



Original : français

N° : ICC-01/04-02/06

Date : 7 mars 2014

LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II

Composée comme suit : Mme la juge Ekaterina Trendafilova, juge président
M. le juge Hans-Peter Kaul
M. le juge Cuno Tarfusser

**SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE
LE PROCUREUR
c. BOSCO NTAGANDA**

Public

Observations finales au nom des anciens enfants-soldats

Origine : Bureau du conseil public pour les victimes

Document à notifier conformément à la norme 31 du Règlement de la Cour aux destinataires suivants :

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda
M. James Stewart
Mme Nicole Samson

Le conseil de la Défense

Me Marc Desalliers
Me Caroline Buteau
Me Andrea Valdivia

Les représentants légaux des victimes

Mme Sarah Pellet
Me Franck Mulenda
M. Mohamed Abdou

Les représentants légaux des demandeurs

M. Dmytro Suprun
Me Chérine Luzaisu
Mme Ludovica Vetrucchio

Les victimes non représentées

**Les demandeurs non représentés
(participation/réparation)**

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Mme Paolina Massidda

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Les représentants des États

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier

M. Herman von Hebel

La Section d'appui à la Défense

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

I. HISTORIQUE PROCÉDURAL

1. Le 22 août 2006, la Chambre préliminaire I, à laquelle la présente affaire avait initialement été assignée, a rendu sa « Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt »¹, accompagnée d'un mandat d'arrêt visant M. Bosco Ntaganda².

2. Le 15 mars 2012, la Présidence a assigné la situation en République démocratique du Congo (la « RDC ») à la Chambre préliminaire II³.

3. Le 13 juillet 2012, la Chambre préliminaire II (la « Chambre ») a rendu sa « Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 »⁴, émettant un second mandat d'arrêt à l'encontre de M. Bosco Ntaganda.

4. Le 28 mai 2013, la juge unique de la Chambre (la « Juge unique ») a émis la « *Decision Establishing Principles on the Victims' Application Process* »⁵ dans laquelle elle a posé, *inter alia* les principes concernant le processus de participation des victimes et a ordonné au Greffier de consulter les demandeurs concernant leur préférence eue égard à la représentation légale. La Juge unique a également ordonné au Greffier d'identifier des personnes remplissant les critères pour être nommés comme personnes assistant un conseil, en consultation avec le Bureau du conseil public pour les victimes (le « Bureau » ou le « BCPV »)⁶.

¹ Voir la « Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt » (Chambre préliminaire I), n° ICC-01/04-02/06-1-US-Exp, 22 août 2006. Cette décision a été enregistrée dans le dossier de l'affaire le 6 mars 2007 dans sa version expurgée et a été rendue publique le 1^{er} octobre 2010, n° ICC-01/04-02/06-1-Red.

² Voir le « Mandat d'arrêt » (Chambre préliminaire I), n° ICC-01/04-02/06-2-Anx, 22 août 2006.

³ Voir la « Décision relative à la constitution des chambres préliminaires et à l'assignation des situations en République démocratique du Congo, au Darfour (Soudan) et en Côte d'Ivoire » (Présidence), n° ICC-01/04-02/06-32-tFRA, 15 mars 2012.

⁴ Voir la « Décision relative à la requête déposée par le Procureur en vertu de l'article 58 » (Chambre préliminaire II), n° ICC-01/04-02/06-36-Red-tFRA, 13 juillet 2012.

⁵ Voir la « *Decision Establishing Principles on the Victims' Application Process* » (Chambre préliminaire II, Juge unique), n° ICC-01/04-02/06-67, 28 mai 2013.

⁶ *Idem*, p. 22.

5. Le 2 décembre 2013, la Juge unique a rendu sa « *Decision Concerning the Organisation of the Common Legal Representation of Victims* »⁷ par laquelle elle a nommé deux conseils du Bureau représentants légaux communs des deux groupes de victimes identifiés dans la « *Decision Requesting the VPRS and the OPCV to take steps with regard to the legal representation of victims in the confirmation of charges hearing and in the related proceedings* »⁸.

6. Le 15 janvier 2014, la Juge unique a rendu sa « *Decision on Victims' Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings* »⁹, admettant les victimes figurant à l'annexe C à participer à l'audience de confirmation des charges et aux procédures y afférentes¹⁰, dont 97 anciens enfants-soldats. La Juge unique a également fixé les modalités de participation des victimes¹¹.

7. Le 7 février 2014, la Juge unique a rendu sa « *Second Decision on Victims' Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings* »¹², admettant 43 anciens enfants-soldats à participer à l'audience de confirmation des charges et aux procédures y afférentes.

8. L'audience de confirmation des charges s'est tenue du 10 au 14 février 2014.

9. Le 14 février 2014, la Chambre a rendu une décision orale autorisant les Représentants légaux communs à « *soumettre des observations par écrit concernant les*

⁷ Voir la « *Decision Concerning the Organisation of the Common Legal Representation of Victims* » (Chambre préliminaire II, Juge unique), n° ICC-01/04-02/06-160, 2 décembre 2013.

⁸ *Idem*, paras. 10, 23 et 25. Voir également la « *Decision Requesting the VPRS and the OPCV to take steps with regard to the legal representation of victims in the confirmation of charges hearing and in the related proceedings* » (Chambre préliminaire II, Juge unique), n° ICC-01/04-02/06-150, 20 novembre 2014.

⁹ Voir la « *Decision on Victims' Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings* » (Chambre préliminaire II, Juge unique), n° ICC-01/04-02/06-211, 15 janvier 2014.

¹⁰ Voir l'« *Annex C to the Decision on Victims' Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings* » (Chambre préliminaire II, Juge unique), n° ICC-01/04-02/06-211-AnxC, 15 janvier 2014.

¹¹ Voir la « *Decision on Victims' Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings* », *supra* note 9, section IX, paras. 81-96.

¹² Voir la « *Second Decision on Victims' Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings* » (Chambre préliminaire II, Juge unique), n° ICC-01/04-02/06-251, 7 février 2014.

questions qui ont été soulevées au cours de l'audience de confirmation »¹³ au plus tard le 7 mars 2014¹⁴, n'excédant pas 50 pages¹⁵.

10. En conséquence, le représentant légal commun des anciens enfants-soldats (le « Représentant légal ») soumet respectueusement ses observations écrites, gardant à l'esprit que ledit Représentant légal n'a eu accès qu'aux seuls éléments publics du dossier et qu'en conséquence ses observations ne sauraient être exhaustives. De plus, ses observations se limitent aux questions se rapportant directement aux intérêts personnels des anciens enfants-soldats et donc aux chefs d'accusation 6, 9, 14, 15 et 16 du document contenant les charges¹⁶.

11. Le Représentant légal réitère ses soumissions orales présentées lors de l'audience de confirmation des charges¹⁷ et se contentera de développer, dans les présentes écritures, des points juridiques complétant ces dernières.

II. OBSERVATIONS FINALES ÉCRITES

12. À titre préliminaire, le Représentant légal souhaite répondre aux développements de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges, dans ses conclusions finales orales selon lesquels :

« [elle] ne remet pas en cause le droit offert aux victimes de participer aux présentes procédures, afin d'assister aux débats et d'y soumettre leurs vues et préoccupations. Elle soumet cependant que les victimes ne peuvent, par l'entremise de leurs représentant légaux, se comporter en Procureur auxiliaire »¹⁸.

¹³ Voir la transcription de l'audience du 14 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-11-FRA ET, p. 9, lignes 17-19.

¹⁴ *Idem*, lignes 23-26.

¹⁵ *Ibid.*, p. 10, lignes 1-2.

¹⁶ Voir le « Document Containing the Charges », n° ICC-01/04-02/06-203-AnxA, 10 janvier 2014.

¹⁷ Voir la transcription de l'audience du 10 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-7-FRA ET, pp. 18-22 (observations liminaires) et la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, pp. 78-84 (observations finales).

¹⁸ Voir la transcription de l'audience du 14 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-11-FRA ET, p. 2, ligne 27 à p. 3 ligne 2.

13. Le Représentant légal soumet qu'aux termes de l'article 68-3 du Statut de Rome les victimes peuvent présenter leurs vues et préoccupations à tous les stades de la procédure devant la Cour lorsque leurs intérêts personnels sont concernés. De plus, l'intérêt des victimes n'est en aucun cas comparable, ni ne saurait être confondu, avec le rôle que joue l'Accusation dans les procédures devant la Cour¹⁹, ce qui est d'ailleurs confirmé tant par la jurisprudence de la Cour²⁰ que par la doctrine²¹.

14. La Défense a également remis en cause le fait que les victimes « *ont soutenu que le simple fait qu'un aussi grand nombre d'entre elles aient été admises à participer à la procédure constituait, en soi, une preuve convaincante, suffisante à corroborer la preuve du Procureur* »²². À cet égard, le Représentant légal rappelle que la différence entre le fait de présenter les vues et préoccupations des victimes d'une part et la présentation ou la déposition d'élément de preuve d'autre part est clairement établie dans la

¹⁹ Dans ce sens, voir DONAT-CATTIN (D.), « Article 68 », dans TRIFFTERER (O.) (éd.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2^{ème} édition, Verlag C.H.Beck oHG, Hart Publishing and Nomos Verlagsgesellschaft mbH and Co, Munchen, Altustried-Krugzell, 2008, pp. 1296 et 1297: « *victims (or her/his representative) are a 'guardians' of the fairness of the proceedings with respect to their personal interests, and not 'agents' in search of retribution. The possibility of intervention in the most crucial stages of the proceedings may represent an important step in the 'rehabilitation' of the victims* ».

²⁰ Conformément à la Chambre préliminaire I, « *le Statut confère aux victimes une voix et un rôle indépendants dans la procédure devant la Cour. Cette indépendance doit pouvoir s'exercer notamment à l'égard du Procureur de la Cour pénale internationale afin que les victimes puissent exprimer leurs intérêts. Ainsi que la Cour européenne l'a réitéré à plusieurs reprises, une victime qui participe à la procédure pénale ne peut être considérée comme l'adversaire du ministère public, ni d'ailleurs nécessairement comme son alliée, leur rôle et leurs objectifs étant clairement distincts* » : voir la « Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6 » (version publique expurgée, 22 mars 2006) (Chambre préliminaire I), n° ICC-01/04-101, 17 janvier 2006, para. 51. Cette thèse a été réitérée aussi par la Chambre préliminaire II : voir la « Décision relative à la requête du Procureur sollicitant l'autorisation de participer à l'audience du 12 février » (Chambre préliminaire II), n° ICC-02/04-01/05-155, 9 février 2007, p. 4. Enfin, selon le Juge Song, « *[l]a victime d'un crime a un intérêt particulier à ce que le responsable présumé de ses souffrances soit traduit en justice. Cet intérêt dépasse l'intérêt général qu'a la société de voir les criminels rendre compte de leurs actes. Le Statut et le Règlement de procédure et de preuve reconnaissent cet intérêt des victimes* » : voir l'opinion individuelle du Juge Song intégrée à la « Décision de la Chambre d'appel sur la demande conjointe des victimes a/0001/06 à a/0003/06 et a/0105/06 du 2 février 2007, relative aux Prescriptions et décision de la Chambre d'appel », n° ICC-01/04-01/06-925, 13 juin 2007, para. 13.

²¹ Dans ce sens, voir SCHABAS (W.A.), « *An Introduction to the International Criminal Court* », Cambridge University Press, 2004, pp. 172 et 173. Voir également SCOMPARAIN (L.), « *La Victime du Crime et la Juridiction Pénale Internationale* », dans DELMAS-MARTY (M.) et CASSESSE (A.) (éd.) *Crimes Internationaux et Juridictions Internationales*, Press Universitaires de France, 2002, p. 335.

²² Voir la transcription de l'audience du 14 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-11-FRA ET, p. 3, lignes 5-7.

jurisprudence de la Cour. Dans le cadre de l'affaire *Lubanga*, la Chambre de première instance a indiqué que :

« it needs to be stressed that the process of victims 'expressing their views and concerns' is not the same as 'giving evidence'. The former is, in essence, the equivalent of presenting submissions, and although any views and concerns of the victims may assist the Chamber in its approach to the evidence in the case, these statements by victims (made personally or advanced by their legal representatives) will not form part of the trial evidence »²³.

15. Enfin, le Représentant légal s'étonne de l'affirmation de la Défense selon laquelle les extraits des demandes de participation des victimes lus par les représentants légaux pendant l'audience de confirmation des charges « *étaient toujours expurgés à l'égard de la Défense* »²⁴ semblant découvrir que la victime a/1308/13, « *laquelle porte de graves accusations directement contre M. Ntaganda* », est également le témoin P-10²⁵. Le Représentant légal rappelle que pour les besoins de la règle 89 du Règlement de procédure et de preuve, la Défense a reçu l'ensemble des demandes de participation de ses clients. Les expurgations appliquées auxdites demandes ne concernaient que les informations pouvant permettre l'identification des victimes et aucun passages sur lesquels s'est appuyé le Représentant légal étaient inconnus de la Défense, soit parce qu'ils n'étaient pas expurgés, soit parce que l'information, notamment le fait que a/1308/13 ait été violée de façon répétée par M. Bosco Ntaganda lui-même était connu de la Défense du fait des éléments de preuve enregistrés au dossier de l'affaire, et parce que la Défense a également assisté à son témoignage dans l'affaire *Lubanga*, bien que dans une autre capacité. En ce qui concerne la victime a/1308/13, le Représentant légal démontrera que les allégations de

²³ Voir la « *Decision on the request by victims a/ 0225/06, a/0229/06 and a/0270/07 to express their views and concerns in person and to present evidence during the trial* » (Chambre de première instance I), n° ICC-01/04-01/06-2032-Anx, 26 juin 2009, para. 25. Dans l'affaire *Bemba*, la Chambre de première instance III a repris cette approche à son compte. Voir la « *Decision on the supplemented applications by the legal representatives of victims to present evidence and the views and concerns of victims* » (Chambre de première instance III), n° ICC-01/05-01/08-2138, 22 février 2012, para. 19.

