

OPINION INDIVIDUELLE ET PARTIELLEMENT DISSIDENTE DU JUGE ANTOINE KESIA-MBE MINDUA

I. INTRODUCTION

1. Au fil du déroulé de cette affaire, l'importance de souligner de quoi cette affaire *ne traite pas*, m'est apparue de plus en plus clairement. Parce qu'elle touche également à des questions de société et de religion, je tiens à m'assurer qu'aucun espace n'est laissé à de potentiels détracteurs pour affirmer que la décision que nous rendons aujourd'hui porte un quelconque jugement de valeur sur un peuple, une coutume, une religion, une société, un système juridique ou une communauté en particulier.
2. Le Statut de Rome est né d'un compromis entre les différentes cultures du monde, cultures non seulement judiciaires, mais également sociétales. Je note que le préambule du Statut de Rome reconnaît cette diversité en mettant le mot 'culture' au pluriel. Le préambule commence en effet ainsi : 'Les États parties au présent Statut, [c]onscients que tous les peuples sont unis par des liens étroits et que *leurs cultures* forment un patrimoine commun'. Non seulement le Statut de Rome reconnaît la pluralité des cultures, mais il les met aussi sur un pied d'égalité.
3. Dans notre décision d'aujourd'hui portant sur la responsabilité pénale de M. Al Hassan, la question de la légitimité du peuple Touarègue à s'organiser afin de prendre le contrôle d'un territoire par les armes et de défendre leurs droits, notamment leur droit à l'autodétermination, n'est pas traitée. Toutefois, il est vrai que le Jugement mentionne que le groupe Ansar Dine appelait à l'indépendance du nord du Mali et voulait établir un État islamique sur ce territoire, où son interprétation de la charia serait appliquée à la place de la Constitution malienne.¹ Le droit humanitaire, en général, ne régit que le *jus in bello* : une fois un conflit armé commencé, il définit quels actes sont permis ou non, et cela indépendamment de qui a initié ce conflit, avec quelles motivations et surtout avec quelle légitimité. Néanmoins, pour ma part, je souhaiterais faire ici un aparté sur cette question. J'aimerais rappeler, pour le principe, la légitimité de ce peuple,

¹ Jugement, par. 436.

et de tout autre peuple, à prendre les armes contre leur gouvernement, dans la mesure où, bien sûr, le droit international est respecté.²

4. Il est donc approprié dans le cadre de cette Opinion de préciser six points : (i) la lutte armée d'Ansar Dine/AQMI au regard du droit international ; (ii) les obligations internationales des groupes armés par rapport à la population locale ; (iii) les obligations internationales d'Ansar Dine/AQMI ; (iv) la réalité des crimes internationaux commis ; (v) la nature des peines prononcées par ces groupes ; (vi) la Charia et son impact en pays musulmans et à Tombouctou ; (vii) la question de l'erreur de droit ; et (viii) le problème de la contrainte ; et finalement, (ix) la relative contribution positive d'Al Hassan et des groupes armés malgré les graves crimes commis.

II. LUTTE ARMÉE D'ANSAR DINE/AQMI AU NORD MALI ET DROIT INTERNATIONAL

5. Comme dit ci-haut, ce procès s'attache à examiner la conduite d'un homme : Al Hassan. Il s'agit de juger cet homme pour les actes qu'il a posés alors qu'il était membre et cadre de la Police Islamique à Tombouctou. Il lui est reproché des actes qu'il a posés lui-même personnellement, mais aussi certains actes posés par ses camarades d'Ansar Dine/AQMI auxquels il aurait apporté sa contribution au titre de l'article 25(3)(d) en particulier. Ces actes visaient à faire appliquer à Tombouctou les règles et prescriptions imposées par ces groupes armés, à travers leurs institutions que sont la « Hesbah », la Police Islamique et le Tribunal Islamique. Ces actes sont en effet considérés comme des crimes internationaux étant entendu que ces règles sont elles-mêmes considérées comme criminelles par le Procureur de la CPI. Il en est de même des peines instituées par les groupes armés qui sanctionnent la violation desdites règles et prescriptions.
6. Ainsi, en dépit du fait que cette Chambre est chargée de juger M. Al Hassan seulement pour ses actes et donc pour sa responsabilité individuelle, il m'a paru capital d'examiner d'abord la légitimité de ces groupes armés à s'engager dans un conflit armé et à mettre en place des institutions-lois et des institutions-mécanismes à Tombouctou. Je ne saurais me prononcer sur la légalité des actes de M. Al Hassan si je ne me

² Je rappelle que la Charte des Nations Unies consacre le droit à l'auto-détermination des peuples. Charte des Nations Unies, article 1(2) ('Les buts des Nations Unies sont les suivants : [...] Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur *droit à disposer d'eux-mêmes*, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde.').

prononce pas sur la base juridique de ses actes. En effet, si M. Al Hassan a agi conformément à la loi et aux règles en vigueur, il ne saurait être considéré comme coupable, si naturellement ces lois, règles et prescriptions auxquelles il obéissait étaient elles-mêmes conformes à la Constitution, aux lois du Mali et évidemment au Droit international.

7. En droit international, depuis le pacte Briand-Kellog de 1928, l'usage de la force par les Etats a été déclaré hors la loi, particulièrement en ce qui concerne la guerre d'agression³. Ainsi, la Charte des Nations Unies a définitivement condamné l'usage et la menace de l'usage de force en Droit international. En effet, l'article 2(4) de cette Charte stipule que « [l]es Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ». La seule exception à cette règle est l'article 51 sur la légitime défense qui prévoit qu'« [a]ucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ».
8. Ainsi, la Charte de l'ONU est claire en ce qui concerne le *ius ad bellum*, le droit à l'usage de la force ou d'entrer en guerre, en ce qui concerne les Etats.
9. Si les dispositions de la Charte des Nations Unies évoquées s'appliquent en premier aux Etats, elles s'imposent également aux acteurs non-étatiques d'un Etat donné qui visiblement ne sauraient par exemple s'attaquer à un Etat étranger. Quoiqu'il en soit, le 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, prévoit les conditions dans lesquelles opèrent les groupes armés et comment ils doivent protéger les victimes et les personnes civiles ne participant pas aux hostilités.

³ Voir USA, Office of the Historian, *The Kellogg-Briand Pact*, 1928, Office of the Historian, Foreign Service Institute, United States Department of State; disponible sur: <https://history.state.gov/milestones>.

Cependant, pour être reconnu comme tel, « [u]n groupe armé doit avoir un degré minimum d'organisation pour être en mesure de se conformer à toutes les règles du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés non internationaux »⁴. C'est à ce titre seulement que ce groupe armé pourrait être soumis aux droits et devoirs attachés à ce statut en droit international des conflits armés.

10. S'il est généralement admis aujourd'hui que le droit international humanitaire (« DIH ») s'applique aux groupes armés organisés, il n'est pas aisé de dire pour quelles raisons il en va ainsi, ni sur quelles bases s'appuyer pour expliquer en quoi le DIH a force obligatoire pour ces groupes⁵. En général, il est admis aujourd'hui que le DIH s'applique aux groupes armés organisés – à savoir ceux qui sont suffisamment organisés pour être parties à un conflit armé⁶. Il ressort très clairement du DIH conventionnel, comme du DIH coutumier, que le DIH s'applique à « chaque partie » à un conflit armé non international⁷ et que « chaque partie au conflit doit respecter et faire respecter le droit international humanitaire ».
11. Il va sans dire que la question qui se pose ici est celle de savoir comment situer les groupes armés non étatiques au sein du droit international public, un système conçu pour et par les États? En d'autres termes, quelle est la place des groupes armés principalement dans le *jus ad bellum* et le *jus in bello*. Il me semble que le groupe armé est essentiellement un élément déclencheur du *jus ad bellum*, mais qu'il n'est pas lui-même titulaire d'un droit à la paix. Comme en droit international, l'Etat est le sujet majeur et primaire à la base de toute la législation internationale, le *jus in bello* confère des droits et des obligations au groupe armé mais seulement dans le cadre d'un rapport

⁴ LA ROSA, Anne-Marie et WUERZNER, Carolin, « Groupes armés, sanctions et mise en œuvre du droit international humanitaire », *RICR*, No. 870, juin 2008 ; disponible sur : <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-870-larosa-wuerzner-web-fra-final.pdf>.

⁵ Voir KLEFFNER, Jann, « L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », *RICR*, Volume 93 Sélection française 2011 / 2, pp. 141-161 (22 pages), p. 142 ; disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/review/2011/irrc-882-kleffner.pdf>.

⁶ En ce qui concerne le degré d'organisation requis, voir notamment TPIY, Le Procureur c. Boškoski et Tarčulovski, affaire N° ICTY-IT-04-82-T, arrêt de la Chambre de première instance du 10 juin 2008, paras 194-205. Cité aussi par KLEFFNER, Jann, « L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », *op. cit.*, *idem*, p. 142.

⁷ Article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949. Voir aussi le Protocole additionnel II, art. 1(1), qui pose le principe de cette force obligatoire dans la mesure où il «développe et complète l'article 3 commun aux Conventions de Genève ... sans modifier ses conditions d'application actuelles », mais non sans mettre en garde contre le fait que le Protocole additionnel II ne s'applique qu'à un certain type de groupes armés organisés, à savoir ceux qui se situent à un niveau élevé de contrôle exercé sur un territoire, dans une mesure qui leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole. Voir aussi KLEFFNER, Jann, « L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », *op. cit.*, *idem*, p. 142.

inégal avec l'État. Ainsi par exemple le régime de la détention par les groupes armés dans les conflits non internationaux illustre en particulier cette inégalité devant le droit. Il est vrai que malgré leur importance dans les conflits actuels, les groupes armés représentent une « anomalie » d'un système juridique qui demeure état-centrique⁸.

12. En conséquence, il n'existe pas en droit international un *jus ad bellum* réservé aux conflits armés non internationaux (« CANIs »). L'absence d'un *jus ad bellum* adéquat relatif aux situations internes crée un transfert de la réglementation de l'usage de la force au droit interne des États. Alors, comme mentionné ci-dessus, c'est le droit interne qui fait office d'un certain *jus ad bellum*. Or, toute insurrection est interdite en droit interne⁹. C'est parce que l'ordre juridique international présente l'État comme l'entité indispensable à son existence. L'État exerce une emprise réelle sur le droit international. « Le droit international contemporain est l'œuvre confirmée des États; il est passé au crible de leur vouloir¹⁰.
13. Les groupes armés ou rebelles sont constitués d'individus qui ont pris les armes contre leur gouvernement et sur lesquels l'État où ils se trouvent souhaite garder un contrôle particulier grâce à son droit interne. D'un côté, l'Etat souhaite donc gérer l'usage de la force par ces groupes rebelles à l'aune de son droit interne. À ce titre, les groupes armés ne bénéficient pas du même statut que les forces gouvernementales. En droit interne ou dans le langage des autorités publiques, les membres des groupes armés ne sont que des individus insoumis à la loi. En réalité, pour l'Etat, il ne s'agit que des « bandits » de droit commun, des terroristes, des « apatrides », punissables du seul fait d'avoir pris les armes contre leur Etat. De l'autre côté, en droit international, aucun instrument ne place les insurgés sur le même pied que les membres des forces armées gouvernementales. Les groupes armés héritent alors en droit international, lorsque celui-ci s'applique, d'un statut peu privilégié¹¹.

⁸ Voir DABONÉ, Zakaria, « Les groupes armés dans un système de droit international centré sur l'État », RICR, Volume 93 Sélection française 2011 / 2, pp. 85-118 (34 pages), p. 85 ; disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/review/2011/irrc-882-dabone.pdf>.

⁹ Voir DABONÉ, Zakaria, « Les groupes armés dans un système de droit international centré sur l'État », *op. cit.*, *idem*, p. 88.

¹⁰ Voir DABONÉ, Zakaria, « Les groupes armés dans un système de droit international centré sur l'État », *op. cit.*, *idem*, p. 86.

¹¹ Voir DABONÉ, Zakaria, « Les groupes armés dans un système de droit international centré sur l'État », *op. cit.*, *idem*, p. 87.

14. Et pourtant, du fait-même de cette inégalité de statut et de traitement entre l'Etat et le groupe armé rebelle, le droit international n'interdit pas aux groupes armés de recourir à la force contre d'autres groupes armés ou même contre l'autorité gouvernementale. Cela part d'un constat général qui est relatif au fait que le droit international traditionnel, à idéologie profondément étatique, n'envisageait pas la réglementation, sous les diverses formes, des CANIs¹². De cette manière, le groupe armé entre davantage dans une configuration de mise en œuvre du *jus contra bellum* (donc clairement un droit contre le recours à la force) et s'éloigne du *jus ad bellum* international (qui renvoie à une « simple » réglementation du recours à la force armée)¹³. Mais, du moment où le groupe armé remplit les conditions prévues en droit international humanitaire, il est alors soumis à celui-ci et il lui est donc applicable.
15. Quoiqu'il en soit, le droit des peuples à l'autodétermination (le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes) est un pilier du droit international contemporain. Depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies en 1945, le droit des peuples à l'autodétermination a constitué la base juridique et politique du processus de décolonisation qui a vu naître plus de 60 nouveaux Etats dans la deuxième partie du 20ème siècle. Il s'agit d'une conquête historique, même si celle-ci concordait avec la volonté de certaines puissances internationales de faire éclater les « chasses gardées » des empires coloniaux de l'époque (européens principalement). Ces dernières décennies, plusieurs dizaines d'Etats ont été créés sur cette base, concrétisant le droit à l'autodétermination de peuples considérés officiellement comme colonisés ou non¹⁴.
16. Dans la pratique, la création d'un nouvel Etat n'obéit pas toujours à des critères objectifs et juridiques. En effet, le droit à l'autodétermination peut être instrumentalisé par certaines puissances (régionales ou internationales) ou par de puissants intérêts privés. Ainsi, un nouvel Etat peut être créé et reconnu seulement par un seul Etat ou par un groupe d'Etats. Un Etat peut même être créé contre l'avis de la majorité de sa population, comme cela a été le cas avec la constitution de la Bosnie-Herzégovine.

¹² Voir DABONÉ, Zakaria, « Les groupes armés dans un système de droit international centré sur l'État », *op. cit.*, *idem*, p. 90.

¹³ Voir DABONÉ, Zakaria, « Les groupes armés dans un système de droit international centré sur l'État », *op. cit.*, *idem*, p. 99.

¹⁴ Voir ÖZDEN, Melik et GOLAY, Christophe, *Le droit des peuples à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles sous l'angle des droits humains*, Une collection du Programme Droits Humains du Centre Europe - Tiers Monde (CETIM), Genève, octobre 2010, 68 pp. ; disponible sur : <https://www.cetim.ch/wp-content/uploads/Droit-des-peuples----lautod--termination2.pdf>.

C'est dire qu'il faut traiter « le droit à l'autodétermination » avec beaucoup de précautions¹⁵.

17. En conséquence, le droit des peuples à l'autodétermination est un droit fondamental, ont rappelé jadis les délégations devant la Troisième Commission. Les grandes vagues de décolonisation et d'indépendance sont passées, mais l'admission récente du Timor-Leste (qui s'est séparé de l'Indonésie) en tant que 191ème Etat de l'Assemblée générale a démontré si besoin en était que le droit à l'autodétermination était toujours d'actualité¹⁶.
18. En ce qui nous concerne dans le cadre ce procès, la Chambre est appelée à juger les actes posés par les membres des groupes armés à Tombouctou pour asseoir leur pouvoir et leur doctrine. Si la Cour peut juger leurs actions, elle ne peut cependant pas se prononcer sur la légitimité ou non de la lutte armée du MNLA, Ansar Dine/AQMI, etc., dans leur volonté de se séparer du Mali et de créer un nouvel État au nord de ce pays et qui serait soumis à la Charia. Je comprends donc parfaitement le souci du Gouvernement malien de lutter pour la réunification de son territoire national, mais je comprends également ces groupes qui tentent de se battre pour l'autodétermination des peuples ou ethnies quelconques. Cette position du droit international est applicable au Mali comme à tous les autres Etats membres des Nations Unies. Cela étant dit, les belligérants étatiques ou non étatiques doivent se soumettre au droit international et respecter les droits fondamentaux de l'homme.

III. OBLIGATIONS INTERNATIONALES DES GROUPES ARMES

19. Comme la majorité de juristes, je suis d'avis que des obligations claires s'imposent aux groupes armés en vertu du droit international humanitaire et du droit international des droits humains. En général, quatre thèses militent en cette faveur. Selon Jann Kleffner, une première explication du « pourquoi » et du « comment » de l'applicabilité du DIH aux groupes armés organisés (que certains considèrent comme l'opinion majoritaire) est que dès lors que l'État dont leurs membres sont citoyens a souscrit à une règle de ce droit, celui-ci est opposable à leurs groupes armés. Selon cette thèse intéressante et

¹⁵ Voir ÖZDEN, Melik et GOLAY, Christophe, *Le droit des peuples à l'autodétermination et à la souveraineté permanente sur leurs ressources naturelles sous l'angle des droits humains*, op. cit., idem.

