant aux crimes contre l'humanité peuvent également être la base de poursuite d'auteurs ayant fait subir des souffrances et utilisé ces enfants. L'incrimination relative aux violences sexuelles[323] est dans ce contexte pertinente, puisqu'elle correspond à ce qu'ont subi couramment des filles soldats principalement, comme ce fut le cas d'une fille de moins de 15 ans qui était garde du corps d'un responsable militaire de son groupe armé, et qui se faisait violer par cet homme[324]. Par ailleurs, d'après les faits rapportés dans certaines affaires, lorsque des filles soldats étaient « prêtées » par un combattant à un autre combattant, elles étaient bien souvent forcées à accomplir des actes de nature sexuelle. Les Eléments des crimes précisent la définition du viol, qui implique l'absence de

---

320 TSSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, nº SCSL-03-01-T, sentencing judgment, 18 mai 2012.

321 TPIY, Chambre d'appel, *Zejnil Delalic, Zdravko Micic, Hazim Delic et Esad Landzo*, IT-96-21-A, arrêt, 20 février 200, § 412.

322 Magali MAYSTRE, *Les enfants soldats en droit international, Problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, Paris, Pedone, 2010, p. 172.

323 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 7 § 1 *g*.

324 TSSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, nº SCSL-03-01-T, sentencing judgment, 18 mai 2012, § 1179 et § 1453.

consentement de la victime, mais également celle de l'esclavage sexuel qui est constitutif de violences sexuelles[325].

Peut rentrer sous cette incrimination une nouvelle fois, le mariage forcé, puisqu'il a pu être considéré comme étant un crime essentiellement sexuel bien qu'il implique également des « *obligations conjugales* », constituant de l'esclavage sexuel[326]. Le mariage forcé étant un crime complexe, il appartient de faire ressortir l'intégralité de l'expérience de ces jeunes filles, puisque c'est une sorte d'association conjugale forcée[327] qui peut impliquer la commission d'autres crimes comme l'enlèvement, l'esclavage, la privation de liberté, le viol, ou l'esclavage sexuel.

Néanmoins, il serait nécessaire que, lorsque la juridiction internationale pénale est amenée à se prononcer sur des faits constitutifs de violences sexuelles à l'encontre de filles soldats par des membres du même groupe, elle souligne que ces faits soient commis contre ces filles soldats en particulier, et non seulement uniquement contre des civils, épouses forcées ou encore filles civiles, comme ce fut le cas dans l'affaire *Taylor*[328]. Il serait, dans ce contexte, opportun de statuer comme la Chambre a eu l'occasion de le faire s'agissant de mêmes faits qualifiés de crimes de guerre dans la décision de confirmation des charges *Ntaganda*.

L'incrimination 'd'autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale'[329], considérée parfois comme davantage résiduelle, peut tout de même être invoquée par le Procureur pour appréhender des faits commis à l'encontre d'enfants soldats. Cette incrimination signifie que l'auteur a commis un acte qui transgresse « *de façon flagrante les principes d'humanité universellement reconnus et les règles généralement admises du droit international et sont de nature analogue à celles des actes correspondant à d'autres crimes contre l'humanité tels que définis à l'article 7 du statut* »[330]. La jurisprudence a également admis le mariage forcé sous cette incrimination[331], soutenue par des auteurs estimant que cela permettait d'inclure les aspects tant sexuels que non sexuels de cet acte, ce crime « d'autres actes inhumains » n'étant pas à considérer comme restrictif[332]. Cette qualification de mariage forcé sous une incrimination différente constitutive de crime contre l'humanité, n'est pas sans rappeler qu'il

325 (*in*) CPI, Éléments des crimes, *op. cit.* (n. 92), p. 8, art. 7 1 g) -1.

326 Augustine PARK, « Other inhumane acts : forced marriage, girl soldiers and the Special Court for Sierra Leone », *Social & Legal studies,* vol. 15, nº 3, 2006, p. 327-328.

327 TSSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, nº SCSL-03-01-T, sentencing judgment, 18 mai 2012, § 425.

328 (*in*) Rosemary GREY, art. cit. (n. 196), p. 608.

329 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 7 §1 *k.*

330 Mario BETTATI, « Le crime contre l'humanité », *in* Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET, art. cit. (n. 52), p. 121.

331 TSSL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, Judgment, Appeals Chamber, 22 february 2008, Case nº SCSL-2004-16-A, § 202.

332 (*in*) Valerie OOSTERVELD, art. cit. (n. 228), p. 156 ; (*in*) Augustine PARK, art. cit. (n. 326), p. 328.

est possible qu'un acte de crime contre l'humanité ait des aspects qui pourraient tomber sous d'autres incriminations de crimes contre l'humanité[333].

D'autre part, les actes constitutifs de torture commis sur des enfants soldats peuvent être réprimés à travers le crime contre l'humanité[334]. Bien qu'il s'agisse d'un crime bien spécifique, ce fait pourra être poursuivi lorsque le traitement subi par l'enfant est caractérisé par « *le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle* »[335]. L'intensité de ces souffrances étant appréciée au regard de l'enfant puisqu'il s'agit de la victime de cet acte.

Il semble toutefois qu'il reste plus évident de parvenir à qualifier le crime d'esclavage par rapport aux autres incriminations précédemment citées. Néanmoins, la qualification de crime contre l'humanité requiert des éléments supplémentaires qui ne sont pas sans poser de difficultés.

II. Les obstacles potentiels à la qualification d'activités d'enfants comme crime contre l'humanité

Tout comme pour le crime de guerre, la mise en œuvre de la responsabilité pour crimes contre l'humanité nécessite des éléments contextuels qui semblent malaisés à réunir s'agissant d'enfants soldats utilisés (*A*), mais qui peuvent être surmontés (*B*).

A. Les conditions strictes inhérentes au crime contre l'humanité

Bien que des faits reprochés aux responsables militaires aient les qualités requises pour être considérés comme constitutifs des incriminations évoquées, ils ne peuvent échapper à l'exigence des conditions contextuelles indispensables liées au crime contre l'humanité. En effet, il ne pourra s'agir d'un crime contre l'humanité uniquement si l'acte a été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque[336].

L'attaque a été définie par la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux comme « *un comportement impliquant la commission d'actes de violence* », étant entendu qu'il peut s'agir tant de l'usage de la force militaire que d'actes

333 TPIY, Chambre d'appel, *Zejnil Delalic, Zdravko Micic, Hazim Delic et Esad Landzo*, IT-96-21-A, arrêt, 20 février 2001, § 412 ; Antonio CASSESE, *International criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 3e éd., p. 215-216.

334 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 7 §1 *f.*

335 *Ibid.*, art. 7 §2 *e.*

336 *Ibid.*, art? 7 §1 ; (*in*) Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *op. cit.* (n. 34), art. 2.

qui n'impliquent pas la violence physique en tant que telle[337]. Cependant, le Statut de Rome considère que cela implique la commission multiple d'actes visés figurant parmi les faits constitutifs « *en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* »[338]. Cette exigence d'acte qui s'inscrive dans une politique est nouvelle par rapport aux critères fixés antérieurement par les tribunaux *ad hoc*.

À cela s'ajoute le fait que cette attaque puisse atteindre un certain degré et être qualifiée de « généralisée » ou de « systématique », étant entendu que ces deux caractères ne sont pas cumulatifs. Une attaque généralisée est considérée comme synonyme d'attaque à grande échelle impliquant un certain nombre d'individus comme victimes[339] et se démarque de ce fait par cet aspect quantitatif, tandis que l'attaque systématique est davantage synonyme de planification et d'organisation.

S'agissant des faits commis contre les enfants soldats, ces deux premières conditions ne posent pas de réelles difficultés dans la mesure où les enfants sont la plupart du temps utilisés en masse, faisant partie intégrante des politiques des forces ou groupes armés[340]. En revanche, la condition selon laquelle l'attaque doit être dirigée contre une population civile est celle qui est la plus délicate s'agissant de faits commis à l'encontre d'enfants membres de forces ou groupes armés.

Cette attaque doit être dirigée contre toute population civile, c'est-à-dire que l'attaque doit viser cette population qui doit en être la principale victime et comprendre un nombre sérieux d'individus[341]. Quant aux termes de « population civile », cette notion de civil concernant le crime contre l'humanité a donné lieu à des controverses centrées autour de l'opportunité d'une notion plus ou moins extensive. La jurisprudence a semblé adopter d'abord une approche extensive de civil, faisant référence à sa signification en droit international humanitaire, et incluant les personnes qui ne sont pas membres de forces ou groupes armés, mais aussi les combattants qui ne participeraient pas ou plus aux hostilités[342]. Elle a également eu l'occasion de se positionner en faveur d'une conception plus stricte, considérant que les combattants et les personnes hors de combat ne pourraient être qualifiés de civils concernant le crime contre l'humanité[343]. Toutefois,

337 TPIY, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, arrêt, 12 juin 2002, § 86 ; TPIR, Chambre I, *Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, jugement, 2 septembre 1998, § 581.