²⁴ Voir la transcription de l'audience du 14 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-11-FRA ET, p. 3, ligne 18 à p. 4, ligne 3.

²⁵ *Idem*, p. 3, ligne 24 à p. 4, ligne 3.

la Défense contestant l'intégralité des déclarations fournies sont infondées dans ses observations au fond *infra*, notamment en raison de la loi congolaise régissant l'émission des cartes électorales tenant lieu de carte d'identité²⁶.

A. Observations concernant les crimes de conscription, d'enrôlement et de participation active aux hostilités d'enfants de moins de 15 ans (chefs d'accusation 14, 15 et 16)

1) La présence d'enfants-soldats dans les rangs de l'UPC/FPLC en 2002-2003

16. La Défense allègue qu'« aucun des éléments présentés par le Procureur ne rapporte la preuve que des enfants de moins de 15 ans ont été intégrés dans les FPLC durant la période des charges ou qu'ils ont mené des activités militaires »²⁷.

17. Cette conclusion semble directement en contradiction avec certains éléments de preuve contenus dans le dossier de l'affaire mais sur lesquels la Défense n'a pas jugé utile d'apporter des éclaircissements.

18. En effet, M. Bosco Ntaganda ne pouvait ignorer les lettres envoyées à son supérieur hiérarchique direct, et notamment les lettres datées du 21 octobre 2002 et du 27 janvier 2003²⁸. Le suspect, en sa qualité de Chef d'état-major adjoint, ne pouvait non plus ignorer le Décret du 1^{er} juin portant démobilisation des enfants-soldats des Forces Patriotiques pour la Libération du Congo²⁹. Ces documents attestent de la présence d'enfants dans les rangs de l'UPC/FPLC.

²⁶ Voir *infra* paras. 23-0, et en particulier le para. 32. Voir aussi la « Réponse du Représentant légal des victimes a/0047/06, a/0048/06, a/0050/06 et a/0052/06 à la 'Requête de la Défense aux fins d'arrêt définitif des procédures' datée du 10 décembre 2010 », n° ICC-01/04-01/04-2675-Red, 31 janvier 2011.

²⁷ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, pp. 15, lignes 5-8 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 14.

²⁸ Voir la lettre n° 013/UPC/RP/CAB/PRES/2003 datée du 27 janvier 2003, DRC-OTP-0029-0275, EVD-PT-OTP-00345 citant la lettre n° 287/UPC/RP/CAB/PRES/2002 datée du 21 octobre 2002 dans laquelle M. Thomas Lubanga, Commandant en chef des FPLC demande au Chef d'état-major des FPLC un rapport détaillé sur l'enrôlement dans l'armée de la FPLC des enfants de moins de 18 ans.

²⁹ Voir le Décret n° 01bis /UPC/RP/CAB/PRES/2003 du 1^{er} juin 2003 portant démobilisation des enfants-soldats des Forces Patriotiques pour la Libération du Congo, DRC-OTP-0151-0299, EVD-PT-OTP-03404.

19. En outre, la volonté supposée de M. Lubanga, Commandant en chef de FPLC, de mettre fin à la pratique de recrutement d'enfants de moins de 15 ans et de les démobiliser doit s'apprécier au regard du contexte en la matière. En effet, tant M. Lubanga que M. Bosco Ntaganda étaient pleinement conscients de la présence des enfants-soldats dans les rangs de la milice puisqu'ils assistaient régulièrement aux entraînements desdits enfants dans les centres de formation de l'UPC/FPLC³⁰. Par ailleurs, M. Bosco Ntaganda avait au moins 2 gardes du corps de moins de 15 ans qui participent à la procédure dans la présente affaire.

20. En outre, les Nations Unies avaient notifié à maintes reprises les représentants de l'UPC/FPLC du caractère illicite du recrutement d'enfants dans ses forces armées mais aucun signe de volonté d'ouvrir un dialogue n'avait été manifesté du côté de la milice³¹. De la même façon, la présence des enfants-soldats dans l'UPC/FPLC a été maintes fois dénoncée par les Nations Unies. La liste annexée au rapport du Secrétaire général relatif aux enfants et aux conflits armés du 10 novembre 2003 mentionnait clairement l'UPC³². Cette même milice apparaissait toujours dans la liste annexée au Rapport de 2005³³. Par ailleurs, en février 2003, le *Treizième rapport du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies au Congo* mentionnait que des enfants-soldats étaient toujours présents dans tous les groupes armés en RDC, y compris l'UPC/FPLC, représentant dans certains cas jusqu'à 35% des soldats, et qu'ils étaient envoyés au front³⁴. Le rapport indiquait également que

³⁰ Voir *inter alia* Copy of excerpt of video DRC-00120-293, DRC-OTP-0183-0037, EVD-PT-OTP-04398.

³¹ Voir le témoignage de P-46, transcription de l'audience du 9 juillet 2009, n° ICC-01/04-01/06-T-207-CONF-FRA ET, DRC-OTP-2054-6911, EVD-PT-OTP-06206, p. 24, ligne 12 à p. 25, ligne 25.

³² NATIONS UNIES, *Les enfants et les conflits armés : Rapport du Secrétaire général*, UN Doc. A/58/546—S/2003/1053, 10 novembre 2003, p. 23. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante: http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/2003/1053.

³³ NATIONS UNIES, *Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés*, UN Doc. A/59/695—S/2005/72, 9 février 2005, p. 43. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/215/08/PDF/N0521508.pdf?OpenElement>.

³⁴ NATIONS UNIES, *Treizième rapport du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo*, UN Doc. S/2003/211, 21 février 2003, para. 36. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/2003/211.

de nouvelles vagues de recrutement, touchant parfois des enfants-soldats déjà démobilisés, avaient eu lieu dans certaines régions³⁵.

21. Incidemment, le Représentant légal rappelle que la Défense, pour les besoins de la règle 89-1 du Règlement de procédure et de preuve a eu accès à pas moins de 140 formulaires de participation d'anciens enfants-soldats, qui ont par la suite tous été admis à participer à la présente procédure³⁶. Dès lors, prétendre comme le fait la Défense que les enfants-soldats n'existaient pas dans l'UPC/FPLC est absurde et même indigne.

2) La preuve de l'âge des enfants-soldats

22. Au cours de la présentation de sa preuve, la Défense a martelé que « *la démonstration de l'âge des [enfants-soldats] doit être fondée sur les éléments objectifs* »³⁷. Elle précisait également que « *l'âge des individus enrôlés par le FPLC doit être démontré de manière concrète et tangible par le Bureau du Procureur, avec des éléments objectifs et vérifiables* »³⁸.

23. À cet égard et de façon générale, le Représentant légal soumet que l'état civil en RDC, et notamment en Ituri, incluant la procédure aux fins d'émission de pièces d'identité, souffrait pendant la période concernée par la présente affaire de multiples imperfections, voire de failles graves, permettant à tout intéressé de se procurer une pièce d'identité contenant des informations plus ou moins exactes, à sa convenance³⁹.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Voir la « *Decision on Victims' Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings* », *supra* note 9 et la « *Second Decision on Victims' Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings* », *supra* note 12.

³⁷ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, pp. 14-18 et l'Annexe B de la « *Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges* », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, pp. 14-19.

³⁸ *Idem*, p. 14.

³⁹ Dans ce sens, voir la « *Réponse du Représentant légal des victimes a/0047/06, a/0048/06, a/0050/06 et a/0052/06 à la 'Requête de la Défense aux fins d'arrêt définitif des procédures' datée du 10 décembre 2010* », *supra* note 26, paras. 72-74.

24. Ces constatations sont corroborées non seulement par de nombreux témoignages dans les affaires *Lubanga* et *Katanga et Ngudjolo Chui* qui démontrent l'existence en RDC d'une pratique courante aux fins de délivrance de cartes d'électeur basées sur des informations personnelles aléatoires, inexactes et même fausses, sans qu'aucune vérification ne soit effectuée à cet égard ; mais également par la législation congolaise en la matière.

25. Un certain nombre de témoins ayant déposé dans l'affaire *Lubanga* ont soutenu l'existence en RDC d'une pratique courante consistant à se procurer un faux document ou à acheter facilement tout document⁴⁰. De plus, un certain nombre de témoignages dans l'affaire *Lubanga* ont corroboré la thèse selon laquelle en RDC tout s'achète⁴¹.

26. De même, dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, le témoin OTP-0279 a déclaré devant le Centre d'Inscription être âgé de 20 ans alors qu'à l'époque il avait 14 ans, et en conséquence a obtenu une carte d'électeur, sans qu'aucune vérification de son âge n'ait été effectuée. Il a en outre déclaré que beaucoup d'autres personnes, y compris sa sœur, ont procédé de la même façon⁴². Le témoin OTP-0132 a quant à lui réussi à obtenir deux cartes d'électeur en fournissant à au Centre d'Inscription deux identités différentes, sans que sa véritable identité n'ait été vérifiée⁴³.

⁴⁰ Voir la déposition du témoin OTP-0015, transcription de l'audience du 18 mars 2010 (Chambre de première instance I), n° ICC-01/04-01/06-T-265-Red-FRA CT2, p. 14, lignes 19 à 20.

⁴¹ Voir la transcription de l'audience du 2 février 2010 (Chambre de première instance I), n° ICC-01/04-01/06-T-239-Red3-FRA CT2, p. 57, lignes 19-22 ; la transcription de l'audience du 9 février 2010 (Chambre de première instance I), n° ICC-01/04-01/06-T-242-Red3-FRA CT2, p. 19, lignes 18-24 ; la transcription de l'audience du 11 février 2010 (Chambre de première instance I), n° ICC-01/04-01/06-T-245-Red2-FRA CT, p. 14, ligne 25 à p. 15, ligne 1 ; la transcription de l'audience du 8 mars 2010 (Chambre de première instance I), n° ICC-01/04-01/06-T-256-Red3-FRA CT, p. 16, lignes 18-23 et la transcription de l'audience du 18 mars 2010 (Chambre de première instance I), n° ICC-01/04-01/06-T-265-Red-FRA CT2, p. 14, lignes 19-20.

⁴² Voir la transcription de l'audience du 8 juin 2010 (Chambre de première instance II), n° ICC-01/04-01/07-T-151-Red-FRA CT, p. 22, ligne 21, p. 30, ligne 1.

⁴³ Voir la transcription de l'audience du 14 mai 2010 (Chambre de première instance II), n° ICC-01/04-01/07-T-141-Red-FRA ET, p. 72, ligne 6 à p. 76, ligne 21.

27. Enfin l'étude de la législation congolaise en la matière révèle que le législateur lui-même est conscient des graves failles de l'état civil national. En effet, l'article 72 de la loi n° 87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille établit :

« Sauf dispositions spéciales prévues par la loi, l'état civil des citoyens n'est établi et ne peut être prouvé que par les actes de l'état civil »⁴⁴.

28. Pourtant en 2004, le législateur introduit des exceptions notables à audit article puisque l'article 10 de la loi du 24 décembre 2004 prévoit désormais que :

« Pour justifier l'identité et l'âge de l'électeur, sera prise en considération l'une des pièces ci-après :

- Le certificat de nationalité ou l'attestation tenant lieu de certificat de nationalité ;*
- La carte d'identité pour citoyen ; le passeport national ;*
- Le permis de conduire national sécurisé ;*
- Le livret de pension congolais délivré par l'Institut National de Sécurité Social ou par toute autre institution congolaise légalement reconnue en tenant lieu ;*
- La carte d'élève ou d'étudiant ;*
- La carte de service»⁴⁵.*

Ce même article précise que *« [à] défaut de l'une ou l'autre de ces pièces, sera pris en considération le témoignage fait devant le bureau du Centre d'Inscription par cinq témoins déjà inscrits sur la liste des électeurs du même Centre d'Inscription et résidant depuis cinq ans au moins dans le ressort du Centre d'Inscription »⁴⁶.*

29. En dépit du refus de la Défense de donner une quelconque valeur à la preuve de l'âge fondée sur l'évaluation dudit âge en fonction de l'apparence physique⁴⁷, et dans la même veine, de son refus que la Chambre *« prenne position sur l'âge d'un*

⁴⁴ Le code de la famille congolais est disponible à l'adresse suivante :

<http://www.leganet.cd/Legislation/Code%20de%20la%20famille/Table.htm>.

⁴⁵ La loi n° 04/028 du 24 décembre 2004 portant identification et enrôlement des électeurs en République Démocratique du Congo est disponible à l'adresse suivante :

<http://aceproject.org/ero-en/regions/africa/CD/republique-democratique-du-congo-loi-no-04-028>.