¹⁶ Voir Nations Unies, *Le droit des peuples à l'autodétermination en tant que droit inaliénable mobilise l'attention de la Troisième Commission*, UN, Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme, 28 octobre 2002 ; disponible sur : <https://www.ohchr.org/fr/press-releases/2009/10/default-title-553>.

paradoxe, le pouvoir d'un État de légiférer pour l'ensemble de ses nationaux englobe le droit de leur imposer des obligations qui découlent du droit international, même si ces nationaux, réunis au sein d'un groupe armé, prennent les armes contre cet État ou contre d'autres groupes armés organisés en son sein¹⁷. À mon avis, cette argumentation basée sur la personnalité des belligérants est parfaitement justifiée.

20. Deuxièmement, la force obligatoire du DIH pour les personnes physiques est depuis longtemps reconnue. Elle découle également de son applicabilité aux individus, en vertu du droit pénal international. En effet du fait que les individus peuvent être condamnés pour crimes de guerre en particulier et des crimes internationaux en général, il est clair qu'ils ont des obligations qui découlent directement du DIH. Ces obligations incombent à tous les individus, qu'ils aient le statut officiel de combattant dans un conflit armé international en tant que membre des forces armées parties à ce conflit armé, qu'ils appartiennent à des forces armées engagées dans un conflit armé non international, comme membres des groupes armés ou qu'ils soient simplement civils¹⁸.
21. La troisième thèse avancée à l'appui de la force obligatoire du DIH pour les groupes armés organisés est que ces groupes exercent *de facto* des fonctions gouvernementales. Comme le dit Jean Pictet : « Pour peu que l'autorité responsable qui est à leur tête exerce une souveraineté effective, sa prétention même de représenter le pays, ou même une partie de celui-ci, la lie. » Cette approche est étayée par le principe d'effectivité¹⁹ en tant qu'élément de la personnalité étatique et de la reconnaissance des gouvernements²⁰.
22. Toujours selon Jann Kleffner, une quatrième explication parfois proposée pour défendre l'applicabilité du DIH aux groupes armés organisés est que ceux-ci sont liés par le DIH coutumier en raison de leur personnalité juridique internationale. C'est ce qu'a indiqué la Commission d'enquête sur le Darfour dans les termes suivants: « [T]ous les rebelles qui se sont dotés d'une certaine organisation, ont acquis une certaine

¹⁷ Voir Sandesh Sivakumaran, « Binding armed opposition groups », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, 2006, pp. 381-39, cite aussi par Jann KLEFFNER, « L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », *op. cit., idem*, p. 143.

¹⁸ Voir Jann KLEFFNER, « L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », *op. cit., idem*, p. 148.

¹⁹ Voir Roger Pinto, « Les règles du droit international concernant la guerre civile », dans Recueil des cours, Vol. 114, 1965-I, p. 528.

²⁰ Voir Jann KLEFFNER, « L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », *op. cit., idem*, p. 150.

stabilité et exercent un contrôle effectif sur une partie de territoire, jouissent de la personnalité morale internationale et sont dès lors tenus par les règles pertinentes du droit international coutumier gouvernant les conflits armés internes »²¹

23. Enfin, la cinquième raison de l'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés est leur propre consentement. On peut aussi affirmer que le DIH s'applique à ces groupes du fait même qu'ils ont consenti à être liés par une règle de ce droit. En fait, il y a des cas où le DIH semble subordonner son caractère contraignant au consentement de ceux qu'il lie, alors que dans d'autres cas il semble suggérer que ce consentement ne change rien. D'une part, l'article 3 commun aux Conventions de Genève précise clairement que « chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions » quant au fond contenues dans les sections 1 et 2, considérant de ce fait sans importance le consentement ou l'absence de consentement d'un groupe armé organisé²².
24. D'autre part, le même article 3 encourage les parties à un conflit armé non international à conclure des « accords spéciaux » donnant effet à tout ou partie des autres dispositions des Conventions de Genève. Par ailleurs, il n'est en rien exceptionnel que des groupes armés organisés déclarent unilatéralement leur acceptation des règles du DIH. C'est ainsi par exemple que des « déclarations d'engagement » ont été souscrites auprès de l'Appel de Genève à l'effet d'adhérer à une interdiction totale des mines antipersonnel et à une meilleure protection des enfants contre les effets des conflits armés. Ces accords spéciaux concernent aussi les mouvements de libération nationale, une forme secondaire distincte des groupes armés organisés que le Protocole additionnel I reconnaît expressément et à laquelle ses dispositions s'adressent²³.
25. Ainsi, il est clair qu'en cas de conflit armé non international, ou conflit interne, c'est le droit international humanitaire qui s'applique. Comme on le sait, le droit international humanitaire vise à limiter les méthodes et moyens qui peuvent être utilisés pour faire la guerre, et à protéger les personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités. Lors d'une situation de violence collective survenant dans un pays, le CICR

²¹ Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général des Nations Unies en application de la résolution 1564 du 18 septembre 2004, 25 janvier 2005, para. 172, disponible sur: http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf (dernière consultation le 15 juin 2011).

²² Voir Jann KLEFFNER, « L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », *op. cit.*, *idem*, p. 156.

²³ Voir Jann KLEFFNER, « L'applicabilité du droit international humanitaire aux groupes armés organisés », *op. cit.*, *idem*, p. 156.

évalue s'il s'agit d'un conflit armé sur la base de critères juridiques bien établis. Si ces critères sont remplis, cela lui permet de rappeler aux parties au conflit les règles de droit applicables. Les hostilités qui ont éclaté début 2012 dans le nord du Mali entre des groupes armés et les forces armées maliennes, de même que celles qui opposent, en Syrie, des groupes armés aux forces gouvernementales syriennes, sont des exemples récents de conflits armés non internationaux²⁴ auxquels s'applique à coup sûr le DIH.

26. Il s'avère qu'aux termes du DIH, deux critères doivent être remplis pour qu'il y ait conflit armé non international : les groupes armés impliqués doivent montrer un degré minimum d'organisation, et les confrontations armées doivent atteindre un certain niveau d'intensité. On pourrait ajouter que les groupes armés en question doivent présenter une certaine stabilité, avoir un commandement clair et leurs membres doivent porter ostensiblement les armes et pourquoi pas un uniforme militaire (quand ils en ont les moyens). Une analyse au cas par cas doit être effectuée pour déterminer si ces critères sont remplis, sur la base de plusieurs indicateurs concrets²⁵.
27. Le niveau d'intensité de la violence est déterminé au regard d'indicateurs tels que la durée et la gravité des affrontements armés, le type de forces gouvernementales intervenant, le nombre de combattants et de troupes impliqués, les types d'armes utilisés, le nombre de victimes et l'étendue des dommages causés par les combats. Le degré d'organisation du groupe armé est évalué sur la base de facteurs comme l'existence d'une chaîne de commandement, la capacité de donner et de faire exécuter des ordres, la capacité de planifier et de lancer des opérations militaires coordonnées, et la capacité de recruter, former et équiper de nouveaux combattants. Je souligne que la motivation d'un groupe armé n'entre aucunement en ligne de compte²⁶. Les parties à un conflit armé non international doivent au minimum se conformer à l'article 3 commun aux Conventions de Genève et aux règles du DIH coutumier. Ces règles garantissent un traitement humain à toute personne qui tombe au pouvoir de l'ennemi, et disposent que les personnes blessées pendant les hostilités, y compris les combattants

²⁴ Voir CICR, « Conflit interne ou autres situations de violence : quelle différence pour les victimes ? », Interview, *CICR*, 10 décembre 2012 ; disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/doc/resources/documents/interview/2012/12-05-niac-non-international-armed-conflict.htm>.

²⁵ Voir CICR, « Conflit interne ou autres situations de violence : quelle différence pour les victimes ? », *op. cit.*, *idem*.

²⁶ Voir CICR, « Conflit interne ou autres situations de violence : quelle différence pour les victimes ? », *op. cit.*, *idem*.

ennemis blessés, doivent être recueillies et soignées sans discrimination²⁷. Pour bénéficier de la réciprocité, les groupes armés revendiquent donc généralement l'application du DIH ; c'est tout à leur avantage. Ils reconnaissent donc leurs obligations internationales.

IV. OBLIGATIONS INTERNATIONALES D'ANSAR DINE/AQMI

28. Il est clair qu'en Droit international humanitaire, chaque partie à un conflit armé doit respecter et faire respecter le droit international des conflits armés par les membres de ses forces armées, ainsi que par les autres personnes ou groupes agissant sur ses instructions ou ses directives ou sous son contrôle²⁸. À cet égard, le droit international humanitaire n'établit pas de distinction entre les obligations des États et celles des groupes armés concernés. De plus, l'article 3 commun aux Conventions de Genève, qui reflète les règles minima applicables à tous les conflits armés, dispose spécifiquement que les parties au conflit, sans distinction, doivent se conformer à certaines règles énoncées dans cet article²⁹.

29. Selon Anne-Marie La Rosa et Carolin Wuerzner, lorsque les groupes armés ont un niveau élevé de contrôle sur une partie d'un territoire, l'État a peu ou pas de contrôle dans cette région et il y a peu de chance qu'il puisse vérifier que la loi est mise en œuvre et observée ou bien remplir des fonctions d'exécution de la loi. En cas de violations, il peut donc être extrêmement difficile pour l'État d'imposer des sanctions aux membres des groupes armés³⁰. Il est vrai que lorsque les groupes armés ont un niveau si élevé de

²⁷ Voir CICR, « Conflit interne ou autres situations de violence : quelle différence pour les victimes ? », *op. cit.*, *idem*.

²⁸ La règle 139 de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier confirme l'applicabilité de cette disposition aux conflits armés internationaux et non internationaux, voir Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, Bruylant, Bruxelles, 2006, Vol. 1 : règles, pp. 651-65, cité également par Anne-Marie La Rosa et Carolin Wuerzner, « Groupes armés, sanctions et mise en œuvre du droit international humanitaire », *op. cit.*, *idem*.

²⁹ Voir par exemple l'Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, Recueil 1986, par. 218. La Cour internationale de justice a considéré que « l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 énonce certaines règles devant être appliquées dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international. Il ne fait pas de doute que ces règles constituent aussi, en cas de conflits armés internationaux, un minimum indépendamment de celles, plus élaborées, qui viennent s'y ajouter pour de tels conflits : il s'agit de règles qui, de l'avis de la Cour, correspondent à ce qu'elle a appelé en 1949 des 'considérations élémentaires d'humanité' (Défroid de Corfou, fond, C.I.J. Recueil 1949, p. 22, par. 215) ». Cité par Anne-Marie La Rosa et Carolin Wuerzner, « Groupes armés, sanctions et mise en œuvre du droit international humanitaire », *op. cit.*, *idem*.

³⁰ Voir LA ROSA, Anne-Marie et WUERZNER, Carolin, « Groupes armés, sanctions et mise en œuvre du droit international humanitaire », *op. cit.*, *idem*.

contrôle territorial, ils ont aussi d'ordinaire les moyens financiers et militaires nécessaires pour maintenir le contrôle pendant de longues périodes.

30. Cela inscrit leurs actions dans la durée, condition préalable afin de poursuivre et de punir les violations graves du droit international humanitaire tout en honorant pleinement les garanties judiciaires essentielles³¹. Finalement en effet, bien que les groupes armés, comme on le sait, ne peuvent pas être parties aux traités de droit humanitaire, il leur incombe néanmoins de respecter et de faire respecter ce corpus du droit en toutes circonstances, même si, dans la pratique, ils sont réticents à être liés par les obligations internationales de la partie qu'ils combattent ou par toute loi que cette partie a pu adopter³².
31. Dans tous les cas, le fait de donner aux groupes armés, parties à un conflit armé non international, la possibilité d'émettre une déclaration unilatérale dans laquelle ils s'engagent à respecter le droit international humanitaire peut produire des effets positifs dans la pratique³³. En réalité, la grande majorité de déclarations faites par des acteurs armés non-étatiques se limitent certes à des déclarations générales sur le respect du droit international humanitaire et ne comprennent pas de disposition concrète concernant des mécanismes de mise en œuvre comme des sanctions, mais elles constituent pour ces groupes armés le moyen de démontrer et de confirmer qu'ils sont prêts à être liés par le droit international humanitaire et de s'assurer qu'il est mis en œuvre.
32. En somme, il existe une obligation pour tous les sujets du droit international, aux termes de l'article 1 des Conventions de Genève, de « respecter » les Conventions et même de « faire en sorte qu'elles soient respectées » « en toutes circonstances », puisqu'une telle obligation ne découle pas uniquement des Conventions elles-mêmes, mais des principes généraux du droit humanitaire que les Conventions ne font que traduire spécifiquement ». Ainsi, l'article 1 commun est fondé sur le droit coutumier et garantit que chaque État, qu'il ait ou non ratifié un traité, a des obligations qui doivent être assumées et est considéré comme de nature quasi constitutionnelle, sur la base de la doctrine.

³¹ *Idem.*

³² *Ibidem.*

³³ 10 L'Article 96 par. 3 du Protocole additionnel I (1977) aux Conventions de Genève de 1949 prévoit cette possibilité pour les groupes qui relèvent du champ d'application de l'article premier par. 4 du Protocole à faire une déclaration générale sur le respect du droit international humanitaire.

33. En conséquence, dans un conflit armé non international, chaque partie est tenue d'appliquer, au minimum, les dispositions humanitaires fondamentales du droit international qui sont contenues dans l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève. Ces dispositions sont développées et complétées par le Protocole additionnel II de 1977. Tant l'article 3 commun que le Protocole II de Genève s'appliquent avec la même rigueur à toutes les parties à un conflit armé, gouvernement et rebelles. En outre, les troupes gouvernementales et les forces rebelles doivent appliquer un certain nombre d'autres règles spécifiques de traités touchant les conflits internes, à savoir: l'article 19 de la Convention de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflits armés et son deuxième Protocole de 1999 (qui n'est pas encore en vigueur à l'heure où ces lignes sont écrites); le Protocole II de la Convention sur les armes classiques, sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs, tel qu'amendé le 3 mai 1996; le traité d'Ottawa de 1997 sur les mines antipersonnel. Les règles de droit international coutumier s'appliquent indubitablement aussi, en particulier les principes de base du droit des conflits armés, à savoir la distinction, la proportionnalité, la nécessité militaire, la limitation, la bonne foi et le traitement humain³⁴.
34. Comme mentionné ci-dessus, le droit des peuples à l'autodétermination est un droit fondamental. Les grandes vagues de décolonisation et d'indépendance sont passées, mais l'admission récente du Timor-Leste en tant que 191^{ème} Etat de l'Assemblée générale en 2002 et du Soudan du Sud comme 193^{ème} membre des Nations Unies en 2011 par exemple, a démontré si besoin en était que le droit à l'autodétermination était toujours d'actualité³⁵. Ce droit commence à se traduire d'abord par une « occupation » ; c'est le cas également des autres groupes armés rebelles. Occuper une portion de territoire permet en effet d'y exercer son autorité et monter ainsi l'effectivité de son pouvoir.
35. Plusieurs difficultés sont associées au concept d'occupation. Tout d'abord, il faut établir, d'un point de vue général, différentes catégories d'occupation. Ensuite, il faut déterminer ce qui constitue une « occupation » au regard du DIH et définir quand

³⁴ *Les conflits armés non internationaux*, CICR, Genève, pp. 30, pp. 4-10 ; disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/cours-guerre-10.pdf>.

³⁵ Voir Nations Unies, *Le droit des peuples à l'autodétermination en tant que droit inaliénable mobilise l'attention de la Troisième Commission*, UN, Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme, 28 octobre 2002 ; disponible sur : <https://www.ohchr.org/fr/press-releases/2009/10/default-title-553>.

commence une occupation. Il faut enfin établir comment les droits légaux (tels que le droit à la vie) sont étendus aux habitants d'un territoire occupé. En général, le terme « occupation » est utilisé pour décrire une large gamme de situations qui, fondamentalement, se traduisent par le fait qu'un territoire passe sous le contrôle d'un État étranger, d'une organisation internationale ou d'une entité dépourvue de tout titre de souveraineté. Adam Roberts a ainsi identifié dix-sept types d'occupations, allant du temps de guerre au temps de paix, en passant par les périodes d'après-guerre³⁶. D'autres catégories peuvent être établies si, notamment, des forces intervenant sous l'autorité des Nations Unies contrôlent la totalité ou une partie d'un territoire ou si l'occupation est le fait d'une entité non étatique³⁷.

36. L'article 42 du Règlement de La Haye de 1907 énonce le critère juridique permettant d'établir l'occupation : « [u]n territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et est en mesure de s'exercer »³⁸.
37. Les droits humains fondamentaux, y compris le droit à la vie, sont spécifiquement protégés dans le Règlement de La Haye³⁹, la IVe Convention de Genève⁴⁰ et l'article 75 du Protocole additionnel I. Cette protection est également rappelée dans le Commentaire de la IVe Convention : « [i]l faut, en effet, se souvenir que les Conventions sont faites avant tout pour protéger des individus et non pas pour servir les intérêts des États ». Par conséquent, ces droits sont opposables même aux groupes armés occupant un territoire. Ainsi, le droit international des droits de l'homme protègent, eux aussi, les droits des habitants des territoires occupés. En 1996, dans l'Avis consultatif rendu dans l'affaire relative à la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires⁴¹, la CIJ a estimé que les deux régimes juridiques s'appliquaient

³⁶ Voir ROBERTS, Adam, «What is military occupation? », in *British Yearbook of International Law*, Vol. 55, N°1, 1984, pp. 249-305, p. 261; disponible sur: <https://doi.org/10.1093/bybil/55.1.249>.