338 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 7 §2 a.

339 TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, Jugement, 22 février 2001, § 429.

340 (*in*) Magali MAYSTRE, *op. cit.* (n. 322), p. 166.

341 CPI, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Germain Katanga,* ICC-01/04-01/07, 7 mars 2014, § 802.

342 TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, jugement, 3 mars 2000, § 214.

343 TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-A, arrêt, 29 juillet 2004, § 114 ; TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, IT-98-29-A, arrêt, 30 novembre 2006, § 144.

lorsque des combattants ou des personnes hors de combat ne sont pas en nombre important au sein de la population, le caractère civil de la population est préservé puisqu'il faut qu'elle soit civile de manière prépondérante[344].

La qualification de l'enfant victime comme civil aux fins du crime contre l'humanité semble à ce titre complexe. En effet, en principe les enfants qui ont été recruté et qui sont utilisés perdent leur statut de civil au sens du DIH du moins[345] et deviennent des combattants ou sont considérés comme exerçant une fonction de combat continue, selon les circonstances, comme l'occasion nous a été donnée d'en discuter préalablement dans la **Section II** du **Chapitre 1**. D'autant qu'aux termes de la conception stricte de civil de la jurisprudence, les enfants soldats qui ne participeraient plus aux hostilités seraient exclus.

Par ailleurs, on peut noter que si des charges comprenant des incriminations constitutives de crimes contre l'humanité étaient formulées en visant expressément les enfants soldats comme victimes, cela apparaîtrait comme manifestement contraire à l'esprit même du crime contre l'humanité puisqu'il est défini comme visant une population civile.

B. L'exigence assouplie de la qualité de civil

Pour pallier cet obstacle de la qualité de civil telle qu'exigée dans le cadre du crime contre l'humanité, l'auteur S. Wells, se penchant particulièrement sur le traitement réservé aux filles soldats enlevées pendant le conflit en Sierra Leone et sur le Statut du TSSL, a considéré que les enfants recrutés et notamment enlevés, qui n'ont pas participé directement aux hostilités, pouvaient être considérés comme civils d'un point de vue de DIH afin que les actes commis à leur encontre par les membres de leur groupe puissent être poursuivis en droit international pénal sous l'incrimination de faits constitutifs de crimes contre l'humanité[346]. Néanmoins, cette logique signifierait *a contrario* que les enfants qui ont participé directement aux hostilités ne pourraient se voir protégés de traitement et d'actes commis à leur encontre sous le crime contre l'humanité alors qu'ils ont subi des atrocités similaires en plus de leur implication dans le conflit armé[347].

À ce propos, la notion de civil dans le contexte du crime contre l'humanité pourrait être entendue de manière plus extensive que dans le cadre du droit international humanitaire, et inclure également les « *enfants de moins de 15 ans réduits en esclavage et contraints de participer activement aux hostilités* »[348]. Ces

---

344 TSSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, nº SCSL-03-01-T, sentencing judgment, 18 mai 2012, § 508.

345 Jordan GILBERTSON, art. cit. (n. 208), p. 234.

346 Sarah WELLS, « Crimes against child soldiers in armed conflict situations : Application and limits of international humanitarian law », *Tulane journal of international law and comparative law*, vol. 12, 2004, p. 301.

347 (*in*) Rosemary GREY, art. cit. (n. 196), p. 605.

348 Anahita KARIMZADEH MEIBODY, *Les enfants soldats. Aspects de droit international humanitaire et de droit comparé*, Thèse, Université de Strasbourg, 2014, p. 293.

allégations résident notamment en ce que le crime contre l'humanité serait inspiré du droit international des droits de l'Homme, contrairement au crime de guerre, qui est lié au droit international humanitaire et que, par conséquent, le terme de civil dans le contexte de crime contre l'humanité pourrait avoir une signification différente de celle qui lui est donnée en DIH. Cela n'est pas sans rappeler la notion de « participation active » qui, en DIH et en droit international pénal, a été considérée comme comportant deux significations distinctes. C'est pourquoi les victimes de crimes contre l'humanité pourraient donc tout aussi bien être des combattants ayant subi des actes de la part d'autres combattants du même groupe armé[349]. Cette possibilité s'entend dans la mesure où elle a été mentionnée très récemment dans le jugement *Ntaganda*. Les juges ont ainsi indiqué dans ce jugement que la victime de crime contre l'humanité n'est pas limitée à la qualité de civil au sens du DIH, mais peut avoir la qualité d'autres personnes protégées par le DIH[350].

Par conséquent, les diverses formes d'utilisation d'enfants soldats sont susceptibles d'être qualifiées de crimes contre l'humanité. Le cumul de charges de participation active des enfants de moins de 15 ans de crime de guerre et de crimes contre l'humanité est également une possibilité ouverte au Procureur, comme cela a pu être le cas devant le TSSL[351]. Une telle qualification de crime contre l'humanité apporte bien des avantages dans la mesure où il s'agit de crimes imprescriptibles[352]. De plus, l'existence d'un conflit armé n'est pas un préalable nécessaire, l'utilisation de ces enfants en dehors du contexte de conflit armé peut être appréhendée. Cette possibilité est ouverte lorsque la poursuite pour participation active d'enfants de moins de 15 ans sur le fondement de crime de guerre n'est pas réalisable[353], s'agissant des formes d'utilisation, et intrinsèquement de leur traitement, non prises en charge par le crime d'utilisation des enfants soldats, mais aussi lorsque les conditions inhérentes au crime de guerre sont manquantes pour réprimer à travers le crime d'utilisation ou les autres crimes vus précédemment constitutifs de crimes de guerre, étant donné que les critères cumulatifs concernant le contexte de crime de guerre sont stricts dans le Statut de Rome[354]. C'est le cas notamment lorsque les hostilités n'ont pas atteint un niveau suffisant pour être qualifiées de conflit armé.

349 (*in*) Magali MAYSTRE, *op. cit.* (n. 322), p. 167.

350 CPI, the Trial Chamber VI, Judgment, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-2359, 8 July 2019, § 669.

351 Nina JORGENSEN, art. cit. (n. 158), p. 684-685.

352 (*in*) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.* (n. 31), art. 29.

353 Camille PAPINOT, « La protection des enfants », *in* Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET, art. cit. (n. 52), p. 259 ; (*in*) Sarah WELLS, art. cit. (n. 346), p. 300.

354 Gus WASCHEFORT, « Justice for child soldiers: the RUF trial of the Special Court for Sierra Leone », *Journal of international humanitarian legal studies*, vol. 1, 2010, p. 203 ; Steven FREELAND, « Child soldiers and international crimes-how should international law be applied ? », *New Zealand Journal of public and international law*, vol. 3, nº 2, 2005, p. 321.

Par ailleurs, recourir à de telles incriminations permet, tout comme il l'a été remarqué s'agissant d'autres infractions constitutives de crimes de guerre, d'éviter la constatation de la perte de protection indirecte au sens du DIH du fait du qualificatif de 'participation active' au sens du droit international pénal d'enfants de moins de 15 ans.

D'autre part, à défaut d'avoir pour l'instant une jurisprudence suffisamment affirmée quant aux crimes de guerre commis contre les enfants soldats par des membres du même groupe armé, l'affaire *Ntaganda* marque un premier pas en ce sens. Les crimes contre l'humanité quant à eux présentent l'avantage juridique de pouvoir appréhender des faits qui ont été commis par des combattants à l'encontre de population civile appartenant au même belligérant, contrairement aux crimes de guerre. C'était par ailleurs la raison pour laquelle les crimes contre l'humanité avaient été introduits dans le Statut du Tribunal de Nuremberg[355].

355 Georges ABI-SAAB et Rosemary ABI-SAAB, art. cit. (n. 52), p. 151.

CONCLUSION

Qu'ils soient désignés comme soldats sur le champ de bataille, espions, domestiques, esclaves sexuels ou encore porteurs, les enfants impliqués dans les conflits armés représentent des instruments de guerre aux yeux des groupes armés mais aussi des sujets de violences et d'expériences particulièrement traumatisantes, les enfants étant contraints ou encouragés à servir pour eux. Ces activités diverses que ces enfants sont susceptibles d'exercer peuvent se cantonner à la vie quotidienne du camp du groupe armé mais aussi s'étendre jusqu'au combat et à la commission de crimes contre des populations civiles, d'autant que leur utilisation prend de nouvelles formes. Autant de formes d'utilisation qu'il est nécessaire de réprimer pour lutter contre ce phénomène, ce à quoi l'inscription dans les Statuts de Rome et du Tribunal spécial pour la Sierra Leone de l'utilisation d'enfants de moins de 15 ans comme constitutif de crime de guerre en temps de conflit armé international comme non international, a semblé avoir vocation à répondre à cette attente.