⁴⁶ *Idem*.

individu sur la base d'une image vidéo ou d'une photographie »⁴⁸, il convient de noter que cette pratique est communément utilisée en RDC par les préposés à l'identification chargés de l'enrôlement aux fins d'obtention d'une carte électorale. En effet, l'article 92 du Code de la famille établit clairement que « [l]orsque la date de naissance doit être mentionnée et que cette date n'est pas connue, l'acte énoncera l'âge approximatif de ladite personne »⁴⁹. De plus l'article 14 de la Décision de la Commission électorale indépendante relative aux mesures d'application de la Loi n°04/028 du 24 décembre 2004 portant identification et enrôlement des électeurs en République Démocratique du Congo précise que « [s]i la personne ne connaît pas l'année exacte de sa naissance, l'agent inscrit celle qu'elle croit l'être. [...] De même, si elle ne connaît pas le mois, l'agent inscrit le mois de juillet et si elle ne connaît pas le jour, l'agent inscrit le 15 »⁵⁰. L'article 12 de cette même décision précise quant à lui que « [l]es renseignements fournis par la personne aux fins de son identification et de son enrôlement sont présumés exacts sous réserve de leur contestation »⁵¹.

30. De la même façon, les tribunaux congolais ont recours à l'évaluation visuelle de l'âge. Ainsi le Tribunal de grande instance de Bukavu avait interrogé la Commission électorale indépendante afin de vérifier qu'une victime de viol alléguée sur mineur n'était pas inscrite sur la liste des électeurs, et donc mineure. En l'absence de réponse de la Commission, le Tribunal a statué que de par sa constitution physique la jeune fille était visiblement majeure⁵².

⁴⁷ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 17, lignes 26-27 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 17.

⁴⁸ *Idem.*, p. 17, ligne 18 à p. 18, ligne 2.

⁴⁹ Nous soulignons. Voir *supra* note 44.

⁵⁰ Voir la Décision de la Commission électorale indépendante n°008/CEI/BUR/05 du 09 juin 2005 relative aux mesures d'application de la Loi n°04/028 du 24 décembre 2004 portant identification et enrôlement des électeurs en République Démocratique du Congo. Nous soulignons.

⁵¹ *Idem.* Nous soulignons.

⁵² Voir TGI Bukavu, RP.12.068, 25 novembre 2008. Dans ce sens voir AVOCATS SANS FRONTIÈRES, *La Justice face à la banalisation du viol en République démocratique du Congo : Étude de jurisprudence en matière des violences sexuelles de droit commun*, mai 2012, p. 39. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante : http://issuu.com/avocatssansfrontieres/docs/asf_rdc_banalisationviol_etudejurisprudence_2012?e=4710786/2748305.

31. La Chambre de première instance II a également retenu le témoignage d'un témoin oculaire qui « *a indiqué sans hésitation en se fondant sur leur physionomie et, plus précisément, sur leur taille et sur les traits de leur visage, que les assaillants, qu'elle avait vus et qu'elle estimait être des 'petits enfants' étaient, selon elle, âgés de 10 à 13 ans* »⁵³ pour conclure *au-delà de tout doute raisonnable, que, lors de l'attaque lancée contre Bogoro le 24 février 2003, des enfants, dont il est établi que certains avaient moins de 15 ans, étaient présents parmi les combattants* »⁵⁴.

32. Enfin, les témoignages précités démontrent clairement que certains enfants mineurs ont profité de la souplesse de la législation congolaise, notamment de la possibilité de prouver leur âge par le biais de 5 témoins, pour se faire enrôler et ainsi obtenir une carte d'électeur, gage de sécurité dans une Ituri en guerre⁵⁵. C'est le cas des témoins OTP-7, OTP-8 et OTP-10 dans l'affaire *Lubanga* qui ont également expliqué « *qu'ils se sont tous trois enrôlés auprès de la Commission électorale avec un seul et unique objectif : obtenir une pièce d'identité qui leur était nécessaire pour des raisons purement pratiques, à savoir de pouvoir circuler librement dans leur localité respective et attester de leur identité auprès des autorités, en cas de besoin. Pour ce faire, puisque à l'époque ils étaient mineurs chacun des témoins a expliqué de façon claire et précise, tout en reconnaissant l'existence de la carte d'électeur le concernant, avoir fourni au bureau d'enrôlement compétent de la Commission électorale des informations incorrectes relatives à leur date de naissance, et ce afin de se conformer à la condition de l'âge légale minimum, soit 18 ans, requis aux fins d'inscription en tant qu'électeur en RDC* »⁵⁶.

33. Dès lors, eu égard aux failles dont l'état civil en RDC souffrait durant la période pertinente, il est important de noter que ledit système ne saurait en aucun cas, selon toute évidence et contrairement à ce que la Défense semble attendre,

⁵³ Voir le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut » (Chambre de première instance II), n° ICC-01/04-01/07-3436, 7 mars 2014, paras. 1062.

⁵⁴ *Idem*, para. 1065.

⁵⁵ Voir *supra* para. 26.

⁵⁶ Voir la « Réponse du Représentant légal des victimes a/0047/06, a/0048/06, a/0050/06 et a/0052/06 à la 'Requête de la Défense aux fins d'arrêt définitif des procédures' datée du 10 décembre 2010 », *supra* note 39, para. 78.

présenter les mêmes garanties de fiabilité, d'intégrité et de qualité que l'on pourrait normalement exiger de tout système correspondant instauré au sein d'un pays occidental, en paix. C'est d'ailleurs ce qu'a reconnu la Chambre préliminaire I qui précisait dans sa Décision de confirmation des charges à l'encontre de M. *Lubanga* :

« [...] pour déterminer l'admissibilité et la valeur probante d'éléments de preuve relatifs à l'état civil d'une personne, [la chambre] doit attacher une attention particulière au contexte dans lequel ces éléments sont recueillis, particulièrement à la lumière du fait que dans certains pays, les actes d'état civil, tels que les attestations de naissance, les certificats de mariage ou les certificats de décès peuvent ne pas être disponibles »⁵⁷.

34. Le Représentant légal soumet que lesdites circonstances et considérations doivent être prises en compte aux fins d'évaluation de la valeur probante de tout acte de l'état civil émis en RDC et qu'en conséquence l'objectivité et la vérifiabilité que la Défense voudrait instiller à la démonstration de l'âge n'est tout simplement pas possible en la matière.

3) La différence entre conscription et enrôlement

35. Au cours de l'audience de confirmation des charges, la Défense a insisté sur l'importance de la distinction entre la conscription et l'enrôlement⁵⁸ en précisant qu'« *il paraît essentiel que les deux crimes, l'enrôlement et la conscription, soient évalués distinctement par la Cour* »⁵⁹. Pourtant, en dépit du caractère essentiel allégué à cette évaluation distincte, la Défense n'y attachait aucune conséquence si ce n'est d'établir que « *[l]a conscription ne peut être établie que si le caractère obligatoire et forcé est*

⁵⁷ Voir la « Décision sur la confirmation des charges », *supra* note 63, para. 111.

⁵⁸ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 18, ligne 28 à p. 19, ligne 1 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 19.

⁵⁹ *Idem*, p. 19, lignes 14-15 et p. 19.

démontré »⁶⁰, se contentant de préciser, sans apporter la moindre démonstration à son affirmation, que « ce [...] n'est pas le cas en l'espèce ».⁶¹

36. Le Représentant légal soumet que nonobstant le caractère irrecevable d'une telle affirmation dénuée de toute démonstration, cette distinction n'a aucun fondement juridique et ni aucune conséquence sur le crime prévu à l'article 8-2-e-vii du Statut de Rome.

37. Il est vrai qu'à la différence des autres instruments internationaux qui n'utilisent que le terme « recrutement », les auteurs du Statut de Rome ont préféré insérer dans l'article 8-2-e-vii deux termes distincts – « conscription » et « enrôlement » – afin d'étendre l'application desdits articles à toute campagne tendant au recrutement des enfants et/ou à tout groupement relevant du scoutisme⁶². La « conscription » et l'« enrôlement » sont deux formes de « recrutement », l'« enrôlement » étant un acte « volontaire » tandis que la « conscription » est un recrutement forcé⁶³.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 19, lignes 12-13 et p. 20.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² À cet égard, voir COTTIER (M.), « War Crimes », dans TRIFFTERER (O.) (éd.), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, München, Oxford, Baden-Baden, C.H. Beck, Hart, Nomos Verlagsgesellschaft, 2^{de} édition, 2008, para. 231, pp. 472-473. Voir également VON HEBEL (H.) and ROBINSON (D.), « Crimes within the Jurisdiction of the Court », in LEE (R.S) (éd.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 118.

⁶³ Voir la « Décision sur la confirmation des charges » (Chambre préliminaire I), n° ICC-01/04-01/06-803, 29 janvier 2007, paras. 246 à 247 et le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut » (Chambre de première instance I), n° ICC-01/04-01/06-2842-tFRA, para. 608. Voir également TSSL, *Le Procureur c. Norman*, « Dissenting Opinion of Judge Robertson to Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment) », affaire n° SCSL-2004-14-AR72(E), 31 mai 2004, para. 5. Voir aussi la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 19, lignes 10-11 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 20.

38. Ceci étant, dans les deux cas, le consentement de l'enfant n'est pas un moyen de défense valide⁶⁴, eu égard au « *principe de non-recrutement de mineurs dans les forces armées* » qui comprend l'interdiction absolue d'accepter l'enrôlement volontaire des mineurs⁶⁵.

39. De plus, en pratique, la distinction entre enrôlement et conscription est artificielle. En effet, comme souligné par Mme Radhika Coosmaraswamy, Représentante spéciale du Secrétaire générale pour les enfants et les conflits armés, dans ses « Observations écrites présentées en application de la règle 103 du Règlement de procédure et de preuve [...] » :

« Le recrutement d'un enfant soldat par des groupes armés peut souvent combiner des éléments de contrainte et un aspect volontaire, ce qui rend difficile la qualification du crime lié au recrutement. À l'issue d'une visite en RDC, la Représentante spéciale a déclaré : 'Le recrutement et l'enrôlement d'enfants en RDC n'implique pas toujours un enlèvement et l'utilisation brutale de la force. Il faut le replacer dans le contexte de pauvreté, de rivalité ethnique et de motivation idéologique. Un grand nombre d'enfants, surtout des orphelins, rejoignent des groupes armés pour survivre et se nourrir. D'autres le font pour défendre leur groupe ethnique ou leur tribu, et d'autres encore le font parce que les chefs de milice armée sont les seuls modèles qu'ils connaissent et souhaitent imiter. Ils y sont parfois encouragés par des parents et des anciens, et sont vus comme les Défenseurs de leur famille et de leur communauté'. Dans la plupart des cas de recrutement d'enfants, même les actes les plus 'volontaires' traduisent une tentative désespérée de survivre pour des enfants qui n'ont guère le choix. Les enfants qui rejoignent

⁶⁴ Voir la « Décision sur la confirmation des charges », *supra* note 63, para. 247 et le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 63, paras. 616-617. Voir également les « Observations écrites présentées en application de la règle 103 du Règlement de procédure et de preuve par la Représentante spéciale du Secrétaire général des Nations Unies pour les enfants et les conflits armés », n° ICC-01/04-01/06-1229-AnxA-tFRA, 16 avril 2008, para. 10.

⁶⁵ *Idem.*, para. 245. Voir également SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.) et ZIMMERMANN (B.) (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Genève, 1986, pp. 1391 à 1393, para. 4557. Le commentaire du CICR est disponible à l'adresse suivante :

<http://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=6A490AB5993C1504C12563140043ACE7>. Voir également les « Observations écrites présentées en application de la règle 103 du Règlement de procédure et de preuve par la Représentante spéciale du Secrétaire général des Nations Unies pour les enfants et les conflits armés », n° ICC-01/04-01/06-1229-AnxA-tFRA, 18 mars 2008, para. 10.

‘volontairement’ des groupes armés sont, pour la plupart, issus de familles décimées et ont perdu, pendant le conflit armé, une partie ou la totalité de la protection que leur offrait leur famille ou leur communauté »⁶⁶.

40. En outre, les enfants de moins de 15 ans ne pouvant raisonnablement donner leur consentement à être mal traités, il est particulièrement abusif d'utiliser les enfants de cette catégorie d'âge aux fins de participer à des hostilités puisqu'ils ont un sentiment étouffé de peur au combat⁶⁷. Enfin, le recrutement dans des groupes armés va à l'encontre même des meilleurs intérêts de l'enfant⁶⁸. En effet, le besoin de préserver les intérêts des enfants a été à l'origine même du consensus existant lors des négociations du Statut de Rome autour de la criminalisation des actes de conscription, d'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans et de leur utilisation à des hostilités⁶⁹.

4) La participation active aux hostilités

41. La Défense allègue que la notion de participation active aux hostilités « *est synonyme de la notion de ‘participation directe’ qui signifie ‘commettre des actes de guerre que leur nature ou leur objet destine à frapper concrètement le personnel ou le matériel des*

⁶⁶ Voir les « Observations écrites présentées en application de la règle 103 du Règlement de procédure et de preuve par la Représentante spéciale du Secrétaire général des Nations Unies pour les enfants et les conflits armés », *supra* note 65, paras. 13 et 14.

⁶⁷ Voir la déposition de la Représentante spéciale du Secrétaire général des Nations Unies pour les enfants et les conflits armés (Mme Radhika Coomaraswamy), transcription de l'audience du 7 janvier 2010, n° ICC-01/04-01/06-T-223-FRA ET WT, p. 13, ligne 17 à p. 14, ligne 5.

⁶⁸ *Idem.*, p. 33, lignes 15 à 25.

⁶⁹ Voir VON HEBEL (H.) et ROBINSON (D.), *op. cit. supra* note 62, pp. 103-122. Voir également DÖRMANN (K.), *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 375-381 et pp. 470-471. Voir également UDOMBANA (N.J.), « War is not Child's Play! International Law and the Prohibition of Children's Involvement in Armed Conflicts », *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 20, 2006, p. 58 dans lequel l'auteur précise que : « [m]ilitary service can jeopardize the health and safety of children; some aspects of recruits' training, particularly live-ammunition exercises and physical endurance programs, may lead to death, injury and trauma. Power relationships in the military often leave young recruits vulnerable to bullying, harassment, abuse, and sometimes rape ».

