

Procureur c. X : les enseignements à tirer de la poursuite des enfants soldats pour crimes contre l'humanité

Luc Akakpo

Volume 42, numéro 1, 2012

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1026915ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1026915ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Akakpo, L. (2012). *Procureur c. X* : les enseignements à tirer de la poursuite des enfants soldats pour crimes contre l'humanité. *Revue générale de droit*, 42(1), 9–56. <https://doi.org/10.7202/1026915ar>

Résumé de l'article

Peut-on tenir pénalement responsables les enfants soldats auteurs de crimes internationaux ? La question mérite d'être posée dans la mesure où bien que le droit international pénal ait mis en place des mécanismes pour poursuivre, condamner et punir ceux qui se rendent coupables de violations du droit international, ces mécanismes ne sauraient être appliqués sans distinction d'âge. C'est cette problématique de la poursuite et de la condamnation des enfants soldats qui constitue la trame de fond de cet article. L'auteur y aborde la question sous le prisme d'une décision de justice, *Procureur c. X*, rendue en 2002 par l'une des chambres spéciales pour les crimes graves commis au Timor-Leste (ou Timor-Oriental). L'auteur soutient que cette affaire représente un recul inquiétant pour le droit international, car l'enfant ne bénéficie d'aucune mesure conçue explicitement pour lui devant ce tribunal international « hybride », bien que l'élaboration d'une justice pénale juvénile soit un acquis en droit interne.

DOCTRINE

Procureur c. X : les enseignements à tirer de la poursuite des enfants soldats pour crimes contre l'humanité

LUC AKAKPO

Doctorant à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Peut-on tenir pénalement responsables les enfants soldats auteurs de crimes internationaux? La question mérite d'être posée dans la mesure où bien que le droit international pénal ait mis en place des mécanismes pour poursuivre, condamner et punir ceux qui se rendent coupables de violations du droit international, ces mécanismes ne sauraient être appliqués sans distinction d'âge. C'est cette problématique de la poursuite et de la condamnation des enfants soldats qui constitue la trame de fond de cet article. L'auteur y aborde la question sous le prisme d'une décision de justice, Procureur c. X, rendue en 2002 par l'une des chambres spéciales pour les crimes graves commis au Timor-Leste (ou Timor-Oriental). L'auteur soutient

ABSTRACT

Can we hold child soldiers criminally responsible for international crimes? The question is very relevant given that while international criminal law has now developed mechanisms to prosecute, convict and punish those who commit violations of international law, these mechanisms cannot be applied regardless of age. This article focuses on the prosecution and conviction of child soldiers. The author examines the issue through the prism of a specific court decision, Prosecutor c. X, a 2002-decision rendered by the hybrid tribunal set up to try serious crimes committed in Timor-Leste. The author argues that the prosecutorial model adopted in this case should not be followed in international law as the child

que cette affaire représente un recul inquiétant pour le droit international, car l'enfant ne bénéficie d'aucune mesure conçue explicitement pour lui devant ce tribunal international « hybride », bien que l'élaboration d'une justice pénale juvénile soit un acquis en droit interne.

soldier did not benefit from any substantive or procedural measures designed specifically for minors, even though such measures are widely accepted in national criminal justice systems.

Mots-clés : *Enfants soldats, Timor-Leste (ou Timor-Oriental), plaidoyer de culpabilité, responsabilité pénale internationale des mineurs, droit international, âge, contrainte, mens rea, normes d'équité des procès.*

Key-words : *Child soldiers, Timor-Leste (or East Timor), plea bargaining, criminal liability of minors, international law, age, duress, mens rea, standards of fairness.*

SOMMAIRE

Introduction.....	11
I. L'affaire <i>Procureur c. X</i> : un précédent en matière d'accusation d'enfant soldat	13
A. Le contexte historique et juridique	13
B. Accusation de crimes contre l'humanité contre un mineur : arguments des parties	15
II. La responsabilité pénale des mineurs : approches doctrinales, normatives et jurisprudentielles.....	19
A. Les positions doctrinales sur le principe de la responsabilité individuelle des mineurs (l'approche doctrinale)	20
1. Le courant hostile à la punition.....	20
2. Le courant favorable à la responsabilité pénale des enfants soldats	23
3. Le courant neutre	26

B.	Les normes et principes du droit international (l'approche normative).....	29
C.	La responsabilité individuelle des mineurs dans la jurisprudence internationale (l'approche jurisprudentielle).....	33
1.	L'âge de responsabilité pénale internationale.....	33
2.	L'excuse de contrainte.....	37
a)	Notions, fondements juridiques et domaines d'application.....	37
b)	La contrainte telle que vécue par les enfants soldats.....	38
c)	La contrainte dans l'affaire <i>Erdemovic</i>	40
d)	La contrainte dans l'affaire <i>Procureur c. X</i>	43
3.	<i>La mens rea</i>	44
4.	Le plaidoyer de culpabilité : les affaires <i>Procureur c. X</i> et <i>Khadr</i>	46
a)	Notions, fondements juridiques et domaines d'application.....	46
b)	Le plaidoyer de culpabilité dans l'affaire <i>Procureur c. X</i>	48
c)	Le plaidoyer de culpabilité dans l'affaire <i>Khadr</i>	49
5.	Les normes d'équité des procès.....	52
a)	Affaire <i>Procureur c. X</i>	52
b)	Affaire <i>Khadr</i>	53
	Conclusion.....	54

INTRODUCTION

Je dirais qu'un enfant soldat et sa victime sont tous les deux des victimes, car ils sont habituellement placés dans ces situations qui échappent à leur contrôle dans le cadre de conflits armés.

David M. CRANE, ancien procureur du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL)

1. Y a-t-il justice à tenir pénalement responsables et à punir les enfants soldats ayant commis des crimes internationaux? La problématique autour des enfants soldats fait l'objet de beaucoup d'attention et de débats depuis plusieurs années. Dans le contexte de la justice pénale internationale,

on conçoit bien le statut de « l'enfant victime » réglementé et défendu par les *Conventions de Genève*. Ce que l'on conçoit moins bien, c'est la situation de « l'enfant auteur » impliqué dans des atrocités belligérantes maniant machette, semant la terreur, posant des mines, ou commettant rapines, dommages, viols, meurtres collectifs, voire complice de génocides. Le fait est que, si l'ensemble de la législation internationale applicable en la matière tend à adjuger la qualité de victime aux enfants soldats, le besoin de justice, notamment auprès des populations gravement touchées par les actes des enfants soldats, favorise la thèse de leur responsabilité pénale.

2. La récente condamnation pour « crimes de guerre » du Canadien Omar Khadr par un tribunal militaire américain a mis en lumière la problématique des enfants accusés de crimes de droit international¹. Cependant, d'autres poursuites de mineurs ont moins retenu l'attention du public et de la doctrine. La décision *Procureur c. X*², rendue par une des Chambres spéciales pour les crimes graves commis au Timor Leste (ci-après le Tribunal pour le Timor) est la première poursuite par un tribunal « international ou internationalisé » d'un enfant mineur. Toutefois, malgré le fait qu'elle constitue un sérieux précédent, la décision n'a pas encore fait l'objet d'une analyse doctrinale. À notre avis, il est important d'évaluer son importance en lien avec cette question d'actualité très brûlante, à savoir la responsabilité pénale internationale des enfants.

3. D'emblée, il faut dire que cette décision n'éclaire pas bien l'opinion sur la question de la poursuite des enfants soldats.

1. Voir Kokouvi Luc AKAKPO avec la collab. de Nicole LAVIOLETTE, « Omar Khadr et la jurisprudence », éditorial, dans *Le Droit*, 30 octobre 2010, p. 23; Audrey MACKLIN, « The Omar Khadr Case Redefining War Crimes », (31 octobre 2008), [En ligne]. <http://www.hrw.org/en/news/2008/10/31/omar-khadr-case-redefining-war-crimes> (Page consultée le 18 juillet 2011).

2. *Deputy General Prosecutor for Serious Crimes v. X*, affaire n° 04/2002, jugement final, 12 décembre 2002, (Groupes d'enquête sur les crimes graves (Timor-Leste)), [En ligne]. https://www.wcl.american.edu/warcrimes/wcro_docs/collections/spscet/SPSC_East_Timor_-_Judgmts_Indmts_&_Docs/X/ [ci-après « *Procureur c. X* »] (Page consultée le 20 juillet 2011).

Elle n'est pas, pour des raisons que nous allons développer plus loin, un modèle à suivre. De plus, elle dévoile une approche stricte relativement au dilemme de l'enfant soldat. Le volet complexe de ces dossiers, très présent et débattu dans la doctrine et lors de l'établissement d'autres tribunaux, est largement ignoré dans cette affaire.

4. *Procureur c. X* représente un recul inquiétant pour le droit international, car l'enfant ne bénéficie d'aucune mesure conçue explicitement pour lui devant ce tribunal international « hybride », bien que l'élaboration d'une justice pénale juvénile soit un acquis en droit interne. Dans notre analyse, nous mettrons en relief les éléments qui dévoilent une approche erronée de la responsabilité pénale internationale des enfants dans l'affaire *Procureur c. X*. C'est également sous cette même loupe que nous examinerons, plus loin, l'affaire *Omar Khadr*.

I. L'AFFAIRE *PROCUREUR C. X* : UN PRÉCÉDENT EN MATIÈRE D'ACCUSATION D'ENFANT SOLDAT

A. LE CONTEXTE HISTORIQUE ET JURIDIQUE

5. En 1999, des attaques généralisées et systématiques dirigées contre la population civile ont eu lieu au Timor-Oriental à la suite d'un référendum portant sur l'autodétermination, organisé dans ce pays après 24 ans d'occupation indonésienne. En effet, au lendemain de ce référendum, des milices opposées à l'indépendance et favorables au maintien dans l'Indonésie se sont attaquées à la population civile, commettant meurtres, viols, destructions massives de biens et d'habitations, ainsi que des pillages et des incendies de maisons. De jeunes Timorais ont été enrôlés de force dans les milices; les parents étaient amenés, par la menace ou par des pots-de-vin, à contraindre leurs enfants à s'enrôler, tandis que les jeunes étaient soumis à des brimades et à des actes d'intimidation afin qu'ils deviennent miliciens. Il y a eu au Timor-Oriental des « massacres gratuits », des « déplacements forcés de populations civiles, des

dommages matériels » et autres « violations flagrantes des droits de l'homme et du droit humanitaire »³.

6. Vu « le caractère systématique et la nature à grande échelle des crimes commis au Timor », il a été proposé, soit l'établissement d'un tribunal international, soit l'utilisation de la Cour pénale internationale, soit l'exercice de la compétence universelle⁴. En fin de compte, c'est une juridiction spéciale hybride, connue sous le nom de *Special Panels for Serious Crimes*, qui a été créée. Ce tribunal spécial avait compétence sur les « crimes graves » commis entre le 1^{er} janvier et le 25 octobre 1999 et sur les actes de génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, actes de torture, violences sexuelles et autres actes de violence commis contre des personnes et des biens civils dans ce pays⁵.

7. Les faits de la cause en l'espèce se sont déroulés au Timor-Oriental dans le district d'Oecussi, une enclave qui a été particulièrement la cible des actes de violence de 1999. La milice Sakunar, une des milices pro-indonésiennes, a opéré à l'intérieur du district d'Oecussi d'avril à octobre 1999. Le 9 septembre 1999, le chef de la milice dans le village de Passabe a ordonné le massacre de 47 militants du CNRT (Conseil national de résistance timoraise). X a pris part au massacre et a tué trois personnes en leur donnant un coup de machette, sur la joue pour l'un des prisonniers et au cou pour les deux autres. X a été arrêté en octobre 2001, alors qu'il avait 14 ans, et a été détenu par les enquêteurs de la CIVPOL (*Civilian Police in Peace Operations*).

3. COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Rapport de la Haut-commissaire aux droits de l'homme sur la situation au Timor-Oriental*, Dist. général, E/CN.4/CRP.1 (17 septembre 1999), par 16-53, [En ligne]. [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.S-4.CRP.1.Fr?OpenDocument) (Symbol)/E.CN.4.S-4.CRP.1.Fr?OpenDocument (Page consultée le 9 août 2011).

4. NATIONS UNIES, *Rapport présenté au Secrétaire général par la Commission d'experts chargé d'examiner les poursuites engagées contre les auteurs de violations graves des droits de l'homme commises au Timor-Leste [à l'époque le Timor-Oriental] en 1999*, par. 29-31, [En ligne]. http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/international/timor_s2005_458.pdf (Page consultée le 9 août 2011).

5. Voir UNTAET, *Regulation 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminals Offences*, Doc. N.U. UNTAET/REG/2000/15 (6 juin 2000), art. 2-9, [En ligne]. <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf> (ci-après « Règlement du tribunal pour le Timor-Oriental ») (Page consultée le 9 août 2011).

B. ACCUSATION DE CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ CONTRE UN MINEUR : ARGUMENTS DES PARTIES

8. En mai 2002, X a été accusé de crimes contre l'humanité, d'extermination et de tentative d'extermination ou, alternativement, d'autres actes inhumains.