Bien que la criminalisation expresse de cette pratique ait marqué une étape majeure dans la protection des enfants soldats et ait pu fonder des espoirs en ce sens, les précédentes analyses confirment le défi que la construction et l'évolution du droit international pénal en matière d'utilisation des enfants soldats a pu représenter et qu'il présente encore aujourd'hui pour la Cour pénale internationale. La tâche s'avère d'autant plus sérieuse que le TSSL et la CPI, qui ont dû définir l'élément matériel de ce crime qui est la « participation active », se sont trouvés en position délicate en ne parvenant pas à le définir clairement, se contentant de critères relativement abstraits et de la reconnaissance réitérée de certaines activités exercées par des enfants comme constitutives de participation

active, à l'image du rôle de gardes du corps ou de porteurs approvisionnant la ligne de front. L'autre constat, bien plus préoccupant, est celui des refus catégoriques des juridictions concernées de considérer la participation indirecte des enfants aux hostilités dans son intégralité et à ainsi intégrer comme éléments constitutifs de la participation active, les tâches domestiques et l'esclavage sexuel, au motif que ce seraient des activités « manifestement sans lien avec les hostilités ». La conséquence qui en découle naturellement se traduit par l'absence de répression des responsables ou chefs militaires ayant assujetti ces enfants à ces tâches spécifiques.

Cette incrimination spécifique de l'utilisation des enfants soldats se révèle ainsi d'une efficacité limitée de par l'interprétation restrictive de la « participation active » qui est faite par les juges, interprétation qui paraît contraire à l'objectif même de cette incrimination puisqu'elle se présente plus favorable aux accusés qu'aux enfants incorporés aux groupes armés. C'est sans doute pour cette raison que la doctrine s'est interrogée sur les motivations des juges à préserver un tel concept restreint, certains auteurs poussant le raisonnement jusqu'à l'assimilation de la notion de « participation active » avec celle de « participation directe » aux hostilités de droit international humanitaire, et aboutissant à considérer que la qualification de participation active entraînerait également la perte de protection contre les attaques pour les enfants ainsi qualifiés. L'extension du concept de « participation active » serait alors synonyme de multiplication d'enfants considérés comme cibles légitimes. Ce à quoi la Cour pénale internationale s'est opposée à travers l'un de ses arrêts récents, affirmant la différenciation des deux concepts et niant toute conséquence de perte de protection. Néanmoins la coexistence de ces deux concepts invitant nécessairement à considérer les interactions entre eux, il faut concéder que la qualification de participation active met en lumière la participation directe de certains enfants, impliquant la reconnaissance de leur perte de protection de DIH. Cela signifie qu'une partie des enfants admis comme ayant participé activement aux hostilités se sont vus également perdre leur protection de DIH, tandis que des enfants qui eux gardent leur protection de DIH en raison de leur participation indirecte, ne sont pas toujours protégés sous le crime spécifique d'utilisation d'enfants soldats.

Toutefois, les critères de la perte de protection des enfants contre les attaques, sont bien maintenus par le droit international humanitaire, les différents statuts potentiels que les enfants peuvent endosser tels que le statut de combattant ou de civil participant directement aux hostilités faisant varier les paramètres et la durée de cette perte de protection, et constituent également des indicateurs pour qualifier la participation de participation active d'un point de vue pénal.

Pour remédier à l'efficacité partielle du crime d'utilisation d'enfants soldats, et ainsi faire face à l'impossibilité de voir reconnaître la responsabilité d'auteurs du fait de l'exclusion de certaines activités mais aussi pour compléter cette incrimination, la possibilité qui s'offre est de se fonder sur d'autres crimes. Bien qu'initialement les autres crimes de guerre et les crimes contre l'humanité ne soient pas disposés à faire l'objet de cette utilisation en raison des conditions

inhérentes à ces crimes, celles-ci se sont vues d'une certaine manière assouplies. S'agissant des crimes de guerre autres que celui d'utilisation d'enfants soldats, l'obstacle consistant en la nécessité que la victime appartienne à la partie adverse au conflit armé et qu'elle n'ait pas participé directement aux hostilités, a pu être contourné par la Cour pénale internationale dans une affaire récente *Ntaganda* s'agissant de violences sexuelles commises à l'encontre d'enfants soldats. Pareillement, la condition inhérente aux crimes contre l'humanité qui est la qualité de civil de la victime, peut être surmontée par un concept de civil assoupli spécifiquement dédié aux crimes contre l'humanité, d'après la doctrine et la jurisprudence. Les autres crimes de guerre et les crimes contre l'humanité se présentent alors en capacité de réprimer des comportements subis par les enfants soldats pouvant être qualifiés de violences sexuelles, d'atteinte à la dignité, d'esclavage, ou bien de mariage forcé.

Cette manière de procéder peut complexifier la mise en œuvre de la répression de l'utilisation des enfants soldats, mais la complexité d'appréhension de leur protection se retrouve également en droit international humanitaire. Une approche multidisciplinaire serait sans doute profitable à cet égard. D'un autre côté, cette manière de procéder peut être perçue comme davantage de fondements potentiels pour faire entendre les traitements subis par ces enfants et de la même façon une meilleure protection des enfants soldats en droit international pénal. Le droit international pénal étant un droit progressif, il appartient désormais à la Cour pénale internationale à travers sa jurisprudence de permettre de développer la protection de l'utilisation des enfants soldats par le crime principal de participation active d'enfants de moins de 15 ans, appuyé des autres crimes de guerre et crimes contre l'humanité afin d'appréhender dans son intégralité les diverses formes d'utilisation des enfants soldats. Le jugement dans l'affaire *Ongwen* et l'arrêt d'appel dans l'affaire *Ntaganda* qui arrivera plus tardivement sont attendus à cet égard.

Malgré la singularité avérée du crime d'utilisation d'enfants soldats, la création d'un tribunal spécifique comme l'avait évoqué l'auteur S. Tiefenbrun[356], n'apparaît pas opportun puisqu'une telle création ne serait pas sans obstacles au regard des contestations étatiques actuelles consistant notamment en des allégations relatives au manque de neutralité de la CPI, allant pour certaines jusqu'au retrait d'États du Statut de Rome, mais aussi dans la mesure où cela nécessiterait des moyens conséquents pour son fonctionnement et la multiplicité de juridictions pénales spécifiques ne saurait être synonyme de cohérence. Il s'agirait plutôt de mettre à disposition des juges de la CPI des moyens d'analyse pour être en mesure d'élaborer une jurisprudence constante en la matière, puisque les revirements de jurisprudence qui se produisent proviennent d'une seule et même Cour.

Les juges pourraient à ce titre s'entourer d'assistants juridiques particulièrement familiers à la protection des droits de l'enfant et à la thématique des enfants

356 Susan TIEFENBRUN, art. cit. (n. 41), p. 485.

soldats, et s'appuyer sur eux, étant donné qu'ils s'intéresseraient au fond du droit en la matière, à l'analyse technique et à la recherche ; la qualification des faits et l'appréciation demeurant propres aux juges. Cela permettrait aux juges d'étoffer la jurisprudence en matière d'utilisation d'enfants soldats et les rendrait à même d'instaurer une répression en la matière cohérente, envisageant les répercussions potentielles et prévenant dans la mesure du possible les difficultés juridiques qui pourraient surgir notamment en droit international humanitaire.

D'autre part, il pourrait être envisagé de créer un groupe de travail sur la répression de l'utilisation des enfants soldats dans le cadre de la CPI, tout comme il a été créé par le passé un groupe de travail sur les amendements. Ce groupe de travail mettrait en lumière les contradictions jurisprudentielles et celles avec le droit international humanitaire, et émettrait des pistes de réflexion pour y remédier. Les travaux de ce groupe pourraient ainsi servir de guide aux juges lorsque des affaires sont relatives à l'utilisation d'enfants soldats. Ce groupe de travail pourrait être composé d'une part, d'anciens juges ou de juges actuels à la CPI, d'assistants juridiques de la CPI familiers à la thématique d'enfants soldats et de professionnels du droit international pénal provenant de différents États ; et d'autre part, d'équipes de juristes du Comité international de la Croix-Rouge, et de professionnels du droit international humanitaire provenant de différents États et familiers du terrain. La création d'un tel groupe multidisciplinaire, permettrait de veiller à une cohérence de la protection de l'utilisation des enfants soldats en droit international pénal et en droit international humanitaire, la Cour semblant « botter en touche » lorsqu'elle a l'occasion d'innover s'agissant de concepts de DIH et de DIP. Par ailleurs la création de ce groupe de travail pourrait être étendue à d'autres thématiques abordées de manière récurrente au fil des affaires relatives à des crimes qui nécessitent d'être étudiés et interprétés précautionneusement.