*forces armées de l'adversaire' »*⁷⁰. À l'appui de ses prétentions, elle se référait, lors de l'audience de confirmation des charges, à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour le Rwanda et à la position du Comité International de la Croix Rouge (le « CICR »)⁷¹.

42. Le Représentant légal soumet que cette position n'est pas soutenable en ce qu'elle confond la participation des enfants-soldats dans le cadre d'un conflit armé international et cette même participation dans le cadre d'un conflit armé ; méconnaît les principes établis par les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève ; dénature la position du CICR sur cette question et à méconnaît la jurisprudence existante de la Cour.

a) *La nature du conflit*

43. L'Accusation allègue que de juillet 2002 à décembre 2003, sévissait, sur le territoire de l'Ituri un conflit ne présentant pas un caractère international au cours duquel plusieurs groupes armés organisés se sont affrontés⁷².

44. À cet égard, le Représentant légal rappelle que, dans l'Affaire *Lubanga*, la Chambre de première instance a conclu « *que le conflit armé qui a opposé l'UPC/FPLC à d'autres groupes armés entre septembre 2002 et le 13 août 2003 ne présentait pas un caractère international* »⁷³. La Chambre indiquait également que l'« *existence d'un éventuel conflit 'présentant un caractère international' entre la RDC et l'Ouganda n'influe aucunement sur la qualification juridique du conflit armé non international opposant à la*

⁷⁰ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 20, lignes 6-9 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 21.

⁷¹ *Idem*, p. 20, lignes 9-10.

⁷² Voir le « Document Containing the Charges », *supra* note 16, paras. 4, 36, 61, 62 et 107 et la « Prosecution's submission of its presentation of evidence at the confirmation of charges hearing », n° ICC-01/04-02/06-258-AnxA2-Red, 19 février 2014, pp. 37 *et seq.*

⁷³ Voir le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 63, para. 567.

même époque l'UPC/FPLC aux milices de l'APC et de la FRPI, lequel s'inscrivait dans le cadre du conflit armé interne opposant les groupes rebelles »⁷⁴.

45. Cette analyse a été reprise par la Chambre de première instance II dans l'affaire *Katanga* qui a précisé dans son Jugement que « *les hostilités qui ont débutée au mois de janvier 2003 c'est-à-dire à partir du moment où l'Ouganda s'est rapproché de la RDC afin de combattre les forces de l'UPC nouvellement alliées au Rwanda, doivent être considérées comme relevant d'un conflit non-international* ». Elle précisait que « *l'intervention de l'UPDF dans le conflit armé opposant les milices ngiti et lendu à l'UPC, dont l'attaque contre le village de Bogoro est l'un des épisodes, doit être détaché du conflit armé international relevant de la situation d'occupation, par l'Ouganda, qui était parallèlement en cours. Ces hostilités doivent être distinguées, notamment en raison du changement de stratégie militaire adopté par l'Ouganda à partir de la fin de l'année 2002 et des relations existantes entre la force occupante, d'une part, et l'État occupé ou les groupes qui le représentaient sur le territoire occupé, d'autre part* »⁷⁵.

46. La Défense ne conteste pas la nature du conflit *per se* mais se contente de remettre en cause l'absence de démonstration du Bureau du Procureur⁷⁶. Ce faisant, elle reconnaît implicitement le caractère interne du conflit :

« Loin de nier l'existence de graves tensions ethniques dans la région de l'Ituri, contrairement à ce qui fut suggéré par un des représentants légaux hier, la Défense a plutôt soutenu que l'UPC/RP et les FPLC s'étaient justement constitués pour mettre un terme aux graves exactions qui étaient subies par la population civile en Ituri. Et la Défense tient à souligner que les victimes d'un conflit tel que celui qui a ravagé la RDC méritent toute notre considération »⁷⁷.

⁷⁴ *Idem.*, para. 565.

⁷⁵ Voir le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 53, paras. 1226-1227 et plus généralement paras. 1186-1230.

⁷⁶ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 6, lignes 6-14 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, pp. 1-2.

⁷⁷ Voir la transcription de l'audience du 14 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-11-FRA ET, p. 2, lignes 21-26.

b) La nécessaire distinction entre les crimes respectivement prévus aux articles 8-2-b-xxvi et 8-2-e-vii du Statut de Rome

47. La définition soutenue par la Défense en ce qui concerne la participation active aux hostilités des enfants de moins de 15 ans⁷⁸ se fonde sur une approche et une interprétation erronées des principes reconnus en droit international humanitaire et des textes juridiques de la Cour. En effet, malgré les nombreuses similitudes concernant la formulation des articles 8-2-b-xxvi et 8-2-e-vii du Statut de Rome, un examen approfondi des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, des textes juridiques de la Cour et des travaux préparatoires du Statut révèle des différences notoires entre ces deux crimes. Le Représentant légal soumet que ces différences permettent de réfuter les allégations en ce qui concerne l'étendue de la « participation active aux hostilités » dans leurs totalités.

48. Tout d'abord, il convient de noter que, dans le cadre du Statut de Rome, l'interdiction de faire participer des enfants de moins de 15 ans aux hostilités dans les conflits armés internationaux en vertu de l'article 8-2-b-xxvi du Statut de Rome est limitée à leur intégration aux « *forces armées nationales* », c'est-à-dire à leur utilisation dans le cadre de l'armée régulière de l'État. Les travaux préparatoires du Statut de Rome confirment l'intention des négociateurs de limiter la portée de l'article 8-2-b-xxvi aux forces armées étatiques afin de prendre, notamment, en compte les préoccupations exprimées par les États arabes, lesquels craignaient que les termes « forces armées » puissent être interprétés de manière à incriminer la participation de jeunes palestiniens dans les rangs de l'*intifadah*⁷⁹.

49. À la différence l'article 8-2-b-xxvi, l'article 8-2-e-vii du Statut de Rome relatif à la participation d'enfants aux hostilités dans les conflits non-internationaux ne reprend pas cette limitation et s'applique aussi bien aux « *forces armées nationales* »

⁷⁸ Voir *supra* para. 41.

⁷⁹ Voir VON HEBEL (H.) et ROBINSON (D.), *op. cit. supra* note 62, p. 118.

qu'à toutes les autres « *forces armées ou groupes armés* »⁸⁰, reflétant ainsi le niveau de gravité plus important de ces mêmes actes dans le cadre des conflits non-internationaux et le caractère absolu de l'interdiction de faire participer des enfants de moins de 15 ans dans lesdits conflits.

L'incompatibilité de l'approche de la Défense avec le droit international humanitaire

50. Le Représentant légal soumet que cette distinction se limite à transposer des nuances longuement établies en droit international humanitaire. En effet, l'article 77-2 du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, du 8 juin 1977 (le « Protocole I ») prévoit que « [l]es Parties au conflit prendront toutes les mesures possibles dans la pratique pour que les enfants de moins de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités, notamment en s'abstenant de les recruter dans leurs forces armées »⁸¹. En revanche, l'article 4-2-3-c du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, du 8 juin 1977 (le « Protocole II ») énonce quant à lui une interdiction absolue :

« Les enfants de moins de quinze ans ne devront pas être recrutés dans les forces ou groupes armés, ni autorisés à prendre part aux hostilités »⁸².

51. Or, cette différence terminologique n'est pas anodine puisque, comme le relève le Commentaire des Protocoles additionnels, l'interdiction de faire participer des enfants dans les conflits non-internationaux constitue une « obligation absolue »

⁸⁰ *Idem.*, p. 119.

⁸¹ Nous soulignons. Le Protocole I est disponible à l'adresse suivante :

<http://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?documentId=CBEC955A2CE7E0D4C12563140043ACA5&action=openDocument>.

⁸² Nous soulignons. Le Protocole II est disponible à l'adresse suivante :

<http://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?documentId=6A490AB5993C1504C12563140043ACE7&action=openDocument>.

et « le texte [du Protocole II] est rédigé de telle manière qu'il n'y ait pas d'échappatoire »⁸³, à la différence de la situation dans les conflits internationaux où l'interdiction a un caractère « moins contraignant » et « laisse la porte ouverte aux exceptions »⁸⁴.

52. Dès lors, Le Représentant légal soumet que la Défense dénature la position du CICR en la matière ainsi que la définition applicable au crime prévu à l'article 8-2-e-vii du Statut de Rome. Les soumissions de la Défense relatives à la définition de la « participation active aux hostilités » procèdent à une confusion entre le crime d'enrôlement, conscription et de « participation active aux hostilités » en tant que crime de guerre, prévu à l'article 8-2-b-xxvi du Statut de Rome et applicable aux conflits armés internationaux et ces mêmes actes lorsqu'ils sont perpétrés dans le cadre d'un conflit armé à caractère non-international. Or, l'omission de cette distinction fondamentale – qui fonde le droit international humanitaire – est de nature à fausser toutes les conclusions proposées par la Défense concernant la portée de la notion de « participation active aux hostilités ».

53. La position du CICR reprend de cette distinction fondamentale et a même eu l'occasion de préciser que :

*« En droit international humanitaire, il est nécessaire une fois de plus de faire la distinction entre les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux. Dans les premiers, il est question de la participation directe des enfants de moins de quinze ans aux hostilités, alors que dans les seconds, on parle de leur participation aux hostilités sans la qualifier »*⁸⁵.

⁸³ SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.) et ZIMMERMANN (B.) (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, CICR, Genève, 1986, p. 1404, para. 4558. Le commentaire du CICR est disponible à l'adresse suivante :

<http://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Comment.xsp?viewComments=LookUpCOMART&articleUNID=A035336A5010C6C3C12563BD002C310F>.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ CICR, « Argumentaire du Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 27 octobre 1997 », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 829, 1998, para. 27, disponible à l'adresse suivante : <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzeqh.htm>.

54. À cet égard, Le Représentant légal note que le « *CICR avait suggéré d'enlever le terme 'directement' dans le Protocole I lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977* »⁸⁶. Depuis cette dernière, le CICR « *avait répété à maintes reprises que [l'approche de la participation directe] constituait, sur le plan de la protection des enfants de moins de quinze ans, une régression par rapport au droit international humanitaire existant* » et « *affaiblit en effet beaucoup la protection de l'enfant* »⁸⁷. Ainsi, la position du CICR dénonce la mention de « participation directe » dans le Protocole I en ce qui concerne le crime d'utilisation d'enfants-soldats dans les conflits armés internationaux.

55. En tout état de cause, et indépendamment de la pertinence de ce concept sur le degré de participation requis pour les crimes de guerre dans les conflits armés internationaux, la position du CICR est on ne peut plus claire : le critère de « participation directe » n'a pas vocation à s'appliquer aux crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé à caractère non-international⁸⁸.

56. En conséquence, Le Représentant légal soumet que, dans le cadre de l'analyse de l'article 8-2-e-vii du Statut de Rome, le concept de « participation active aux hostilités » doit être entendu non pas comme synonyme de « participation directe » comme soutenue par la Défense, mais faire l'objet d'une interprétation conforme à l'article 4(2)(3)(c) du Protocole II, lequel établit une interdiction « de prendre part aux hostilités ». Or, une telle forme de participation est beaucoup moins contraignante que la participation directe et permet de prendre en considération les actes de participation « indirecte »⁸⁹. Ceux-ci couvrent « *les préparatifs du combat et le retour du combat* » et « *ne couvre pas seulement le temps où [l'enfant] se sert d'une arme, mais aussi, par exemple, le temps pendant lequel il la porte, ainsi que les situations où le civil se livre à des actes hostiles sans se servir d'une arme* »⁹⁰. Elles comprennent également, « la

⁸⁶ *Idem.*, para. 27.

⁸⁷ *Ibid.*, paras. 28-29.

⁸⁸ *Ibid.*, paras. 27-29.

⁸⁹ Dans ce sens, voir *supra* para. 51.

⁹⁰ SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.) ET ZIMMERMANN (B.) (éds.), *op. cit. supra* note 65, p. 633, para. 1943. Voir également CICR, « Argumentaire du Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 27 octobre 1997 », *supra* note 85, para. 40.

recherche et [...] la transmission d'informations militaires, [le] transport d'armes et de munitions, au ravitaillement... »⁹¹.

L'incompatibilité de l'approche de la Défense avec les travaux préparatoires du Statut

57. Le Représentant légal soumet que l'argument de la Défense selon lequel « l'interprétation de la notion de 'participation active aux hostilités' suggérée par le Procureur est abusivement extensive en violation de la règle posée à l'article 22-2 »⁹² est mal fondé. En effet, l'historique des négociations révèle que l'approche avancée par la Défense concernant la « participation directe » a été rejetée par les parties aux négociations qui ont au contraire exprimé une préférence en faveur de « la participation active ».

58. L'intention des négociateurs apparaît clairement dans le dernier Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, du 14 avril 1998, lequel comprenait les propositions suivantes :

«t)

Variante 1

Le fait d'obliger des enfants de moins de 15 ans à prendre part directement aux hostilités.

Variante 2

Le recrutement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées ou l'utilisation de ceux-ci aux fins d'une participation active aux hostilités.

Variante 3

- i) Le recrutement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées ou dans des groupes armés; ou*
- ii) Le fait de les laisser prendre part aux hostilités;*

⁹¹ SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.) ET ZIMMERMANN (B.) (éds.), *op. cit. supra* note 65, p. 925, para. 3187.