³⁷ Voir WATKIN, Kenneth, « L'emploi de la force en période d'occupation: maintien de l'ordre public et conduite des hostilités », *RICR*, Volume 94 Sélection française 2012/1, pp. 179-236, p.181; disponible sur : <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-885-watkin-fre.pdf>.

³⁸ Voir WATKIN, Kenneth, « L'emploi de la force en période d'occupation: maintien de l'ordre public et conduite des hostilités », *op. cit., idem*, p. 182.

³⁹ Voir Règlement de La Haye, art. 46 : « L'honneur et les droits de la famille, la vie des individus et la propriété privée, ainsi que les convictions religieuses et l'exercice des cultes, doivent être respectés. La propriété privée ne peut pas être confisquée ».

⁴⁰ Voir IVème Convention de Genève, Article 27(1), Article 48 et suivants.

⁴¹ Voir CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif du 8 juillet 1996, *Recueil CIJ*, 1996, p. 240, para. 25; disponible sur: <https://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>.

ensemble, en ce sens que les droits de l'homme sont applicables en temps de guerre et que le droit humanitaire agit en tant que *lex specialis* pour déterminer ce qui constitue une privation arbitraire du droit à la vie au regard des droits de l'homme pendant des hostilités⁴². Par ailleurs, comme la CIJ l'a déclaré en 2004 dans l'affaire du mur⁴³.

38. De ce qui précède, il est tout à fait clair que ces obligations internationales qui s'imposent aux groupes armés s'imposent également à Ansar Dine/AQMI. Si ces derniers ont l'obligation de respecter et faire respecter le droit international humanitaire tout comme le droit international des droits de l'homme, comme corollaire, il doit également leur être reconnu le droit de mettre en place des institutions appropriées et d'édicter des règles nécessaires. Etant des autorités de fait, les groupes armés occupant un territoire, comme c'était le cas d'Ansar Dine/AQMI, doivent se voir reconnus le droit de maintenir l'ordre public, d'assurer la police et pourquoi pas d'administrer la justice lorsqu'ils en ont les moyens et la capacité requise. Cette justice, rappelons-le doit être indépendante et impartiale et suivre une procédure régulière pour pouvoir face à d'éventuels crimes.

V. REALITE DES CRIMES COMMIS AU NORD MALI

39. Dans le cadre de cette Opinion individuelle, il n'est nullement question de remettre en cause les crimes commis ni de les minimiser. Ces actes abominables reconnus comme tels par la Chambre ont pour la plupart eu lieu tels que décrits dans le jugement principal. Cette Cour pénale internationale étant centrée sur les victimes, il n'est que normal que nous reconnaissons les victimes de Tombouctou et du Nord Mali telles que reconnues en général par la Chambre. Nous ne cesserons jamais de dire qu'elles méritent reconnaissance et pleine réparations pour les dommages subis.

40. Ainsi, après avoir entendu un si grand nombre de témoins et de victimes rapporter le récit des événements qui se sont produits à Tombouctou entre avril 2012 et janvier 2013, en évoquant entre autres les peines qui leur étaient infligées et les souffrances endurées par la population civile alors que la ville était sous le contrôle des groupes armés, je reconnais les répercussions négatives tant du point de vue psychologique, physique

⁴² Voir WATKIN, Kenneth, « L'emploi de la force en période d'occupation: maintien de l'ordre public et conduite des hostilités », *op. cit.*, *idem*, p. 187.

⁴³ CIJ, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis consultatif, 9 juillet 2004, *Recueil CIJ*, 2004, pp. 45-46, para. 105. disponible sur: <https://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf> (ci-après: Affaire du mur) et aussi : <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/131>.

qu'économique sur la population de Tombouctou en particulier et du Mali en général. Certaines personnes en particulier ont souffert plus que d'autres. Il en est ainsi par exemple de : P-0565 et P-0557 ;⁴⁴ Khudi Bint Ibrahim ;⁴⁵ 'Abdallah Bin Mukha ;⁴⁶ Bint Bint Ibrahim ;⁴⁷ Ikhmad Bin Muhammad ;⁴⁸ Al-Husayn Bin 'Umar ;⁴⁹ et Halimamah Bint Muhammad.⁵⁰ Je n'oublie pas non plus Sallaka Bent Al-Khair ;⁵¹ Madou Traoré ;⁵² Foma ;⁵³ Azahara Abdou ;⁵⁴ P-0636 ;⁵⁵ P-0570 ;⁵⁶ Fadimata Mint Lilli ;⁵⁷ P-0520 ;⁵⁸ P-0610 ;⁵⁹ P-0538⁶⁰ ou encore le malheureux Dédéou Maiga⁶¹ qui a eu sa main droite amputée. Toutes ces souffrances méritent d'être reconnues et réparées.

41. Cependant, si au cours de ce procès notre regard était sans cesse tourné vers les victimes, nous ne pouvons oublier qu'il était surtout notre devoir de chercher la vérité et de déterminer si l'accusé devant nous, Juges de la Chambre, était ou non le coupable, responsable de toutes ces souffrances évoquées ci-haut. Il est question de juger M. Al-Hassan, cadre de la Police Islamique à Tombouctou au moment des faits. Notre devoir ultime était donc de juger un homme : Al Hassan. Dire que l'Accusé n'est pas coupable ne signifie nullement que les victimes n'existent pas ou encore que leur souffrances sont minorées. Cela signifie tout simplement qu'il ne serait pas le vrai responsable ou parmi les vrais responsables et coupables que nous recherchons activement. Tout ceci, tout en reconnaissant qu'Al Hassan a joué un rôle à Tombouctou, dans la Police et aussi auprès des autorités judiciaires établies par Ansar Dine/AQMI.

⁴⁴ Jugement, paras. 769-799.

⁴⁵ Jugement, paras. 811-818.

⁴⁶ Jugement, paras. 811-818.

⁴⁷ Jugement, paras. 811-818.

⁴⁸ Jugement, paras. 811-818.

⁴⁹ Jugement, paras. 811-818.

⁵⁰ Jugement, paras. 811-818.

⁵¹ Jugement, paras. 838-852.

⁵² Jugement, paras. 838-852.

⁵³ Jugement, paras. 853-855.

⁵⁴ Jugement, paras. 856-861.

⁵⁵ Jugement, paras. 862-868.

⁵⁶ Jugement, paras. 873-888.

⁵⁷ Jugement, paras. 889-901.

⁵⁸ Jugement, paras. 911-933.

⁵⁹ Jugement, paras. 947-955.

⁶⁰ Jugement, paras. 956-972.

⁶¹ Jugement, paras. 819-837.

VI. AUTORITES JUDICIAIRES ET NATURE DES PEINES PRONONCEES PAR ANSAR DINE/AQMI

42. En réalité, lorsque les groupes armés ont investi Tombouctou et d'autres centres du Nord Mali, les autorités régulières de l'Etat et du Gouvernement légitime du pays s'étaient repliées vers Bamako. La ville de Tombouctou était en quelque sorte livrée à elle-même. Or nous savons que les groupes armés Ansar Dine/AQMI sont restés dans cette agglomération d'avril 2012 à janvier 2013. Pendant cette période, les habitants et spécialement la population civile de cette ville continuaient pourtant à avoir droit au respect de leurs droits fondamentaux ; ils avaient droit à la sécurité, à l'ordre public et à la justice qu'ils ne pouvaient malheureusement plus recevoir de la part de leurs autorités légitimes. En réalité, la ville de Tombouctou était « occupée » par Ansar Dine/AQMI même si pendant toute cette période, il n'y avait plus de combat armé dans la ville.
43. Comme mentionné ci-dessus, en droit international, l'article 42 du Règlement de La Haye de 1907 dispose qu'un « territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer »⁶² Par ailleurs, d'après leur article 2 commun, les quatre Conventions de Genève de 1949 s'appliquent à tout territoire occupé pendant un conflit armé international. Elles s'appliquent aussi si l'occupation du territoire d'un Etat ne rencontre aucune résistance armée⁶³. Il est vrai que ces dispositions ont été adoptées pour s'appliquer aux puissances contractantes qu'étaient les Etats en 1907 et 1949. A mon sens, le droit international est une branche du droit en constante évolution. Depuis le début du 20^{ème} siècle, l'applicabilité de ces dispositions juridiques ont connu une évolution certaine.
44. Le *jus in bello* aujourd'hui tend à réduire la différence entre conflit armés international et interne. Si ces règles de 1907 et 1949 étaient censées s'appliquer uniquement en cas d'occupation militaire par une puissance étrangère dans la bonne vieille tradition westphalienne, en d'autres termes par un Etat étranger, pour moi aujourd'hui, elles s'appliquent également en cas de conflit armé non international, lorsqu'une partie du territoire national est occupée, même illégalement, par un groupe armé, comme c'était le cas d'Ansar Dine/AQMI. Ces groupes armés se devaient donc de se substituer aux

⁶² Voir CICR, « L'occupation et le droit international humanitaire : questions et réponses », CICR, Genève, 13 août 2004 ; disponible sur : <https://www.icrc.org/fr/doc/resources/documents/misc/63td88.htm>.

⁶³ Voir CICR, « L'occupation et le droit international humanitaire : questions et réponses », *op. cit.*, *idem*.

autorités étatiques défaillantes. Les raisons sont évidentes à mon sens. Non seulement que les responsables de ces groupes armés étaient devenus des autorités de fait, mais en plus ils devaient répondre à l'exigence de respecter les droits humains fondamentaux des habitants de Tombouctou susmentionnés, sans oublier que pour les raisons évoquées ci-haut Ansar Dine/AQMI, comme tous les groupes, se doivent de respecter et faire respecter le droit international humanitaire.

45. En tout état de cause, la légalité de toute occupation est régie par la Charte des Nations Unies et la branche du droit connue sous le nom de *jus ad bellum*. Dès l'instant où la situation équivaut à une occupation de fait, le droit de l'occupation est applicable, que l'occupation soit considérée comme légale ou non. Aussi, en ce qui concerne l'applicabilité du droit de l'occupation, il importe peu que l'occupation ait été approuvée par le Conseil de sécurité, que l'on connaisse son objectif ou qu'elle soit en fait appelée « invasion », « libération », « administration » ou « occupation »⁶⁴, ou encore « rébellion ».
46. Comme cela se voit, le droit international de l'occupation étant essentiellement fondé sur des considérations humanitaires, seule la réalité sur le terrain détermine son application⁶⁵. Telle est également le sens de ma démarche. Au demeurant, les obligations de la puissance occupante que nous assimilons désormais autant que faire se peut à celles des groupes armés en situation similaire, sont énoncées dans le Règlement de La Haye de 1907 (art. 42-56) et dans la IV^e Convention de Genève (CG IV, art. 27-34 et 47-78), ainsi que dans certaines dispositions du Protocole additionnel I et dans le droit international humanitaire coutumier, comme je l'ai déjà mentionné.
47. Deux questions se posent alors. Dans un territoire occupé, quel pouvoir ou autorité est investi de la mission de police ? Quel pouvoir ou autorité est censé rendre la justice ? Il importe de souligner que l'article 43 de Règlement de La Haye du 18 octobre 1907 constitue notre première base juridique sur ce sujet. Il stipule que : « l'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publics en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ».⁶⁶ Par ailleurs, l'article 64 de la IV^e Convention de Genève du 12 août

⁶⁴ Voir CICR, « L'occupation et le droit international humanitaire : questions et réponses », *op. cit., idem*.

⁶⁵ Voir CICR, « L'occupation et le droit international humanitaire : questions et réponses », *op. cit., idem*.

⁶⁶ Art. 43 du Règlement de la Haye du 18 octobre 1907.

1949 dispose que : « [L]a législation pénale du territoire occupé demeurera en vigueur, sauf dans la mesure où elle pourra être abrogée ou suspendue par la Puissance occupante si cette législation constitue une menace pour la sécurité de cette Puissance ou un obstacle à l'application de la présente Convention... ».⁶⁷

48. Ainsi, il découle de la disposition l'article 43 de Règlement de La Haye du 18 octobre 1907 que la police est investie de la mission que les lois du territoire occupé lui confient. De manière classique, la mission confiée à la police dans un territoire occupé est celle de :

- Protéger les personnes vivant sur le territoire occupé contre les actes illégaux ;⁶⁸
- Respecter et protéger la dignité humaine ;
- Défendre et protéger les droits fondamentaux de toutes les personnes ;
- Ne pas infliger, susciter ou tolérer un acte de torture ou quelque autre peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant ;
- Veiller à ce que la santé des personnes dont ils ont la garde soit pleinement protégée ;
- Ne commettre aucun acte de corruption ; et
- Empêcher toute violation de la loi ou du code et s'y opposer vigoureusement au mieux.

49. Il va sans dire que pour moi cette question ne fait l'ombre d'aucun doute, ce pouvoir de police revenait à Ansar Dine/AQMI.

50. Quant au pouvoir ou autorité censé rendre justice dans le territoire occupé, le même article 43 du Règlement de La Haye du 18 octobre 1907 est fait application. C'est-à-dire, il est de la responsabilité de l'autorité ou du pouvoir occupant de rétablir et d'assurer l'ordre et la vie publics en respectant les lois en vigueur sur le territoire occupé. Cela implique qu'il doit mettre en mouvement les instances judiciaires qu'il a trouvé sur le territoire occupé pour rendre justice. Ce n'est que dans un empêchement absolu que le pouvoir occupant peut mettre en place un système judiciaire à travers les instances judiciaires qu'il va créer pour rendre justice dans le respect des lois en vigueur.

51. Aux termes du même article 64 de la IVe Convention de Genève du 12 août 1949 susmentionné, il est prévu que : «...Sous réserve de cette dernière considération et de

⁶⁷ Art. 64 de la Convention de Genève IV du 12 août 1949.

⁶⁸ Office des Nations unies contre la drogue et le crime, Police, intégrité et responsabilité de la police : compilation d'outils d'évaluation de la justice pénale », New York, 2008, p. 3.

la nécessité d'assurer l'administration effective de la justice, les tribunaux du territoire occupé continueront à fonctionner pour toutes les infractions prévues par cette législation. La Puissance occupante pourra toutefois soumettre la population du territoire occupé à des dispositions qui sont indispensables pour lui permettre de remplir ses obligations découlant de la présente Convention, et d'assurer l'administration régulière du territoire ainsi que la sécurité soit de la Puissance occupante, soit des membres et des biens des forces ou de l'administration d'occupation ainsi que des établissements et des lignes de communications utilisés par elle ».⁶⁹

52. A cet effet, l'article 65 de la Convention sous examen renseigne que : « Les dispositions pénales édictées par la Puissance occupante, et dans notre cas Ansar Dine/AQMI, n'entreront en vigueur qu'après avoir été publiées et portées à la connaissance de la population, dans la langue de celle-ci. Elles ne peuvent pas avoir un effet rétroactif ».⁷⁰ Précisons toutefois que la puissance occupante pourra, en cas d'infractions aux dispositions pénales promulguées par elle en vertu du deuxième alinéa de l'article 64 de la Convention sous examen, déférer les inculpés à ses tribunaux militaires, non politiques et régulièrement constitués, à condition que ceux-ci siègent dans le pays occupé. Les juridictions de recours siégeront de préférence dans le pays occupé.⁷¹ Enfin, les cours et tribunaux ne pourront appliquer que les dispositions légales antérieures à l'infraction et conformes aux principes généraux du droit, notamment en ce qui concerne le principe de la proportionnalité des peines.

53. Au sujet de la procédure pénale, Les tribunaux compétents de la Puissance occupante ne pourront prononcer aucune condamnation qui n'ait été précédée d'un procès régulier. Par ailleurs, tout prévenu poursuivi par la Puissance occupante sera informé sans retard, par écrit, dans une langue qu'il comprenne, des détails des chefs d'accusation retenus contre lui; sa cause sera instruite le plus rapidement possible. La Puissance protectrice sera informée de chaque poursuite intentée par la Puissance occupante contre des personnes protégées lorsque les chefs d'accusation pourront entraîner une condamnation à mort ou une peine d'emprisonnement pour deux ans ou plus; elle pourra en tout temps s'informer de l'état de la procédure. En outre, la Puissance protectrice aura le droit d'obtenir, sur sa demande, toutes informations au sujet de ces

⁶⁹ Art. 64 de la Convention de Genève du 12 août 1949.

⁷⁰ Art. 65, *Idem*.