La combinaison de l'instauration d'un groupe de travail et de l'appui d'assistants juridiques spécialisés peut ainsi apparaître comme synonyme de renforcement de la protection des enfants soldats. Toutefois, il est essentiel de garder à l'esprit la jeunesse de cette Cour et ses moyens limités. Comme l'a rappelé le juge Marc-Perrin de Brichambaut, « *il faudra du temps et des circonstances favorables pour que la CPI remplisse progressivement sa dimension exemplaire et pose les jalons d'un droit pénal international cohérent* »[357].

357 Marc-Perrin de BRICHAMBAUT, « Où en est la Cour pénale internationale ? », Institut des hautes études sur la justice, http://ihej.org/programmes/justice-penale-internationale/actualites-jpi/ou-en-est-la-cour/, 30 septembre 2016.

BIBLIOGRAPHIE

I. Documents officiels

A. Instruments conventionnels

– Charte des Nations-Unies, adoptée à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945, CNUOI, volume 15, p. 365.

– Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, vol. 1, Berne, Département Politique Fédéral, p. 205-224.

– Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, vol. 1, Berne, Département Politique Fédéral, p. 225-242.

– Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, vol. 1, Berne, Département Politique Fédéral, p. 243-296.

– Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, vol. 1, Berne, Département Politique Fédéral, p. 294-335.

– Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, *RTNU*, vol. 1155, p. 331, A/CONF.39/11/Add.2.

– Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du Droit

international humanitaire applicable dans les conflits armés, Berne, Département fédéral des affaires étrangères, 1978.

– Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977, Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du Droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Berne, Département fédéral des affaires étrangères, 1978.
– Convention relative aux droits de l'enfant, New York, 20 novembre 1989, *Recueil des Traités*, vol. 1577, p. 3.
– Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, Addis Abeba, 11 juillet 1990, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990).
– Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, Projet de statut de la Cour criminelle internationale, document de l'ONU, A/Conf.183/2/Add.1, 14 avril 1998.
– Statut de Rome de la Cour pénale internationale, adopté le 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1er juillet 2002, *RTNU*, vol. 2187, p. 3.
– Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, New York, 25 mai 2000, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2173, p. 222.
– Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 16 janvier 2002, Nations Unies, U.N. SCOR, U.N. Doc. S/2002/246 joint à la lettre datée du 6 mars 2002, adressée par le Secrétaire général au Président du Conseil de sécurité.
– Cour pénale internationale, Éléments des crimes, adoptés lors de la Conférence de révision de 2010, Documents officiels de la Conférence de révision au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Kampala, 31 mai-11 juin (publication de la Cour pénale internationale, RC/11).

B. Documents des Nations Unies

1. Documents du Conseil de sécurité

– Résolution 1261 du Conseil de sécurité, « Les enfants dans les situations de conflit armé », S/RES/1261 (25 août 1999).
– Résolution 1315 du Conseil de sécurité, « Situation en Sierra Leone », S/RES/1315 (14 août 2000).
– Résolution 1400 du Conseil de sécurité, « La situation en Sierra Leone », S/RES/1400 (28 mars 2002).
– Résolution 1460 du Conseil de sécurité, « Les enfants et les conflits armés », S/RES/1460 (30 janvier 2003).
– Résolution 1539 du Conseil de sécurité, « Les enfants et les conflits armés », S/RES/1539 (22 avril 2004).
– Résolution 2068 du Conseil de sécurité, « Les enfants et les conflits armés », S/RES/2068 (19 septembre 2012).

– Résolution 2143 du Conseil de sécurité, « Le sort des enfants dans les conflits armés », S/RES/2143 (7 mars 2014).
– Résolution 2427 du Conseil de sécurité, « Le sort des enfants dans les conflits armés », S/RES/2427 (9 juillet 2018).

2. Documents de l'Assemblée générale

a. Résolutions de l'Assemblée générale

– Résolution 2675 de l'Assemblée générale, « Principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé », A/RES/2675 (9 décembre 1970).
– Résolution 5177 de l'Assemblée générale, « Les droits de l'enfant », A/RES/5177 (20 février 1997).

b. Déclarations de l'Assemblée générale

– Déclaration de l'Assemblée générale, « Un monde digne des enfants », A/RES/S-27/2 (10 mai 2002).

c. Autres documents de l'Assemblée générale

– Nations Unies, « Impact des conflits armés sur les enfants : rapport de l'expert désignée par le Secrétaire général, Mme Graça Machel, présenté en application de la résolution 48/157 de l'Assemblée générale », A/51/306 (26 août 1996).

3. Rapports du Secrétaire général

–Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés, A/55/163-S/2000/712 (19 juillet 2000).
– Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, S/2000/915 (4 octobre 2000).
– Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés, A/58/546-S/2003/1053 (10 novembre 2003).
– Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés en République démocratique du Congo, S/2006/389 (13 juin 2006).
– Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés au Soudan, S/2006/662 (17 août 2006).
– Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés en Somalie, S/2007/259 (7 mai 2007).
– Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés au Tchad, S/2007/400 (3 juillet 2007).
– Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés au Soudan, S/2009/84, (10 février 2009).
– Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés en Irak, S/2011/366 (15 juin 2011).

– Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés en Colombie, S/2012/171 (21 mars 2012).
– Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés, A/68/878-S/2014/339 (14 mai 2014).
– Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés, A/69/926-S/2015/409 (5 juin 2015).
– Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés, A/70/836-S/2016/360 (20 avril 2016).
– Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés, A/72/865-S/2018/465 (16 mai 2018).

4. Rapports du Représentant spécial du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés

– Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé d'étudier l'impact des conflits armés sur les enfants, A/53/482 (12 octobre 1998).
– Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé d'étudier l'impact des conflits armés sur les enfants, A/54/430 (1er octobre 1999).
– Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé d'étudier l'impact des conflits armés sur les enfants, A/55/442 (3 octobre 2000).
– Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé d'étudier l'impact des conflits armés sur les enfants, A/56/453 (9 octobre 2001).
– Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé d'étudier l'impact des conflits armés sur les enfants, A/57/402 (25 septembre 2002).–
– Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé d'étudier l'impact des conflits armés sur les enfants, A/58/328 (29 août 2003).
– Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé d'étudier l'impact des conflits armés sur les enfants, A/59/426 (8 octobre 2004).
– Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé d'étudier l'impact des conflits armés sur les enfants, A/60/335 (7 septembre 2005).
– Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, A/61/275 (17 août 2006).
– Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, A/62/228 (13 août 2007).
– Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, A/63/227 (6 août 2008).
– Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, A/64/254 (6 août 2009).
– Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, A/65/219 (4 août 2010).
– Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, A/66/256 (3 août 2011).
– Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, A/67/256 (6 août 2012).

– Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, A/68/267 (5 août 2013).
– Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, A/69/212 (31 juillet 2014).
– Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, A/70/162 (20 juillet 2015).
– Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, A/71/205 (25 juillet 2016).
– Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés, A/72/276 (2 août 2017).

C. Documents d'organismes internationaux

1. Documents du Comité international de la Croix-Rouge

– PICTET Jean, *Commentaire des Conventions de Genève du 12 août 1949*, 4 vol., 1952-1959.
– SANDOZ Yves, SWINARSKI Christophe et ZIMMERMANN Bruno, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève -Dordrecht, CICR - Martinus Nijhoff Publishers, 1986, 1 647 p.
– CICR, *Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*, https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzeqh.htm, Genève, 27 octobre 1997.
– CICR, « Les enfants et la guerre : Une action globale pour répondre à des besoins spécifiques », *CICR*, n° 83, 2001.
– CICR, *Règles du droit international humanitaire et autres règles connexes régissant la conduite des hostilités*, Genève, Recueil de traités et autres instruments, 2006, 284 p.
– CICR, *Commentaire de la Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, https://ihl-databases.icrc.org/dih/full/CGI-commentaire, 2016, 2e éd.

2. Documents du Fonds des Nations Unies pour l'Enfance

a. Instruments juridiques non contraignants

– UNICEF, *Cape Town Principles and best practices : adopted at the symposium on the prevention of recruitment of children into armed forces and on demobilization and social reintegration of child soldiers in Africa*, Cape Town, South Africa, https://www.unicef.org/emerg/files/Cape_Town_Principles(1).pdf, 30 april 2007.
– UNICEF, *Principes de Paris, Principes directeurs relatifs aux enfants associés aux forces armées ou aux groupes armés*, https://www.unicef.org/french/protection/files/ParisPrincipesFrench310107.pdf, 5-6 février 2007, 50 p.
– UNICEF, *Engagements de Paris*, https://www.unicef.org/french/protection/files/Engagements_de_Paris.pdf, 5-6 février 2007, 6 p.

b. Rapports et articles

– UNICEF, *Silent Shame,* https://unicef.hosting.augure.com/Augure_UNICEF/r/ContenuEnLigne/Download?id=ECCCA25B-23B3-4B98-8693-06EB91BEFFF8&filename=UNICEF_Silent_shame.pdf, 12 avril 2017, 13 p.
– UNICEF, *Au moins 65000 enfants libérés de forces ou de groupes armés au cours de la dernière décennie*, https://www.unicef.fr/contenu/espace-medias/au-moins-65-000-enfants-liberes-de-forces-ou-de-groupes-armes-au-cours-de-la-derniere-decennie, 27 février 2017.