⁹² Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 20, lignes 3-5 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 20.

Variante 4

Pas d'alinéa t) »⁹³.

59. Or, les négociations ultérieures se sont basées sur la variante 2 du Rapport du Comité préparatoire excluant de fait la variante 1, laquelle reprenait la notion de « participation directe » avancée par la Défense⁹⁴. De même, la variante 2 – sur la base de laquelle la phase finale des négociations s'est déroulée – faisait expressément référence aux « *principes essentiels consacrés par le droit international* »⁹⁵, faisant écho au souci des négociateurs de se conformer aux principes gouvernant la participation aux hostilités établis dans les Protocoles I et II aux Conventions de Genève.

60. Par ailleurs, une note à la variante 2, expliquait expressément :

« Les mots 'utilisation' et 'participation' sont employés de manière à couvrir à la fois la participation directe au combat et la participation active à des activités en rapport avec le combat, telles que la reconnaissance, l'espionnage, le sabotage, ainsi que l'utilisation d'enfants comme leurres, comme messagers ou aux postes de contrôle militaires. Ne sont pas visées les activités manifestement sans rapport avec les hostilités comme la livraison de denrées alimentaires à une base aérienne ou l'emploi de personnel domestique dans les quartiers réservés aux officiers mariés. En revanche, l'emploi d'enfants comme porteurs pour approvisionner le front ou à toutes autres activités sur le front même est couvert par cette terminologie »⁹⁶.

61. Par conséquent, Le Représentant légal soumet que la demande de l'Accusation à la Chambre « *d'inclure dans cette notion des comportements tels que l'espionnage, le sabotage, l'utilisation d'enfants à des checkpoint, en tant que coursiers ou pour leurrer l'ennemi pour garder des objectifs tels que les quartiers militaires, mais également les*

⁹³ Voir le Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998, pp. 20-21. Ce rapport est disponible à l'adresse suivante: http://www.legal-tools.org/uploads/tx_ltpdb/doc21487.pdf.

⁹⁴ Voir VON HEBEL (H.) et ROBINSON (D.), *op. cit. supra* note 62, p. 118.

⁹⁵ Voir le Rapport du comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, *supra* note 93, p. 21, note 12.

⁹⁶ *Idem*.

commandants militaires en tant que gardes du corps »⁹⁷ est en tous points conforme à la notion de « participation » telle qu'adoptée par les négociateurs.

L'incompatibilité de l'approche de « participation directe » avec la jurisprudence de la Cour

62. Enfin, Le Représentant légal rappelle que la jurisprudence de la Cour dans les affaires *Lubanga* et *Katanga et Ngudjolo Chui* a elle-même rejeté l'approche stricte de « participation directe » soutenue par la Défense. Récemment, la Chambre de première instance II, dans l'affaire *Katanga*, a expressément indiqué que :

« Elle considère, contrairement à ce que soutient la Défense, que s'agissant en particulier du crime visé à l'article 8-2-e-vii, l'emploi de l'expression « participer activement aux hostilités », plutôt que celle de « participation directe » figurant dans certains instruments du droit international humanitaire, n'est pas anodin. Cette définition doit ainsi permettre d'interdire plusieurs formes de participation aux hostilités, cela afin de protéger les enfants des risques encourus lors des conflits armés »⁹⁸.

63. Dans l'Affaire *Lubanga*, la Chambre de première instance I a noté qu'en ce qui concerne l'article 8(2)(e)(vii), l'« emploi de l'expression 'participer activement aux hostilités' plutôt que la notion de 'participation directe' (qui figure dans le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève), était manifestement destiné à permettre une interprétation extensive des activités et des rôles couverts par l'infraction consistant à faire participer activement aux hostilités des enfants de moins de 15 ans. Il convient de relever à cet égard que le mot « directe » ne figure pas à l'article 4-3-c du Protocole additionnel II »⁹⁹.

64. La Chambre de première instance a fondé son appréciation concernant le niveau de participation requis par l'article 8-2-e-vii sur de nombreux facteurs, sans exclure *a priori* une catégorie particulière de faits. Ceci est apparu indispensable au

⁹⁷ Voir la transcription de l'audience du 11 février 2014, No. ICC-01/04-02/06-T-8-CONF-FRA-ET, p. 67, lignes 22-27.

⁹⁸ Voir le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 53, para. 1043.

⁹⁹ Voir le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 63, para. 627.

vu de la nécessité de prendre en compte toutes les formes de participation, y compris le fait qu'« *une grande variété [d'enfants] participaient activement à des hostilités, de celles qui se trouvaient sur la ligne de front à celles qui assumaient une multitude de rôles d'appui aux combattants* »¹⁰⁰. En outre, la Chambre a estimé que : « [p]our décider si un rôle indirect doit être considéré comme une participation active à des hostilités, il est crucial de déterminer si l'appui apporté par l'enfant aux combattants l'a exposé à un danger réel, faisant de lui une cible potentielle »¹⁰¹.

65. En appliquant ce critère, la Chambre de première instance a pris en considération non seulement la participation à des combats armés (notamment à Kobu, Songolo et Mongbwalu), mais également le fait que les « *enfants ont été déployés en tant que soldats* » ou ont été employés « *comme gardes militaires* »¹⁰². De même, le concept de « faire participer activement à des hostilités » a été entendu comme englobant l'utilisation des enfants de moins de 15 ans en tant que « *gardes du corps* » ou servant « *au sein de la garde présidentielle* » ou « *soldats d'escorte de chefs militaires* »¹⁰³.

66. En ce qui concerne l'utilisation d'enfants dans les travaux ménagers, il a été indiqué qu'un des rôles attribués aux filles enfant-soldats « *consistait à aider les chefs militaires en faisant la cuisine et en s'acquittant 'd'autres tâches féminines normales'* »¹⁰⁴. La Chambre a indiqué avoir : « *tenu compte des témoignages attestant des tâches ménagères réalisées par des filles de moins de 15 ans lorsque l'appui ainsi apporté a exposé ces filles à des dangers, en faisant d'elles des cibles potentielles. Au vu des preuves considérées dans leur ensemble, la Chambre conclut que, durant la période visée par les charges, un nombre important de filles de moins de 15 ans ont été utilisées dans le cadre de tâches ménagères, en*

¹⁰⁰ *Idem*, para. 820.

¹⁰¹ *Ibid.* Voir également le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 53, para. 1045 dans lequel la Chambre de première instance II reprend à son compte la position de la Chambre de première instance I.

¹⁰² *Ibid.*, para. 915.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*, para. 878.

plus des autres tâches dont elles s'acquittaient en tant que soldats de l'UPC/FPLC, comme la participation à des combats et à des patrouilles, et les fonctions de garde du corps »¹⁰⁵.

67. De la même façon, dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, la Chambre préliminaire I a confirmé la charge de crime de guerre consistant à utiliser des enfants de moins de 15 ans pour les faire participer activement aux hostilités sur la base non seulement de la participation directe « à l'attaque menée contre le village de Bogoro le 24 février 2003 »¹⁰⁶, mais également en se fondant sur le fait que les « *enfants-soldats [étaient] formés dans des camps des FRPI et du FNI* »¹⁰⁷. La Chambre s'est également appuyée sur les éléments de preuve démontrant que « *certaines des enfants [avaient] appris le maniement des armes et [avaient] reçu des armes blanches (par exemple, des machettes et des lances) ou des armes à feu à l'issue de leur formation* »¹⁰⁸. Par ailleurs, la Chambre a noté que des « *enfants de moins de 15 ans étaient non seulement pleinement incorporés dans les milices pendant l'attaque contre le village de Bogoro le 24 février 2003, mais aussi qu'ils étaient utilisés par Mathieu Ngudjolo Chui, Germain Katanga et d'autres commandants du FNI/des FRPI comme service d'escorte ou gardes du corps personnels* »¹⁰⁹.

68. Enfin, Le Représentant légal constate que cette interprétation large de la notion de participation active aux hostilités n'a pas été remise en cause par la Chambre de première instance II dans l'affaire *Ngudjolo Chui* puisque ladite Chambre, dans son Jugement, a précisé que cette notion couvrait non seulement l'attaque de Bogoro mais également l'utilisation des enfants en tant que « *gardes du corps* » et « *à toute autre fin, avant, pendant et après l'attaque* »¹¹⁰.

¹⁰⁵ *Ibid.*, para. 822.

¹⁰⁶ Voir la « Décision relative à la confirmation des charges » (Chambre préliminaire I), No. ICC-01/04-01/07-717-tFRA, 30 septembre 2008, para. 254.

¹⁰⁷ *Idem*, para. 255.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*, para. 258.

¹¹⁰ Voir le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut » (Chambre de première instance II), n° ICC-01/04-02/12-3, 18 décembre 2012, para. 516.

La confirmation de la notion large de « participation active » par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone

69. L'article 4-c du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (le « TSSL ») reprend en des termes quasi-identiques la notion de participation active des enfants-soldats aux hostilités¹¹¹. Dans l'Affaire *Brima, Kamara et Kanu (AFRC)*, la Chambre de première instance II du TSSL a insisté sur la nécessité d'interpréter cette notion comme couvrant des actes allant au-delà de la participation aux combats. La Chambre indiqué que :

*« The use of children to participate actively in hostilities is not limited to participation in combat. An armed force requires logistical support to maintain its operations. Any labour or support that gives effect to, or helps maintain, operations in a conflict constitutes active participation »*¹¹².

En appliquant ce critère général aux faits de l'espèce, la Chambre a conclu :

« Therefore, use of a child to guard a diamonds mine in this context put the child at sufficient risk to constitute illegal use of the child pursuant to Article 4(c) of the Statute [...]. Therefore, the Trial Chamber further finds that regardless of the specific duties of the children at the Secretariat, the presence of children in location where crimes were widely committed was illegal.

[...]

*The Trial Chamber finds that forcing children to undergo military training in a hostile environment constitutes illegal use of children pursuant to article 4 (c), and therefore also finds that AFRC forces illegally used children »*¹¹³.

¹¹¹ L'article 4-c du Statut du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone établit: « Le Tribunal spécial est habilité à juger les personnes accusées d'avoir commis les violations graves ci-après du droit international humanitaire : [...] c) Recrutement et enrôlement d'enfants âgés de moins de 15 ans dans des forces ou groupes armés en vue de les faire participer activement aux hostilités ». Le Statut du TSSL est disponible à l'adresse suivante : <http://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?action=openDocument&documentId=0D909D3998A A71A9C1256BAD0027E08F>.

¹¹² Voir TSSL, *Brima et consorts (AFRC)*, « Judgement » (Chambre de première instance II), n° SCSL-2004-16-T, 20 juin 2007, para. 1266. Ce jugement est disponible à l'adresse suivante : <http://www.scsl.org/CASES/ProsecutorvsBrimaKamaraandKanuAFRCCase/TrialChamberJudgment/tabid/173/Default.aspx>.

c) Le champ d'application la notion de « participation active à des hostilités »

70. Le CICR a établi la nécessité de distinguer l'acte de faire participer des enfants de moins de 15 ans aux hostilités, du simple « *effort de guerre qui est souvent demandée à la population, à des degrés divers* »¹¹⁴. Ainsi, le critère permettant de distinguer la participation active des enfants-soldats par rapport aux autres formes de participation aux hostilités, consiste à comparer les tâches accomplies par ces derniers et d'examiner si lesdites tâches ont été également accomplies par les autres membres de la population civile, en termes d'assistance fournie aux forces armées. Cette distinction entre d'une part la « participation active » et les « efforts de guerre » de l'autre, doit également être guidée par le critère établi par la Chambre de première instance I dans l'Affaire *Lubanga*, consistant à déterminer si « *l'appui apporté par l'enfant aux combattants l'a exposé à un danger réel, faisant de lui une cible potentielle* »¹¹⁵.

71. Ainsi, le Représentant légal soutient que les actes couverts par la notion de « participation active à des hostilités » comprennent, *inter alia* :

- Toute participation directe aux hostilités, c'est-à-dire aux combats ;
- En dehors de la lutte armée, les autres activités à caractère militaire tels que la recherche, la transmission d'informations militaires, le transport d'armes et de munitions ou le ravitaillement¹¹⁶ ;
- Les activités de reconnaissance, l'espionnage, le sabotage, ainsi que l'utilisation d'enfants comme leurres ou messagers ou leur utilisation aux postes de contrôle militaire¹¹⁷ ;
- Le fait de travailler comme « gardes militaires », « gardes du corps » ou « soldats d'escorte » de chefs militaires ou « au sein de la garde présidentielle »¹¹⁸ ;

¹¹³ *Idem.*, paras. 1267 et 1278.

¹¹⁴ Voir CICR, « Argumentaire du Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 27 octobre 1997 », *supra* note 85, para. 29. L'effort de guerre a été défini comme étant « *l'ensemble des activités nationales qui, par leur nature ou leur but, doivent contribuer à la défaite militaire de l'adversaire* » (Actes XIV, CDDH/III/SR.2, p. 15).

¹¹⁵ Voir le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 63, para. 820.

¹¹⁶ Voir la « Décision sur la confirmation des charges », *supra* note 63, para. 260 et le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 53, para. 1045.

¹¹⁷ Voir la « Décision sur la confirmation des charges », *supra* note 63, para. 261.

¹¹⁸ Voir le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 63, para. 915 et le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 53, para. 1045.