9. L'instrument juridique qui permet la poursuite devant le tribunal spécial est le *Règlement de preuve et de procédure du tribunal pour le Timor*, entré en vigueur en septembre 2000. La disposition qui autorise le Tribunal pour le Timor à intenter un procès criminel contre le mineur est l'article 45 du règlement intitulé *Juvenile Jurisdiction*. L'article 45 prévoit à son alinéa premier que :

[...] Toute personne âgée de moins de 18 ans est considérée comme un mineur. Un mineur de moins de 12 ans est réputé incapable de commettre un crime et ne doit pas être soumis à une procédure pénale [...]. Les mineurs entre 12 et 16 ans peuvent être poursuivis [...] pour toute infraction, qui en vertu du droit applicable constitue un assassinat, un viol ou un crime de violence dans lequel des blessures graves sont infligées à une personne.⁶

10. L'article 45, alinéa 2 précise qu'« [aux fins du présent règlement], le moment pertinent pour déterminer l'âge d'une personne est le moment où le crime présumé a été commis »⁷. Quant au troisième alinéa, il réitère le principe selon lequel « [n]ul enfant ne doit être privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible »⁸. L'article 45, alinéa 4 fixe l'âge de la majorité pénale applicable au Timor à ce moment-là, en mentionnant qu'« un mineur âgé de plus de 16 ans peut être poursuivi selon les règles ordinaires de procédure pénale [...] »⁹.

6. Voir UNTAET, *Regulation No. 2000/30 on Transitional Rules of Criminal Procedure*, Doc. N.U., UNTAET/REG/2000/30 (25 septembre 2000), art. 45.1, [En ligne]. <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/etimor/untactR/reg200030.pdf>, Timor Transitional Rules of Criminal Procedure (notre traduction).

7. *Id.*, art. 45.2 (notre traduction).

8. *Id.*, art. 45.3 (notre traduction).

9. *Id.*, art. 45.4 (notre traduction).

11. La poursuite allègue que X aurait commis des crimes contre l'humanité. Il s'agit principalement de l'« extermination »¹⁰. Cette infraction est prévue à l'article 5 (b) du règlement du tribunal. Par « extermination », on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population¹¹. Les éléments matériels qualifiés d'extermination (et donc de crime contre l'humanité) commis par X sont mentionnés dans l'acte d'accusation¹². X aurait tué au moins trois jeunes timorais. Il s'est avéré que les crimes avaient été commis dans le cadre des attaques générales et systématiques de 1999. X avait connaissance de ces attaques. Il est également démontré que les victimes faisaient partie de la population civile juridiquement protégée, car elles étaient hors combat. Ces crimes sont corroborés par des rapports d'experts qui attestent que les principaux gestes posés par le mineur sont une « extermination »¹³.

12. Quel est l'élément intentionnel de l'infraction? Le procureur du Tribunal pour le Timor a relevé l'intention du crime en mentionnant que les atrocités dont X était responsable ont été perpétrées dans le but d'intimider, de terroriser, d'éliminer ou de punir un groupe cible de personnes qui étaient en faveur de l'indépendance¹⁴.

13. La défense du mineur s'interroge plutôt sur la légalité et le bien-fondé d'une action pénale internationale contre un mineur. La défense étale les arguments souvent mis de l'avant pour démontrer que la poursuite et le jugement d'un

10. Pour une définition du crime contre l'humanité, voir *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, (17 juillet 1998), Doc. N.U. A/CONF.183/9, art. 7, par. 1, 2187 R.T.N.U. 159, (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002), [En ligne]. http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome_Statute_French.pdf (Page consultée le 28 juillet 2011), [En ligne]. [http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/french/rome_statute\(f\).pdf](http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/french/rome_statute(f).pdf) (ci-après « *Statut de Rome* »).

11. *Id.*, art. 7 (2) (b).

12. *Procureur c. X*, préc., note 2.

13. Voir James DUNN, « Crimes Against Humanity in East Timor, January to October 1999 : Their Nature and Causes », (14 février 2001), par. 32 VIII. The Major Killings and their Characteristics : The Oecussi Killings, [En ligne]. <http://www.etan.org/news/2001a/dunn1.htm>.

14. *Ibid.*

mineur sont contraires au droit international¹⁵. Selon elle, cette poursuite va à l'encontre du statut de victimes des enfants soldats (largement mis en évidence)¹⁶ car, soutient-elle, « [...] the accused is a child used in an armed conflict »¹⁷.

14. Sans les invoquer directement, la défense se fonde sur des principes définissant la qualité d'« enfant soldat ». Les premiers principes que la défense brandit implicitement au soutien de sa cause sont ceux élaborés au Cap en 1997 par un Groupe de travail regroupant des ONG et l'UNICEF. Les principes sont connus sous le nom de « Principes du Cap » et concernent la prévention du recrutement des enfants soldats en Afrique¹⁸. Il résulte de leurs dispositions que les Principes du Cap attribuent la qualité d'enfant soldat (et non de criminel) à toute « personne, garçon ou fille, âgée de moins de 18 ans, membre d'une armée gouvernementale ou d'un groupe armé, quel que soit son rôle [...] »¹⁹. En matière de politique et pratiques d'excellence, les Principes du Cap (sur lesquels s'appuierait le défendeur) privilégient la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats (au préjudice de la pénalisation et de l'application de la loi du talion)²⁰.

15. Voir JUDICIAL SYSTEM MONITORING PROGRAM (JSMP), communiqué « First Minor Sentenced by the Special Panels for Serious Crimes in Timor », (3 décembre 2002), [En ligne]. http://www.jsmp.minihub.org/News/X%20%2003N_12_02.pdf (ci-après « JSMP, First Minor Sentenced ») (Page consultée le 18 juillet 2011).

16. Voir Gloria Atiba DAVIES, « Child Soldiers in Armed Conflict : The Role of the ICC », dans Tara COLLINS et al. (dir.), *Droits de l'enfant. Actes de la Conférence internationale, Ottawa 2007/Rights of the Child. Proceedings of the International Conference, Ottawa 2007*, coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, 503 p., à la p. 506 ou THE REDRESS, *Victims, Perpetrators or Heroes? Child Soldiers Before the International Criminal Court*, Londres, 2006, p. 32, [En ligne]. http://www.essex.ac.uk/armedcon/story_id/000403.pdf (ci-après « THE REDRESS ») (Page consultée le 21 juillet 2011).

17. Procureur c. X, préc., note 2, par. 54.

18. UNICEF, *Cape Town Principles and Best Practice on the Prevention of Recruitment of Children into the Armed Forces and on Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa*, adoptés lors du Symposium sur la prévention du recrutement des enfants dans les forces armées et sur la démobilisation et la réinsertion sociale des enfants soldats en Afrique/*Principes du Cap concernant la prévention du recrutement d'enfants dans les forces armées, la démobilisation et la réinsertion sociale des enfants soldats en Afrique* (27-30 avril 1997), New York, UNICEF, 1997, [En ligne]. [http://www.unicef.org/emerg/files/Cape_Town_Principles\(1\).pdf](http://www.unicef.org/emerg/files/Cape_Town_Principles(1).pdf) (Page consultée le 9 août 2011).

19. *Id.*, principe 1.

20. *Id.*, principes 16 et 21.

15. C'est sur la base tacite de ces faisceaux de principes que la défense prétend que X est un « enfant soldat » et qu'il a été enrôlé par un groupe armé²¹. En effet, des dires de la défense, comme ce dernier avait 14 ans en septembre 1999, il devrait être considéré comme une victime plutôt qu'un criminel. Elle fait valoir qu'en vertu du droit international, c'est un crime pour les adultes d'utiliser des enfants comme des armes de conflit et que de nombreuses lois proscrivent l'enrôlement et l'instrumentalisation d'enfants soldats. Le raisonnement implicite du défendeur nous amène à considérer que dans les situations où l'enfant a été enrôlé contre son gré et a commis des actes illégaux de guerre, on devrait engager la responsabilité des recruteurs et non celle de l'enfant soldat.

16. La défense a également fait valoir qu'en vertu du droit international, l'accusation, le jugement et le châtement d'un mineur sont des mesures de dernier ressort et que dans ce cas, on devrait plutôt se concentrer sur la réadaptation, afin que l'enfant puisse plus facilement se réinsérer dans la communauté²². Pour la défense, le droit international n'autoriserait pas la poursuite des enfants de moins de 15 ans et recommande d'autres mécanismes de responsabilisation des mineurs²³.

17. À l'appui des prétentions de la défense de l'enfant, l'on peut invoquer des principes²⁴, des rapports d'institutions²⁵,

21. *Procureur c. X*, préc., note 2, par. 20 : « The accused X was a member of Sakunar militia, a militia group that operated within the district of Oecussi from approximately April to October 1999 ».

22. Voir JSMP, *First Minor Sentenced*, préc., note 15.

23. Voir JSMP, *The Case of X: A Child Prosecuted for Crimes Against Humanity*, Dili, Timor-Leste, 2005, [En ligne]. http://www.jsmp.minihub.org/Reports/jsmpreports/The%20Case%20of%20X/case_of_x_final_e.pdf (ci-après « JSMP, *The Case of X* ») (Page consultée le 9 août 2011).

24. UNICEF, *Les Principes de Paris : Principes directeurs relatifs aux enfants associés aux forces armées ou aux groupes armés — Principes de Paris* (février 2007), principe 3.6, *Traitement des enfants accusés d'avoir commis des crimes de droit international*, p. 10, [En ligne]. <http://www.unicef.org/french/protection/files/ParisPrincipesFrench310107.pdf> (ci-après « *Les Principes de Paris* »).

25. Voir THE REDRESS, *op. cit.*, note 16, qui conclut que « [l]es tribunaux internationaux [...] ne sont pas là pour juger et punir les enfants soldats » (notre traduction); SIERRA LEONE TRUTH & RECONCILIATION COMMISSION, « Chapter Four : Children and the Armed Conflict in Sierra Leone », dans *Sierra Leone Truth and Reconciliation Commission Final Report*, p. 231 et suiv., [En ligne]. <http://www.sierra-leone.org/Other-Conflict/TRCVolume3B.pdf> (Page consultée le 9 août 2011).

des conventions²⁶ et des protocoles²⁷. Cet appareillage normatif précédemment cité considère (du moins de façon sous-entendue) les enfants soldats comme des victimes des conflits armés et non comme des malfaiteurs²⁸. Accusés, ils doivent être défendus et bénéficier de « toute assistance appropriée en vue de leur réadaptation physique et psychologique et de leur réinsertion sociale ».

18. Ces principes de traitement favorables aux enfants, accusés d'atrocités, que nous venons d'énoncer n'ont pas été respectés dans le cas d'espèce. Bien que le jugement dépeigne le mineur comme « un instrument aux mains des vrais responsables de cette campagne de violence dirigée contre la population civile [du Timor] », il a néanmoins été condamné à un an d'emprisonnement pour « homicide involontaire »²⁹.

II. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES MINEURS : APPROCHES DOCTRINALES, NORMATIVES ET JURISPRUDENTIELLES

19. L'affaire *Procureur c. X* soulève plusieurs questions troublantes sur le droit matériel et procédural du régime de

26. *Convention I de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention II de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention III de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) (ci-après « *Convention III de Genève* »); *Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

27. *Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3, art. 77 (2) (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) (ci-après « *Protocole additionnel I* »); *Protocole additionnel (II) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 609, art. 4 (3) (c) (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) (ci-après « *Protocole additionnel II* ») (« 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 »); *Protocole facultatif relatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*, Rés. A.G. 54/263, Doc. off. A.G. N.U., 54^e sess., suppl. n° 49, Doc. N.U. A/54/49 (Vol. 3) (2000) 7, art. 1-4 (ci-après « *Protocole facultatif* »).

28. Philippe CHAPLEAU, *Enfants-soldats : victimes ou criminels de guerre?*, Monaco, Éditions Du Rocher, 2007, p. 135.

29. Voir JSMP Press Release, *First Minor Sentenced*, préc., note 15.

responsabilité pénale internationale des enfants soldats. Avant de tracer ces difficultés, nous allons examiner le principe de responsabilité pénale individuelle des mineurs selon la doctrine (A), le droit international (B) et sous le prisme de la jurisprudence internationale (C).

A. LES POSITIONS DOCTRINALES SUR LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITÉ INDIVIDUELLE DES MINEURS (L'APPROCHE DOCTRINALE)

20. Quels sont les avis de la doctrine sur la responsabilité pénale des mineurs? Quelle réflexion en matière de politique, de « punissabilité » et de responsabilité faut-il faire à l'endroit des enfants auteurs de crimes graves? Doivent-ils être punis ou réhabilités? Les opinions sur cette question sont mitigées ou prudentes³⁰. En doctrine, trois courants se dessinent en lien avec la responsabilité pénale des mineurs.

1. Le courant hostile à la punition

21. Le premier courant doctrinal contre la poursuite des enfants soldats opine que ceux-ci sont avant tout des enfants. En plus, ils ne sont pas des « combattants » et doivent être regardés comme des « civils protégés ». Même s'ils commettaient des faits dommageables, ils n'en seraient pas responsables et devraient bénéficier d'une immunité de poursuite³¹.

30. Voir Nairi ARZOUMANIA, Francesca PIZZUTELLI, « Victimes et bourreaux : questions de responsabilité liées à la problématique des enfants-soldats en Afrique », (2003) 85 *R.I.C.R.*, n° 852, 827; Chen REIS, « Trying the Future, Avenging the Past : The Implications of Prosecuting Children for Participation in Internal Armed Conflict », (1997) 28 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 629; Christine BAKKER, *Prosecuting International Crimes Against Children : The Legal Framework*, Innocenti Working Paper No. 2010-13, Florence, UNICEF, Innocenti Research Centre (juin 2010), p. 21-27, [En ligne]. http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/iwp_2010_13.pdf (Page consultée le 20 juillet 2011); John R. MORSS, « The Status of Child Offenders Under International Criminal Justice : Lessons from Sierra Leone », (2004) 9 *Deakin L. Rev.* 213; Mark IACONO, « The Child Soldiers of Sierra Leone : Are They Accountable for Their Actions in War? », (2003) 26 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 445; Rachel BRETT, « La question des enfants dans le cadre de la justice pour mineurs et de la lutte contre le terrorisme », (2002) 3 *Forum du désarmement* 31.