⁷¹ Art. 66, *Ibidem*.

procédures et de toute autre poursuite intentée par la Puissance occupante contre les personnes protégées.⁷²

54. A mon sens, c'est donc avec raison qu'Ansar Dine/AQMI ont entrepris de mettre en place des institutions qu'ils ont estimé appropriées non seulement pour assurer l'ordre et la justice, mais pour le faire au mieux de leur habilité dans le respect des normes islamiques telles que prévues par l'Islam. Ils ont ainsi institué la *Hesbah*, la Police islamique ainsi que le Tribunal islamique, pour accomplir ce qui leur paraissait juste. Ces mécanismes n'ont donc pas été créés en vue de commettre des crimes. Ces groupes armés ont décidé aussi de recourir à des sanctions appliquées dans de nombreux pays islamiques membres des Nations Unies comme l'Arabie Saoudite, Koweït, Barheïn, Emirats arabes unis, Qatar, Oman, Yemen, Iran, Pakistan, Soudan, Nigeria, Brunei, Libye, Indonésie et Malaisie.⁷³
55. C'est soucieux de se conformer aux règles de la Charia, découlant de la volonté de Dieu, règles dont du reste se prévalaient les habitants de Tombouctou, que les groupes armés ont décidé de la mise en œuvre de certaines règles et prescriptions. Ainsi, en vue d'assainir les mœurs de la ville comme le souhaitait dans une certaine mesure le Comité des mœurs de Tombouctou, notamment en ce qui concerne l'alcool et l'habillement des femmes,⁷⁴ Ansar Dine/AQMI ont édicté des mesures appropriées selon naturellement leur entendement. Ces groupes armés ont décidé également de recourir à des sanctions appliquées d'une façon ou d'une autre par les Etats se réclamant de l'Islam. Il s'agit notamment de la flagellation, de l'amputation et de la peine de mort.⁷⁵ Ces peines sont-elles légales ? En général, le droit international humanitaire reconnaît que les autorités occupant un territoire doivent en appliquer les lois et règlements sauf si celles-ci sont un danger pour leur sécurité. Par ailleurs, ces autorités ne sauraient changer ou violer la Constitution du pays. Il ne semble pas que Ansar Dine/AQMI ait clairement changé la Constitution du Mali ; il n'en demeure pas moins vrai que leur application de la Charia paraissait plutôt rigoriste au regard du droit malien et pouvait penser à croire qu'ils avaient amendé le Code pénal autant que le Code de procédure pénale du Mali.

⁷² Art. 71, *Ibidem*.

⁷³ Voir SAHADATH, « Top 15 des pays qui appliquent la charia », *Le Magazine*, 11 octobre 2022 ; disponible sur : <https://www.map24.com/top-15-des-pays-qui-appliquent-la-charia/>.

⁷⁴ Jugement, par. 413.

⁷⁵ Voir Jugement, paras. 657-659, 670-733.

Or ces activités législatives ne peuvent se réaliser que dans le cadre d'une Assemblée nationale ou d'un Parlement réellement représentatif.

56. Quoiqu'il en soit, il sied de préciser que la Charia est appliquée de façon différente d'un pays à un autre ou parfois dans différentes régions d'un même Etat, comme en Indonésie par exemple.⁷⁶ A part la peine capitale, il semble que le Mali n'appliquait pas vraiment la flagellation et ni même l'amputation. Mais, pour de nombreux Musulmans, la flagellation, l'amputation et la peine de mort paraissent appropriées tant qu'elles sont prévues par le Livre saint musulman, le Coran. Dès lors, il est difficile pour un Musulman de dire que ces peines seraient illicites ou illégales surtout pour une personne laïque ou non lettrée. Sur ce sujet, la Chambre a entendu le témoin P-0065 qui a dit : « Ils ont cité des arguments qui venaient du Coran, et aucun imam ne va refuser quelque chose qui est justifié par le Coran. Mais tout le monde a sa propre interprétation d'un verset coranique. Et là, on était en train d'appliquer une décision à quelque chose qui ne venait pas d'un débat ou d'un dialogue religieux ». ⁷⁷ Alors, au regard du droit international, ces sanctions sont-elles légales ou pas ?
57. En droit international, que peut-on entendre par l'expression "sanctions illégales" ? Selon le dictionnaire Black's Law (Black's Law Dictionary), le concept "sanction" est compris comme une peine ou une mesure coercitive qui résulte du non-respect d'une loi.⁷⁸ Alors que selon le même dictionnaire, le concept "illégal" à son tour est compris comme "non autorisé par la loi ou criminellement punissable".⁷⁹ Nous pouvons donc déduire que l'expression "sanctions illégales" peut être comprise comme mesures coercitives qui résultent de la violation de la loi. Cependant, le droit international aborde la question de "sanctions" en se fondant beaucoup plus sur le sens international, parlant ainsi des "sanctions internationales". Ces dernières sont entendues comme mesures coercitives appliquées contre des Etats, des entités non-étatiques ou des individus qui constituent une menace pour la paix et la sécurité internationales.⁸⁰ De ce fait, l'expression "sanctions illégales" peut être entendue en droit international comme

⁷⁶ Voir AFP, « En Indonésie, des femmes pour flageller les femmes, comme en Malaisie », *Times of Israel*, 29 janvier 2020 ; disponible sur : <https://fr.timesofisrael.com/en-indonesie-des-femmes-pour-flageller-les-femmes-comme-en-malaisie/>.

⁷⁷ P-0065: T-046, p. 17.

⁷⁸ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary, The state of America, Eighth Edition*, 2004, p. 1368.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ Voir Article 41 de la Charte des Nations Unies.

des mesures coercitives prises en violation des normes juridiques internationalement reconnues et dument établies.

58. La peine de mort serait-elle une sanction illégale ? Pourquoi ? En réalité, il importe avant tout de faire observer que sa légalité ou son illégalité dépend d'une législation à une autre, il s'agit là de la législation interne de chaque Etat. Ainsi, la peine de mort est une sanction légale par exemple aux Etats Unis d'Amérique, en République Démocratique du Congo, au Japon, en Iran, en Arabie Saoudite et dans de nombreux pays musulmans. Mais, nous pouvons en même temps dire que la peine capitale constitue une sanction illégale dans les Etats ayant opté pour son abolition. Ces Etats sont ceux qui ont aussi ratifié les instruments juridiques internationaux en la matière militant pour l'abrogation explicite ou implicite du châtement suprême. Il s'agit notamment : de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 et du deuxième protocole facultatif de l'ONU se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort du 15 décembre 1989, etc. Le Statut de la Cour pénale internationale n'autorise pas la CPI à appliquer le châtement suprême, même s'il n'interdit pas à ses Etats Parties de l'appliquer dans leurs juridictions respectives.
59. Au demeurant, l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme stipule que : « tout individu a droit à la vie... ».⁸¹ Par ailleurs comme nous le savons, selon le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, la peine extrême à prononcer contre l'auteur d'un crime international, c'est l'emprisonnement à perpétuité. L'article 77 dispose que : « sous réserve de l'article 110, la Cour peut prononcer contre une personne déclarée coupable d'un crime visé à l'article 5 du présent Statut l'une des peines suivantes : une peine d'emprisonnement à temps de 30 ans au plus ; ou une peine d'emprisonnement à perpétuité, si l'extrême gravité du crime et de la situation personnelle du condamné le justifient ».⁸² De ce fait, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale n'autorise pas l'application de la peine de mort, même en cas des crimes internationaux.

⁸¹ Article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

⁸² Article 77 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998.

60. En plus, l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 stipule que : « aucune disposition du présent article ne peut être invoquée pour retarder ou empêcher l'abolition de la peine capitale par un Etat partie au présent pacte ». ⁸³ Enfin, l'article 1^{er} du deuxième protocole facultatif de l'ONU se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort du 15 décembre 1989 dispose que : « il ne sera admis aucune réserve au présent protocole, en dehors de la réserve formulée lors de la ratification ou de l'adhésion et prévoyant l'application de la peine de mort en temps de guerre à la suite d'une condamnation pour un crime de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre ». ⁸⁴
61. Il s'avère donc que tous ces textes ne déclarent pas *expressis verbis* que la peine capitale est prohibée même si implicitement, on peut en déduire qu'il y a un encouragement international à abolir ce châtement. Cette interprétation est soutenue si la lecture des dispositions juridiques susmentionnées est couplée avec celle d'autres instruments juridiques pertinents.
62. Ainsi, l'article 68 de la IV^e Convention de Genève stipule que : « [l]es dispositions d'ordre pénal promulguées par la Puissance occupante conformément aux articles 64 et 65 ne peuvent prévoir la peine de mort à l'égard des personnes protégées que dans les cas où celles-ci sont coupables d'espionnage, d'actes graves de sabotage des installations militaires de la Puissance occupante ou d'infractions intentionnelles qui ont causé la mort d'une ou plusieurs personnes et à condition que la législation du territoire occupé, en vigueur avant le début de l'occupation, prévoie la peine de mort dans de tels cas. La peine de mort ne pourra être prononcée contre une personne protégée que si l'attention du tribunal a été particulièrement attirée sur le fait que l'accusé, n'étant pas un ressortissant de la Puissance occupante, n'est lié à celle-ci par aucun devoir de fidélité. En aucun cas la peine de mort ne pourra être prononcée contre une personne protégée, âgée de moins de dix-huit ans au moment de l'infraction » ⁸⁵. . Il apparaît ainsi clairement que la peine capitale n'est pas proscrite dans les Conventions de Genève en particulier ni en droit international en général.

⁸³ Article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

⁸⁴ Article 1^{er} du deuxième protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort du 15 décembre 1989.

⁸⁵ Article 68 de la Convention de Genève du 12 août 1949.

63. Partant de tout ceci, au regard de l'obligation internationale qui leur incombe, les Etats ayant ratifié ces instruments sont tenus de respecter leur obligation, cela nonobstant le droit leur reconnu suite à la réserve à formuler lors de la ratification ou à l'occasion du moratoire qui leur a été accordé. Toutefois, en principe, dans les Etats n'ayant pas ratifié ces textes, l'application de la peine de mort ne pourra pas constituer une sanction illégale, surtout si leurs différentes législations internes ne l'interdisent pas. La peine étant prévue en droit pénal malien⁸⁶ avant l'arrivée des groupes armés à Tombouctou, ceux-ci pouvaient donc l'appliquer dans les conditions idoines déjà évoquées.
64. Mais d'autre part, qu'en est-il de l'amputation ? Est-elle une sanction illégale ? Pourquoi ? Afin de répondre à cette question, il est nécessaire de préciser ce qu'est exactement l'amputation (de la main) telle qu'elle a été appliquée à Tombouctou. Sans avoir une définition juridique clairement élaborée, l'amputation est comprise comme étant l'ablation d'un membre du corps, particulièrement les doigts, la main ou le pied⁸⁷. L'amputation est présente dans les codes pénaux et pratiquée encore de nos jours dans certains pays musulmans membres des Nations Unies comme l'Iran⁸⁸ et la Mauritanie par exemple. Sur le plan juridique, pour la plupart de juristes évidemment, l'amputation de la main peut être considérée comme étant un acte de torture, vu les douleurs et les souffrances qu'elle inflige à sa victime. Cet acte (torture) est largement sanctionné par le droit international, selon eux. Il n'empêche que ce soit une peine pénale légale dans les Etats où elle est pratiquée.
65. Il faudrait noter cependant que selon le Comité de soutien aux droits de l'homme en Iran (« CSDH »), « le fouet et les peines d'amputation font partir des châtiments les plus cruels couramment utilisés par le régime iranien ».⁸⁹ Ainsi, Pouya Torabi, âgé d'une trentaine d'années, a été transféré d'urgence à l'hôpital immédiatement après que

⁸⁶ Le Mali est un pays qui prévoit la peine de mort en vertu de l'article 8 du Code pénal de 1961 tel que modifié par une ordonnance du 1^{er} décembre 1973'. Pourtant, la dernière exécution date du 21 août 1980. Le pays n'a pas ratifié le Traité international abolissant la peine de mort. Toutefois le président du Mali s'est engagé le 15 décembre 2011 à ne pas exécuter un condamné à mort tunisien et à le transférer en Tunisie. Voir FOTIADI, Sophie, « Peine de mort : Mali », *La peine de mort dans le Monde*, 2024 ; disponible sur : <https://www.peinedemort.org/zonegeo/MLI/Mali>.

⁸⁷ Voir Dorland, *Dorland's illustrated Medical Dictionary* : Elsevier Health Sciences, 2011, p. 67.

⁸⁸ Voir CSDH, « Rapport annuel 2020 – l'amputation et le fouet sont largement pratiqués en Iran », Répression, *CSDH Actualités*, 9 janvier 2021; disponible sur : <https://csdhi.org/actualites/repression/30556-rapport-annuel-2020-lamputation-et-le-fouet-sont-largement-pratiquées-en-iran/> . Voir également AFP, « Iran : un homme condamné pour vol amputé des doigts, selon Amnesty », *Le Point*, 29 juillet 2022 ; disponible sur : <https://csdhi.org/actualites/repression/30556-rapport-annuel-2020-lamputation-et-le-fouet-sont-largement-pratiquées-en-iran/>.

⁸⁹ Voir CSDH, « Rapport annuel 2020 – l'amputation et le fouet sont largement pratiqués en Iran », *op.cit., idem*.

ses doigts ont été coupés le 27 juillet en présence de plusieurs fonctionnaires et d'un médecin de la prison d'Evin de Téhéran.⁹⁰ Et pourtant selon le CSDH, la Convention internationale contre la torture et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui eux-mêmes se fondent sur la Déclaration universelle des droits de l'homme interdisent les châtiments inhumains tels que l'amputation de membres.⁹¹ En juin 2022 déjà, le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, interprétant sûrement les instruments juridiques pertinents internationaux, s'était dit préoccupé à ce sujet, exhortant l'Iran à supprimer toute forme de châtiment corporel.⁹²

66. En effet, par exemple selon l'article 1^{er} de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants du 10 décembre 1984, « le terme 'torture' désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ».⁹³

67. En outre, la torture constitue selon l'article 1^{er} paragraphe 2 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et traitements cruels, inhumains et dégradants une forme aggravée et délibérée de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants⁹⁴. L'article 2 de la même Déclaration renchérit en ces termes : « Tout acte de torture ou tout autre peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant est un outrage à la dignité humaine et doit être condamné comme un reniement des buts de la Charte des Nations Unies et comme une violation des droits

⁹⁰ Voir également AFP, « Iran : un homme condamné pour vol amputé des doigts, selon Amnesty », *op. cit., idem.*

⁹¹ Voir CSDH, « Rapport annuel 2020 – l'amputation et le fouet sont largement pratiqués en Iran », *op. cit., idem.*

⁹² Voir également AFP, « Iran : un homme condamné pour vol amputé des doigts, selon Amnesty », *op. cit., idem.*

⁹³ Art. 1^{er} de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants du 10 décembre 1984. La Convention est entrée en vigueur le 26 juin 1987, conformément aux dispositions de l'article 27.

⁹⁴ Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1975 [résolution 3452.

de l'homme et des libertés fondamentales proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ».⁹⁵

68. Par ailleurs, l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose que : « Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ».⁹⁶ En plus, l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que : « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique ».
69. Encore une fois, il semble que l'amputation appliquée comme peine pénale pourrait être implicitement assimilée à de la torture selon une certaine interprétation des dispositions juridiques susmentionnées. Mais une amputation sous anesthésie, en quelque sorte sans peine, serait-elle également une torture au regard du résultat final qui serait l'ablation de l'organe visé ? La peine de mort appliquée sans douleur, considérée comme légale et non comme une torture par certains, ne se conclut-elle pas par la privation de la vie ? Avec l'amputation, nous sommes encore une fois dans une de ces zones grises du droit international à cause de la déférence que nous devons aux Etats membres des Nations Unies qui sont attachés à cette peine en raison de leur foi et de leur loi. Il apparaît ainsi que, comme la peine de mort, l'illégalité de l'amputation de la main comme sanction relève de la position de l'Etat dans lequel elle est pratiquée. Néanmoins, si cet Etat a dument ratifié les instruments juridiques susmentionnés, l'application de cette amputation devient *ipso facto* une sanction illégale et constitue une torture et un traitement inhumain et dégradant. Mais, au regard du Statut de la CPI, l'amputation est totalement répréhensible dans tous les cas. À titre personnel, je la considère également totalement inacceptable ; elle est une torture évidente et une violation grave des droits fondamentaux de la personne.
70. Enfin, la flagellation est-elle une sanction illégale ? Pourquoi ? Il importe de noter que la flagellation est avant tout comprise comme un acte consistant à fouetter le corps humain avec des lanières, une tige souple, un fouet, une chicotte ou encore un autre

⁹⁵ Art. 2 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants.

⁹⁶ Art. 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

objet du même type.⁹⁷ Notons que la flagellation est présente dans les codes pénaux et pratiquée dans certains pays musulmans et membres des Nations Unies comme l'Iran,⁹⁸ les Emirats Arabes Unis,⁹⁹ l'Indonésie,¹⁰⁰ la Malaisie¹⁰¹ et la Mauritanie¹⁰² par exemple. C'est donc une peine légale dans ces différents pays. Quoi qu'il en soit, faute d'une définition juridique clairement établie par un instrument juridique internationalement reconnu, pour les juristes formés à l'école occidentale en général, la flagellation peut être classée parmi les actes infligeant des traitements cruels, inhumains et dégradants à sa victime, au moyen d'un fouet. Ceci paraît être la qualification retenue par certains responsables de l'ONU, alors qu'elle est rejetée par les autorités des pays concernés.

71. Rentrant dans la catégorie des actes infligeant des traitements cruels, inhumains et dégradants, la flagellation peut être généralement considérée comme une sanction illégale. Cela parce que plusieurs instruments juridiques internationaux interdisent ce genre de pratiques. Encore une fois, c'est notamment le cas de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants qui dispose à son article 2 que : « Tout acte de torture ou tout autre peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant est un outrage à la dignité

⁹⁷ Voir Jacques Boileau, *Histoire des flagellants où l'on fait voir le bon et le mauvais usage des flagellations parmi les chrétiens*, Amsterdam, F. Vander Plaats, 1701 ; rééd. présentée et annotée par Claude Louis-Combet, Montbonnot-Saint-Martin, J. Millon, 1986.