- Le fait de porter une arme, même sans l'utiliser¹¹⁹, ou le fait de porter un uniforme militaire ;
- Toute contribution aux « préparatifs du combat » et au « retour du combat »¹²⁰ ;
- Toute formation à caractère militaire, notamment lorsque celle-ci comprend l'apprentissage du maniement des armes (des armes blanches (par exemple, des machettes et des lances) ou des armes à feu)¹²¹ ; et
- La présence d'enfants-soldats sur les lieux où les crimes ont été commis ou dans le siège principal du groupe armé¹²².

72. Par ailleurs, le Représentant légal soutient que la présence prolongée des enfants-soldats dans les camps d'entraînement constitue une participation active aux hostilités, du fait notamment qu'une telle présence va au-delà de l'effort de guerre demandé en général à la population civile et expose l'enfant à un danger réel en raison de son association à un groupe armé¹²³.

B. Observations concernant les crimes de viol et esclavage sexuelle contre les recrues de l'UPC/FPLC (chefs d'accusation 6 et 9)

1) Le droit international humanitaire s'applique aux crimes de viol/esclavage sexuel commis à l'encontre des enfants-soldats

73. La Défense allègue qu'en application de l'article 22 du Statut de Rome, codifiant le principe de la légalité qui « *commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive comme, par exemple, par analogie, au détriment du suspect ou de l'accusé* »¹²⁴, « *les crimes commis par des membres de forces armées sur des membres de la même force armée ne relève ni du DIH, ni du droit pénal international* »¹²⁵.

¹¹⁹ SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.) ET ZIMMERMANN (B.) (éds.), *op. cit. supra* note 65, p. 925, para. 3187.

¹²⁰ *Idem.* Voir aussi la « Décision relative à la confirmation des charges » *supra* note 106, para. 256.

¹²¹ *Ibid.*, para. 255.

¹²² Voir TSSL, « Judgement », *supra* note 112, paras. 1267 et 1278.

¹²³ Ce qui s'accorde également avec le critère établi par la Chambre de première instance I dans l'affaire *Lubanga*. Voir le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 63, para. 820.

¹²⁴ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 29, lignes 5-7 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 31.

¹²⁵ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 29, lignes 24-26 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 32.

a) Applicabilité de l'article 4 du Protocole II

74. Le Représentant légal soutient tout d'abord que l'argument de la Défense selon lequel la « *protection que confère l'Article 4 n'est applicable qu'en cas de capture d'un enfant soldat par la partie adverse* »¹²⁶ est manifestement infondé.

75. En effet, cette affirmation contredit directement la lettre de l'article 4-1 du Protocole II, qui vise spécifiquement « *toutes les personnes qui ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités, qu'elles soient ou non privées de liberté* ». De plus, l'article 4-3 du Protocole II ne se limite pas à prévoir les mesures applicables en cas « de capture d'un enfant », mais va clairement au-delà en énonçant un principe général de protection des enfants, lequel est complété par une « *liste indicative* » d'obligations spécifiques¹²⁷. Parmi les obligations spécifiques prévues, figure effectivement la protection de l'enfant dans le cas où celui-ci (celle-ci) est capturé(e), prévue à l'article 4-3-d du Protocole II¹²⁸. Hormis cette obligation spécifique, l'article 4-3 vise généralement les enfants car « *ils requièrent un traitement privilégié par rapport au reste de la population civile; c'est pourquoi ils sont au bénéfice d'une protection juridique spécifique* »¹²⁹. L'article 4-3 du Protocole II a pour objectif non seulement la protection des « enfants capturés », mais vise plus généralement à « *préserver les enfants des conséquences des hostilités, en leur prodiguant l'assistance et les soins nécessaires, en leur évitant des lésions physiques ou des traumatismes mentaux et en leur assurant un développement aussi normal que les circonstances le permettent* »¹³⁰.

¹²⁶ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 29, lignes 18-19 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 31.

¹²⁷ SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.) et ZIMMERMANN (B.) (éds.), *op. cit. supra* note 65, p. 1401, para. 4545.

¹²⁸ L'article 4-3-d du Protocole II se lit comme suit: « *d) la protection spéciale prévue par le présent article pour les enfants de moins de quinze ans leur restera applicable s'ils prennent directement part aux hostilités en dépit des dispositions de l'alinéa c et sont capturés* ».

¹²⁹ SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.) et ZIMMERMANN (B.) (éds.), *op. cit. supra* note 65, para. 4544.

¹³⁰ *Idem*, para. 4546.

76. De plus, le fait que l'article 4-3-d traite directement de la question des « enfants capturés » ne saurait constituer un motif pour limiter la portée de l'article 4 du Protocole II dans sa totalité à cette situation spécifique. En effet, l'hypothèse de « capture d'un enfant » a un caractère purement auxiliaire et a été inclus pour remédier à une éventuelle violation préalable de l'obligation absolue concernant le recrutement d'enfants-soldats. Comme l'explique le Commentaire du Protocole, le « *but de cette disposition est de garantir aux enfants une protection particulière dans le bouleversement d'une situation conflictuelle. C'est pourquoi il a semblé utile de préciser, dans cet alinéa, que les enfants resteront au bénéfice de droits privilégiés au cas où la limite d'âge de 15 ans prévue à l'alinéa c n'aurait pas été respectée. Prévoir les conséquences d'une éventuelle violation du droit tend, dans ce cas, à renforcer la protection* »¹³¹.

b) L'indifférence de l'appartenance à une partie au conflit dans le cadre de l'applicabilité de l'article 4 du Protocole II

77. Le Représentant légal soumet que la conclusion tirée par la Défense selon laquelle « *l'article 4 n'est applicable qu'en cas de capture d'un enfant par la partie adverse* »¹³² ne repose sur aucun fondement juridique ou pratique. Non seulement la Défense tente de limiter la portée de l'article 4-3 du Protocole II à la seule « capture d'enfants », mais soumet également l'application de l'article à la condition qu'une telle capture soit effectuée par la « partie adverse ». La notion de « partie adverse » avancée par la Défense n'a aucun fondement juridique dans le cadre de la présente affaire. En effet, les obligations découlant de l'article 4 du Protocole II s'adressent aux autorités exerçant le contrôle sur le territoire « *qu'elles soient légales ou de fait* » afin « *de préserver les enfants des conséquences des hostilités* »¹³³. Le Protocole II, à l'instar de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, n'octroient « *pas de statut particulier*

¹³¹ *Ibid.*, para. 4559.

¹³² Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 29, lignes 18-19 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 31.

aux membres des forces armées ou de groupes armés capturés par l'adversaire »¹³⁴, ni ne prévoit une « catégorie particulière de personnes protégées et ne crée pas de statuts juridiques distincts »¹³⁵. La protection des enfants en vertu du Protocole II s'applique donc indépendamment du fait que les violations sont commises par une partie particulière au conflit. En effet, les dispositions du Protocole trouvent application de manière similaire à toutes les « parties au conflit » et emportent les « mêmes droits et les mêmes obligations, de nature strictement humanitaire »¹³⁶.

78. De même, l'Article 4 du Protocole II énonce les « garanties fondamentales » applicables aux conflits armés non internationaux, lesquelles protègent toutes « *les personnes qui ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités, qu'elles soient ou non privées de liberté* ». Le Commentaire du Protocole précise que « *[r]atione personae, il couvre toutes les personnes affectées par le conflit armé, au sens de l'article 2 du Protocole ('Champ d'application personnel'), quand elles ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités* »¹³⁷.

79. Aucune mention n'est donc faite à la nécessité d'appartenir à la « partie adverse » ou au « même camp » afin de bénéficier de la protection établie dans le Protocole II, en dépit de ce que soutient la Défense¹³⁸. Au contraire, plusieurs éléments du Protocole II et du commentaire pertinent permettent d'établir qu'une telle distinction a été explicitement rejetée. Tout d'abord, les dispositions du Protocole qui définissent son champ d'application *ratione personae*, en précisant quels en sont les bénéficiaires et les destinataires, posent le principe de non-discrimination dans l'application dudit Protocole « *à toutes les personnes affectées par un conflit*

¹³³ SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.) et ZIMMERMANN (B.) (éds.), *op. cit. supra* note 65, para. 4546. Voir également le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 53, paras. 1042-1043.

¹³⁴ *Idem*, para. 4440.

¹³⁵ *Ibid.*, para. 4441.

¹³⁶ *Ibid.*, para. 4442.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 1391, para. 4520.

¹³⁸ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 29, lignes 18-19 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 31.

armé»¹³⁹. La valeur et l'importance accordées au principe de non-discrimination interdisent par conséquent toute distinction entre les victimes fondée sur la base de critères arbitraires, tel que le fait d'« appartenir » à un camp ou à un autre. Mais ce même principe de non-discrimination permet également d'identifier le véritable critère d'application du Protocole, et par conséquent la portée du droit international humanitaire, qui s'étend à « *toutes les personnes affectées par un conflit armé* », et non pas en raison de l'appartenance à une certaine partie au conflit.

80. En conséquence, Le Représentant légal soumet qu'il ressort des dispositions du Protocole II que le droit international humanitaire s'applique à toutes les personnes affectées par le conflit armé non international, indépendamment de leur appartenance à une partie au conflit. Les crimes d'esclavage sexuel et de viol constituent par conséquent des crimes de guerre lorsque les victimes de ces crimes sont « affectées » par le conflit armé non international, y compris les enfants-soldats.

c) *Les allégations de la Défense révèlent une confusion conceptuelle relative à la nature du conflit*

81. La Défense néglige à nouveau les caractéristiques fondamentales distinguant les conflits armés à caractère non international des conflits internationaux¹⁴⁰. La Défense soumet en effet que « *le DIH ne vise pas à protéger les combattants de crimes qui seraient commis par les combattants d'un même groupe. Ces crimes sont plutôt régis par le droit national de la partie (droit martial, droit criminel) et les droits de l'Homme* »¹⁴¹.

82. Comme indiqué *supra*, il ressort clairement des dispositions du Protocole II que le droit des conflits armés non internationaux s'applique à toute les « *personnes affectés par le conflit* »¹⁴². De plus, à la différence de la plupart des dispositions des

¹³⁹ Voir les articles 2 et 4 du Protocole II. Voir également, SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.) et ZIMMERMANN (B.) (éds.), *op. cit. supra* note 65, para. 4480.

¹⁴⁰ Voir *supra* paras. 50-56.

¹⁴¹ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 30, lignes 3-5 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 32.

¹⁴² Voir *supra* paras. 77-80.

Conventions de Genève, le Protocole II et l'article 3 commun aux Conventions de Genève n'octroient « *pas de statut particulier aux membres des forces armées ou de groupes armés capturés par l'adversaire* »¹⁴³, ni établissent une « *catégorie particulière de personnes protégées et ne crée pas de statuts juridiques distincts* »¹⁴⁴. Par conséquent, l'allégation de la Défense selon laquelle le droit international humanitaire ne viserait pas à protéger certains « combattants » établit une limitation artificielle et arbitraire qui n'est pas prévue par le Protocole II.

83. Le Représentant légal soumet que la confusion conceptuelle caractérisant la position plaidée par la Défense est encore plus apparente si l'on examine le fondement de cette allégation. En effet, pour étayer sa thèse, la Défense avance comme seul et unique fondement le jugement de la Chambre de première I du TSSL dans l'*Affaire Sesay et al.*¹⁴⁵. Or, dans cette affaire, il apparaît clairement que l'analyse de la Chambre porte uniquement sur le droit des conflits armés à caractère international¹⁴⁶.

84. En outre, cette conclusion du TSSL repose sur une interprétation de textes et dispositions juridiques manifestement différentes des textes applicables à la présente affaire. En effet, la décision citée par la Défense est fondée sur une interprétation de l'article 4 de la troisième Convention de Genève et l'article 4 de la quatrième Convention de Genève, lesquels s'appliquent uniquement dans le cadre d'un conflit armé international¹⁴⁷. D'autre part, cette conclusion ne repose sur aucune des dispositions du droit international humanitaire applicables à la présente affaire, à

¹⁴³ Voir SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.) et ZIMMERMANN (B.) (éds.), *op. cit. supra* note 65, para. 4440.

¹⁴⁴ *Idem*, para. 4441.

¹⁴⁵ Voir l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 32, note 86.

¹⁴⁶ Voir TSSL, *Le Procureur c. Sesay et consorts*, « *Judgement* » (Chambre de première instance I), affaire n° SCSL-04-15-T, 2 mars 2009, para. 1453 : « *The law of international armed conflict was never intended to criminalise acts of violence committed by one member of an armed group against another, such conduct remaining first and foremost the province of the criminal law of the State of the armed group concerned and human rights law* » (nous soulignons). Ce jugement est disponible à l'adresse suivante : <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=D5HojR8FZS4%3D&tabid=215>.

¹⁴⁷ *Idem*, para. 1452 et note 2754.

savoir le Protocole II et l'article 3 Commun aux Conventions de Genève. Par conséquent, la décision citée par la Défense ne saurait assister la Chambre dans le cadre de la présente affaire.

85. Par ailleurs, la notion de « partie adverse » avancée par la Défense, laquelle peut *a priori* apparaître évidente dans le contexte des conflits armés internationaux est moins évidente à identifier dans le contexte des conflits armés non-internationaux¹⁴⁸. Ceci est notamment le cas lorsque les parties à un conflit sont de la même nationalité¹⁴⁹. De même, le critère d'allégeance à une partie au conflit, tel qu'établie par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (le « TPIY »)¹⁵⁰, est à son tour difficile d'application en ce qui concerne les enfants-soldats puisque leur conscription, leur enrôlement et leur participation active aux hostilités procède d'une violation d'une règle absolue et irréfragable en droit international humanitaire.

d) Le lien requis entre les crimes perpétrés et le conflit armé

86. Dans la mesure où la Défense semble alléguer l'absence de lien entre les crimes de viol/esclavage sexuel commis sur les enfants-soldats avec le conflit armé objet de la présente affaire, le Représentant légal soutient que la condition d'appartenir au camp adverse n'est pas déterminante pour qualifier les actes de viol et d'esclavage sexuel en tant que crimes de guerre.