31. Sonja GROVER, « Child Soldiers' as 'Non-Combatants' : The Inapplicability of the Refugee Convention Exclusion Clause », (2008) 12(1) *Int'l J.H.R.* 53, 58, [En ligne]. <http://elsamun09.com.sapo.pt/fic1.pdf> (Page consultée le 20 juillet 2011).

22. Ce courant doctrinal, qui est contre les poursuites et pour la disculpation et l'absolution des enfants soldats, soutient que les jeunes combattants sont des victimes. Par conséquent, ce sont seulement leurs bourreaux, ceux qui les ont enrôlés de force, qui doivent faire face à des accusations criminelles, et non les enfants eux-mêmes. Les avis mettent en relief les faits macabres commis à l'encontre des enfants pour s'opposer à toute idée de représailles pénales contre ces derniers. En effet, en tant que victimes des actions des factions armées, les enfants souffrent d'enlèvements, de recrutements forcés, d'esclavage sexuel et de viol, d'amputation, de mutilation, etc. D'après les constats et les opinions anti-sanction, les enfants sont forcés à devenir des criminels et de se livrer à des aberrations de viols et d'atteintes aux droits d'autres civils, y compris leurs propres compères. En plus d'être fortifiée par des faits parlants, l'école de pensée contre la punition pense que du point de vue du droit applicable *ratione personæ*, même si les enfants soldats sont associés à des barbaries lors de conflits, ils ne devraient pas être assujettis au droit et à la procédure pénale internationale³².

23. D'après le courant défavorable aux pénalités, une indexation et une mise en jugement des enfants soldats constitueraient une sorte de « double victimisation », car leur participation est forcée et ils sont plutôt des victimes des atrocités que des criminels potentiels. Les enfants ne doivent pas avoir à payer le prix et à recevoir des mesures correctionnelles pour leur participation forcée à des guerres cruelles menées par des adultes. C'est pour cette raison que bon nombre d'auteurs sont contre la poursuite. Cécile Aptel, dans son article intitulé, « Children and Accountability for International Crimes : The Contribution of International Criminal Courts », pense qu'un éventuel chef d'accusation contre un enfant est contraire à la politique en matière de justice pénale adoptée par les tribunaux internationaux et internationalisés³³. Dans

32. Nienke GROSSMAN, «Rehabilitation or Revenge : Prosecuting Child Soldiers for Human Rights Violations », (2007) 38 *Geo. J. Int'l L.* 323.

33. Texte préparé pour le UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND/INNOCENTI RESEARCH CENTRE, *Innocenti Working Paper*, No. 2010-20, Florence (août 2010), p. 21, [En ligne]. http://www.humansecuritygateway.com/documents/UNICEF_ChildrenandAccountabilityforInternationalCrimes_theContributionofInternationalCriminalCourts.pdf (Page consultée le 28 juillet 2011).

la même logique, un autre auteur, Ngabonziza, fait aussi remarquer que l'enfant accusé de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité ne devrait pas être placé dans les mains de la justice³⁴. Selon Mauske, le procès aura des effets pervers chez les enfants en raison du traumatisme psychologique que cela pourrait créer dans leur existence³⁵. Zimeray, brillant avocat et spécialiste des droits des mineurs, illustre ce courant doctrinal avec sa propre expérience. En tant qu'avocat, il a été appelé par la Cour pénale internationale (ci-après CPI) pour assister un ex-enfant soldat soupçonné d'exactions en République démocratique du Congo (ci-après RDC). Après avoir partagé pendant 10 jours le quotidien, les émotions et les pensées du jeune, l'ambassadeur de France pour les droits de l'Homme déclara qu'il voulait « [s]auver une victime et non défendre un criminel »³⁶. Pour Ryfmann, avocat au Barreau de Paris, professeur et chercheur associé au Département de science politique de la Sorbonne, la réponse à la question est sans équivoque : « non il ne faut pas juger les enfants soldats! [...] et leur prise en charge doit être ancrée dans le contexte local et intégrer la dimension culturelle du pays »³⁷. La conviction personnelle de Ba, chef de section de la Coopération internationale à la CPI est que « [l]a solution n'est pas de punir l'enfant, mais d'arriver à mesurer sa capacité de discernement dans un contexte de pauvreté, de manque d'éducation [...] »³⁸.

34. Damien E. NGABONZIZA, « Quelles mesures de réhabilitation pour les enfants traduits devant les instances judiciaires? », dans INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT (dir.), *L'enfant et la guerre : 7^e séminaire de l'IDE*, Sion, Institut Universitaire Kurt Bösch, 2002, p. 63, p. 65-71, [En ligne]. <http://www.childsrights.org/html/documents/Publications/Book-enfant-guerre.pdf> (Page consultée le 27 juillet 2011).

35. Voir Viviane Alice MAUSKE, *Quelle protection et quelle justice pour l'armée invisible d'enfants soldats au Myanmar?*, (1^{er} septembre 2004), [En ligne]. http://www.birmanie.ch/resources/dossiers_et_rapports/enfants_soldats.pdf? (Page consultée le 18 juillet 2011).

36. François ZIMERAY, cité par David MARTINEZ, « Faut-il juger les enfants soldats? », table ronde organisée par Parcours d'exil en partenariat avec La Voix de l'Enfant et sous le haut parrainage de messieurs Bernard Kouchner, ministre des Affaires étrangères et européennes et Hervé Morin, ministre de la Défense, sur le thème des enfants, présentée à Paris, (14 décembre 2009), [En ligne]. <http://www.parcours-exil.org/Faut-il-juger-les-enfants-soldats.html> (Page consultée le 18 juillet 2011).

37. Philippe RYFMANN, cité par D. MARTINEZ, *ibid*.

38. *Id.*, Amady Ba.

24. Il faut préciser que ce premier courant doctrinal opposé à la punition renvoie principalement à la position de certaines institutions spécialisées. En tant qu'organisme spécialisé avant-gardiste, l'UNICEF est contre la punition des enfants soldats. Tout en ne niant pas que « [c]ertains ont tué ou commis des viols », l'UNICEF s'insurge contre le châtimement des enfants accusés d'atrocités et dénonce l'expiation de ces derniers³⁹. Dans le même ordre d'idées, Van Guerten estime qu'en toute logique, « l'ONU ne devrait pas se risquer à reconnaître le principe de la culpabilité des enfants soldats »⁴⁰.

25. De cette école hostile à la criminalisation des adolescents en droit international, nous pouvons tirer la conclusion logique suivante : une poursuite exercée contre un enfant après un conflit armé, un génocide ou des crimes contre l'humanité est « un non-lieu ». Cette analyse doctrinale confère donc une immunité de poursuite aux mineurs. L'enfant soldat arrêté dans le cadre d'un conflit armé doit être relâché. Ceux qui feraient l'objet d'une enquête pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité doivent être disculpés, innocentés et libérés. Ils devraient se voir acquittés et ne devraient pas être condamnés. À côté des auteurs et institutions qui excluent des poursuites pénales contre les enfants soldats, coexistent d'autres qui sont favorables à de telles poursuites.

2. Le courant favorable à la responsabilité pénale des enfants soldats

26. Le deuxième courant, qui est pour la responsabilité pénale des enfants soldats, soutient que ces derniers sont « des criminels ordinaires » dans la mesure où ils tuent, violent et pillent les biens de la population civile. Ce courant doctrinal fait observer que les enfants soldats ne sont pas tou-

39. Claire PITT (directrice de la programmation internationale d'UNICEF Canada), telle que citée dans Hélène BUZZETTI, « Enfants soldats — Le Canada dépense 18 millions \$ pour réintégrer les Khadr de ce monde », dans *Le Devoir*, [En ligne]. (5 novembre 2010), <http://www.ledevoir.com/politique/canada/310331/enfants-soldats-le-Canada-depense-18-millions-pour-reintegrer-les-khadr-de-ce-monde> (Page consultée le 19 juillet 2011).

40. Johana VAN GUERTEN, « Pas d'enfants-soldats à la barre : juger les enfants-soldats? », *Afrik.com*, (13 octobre 2000) [En ligne]. <http://www.afrik.com/article1216.html> (Page consultée le 18 juillet 2011).

jours naïfs, comme on a tendance à le croire, car ils commettent aussi des crimes répréhensibles. Le professeur Drumbl est au premier rang de ceux qui prônent la reconnaissance de la responsabilité des enfants soldats, sans en appeler à la justice pénale. Drumbl convient, avec d'autres universitaires, qu'il n'y pas qu'un seul profil d'enfant soldats : certains sont plus responsables que d'autres et vice versa⁴¹.

27. Favorable à la punition, et donc contre le blanchissement des mineurs, Rosen pense que, parfois, ces derniers se battent pour les mêmes causes que les adultes et devraient en subir les conséquences juridiques. L'auteur donne l'exemple de l'*intifada* en Israël et en Palestine, où la capacité des jeunes enfants à s'engager dans des actes atroces de violence a été cyniquement démontrée. Pour cet auteur, ces « tueurs et éléments incontrôlés » devraient logiquement répondre devant la justice et ont une dette morale de rendre des comptes vis-à-vis la communauté contre laquelle ils ont eu à perpétrer des crimes odieux⁴². Pour Leahy, la poursuite va dans l'intérêt des enfants, car « les commandants militaires pourraient déléguer les ordres les plus sales de la guerre aux enfants si ces derniers [étaient] à l'abri de poursuites ». Pour Rikhof, « bien que le contraire ait été soutenu, la responsabilité pénale des enfants n'est pas en soi un élément indésirable dans le droit international face à des situations de guerre. Quelques exemples pourraient être trouvés. » (notre traduction) Maystre pense que « la question de la responsabilité des enfants soldats ayant commis des crimes internationaux doit

41. Mark A. DRUMBL, *Reimagining Child Soldiers in International Law and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2012 [à paraître] (cité avec l'autorisation expresse de l'auteur); voir aussi Marci R. MACOMBER, *Child Soldiers: Rhetoric and Realities. An Examination of Human Rights Organisational Discourse on the Issue of 'Agency' and its Implications on the Best Interests of the Child*, dissertation présentée en vue de l'obtention du Master en *Human Rights Practice*, Universités de Roehampton, Gothenburg & Tromsø, 2011, p. 28-40, [En ligne]. <http://www.ub.uit.no/munin/bitstream/handle/10037/3508/thesis.pdf?sequence=1> (Page consultée le 28 juillet 2011).

42. Voir David M. ROSEN, « Child Soldiers: Victims or Heroes? », *FDU Magazine* (été/automne 2005), [En ligne]. <http://www.fdu.edu/newspubs/magazine/05sf/childsoldiers.html> (Page consultée le 19 juillet 2011), et *Armies of the Young: Child Soldiers in War and Terrorism*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2005, p. 91-131.

être posée »⁴³. D'abord, elle explique que non seulement cela permettrait aux victimes d'être reconnues, mais aussi aux enfants de se faire accepter par la communauté, sans stigmatisation⁴⁴. Dans une logique punitive, certains auteurs dénoncent les exactions commises par les enfants. Buzzetti parle « des enfants recrutés dans les milices qui devaient violer les membres de leur propre famille ou couper des mains pour empêcher les gens d'aller voter »⁴⁵. Les jeunes devraient-ils s'en sortir « avec une tape dans le dos »⁴⁶?

28. Nous devons aussi mentionner les réactions sociétales des populations et communautés locales dans lesquelles les pires infractions ont été perpétrées. Dans ces milieux où l'on réclame vengeance et rétribution pour les préjudices causés par les atrocités commises par les enfants, on pense que seuls le châtement et le bannissement des anciens enfants soldats permettraient la réconciliation communautaire. Certains ajoutent même que le procès va dans l'intérêt supérieur même des enfants coupables. Le courant favorable au châtement regroupe des juristes, des psychologues et des sociologues. Si, pour ces experts, la culpabilité des adultes ne fait aucun doute, « sous certaines conditions, le jugement des ex-enfants soldats peut avoir des effets réparateurs et peut leur permettre de tourner la page »⁴⁷. Certaines études du Comité international de la Croix-Rouge (ci-après CICR) s'inscrivent en faux contre la déresponsabilisation des enfants soldats⁴⁸. Le CICR note qu'au cours d'une guerre, les enfants soldats

43. Magali MAYSTRE, *Les enfants soldats en droit international : problématiques contemporaines au regard du droit international humanitaire et du droit international pénal*, mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme d'études approfondies en relations internationales, spécialisation droit international, Université de Genève et Institut universitaire de hautes études internationales, 2007, p. 115.

44. *Id.*, p. 116.

45. Voir H. BUZZETTI, préc., note 39.

46. M. MAYSTRE, *op. cit.*, note 43.

47. Kevin BERMUDEZ (psychologue et expert de terrain), cité par D. MARTINEZ, préc., note 36; voir aussi : Angela VEALE, « The Criminal Responsibility of Former Child Soldiers : Contributions from Psychology », dans Karin ARTS, Vesselin POPOVSKI (dir.), *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, La Haye, Hague Academic Press, 2006, p. 97, p. 104 et 105.

48. Voir CICR, *Enfants-soldats*, 2003, [En ligne]. http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0824.pdf (Page consultée le 19 juillet 2011).

peuvent commettre des atrocités. Le CICR trouve également que « les enfants-soldats sont responsables, comme le serait tout soldat, de violations du droit international humanitaire dont ils peuvent devoir répondre »⁴⁹.