II. Ouvrages

A. Ouvrages généraux

– ASCENSIO Hervé, DECAUX Emmanuel et PELLET Alain (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone - CEDIN, 2012, 2e éd., 1 280 p.
– CASSESE Antonio, *International criminal law*, Oxford, Oxford University Press 2013, 3e éd., 414 p.
– COMBACAU Jean et SUR Serge, *Droit international public*, Paris, LGDJ Lextenso Éditions, 2016, 12e éd., 838 p.
– DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias et PELLET Alain, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, 8e éd., 1 709 p.

– DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 4e éd., 1 117 p.
– DE FROUVILLE Olivier, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, 522 p.
– HAROUEL-BURELOUP Véronique, *Traité de droit humanitaire*, Paris, PUF, 2005, 1re éd., 560 p.
– HENCKAERTS Jean-Marie et DOSWALD-BECK Louise, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. I, *Règles*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 878 p.
– KOLB Robert, Ius in bello – *Le droit international des conflits armés*, Bruxelles - Bâle, Bruylant -Helbing & Lichtenhahn, 2003, 299 p.

B. Ouvrages spéciaux

– BRETT Rachel et MC CALLIN Margaret, *Children: the invisible soldiers*, Radda Barnen-Save the children Sweden, 1998, 2e éd., 296 p.
– DORMANN Knut, *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: sources and commentary*, Cambridge, ICRC - Cambridge University Press, 2002, 524 p.

GOODWIN-GILL Guy et COHN Ilene, *Child soldiers: the role of children in armed conflict*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 238 p.

– HAPPOLD Matthew, *Child Soldiers in international law*, Manchester, Manchester University Press, 2005, 183 p.

- HENCKAERTS Jean-Marie et DOSWALD-BECK Louise, *Customary international humanitarian law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 2 vol. (vol. 1 : *Rules*, vol. 2 : *Practice*), 674 et 4545 p, traduction française du vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2006, 878 p.
- KANE Ameth Fadel, *La protection des droits de l'enfant pendant les conflits armés en droit international*, Thèse, Université de Loraine, 2014, 490 p.
- KARIMZADEH MEIBODY Anahita, *Les enfants soldats. Aspects de droit international humanitaire et de droit comparé*, Thèse, Université de Strasbourg, 2014, 738 p.
- MAYSTRE Magali, *Les enfants soldats en droit international : problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, Paris, Pedone, 2010, 202 p.
- MELZER Nils, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, CICR, 2010, 88 p.
- SINGER Peter Warren, *Children at war*, Berkeley, University of California press, 2006, 278 p.
- WASCHEFORT Gus, *International law and child soldiers*, Oxford, Hart publishing, 2015, 264 p.

III. Articles et contributions

- ABBOTT Amy Beth, « Child soldiers-The use of children as instruments of war », *Sulfok transnational law review*, Vol. 23, nº 2, 2000, p. 499-538.
- ABI-SAAB Georges et ABI-SAAB Rosemary, « Crimes de guerre », *in* ASCENSIO Hervé, DECAUX Emmanuel, et PELLET Alain, *Droit international pénal*, Paris, Pedone - CEDIN, 2012, 2e éd., p. 141-162.
- ABI-SAAB Georges, « Les mécanismes de mise en œuvre du droit humanitaire », *RGDIP*, 1978, p. 103-129.
- AMBOS Kai, « The first judgment of the international criminal court (*Prosecutor v.Lubanga*): A comprehensive analysis of the legal issues », *International criminal law review,* 2012, p. 115-154.
- APTEL Cecile, « Lubanga decision roundtable: the participation of children in hostilities », *Opinio juris blog archive*, http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-the-participation-of-children-in-hostilities/, 2012.
- ARZOUMANIAN Naïri et PIZZUTELLI Francesca, « Victimes et bourreaux : questions de responsabilité liées à la problématique des enfants-soldats en Afrique », *Revue internationale de la Croix-Rouge / International Review of the Red Cross*, vol. 85, nº 852, 2003, p. 827-856.
- BAGHERI Saeed, « The Military Use of Children by the Syrian-Iraqi Salaf-Jihadist Group », *Russian Law Journal*, vol. 5, nº 1, 2017, p. 79-97.
- BAILEY Christopher, « The quest for justice: Joseph Kony & the Lord's resistance army », *Fordham international law*, vol. 40, nº 2, 2017, p. 247-328.

- BENNETT Tom, « Le recours aux enfants-soldats : une tradition africaine ? », *in* SCHMITZ Marc, *La guerre, enfants admis*, Paris, coédition GRIP - Complexe, 2001, p. 83-91.
- BERINGOLA Ana Martin, « Ensuring protection of child soldiers from sexual violence: relevance of the Ntaganda decision on the confirmation of charges in narrowing in the Gap », *Amsterdam law forum*, vol. 8, nº 2, 2016, p. 58-68.
- BETTATI Mario, « La coutume et la lutte contre l'impunité : principe et pratique », *in* TAVERNIER Paul et HENCKAERTS Jean-Marie, *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 203-215.
- BETTATI Mario, « Le crime contre l'humanité », *in* ASCENSIO Hervé, DECAUX Emmanuel, et PELLET Alain, *Droit international pénal*, Paris, Pedone - CEDIN, 2012, 2e éd., p. 102-123.
- BEWICKE Aurora, « Realizing the Right to Reparations for Girl Soldiers: A Child-Sensitive and Gendered Approach. », *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 26, nº 2, 2014, p. 182-233.
- BOSCH Shannon, « Targeting and prosecuting underaged child soldiers in international armed conflicts, in light of the humanitarian law prohibition against civilian direct participation in hostilities », *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 45, nº 3, 2012, p. 324-364.
- De BRICHAMBAUT Marc-Perrin, « Où en est la Cour pénale internationale ? », Institut des hautes études sur la justice, http://ihej.org/programmes/justice-penale-internationale/actualites-jpi/ou-en-est-la-cour/, 2016.
- BUGNION François, « Les enfants soldats, le droit international humanitaire et la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant », *African journal of international and comparative law,* volume 12, nº 2, 2000, p. 262-275.
- CASSESE Antonio, « The nexus requirement for war crimes », Journal of international criminal justice, vol. 10, nº 5, 2012, p. 1395-1418.
- COOMARASWAMY Radhika, « The optional protocol to the Convention on the rights of the child on the involvement of children in armed conflict – Towards universal ratification », *International journal of children's rights*, vol. 18, 2010, p. 535-549.
- DENOV Myriam, « Girls Soldier and Human Rights : Lessons from Angola, Mozambique, Sierra Leone and Northern Uganda », *International Journal of Human Rights*, vol. 12, nº 5, 2008, p. 813-836.
- DRUMBL Mark, « International criminal law – International criminal court », *American Journal of international law*, vol. 101, 2007, p. 841-848.
- DUTLI Maria Teresa, « Enfants-combattants prisonniers », *Revue internationale de la Croix-Rouge,* nº 785, 1990, p. 456-470.
- ENGLE Eric, « The international criminal court and Lubanga: The feminist critique and jus cogens », *National lawyers guild review,* vol. 71, nº 1, 2014, p. 24-43.
- FOX Mary-Jane, « Child soldiers and international law: Patchwork gains and conceptual debates », *Human rights review*, vol. 7, nº 1, 2005, p. 27-48.