87. Cette position est conforme à la jurisprudence du TPIY, laquelle indique clairement que l'appartenance au « camp adverse » n'est qu'un facteur parmi d'autres permettant de qualifier certains actes comme crimes de guerre¹⁵¹.

¹⁴⁸ Voir Cassese (A.), « The nexus requirement for war crimes », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, mai 2012, p. 1396.

¹⁴⁹ *Idem*.

¹⁵⁰ Sur la notion d'allégeance à une partie au conflit, voir TPIY, *Le Procureur c. Tadić*, « Jugement » (Chambre d'appel), affaire n° IT-94-1-A, 15 juillet 1999, paras. 164-166.

¹⁵¹ Voir TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, « Arrêt » (Chambre d'appel), affaire n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 juin 2002, paras. 58-59. Cet arrêt est disponible à l'adresse suivante : <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/fr/kun-aj020612f.pdf>.

88. De même, l'appartenance au « camp adverse » a été implicitement rejetée comme critère déterminant l'existence de crimes de guerre dans l'Affaire *Lubanga*, notamment en ce qui concerne la conscription, enrôlement et participation d'enfants-soldats¹⁵². Le Représentant légal rappelle par ailleurs que les Eléments des crimes concernés ne prévoient pas la condition d'appartenir à la partie adverse au conflit¹⁵³. Le lien requis est que le « comportement [ait] lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé ne présentant pas un caractère international »¹⁵⁴. Cette condition doit faire l'objet d'une interprétation conforme au Protocole II aux Conventions de Genève et la jurisprudence du TPIY établie dans l'Affaire *Kunarac*.

89. Ainsi, les actes de viol/esclavage sexuel constituent des crimes de guerre lorsque les victimes sont affectées par le conflit armé. De plus, le Représentant légal soumet qu'il apparaît clairement que l'existence du conflit armé a considérablement pesé sur la capacité du suspect à commettre ces crimes ainsi que sur sa décision de les commettre, la manière dont il les a commis ou le but dans lequel il les a commis. Enfin, les crimes de viol/esclavage sexuel n'auraient pas été commis sur des enfants-soldats dans les camps et autre établissement de l'UPC/FPLC en l'absence du conflit armé objet de la présente affaire.

e) *Le caractère général et absolu de la prohibition des crimes de viol et esclavage sexuel visant les enfants-soldats*

90. En tout état de cause, le Représentant légal soumet que la prohibition prévue par le droit international humanitaire concernant le recours au viol et à l'esclavage sexuel, y compris celle prévue par le Protocole II, est applicable en ce qui concerne les enfants-soldats, indépendamment de leur participation aux hostilités. En ce sens, l'argument de la Défense selon lequel l'Accusation aurait plaidé « une interprétation extensive des dispositions de l'Article 4 du Protocole additionnel II » afin d'« étendre

¹⁵² Voir le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 63.

¹⁵³ Voir *supra* paras. 77-80.

¹⁵⁴ Voir les Eléments des crimes, articles 8-2-e-vi-1 et 8-2-e-vi-2 ainsi que l'article 8-2-e-vii.

l'application de l'Article 8-2-e-vi » est largement infondé et doit en conséquence être rejeté¹⁵⁵.

91. Le droit des conflits armés non-internationaux édicte des « *garanties fondamentales* » applicables aux enfants. L'article 4-3 du Protocole II énonce une liste non-exhaustive de mesures de protection applicables spécifiquement aux enfants, lesquelles complètent d'autres « *garanties fondamentales* » applicables à l'ensemble des catégories de personnes affectées par les conflits armés non-internationaux¹⁵⁶. Cette protection spéciale accordée aux enfants est justifiée par le fait qu'ils « *sont particulièrement vulnérables* » et par conséquent « *requièrent un traitement privilégié par rapport au reste de la population civile* »¹⁵⁷.

92. De surcroît, l'article 4-2-f du Protocole II prévoit l'interdiction absolue du recours à l'esclavage, sous toutes ses formes. De même, l'article 4-2-e confirme la prohibition « *les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur* ». La prohibition du viol dans le cadre des conflits armés non-internationaux « *est apparue indispensable [afin] de renforcer non seulement la protection des femmes, mais aussi celle des enfants ou des adolescents, qui peuvent également être victimes de viol* »¹⁵⁸.

93. Dès lors le Représentant légal soumet que les actes de viol et esclavage sexuel, en particulier lorsque commis sur des enfants et/ou des femmes, font clairement partie des crimes ayant particulièrement suscité l'intérêt des négociateurs du Protocole II et sont par conséquent directement visés par les dispositions du Protocole.

¹⁵⁵ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 29, lignes 13-14 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 31.

¹⁵⁶ SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.) et ZIMMERMANN (B.) (éds.), *op. cit. supra* note 65, p. 1401, para. 4545.

¹⁵⁷ *Idem*, para. 4544.

¹⁵⁸ *Ibid.*, para. 4539.

94. De plus, contrairement à ce qu'allègue la Défense, le Représentant légal soutient que les crimes de viol et d'esclavage sexuel commis sur les enfants-soldats sont prohibés par le Protocole II dans la mesure où ces actes ont été perpétrés sur des enfants-soldats ne participant pas directement aux hostilités. En outre, le Représentant légal soutient que même lorsque les enfants-soldats prennent directement part aux hostilités, les actes de viol et d'esclavage sexuel demeurent prohibés en droit international humanitaire et par conséquent constituent des crimes de guerre conformément à l'article 8 du Statut de Rome.

95. Tout d'abord, il convient de rappeler que la seule condition qui semble être attachée à l'applicabilité des garanties fondamentales susmentionnées est reflétée dans l'article 4-1 du Protocole II, lequel établit que les personnes en question « *ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités* ». Or, la notion de « participation directe » aux hostilités prévue dans le cadre du Protocole est clairement définie, comme le souligne à juste titre la Défense¹⁵⁹, comme le fait de « *commettre des actes de guerre que leur nature ou leur objet destine à frapper concrètement le personnel ou le matériel des forces armées de l'adversaire* »¹⁶⁰. Cette définition ne « *comprend pas des actes comme la recherche et la transmission d'informations militaires, le transport d'armes et de munitions, le ravitaillement ...* »¹⁶¹, mais se limite à la participation aux combats proprement dit. En dehors de ce cas bien précis (la participation directe), il découle clairement des dispositions du Protocole II que les garanties applicables aux enfants-soldats demeurent applicables.

96. Les crimes de viol et esclavage sexuel commis sur les enfants-soldats sont donc couverts par le Protocole II puisque lorsque les crimes ont été commis, les enfants-soldats ne participaient pas, de manière directe, aux hostilités. En effet, d'une part aucune « hostilité » n'opposait les enfants-soldats victimes des crimes aux autres

¹⁵⁹ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 20, lignes 6-9 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 20.

¹⁶⁰ *Idem*. Voir également CICR, « Argumentaire du Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 27 octobre 1997 », *supra* note 85, para. 29.

membres de l'UPC/FPLC qui les violaient et les maintenaient en esclavage sexuel, et, d'autre part, il serait inconcevable de soutenir que les enfant-soldats subissaient les crimes de viol et/ou d'esclavage sexuel concomitamment à leur participation directe aux hostilités. Le Représentant légal a déjà rappelé au cours de l'audience de confirmation des charges que les filles enfants-soldats « *indiquent quant à elles que les viols ne cessaient que lorsqu'elles étaient envoyées sur le champ de bataille* »¹⁶². Ainsi, les enfants-soldats bénéficient d'une protection en droit international humanitaire contre tous les actes de viol et d'esclavage sexuel car ces crimes sont, par nature, susceptibles d'être perpétrés uniquement dans un contexte différent de celui de la participation directe.

97. Par ailleurs, et en tout état de cause, le Représentant légal soutient que le degré de participation aux hostilités ne doit en aucun cas limiter la protection accordée aux enfants-soldats dans le cadre du Protocole II. L'article 4-1 du Protocole énonce des garanties applicables en « tout temps » et « en tout lieu », et par conséquent ont un caractère absolu. Cette position est confirmée également par le Commentaire du Protocole II, lequel indique que les « garanties fondamentales » prévues comprennent « *tous les droits irréfragables du Pacte [relatif aux droits civils et politiques], c'est-à-dire ceux auxquels il ne peut être dérogé, même en cas de danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation* »¹⁶³. Dès lors, l'adhésion à un raisonnement contraire aboutirait à un résultat absurde, à savoir, faciliter la commission d'actes d'esclavage sexuel et de viol lorsque les victimes prennent directement part aux hostilités.

98. Loin de constituer un motif exonératoire de culpabilité, le fait que les crimes de viols et esclavage sexuel aient été commis subséquentement à la commission des crimes d'enrôlement, de conscription et de participation actives aux hostilités

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 79, lignes 6-8.

¹⁶³ SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.) et ZIMMERMANN (B.) (éds.), *op. cit. supra* note 65, para. 4511.

d'enfants de moins de 15 ans ne peut, en réalité, que constituer une circonstance aggravante.

99. En ce qui concerne les enfants-soldats de moins de 15 ans, ceci paraît évident, puisque de tels actes sont commis en claire violation de l'article 4-3-c du Protocole II, lequel établit l'interdiction générale et absolue de les recruter dans les groupes armés et de les faire participer activement aux hostilités.

100. En ce qui concerne les enfants de plus de 15 ans, le recrutement, la conscription et la participation aux hostilités constituent également une circonstance aggravante, en raison notamment de la vulnérabilité particulière des victimes à cause de leur âge et de leur genre¹⁶⁴. Une telle vulnérabilité est accentuée par le recrutement au sein des forces armées, lequel crée un lien hiérarchique et formellement militaire entre les enfants-soldats et les autres membres de l'UPC/FPLC.

101. Dès lors, le représentant légal soutient que le recrutement au sein de l'UPC/FPLC a directement facilité la commission de ces crimes, les a prolongé dans le temps et a contribué à augmenter sensiblement leur fréquence.

2) Champ d'application des crimes de viol et d'esclavage sexuel

102. Contrairement aux allégations de la Défense¹⁶⁵, le Représentant légal soutient que les charges de viol/esclavage sexuel à l'encontre des recrues de l'UPC/FPLC ne sont pas limitées aux seuls enfants-soldats de moins de 15 ans.

103. À cet égard, le Représentant légal note que l'Accusation elle-même ne semble pas catégorique à ce sujet. En effet, le Document contenant les charges énonce clairement les chefs d'accusation suivants sans préciser l'âge des enfants-soldats :

¹⁶⁴ Le critère concernant la vulnérabilité des enfants-soldats a été pris en compte dans le cadre de l'affaire *Lubanga* : voir la « Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut » (Chambre de première instance I), No. ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, 10 juillet 2012, paras. 77-78.

¹⁶⁵ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 28, lignes 21-28 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 30.

‘RAPE OF UPC/FPLC CHILD SOLDIERS’¹⁶⁶ et ‘SEXUAL SLAVERY OF UPC/FPLC CHILD SOLDIERS’¹⁶⁷. Cette absence de distinction entre les enfants de moins de 15 ans et ceux de plus de 15 ans contraste sensiblement avec la limitation expresse établie en ce qui concerne les chefs d’accusation 14, 15 et 16 du document contenant les charges¹⁶⁸.

104. De plus, cette ambiguïté est entretenue dans le Document contenant les charges puisqu’une lecture minutieuse des paragraphes 100 à 106, sur la base desquels les chefs d’accusation 6 et 9 sont présentés, montre sans équivoque que les actes de viol/esclavage sexuel ont été perpétrés à l’égard de tous les enfants-soldats, sans distinction d’âge¹⁶⁹.

105. Le Représentant légal soutient que quelle qu’ait été l’intention de l’Accusation, celle-ci ne doit avoir aucune incidence sur l’étendue des charges de viol/esclavage à l’encontre des enfants-soldats, sans distinction relative à leur âge, si ce n’est celle de l’âge de 18 ans.

106. À titre préliminaire, il convient de noter qu’en appliquant une limitation au paragraphe 108 dans le Document contenant les charges¹⁷⁰, l’Accusation semble revenir sur sa définition de la notion d’« enfants-soldats ». Cette position reconnaissait jusqu’à présent que l’âge limite était de 18 ans et non pas de 15 ans. Elle a été exposée par la Chambre préliminaire I dans le cadre de l’Affaire *Lubanga* :

«L’Accusation soutient que, par ‘enfants soldats’ entend tous les enfants de moins de 18 ans qui font partie d’une force ou d’un groupe armé, en quelque qualité que ce soit. En conséquence, elle fait valoir que la protection considérée ne se restreint pas aux seuls enfants qui participent activement aux combats, mais s’étend également aux enfants dont le rôle est essentiel au fonctionnement du groupe armé,

¹⁶⁶ Voir le « Document containing the charges », *supra* note 16, pp. 57-58.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 58.

¹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 59-60.

¹⁶⁹ *Ibid.*, para. 100. L’Accusation utilise les expressions suivantes : « without regard to age » et « girls [...] above the age of 15 ».