29. La Coalition (ci-après la Coalition) pour mettre fin à l'utilisation d'enfants soldats est un organe qui est aussi pour la responsabilité criminelle des mineurs. La Coalition justifie cela par des considérations philosophiques. L'organisme de défense des droits de la personne et des droits humanitaires soutient l'existence de la volonté et du libre arbitre chez les enfants soldats dans certains cas précis, tout en faisant l'avertissement suivant : « [...] il y aura des cas où des enfants-soldats ont clairement le contrôle de leurs actes, n'ont pas été contraints, drogués, ou forcés de commettre des atrocités. Dans ces cas, ne pas tenir les enfants coupables de leurs actes, c'est refuser justice aux victimes [...] »⁵⁰ (notre traduction). Amnesty International abonde dans ce même sens en déclarant : « ne pas traduire ces enfants en justice peut contribuer à une culture de l'impunité, le déni de justice et l'encouragement de l'utilisation des enfants à commettre des atrocités »⁵¹.

30. Entre les deux doctrines diamétralement opposées sur les poursuites pénales contre les jeunes combattants auteurs de crimes, il y a un courant intermédiaire et neutre, qui n'est ni pour ni contre.

3. Le courant neutre

31. Le troisième courant, qui n'est ni pour ni contre la poursuite, présente le problème comme un grand dilemme. Ce courant pense que les enfants soldats ont une double, voire une triple identité et doivent être traités comme des « victimes et criminels de guerre », des « innocents et coupables »,

49. *Ibid.*

50. COALITION, *Frequently Asked Questions*, 2010, [En ligne]. <http://www.child-soldiers.org/childsoldiers/questions-and-answers> (Page consultée le 20 juillet 2011).

51. AMNESTY INTERNATIONAL, *Child Soldiers : Criminals or Victims?*, (22 décembre 2000), [En ligne]. <http://www.amnesty.org/en/library/info/IO50/002/2000> (Page consultée le 19 juillet 2011) (notre traduction).

des « objets et sujets de droit » ou des « victimes, témoins et auteurs ou des héros », avec des arguments à la fois pour et contre l'inculpation des mineurs⁵². Dans cette perspective, Davison explique que :

l'une des questions entourant l'utilisation des enfants soldats est de savoir s'ils sont des victimes ou des criminels lorsqu'ils se livrent à des violations des droits de la personne. Ce n'est pas seulement une question morale, mais aussi une question juridique sans réponses claires. Si les enfants sont victimes, ceux qui les ont enrôlés de force doivent faire face à des poursuites. Si les enfants sont des criminels eux-mêmes, il devrait y avoir des conséquences de leurs actes.⁵³ (notre traduction)

32. Peuvent également être rangées dans la doctrine neutre, les réflexions de la sociologue sud-africaine Honwana. Dans un article intitulé « Innocents et coupables : les enfants-soldats comme acteurs tactiques », l'universitaire écrit : « On ne reconnaît, chez les enfants-soldats, ni les attributs généralement liés à l'enfance (comme la vulnérabilité), ni ceux qui sont nécessaires pour être des soldats adultes (le sens de la responsabilité, l'éthique de la guerre) »⁵⁴.

33. Figure aussi dans la pensée « hésitante et ambiguë », le discours des officiels des Nations Unies et de certaines autorités nationales. On fera mention des rapports de Machel, d'Annan et de Cannon pour en faire la démonstration. En effet, dans son fameux rapport de 1996, Graça Machel conclut que « the dilemma of dealing with children who are accused of committing acts of genocide illustrates the complexity of

52. Voir Katherine FALLAH, « Perpetrators and Victims : Prosecuting Children for the Commission of International Crimes », (2006) 14 *African J. Int'l & C.L.* 83; Dinah L. SHELTON (dir.), « Children, Genocide and Crimes Against Humanity », Gale Cengage, 2006, [En ligne]. <http://www.enotes.com/genocide-encyclopedia/children>; Rose GROGAN, « Child Soldiers, Prosecution » (5 septembre 2009), [En ligne]. http://www.idebate.org/debatabase/topic_details.php?topicID=924 (Page consultée le 20 juillet 2011).

53. Ann DAVISON, « Child Soldiers : No Longer a Minor Incident », (2004) 12 *Willamette J. Int'l L. & Disp. Resol.* 124, 147.

54. Alcinda HONWANNA, « Innocents et coupables : les enfants-soldats comme acteurs tactiques », (2000) 80 *Politique africaine* 58, 59.

balancing culpability, a community's sense of justice and the best interests of the child »⁵⁵. Dans son rapport de 2000, Kofi Annan a qualifié la question des poursuites contre des mineurs de « terrible dilemme »⁵⁶. Le ministre canadien des Affaires étrangères d'alors, Lawrence Cannon, a déclaré au sujet d'Omar Khadr que « le Canada déciderait désormais au cas par cas si les enfants soldats seront poursuivis en justice ou réhabilités »⁵⁷.

34. On peut aussi inclure l'attitude du Comité des droits de l'enfant (ci-après le Comité) dans le courant neutre à l'égard de la question des poursuites contre des enfants soldats. Le fait que le Comité demande aux États de lui donner des renseignements sur la responsabilité pénale des enfants et sur les procédures et les garanties applicables n'est certainement pas une preuve de soutien à un régime punitif. Le Comité demande des renseignements sur toutes sortes de choses qu'il considère comme pouvant être en violation des droits de l'enfant, justement pour pouvoir se prononcer sur ces pratiques.

35. Si la doctrine et les organismes de défense des droits de l'enfant sont divisés sur la question de la pertinence de poursuivre les enfants responsables de crimes internationaux, certaines normes et principes juridiques de droit international humanitaire nous autorisent à considérer qu'aucun obstacle juridique n'entrave de telles poursuites⁵⁸.

55. Voir, *Impact of Armed Conflicts on Children, Report of the Expert of the Secretary General, Graça Machel*, Doc. off. A.G. N.U., 51^e sess., Doc. N.U. A/51/306 (1996), [En ligne]. http://www.unicef.org/graca/a51-306_en.pdf, par. 250 (ci-après « *Rapport Graça Machel* ») (Page consultée le 21 juillet 2011).

56. *Rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, Doc. off. C.S. N.U., 55^e sess., Doc. N.U. S/2000/915, (2000), par. 32 et 33, [En ligne]. http://www.afrol.com/Countries/Sierra_Leone/documents/un_sil_court_041000.htm (ci-après *Rapport sur le TSSL*) (Page consultée le 3 mai 2011) (notre traduction).

57. Lawrence CANNON, cité par H. BUZZETTI, préc., note 39.

58. Voir Fousseni SAOUDATOU, *La responsabilité pénale des enfants soldats*, mémoire en vue de l'obtention du diplôme interuniversitaire en droits fondamentaux, sous la direction de Soizic Lorvellec, Paris X Nanterre (Université de Nantes), année universitaire 2003-2004.

B. LES NORMES ET PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL (L'APPROCHE NORMATIVE)

36. Le principe de la responsabilité pénale des mineurs est-il annoncé de manière explicite par un texte juridique de droit international? Existe-t-il des normes, fondements et bases juridiques internationaux autorisant des poursuites pénales contre les enfants soldats?

37. Le droit international n'aborde pas directement la question de savoir si des enfants impliqués dans les horreurs de la guerre et d'autres conflits violents peuvent être accusés et reconnus coupables. Toutefois, une énonciation de principes juridiques et une interprétation de certains textes concluent à la légalité internationale de la mise en jugement des mineurs, notamment des adolescents. Nous avons dégagé six principes comme fondements possibles de poursuites contre les mineurs délinquants en droit international.

38. Le premier principe, qui est une base juridique implicite de la poursuite, veut que les enfants soient quand même considérés comme des auteurs de crimes, ainsi que le reconnaissent les récents *Principes de Paris*, qui prévoient que les enfants accusés d'avoir commis des crimes de droit international peuvent certainement être vus comme des auteurs présumés d'infractions, même si l'on encourage les États à les « considérer *principalement* comme les victimes d'atteintes au droit international »⁵⁹. Les *Principes de Paris* reconnaissent donc le fait que des enfants soldats peuvent être poursuivis pour faits de guerre.

39. Le deuxième principe, qui fonde la prétention que les enfants peuvent être tenus responsables d'infractions internationales, est que les enfants soldats bénéficient du statut de prisonnier de guerre. En effet, la *Convention III de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre* prévoit que les enfants soldats qui ont participé à un conflit armé international bénéficient du statut de prisonnier de guerre; ce statut n'interdit pas les poursuites pour crimes graves⁶⁰. Par syllogisme, les enfants soldats peuvent être accusés pour violation des lois et coutumes de guerre et se voir sanctionnés.

59. *Les Principes de Paris*, préc., note 24.

60. *Convention III de Genève*, préc., note 26, art. 4A (1) et (7).

La seule restriction est que les *Protocoles additionnels* interdisent d'appliquer la peine capitale aux enfants ayant commis une infraction liée à un conflit armé⁶¹.

40. Le troisième principe qui sert d'assise légale à la poursuite repose sur le fait que le droit international ne prévoit pas une immunité pénale pour les enfants ayant perpétré des crimes graves. Au contraire, il est demandé aux États de poursuivre et de punir « tous les auteurs » de ces crimes, sans distinction. Les textes internationaux ne disent pas que les crimes commis par les enfants seront exempts de poursuite. Donc, en l'absence d'une quelconque dispense, on peut déduire que toute poursuite de personne mineure est fondée⁶².

41. Le quatrième principe sur lequel reposent d'éventuelles accusations contre des enfants ayant commis des infractions internationales a trait à la violation ou non de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (ci-après CDE)⁶³. La question pourrait être posée de la manière suivante : la poursuite d'enfants soldats est-elle contraire à la CDE ? La réponse est négative. Pour une série de raisons, l'inculpation d'un enfant soldat ne saurait être considérée hors loi. D'abord, la CDE ne contient pas de dispositions expresses sur la question des poursuites pénales contre les enfants impliqués dans un délit international. Elle n'interdit pas non plus de telles poursuites. Elle les réglemente. Logiquement, toute action ou procédure pénale engagée contre un enfant pour crimes de droit interne ou international n'est pas contraire à la CDE⁶⁴. Rikhof pense à peu près la même chose en affirmant : « International human rights law, in the form of the *Convention on the Rights of the Child*, recognizes implicitly the fact that children can be tried for war crimes [...] »⁶⁵.

61. *Protocole additionnel I*, préc., note 27, art. 77 (5); *Protocole additionnel II*, préc., note 27, art. 6 (4).

62. Voir aussi Pacifique MANIRAKIZA, « Les enfants face au système international de justice : à la recherche d'un modèle de justice pénale internationale pour les délinquants mineurs », (2009) 34(2) *Queen's L. J.* 719, 732.

63. *Convention relative aux droits de l'enfant*, (20 novembre 1989), 1577 R.T.N.U. 3, art. 40 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990) (ci-après CDE), [En ligne]. <http://www2.ohchr.org/french/law/crc.htm> (Page consultée le 16 février 2011).

64. F. SAUDATOU, *op.cit.*, note 58.

65. Joseph RIKHOF J, « Child Soldiers : Should They be Punished? », dans T. COLLINS *et al.* (dir.), *loc. cit.*, note 16, p. 517.

42. Enfin, il est certain que la CDE ne prohibe pas la poursuite des enfants, mais veut que cela soit, dans la mesure du possible, une mesure de dernier ressort⁶⁶. Toutes ces raisons nous conduisent à conclure que « [t]he *Convention on the Rights of the Child* allows prosecution »⁶⁷.

43. Si la CDE, instrument à vocation internationale, permet la mise en accusation des enfants soldats ne serait-ce qu'implicitement, qu'en est-il des textes à caractère régional? Nous évoquons, subsidiairement, un instrument continental que nous interprétons également comme juridiquement en faveur de la responsabilité. Ce texte, c'est la *Charte africaine*⁶⁸. Adoptée en 1990 (soit un an après la CDE), la *Charte africaine* n'a pas édicté des lois qui empêcheraient des procédures judiciaires contre des enfants, au contraire⁶⁹.

44. Le cinquième principe pouvant servir de repère juridique à la question de la responsabilité des mineurs pour leurs forfaits dans un conflit armé concerne la violation ou non du *Protocole facultatif*⁷⁰. Préparé en 1997 par le CICR et adopté en 2000, le *Protocole facultatif* ne contient aucune disposition sur la criminalité des enfants impliqués dans un conflit armé⁷¹. Cela a laissé la place à deux interprétations. Pour les uns, le *Protocole facultatif* est pour la poursuite, car puisqu'il ne se prononce pas sur la catégorie de crimes graves, il le permet⁷². Pour les autres, le *Protocole facultatif* est contre la poursuite; en conséquence, un éventuel procès pour meurtre contre des enfants soldats serait une violation du droit

66. CDE, préc., note 63, art. 37 (b).

67. Willie MCCARNEY, « Child Soldiers: Criminals or Victims? Should Child Soldiers Be Prosecuted for Crimes Against Humanity? », dans INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT (dir.), *loc. cit.*, note 34, p. 36.

68. *Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant*, CAB/LEG/153/Rev. 2, Organisation de l'unité africaine, 11 juillet 1990, art. 22 (entrée en vigueur : 29 novembre 1999) (ci-après « *Charte africaine* »), [En ligne]. http://www.africanunion.org/Official_documents/Treaties_Conventions_fr/CHARTe%20AFRICAINe-DROITS%20ENFANT%20new.pdf (Page consultée le 18 juillet 2011).

69. *Id.*, art. 17 (1) à (4).

70. *Protocole facultatif*, préc., note 27.

71. Voir CICR, « Protocole facultatif à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés. Argumentaire du Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 27 octobre 1997 », (1998) 829 *R.I.C.R.* 113, [En ligne]. <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZEQH> (Page consultée le 1^{er} novembre 2011).

72. *Protocole facultatif*, préc., note 27, art. 3 à 5.

international⁷³. Ces auteurs estiment que si le *Protocole facultatif* n'interdit pas les poursuites, comment concilier le besoin et le devoir de réinsertion sociale qu'il prône avec des poursuites et une condamnation pénale?