- FRANCIS David, « 'Paper Protection' Mechanisms: Child Soldiers and the International Protection of Children in Africa's Conflict Zones », *Journal of Modern African Studies,* vol. 45, nº 2, 2007, p. 207-231.
- FREELAND Steven, « Child soldiers and international crimes-how should international law be applied ? », *New Zealand Journal of public and international law*, vol. 3, nº 2, 2005, p. 303-328.
- FROSTAD Magne, « Child soldiers: recruitment, use and punishment », *International family law, policy and practice*, vol. 1, nº 1, 2013, p. 71-89.
- GALLAGHER Kristin, « Towards a gender-inclusive definition of child soldiers: the *prosecutor v. Thomas Lubanga* », *Eyes on the ICC*, vol. 7, nº 1, 2010-2011, p. 115-136.
- GASSER Hans-Peter, « Protection of the civilian population », *in* FLECK Dieter, *The handbook of humanitarian law in armed conflict*, Oxford, Oxford University Press 1995, p. 209-288.
- GILBERTSON Jordan, « Little Girls Lost : Can the International Community Protect Girl Soldiers », *University of La Verne Law Review*, vol. 29, 2008, p. 219-244.
- GRAF Roman, « The International Criminal Court and Child Soldiers », *Journal of International Criminal Justice,* 2012, p. 945-970.
- GREEN Troy, « Eradicating the use of child soldiers: is the world doing enough? », *Regent journal of international law*, vol. 7, 2009-2010, p. 395-422.
- GREY Rosemary, « Sexual violence against child soldiers, the limits and potential of international criminal law », *International feminist journal of politics*, vol. 16, nº 4, 2014, p. 601-621.
- GREY Rosemary, « Protecting child soldiers from sexual violence by members of the same military force: A re-conceptualisation of international humanitarian law? », *International crimes database*, nº 10, 2015, 12 p.
- GUIBERT Nolwenn et BLUMENSTOCK Tilman, « The first judgement of the Special Court for Sierra Leone: A missed opportunity ? », *The law and practice of international Courts and Tribunals*, vol. 6, nº 3, 2007, p. 367-391.
- HAPPOLD Matthew, « Child soldiers in international law: the legal regulation of children's participation in hostilities », *Netherlands international law review*, vol. 1, nº 47, 2000, p. 27-52.
- HAPPOLD Matthew, « Children participating in armed conflict and international criminal law », *Human rights & international legal discourse*, vol. 5, nº 1, 2011, p. 82-100.
- HONWANA Alcinda, « Innocents et coupables: les enfants soldats comme acteurs tactiques », *Politique africaine*, nº 80, décembre 2000, p. 58-78.
- JENKS Chris, « Law as Shield, Law as Sword: The ICC's Lubanga Decision, Child Soldiers and the Perverse Mutualism of Direct Participation in Hostilities », *University of Miami National Security and Armed Conflict Law Review*, vol. 3, 2013, p. 106-121.
- JORGENSEN Nina, « Child soldiers and the parameters of international criminal law », *Chinese Journal of International Law*, vol. 11, nº 4, 2012, p. 657-688.
- KALONJI Anne, « La protection des enfants au cœur des premières poursuites intentées devant la Cour pénale internationale et le tribunal spécial pour la Sierra

Leone », *Revue pluridisciplinaire de recherche*, http://journals.openedition.org/sejed/4933, nº 6, 2008.

- KIRSCH Philippe, « Droit international humanitaire coutumier : Mesures assurant son respect et le rôle de la Cour pénale internationale », *in* TAVERNIER Paul et HENCKAERTS Jean-Marie, *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 263-267.
- KURTH Michael, « The Lubanga case of the International criminal Court: a critical analysis of the Trial chamber's findings on issues of active use, age, and gravity », *Goettingen journal of international law*, vol. 5, nº 2, 2013, p. 431-454.
- LAGRANGE Philippe, « Forces des Nations Unies et respect du droit international humanitaire : de l'importance de la notion de participation aux hostilités », *in* BIAD Abdelwahab et TAVERNIER Paul, *Le droit international humanitaire face aux défis du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 291-311.
- LEIBIG Abigail, « Girl child soldiers in northern Uganda: do current legal frameworks offer sufficient protection? », *Northwestern University journal of international human rights*, 2005, vol. 3, p. 20-35.
- LIEFLANDER Thomas, « The Lubanga judgment of the ICC: more than just the first step », *Cambridge journal of international and comparative law*, vol. 1, 2012, p. 191-212.
- MADUBUIKE-EKWE Joseph, « The international legal standards adopted to stop the participation of children in armed conflicts », *Annual survey of international law & comparative law*, vol. 11, 2005, p. 29-48.

- MARINIELLO Triestino, « *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*: the first judgment of the International criminal Court's Trial Chamber », *International human rights law review*, 2012, p. 137-147.
- MARTIN-CHENUT Kathia, « La protection des enfants en temps de conflit armé et le phénomène des enfants-soldats », *in* SOREL Jean-Marc et POPESCU Corneliu-Liviu, *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 159-256.
- MASLEN Stuart, « The use of children as soldiers: the right to kill and be killed? », *The international journal of children's rights*, vol. 6, 1998, p. 445-451.
- MASSE Mathilde, « Itinéraire de Birahima et de Komona à travers la Littérature et le Septième art : quels enjeux pour le droit international contemporain face à la problématique de l'enfant-soldat ? », *Chroniques internationales collaboratives*, https://chroniquesinternationalescolla.files.wordpress.com/2015/09/mmasse_enfantssoldats_fiction_20150906.pdf, 2015, 20 p.
- MAXTED Julia, « The international criminal court and the prohibition of the use of children in armed conflict », *in* THAKUR Ramesh et MALCONTENT Peter, *From sovereign Impunity to International accountability: The search for justice in a World of States*, Tokyo, United Nations University Press, 2004, p. 253-263.
- MOMTAZ Djamchid, « La criminalisation des violations graves du droit international humanitaire commises au cours des conflits armés non internationaux », *in* TAVERNIER Paul et HENCKAERTS Jean-Marie, *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 139-148.

– OJEDA Stéphane, « Notion de participation directe aux hostilités : interprétation du Comité international de la Croix-Rouge », *in* BIAD Abdelwahab et TAVERNIER Paul, *Le droit international humanitaire face aux défis du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 247-257.
– OLUWATOYIN OKEBUKOLA Elijah, « Training children for armed conflict – Where does the law stand? », *International criminal law review*, 2014, p. 588-618.
– OOSTERVELD Valerie, « Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao », *The American journal of international law*, vol. 104, nº 1, 2010, p. 73-81.
– OOSTERVELD Valerie, « The Special Court for Sierra Leone, Child soldiers, and forced marriage: providing clarity or confusion », *Annuaire canadien de Droit international*, vol. 45, 2007, p. 131-172.
– PAPINOT Camille, « La protection des enfants », *in* ASCENSIO Hervé, DECAUX Emmanuel, et PELLET Alain, *Droit international pénal*, Paris, Pedone - CEDIN, 2012, 2e éd., p. 251-260.
– PARK Augustine, « Other inhumane acts: forced marriage, girl soldiers and the Special Court for Sierra Leone », *Social & Legal studies,* vol. 15, nº 3, 2006, p. 315-338.
– POISSONNIER Ghislain, « Première décision au fond de la Cour pénale internationale », *AJ Pénal*, nº 7, 2012, p. 404-410.
– QUENIVET Noëlle, « Girl soldiers and participation in hostilities », *African journal of international and comparative law*, vol. 16, nº 2, 2008, p. 219-235.
QUENIVET Noëlle, « The liberal discourse and the new wars of/on children », *Brooklyn journal of international law*, vol. 38, nº 3, 2013, p. 1053-1108.
– RODENHÄUSER Tilman, « Squaring the circle?: Prosecuting sexual violence against child soldiers by their 'own forces' », *Journal of international criminal justice*, vol. 14, nº 1, 2016, p. 171-193.
– ROGERS Anthony, « Unequal combat and the law of war », *Yearbook of international humanitarian law*, vol. 7, 2004, p. 3-34.
– SCHMITT Michael, « Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees », *Chicago journal of international law*, vol. 5, nº 2, 2005, p. 511-546.
– SCHMITT Michael, « The interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities: a critical analysis », *Harvard National Security Journal*, vol. 1, 2010, p. 5-44.
– SCHMITT Michael, « Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements », *International law and politics*, 2010, p. 697-739.
– SENEVIRATNE Lakmini, « Accountability of Child Soldiers: Blame Misplaced », *Sri Lanka Journal of International Law*, vol. 20, nº 2, 2008, p. 29-48.
– SINGER Sandra, « La protection des enfants dans les conflits armés », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 68, nº 759, 1986, p. 135-172.
– SINGH Divya, « When a child is not a child: the scourge of child soldiering in Africa », *African human rights law journal*, 2007, p. 206-224.
– SIVAKUMARAN Sandesh, « War crimes before the Special Court for Sierra Leone », *Journal of international criminal justice*, vol. 8, 2010, p. 1009-1034.