¹⁷⁰ *Ibid.*, para. 108 (« the charges relate solely to UPC/FPLC child soldiers under the age of 15 »).

comme ceux qui travaillent comme cuisiniers, porteurs, messagers, ainsi que les enfants utilisés à des fins sexuelles, y compris au moyen de mariages forcés »¹⁷¹.

107. Pourtant le Représentant légal soumet que cette définition des « enfants-soldats » est confirmée par les dispositions de l'article 1^{er} de la Convention relative aux droits de l'enfant, lequel dispose comme suit :

« Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable »¹⁷².

108. De même, le Commentaire du Protocole II aux Conventions de Genève indique que le terme « enfant » peut également inclure, conformément au Protocole, des enfants-soldats de plus de 15 ans¹⁷³. Il précise également que la limite d'âge de 15 ans n'est applicable qu'en ce qui concerne l'acte consistant à recruter ou faire participer des enfants-soldats aux hostilités¹⁷⁴.

109. Enfin, cette définition du terme « enfant » a été confirmée par la Chambre de première instance I, qui a indiqué que « le terme 'enfant' désigne les garçons et les filles âgés de moins de 18 ans »¹⁷⁵.

110. Mais la Défense avance l'argument selon lequel « l'Accusation n'a pas démontré l'existence d'individus de moins de 15 ans dans les FPLC pendant la période des charges »¹⁷⁶.

Or, indépendamment de la question concernant le champ d'application précis des

¹⁷¹ Voir le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut *supra* note 63, para. 574. Le jugement fait référence au « Prosecution's Closing Brief », n° ICC-01/04-01/06-2748-Red, 20 juillet 2011, para. 139. Voir aussi la note 270 de ladite soumission.

¹⁷² Voir l'article 1^{er} de la Convention relative aux droits de l'enfant, NATIONS UNIES, *Recueil des traités*, vol. 1577, p. 3. Cette convention est disponible à l'adresse suivante :

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=fr.

¹⁷³ SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.) et ZIMMERMANN (B.) (éds.), *op. cit. supra* note 65, paras. 4549-4551.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁵ Voir le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 63, para. 635.

¹⁷⁶ Voir la transcription de l'audience du 13 février 2014, n° ICC-01/04-02/06-T-10-CONF-FRA ET, p. 28, lignes 24-25 et l'Annexe B de la « Communication des présentations de la Défense lors de l'audience de confirmation des charges », n° ICC-01/04-02/06-263-Conf-AnxB, 19 février 2014, p. 30.

charges, les éléments des crimes concernant les crimes de viol et d’esclavage sexuel ne posent aucune limitation concernant l’âge des victimes. Au contraire, par exemple la note 66 des Eléments des crimes indique expressément que l’esclavage sexuel comprend « *la traite d’êtres humains, en particulier de femmes et d’enfants* »¹⁷⁷. Il n’est ainsi fait aucune référence à une catégorie spécifique d’enfants. Dès lors, les crimes de viol et d’esclavage sexuel aux articles 8-2-e-vi-1 et 8-2-e-vi-2 visent tout enfant, quel que soit son âge, et non pas uniquement les enfants de moins de 15 ans.

111. De plus, l’Accusation n’est tenue de démontrer que les seuls éléments constitutifs des crimes, tels que prévus dans les Eléments des crimes. Ainsi, le Représentant légal soumet que la requête de la Défense visant à ajouter des éléments additionnels non prévus par les textes de la Cour ne saurait être jugée recevable et doit être rejetée car elle viole le principe de légalité prévu à l’article 21-1-a du Statut Rome.

112. Enfin, les soumissions de la Défense procèdent à une confusion dangereuse des éléments des crimes d’utilisation, conscription ou enrôlement d’enfants (article 8-2-e-vii) avec les éléments des crimes de viol et d’esclavage sexuel (articles 8-2-e-vi-1 et 82-e-vi-2). Pour ces derniers, l’âge de la victime n’a aucune pertinence en ce qui concerne l’établissement des crimes, à la différence des premiers.

3) Élément du crime d’esclavage sexuel

113. Eu égard aux éléments du crime d’esclavage sexuel, sans reprendre les développements *supra*, le Représentant légal soumet qu’il n’est pas nécessaire de prouver que le droit de propriété a été exercé en toutes ses formes. De plus, les actes de nature sexuelle peuvent revêtir de nombreuses formes et vont au-delà des actes constitutifs de l’élément matériel du crime de viol.

¹⁷⁷ Nous soulignons.

a) L'exercice de droit de propriété

114. En ce qui concerne l'exercice du droit de propriété, le Représentant légal soutient qu'il suffit que l'auteur du crime ait agi conformément à l'une des composantes dudit droit. De plus, les actes caractérisant l'exercice du droit de propriété cité dans les éléments du crime ne sauraient être compris comme constitutifs d'une liste exhaustive du fait notamment de l'usage des termes « *par exemple* » à l'article 8-2-e-vi-2-1 des Éléments des crimes¹⁷⁸. Cette position est également confirmée par l'approche adoptée par le TSSL et par le TPIY :

*« In determining whether or not the enslavement element of the actus reus has been established, the Chamber notes that the list of actions that reflect the exercise of a power of ownership that is included in the element is not exhaustive »*¹⁷⁹.

115. Dans l'Affaire *Kunarac et consorts*, la Chambre de première instance du TPIY a indiqué les éléments suivants pouvant être pris en compte pour déterminer s'il y a eu réduction en esclavage sexuel :

*« le contrôle des mouvements d'un individu, le contrôle de l'environnement physique, le contrôle psychologique, les mesures prises pour empêcher ou décourager toute tentative de fuite, le recours à la force, les menaces de recourir à la force ou la contrainte, la durée, la revendication de droits exclusifs, les traitements cruels et les sévices, le contrôle de la sexualité et le travail forcé »*¹⁸⁰.

116. Le Représentant légal soutient qu'en ce qui concerne l'ensemble des enfants-soldats, le consentement ne saurait être avéré soit en raison de l'absence du « libre arbitre » de la victime ou en raison du recours par les auteurs du crime à des formes

¹⁷⁸ Dans ce sens voir le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 53, paras. 975-976.

¹⁷⁹ SCSL, *Le Procureur c. Sesay et consorts*, « Judgment », *supra* note 146, para. 160. Voir également TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, « Jugement » (Chambre de première instance), affaire n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, 22 février 2001, paras 519-537 and 539 disponible à l'adresse suivante : <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/fr/kun-010222.pdf> et *Le Procureur c. Krnojelac*, « Jugement » (Chambre de première instance II), Affaire No. IT-97-25-T, 15 mars 2002 para. 355 disponible à l'adresse suivante : <http://www.icty.org/x/cases/krnojelac/tjug/fr/krn-tj020315f.pdf>.

¹⁸⁰ Voir TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, « Jugement », *supra* note 179, para. 543.

différentes et variées de contrainte¹⁸¹. Dès lors, pour l'ensemble des enfants-soldats victimes d'« actes de nature sexuelle », le premier critère concernant « l'exercice du droit de propriété » est satisfait du fait de l'existence d'un ou plusieurs actes d'appropriation. Cette position est conforme à la jurisprudence du TPIY, refusant d'« accepter le principe selon lequel le défaut de consentement constituerait un élément du crime, car [la Chambre] est d'avis que la réduction en esclavage découle de la revendication d'un droit de propriété » et de conclure que l'Accusation « n'est pas dans l'obligation de prouver le défaut de consentement en tant qu'élément constitutif du crime »¹⁸².

117. Par ailleurs, des exemples d'actes d'appropriation ont été énumérés, à titre d'illustration, par le TPIY dans l'affaire *Kunarac et consorts* :

« Il ressort de cette définition que sont révélateurs d'une réduction en esclavage les éléments de contrôle et de propriété, la limitation et le contrôle de l'autonomie, de la liberté de choix ou de circulation et, souvent, les bénéfices retirés par l'auteur de l'infraction. Le consentement ou le libre arbitre de la victime fait défaut. Les menaces, le recours à la force ou d'autres formes de contrainte, par exemple, le rendent souvent impossible ou sans objet, tout comme la peur de la violence, le dol ou les promesses fallacieuses, l'abus de pouvoir, la vulnérabilité de la victime, la détention ou la captivité, les pressions psychologiques ou les conditions socio-économiques. Sont également symptomatiques l'exploitation, le travail ou service forcé ou obligatoire, exigé souvent sans rémunération et qui constitue souvent aussi, mais pas nécessairement, une épreuve physique, l'utilisation sexuelle, la prostitution et la traite des êtres humains. S'agissant de travail ou service forcé ou obligatoire, il ressort clairement du droit international et, notamment, de plusieurs articles de la IVe Convention de Genève et des Protocoles additionnels que dans les conflits armés, tout travail ou service effectué par des personnes protégées, y compris les civils, n'est pas frappé d'interdit – mais soumis à des conditions très strictes. Le fait d'« acquérir » ou de « céder » une personne contre une rémunération ou un avantage en nature n'est pas un élément constitutif de la réduction en esclavage, mais c'est un bon exemple de l'exercice du droit de propriété sur autrui. Un autre élément à prendre en compte pour déterminer s'il y a eu réduction en esclavage est la durée pendant laquelle se seraient

¹⁸¹ Dans ce sens voir *supra* paras. 38-40 et 96.

¹⁸² Voir TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, « Arrêt », *supra* note 151, para. 120.

*exercés les attributs du droit de propriété, mais l'importance qu'on lui attribuera dans un cas donné dépendra des autres signes révélateurs de la réduction en esclavage ».*¹⁸³

b) Les actes de « nature sexuelle »

118. Les actes de nature sexuelle peuvent revêtir de nombreuses formes et vont au-delà des actes constitutifs de l'élément matériel du crime de viol. Dans l'affaire *Katanga et Ngudjolo Chui*, la Chambre préliminaire I a indiqué que de tels actes couvrent également le fait de forcer les jeunes recrues à devenir les « épouses » de combattants, en les obligeant à cuisiner et à accomplir d'autres travaux domestiques¹⁸⁴. La Chambre de première instance II a également conclu en ce sens dans son jugement relatif à l'affaire *Katanga*¹⁸⁵.

119. De plus, le Représentant légal soumet que la notion « *d'actes de nature sexuelle* » doit couvrir également la tentative de viol ainsi que la simple désignation des enfants-soldats de « *guduria* »¹⁸⁶. En effet, la désignation des enfants-soldats est incontestablement un acte de nature sexuel non seulement en raison de la connotation sexuelle du terme et mais également du fait qu'elle constitue une forme d'exercice du droit de propriété en « offrant » les enfants-soldats aux officiers et aux soldats¹⁸⁷.

c) La non pertinence de la durée pendant laquelle les victimes sont réduites en esclavage sexuel

120. Le Représentant légal soutient que la durée pendant laquelle les recrues de l'UPC/FPLC ont été maintenues en esclavage sexuelle n'est pas pertinente pour établir le crime et n'est pas un élément du crime d'esclavage sexuel.

¹⁸³ Voir TPIY *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, « Jugement », *supra* note 179, para. 452.

¹⁸⁴ Voir la « Décision relative à la confirmation des charges *supra* note 106, para. 348.

¹⁸⁵ Voir le « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut », *supra* note 53, paras. 1000-1001.

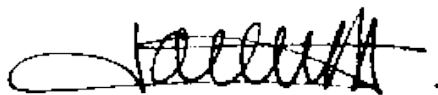
¹⁸⁶ Voir le « Document Containing the Charges », *supra* note 16, para. 100: « *commanders and soldiers referred to child soldiers (and other girls and women in the UPC/FPLC above the age of 15) as guduria, a large cooking pot, to mean that they could be used for sex whenever the soldiers wanted them for that purpose* ».

121. À cet égard, la Chambre d'appel du TPIY a précisé que

« la durée de la réduction en esclavage n'est pas un élément constitutif de ce crime. La question qu'il faut se poser concerne la nature du lien entre l'accusé et la victime. Plusieurs facteurs peuvent déterminer la nature de ce lien, au nombre desquels figure la durée de celui-ci. La Chambre d'appel est d'avis que la durée de la réduction en esclavage qui peut être considérée comme appropriée dépendra des circonstances particulières à chaque affaire »¹⁸⁸.

En conclusion, le Représentant légal est d'avis que l'Accusation a démontré qu'il y a des éléments de preuve suffisants pour établir l'existence de motifs substantiels de croire que le suspect a commis les crimes qui lui sont reprochés et que ces éléments de preuve atteignant le seuil probatoire exigé par les textes à ce stade des procédures, conformément à l'article 61-5 du Statut de Rome.

Tous ces faits ont été démontrés par l'Accusation avec des éléments qui sont suffisants au stade de la confirmation des charges pour permettre à la Chambre préliminaire de statuer que les charges alléguées à l'encontre de M. Bosco Ntaganda et notamment les charges d'enrôlement, de conscription, de participation active d'enfants de moins de 15 ans à des hostilités, ainsi que les charges de viol et d'esclavage sexuel à l'encontre des recrues de l'UPC/FPLC doivent toutes être confirmées, que sa responsabilité est engagée en vertu des articles 25-3-a, 25-3-b et 28 du Statut de Rome et que M. Bosco Ntaganda devrait être renvoyé en jugement.



Sarah Pellet
Représentant légal commun des anciens enfants-soldats

Fait le 7 mars 2014

À La Haye (Pays-Bas)

¹⁸⁷ Ce qui, pour reprendre les termes indiqués des Elément des crimes, constitue un « prêt » ou éventuellement une « donation » ou une « mise à disposition ».

¹⁸⁸ Voir TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, « Jugement », *supra* note 179, para. 121.