45. Le sixième principe énonce que le droit international n'octroie pas le statut de réfugié aux auteurs de crimes graves⁷⁴. Les personnes (adultes ou mineurs) qui sont reconnues coupables d'atrocités dans leurs pays d'origine ne sont pas protégées par le droit international des réfugiés⁷⁵. On peut les poursuivre sans contrevenir au droit international.

46. En conclusion, nous pouvons observer que les six principes de droit international que nous venons d'exposer ne s'opposent pas à un processus de responsabilisation juridique des mineurs. Nous trouvons que les règles, les principes et des instruments internationaux et régionaux, s'ils ne censurent pas les poursuites d'enfants, les autorisent implicitement. En conséquence, les jeunes contrevenants peuvent passer pour des auteurs de crimes internationaux risquant excommunication, cafardage et mouchardage, lorsqu'ils sont mêlés à des faits graves ou lorsqu'ils y jouent un rôle majeur ou y ont pris une responsabilité quelconque en tant que complices.

47. Que répondre à la question de la légalité internationale de la poursuite d'enfants soldats? Bien que l'énigme ne soit pas encore élucidée, et la réponse pas encore réglée ni fixée par le droit international en vigueur, nous pouvons considérer que les principes et règles ne sont pas foncièrement contre la poursuite d'enfants soldats. Des fondements existent. En plus, le droit pénal international réprime plusieurs modes de participation aux crimes contre l'humanité. On peut être responsable non seulement en tant qu'auteur principal, mais aussi en tant qu'associé, collaborateur et auxiliaire d'un crime de masse. Le droit pénal international pénalise ceux

73. RADIO-CANADA, « Guantanamo : débats sur le sort d'Omar Khadr », (5 février 2008), [En ligne]. <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/International/2008/02/05/002-khadr-audiences-mardi.shtml> (Page consultée le 1^{er} novembre 2011).

74. *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 7, art. 1 (F) (entrée en vigueur : 22 avril 1954), [En ligne]. <http://www2.ohchr.org/french/law/refugies.htm> (Page consultée le 22 juillet 2011).

75. *Contra* : S. GROVER, « 'Child Soldiers' as 'Non-Combatants' », *loc. cit.*, note 31, p. 61 et 62.

qui commettent des gestes répréhensibles par action ou par omission, directement ou indirectement. Les enfants soldats entreraient dans l'une ou l'autre des hypothèses de base à la mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle⁷⁶.

48. Si le droit international fournit des fondements pour la responsabilité criminelle des enfants soldats, voyons comment l'affaire *Procureur c. X* a tranché au regard du régime applicable en la matière.

C. LA RESPONSABILITÉ INDIVIDUELLE DES MINEURS DANS LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE (L'APPROCHE JURISPRUDENTIELLE)

49. L'affaire *Procureur c. X* n'est pas un cas retentissant de poursuite d'enfants soldats. Toutefois, le mineur a reçu une condamnation pénale, ce qui est intéressant pour les cas de poursuites de mineurs à venir. Fort de cela, il est important de l'examiner au regard des règles de procédure et de droit substantiel qui existent en droit pénal international. C'est là que se trouve l'une de nos contributions à cet épineux débat. Il s'agit précisément d'apporter dans les pages qui suivent des éléments de réponse à cinq questions relatives au régime de responsabilité criminelle des mineurs en droit pénal international. Nous parlerons successivement des questions des seuils d'âge (1), de contrainte couplée à l'ordre du supérieur hiérarchique (2), de la *mens rea* ou de la capacité des mineurs à commettre des crimes graves en temps de conflit armé (3), de la validité des plaidoyers de culpabilité (4) et des normes internationales d'équité des procès (5). Nous allons exposer ces différents éléments (relevant de l'ordre normatif) de l'affaire *Procureur c. X* et aussi quelques points concernant l'affaire *Khadr*.

1. L'âge de responsabilité pénale internationale

50. Si le droit international autorise la poursuite d'enfants pour crimes graves, il ne fixe pas un seuil en deçà duquel les enfants sont présumés ne pas avoir la capacité d'enfreindre la loi pénale internationale. En regard de l'affaire *Procureur c. X*,

76. F. SAUDATOU, *op. cit.*, note 58, p. 15.

même si le mineur a été condamné, non pour un crime de droit international, mais pour un meurtre, était-il juridiquement apte à être poursuivi pour crimes contre l'humanité et à se voir condamner par un tribunal internationalisé?

51. Soulignons que d'un point de vue historique, l'âge a été un repère constant en matière de culpabilité d'une personne au criminel. Au ^v^e siècle av. J.-C., la codification du droit romain a entraîné l'adoption de la *Loi des Douze Tables*, qui a clairement montré que les enfants étaient pénalement responsables des violations du droit et devaient être traités par le système de justice pénale. Cependant, les peines pour certains délits étaient moins sévères pour les enfants que pour les adultes. Par exemple, le vol de récoltes la nuit était un crime capital pour les adultes, mais les délinquants proches de la puberté ne devaient pas être fouettés. Les adultes pris en flagrant délit de vol étaient soumis à la flagellation et à l'esclavage; mais les enfants ne recevaient que des châtiments corporels, à la discrétion d'un magistrat et étaient tenus de verser un dédommagement⁷⁷.

52. Après une mise en valeur de ces données historiques en matière de responsabilité des mineurs, il incombe de savoir à quel âge, à quelle condition et comment les enfants sont criminellement responsables de nos jours? La réponse varie en fonction du droit interne de chaque État⁷⁸.

53. À l'échelle internationale, la CDE conseille que l'âge de poursuite pénale des enfants ne soit pas trop bas et qu'au-dessous d'un certain âge, les enfants sont trop jeunes ou immatures pour être considérés comme étant responsables de leurs délits. Mais cet âge, la CDE ne le précise pas.

54. Les lois abaissant l'âge minimum de responsabilité des mineurs sont jugées non conformes. Le Comité sanctionne les États qui diminuent l'âge de jugement. En 2007, par exemple, il a condamné la Géorgie pour avoir restreint l'âge de culpabilité, en déclarant: « By lowering the minimum age of responsibility from 14 to 12 years, Georgia has gone against

77. Voir Steven M. COX, Jennifer M. ALLEN, Robert D. HANSER, John J. CONRAD, *Juvenile Justice. A Guide to Theory, Policy, and Practice*, 6^e éd., Los Angeles, SAGE Publications, 2008, p. 4 et 5.

78. Voir Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 2^e éd., Paris, Éditions Cujas, 1995, p. 528.

international and European standards »⁷⁹. Dans la même année, le Comité a recommandé que l'âge de la responsabilité pour les crimes de droit commun soit établi à 16 ans⁸⁰. En 2010, une rapporteuse spéciale est venue préciser que « [l']âge de la responsabilité pénale est un autre sujet de préoccupation spécifique, en particulier lorsqu'il s'agit d'enfants détenus pour atteintes à la sécurité publique »⁸¹.

55. Quel serait l'âge idéal de poursuite pour les crimes internationaux? Si l'on se fie à une vieille proposition brésilienne, l'âge de responsabilité pénale internationale serait de 16 ans et plus⁸². Si l'on a recours aux travaux préparatoires de la CPI, les jeunes de la tranche d'âge de 12 à 19 ans peuvent faire face à des accusations de crime de guerre, de génocide et de crime contre l'humanité⁸³. Si l'on prête foi aux pensées de certains auteurs et jurisconsultes, le seuil d'entrée dans la justice pénale internationale doit correspondre à l'âge où l'on devient adulte, c'est-à-dire 18 ans⁸⁴. Certaines réflexions de politiques pénales retiennent l'âge de 15 ans⁸⁵.

79. CIVIL GEORGIA, « HRW Slams Lowering Age of Criminal Responsibility », *civil.ge*, (15 juin 2007), [En ligne]. <http://www.civil.ge/eng/article.php?id=15287> (Page consultée le 1^{er} avril 2011); Stephanie J. MILLET, « The Age of Criminal Responsibility in an Era of Violence : Has Great Britain Set a New International Standard? », (1995) 28 *Vand. J. Transnat'l L.* 295.

80. Voir COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 10 (2007) : les droits de l'enfant dans le système de justice pour mineurs*, Doc. off. A.G. N.U., 44^e sess., suppl n° 41, Doc. N.U. A/63/41 (2008) 47, par. 33, [En ligne]. http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_fr.pdf (Page consultée le 2 février 2011).

81. *Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés*, Doc. off. A.G. N.U., 65^e sess., Doc. N.U. A/65/219 (2010), par. 8, [En ligne]. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/474/22/PDF/N1047422.pdf?OpenElement> (Page consultée le 1^{er} avril 2011).

82. Voir Matthew HAPPOLD, « The Age of Criminal Responsibility for International Crimes Under International Law », dans K. ARTS, V. POPOVSKI (dir.), *loc. cit.*, note 47, p. 72 et 73.

83. *Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale*, Doc. off. A.G. N.U., 53^e sess., Doc. N.U. A/CONF183/2/Add 1 (1998), p. 53, tel que cité dans P. MANIRAKIZA, *loc. cit.*, note 62, p. 744.

84. C. APTEL, *op. cit.*, note 33, p. 20.

85. Voir Émile DARIUS, *Réflexion de politique pénale sur la responsabilité et traitement des enfants soldats, auteurs de crimes internationaux à la lumière de l'expérience de la Sierra Leone*, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en droit international, Université du Québec à Montréal, 2007, p. 33, [En ligne]. <http://www.archipel.uqam.ca/1306/1/M10103.pdf> (Page consultée le 20 juillet 2011).

56. Quelle est la politique suivie par les tribunaux internationalisés en la matière? Le tribunal pour la Bosnie-Herzégovine (*War Crimes Chamber in the Court of Bosnia-Herzegovina*) a fixé l'âge de la responsabilité pénale à 14 ans⁸⁶. Alors que l'âge de poursuite devant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a été fixé à 15 ans, le Timor a arrêté le sien à 12 ans. Au regard des normes internationales minimales, on peut observer que l'âge de 12 ans est « trop bas ». Comment peut-on justifier qu'un tribunal comme celui du Timor, qui a bénéficié d'une assistance internationale⁸⁷, puisse opter pour une norme aussi sévère pour les enfants? Certes, le statut a été rédigé en tenant compte du droit indonésien, où l'âge de la responsabilité pénale est de 7 ans. Toutefois, nous considérons qu'en deçà de 15 ans, une personne est trop jeune pour être jugée au regard du droit pénal international; cet âge correspondrait plus à « la normalité internationale », étant donné qu'aux termes du *Statut de Rome*, c'est l'âge en dessous duquel la CPI peut condamner un recruteur d'enfant soldat⁸⁸.

57. Cela étant, une disparité demeure sur le terrain de l'âge. Cette distorsion n'arrange pas l'enfant accusé, car cela ouvre la porte à l'arbitraire des États ou des instances. Des enfants de tout âge sont exposés à des poursuites inévitables si le seuil n'est pas rationnellement homogène en matière de stratégie de poursuite dans les cas d'infractions internationales.

58. On voit que les tribunaux internationalisés, en commençant par celui du Timor, n'adoptent pas la même ligne de conduite en matière d'âge de poursuite. La moyenne d'âge prospectée par les organes de droit pénal international existants serait de 13 ans, ce qui à nos yeux est « faible ». Visiblement, les réponses offertes ne sont pas harmonieuses et satisfaisantes. Le problème persiste. Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'un arrangement ou un compromis est primordial.

59. Comme le souligne M. Happold :

Il y a un certain nombre de bonnes raisons de *réglementer la question* [de l'âge] *à l'échelle internationale, au moins en ce qui*

86. Voir Hajrija SIJERIC-COLIC, « Education on Peace », dans INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT (dir.), *loc. cit.*, note 34, p. 81.

87. Voir Ralph WILDE, « From Dazing to East Timor and Beyond : The Role of International Territorial Administration », (2001) 95 *Am. J. Intl L.* 583.

88. *Statut de Rome*, préc., note 10, art. 8 (2) (b) (xxvi) et (e) (vii).

concerne la responsabilité des enfants pour les crimes internationaux. Premièrement, les crimes internationaux se distinguent souvent des crimes relevant du droit national, car ils transcendent les frontières nationales et constituent des préoccupations pour la communauté internationale. Si cela est exact, il devrait s'ensuivre que les réponses des États à ces crimes internationaux devraient être les mêmes, ou au moins similaires, étant donné que dans la poursuite de ces crimes, les États n'agissent pas seulement en leur nom propre, mais aussi au nom de la communauté internationale [...].⁸⁹ (nos italiques et notre traduction)

60. Si les États avaient la latitude pour fixer l'âge de poursuite pour les transgressions les plus graves internationalement, cela ouvrirait la porte à l'arbitraire et donc à l'injustice à l'égard des jeunes contrevenants. Il nous paraît donc nécessaire que les juridictions internationalisées mettent de l'avant une politique d'âge en matière criminelle qui ne soit pas aussi bas et qu'ils légifèrent sur un « âge raisonnable universel » (qui ne doit être ni minimal ni maximal) de poursuite à l'égard des mineurs.