- SMITH Alison, « Child recruitment and the special court for Sierra Leone », *Journal of International criminal justice*, vol. 2, nº 4, 2004, p. 1141-1153.
- STAHN Carsten, « Between constructive engagement, collusion and critical distance : the ICRC and the development of international criminal law », *Chinese journal of international Law*, vol. 15, nº 1, 2016, p. 139-166.
- THYNNE Kelisiana, « The international criminal court: a failure of international justice for victims », *Alberta law review*, vol. 46, nº 4, 2009, p. 957-982.
- TIEFENBRUN Susan, « Child soldiers, slavery and the trafficking of children », *Fordham International Law Journal*, vol. 31, nº 2, 2008, p. 415-486.
- UDOMBANA Nsongurua, « War is not child's play – International law and the prohibition of children's involvement in armed conflicts », *Temple international & Comparative law journal*, vol. 20, 2006, p. 57-110.
- URBAN Nicole, « Direct and active participation in hostilities: the unintented consequences of the ICC's decision in Lubanga », *EJILTalk! Blog of the european journal of international law*, https://www.ejiltalk.org/direct-and-active-participation-in-hostilities-the-unintended-consequences-of-the-iccs-decision-in-lubanga, 2012.
- VALDER Katie, « A stolen childhood: a look into the world of female child soldiers and the initiatives targeting the end of the practice », *Albany Government Law Review*, vol. 7, nº 1, 2014, p. 34-55.
- VELOSO Maria Theresa et BAUTISTA Lowell, « The use of children as instruments of war: The rights of child soldiers under international law », *World bulletin: bulletin of the international studies of the Philippines*, vol. 17, nº 1-3, 2001, p. 82-123.

- WAGNER Natalie, « A Critical Assessment of Using Children to Participate Actively in Hostilities in *Lubanga*: Child Soldiers and Direct Participation », *Criminal Law Forum*, vol. 24, nº 42, 2013, p. 145-203.
- WASCHEFORT Gus, « Justice for child soldiers: the RUF trial of the Special Court for Sierra Leone », *Journal of international humanitarian legal studies*, vol. 1, 2010, p. 189-204.
- WEBSTER Timothy, « Babes with Arms: International Law and Child Soldiers », *George Washington International Law Review,* vol. 39, nº 2, 2007, p. 227-254.
- WELLS Sarah, « Crimes against child soldiers in armed conflict situations: Application and limits of international humanitarian law », *Tulane journal of international law and comparative law*, vol. 12, 2004, p. 287-306.
- YUVARAJ Joshua, « When Does a Child 'Participate Actively in Hostilities' under the Rome Statute? Protecting Children from Use in Hostilities after Lubanga », *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 32, nº 83, 2016, p. 69-93.

IV. Dictionnaires

- SALMON Jean, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1 198 p.
- VERRI Pietro, *Dictionnaire du droit international des conflits armés*, Genève, CICR, 1988, 147 p.

V. Jurisprudence

A. Cour internationale de Justice

– CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, 8 juillet 1996, Rec.1996, p. 236.

B. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995.

– TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, jugement, 3 mars 2000.
– TPIY, Chambre d'appel, *Zejnil Delalic, Zdravko Micic, Hazim Delic et Esad Landzo*, IT-96-21-A, arrêt, 20 février 2001.
– TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, Jugement, 22 février 2001.
– TPIY, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, arrêt, 12 juin 2002.
– TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-A, arrêt, 29 juillet 2004.
– TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, IT-98-29-A, arrêt, 30 novembre 2006.
– TPIY, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, IT-04-84-T, 3 avril 2008.
– TPIY, Chambre d'appel, *Le Procureur c. Pavle Strugar*, arrêt, nº IT-01-42-A, 17 juillet 2008.

C. Tribunal pénal international pour le Rwanda

– TPIR, Chambre I, *Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, jugement, 2 septembre 1998.
– TPIR, Chambre I, *Le Procureur contre Georges Rutaganda*, ICTR-96-3-T jugement, 6 décembre 1999.

D. Cour pénale internationale

– CPI, Chambre préliminaire I, décision de confirmation des charges, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 29 janvier 2007.
– CPI, Chambre préliminaire I, décision de confirmation des charges, Le *Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, 30 septembre 2008.
– CPI, Chambre de première instance I, jugement, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012.

– CPI, Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58, ICC-01/04-02/06, 13 juillet 2012.
– CPI, Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Germain Katanga,* ICC-01/04-01/07, 7 mars 2014.
– CPI, Pre-Trial Chamber II, Decision pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, 9 june 2014.
– CPI, the Appeals chamber, Judgment on the appeal of Mr Lubanga against his conviction, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, ICC-01/04-01/06 A 5, 1 december 2014.
– CPI, Chambre préliminaire II, *Le procureur c. Dominic Ongwen*, décision de confirmation des charges, ICC-02/04-01/15, 23 mars 2016.
– CPI, the Trial Chamber VI, Judgment, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-2359, 8 July 2019.
– CPI, the Appeals chamber, Decision on Mr Bosco Ntaganda's and the Prosecutor's requests for time extension for the notice of appeal and the appeal brief, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-2364, 19 july 2019.

E. Tribunal spécial pour le Sierra Leone

– TSSL, *The Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, « Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction (child recruitment) », Appeals chamber, 31 May 2004, case nº SCSL-2004-14-AR72(E).
– TSSL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, « Judgment », Trial chamber II, 20 june 2007, Case nº SCSL-2004-16-T (« *AFRC* »).
– TSSL, *The Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, Judgment, Appeals Chamber, 22 february 2008, Case nº SCSL-2004-16-A (« AFRC »).
– TSSL, *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, nº SCSL-2004-14-T, Trial Chamber I, judgment on the sentencing of Moinina Fofana and Allieu Kondewa, 2 august 2007 (« *CDF* »).
– TSSL, *Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, nº SCSL-2004-14-A, Appeals chamber, 28 may 2008 (« *CDF* »).
– TSSL, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, nº SCSL-2004-15-T, Trial Chamber I, Sentencing Judgment, 2 march 2009 (« *RUF* »).
– TSSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Trial Chamber II, nº SCSL-03-01-T, sentencing judgment, 18 may 2012.

VI. Sitographie (sites récurrents)

- https://childrenandarmedconflict.un.org/fr/
- http://www.grotius.fr/
- https://www.icc-cpi.int/Pages/Home.aspx?ln=fr
- https://www.icrc.org/fre/resources/international-review/index.jsp
- http://www.icty.org/fr
- http://www.rscsl.org/
- https://www.unicef.fr/
- http://unictr.unmict.org/fr

Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie
Institut Louis Joinet

L'IFJD est une association française, qui poursuit les activités de l'Institut Universitaire Varenne et a vocation à faire vivre les valeurs et combats portés par **Louis Joinet**, tout particulièrement en matière de transition démocratique et de justice transitionnelle.

L'IFJD s'engage, notamment dans les pays émergents, pour permettre aux **populations, groupes sociaux et minorités confrontés à des crises** politiques, économiques ou environnementales, victimes de discrimination et de violence, **d'accéder à des mécanismes de justice et de participer à la reconstruction d'un cadre démocratique**.

À la fois **école d'excellence et Pôle d'expertise**, l'IFJD développe des programmes de recherches et d'enseignement à destination des chercheurs, des professionnels, des étudiants et du grand public, tout en agissant sur le terrain pour accompagner les acteurs institutionnels et de la société civile, afin que les victimes de violations de droits de l'Homme commises lors de conflits ou de dictatures voient leurs droits à la vérité, à la justice, à la réparation et aux garanties de non-répétition respectés. Il met à disposition son expertise pour soutenir les processus de démocratisation et la mise en place des instruments de lutte contre l'impunité, dont notamment les Commissions Vérité et Réconciliation.

Tant en France qu'à l'étranger, l'IFJD édite ainsi des **ouvrages** et dirige des **programmes de recherche** concernant ces domaines. Il organise également des **formations**, des événements scientifiques, dont notamment son séminaire annuel de recherche fondamentale, mais aussi à destination du grand public. Son programme d'été illustre cette approche en associant une université d'été internationale, un festival du film documentaire et un forum public, pour permettre les échanges disciplinaires, le partage d'expériences et la circulation des idées.

Avec le soutien d'institutions publiques et privées prestigieuses, l'IFJD développe un important programme consacré à la lutte contre les **violences sexuelles** et la prise en charge holistique des victimes au travers d'un partenariat conclu avec le docteur Denis Mukwege (Prix Nobel de la Paix 2019), notamment en Centrafrique et République démocratique du Congo.

www.ifjd.org

Pour nous soumettre une publication,
ainsi que pour tout renseignement :

contact@ifjd.org

Dans la même collection

Les ouvrages de l'Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie (IFJD) peuvent être commandés sur le site de la LGDJ : **http://www.lgdj.fr** (rubrique : Transition & Justice) ainsi que sur les autres sites marchands habituels ou dans les librairies.