⁹⁸ En mai, une femme arrêtée pour avoir eu une relation extra-conjugale a été condamnée par un tribunal pénal de Téhéran à laver des cadavres dans une morgue pendant deux ans et à 74 coups de fouet. Son amant a été condamné à 99 coups de fouet. Voir Amnesty International, « Les autorités appliquent une peine d'amputation de la main, un acte d'une grande cruauté », Actualités, *Amnesty International*, ajouté le 18 janvier 2018 ; disponible sur : <https://www.amnesty.be/infos/actualites/article/iran-autorites-appliquent-peine-amputation-main-acte-grande>.

⁹⁹ Voir Lawyers UAE, *Justice pénale à Dubaï : types de crimes, sanctions et sanctions*, Lawyers UAE, Amal Khamis Advocates & Legal Consultants, 2024 EAU ; disponible sur : <https://www.lawyersuae.com/fr/justice-p%C3%A9nale-crimes-peines-et-peines/>.

¹⁰⁰ A Aceh, où le voile est obligatoire pour les femmes, l'adultère, les relations sexuelles hors mariage ou avec une personne du même sexe sont punies. La consommation d'alcool ou le jeu sont interdits. Le cinéma est banni, pour éviter les comportements « non islamiques ». En cas de transgression, c'est 10 coups pour un geste d'affection en public, 40 pour avoir bu de l'alcool, plus de 100 en cas de relation homosexuelle ou avec un mineur. Voir AFP, « En Indonésie, des femmes pour flageller les femmes, comme en Malaisie », *Times of Israel*, 29 janvier 2020 ; disponible sur : <https://fr.timesofisrael.com/en-indonesie-des-femmes-pour-flageller-les-femmes-comme-en-malaisie/>.

¹⁰¹ Des peines d'emprisonnement de 30 à 40 ans et la flagellation, un châtiment contraire à l'interdiction absolue de la torture et des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, ont été instaurées en remplacement de la réclusion à perpétuité et comme sanctions alternatives possibles pour les crimes jusqu'alors passibles de la peine capitale. Voir Amnesty International, « Malaisie 2023 », *Rapport d'Amnesty International 2023/2024*, Amnesty International 2024 ; disponible sur : <https://www.amnesty.org/fr/location/asia-and-the-pacific/south-east-asia-and-the-pacific/malaysia/>.

¹⁰² Voir ELY, Mustapha, Pr, « Le code pénal mauritanien : horreur et mode d'emploi. Lapidation,...culs de jatte et morts en sursis », *C.R.I.D.E.M.*, cridem.org ; disponible sur : <https://cridem.org/imprimable.php?article=698735>

humaine et doit être condamné comme un reniement des buts de la Charte des Nations Unies et comme une violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ».¹⁰³

72. Ainsi, la compilation des articles : 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme,¹⁰⁴ 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques,¹⁰⁵ 1^{er} paragraphe 1 de la déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et traitements cruels, inhumains et dégradants fait état de la même perception¹⁰⁶. Mais encore une fois, nous devons être prudents dans notre appréciation. Nous sommes en plein dans cette zone grise du droit international ; car il y a des Etats membres des Nations Unies appliquent la flagellation. Il n'y a qu'une certaine interprétation des textes internationaux qui pourraient amener à dire que la flagellation pourrait être illégale. Autrement, elle est reconnue dans le Saint Coran et elle est dans l'arsenal juridique de nombreux pays, la rendant ainsi légale. Voici pourquoi elle a été appliquée par Ansar Dine/AQMI à Tombouctou. Toutefois, il sied de rappeler que la flagellation comme l'amputation et la peine de mort ne sont pas appliquées par la Cour Pénale Internationale. Elles sont totalement illégales.

73. Il reste à parler de la privation de liberté. Cette peine a aussi fréquemment été utilisée par les groupes armés à Tombouctou. La privation de liberté pourrait s'agir ici d'une interpellation et d'une conduite au poste de police, d'une garde à vue au Commissariat de police ou dans un amigo, d'une détention préventive, ou d'une peine privative de liberté prononcée par un tribunal. Dans le contexte d'un CANI, la privation de liberté rime souvent avec sanction, lorsque c'est la partie gouvernementale qui prive de liberté en ce sens que le recours aux armes (non autorisé) est en elle-même un acte conduisant à la punition. Si des personnes sont aux mains des groupes armés, on craint a priori la justice privée. La nature déstructurée des CANIs récents conduit à une subjectivation à

¹⁰³ Art. 2 de la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants.

¹⁰⁴ Art. 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : « Nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ».

¹⁰⁵ Art. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 : « Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique ».

¹⁰⁶ Art. 1^{er} de la déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et traitements cruels, inhumains et dégradants : Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles, dans une mesure compatible avec l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus ».

l'extrême des règles de privation de liberté par le délitement de l'idée de groupe et de ses caractéristiques (comme sa nature organisée, disciplinée et hiérarchisée). La question de la légalité de la privation de liberté fait référence au « droit » même des parties au conflit armé à priver de liberté surtout lors du CANI¹⁰⁷.

74. Il s'agit alors d'une problématique préalable à celle de la capture elle-même et de l'exécution du régime de privation de liberté. Le DIH fait une impasse sur cette question. On peut oser ici une tentative d'explication de cela. Entrer dans le débat de la légalité aurait poussé vers des blocages certains. En effet, il est théoriquement difficile d'obtenir des États l'admission de l'idée que les groupes armés puissent encore poser des actes légaux après avoir pris les armes¹⁰⁸. Le domaine de la privation de liberté dans le contexte des CANIs est un domaine de prédilection lorsque l'on entend mettre en exergue l'inégalité des parties au conflit devant le droit international. Cette inégalité se ressent dans les deux principales branches concernées par le sujet : le DIH et le droit international des droits de l'homme.

75. Pourtant, en ce qui concerne le DIH, le paradigme de départ est l'égalité des belligérants devant ce droit. Ce paradigme se justifie par le fait que sans cette égalité, ou du moins sans l'élévation de la considération de la partie au conflit non étatique à un certain niveau, il serait utopique d'espérer un quelconque respect du droit humanitaire. Il s'agit d'une égalité de droits et de devoirs, et non d'une égalité de statut au sens général¹⁰⁹. Dans tous les cas, la Chambre a pu retenir que du côté des groupes armés, les peines privatives de liberté ont été prononcées dans le cadre des « *tazir* »¹¹⁰. Au demeurant, les règles comme les sanctions appliquées à Tombouctou ne sauraient être comprises qu'à la lumière de la Charia autant que du droit international humanitaire.

VII. LA CHARIA ET SON IMPACT EN PAYS MUSULMANS ET A TOUMBOUCTOU

76. En Islam, la charia désigne l'ensemble des lois et des règles divines qui guident la vie des musulmans. Elle se base sur le Coran, la Sunna et les enseignements des savants.

¹⁰⁷ Voir DABONÉ, Zakaria, « Les groupes armés dans un système de droit international centré sur l'État », *op. cit.*, *idem*, p. 107.

¹⁰⁸ Voir DABONÉ, Zakaria, « Les groupes armés dans un système de droit international centré sur l'État », *op. cit.*, *idem*, p. 107.

¹⁰⁹ Voir DABONÉ, Zakaria, « Les groupes armés dans un système de droit international centré sur l'État », *op. cit.*, *idem*, p. 116.

¹¹⁰ Jugement, par. 662.

Ce qui permet d'établir les codes de conduite et les normes éthiques à suivre. Elle est considérée comme étant un fondamental dans la loi musulmane. Car elle permet aux musulmans de vivre en harmonie avec les principes religieux et de respecter les commandements de Dieu.¹¹¹ En ce qui concerne son application, les différences entre les interprétations et applications de la Charia dans différents pays et cultures peuvent entraîner des débats et des controverses. Dans certains pays musulmans, elle est considérée comme la source principale de la loi. Elle est appliquée dans les tribunaux islamiques. D'autres pays musulmans utilisent un système de loi mixte. Celle-ci inclut à la fois des principes de la charia et d'autres systèmes de loi.¹¹²

77. Dans le Jugement de la Chambre, nous avons évidemment discuté la question des règles, des infractions et des peines appliquées à Tombouctou qui sont considérées comme illégales. Ces peines sont globalement considérées comme de la torture par la majorité des Juges de la Chambre. En ce qui concerne les délits, il importe de préciser que dans le droit musulman classique, il existe plusieurs catégories de délits : Dans le cas du blogueur saoudien, c'est la catégorie relative aux peines fixes, les « *Hadd* », ou « *Hudud* » qui nous intéressent. Ce sont des peines prévues par le Coran et par la sourate, explique Guillaume Dye.¹¹³

78. En ce qui concerne les différentes infractions et leur répression, cette catégorie regroupe « le vol, l'adultère, le brigandage, les insurrections armées, l'accusation d'adultère, l'usage d'alcool, le meurtre et les blessures physiques ». Ces infractions étaient également courantes à Tombouctou. Dans ces cas, les châtiments prononcés en pays musulmans en général et à Tombouctou en particulier, varient en fonction des délits et peuvent aller jusqu'à la peine de mort. « La consommation d'alcool peut entraîner une peine de paires de gifles, de 40 coups de fouet ou de coup de sandales ».¹¹⁴ Des peines semblables ont été appliquées par Ansar Dine/AQMI à Tombouctou¹¹⁵. En ce qui concerne l'adultère et le vol, le verdict est plus compliqué. Pour le vol, « Tout va dépendre de la nature et du montant du vol, mais en général c'est l'amputation. » Quant à l'adultère, « il en existe deux types » explique Guillaume Dye, « l'adultère

¹¹¹ Voir Islam-Oumma.fr, « Comprendre la charia en Islam : son importance et son application », *Islam-Oumma.fr*, 15 février 2023 ; disponible sur : <https://www.islam-oumma.fr/charia/>.

¹¹² Voir Islam-Oumma.fr, « Comprendre la charia en Islam : son importance et son application », *op. cit., idem*.

¹¹³ Voir GLAUDIOT, Aline, « Charia : quelles sanctions physiques pour quels délits ? », RTBF, Actus, 6 février 2015 ; disponible sur : <https://www.rtf.be/article/charia-queelles-sanctions-physiques-pour-quels-delits-8900393>.

¹¹⁴ Voir GLAUDIOT, Aline, « Charia : quelles sanctions physiques pour quels délits ? », *op. cit., idem*.

¹¹⁵ Voir Jugement, paras. 685-688 ; et flagellation de P-0638 par exemple (Jugement, par. 688).

classique qui implique une relation extra-conjugale. Dans ce cas, le Coran prévoit la flagellation, c'est-à-dire environ 80 coups de fouet. Le deuxième cas concerne l'adultère entre personnes non-mariées. Dans ce cas, la Charia prévoit la lapidation »,¹¹⁶ car c'est la forme la plus grave.

79. Cependant Guillaume Dye fait remarquer que la tradition juridique cherche à rendre l'application de ces peines aussi rares que possible : « Pour ce faire, le juridique met l'accent sur l'administration de la preuve. Pour prouver un adultère par exemple, il faut le témoignage de quatre hommes qui ont pu voir l'acte de manière précise et rapprochée ». Et évidemment, en cas de vol à main armée ou de meurtre, « la décapitation par sabre est également un des moyens envisagés par la Charia ». ¹¹⁷ Elle est ainsi pratiquée notamment en Arabie Saoudite, comme celle d'une femme Birmane le 12 janvier 2015. ¹¹⁸
80. Quant à l'application de la Charia¹¹⁹ elle-même, Philippe Hensmans tient d'abord à préciser que « la charia, cet ensemble de règles, de normes sociales, culturelles propre à l'islam est affaire d'interprétation ». Selon lui, le plus grand piège serait de penser que l'islam est unique : « Tous les pays musulmans n'appliquent pas la charia ». Ceci est tellement vrai que même l'Islam en Europe est caractérisé par une pluralité de courants et de mouvements, plus ou moins liés aux pays d'origine des immigrants musulmans. Une étude approfondie du cas des Balkans pourrait être utile pour comprendre ses perspectives. ¹²⁰ C'est pourquoi en ce qui concerne la Charia, Philippe Hensmans précise à ce sujet qu'elle n'est d'application que quand l'Etat l'autorise expressément ou « Lorsqu' il y a fusion entre les lois en vigueur dans le pays et la charia. » C'est le cas en Arabie Saoudite, au Yémen, en Iran, au Koweït, au Bahreïn, aux Emirats-Arabes, au Qatar, au Oman, en Afghanistan, au Pakistan, en Indonésie, en Libye, au Soudan, en Somalie et « en partie en Egypte et dans certains états du nord du Nigeria où se trouve Boko Haram. Ces pays s'inspirent plus ou moins fortement de la charia ». ¹²¹

¹¹⁶ Voir GLAUDIOT, Aline, « Charia : quelles sanctions physiques pour quels délits ? », *op. cit., idem*.

¹¹⁷ Voir GLAUDIOT, Aline, « Charia : quelles sanctions physiques pour quels délits ? », *op. cit., idem*.

¹¹⁸ Voir franceinfo avec AFP, « Arabie Saoudite : l'auteur de la vidéo d'une décapitation publique a été arrêté », franceinfo, 18 janvier 2015 ; disponible sur : https://www.francetvinfo.fr/monde/proche-orient/arabie-saoudite-l-auteur-de-la-video-d-une-decapitation-publique-a-ete-arrete_800349.html.

¹¹⁹ Voir GLAUDIOT, Aline, « Charia : quelles sanctions physiques pour quels délits ? », *op. cit., idem*.

¹²⁰ Voir NIELSEN, Jørgen S., « L'Islam européen : tendances et perspectives », *Oasis* 28, 27 mars 2019, dernière mise à jour : 22 avril 2022 ; disponible sur : <https://www.oasiscenter.eu/fr/islam-en-europe-tendances-perspectives>.

¹²¹ Voir GLAUDIOT, Aline, « Charia : quelles sanctions physiques pour quels délits ? », *op. cit., idem*.

81. En réalité, tout dépendra de l'interprétation. Que ce soit une interprétation à la wahabite ou à la salafite, c'est-à-dire, une interprétation très rigoristes et qui probablement n'a pas existé dans les temps classiques... Toutes ces représentations intégristes : le voile intégrale, etc. sont des choses qui n'ont presque jamais existé dans l'islam. On observe que des musulmans et des non musulmans ignorent ce qu'est réellement la situation concrète de ce qu'est l'Islam et de ce qu'il demande vraiment. Des barbus arrivent dans des quartiers et forcent les pères à imposer le voile à leur fille au nom du Coran... Au nom du coran on fait un peu n'importe quoi. La situation est un peu complexe. Tout va dépendre de l'interprétation qu'on va donner à ces textes. On peut avoir une interprétation intelligente et traditionnelle qui ne soit pas forcément sanglante.¹²²
82. Il est vrai qu'en contraste avec le droit international humanitaire et le droit international des droits humains qui sont en constante évolution, certains pays appliquent cet ensemble de règles et de normes de la Charia, vieux de plusieurs siècles au pied de la lettre. Des pays qui ne prennent pas en compte, selon lui, l'évolution des mœurs et de la société. Le deuxième problème étant qu'ils interprètent au premier degré des préceptes figurés : « Partir faire la guerre sainte est un précepte figuré pris à la lettre par l'état islamique par exemple. »¹²³. On voit ainsi que le Jihad peut avoir plusieurs sens¹²⁴.
83. « A l'inverse », explique-t-il « certaines peines corporelles inscrites dans la charia ne sont plus en vigueur dans certains pays ». Si on reprend la sanction de l'amputation appliquée au voleur, « cette sanction est abolie dans nombreux pays pour permettre aux délinquants de s'amender ». Et Guillaume Dye de confirmer: « Il existe et a existé des dynasties plus radicales où il est très probable que les châtiments corporels aient été et soient toujours très souvent pratiqués » et de bien préciser que « tout est question d'interprétation ».¹²⁵
84. Beaucoup en Occident se sont alors posé la question de savoir si la Charia est compatible avec les droits de l'homme ? C'est une question concrète qui se pose de

¹²² Voir ROUCHI, Jean-Jacques, « Même avec une interprétation traditionnelle, la charia n'est pas forcément sanglante », *Atlantico*, 25 octobre 2011 ; disponible sur : <https://atlantico.fr/article/decryptage/charia-libye-tunisie-interpretation-traditionnelle-intelligente-non-violente-jean-jacques-rouchi>.

¹²³ Voir GLAUDIOT, Aline, « Charia : quelles sanctions physiques pour quels délits ? », *op. cit., idem*.

¹²⁴ Voir ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami A., *Le jihad dans l'islam, Interprétations des versets coraniques relatifs au jihad à travers les siècles*, Centre de droit arabe et musulman, St-Sulpice, 25 février 2016, 262 pp., p. 7 ; disponible sur : https://www.ugr.es/~mreligio/materiales/Aldeeb.Sami_2016_Le-jihad-dans-lislam.pdf.