2. L'excuse de contrainte

61. Nous croyons, de prime abord, qu'il serait utile de s'arrêter un instant sur la notion de contrainte et les domaines de son application en droit pénal interne et international (a). Nous verrons par la suite la contrainte telle qu'elle serait vécue par les enfants soldats (b). Par après, nous examinerons la contrainte telle que vue par le TPIY dans l'affaire *Erdemovic* (c), avant de nous pencher sur son application dans *Procureur c. X* (d).

a) Notions, fondements juridiques et domaines d'application

62. Prenant sa source du latin *contingere* qui signifie « serrer », « peser », la contrainte désigne « une force physique de nature irrésistible et imprévisible ou une domination morale d'un tiers, assez pressante pour asservir la volonté et

89. M. HAPPOLD, *loc. cit.*, note 82, p. 70 et 71.

enlever la liberté d'esprit »⁹⁰. En droit civil, un accusé agissant sous l'empire de la contrainte n'est pas pénalement responsable⁹¹. En common law canadienne, la contrainte (*duress*) est généralement considérée comme une cause plausible d'irresponsabilité pénale⁹². En droit militaire canadien, elle peut être invoquée en appui avec l'ordre du supérieur, comme le suggère le juge Cory dans ses observations :

Les membres des forces militaires [...] peuvent invoquer le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur et [...] dans des poursuites pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité [...]. Même dans le cas où les ordres étaient manifestement illégaux, le moyen de défense fondé sur l'obéissance aux ordres d'un supérieur [...] pourrait (nos ajouts) être *invoqué si l'accusé n'avait pas la liberté morale d'y obéir ou non. C'est-à-dire que l'accusé voyait dans l'ordre un élément de contrainte ou de menace telle qu'il n'avait d'autre choix que d'y obéir* [...].⁹³

b) La contrainte telle que vécue par les enfants soldats

63. La question juridique qui se pose est de savoir si les enfants soldats peuvent valablement invoquer l'excuse de la contrainte pour échapper à des condamnations et se voir acquitter lorsqu'ils sont accusés de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. On peut répondre par l'affirmative à cette question en se basant sur les faits et les analyses. Le constat est que les enfants font communément des exactions (abus, violences sexuelles, pillage, vol, brigandage, extorsion, spoliation, concussion, malversation, rançonnement, déprédation et délits de toutes sortes), mais dans des circonstances exceptionnelles et extrêmes de pression. Van Guerten affirme la même chose en supputant que « [p]our sauver leur vie [les enfants soldats] ont été dans beaucoup de cas, contraints de

90. Hugues PARENT, *Traité de droit criminel*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 424.

91. Voir Frédéric DESPORTES, Francis LE GUNEHEC, *Le nouveau droit pénal*, t. 1, 2^e éd. Paris, Economica, 1996, p. 331.

92. *Contra* : Gisèle CÔTÉ-HARPEUR, Pierre RAINVILLE, Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 1236.

93. *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, 845 et 846 (j. Cory).

tuer leurs propres parents et amis »⁹⁴. En effet, les jeunes n'ont pas les mêmes capacités de s'opposer à la contrainte et n'ont pas les mêmes capacités de résistance que les adultes. Chapleau écrit que « l'enfant soldat est docile »⁹⁵. Il explique que :

[l']endoctrinement et la coercition sont plus efficaces dès lors qu'ils visent un enfant plutôt qu'un adulte; l'adulte a la capacité physique et mentale de se rebeller, de riposter à l'agression, de discuter des termes de l'engagement qu'on exige de lui, voire de refuser; sa conscience politique est plus affinée que celle de l'adolescent, sa maturité aussi; l'enfant est faible et cède facilement à la pression.⁹⁶

64. En plus de ces conditionnements naturels, il faut ajouter les dangers et les périls auxquels les jeunes font face. Les menaces de mort sont une méthode d'asservissement utilisée par « les adultes supérieurs » hiérarchiques pour amener les « enfants subordonnés » à accomplir de sales besognes. Une rapporteuse spéciale confirme cette vérité en mentionnant que :

Les groupes de combattants ont mis au point des techniques brutales et élaborées pour séparer les enfants de leurs collectivités et les isoler. Ils terrorisent les enfants pour les faire obéir, en menaçant à chaque moment leur existence et leur bien-être. Les enfants comprennent rapidement que la seule façon de survivre est d'obéir en tous points. Parfois, ils sont forcés de participer à l'assassinat d'autres enfants ou de membres de leur famille parce que ces groupes savent qu'après de tels crimes, tout retour sera impossible [...].⁹⁷

65. Les enfants soldats pensent avec raison que s'ils n'obtempèrent pas aux instructions de leurs chefs immédiats, envers lesquels ils ont des obligations naturelles ou juridiques, ils seraient condamnés, éliminés ou blessés gravement. De plus, dans les faits, si un enfant soldat membre d'un

94. J. VAN GUERTEN, *loc. cit.*, note 40.

95. P. CHAPLEAU, *op. cit.*, note 28, p. 117.

96. *Ibid.*

97. *Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés*, Doc. off. A.G. N.U., 61^e sess., Doc. U.N. A/61/ 275/ (2006), par. 12, [En ligne]. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/474/39/PDF/N0647439.pdf?OpenElement> (Page consultée le 13 janvier 2011).

peloton d'exécution se dérobe à un commandement, mais doit finalement l'exécuter sous la pression réelle et palpable, il devrait être disculpé⁹⁸. Les pressions, menaces et intimidations proférées à l'égard des adolescents pour commettre diverses exactions, sont semblables à des « cas de force majeure », c'est-à-dire des menaces « réelles, sérieuses, irrésistibles, incontournables et insurmontables » d'autant qu'elles touchent souvent à leur intégrité physique et morale, leur vie, celle de leurs parents, de leurs proches voire celle de leur tribu d'appartenance dans certains cas. Ces « états généraux de contrainte » devraient servir de circonstances d'allègement des sanctions contre les infractions commises par les enfants soldats.

c) *La contrainte dans l'affaire Erdemovic*

66. Dans cette affaire, les événements remontent à juillet 1995, au cours de la guerre en ex-Yougoslavie. *Erdemovic* avait 23 ans à l'époque des faits⁹⁹. Il aurait « participé [...] avec d'autres membres de son unité, à l'exécution et au massacre de centaines de civils musulmans bosniaques non armés à Srebrenica »¹⁰⁰.

67. En mai 1996, *Erdemovic* est accusé d'avoir commis : « chef d'accusation 1 : un crime contre l'humanité [meurtre sanctionné par l'article 5 (a) du statut du tribunal] [...]; ou chef d'accusation 2 : violation des lois ou coutumes de la guerre » [meurtre, sanctionné par l'article 3 du Statut du tribunal et reconnu par l'article 3, paragraphe (1) (a) des *Conventions de Genève*]¹⁰¹. L'acte d'accusation précise qu'*Erdemovic* est « individuellement responsable du crime allégué [...] »¹⁰². *Erdemovic*

98. Voir aussi *Procureur c. Erdemovic*, affaire n° IT-96-22-A (ci-après « *Erdemovic* »), arrêt, 7 octobre 1997 (TPIY, Chambre d'appel), opinion individuelle et dissidente de monsieur le juge CASSESE, par. 12, [En ligne]. <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/fr/erd-adojcas971007f.pdf> (Page consultée le 20 juillet 2011).

99. *Procureur c. Erdemovic*, *id.*, acte d'accusation initial, 22 mai 1996, par. 13 et 14, [En ligne]. <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/ind/fr/erd-ii960529f.htm> (Page consultée le 28 juillet 2011).

100. *Id.*, par. 12.

101. *Id.*, par. 16.

102. *Id.*, par. 15.

plaide coupable du chef d'inculpation 1 de « crime contre l'humanité »¹⁰³, mais invoque la contrainte en ces mots :

Monsieur le président, j'ai été contraint d'agir de la sorte, si j'avais refusé de le faire, on m'aurait tué en même temps que ces hommes. Lorsque j'ai refusé, on m'a dit : "Fais attention, si tu regrettes, mets-toi avec eux et on te tuera" [...]. Je ne pouvais pas refuser parce qu'ils m'auraient tué.¹⁰⁴

68. Le conseil de l'accusé invoque « [l']extrême nécessité née de la contrainte et de l'ordre du supérieur »¹⁰⁵. Le Tribunal a donné la réponse suivante :

*Il en résulte que si la justification tirée de la contrainte morale et/ou de l'état de nécessité née de l'ordre du supérieur n'est pas absolument exclue, ses conditions d'application sont particulièrement strictes. [...]. Dans cette approche in concreto (approche adoptée par les tribunaux de l'après-guerre), dans l'appréciation des éléments objectifs et subjectifs caractérisant les circonstances de la contrainte ou de l'état de nécessité, [le tribunal] se doit d'examiner si l'accusé en situation d'agir n'avait pas le devoir de résister, s'il disposait du choix moral de le faire ou de tenter de le faire [...].*¹⁰⁶ (nos italiques)

69. Sur cette base, le tribunal a estimé ne pas être en mesure d'accueillir le moyen fondé sur l'état général de contrainte¹⁰⁷.

70. Cette décision n'a pas reçu l'agrément de tous les juges. Pour certains, la contrainte ne devrait pas exonérer un soldat accusé de crimes internationaux les plus sérieux. Ainsi, déclarent les juges Vohrah et McDonald :

Après cet examen des sources dans les différents systèmes juridiques et cette exploration des diverses considérations de

103. *Procureur c. Erdemovic*, préc., note 98, jugement de condamnation, 29 novembre 1996, par. 3 (TPIY, Chambre de première instance), [En ligne]. <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/fr/erd-tsj961129f.pdf> (Page consultée le 28 juillet 2011).

104. *Procureur c. Erdemovic*, compte rendu de l'audience de la comparution initiale du 31 mai 1996, p. 9, cité dans *Procureur c. Erdemovic*, préc., note 98 par. 50.

105. *Procureur c. Erdemovic*, jugement de condamnation, préc., note 103, par. 88 et 89.

106. *Id.*, par. 19.

107. *Id.*, par. 20.

politique générale qui doivent être gardées à l'esprit, nous concluons que la contrainte ne peut constituer, en droit international, un moyen de défense totalement exonératoire pour un soldat poursuivi pour crimes contre l'humanité ou pour crimes de guerre impliquant la mort de personnes innocentes [...].¹⁰⁸

71. D'autres juges, en désaccord avec les premiers, pensent que « [l]a contrainte peut être invoquée comme argument de défense dans des cas de violations du droit international humanitaire [...] ». C'est ainsi que d'après le juge Cassese, la contrainte peut entraîner une exclusion de responsabilité dans « certaines situations extrêmes »¹⁰⁹. L'avis de Cassese est aussi partagé par le juge Stephen, qui estime que « l'opinion selon laquelle en droit international, la contrainte ne peut exonérer d'une accusation de meurtre est erronée »¹¹⁰.

72. L'opinion du juge Li diffère de celle de ses éminents collègues. D'après lui, les lois et les pratiques internes divergent sur cette question, bien qu'il faille admettre que certains systèmes juridiques assimilent la contrainte à un moyen de défense totalement exonératoire¹¹¹, alors que d'autres ne la retiennent que comme une circonstance atténuante¹¹².

73. De cet examen de la divergence des opinions en présence, on peut voir qu'il y a place à l'interprétation. Les enfants soldats, lorsqu'ils se trouvent dans des circonstances contraignantes de guerre (étant sous le joug et la servitude permanente des chefs de guerre), devraient cependant pouvoir

108. *Procureur c. Erdemovic*, préc., note 98, opinion individuelle présentée conjointement par madame la juge McDONALD et monsieur le juge VOHRAH, par. 88, [En ligne]. <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/fr/erd-asojmcd971007f.pdf> (Page consultée le 19 juillet 2011).

109. *Procureur c. Erdemovic*, *id.*, opinion individuelle et dissidente de monsieur le juge CASSESE, par. 49 et 50.

110. *Id.*, opinion individuelle et dissidente de M. le juge STEPHEN, par. 24 (TPIY, Chambre d'appel), [En ligne]. <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/fr/erd-asojste971007f.pdf> (Page consultée le 11 février 2011).

111. *Id.*, opinion individuelle et dissidente du juge LI (TPIY, Chambre d'appel), [En ligne]. <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/fr/erd-asojli971007f.pdf> (Page consultée le 11 février 2011). Le juge Li a donné l'exemple de la France, de l'Allemagne et du Canada.

112. *Id.*, le Juge Li a donné l'exemple des pratiques législatives des pays comme la Pologne et la Norvège.

bénéficier de l'interprétation la plus favorable¹¹³. Mélangée avec l'ordre du supérieur, la contrainte devrait *normalement* pouvoir être un motif valable de dispense de responsabilité pénale lorsqu'elle est invoquée par un mineur. Comment les juges du Timor ont-ils examiné la contrainte et l'ordre du supérieur dans l'affaire *Procureur c. X*?

d) *La contrainte dans l'affaire Procureur c. X*

74. Dans *Procureur c. X*, le mineur a invoqué la contrainte, en prétendant d'abord avoir été forcé par le chef du village à se joindre à la milice en septembre 1999. Il a avoué par la suite avoir été obligé de tuer trois jeunes hommes pour sauver sa vie et celle des membres de sa famille¹¹⁴. Malgré la pertinence de l'argument, la défense a été rejetée¹¹⁵.

75. À notre avis, en refusant d'admettre cette défense pour un mineur en détresse, le Tribunal pour le Timor a fait une interprétation discutable de la contrainte, non seulement par rapport à son propre règlement, mais aussi par rapport au droit pénal international, qui ne l'exclut pas totalement comme moyen de défense si certaines conditions extrêmes sont remplies¹¹⁶. De surcroît, presque tous les droits admettent que la responsabilité criminelle s'efface lorsque l'agent opère dans des circonstances telles que sa volonté était annihilée par l'effet d'une force majeure ou par la menace d'un mal considérable visant lui-même ou sa famille¹¹⁷. L'enfant soldat doit être reconnu comme étant privé de son choix moral devant l'imminence d'un péril physique, ce dernier pouvant être entendu comme étant un danger de mort ou de blessures graves.