24 **EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN CUBA .** *Pasado y presente*
Martha PRIETO VALDÉS (dir.)
2020 - 180 pages - Prix : 19 € TTC - ISBN 978-2-37032-217-3

23 **MODES DE NORMATIVITÉ ET TRANSFORMATIONS NORMATIVES**
De quelques cas relatifs aux droits et libertés
MODES OF NORMATIVITY AND NORMATIVE TRANSFORMATION
Some cases about rights and freedoms
Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Laurent THÉVENOT, Jérôme PORTA (dir.)
2020 - 492 pages - Prix : 35 € TTC - ISBN 978-2-37032-228-9

22 **RÉPARER L'INJUSTICE : L'AFFAIRE MAURICE AUDIN**
Sylvie THÉNAULT et Magalie BESSE (coord.)
2019 - 258 pages - Prix : 25 € TTC - ISBN 978-2-37032-230-2

21 **JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ET TRANSITION DÉMOCRATIQUE**
Jean-Pierre MASSIAS (dir.)
2019 - 180 pages - Prix : 19 € TTC - ISBN 978-2-37032-214-2

20 **L'ISLAM EN DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME**
Mustapha AFROUKH (dir.)
2019 - 312 pages - Prix : 26 € TTC - ISBN 978-2-37032-215-9

19 **LES VINGT ANS DU TRAITÉ DE ROME** *portant Statut de la Cour pénale internationale*
Delphine EMMANUEL (dir.)
2019 - 282 pages - Prix : 25 € TTC - ISBN 978-2-37032-218-0

18 **DICTIONNAIRE JURIDIQUE DES TRANSITIONS ÉCOLOGIQUES**
François COLLART DUTILLEUL, Valérie PIRONON et Agathe VAN LANG (dir.)
2018 - 882 pages - Prix : 45 € TTC - ISBN 978-2-37032-178-7

17 **L'EXTENSION DU DÉLIT DE NÉGATIONNISME**
Thomas HOCHMANN et Patrick KASPARIAN (dir.)
2019 - 150 pages - Prix : 19 € TTC - ISBN 978-2-37032-212-8

16 **LE DROIT D'ASILE**
Marion TISSIER-RAFFIN (dir.)
2017 - 280 pages - Prix : 29 € TTC - ISBN 978-2-37032-170-1

15 **L'ADAPTATION DU DROIT PÉNAL FRANÇAIS À L'INSTITUTION DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE**
Pascal PLAS et Damien ROETS (textes réunis par)
2018 - 164 pages - Prix : 25 € TTC - ISBN 978-2-37032-169-5

14 **PRÉCISION ET DROITS DE L'HOMME**
Véronique CHAMPEIL-DESPLATS (dir.)
2017 - 212 pages - Prix : 30 € TTC - ISBN 978-2-37032-130-5

13 **LA LANGUE DU PROCÈS**
Pascal PLAS (dir.)
2017 - 238 pages - Prix : 29 € TTC - ISBN 978-2-37032-126-8

12 **L'IMMUNITÉ**
Virginie SAINT-JAMES et Pascal PLAS (dir.)
2017 - 200 pages - Prix : 25 € TTC - ISBN 978-2-37032-121-3

11 **JUAN MOREU ESTRADA - DANS LES CAMPS DE LA *RETIRADA* 1939-1940**
Michel C. KIENER et Claude SIMEONI (dir.)
2017 - 194 pages - Prix : 25 € TTC - ISBN 978-2-37032-119-0

10 **LES TRANSITIONS CONSTITUTIONNELLES DANS LE MONDE ARABE.** *Réflexion prospective*
Malik BOUMEDIENE et François FRISON-ROCHE (dir.)
2017 - 152 pages - Prix : 25 € TTC - ISBN 978-2-37032-118-3

9 **VÉRITÉ ET MÉMOIRE DANS LES PROCESSUS DE RÉCONCILIATION :**
expériences internationales et défis pour le cas basque
Ouvrage en 4 langues : basque,français, espagnol et anglais
IDHPA (Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe) (dir.)
2018 - 470 pages - Prix : 35 € TTC - ISBN 978-2-37032-076-6

Dans la même collection

8 **RÉVOLUTIONS ET DROITS DE L'HOMME.** *Aspects théoriques*
Véronique CHAMPEIL-DESPLATS (dir.)
2016 - 268 pages - Prix : 35 € TTC - ISBN 978-2-37032-087-2

7 **RÉVOLUTIONS ET DROITS DE L'HOMME.** *Aspects politiques : le cas des révolutions arabes et moyen-orientales*
Véronique CHAMPEIL-DESPLATS (dir.)
2015 - 246 pages - Prix : 35 € TTC - ISBN 978-2-37032-050-6

6 **JUSTICE, MÉMOIRES ET CONFLITS**
Véronique CHAMPEIL-DESPLATS (dir.)
2015 - 224 pages - Prix : 29 € TTC - ISBN 978-2-37032-049-0

5 **LA FERMETURE DU TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE**
Virginie SAINT-JAMES et Pascal PLAS (dir.)
2015 - 180 pages - Prix : 29 € TTC - ISBN 978-2-37032-047-6

4 **RELIGIONS ET TRANSITIONS.** *Quels défis après les révolutions arabes ?*
Xavier PHILIPPE et Nataşa DANELCIUC-COLODROVSCHI (dir.)
2015 - 158 pages - Prix : 25 € TTC - ISBN 978-2-37032-045-2

3 **JUSTICE TRANSITIONNELLE.** *Propositions pour le Pays basque*
Ouvrage en 4 langues : basque,français, espagnol et anglais
Jon Mirena LANDA (dir.)
2014 - 576 pages - Prix : 45 € TTC - ISBN 978-2-37032-021-6

2 **TRANSITIONS CONSTITUTIONNELLES ET CONSTITUTIONS TRANSITIONNELLES.**
Quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?
Xavier PHILIPPE et Nataşa DANELCIUC-COLODROVSCHI (dir.)
2014 - 240 pages - Prix : 35 € TTC - ISBN 978-2-37032-022-3

1 **LA JUSTICE FACE AUX RÉPARATIONS DES PRÉJUDICES DE L'HISTOIRE.**
Approche nationale et comparée
Xavier PHILIPPE (dir.)
2013 - 196 pages - Prix : 25 € TTC - ISBN 978-2-37032-001

Annuaire

ANNUAIRE 2015 *de Justice pénale internationale et transitionnelle*
Jean-Pierre MASSIAS, Xavier PHILIPPE et Pascal PLAS (dir.)
2017 - 632 pages - couverture rigide - Prix : 49 € TTC - ISBN 978-2-37032-127-5

ANNUAIRE 2014 *de Justice pénale internationale et transitionnelle*
Jean-Pierre MASSIAS, Xavier PHILIPPE et Pascal PLAS (dir.)
2014 - 620 pages - couverture rigide - Prix : 49 € TTC - ISBN 978-2-37032-070-4

L'Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie (IFJD)
invite les auteurs intéressés à lui adresser leur projet de publication à
magalie.besse@ifjd.org

Votre Livre
de A à Z

Conception
Maquette
Mise en page :

contact@akilafote.fr
Akilafote.fr

Annuaire de Justice transitionnelle

2019

Après deux premiers volumes, l'*Annuaire de Justice transitionnelle* fait peau neuve en 2019, suivant l'évolution de l'Institut Universitaire Varenne devenu l'Institut francophone pour la Justice et la Démocratie – *Institut Louis Joinet*. Les objectifs éditoriaux et le mode de fonctionnement de l'*Annuaire* ont ainsi été revus.

L'*Annuaire* entend contribuer à susciter et à diffuser une pensée francophone sur la justice transitionnelle, comprise comme incluant divers thèmes allant de la justice pénale (nationale ou internationale) aux commissions vérité et réconciliation, en passant par toute une série de mesures pouvant être adoptées à l'issue d'un conflit armé ou après la chute d'un régime autoritaire. Dans ces hypothèses de retour à la paix ou de transition démocratique (qui ne sont, du reste, pas toujours pérennes), il s'agit d'analyser les réponses offertes par le droit et par d'autres sciences humaines pour que des sociétés meurtries affrontent au mieux leur passé et préparent leur avenir dans les meilleures conditions.

Outre une ouverture internationale et pluridisciplinaire assumée, la nouvelle mouture de l'*Annuaire* vise à publier des contributions écrites par des universitaires mais aussi des praticiens, jeunes ou confirmés, qu'il s'agisse de mémoires de recherche réalisés par des étudiants en master 2, d'actes de colloques académiques, de témoignages de praticiens de la justice pénale ou transitionnelle ou encore d'études sur des expériences passées ou à venir, avec une perspective comparatiste dans le temps et dans l'espace.

Ces articles sont utilement complétés d'une bibliographie francophone de l'année en cours, comprenant, outre la doctrine pertinente, les références des principales jurisprudences internationales et nationales et une liste des événements marquants de la justice pénale internationale et transitionnelle.

Diffusion Lextenso/LGDJ

IFJD INSTITUT LOUIS JOINET

9 782370 322586

Prix : 45 € TTC
ISBN 978-2-37032-258-6