¹²⁵ Voir GLAUDIOT, Aline, « Charia : quelles sanctions physiques pour quels délits ? », *op. cit., idem*.

plus en plus en Europe, particulièrement pour les femmes, et à laquelle l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) a décidé de chercher à répondre¹²⁶. Mais, comme je l'ai déjà mentionné, notre Chambre n'a pas cru utile de répondre véritablement à cette question, même si nous devrions examiner les sanctions prononcées en vertu des règles de la Charia.

85. En effet, au sein de la grande Europe, il est des territoires où la Charia (ou « loi islamique ») est appliquée. Cela pose un problème au regard des droits de l'homme dans la mesure où ces États sont parties à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et en même temps appliquent ou respectent une justice islamique contraire à la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) et la CEDH¹²⁷. Cette question est intéressante et cruciale. Pour y répondre, il serait souhaitable de s'en référer d'abord aux sources appropriées.
86. Il va sans dire que les sources islamiques sont capitales dès lors que dans la plupart des pays arabo-musulmans l'Islam est religion d'Etat et la Charia, Loi de Dieu, est regardée tantôt comme Loi fondamentale de l'Etat et système juridique de droit commun, par les pays qui se disent Etats islamiques, comme l'Arabie saoudite, le Pakistan, le Soudan par exemple, tantôt considérée comme l'une des sources du droit, sinon la principale source du droit dans la plupart des autres pays arabes (comme notamment l'Egypte). Ainsi les rapports de la Charia avec les droits de l'homme ont fait l'objet d'une abondante littérature qui, de manière générale, conclut à leur incompatibilité¹²⁸.
87. Trois pays au sein du Conseil de l'Europe ont ratifié à la fois la Convention européenne des droits de l'homme et la Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en islam, qui est une déclaration des droits de l'homme compatible avec la charia. Il s'agit de l'Albanie, de l'Azerbaïdjan et de la Turquie. Il faut ajouter que la Fédération de Russie et la Bosnie-Herzégovine n'ont pas signé la Déclaration du Caire mais sont membres observateurs de l'Organisation de la Conférence Islamique et également signataires de la CEDH.

¹²⁶ Voir European Centre of Law and Justice, "Can Sharia Law Prevail Human Rights?", Youtube, consulté le 23 juin 2024; disponible sur: <https://eclj.org/religious-freedom/pace/la-charia-est-elle-compatible-avec-les-droits-de-lhomme-?lng=fr>.

¹²⁷ Voir European Centre of Law and Justice, "Can Sharia Law Prevail Human Rights?", *op. cit.*, *idem*.

¹²⁸ Voir JAHEL, Selim, "Les droits fondamentaux en pays arabo-musulmans », *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 56, No. 4, 2004, pp. 787-796, p. 790; disponible sur: https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2004_num_56_4_19308.

88. Cette Déclaration du Caire du 5 août 1990 stipule notamment que « l’islam est la religion naturelle de l’homme ». Elle ne contient pas de droit à la liberté de croyance, ne confirme pas l’égalité en droit de tous les hommes sans égard pour leur religion, et enfin l’article 25 stipule que « [l]a Loi islamique est la seule source de référence pour interpréter ou clarifier tout article de cette déclaration. »¹²⁹ Cette disposition est consécutive à celle de l’article 24 de la même Déclaration qui stipule que « [t]ous les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration sont soumis aux dispositions de la Charria »¹³⁰.
89. Certains principes énoncés dans la loi islamique contreviennent aux principes ayant qualité de droits de l’homme, au premier rang desquels la liberté religieuse. Selon la Charia, un musulman n’a pas le droit de quitter sa religion pour une autre ou pour l’athéisme. Il s’agit d’un acte d’apostasie qui engendre sa mort civile (ouverture de sa succession) et qui mérite la peine de mort¹³¹ dans certains pays musulmans¹³².
90. La Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l’homme a eu l’occasion de donner un élément de réponse à cette question de compatibilité en 2003 : celle-ci « partage l’analyse effectuée par la chambre quant à l’incompatibilité de la charia avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu’ils résultent de la Convention »¹³³.

VIII. ERREUR DE DROIT (ARTICLE 32(2) DU STATUT)

91. L’article 32 (2) du Statut de Rome stipule que : « [u]ne erreur de droit portant sur la question de savoir si un comportement donné constitue un crime relevant de la compétence de la Cour n’est pas un motif d’exonération de la responsabilité pénale. Toutefois, une erreur de droit peut être un motif d’exonération de la responsabilité pénale si elle fait disparaître l’élément psychologique du crime ou si elle relève de l’article 33 ». Précisons encore une fois que cette disposition du Statut doit être comprise et interprétée selon les règles générales d’interprétation et les moyens

¹²⁹ Voir European Centre of Law and Justice, “Can Sharia Law Prevail Human Rights?”, *op. cit., idem*.

¹³⁰ Cette « Déclaration sur les droits de l’homme en Islam » a été adoptée le 5 août 1990, au Caire (Egypte), lors de la 19^e Conférence islamique des ministres des Affaires étrangères des Etats membres de l’Organisation de la Conférence Islamique. Ce texte a été publié dans l’ouvrage *Vers un système arabe de protection des droits de l’homme : la Charte arabe des droits de l’homme*, édité en mai 2002, à Lyon, par le Centre Arabe pour l’Education au Droit International Humanitaire et aux droits Humains (ACIHL) et l’Institut des Droits de l’Homme de Lyon ; disponible sur : https://oic-iphrc.org/fr/data/docs/legal_instruments/OIC_HRRIT/942045.pdf.

¹³¹ Voir European Centre of Law and Justice, “Can Sharia Law Prevail Human Rights?”, *op. cit., idem*.

¹³² Voir MÜLLER, Quentin, « Blasphème et apostasie : que dit le Coran ? », *Marianne*, 6 août 2023 ; disponible sur : <https://www.marianne.net/societe/laicite-et-religions/blaspheme-et-apostasie-que-dit-le-coran>.

¹³³ CEDH, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, [GC], n^{os} 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 13 février 2003, § 123.

complémentaires d'interprétation prévus respectivement aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Nous faisons notre analyse de bonne foi en commençant par saisir le sens ordinaire des mots, le contexte de cet article sans oublier le préambule du Statut, en passant par l'intention des parties et autres travaux préparatoires.

92. Comme nous le savons, il existe en droit un principe qui dit que *nemo censetur ignorare legem*, nul n'est censé ignorer la loi. Ainsi, l'ignorance de la loi ne devrait pas normalement constituer une cause d'excuse absolutoire. Cependant cette règle comprend une exception. En effet, nous savons qu'en droit pénal qui est d'interprétation restrictive, une infraction n'est consommée qu'à la suite de la réunion au moins de trois éléments constitutifs : l'élément matériel, l'élément moral, la concurrence ou le lien de causalité entre les deux premiers ; et parfois, on ajoute le dommage subi.¹³⁴ Comme l'explique le Model Penal Code, à défaut de l'élément moral, il est donc difficile sinon impossible de parler de la commission d'une infraction.¹³⁵ Compte tenu de la gravité et de la complexité des crimes qui tombent sous l'empire de la compétence *ratione materiae* de la CPI, il a paru nécessaire et à juste titre aux rédacteurs du Statut de prévoir cette importante disposition légale. Cette exception est prévue en droit international aussi bien qu'en droit interne.
93. Nous savons qu'en droit pénal qui est d'interprétation restrictive, une infraction n'est consommée qu'à la suite de la réunion de ses quatre éléments constitutifs : l'élément matériel, l'élément moral, le dommage, et le lien de causalité. A défaut de l'élément moral, il est donc difficile sinon impossible de parler de la commission d'une infraction. Compte tenu de la gravité et de la complexité des crimes qui tombent sous l'empire de la compétence *ratione materiae* de la CPI, il a paru nécessaire et à juste titre aux rédacteurs du Statut de prévoir cette importante disposition légale. Cette exception est prévue en droit internationale aussi bien qu'en droit interne.
94. En droit français par exemple, l'article 122-3 du Code pénal dispose que : « N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le

¹³⁴ Voir Model Penal Code, para. 1, 13(5), voir UMN Libraries, « 4.1. Criminal Elements », *Criminal Law*, University of Minnesota ; disponible sur : <https://open.lib.umn.edu/criminallaw/chapter/4-1-criminal-elements/>.

¹³⁵ Voir University of Missouri, *Model Penal Code Selected Provisions*, University of Missouri, -Kansas City; available at: https://www1.law.umkc.edu/suni/crimlaw/mpc_provisions/model_penal_code_default_rules.htm Voir aussi TANAKA, Elizabeth, "Model Penal Code (MPC) 1.13 General Definitions", *Tanaka Criminal Law Casebook*, H20 Search Casebook; available at: <https://opencasebook.org/casebooks/6141-tanaka-criminal-law-casebook/resources/4.2-model-penal-code-mpc-113-general-definitions/>.

droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte ». Cette disposition revient à dire que l'erreur de droit est une appréciation erronée d'une règle de droit conduisant un individu à croire à tort, qu'il pouvait légitimement accomplir un acte. Ainsi, l'erreur permet à un individu qui aurait violé un texte légal ou réglementaire d'être déclaré pénalement irresponsable de l'infraction commise lorsque la loi ou le règlement étaient insuffisamment accessibles. Cette clause d'irresponsabilité est le corollaire de l'exigence faite au législateur de rédiger des textes clairs et précis et de les mettre à la disposition des tous.¹³⁶ S'il est prouvé, l'erreur de droit constitue une cause d'irresponsabilité pénale. Evidemment, l'erreur dont il est question ici doit obligatoirement porter sur une règle de droit ; il ne s'agit donc pas d'une erreur de fait, c'est-à-dire, elle ne doit pas concerner la matérialité des faits (acte), mais bien sur la règle de droit. Ainsi, l'erreur doit porter sur l'existence, l'interprétation ou la portée de la règle.¹³⁷

95. De plus, cette erreur absolutoire doit être insurmontable pour que l'agent puisse s'en prévaloir. Autrement dit, qu'à la condition qu'elle n'ait pu être évitée. L'erreur doit donc être inévitable, due à une information erronée, notamment de la part de l'autorité publique. Ce qui est souvent le cas lorsque l'autorité compétente a fourni une information erronée. Par exemple, sur la remise par erreur d'un permis international.¹³⁸ Par ailleurs, l'erreur doit consister en une croyance erronée du droit d'agir. Ainsi, l'agent ne doit pas avoir eu de doute sur la légitimité de son acte. Celle-ci doit justifier avoir cru légitimement accomplir le fait reproché.¹³⁹ L'agent doit avoir authentiquement cru en la légitimité de son acte et avoir fait tout son possible pour se renseigner. Enfin, il faut noter que l'erreur de droit ne joue que dans les infractions intentionnelles. Par contre, dans les infractions non-intentionnelles, l'auteur de l'erreur reste pénalement responsable.¹⁴⁰

¹³⁶ Voir ISA, Germain, « L'erreur de droit ou de fait, cause d'irresponsabilité pénale ? », *L'erreur de droit ou l'erreur de fait endroit pénal*, Cours de droit.net, 2024 ; disponible sur : <https://cours-de-droit.net/l-erreur-de-droit-ou-l-erreur-de-fait-en-droit-penal-a128191222/>.

¹³⁷ Voir BRUNOP, « Erreur de droit, définition, conditions et conséquences », *Exprime Avocat E/A*, Articles droit pénal, 4 mars 2023 ; disponible sur : <https://www.exprime-avocat.fr/erreur-de-droit-definition-conditions-et-consequences/>.

¹³⁸ Voir Cour de Cassation française, Chambre criminelle, du 11 mai 2006, 05-87.099.

¹³⁹ Voir Cour de Cassation, Chambre criminelle, 13 mai 2003, n°02-84.028).

¹⁴⁰ Voir BRUNOP, « Erreur de droit, définition, conditions et conséquences », *op. cit., idem*.

96. En droit de la CPI également, l'infraction n'est consommée que si l'élément intellectuel ou moral est accompli, s'agissant évidemment des infractions intentionnelles ; en d'autres termes, si l'existence de la *mens rea* est démontrée. L'élément mental, *mens rea*, comme dit précédemment, est l'intention coupable, l'intention criminelle, la fraude ou encore l'intention de commettre un acte répréhensible, en latin, *intentio maleficii* ou *animus nocendi*, qui désigne la volonté de commettre une infraction en connaissance de son caractère interdit. par la loi.¹⁴¹ Il ne s'agit pas seulement de poser l'acte matériel interdit ; il faut en plus le faire avec la volonté criminelle de violer la loi. Ainsi par exemple, pour une infraction de meurtre, il ne s'agit pas simplement de donner la mort à autrui ; encore faut-il la donner avec l'intention criminelle de violer la loi, c'est-à-dire, en connaissance de cause. Un bourreau qui en raison de la loi, donne la mort à un condamné à mort, commet certes l'acte matériel de soustraire la vie d'autrui, et en plus, il le fait intentionnellement, mais il n'a certes pas envie de violer la loi ; bien au contraire, il la respecte et la met en œuvre.
97. En droit pénal interne, commet un vol par exemple celui qui soustrait frauduleusement une chose appartenant à autrui. Mais une personne qui suite à une confusion soustrait une chose qui ne lui appartient pas commet certes l'acte matériel de soustraction et même, elle a bien eu l'intention de prendre la chose, cependant il lui manque l'intention frauduleuse. Dans ce cas, on ne saurait parler de vol. Nous voyons ainsi que l'absence de l'élément moral empêche la réalisation complète de l'infraction. Il ne saurait donc être question de vol suite à une simple confusion, en raison de l'absence de cet élément psychologique, en d'autres mots, de l'élément moral de l'infraction. En termes pratiques, un différend juridique sur la question de savoir si une erreur de droit est pertinente ou non se résumera à un différend concernant l'élément moral requis pour l'infraction concernée. En effet, la connaissance de la loi n'est généralement pas exigée d'un accusé pour sa condamnation. Cette simple méconnaissance ou ignorance de la loi ne suffit pas. C'est quand la connaissance de la loi est exigée que cette disposition de l'Article 32(2) s'applique.¹⁴²

¹⁴¹ Voir FRANCE, Simon, "The Mental Element", (1990) 20 *VUWLR MONOGRAPH* 3, New Zealand Legal Information Institute, pp. 43-56, at p. 43; available at: <http://www.nzlii.org/nz/journals/VUWLawRw/1990/12.pdf>

¹⁴² Voir TRIFFTERER, Otto et OHLIN, Jens, « Article 32 Mistake of fact or mistake of law », in AMBOS, Kai (Editor), *Rome Statute of the International Criminal Court, Article-by-Article Commentary*, Fourth Edition, Hart Beck Nomos, Oxford et Baden-Baden, 2022, 3064 pp., pp. 1382-1404, p. 1388.

98. En conséquence, l'erreur de droit pourrait être définie comme une fausse ou une absence de perception ou de prise de conscience de la réalité juridique. Ainsi, pour qu'elle soit retenue, la méprise sur la loi ou l'erreur de droit doit clairement nier l'élément mental ou la *mens rea*, comme un des éléments constitutifs de l'infraction. La personne accusée doit avoir pensé de bonne foi qu'une disposition légale n'est pas applicable ; en d'autres termes, l'agent ne doit pas avoir réellement eu conscience de cette disposition légale ou de ses subtilités techniques. Il/elle pourrait par exemple penser à tort qu'un traité n'existe pas ou n'est pas applicable. Il/elle pourrait mal évaluer la loi ou faire une évaluation juridique erronée. Ainsi, de toute évidence, quelqu'un qui est parfaitement conscient de la situation et connaît les circonstances constitutives, mais estime néanmoins que l'interdiction ne s'applique pas à son comportement ou que la modification n'est pas « conforme à la disposition pertinente » au sens de l'article 8, paragraphe 2. (b)(xx), évalue incorrectement la situation juridique.¹⁴³ Une telle personne doit être naturellement excusée pour défaut d'élément intentionnel.
99. Naturellement, je suis d'accord avec la majorité de la Chambre que dans l'affaire Lubanga, la Chambre Préliminaire a eu raison de clarifier que lorsque la responsabilité pénale exige que l'accusé ait commis un crime intentionnellement et/ou en connaissance de cause en ce qui concerne la qualification juridique de sa conduite, une erreur de droit qui nie l'élément mental peut constituer alors un moyen de défense. Ainsi, l'erreur de droit n'est un motif d'exclusion de la responsabilité pénale que lorsque la connaissance d'une caractéristique juridique est requise par l'élément moral requis de l'infraction. Bien que l'erreur de droit concerne spécifiquement les facteurs liés à un élément juridique du crime, l'appréciation par la Chambre de la question de savoir si un tel motif constitue un motif d'exclusion de la responsabilité pénale nécessite une analyse des circonstances factuelles qui prouvent ou non l'élément mental requis.¹⁴⁴ Pour ma part, je considère qu'il ressort clairement de la preuve que M. Al Hassan ne pouvait être conscient qu'il était en train de commettre des crimes au sens des articles 7(1) et (2) ainsi que 8(2) du Statut avec toutes leurs subtilités techniques, lorsqu'il participait par exemple à des flagellations, puisque ces mêmes actes étaient pour lui justement le contraire: ils consistaient à rendre justice, selon sa conception propre de la justice, et celle de la majorité des personnes qui l'entouraient au moment

¹⁴³ Voir TRIFFTERER, Otto et OHLIN, Jens, « Article 32 Mistake of fact or mistake of law », *op. cit., idem*, p. 1395.