113. Voir aussi Leena GROVER, « Trial of the Child Soldier : Protecting the Rights of the Accused », (2005) 65 *ZaöRV*. 217, 230 et 231, [En ligne]. http://www.zaoerv.de/65_2005/65_2005_1_b_217_238.pdf (Page consultée le 20 juillet 2011).

114. Voir JSMP, *The Case of X*, *op. cit.*, note 23, p. 18.

115. *Procureur c. X*, préc., note 2, par. 55-57.

116. Voir O. Sara LIWERANT, « Les exécutants », dans Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX, Alain PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Éditions A. Pedone, 2000, p. 211, p. 222 et 223.

117. Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2^e éd., Paris, Éditions Dalloz, 2002, p. 343.

76. En conclusion, nous pensons que les enfants soldats doivent pouvoir profiter de l'excuse de contrainte dans les causes de guerre, vu les situations particulièrement invincibles, implacables et persuasives qui précèdent ou qui entourent l'exécution des crimes dont ils sont accusés. Force est donc de constater, comme le fait Meddour, que « [...] la responsabilité pénale peut être écartée lorsque l'auteur d'un crime n'a pas agi de son propre chef, mais sous la contrainte, ou pour se défendre, ou encore sous l'emprise de l'alcool ou drogues administrées de force, ce qui sera souvent le cas des enfants soldats »¹¹⁸.

3. La mens rea

77. Le jugement rendu dans *Procureur c. X* n'a pas non plus abordé la question de la capacité juridique des enfants soldats à commettre des crimes internationaux. Il s'est contenté de condamner le mineur sans regarder sa réelle intention coupable.

78. En common law, la responsabilité criminelle est habituellement exprimée par l'expression latine *actus non facit reum nisi mens sit rea*, ce qui signifie que « la loi ne rend pas une personne coupable à moins que l'esprit soit aussi coupable ». En droit pénal international, c'est le *Statut de Rome* qui définit l'élément intentionnel d'un crime contre l'humanité¹¹⁹.

79. En justice, il est possible de démontrer que chez les enfants soldats, il y aurait absence d'intention criminelle. Le génocide, par exemple, exige « une intention spéciale » dont il serait difficile de prouver l'existence chez les enfants, dans la mesure où ceux-ci ne savent pas ce que c'est exactement. Comme le dit bien McCarney, « children are incapable of forming the requisite intent »¹²⁰. Cette présomption d'incapacité morale chez les mineurs a été relevée par David Crane en

118. Sabrina MEDDOUR, « Le droit international face au recrutement d'enfants dans les conflits armés », (2010) 4 *Revue ASPECTS* 133, 145, [En ligne]. http://www.revue-aspects.info/IMG/pdf/Aspects_4_Light.pdf (Page consultée le 28 juillet 2011).

119. *Statut de Rome*, préc., note 10, art. 30 (1) et (2).

120. W. MCCARNEY, *loc. cit.*, note 67, p. 31.

ces termes : « A child does not have the *mens rea* to commit a war crime [...] »¹²¹.

80. Nous soutenons que le manque de discernement lié au contexte politique de guerre et l'ignorance des lois et coutumes de guerre sont des arguments de poids militant en faveur de l'irresponsabilité criminelle des enfants soldats¹²². La position du CICR renforce notre thèse :

[A]ussi aberrant que cela puisse paraître, l'enfant est plus enclin que l'adulte à commettre des atrocités. En effet, *compte tenu de son manque de maturité, il ne se rend pas toujours compte des conséquences de ses actes et il peut violer les règles du droit international humanitaire sans en être conscient [...]*.¹²³ (nos italiques; note omise)

81. Meddour avance la même idée de défaut d'intention criminelle chez les enfants, en soutenant ceci :

Comment en effet déterminer qu'un enfant aura bien participé à un crime en ayant l'intention ou la conscience que ce crime sous-tendait un élément de crime de guerre ou de crime contre l'humanité. Car établir que l'enfant aura bien agi en ayant l'intention de commettre un crime spécifique ne suffira pas, encore faut-il qu'il ait eu conscience que ce crime spécifique participait d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, *ce qui implique par ailleurs que l'enfant comprenne bien ce que signifient des notions telles que conflit armé, ou projet politique de plus large échelle*.¹²⁴ (nos italiques)

82. Ajoutons les hypothèses de la défense fondées sur l'aliénation ou la déficience mentale¹²⁵ ou de l'intoxication¹²⁶

121. Lettre de D. CRANE à P. MANIRAKIZA, 21 avril 2008, citée par P. MANIRAKIZA, préc., note 62, p. 729 et 730.

122. Voir aussi S. GROVER, *loc. cit.*, note 31, p. 59 et 60; *contra* : Joyce HACKEL, « When Kids Commit Genocide », *Christian Science Monitor* (5 décembre 1995), [En ligne]. <http://www.csmonitor.com/1995/1205/05062.html> (Page consultée le 11 mai 2011); IRIN, « Rwanda : Youth on trial charged with using dogs to Kill Tutsis », Update No. 416, (14 mai 1998), [En ligne]. http://www.africa.upenn.edu/Hornet/irin_51498.html (Page consultée le 11 mai 2011).

123. CICR, *loc. cit.*, note 71, par. 23.

124. S. MEDDOUR, *loc. cit.*, note 118, p. 144 et 145.

125. *Statut de Rome*, préc., note 10, art. 31 (1) (a).

126. *Id.*, art. 31 (1) (b).

comme motifs légaux d'exonération de responsabilité pénale. Il arrive fréquemment que des enfants soldats soient drogués et intoxiqués contre leur gré. Accusés de commettre des actes ignobles, les enfants soldats peuvent établir des moyens de défense basés sur l'aliénation mentale ou psychique, si au moment des crimes, il est prouvé qu'ils étaient affectés par une telle absence de discernement causé par une maladie mentale ou un trouble psychopathologique ou un trouble profond de la conscience ou d'une faiblesse d'esprit ou de tout autre affaiblissement intellectuel, au point qu'ils ne connaissaient ni la nature (matérielle) ni la qualité du geste (le résultat) qu'ils effectuaient ou qu'ils ne savaient pas que ce qu'ils faisaient était mal; car, généralement, n'est pas responsable de son acte la personne qui, lors de la commission de l'acte, est, en raison d'un trouble psychique, incapable d'en apprécier le caractère illicite ou d'agir selon son discernement¹²⁷.

4. Le plaidoyer de culpabilité : les affaires *Procureur c. X* et *Khadr*

83. Qu'arrive-t-il si les enfants plaident coupables de ces crimes? Avant d'examiner les aveux de X (b) et ceux dans l'affaire *Khadr* (c), nous pensons qu'il serait bon de nous attarder un peu sur la notion, les fondements et les conditions de validité du plaidoyer de culpabilité en droit pénal international (a).

a) Notions, fondements juridiques et domaines d'application

84. Le plaidoyer de culpabilité (ou le *plea bargaining*, le *guilty plea*, ou encore l'aveu) est une vieille tradition héritée de la common law, qui permet à un accusé de plaider coupable ou innocent, au début de la procédure.

85. Le *plea bargaining* est théoriquement critiqué. En droit interne, si certains, sur la base de la transparence judiciaire, assimilent ces négociations à des « transactions de coulisse inacceptables », d'autres pensent que ce système permet de

127. Voir J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, op. cit., note 117, p. 336-337 et 340.

« désengorger » la justice pénale¹²⁸. En droit pénal international, le débat oppose ceux qui pensent que la procédure est une atteinte aux droits de la défense et ceux pour qui elle permet à la justice internationale d'éviter les inconvénients et les traumatismes d'un procès, et aussi de gagner du temps et des ressources et d'économiser les coûts d'un procès international. Ces types d'avantages ont justifié le choix de la politique de poursuite adoptée par le Tribunal pour le Timor¹²⁹. En outre, le *plea bargaining* induisait généralement une réduction de peine¹³⁰.

86. Selon le point de vue qui s'applique à notre cas, nous constatons que le *plea bargaining* exige une connaissance approfondie de la négociation. Cette capacité n'est pas assez développée chez les enfants. Dans la procédure, c'est l'enfant qui, en fin de compte, doit consentir et subir les conséquences de son acceptation. Dans des négociations complexes, il est aléatoire pour un enfant de savoir ce qu'il va gagner ou ce qu'il va perdre, à court et à long terme en plaissant coupable d'un crime international.

87. Dans tous les cas, pour être valable en droit pénal international, un *plea bargaining* doit remplir certaines conditions :

- il doit être volontaire et doit être fait par un accusé dont l'état mental lui permet d'en comprendre les conséquences;
- l'accusé ne doit être influencé par aucune menace, incitation ou promesse;
- il doit être fait en toute connaissance de cause [...];
- il ne doit pas être équivoque et ne doit pas s'accompagner d'une déclaration constituant une défense qui contredirait une reconnaissance de responsabilité pénale;

128. Louis BARIBEAU, « Négocier les plaidoyers de culpabilité », (2003) 35(5) *J. du B.* (15 mars 2003), [En ligne]. <http://www.barreau.qc.ca/publications/journal/vol35/no5/negociier.html> (Page consultée le 2 juillet 2011).

129. Voir Suzannah LINTON, Caitlin REIGER, « The Evolving Jurisprudence and Practice of East Timor's Special Panels for Serious Crimes on Admissions of Guilt, Duress and Superior Orders », (2001) 4 *Y.I.H.L.* 1, [En ligne]. http://www.jsmp.minihub.org/Reports/otherresources/YIHL-4-Linton-1_23903.pdf (Page consultée le 13 mai 2011).

130. Voir Adrien ARBOUCHE, « Les juridictions hybrides du Timor-Leste : un bilan en demi-teinte », (2005) 5 *Droits fondamentaux* 1, à la page 15, [En ligne]. <http://www.droits-fondamentaux.org/IMG/pdf/df5aajto.pdf> (Page consultée le 21 juillet 2011).

- il faut qu'il existe des faits suffisants pour établir le crime et la participation de l'accusé à celui-ci [...].¹³¹ (nos italiques)

b) Le plaidoyer de culpabilité dans l'affaire Procureur c. X

88. Dans *Procureur c. X*, le tribunal a estimé que ces conditions légales précédemment décrites étaient réunies, c'est-à-dire que le plaidoyer avait été volontaire, éclairé, libre et vrai. Toutefois, on peut observer que la condition de validité qui consiste pour le tribunal à s'assurer de la bonne compréhension par l'accusé des conséquences de son choix est sans doute celle dont le respect est le plus difficile à établir lorsqu'il s'agit d'un enfant. Certains éléments nous amènent à constater que X, analphabète et illettré, et qui n'avait que 16 ans au moment du procès, n'avait probablement pas une compréhension éclairée de la procédure et du régime du plaidoyer de culpabilité¹³².

89. Hormis la mauvaise compréhension du procès, le plaidoyer de culpabilité du mineur pourrait être entaché d'un vice de fond remettant en cause sa validité et en conséquence, la culpabilité de l'accusé. En principe, le plaidoyer de culpabilité relève du droit procédural, mais il comporte des éléments de droit matériel. C'est le cas si l'aveu a été accompagné d'éléments qui témoignent de son caractère équivoque ou si la déclaration comporte des mots décrivant des faits qui sont de nature à nier la responsabilité, comme dans le cas de X¹³³.

90. Plusieurs rapports d'experts et opinions doctrinales soulignent la docilité et la vulnérabilité des enfants. On mentionne : « the preference of commanders for children, who are "more obedient" and "easier to manipulate than adult soldiers"; the susceptibility of adolescents, often impoverished, to ideological rallying cries; and the availability of cheap, light firearms »¹³⁴.

91. Que conclure du plaidoyer de X? Nous convenons que la politique de plaidoyer quasi automatique adoptée par le

131. *Statut de Rome*, préc., note 10, art. 65.

132. Voir A. ARBOUCHE, *loc. cit.*, note 130, p. 15-18; JSMP, *The Case of X*, *op. cit.*, note 23, p. 9 et 10.

133. *Id.*, p. 18.

134. *Rapport Graça Machel*, préc., note 55, par. 34.

Tribunal pour le Timor à l'endroit de la plupart des accusés est justifiée à la lumière des ressources limitées disponibles pour le procès pour crimes graves. Cependant, cela ne peut être le cas si des garanties mises en place pour s'assurer que le plaidoyer de culpabilité d'un accusé soit authentique ne sont pas strictement respectées. Fort de ces motifs, le Tribunal aurait dû être « prudent dans son approche avec certains aveux ». Dans le cas de l'affaire *Procureur c. X*, il aurait dû refuser d'entériner le plaidoyer, au lieu de l'accepter et de prononcer une sentence de condamnation contre un mineur. Voyons ce qui s'est passé dans l'affaire *Khadr*.

c) Le plaidoyer de culpabilité dans l'affaire Khadr

92. La question juridique qui nous intéresse opportunément dans cette affaire est de savoir si l'on devait condamner, sur la base de son plaidoyer de culpabilité, une personne pour les crimes de guerre qu'elle aurait commis à l'adolescence. Avant de répondre à cette question, rappelons succinctement les faits et la procédure.

93. Omar Khadr est un jeune Canadien. Le 27 juillet 2002, alors qu'il n'avait que 15 ans, Khadr a été capturé en Afghanistan par les forces armées américaines, à la suite d'un échange de tirs durant lequel il aurait tué, avec une grenade, un soldat américain¹³⁵.

94. Détenu d'abord en Afghanistan, puis transféré à Guantanamo en octobre 2002, Khadr sera, en février 2007, poursuivi devant une commission militaire pour meurtre, en violation des lois et coutumes de guerre et complicité d'acte de terrorisme¹³⁶. En janvier 2008, son avocat conteste la

135. *United States v. Omar Ahmed Khadr*, U.S. January 18th, 2008, [En ligne]. http://www.law.utoronto.ca/documents/Mackin/khadr_defencemotion_08-01-18.pdf (Page consultée le 22 juillet 2011).