¹⁴⁴ Jugement, par. 1772.

des faits, notamment les leaders et autres membres d'Ansar Dine/AQMI, mais également des membres de la population. Et c'est également selon moi pour cette raison que M. Al Hassan, qui avait pourtant le droit de ne pas 'témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable' en vertu de l'article 67(1)(g) du Statut (ce qui lui a été notifié par les enquêteurs de la CPI lors de son entretien avec eux), a pourtant spontanément et sans fars, évoqué son rôle dans les flagellations lors de sa déclaration devant les enquêteurs de la CPI.

100. Partant, concernant les flagellations en tant que punition imposée par Ansar Dine/AQMI à la population pour non-respect des nouvelles règles, je considère qu'une erreur de droit sur le fondement de l'article 32(2) du Statut est applicable à la conduite de l'accusé, et qu'il ne peut donc être tenu pour responsable desdits faits. Cette erreur de droit s'explique aisément par les circonstances-mêmes des événements selon la preuve reçue par la Chambre. La situation personnelle de l'Accusé confirme pareille méprise des dispositions statutaires de la Cour. Je suis donc d'accord avec la Défense lorsqu'elle allègue de l'inculture juridique d'Al Hassan malgré sa bonne foi et de sa culture profondément musulmane.

101. Ainsi, comme la Défense le suggère, je pense qu'Al Hassan ne devrait pas être tenu pénalement responsable de sa conduite en raison d'une erreur de fait ou de droit. Je suis d'avis que les expériences vécues et les circonstances de la vie de M. Al Hassan faisaient en sorte qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'il sache que les sanctions prévues par la Charia constitueraient des actes criminels dont il pourrait être tenu coupable.¹⁴⁵ Je suis aussi du même avis que la Défense lorsque celle-ci attire l'attention sur le fait que M. Al Hassan était pharmacien et n'avait reçu aucune formation policière¹⁴⁶. Comme la Défense de l'Accusé, j'observe également que la communauté internationale s'est abstenue à plusieurs reprises de condamner les pratiques et les sanctions de la Charia.¹⁴⁷ Par ailleurs, comme la Défense, notant l'utilisation des cadis et des mariages arrangés avant et après 2012 à Tombouctou, je suis d'avis qu'Al Hassan ne pouvait pas imaginer que son rôle et sa participation à l'imposition de règles et de sanctions par Ansar Dine/AQMI dans ce cadre seraient illégaux. Tenant compte de tous ces faits et ces circonstances, je pense que M. Al

¹⁴⁵ Mémoire de la Défense, paras. 57 à 63. Voir également Mémoire final de la Défense, paras. 218, 406 à 412, 530, 609; Mémoire en réponse de la Défense, par. 81; Déclarations finales de la Défense, T-215, p. 35).

¹⁴⁶ Mémoire de la Défense, par. 59.

¹⁴⁷ Mémoire de la Défense, par. 59.

Hassan savait sans doute que ses actions et celles d'Ansar Dine/AQMI pouvaient diverger de celles qui pouvaient se dérouler sous d'autres cieux en raison de la différence des cultures, de religions et des lois entre les peuples du monde ; mais il ne pouvait pas s'imaginer ou avoir la connaissance coupable que ces actions pouvaient constituer des actes pénalement illégaux.¹⁴⁸ Je trouve donc convainquant les arguments et l'interprétation des éléments de preuve avancés par la Défense sur cette question de l'erreur de droit. Elle exonère Al Hassan de sa responsabilité tout comme la contrainte.

IX. LA CONTRAINTE (ARTICLE 31(1) DU STATUT)

102. En ce qui concerne la contrainte comme motif d'exonération de la responsabilité individuelle, je note que la Majorité fait référence au jugement de la Chambre d'appel dans l'affaire *Ongwen*, et adopte le standard défini par cette jurisprudence. Sur ce point, je tiens à rappeler que l'Article 21 du Statut établit une hiérarchie des normes : la Cour est tenue d'appliquer 'en premier lieu' le Statut. Elle 'peut' ensuite 'appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures'. L'usage du verbe 'pouvoir' et non 'devoir' indique qu'un(e) juge n'est pas lié(e) à cette jurisprudence, et que si elle ou il considère qu'une jurisprudence de la Chambre d'appel entre en conflit avec l'interprétation qu'elle ou il fait du Statut, elle ou il est en droit de ne pas appliquer cette jurisprudence. Je considère pour ma part que dans l'affaire *Ongwen*, la Chambre d'appel a interprété l'article 31(1)(d) du Statut d'une manière trop étroite, avec le danger de le vider de son sens. Ensuite, l'affaire *Ongwen* et l'affaire *Al Hassan* sont trop différentes par nature pour que l'on puisse appliquer un même raisonnement aux deux affaires.

103. Mais avant d'examiner la situation particulière de M. Al-Hassan, revenons quelques instants sur le contenu exact de cet article 31(1)(d). Nous avons un besoin impérieux de bien interpréter cet article car il est parmi l'un de plus confuse du Statut de Rome. Comme pour l'erreur de droit, nous recourons ici également aux moyens d'interprétation que met à notre disposition la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Comme les règles générales prévues à l'article 31 de la Convention sur le droit des traités ne semblent pas d'un très grand secours, il serait mieux de passer

¹⁴⁸ Mémoire de la Défense, paras. 60 à 62; Mémoire final de la Défense, par. 296, faisant notamment référence au témoignage de P-0605 (MLI-OTP-0062-2888-R02, pp. 2902-2903).

aux moyens complémentaires d'interprétation de l'article 32 de la Convention de Vienne. Ainsi, je suis d'accord avec Kai Ambos que les travaux préparatoires tendent à montrer qu'à la dernière minute et à défaut d'un consensus clair les délégations ont 'fusionné et adopté sous l'expression « contrainte » en fait deux notions : l'état de nécessité et la contrainte elle-même. Cette conclusion est justifiée par la liste de quatre éléments constitutifs que le Statut de Rome prévoit pour cette cause d'exonération : (i) le type de conduite dont la responsabilité pénale doit être écartée ; (ii) les éléments caractérisant la contrainte, (iii) les actions requises pour éviter ou échapper à ce danger ou à cette menace ; et (iv) l'élément mental qui accompagne cette action.¹⁴⁹ Il est donc important de rappeler ici les vraies notions d'état de nécessité et de contrainte.

104. L'état de nécessité fait partie des causes d'exonération objectives selon la doctrine. Rappelons que les causes objectives ressortent des éléments extrinsèques à l'acte et elles sont extérieures à l'agent. Par contre les causes d'exonération subjectives sont relatives aux dispositions psychologiques de la personne poursuivie.¹⁵⁰ L'état de nécessité est ainsi généralement défini comme un acte visant à la sauvegarde d'une personne ou d'un bien face à un danger actuel ou imminent. C'est donc une notion très proche de celle de légitime défense puisque dans les 2 cas, l'infraction apparaît nécessaire afin d'éviter un péril. Mais contrairement à la légitime défense, ce péril n'est pas ici une agression. Ce danger doit être actuel, c'est-à-dire ni passé ni futur, autrement dit la nécessité ne peut s'entendre d'une simple crainte d'une éventualité mais bel et bien d'un danger avéré et immédiat. Par ailleurs, le péril ne doit pas résulter d'une faute de celui qui se prévaut de l'état de nécessité. Quant à la contrainte, elle est plutôt une cause subjective d'exonération de responsabilité pénale. Contrairement aux causes objectives, les causes subjectives sont celles qui sont inhérentes à l'auteur de l'infraction. On les appelle souvent des causes de non imputabilité puisque l'infraction n'est pas imputable à son auteur, faute d'une volonté libre de sa part. L'élément intentionnel de l'infraction a certes été caractérisé mais l'agent a été au moment de son acte privé de discernement.¹⁵¹

¹⁴⁹ See AMBOS, Kai et ESER, Albin, "Article 31 Ground for excluding criminal responsibility", in AMBOS, Kai (Editor), *Rome Statute of the International Criminal Court, Article-by-Article Commentary*, Four Edition, Beck Hart Nomos, Oxford, Baden-Baden, 2022, 3064 pp., pp. 1347-1381, p. 1372.

¹⁵⁰ Voir MICHAUD, Clémence, « Les grands principes de la responsabilité pénale », *Alter Avocats*, 1 décembre 2023 ; disponible sur : <https://alter-avocats-bordeaux.fr/les-grands-principes-de-la-responsabilite-penale/>.

¹⁵¹ Voir GUILLAUMETTE, Theo, « Chapitre 2 : Les causes d'exonération de la responsabilité pénale », Université Paris Dauphine, *Studocu*, Année académique 2018-2019 ; disponible sur :

105. Afin de mieux comprendre ces deux notions, nous pouvons encore nous inspirer du Code pénal français. Aux termes de l'article 122-7 du Code pénal l'état de nécessité est une cause d'exonération de responsabilité pénale pour « la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». Il s'agit donc d'un fait justificatif au même titre que la légitime défense ou l'ordre de la loi par exemple. C'est pourquoi l'impunité s'explique en raison de circonstances objectives justifiant la commission d'un acte qui hors d'un tel contexte aurait un caractère punissable. L'état de nécessité ne doit normalement pas être confondu avec la contrainte ou la force majeure qui, comme l'erreur ou le trouble mental, est une cause de non-imputabilité. Dans ce dernier cas, l'impunité s'explique en raison de données subjectives qui ne concernent que l'auteur de l'infraction. Dans l'état de nécessité l'agent tient compte des circonstances et fait le choix de commettre l'infraction parce que c'est le moyen le plus adéquat de conjurer le danger. Dans la contrainte l'agent n'a aucun choix, a perdu tout libre arbitre et commet l'infraction malgré lui. Ainsi par exemple, le pompier qui défonce à coup de hache la porte d'entrée d'une maison pour en affronter l'incendie agit en état de nécessité. Par contre l'automobiliste qui défonce cette même porte d'entrée avec son véhicule parce qu'il a dérapé sur une flaque d'huile dont la présence était imprévisible s'est trouvé sous l'empire de la contrainte.¹⁵²

106. Précisons encore que la contrainte est la deuxième cause subjective d'exonération de responsabilité pénale. Comme l'absence de discernement, elle ne s'applique qu'à celui qui en a souffert. Le coauteur, ou complice possible de l'infraction n'ayant nullement agit sous la contrainte demeure donc responsable pénalement. Faisant encore une fois du droit comparé, nous pouvons nous référer ici aussi au droit français. Ainsi, l'article 122-2 du code pénal français par exemple prévoit cette cause d'exonération en disposant que « n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ».

107. Il existe deux types de contrainte : physique et morale. La contrainte physique peut être externe ou interne ; il en est de même de la contrainte morale. La contrainte

<https://www.studocu.com/fr/document/universite-paris-dauphine/droit-penal/chapitre-2-les-causes-dexoneration-de-la-responsabilite-penale/6451612>.

¹⁵² Voir Dalloz, « L'état de nécessité », *Dalloz Actu Etudiant*, Dalloz 2024, 24 octobre 2019 ; disponible sur <https://actu.dalloz-etudiant.fr/focus-sur/article/letat-de-necessite/h/f9462bbc5d260fc1ed4250909cc2544a.html>.

physique externe résulte d'une force étrangère à l'agent. Son agissement est consécutif à une force naturelle, celle d'un animal par exemple. Dans le cas de la contrainte physique interne, l'agent de l'acte incriminé doit être victime d'une impulsion interne qui supprime sa liberté. Ce serait le cas de quelqu'un qui dans un train, paye pour une destination donnée, demande à être réveillé, mais dépasse sa destination sans titre valide tout simplement parce qu'il n'a pas été réveillé à temps. Il sera irresponsable pénalement.¹⁵³ Par contre la contrainte morale résulte d'une force qui va s'opérer sur la volonté de l'individu par la crainte d'un danger. Dans ce cas, l'agent a violé la loi qu'il connaissait bien, tout simplement parce qu'il a été poussé à agir malgré lui. La jurisprudence française considère que la contrainte morale interne n'est pas exonératoire de responsabilité pénale. Par contre, pour pouvoir exonérer l'agent de sa responsabilité pénale, la contrainte morale externe doit présenter les mêmes caractères que la contrainte physique, à savoir, qu'elle doit être irrésistible pour un « bon père de famille » et elle doit être imprévisible, c'est-à-dire, qu'elle ne doit pas résulter de la faute de l'agent lui-même.¹⁵⁴

108. En résumé, l'idée ici est que la volonté même exprimée et consciente de l'agent n'était pas libre. Quoiqu'il en soit, suivant, les textes il convient de distinguer contrainte externe c'est-à-dire la force extérieure et contrainte interne ; mais on remarquera que cette distinction classique est en réalité assez vaine dans la mesure où les effets et les caractères de la contrainte seront identiques dans ces deux séries d'hypothèse.¹⁵⁵

109. Comme nous l'avons dit, le droit du Statut de Rome est plutôt confus en cette matière. C'est pourquoi le concours de la jurisprudence est déterminant. A mon sens, celle-ci est encore balbutiante et elle est appelée à évoluer très rapidement. En ce qui concerne la contrainte donc, il est clair que la conduite répréhensible doit être un crime relevant de la compétence *ratione materiae* de la CPI. Cette condition est relativement facile à comprendre. Quant aux éléments caractérisant la contrainte, il y en aurait quatre (4). (i) La condition de base est qu'il faut une menace d'une mort imminente à sa propre intégrité physique ou à celle d'autrui. Il n'est pas nécessaire que cette menace soit illégale comme dans le cas de la légitime défense. Ainsi, cette condition fait penser à

¹⁵³ Voir ISA Germain, « La contrainte, une cause d'irresponsabilité pénale », in *La contrainte, une cause d'irresponsabilité pénale ou d'atténuation de la responsabilité*, Droit pénal, Cours de droit.net, 2024 ; disponible sur : <https://cours-de-droit.net/contrainte-droit-penal/>.

¹⁵⁴ Voir ISA Germain, « La contrainte, une cause d'irresponsabilité pénale », *op. cit.*, *idem*.

¹⁵⁵ Voir GUILLAUMETTE, Theo, « Chapitre 2 : Les causes d'exonération de la responsabilité pénale », *op. cit.*, *idem*.

l'état de nécessité. Quoiqu'il en soit, à mon sens l'imminence de la menace peut être un état d'urgence général persistant qui doit être cependant objectif. Comme cela, ma position est plutôt proche de celle de la Défense car je pense que ce qui compte, c'est qu'un risque objectif existe et affecte l'esprit de l'accusé au moment où il commet les actes criminels en question.¹⁵⁶ En d'autres termes, il peut s'agir d'une grave menace objective et persistante contre la vie ou la santé de l'agent ou même de ses proches. Je m'inscris donc en faux contre l'opinion qui soutient qu'aux dires de la Chambre d'Appel dans l'affaire Ongwen,¹⁵⁷ il faut une menace actuelle et instantanée ou à tout le moins, suffisamment proche.¹⁵⁸ L'histoire criminelle de l'humanité a suffisamment montré qu'une atmosphère diffuse, lancinante et persistante de xénophobie, de racisme ou d'antisémitisme peut à tout instant basculer en violences individuelles ou organisées, ou même en un règne de terreur ou de génocide. Il s'agit donc d'être très prudent ici et d'examiner les situations au cas par cas, même si évidemment nous devons nous en tenir aux critères de base stipulés dans le Statut de Rome. Quant à son origine, la menace peut provenir d'autres personnes ou être constituée par un faisceau des circonstances qui sont au-delà de la volonté de l'agent.¹⁵⁹ Cette menace doit être donc irrésistible, du moins pour un homme raisonnable.

110. La personne exposée à la menace pourrait être l'agent lui-même (elle-même) ou une autre personne. Finalement, la menace doit se concrétiser en une contrainte ou un péril objectif et imminent pour l'agent. Il est vrai que cette contrainte est le lien entre la grave menace et la conduite criminelle de l'agent. Cette contrainte doit dépasser l'entendement de l'agent qui en est alors la victime. Elle ne doit donc pas être causée ou provoquée par l'agent lui-même. Elle doit être ainsi plutôt imprévisible, comme l'exigerait le droit français. La menace ne résulte en contrainte que si elle ne peut être évitée autrement qu'en adoptant ce comportement réputé criminel au regard du Statut de Rome, pour une personne raisonnable se situant en pareilles circonstances.

111. Toutefois, il n'est pas exigé de montrer une bravoure ou un héroïsme spécial face à cette menace. L'échelle des valeurs est celle d'un homme ordinaire et raisonnable

¹⁵⁶ Voir Defence Trial Brief, para. 86.

¹⁵⁷ Voir ICC, Situation en Ouganda, Affaire *Le Procureur v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15A, *Judgement on the appeal of Mr. Ongwen against the decision of Trial Chamber IX of 4 February 2021 entitled "Trial Judgment"*, 15 December 2022, 611 pp.

¹⁵⁸ Voir ICC, Affaire Ongwen, *Jugement de 1^{ère} Instance* ; para. 2582 ; *Arrêt de la Chambre d'Appel* , paras. 1422-1423.

¹⁵⁹ See AMBOS, Kai (Editor), *Rome Statute of the International Criminal Court, Article-by-Article Commentary*, *op. cit.*, *idem*.

et surtout pas un héros ; elle est celle d' « un bon père de famille » comme nous disons en droit romano-germanique. Il doit donc être impossible à un homme raisonnable placé dans les mêmes conditions ou circonstances de résister à cette force extérieure. L'agent doit avoir agi nécessairement et raisonnablement pour éviter et conjurer cette menace. Il semble qu'à la différence de la légitime défense qui requiert que l'action condamnable de l'agent soit proportionnelle au danger à éviter, ici, il n'en est pas le cas. Une simple réaction nécessaire et raisonnable suffit. Ceci correspond au choix d'un moindre mal comme résumé par le Juge Antonio Cassese dans son Opinion dissidente dans *l'affaire Erdemović* en exigeant que « le crime commis ne soit pas disproportionné, le crime commis sous la contrainte doit être, sur la balance, en équilibre, le moins de deux maux, le moindre mal.¹⁶⁰

112. Finalement, l'agent ne doit pas chercher à causer une plus grave atteinte que la menace qu'il cherche à conjurer ou à éviter.

113. En réalité, dans le cas qui nous concerne, je pense qu'une menace persistante et lancinante mais suffisamment objective existait en permanence contre l'intégrité physique de M. Al Hassan ou de ses proches, s'il ne consentait pas à intégrer ces groupes armés à connotation touareg. Cet élément n'est pas à sous-estimer ni à être pris à la légère. Compte tenu de sa situation personnelle particulière, un refus de sa part serait considéré comme une trahison envers les membres de son groupe ethnique. L'atteinte à sa vie ou à son intégrité physique ou à celles de ses proches pouvait se concrétiser à tout moment. Cette éventualité objective pouvait se réaliser à l'instant ou dans le futur plus ou moins proche. Si l'exécution de la menace pouvait potentiellement être retardée, elle pouvait tout autant se réaliser sans délai. M. Al Hassan vivait donc dans un environnement constamment hostile et violent. Financièrement et surtout psychologiquement, compte tenu de son âge et de son caractère timide, il n'avait aucun moyen sérieux pour y faire face en dehors de se plier et intégrer Ansar Dine. A mon sens donc, cette menace n'implique pas nécessairement une concrétisation immédiate. Pareille conception serait annihiler toute la portée exonératoire de cette disposition importante du Statut de Rome qui, rappelons-le, mélange le concepts de l'état de

¹⁶⁰ Voir TPIY, Chambre d'Appel, *Affaire Le Procureur v. Drazen Erdemović*, IT-96-22-A, *Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese*, 7 October 1997, 37 pp., para. 16. The complete definition of duress, as found in Judge Cassese's separate opinion, para. 41, requires: (1) a severe threat to life or limb, (2) no adequate means to escape the threat, (3) proportionality in the means taken to avoid the threat, (4) the situation of duress should not have been self-induced; disponible sur: <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-adojcas971007e.pdf>.

nécessité et de contrainte en tant que tels, réelles circonstances dans lesquelles se trouvait l'Accusé.

114. Ainsi, concernant les circonstances particulières de cette affaire, je ne pense pas que M. Al Hassan, en son for intérieur, ait partagé complètement l'idéologie d'Ansar Dine/AQMI. Je tiens à rappeler qu'il a été décrit comme étant une personne qui, avant l'arrivée de ces groupes au pouvoir à Tombouctou, participait à des concerts, jouait de la musique avec ses amis, chantait et dansait.¹⁶¹ P-0065 quant à lui a expliqué que son impression était que lorsque les groupes sont arrivés dans les villes, face à la main mise d'Al-Qaïda sur la situation, les chefs tribaux ont demandé aux jeunes de rejoindre Ansar Dine pour se protéger et pour protéger la communauté par l'intérieur, et que la tribu d'Al Hassan ainsi que son ambition personnelle l'ont poussé à être un 'acteur non extrémiste'. Certes, tous les jeunes Touarègues n'ont pas rejoint ces groupes armés ; mais justement tous ces jeunes n'étaient pas tous dans la situation particulière et individuelle d'Al Hassan. Chacun d'eux avaient ses propres attaches avec son clan et son ethnie et tous les clans n'étaient pas pareils, comme nous l'avons appris durant le procès. Il est vrai qu'Al Hassan, né le 19 septembre 1977, âgé de 35 à 36 ans au moment des faits, était un jeune homme plutôt timide et qui, à mon sens, a été plutôt happé malgré lui dans ce mouvement des groupes armés, poussé à la fois par la force de son groupe ethnique touarègue et par son ignorance des méandres juridiques de la CPI. Il était de nature bienveillant. N'oublions pas que le témoin P-0065 a ajouté que M. Al Hassan était d'ailleurs connu pour avoir eu un rôle positif dans la Police islamique, et que l'on parlait de la façon dont il avait aidé les gens quand il évoluait au sein de cet organe.¹⁶² Al Hassan n'avait pas l'âme d'un « terroriste islamiste ».

115. Enfin, en tant que Touarègue, et donc issu d'une minorité persécutée pendant des décennies par le pouvoir central,¹⁶³ M. Al Hassan était naturellement porté à rejoindre un groupe armé qui se disait défenseur de son propre peuple, en l'occurrence Ansar Dine. En outre, je considère que bien que le juge doive être convaincu de l'existence du caractère *objectif* de la menace, il doit également apprécier le caractère *ressenti* ou *subjectif* de cette menace. C'est bien le ressenti de l'accusé qui l'amène à

¹⁶¹ D-0272, MLI-D28-0006-4181-R01, page 4183, par. 16.

¹⁶² P-0065: T-050, p. 18.

¹⁶³ Jugement, para 411 ('In addition, [the Tuareg] community also felt that they were discriminated against by the rest of the population and by the Malian army, in particular during and as a result of the Tuareg rebellions. Within the Tuareg community, people repeatedly referred to several killings allegedly committed by the Malian army targeting Tuareg people.').

prendre la décision du passage à l'acte. La sécurité repose certes sur des éléments objectifs, mais elle s'apprécie également selon le ressenti personnel de la personne concernée. Dans cette affaire, la Défense a expliqué que M. Al Hassan n'avait pas d'autre option que de rejoindre les groupes, notamment parce qu'il n'avait pas les moyens matériels de fuir.¹⁶⁴

116. Ensuite, la Chambre a estimé qu'un document trouvé dans les bâtiments de l'ancienne *Gendarmerie Nationale* montre que les nouvelles recrues étaient tenues 'd'écouter et obéir', ainsi que d'exécuter 'tout ordre donné'. Elles étaient informées des règles quant à leur comportement et qu'elles seraient punies pour tout manquement à ces règles, punition pouvant aller jusqu'à l'exclusion du camp.¹⁶⁵ P-0150 a expliqué que tout cela avait été écrit pour pouvoir être utilisé comme engagement pour les nouvelles recrues, et ainsi, pour que tout le monde soit parfaitement informé de toutes les conditions lorsqu'ils rejoignent le groupe.¹⁶⁶

117. La Chambre a conclu que ce document, intitulé 'règles de recrutement', contenait les règles de recrutement d'Ansar Dine/AQMI à Tombouctou en 2012-2013, applicables notamment dans les camps d'entraînement.¹⁶⁷ La Chambre a également noté le témoignage de D-0529 qui a expliqué que les nouvelles recrues étaient informées que la punition pour fornication était de 100 coups de fouet pour une personne n'ayant jamais été mariée, et la lapidation pour une personne ayant été mariée.¹⁶⁸ Je note également le témoignage de P-0150, auquel la Chambre fait référence, et qui a déclaré que s'il avait refusé d'obéir, il 'savai[t] très bien [qu'il aurait] été congédié de toutes les positions [qu'il occupait] à ce moment-là, [il aurait] été chassé, [il aurait] peut-être même été accusé de... de charges importantes. [il aurait] pu être tué... Et ça aurait représenté pour [lui] un énorme risque.'¹⁶⁹

118. Enfin, à ceci s'ajoute le fait que la violence flagrante dont Ansar Dine/AQMI ont fait preuve quand ils ont administré Tombouctou, ne pouvait qu'être intimidante

¹⁶⁴ Defence Trial Brief, par. 93 ('*At the beginning of 2012, Al Hassan lost his source of income, while his wife was pregnant. He did not have the financial means to relocate and exile would have required a dangerous journey and exposed his family to both severe security threats and risks en route, and humanitarian and health risks on arrival in refugee camps. Given that his wife was 9 months pregnant in April 2012, it was not a safe and reasonable option in his particular circumstances.*').

¹⁶⁵ Jugement, par. 440 *faisant référence* à Document MLI-OTP-0002-0759, traduction MLI-OTP-0078-6164, p. 6165.

¹⁶⁶ Jugement, par. 440, note 1116.

¹⁶⁷ Jugement, par. 440, note 1116.

¹⁶⁸ Jugement, par. 440, note 1116 *faisant référence* à D-0529: T-189, pp. 7-8, 48.

¹⁶⁹ Jugement, par. 1762 *faisant référence* à P-0150: T-103, pp. 30-31.

pour toute personne vivant à Tombouctou à ce moment-là, d'autant plus pour tout membre souhaitant éventuellement quitter les groupes et, partant, devenant 'un traître'. Je conclus donc à l'existence, pour M. Al Hassan, en tant que membre d'Ansar Dine/AQMI qui n'aurait pas respecté les ordres donnés, d'une menace diffuse et persistante, qui pouvait éventuellement aller jusqu'au danger de mort, pendant la période visée par les charges. L'ensemble de ces éléments m'amènent à la conclusion que, contrairement à l'avis de la Majorité, M. Al Hassan a agi sous la contrainte au sens de l'article 31(1)(d) du Statut. Et malgré ou plutôt grâce à cette contrainte, Al Hassan a pu intégrer ANSAR Dine/AQMI et grâce ou à cause de l'erreur de droit, Al Hassan a pu quand même relativement assurer la sécurité à Tombouctou et plus ou moins assister sa population au sein d'Ansar Dine/AQM.

X. RELATIVE CONTRIBUTION DE M. AL HASSAN ET D'ANSAR DINE/AQMI MALGRE LES GRAVES CRIMES COMMIS

119. De plus, comme je l'ai dit plus haut et comme l'a jugé la Chambre, il est clair que de nombreux et graves crimes ont été commis par les groupes armés Ansar Dine/AQMI pendant leur règne à Tombouctou. Mais, il ne saurait être non plus reproché dans cette affaire à Ansar Dine/AQMI d'avoir mis en place, à Tombouctou, des institutions et contribuer au rétablissement de l'ordre public. Je l'ai déjà dit. En l'absence totale des structures étatiques, ils ont, à la place de l'État, assuré la protection de la population civile. Comme on le sait, « [l']ordre public est rétabli par le biais d'opérations de police, qui sont régies par le droit interne et par le droit international des droits de l'homme, et non pas par le biais d'opérations militaires, qui sont régies par les règles du DIH relatives à la conduite des hostilités ». ¹⁷⁰ M. AL Hassan y a contribué relativement bien car il était apprécié par la population civile de Tombouctou.

120. Je considère pour ma part que lorsqu'ils prennent le contrôle d'un territoire pour une période prolongée, les groupes armés organisés ne peuvent abroger la constitution en place, mais doivent faire respecter la loi sur ce territoire. En conséquence, les groupes armés Ansar Dine/AQMI devraient donc avoir des obligations similaires à celles d'un État occupant quant à l'administration de ce territoire, le besoin d'assurer l'ordre public et de rendre la justice, telles que décrites dans la Quatrième Convention de Genève et le Protocole Additionnel I. Je rappelle que la raison principale pour

¹⁷⁰ Voir WATKIN, Kenneth, « L'emploi de la force en période d'occupation: maintien de l'ordre public et conduite des hostilités », *op. cit.*, *idem*, p. 212.

laquelle ces obligations existent pour les États occupant le territoire d'un autre État n'est autre que la sécurité, le bien-être et le protection de la population civile et des personnes protégées. Al Hassan a contribué positivement et avec enthousiasme à sécuriser et à secourir la population de Tombouctou ainsi que la preuve l'a démontré. Ces mêmes préoccupations devraient donc guider l'adoption d'obligations internationales minimales supplémentaires pour les groupes armés organisés qui contrôlent un territoire.¹⁷¹

121. De nombreux témoignages sont d'ailleurs venus étayer le fait que la situation sécuritaire s'était améliorée à partir du moment où Ansar Dine/AQMI avaient pris le contrôle de la ville de Tombouctou. Al Hassan y a contribué également, convaincu qu'il était de son bon droit et fort de son naturel gentil. La Chambre a estimé qu'à partir de ce moment-là, et après le 'chaos' créé par le MNLA, la population avait eu le sentiment que l'ordre et la sécurité avaient été restaurés, les pillages et les vols réduits.¹⁷² Les groupes ont notamment mis en place un numéro de téléphone d'urgence et distribué gratuitement de l'électricité, de l'eau et des soins médicaux à la population.¹⁷³
122. Loin d'avoir les capacités d'un État, Ansar Dine/AQMI ont mis en place des institutions et un système et des procédures judiciaires à la mesure de leurs capacités. Ces capacités limitées ne leur permettaient pas, par exemple, d'inclure un avocat de la défense dans les procédures, avocats qui par ailleurs manquaient déjà dans la région avant leur arrivée. Ansar Dine/AQMI se sont également naturellement appuyés sur le système de justice traditionnelle qui était déjà en place localement : le système des qadis.¹⁷⁴ Ils ont recruté aussi des juges locaux respectés par la population. C'est notamment le cas de

¹⁷¹ ICRC, [ICRC report on IHL and the challenges of contemporary armed conflicts - Recommitting to protection in armed conflict on the 70th anniversary of the Geneva Conventions](#), 22 Novembre 2019, pp. 53-54 ('*IHL applicable in non-international armed conflict does not, however, contain rules addressing issues such as the provision of public order and safety, the possible collection of taxes, or the adoption of laws regulating life in such territory. [...] Issues pertaining to the relationship between citizens and authorities are primarily the purview of human rights law. Ensuring continued protection of the human rights of persons living in territory under the de facto control of armed groups is, however, challenging as a matter of law and practice [...] unlike IHL, human rights treaties bind only States. [...] In a number of instances, States – notably though resolutions adopted in UN organs such as the Security Council, the General Assembly, or the Human Rights Council – have called on non-State armed groups that exercise de facto control over territory to comply with human rights law in addition to respecting their IHL obligations. [...] To overcome these legal challenges and engage in protection-related dialogue with all parties to armed conflict, the ICRC takes a pragmatic approach and operates on the premise that "human rights responsibilities may be recognized de facto" if a non-State armed group exercises stable control over territory and is able to act like a State authority.*).

¹⁷² Jugement, par. 464.

¹⁷³ Jugement, par. 464.

¹⁷⁴ Jugement, section III.A.5 ('Traditional justice system').

Houka Houka qui était déjà juge avant l'arrivée d'Ansar Dine/AQMI et qui a continué à officier comme juge après le départ de ces groupes armés comme l'a montré la preuve.¹⁷⁵

123. Enfin rappelons-le encore une fois, le présent jugement n'examine et surtout ne condamne pas le grand projet d'Ansar Dine/AQMI à Tombouctou, et plus largement dans le Nord du Mali. Et il n'interfère pas dans les efforts du Gouvernement malien de maintenir l'unité de son pays. La Chambre a examiné les actes de ses protagonistes, lorsqu'ils font partie des charges portées contre M. Al Hassan, et vérifié, au vue de la preuve et en application du Statut, si l'existence de crimes attribuable à l'accusé était établie au-delà de tout doute raisonnable.

XI. CONCLUSION

124. Pour conclure, j'adhère à l'ensemble des conclusions factuelles et juridiques du jugement quant aux crimes commis et à la responsabilité pénale individuelle de M. Al Hassan vis-à-vis de ces crimes, exception faite des crimes concernant les flagellations. Néanmoins, je considère qu'il existe un motif d'exonération complète de cette responsabilité au sens de l'article 31(1)(d) du Statut de Rome, fondé sur la contrainte et qu'il en existe un autre fondé sur l'erreur de droit au titre de l'article 32(2) du même Statut. En conséquence, M. Al Hassan doit être acquitté de l'ensemble les charges portées contre lui. Il n'est pas le vrai coupable.

125. Ma conclusion ne signifie pas que des crimes n'ont pas été commis. Je réaffirme avec force que des crimes graves ont été perpétrés par les groupes armés Ansar Dine/AQMI et leurs membres, crimes internationaux prévus au Statut de Rome et dont la preuve a été présentée avec succès, au-delà de tout doute raisonnable, par le Bureau du Procureur devant la Chambre. Ces crimes odieux ont impacté très négativement les victimes de Tombouctou, en particulier les femmes et les enfants, les victimes du Mali et pourquoi pas d'ailleurs dans le monde. Toutes ces victimes méritent d'être entendues, reconnues, réparées et assistées autant que possible dans tous leurs droits. Je leur rends hommage avec respect, et j'espère que les prochaines procédures ou affaires dans cette situation du Mali permettra de juger et de condamner les coupables de toutes ces souffrances causées à ces victimes innocentes et à leurs ayants droit et ayants cause.

¹⁷⁵ Jugement, para. 609.

Fait en anglais et en français, la version française faisant foi.



Judge Antoine Kesia-Mbe Mindua
Presiding Judge

Fait le 28 Juin 2024

À La Haye (Pays-Bas)