136. Voir HUMAN RIGHTS WATCH, « The Omar Kadhr Case : A Teenager Imprisoned at Guantanamo », (juin 2007), [En ligne]. <http://hrw.org/backgrounder/usa/us0607/index.htm> (Page consultée le 12 juillet 2011); AMNESTY INTERNATIONAL, « United States of America, In Whose Best Interests? Omar Khadr, Child "Enemy Combatant" Facing Military Commission » (avril 2008) AI Index : AMR 51/028/2008, [En ligne]. <http://www.amnesty.org/en/library/info/AMR51/028/2008/en> (Page consultée le 4 juillet 2011); Robert BADINTER, « Omar Khadr n'est pas un ennemi combattant, il est d'abord une victime », dans *Le monde* (22 janvier 2008) (Page consultée le 2 mai 2011).

compétence de la commission militaire¹³⁷. En avril de la même année, la commission militaire statue que la loi n'interdit pas la poursuite des mineurs pour des violations des lois de la guerre¹³⁸. En octobre 2010, Khadr admet les faits qui lui sont reprochés¹³⁹. Il plaide coupable à des accusations de crime de guerre en échange d'une peine de huit ans de prison, dont les sept dernières seraient purgées au Canada, conformément au droit criminel en vigueur dans son pays d'origine, le Canada¹⁴⁰.

95. Dans les milieux politiques canadiens, sa poursuite et son jugement par une commission militaire ont suscité la controverse¹⁴¹. À l'échelle internationale, on fait valoir que le principe selon lequel un enfant soldat ne peut pas être poursuivi pour crime de guerre est « fondamental »¹⁴². La représentante spéciale pour les enfants et les conflits armés demande que « les membres de la commission militaire considèrent les normes internationales — appuyées par le gouvernement américain — voulant qu'Omar Khadr ne soit plus

137. *United States v. Omar Ahmed Khadr*, préc., note 135 (voir les notes sous *Defense Motion For Dismissal Due to Lack of Jurisdiction Under the MCA in Regard to Juvenile Crimes of a Child Soldier*).

138. Voir Daniel RYAN, « International Law and Laws of War and International Criminal Law — Prosecution Child Soldiers — *United States v. Omar Ahmed Khadr*, (Military Comm'n, referred Apr. 24, 2004) », (2010) 33 *Suffolk Transnat'L. Rev.* 175.

139. Voir John R. CROOK, « Omar Khadr Pleads Guilty, Sentenced to Maximum of Eight Years, May Be Transferred to Canada », (2011) 105(1) *Am. J. Int'l L.* 151; Charlie SAVAGE, « Child Soldier for Al Qaeda Is Sentenced for War Crimes », dans *The New York Times*, [En ligne]. (1^{er} novembre 2010). http://www.nytimes.com/2010/11/02/us/02detain.html?_r=1&ref=militarycommissions (Page consultée le 11 juillet 2011); Steven CHASE, « Khadr Pleads Guilty in Exchange for Repatriation to Canada », dans *The Globe and Mail*, [En ligne]. (25 octobre 2010) <http://www.theglobeandmail.com/news/world/americas/omar-khadr-pleads-guilty-to-all-terrorism-charges/article1771325/> (Page consultée le 4 juillet 2011).

140. Voir Bryn WEESE, Brian LILLEY, « After One Year, Canada Will Welcome Back Khadr », *CNews*, [En ligne]. (25 octobre 2010). <http://cnews.canoe.ca/CNEWS/Politics/2010/10/25/15820656.html> (Page consultée le 11 novembre 2011).

141. Voir Ezra LEVANT, « Don't Cry for Khadr. It's Time We Stop Perceiving Terror Suspect as a Nice Guy Being Railroaded », éditorial, dans *The Toronto Sun*, [En ligne]. (10 août 2010), <http://www.torontosun.com/comment/columnists/2010/08/09/14971601.html> (Page consultée le 11 juillet 2011).

142. AGENCE QMI, « Baie de Guantanamo. L'ONU demande la libération de Khadr », *LCN*, [En ligne]. (28 octobre 2010), <http://tvnouvelles.ca/lcn/infos/lemonde/archives/2010/10/20101028-101341.html> (Page consultée le 11 mai 2011).

incarcéré et qu'il puisse suivre un programme de réhabilitation au Canada »¹⁴³. Madame Coomaraswamy juge en effet que Khadr est un cas typique d'enfant soldat, qui a été recruté par un groupe peu scrupuleux pour prendre part à des actions demandées par des adultes, actions que les enfants ne peuvent comprendre¹⁴⁴.

96. À notre avis, le plaidoyer de culpabilité n'est pas valable. D'abord, parce que le jeune Canadien a plaidé coupable pour éviter l'emprisonnement à perpétuité; donc, il n'avait pas d'autre choix que de le faire. Il a renoncé à sa présomption d'innocence. De plus, l'accusé a toujours nié son implication dans les faits qui lui sont reprochés et a répété plusieurs fois que ses premiers aveux avaient été obtenus sous la torture, ce qui, à nos yeux, met en doute la crédibilité de la déclaration de culpabilité de l'enfant accusé. À l'aune des moules juridiques existants, le plaidoyer de culpabilité du jeune Canadien ne devrait pas être entériné parce qu'il est contraire aux règles de l'art en matière pénale internationale¹⁴⁵. Comme le rapporte bien Amnesty International:

L'un des principes fondamentaux d'un procès équitable est le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable. Un autre de ces principes est qu'aucune déclaration ne peut être retenue à titre de preuve dans une procédure dont on sait ou qui porte à croire qu'elle a été obtenue au moyen d'actes de torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.¹⁴⁶ (citations omises)

97. En somme, nous considérons que les procédures et les résultats obtenus, ainsi que la jurisprudence créée ne sont

143. *Ibid.*

144. *Ibid.*

145. Voir AMNESTY INTERNATIONAL, *États-Unis d'Amérique. Justice retardée et justice bafouée? Les procès en vertu de la Loi relative aux commissions militaires*, 2007, [En ligne]. [http://web.amnesty.org/library/pdf/AMR510442007FRENCH/\\$File/AMR5104407.pdf](http://web.amnesty.org/library/pdf/AMR510442007FRENCH/$File/AMR5104407.pdf) (Page consultée le 11 mai 2011).

146. Voir AMNESTY INTERNATIONAL, « États-Unis. Reprise du procès d'Omar Khadr devant une commission militaire : les États-Unis ne respectent pas leurs obligations internationales en matière de droits humains » (26 avril 2010), [En ligne]. <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR51/029/2010/en/efdd81a6-999f-425a-a1ef-cb110df27a94/amr510292010fra.html> (Page consultée le 22 juillet 2011).

pas de bonnes références ni de bons modèles pour le droit et la justice des mineurs¹⁴⁷.

5. Les normes d'équité des procès

a) *Affaire Procureur c. X*

98. Nous pensons que l'affaire *Procureur c. X* dévoile une approche inexacte des principes et des règles de la justice infantile, consacrés par le droit international¹⁴⁸. Concernant, par exemple, l'internement, la captivité ou l'enfermement d'un mineur lié à un conflit armé ou au terrorisme, un important rapport des Nations Unies rappelle l'importance que cela se fasse dans les règles. Le rapport souligne ce qui suit :

un nombre inconnu d'enfants ont été capturés, arrêtés et détenus par des forces de sécurité et des forces de l'ordre agissant au mépris des normes internationales de la justice pour mineurs. La détention d'enfants doit s'effectuer dans le respect le plus strict de l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs.¹⁴⁹

99. Quels sont les règles et les droits matériels en cause ici dans le procès de X? Si X a bénéficié de « certains droits protocolaires », comme la protection de son identité, de

147. Voir aussi Christopher L. DORE, « What to Do with Omar Khadr? Putting a Child Soldier on Trial: Questions of International Law, Juvenile Justice and Moral », (2007-2008) 41 *J. Marshall L. Rev.* 1281, 1316-1319.

148. CDE, préc., note 63, art. 37; *Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté*, Rés. AG. 45/113, Doc. off. A.G. N.U., 45^e sess., suppl. n° 49, Doc. N.U. A/45/49 (vol. 1) 220 (1990) (ci-après « Règles de La Havane »), [En ligne]. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/45/113 (Page consultée le 20 octobre 2011); *Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing)*, Rés. A.G. 40/33, Doc. off. A.G. N.U., 40^e sess., suppl. n° 53, Doc. N.U. A/40/53 (1985), [En ligne]. http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/40/33&Lang=F (Page consultée le 20 octobre 2011).

149. *Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés*, Doc. off. A.G. N.U., 65^e sess., Doc. N.U. A/65/219 (2010), par. 6-8, [En ligne]. http://un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A%2F65%2F219&Lang=F (Page consultée le 20 octobre 2011); *Rapport de la Représentante spéciale du Secrétaire général pour les enfants et les conflits armés*, Doc. off. A.G. N.U., 63^e sess., Doc. N.U. A/63/150 (2008), par. 33, [En ligne]. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/452/80/PDF/N0845280.pdf?OpenElement> (Page consultée le 19 juillet 2011).

l'accompagnement au procès par son grand-père et du déroulement de l'audience à huis clos à « certaines étapes de la procédure »¹⁵⁰, il reste que bon nombre d'importants droits substantiels de X auraient été bafoués.

100. Nous mentionnons le droit à une représentation juridique appropriée à toutes les étapes de la procédure. Au stade de l'interrogatoire, X a été interrogé par la police, sans la présence d'un avocat¹⁵¹. Son droit fondamental d'être informé des accusations dans le plus court délai et sans retard excessif a été brimé¹⁵². On peut signaler l'inobservation d'autres droits spécifiques impératifs, comme la détention séparée d'avec les adultes ou celui pour le mineur suspecté de garder le silence en période avant procès¹⁵³. Ces violations patentes ont suscité un commentaire de C. Aptel qui conclut à point nommé, à propos de l'affaire *Procureur c. X* que, « ce cas, très rare, d'accusation de crime international grave ramené finalement à un crime ordinaire, démontre néanmoins que, lorsque la poursuite des mineurs est autorisée, elle se doit de se conformer strictement aux normes internationales pertinentes et à l'exigence de justice pour mineurs ».¹⁵⁴ (notre traduction)

b) Affaire Khadr

101. À l'instar de l'affaire *Procureur c. X*, l'affaire *Khadr* est aussi symptomatique d'une conception erronée, méprisante et totalement fausse des principes de justice juvénile. L'accusé n'a bénéficié d'aucune assistance juridique pendant sa détention, contrairement à tous les textes et à toutes les règles juridiques qui encadrent le droit de la détention d'un jeune contrevenant ou d'un mineur combattant¹⁵⁵. Cela est à tout le moins une violation du droit international et de la justice infantile¹⁵⁶. C'est dans cette même optique qu'Amnesty

150. Voir C. APTEL, *op. cit.*, note 33.

151. JSMP, *The Case of X*, *op. cit.*, note 23, p. 7.

152. *Id.*, p. 10.

153. *Id.*, p. 8.

154. C. APTEL, *op. cit.*, note 33, p. 22 et 23.

155. Voir Chris JENKS, *Not Child's Play: Revisiting the Law of Child Soldiers*, (14 avril 2010), [En ligne]. <http://jurist.law.pitt.edu/forumy/2010/04/not-childs-play-revisiting-law-of-child.php> (Page consulté le 20 juillet 2011).

156. C. L. DORE, *loc. cit.*, note 147, p. 1313-1319.

International observe que la « justice » que le jeune Canadien a subie est une procédure militaire qui est loin d'être conforme aux normes internationales d'équité des procès et ne comporte aucune disposition se rapportant à la justice pour mineurs¹⁵⁷. Les accusés mineurs au moment des faits qui leur sont reprochés ne devraient pas être poursuivis ou jugés par des commissions militaires, car les règles, les philosophies, les principes, la procédure et les décisions qui régissent ces commissions sont incompatibles avec les principes de justice infantile.

102. C'est d'ailleurs pourquoi le Comité avait recommandé aux autorités américaines qui ont signé le *Protocole facultatif* en 2002 « de mener des enquêtes impartiales sur les faits reprochés aux enfants détenus, conformément aux normes minimales en matière de procès équitable »¹⁵⁸. De surcroît, le Comité conclut que « [l]es enfants ne devraient pas être poursuivis au pénal dans le cadre du système de justice militaire »¹⁵⁹. Ces instances sont inaptes et incompetentes pour juger les enfants soldats.

CONCLUSION

103. Pour les motifs énoncés ci-haut, nous pensons que l'affaire *Procureur c. X* n'est pas un modèle à suivre, car les procédures et le résultat ultime n'ont pas vraiment su prendre en compte la situation exceptionnelle de l'enfant soldat. En somme, *Procureur c. X* représente un recul inquiétant pour le droit international, car devant ce tribunal hybride, l'enfant n'a bénéficié d'aucune mesure conçue explicitement pour lui, bien que l'élaboration d'une justice pénale juvénile soit un acquis en droit interne dans la majorité des États de la communauté internationale. Au lieu de prendre des mesures allant dans le sens du bien-être et du développement moral de l'enfant, la réhabilitation ou la rééducation

157. Voir aussi AMNESTY INTERNATIONAL, *États-Unis. Les commissions militaires sont incompatibles avec la justice*, 2007, [En ligne]. http://www.amnistie.ca/site/index.php?option=com_content&view=article&id=10807%2F107%2F+&Itemid=45&lang= (Page consultée le 21 juillet 2011).

158. *Ibid.*

159. *Ibid.*

par exemple, *Procureur c. X* a mis en avant la responsabilité pénale, la condamnation et l'incarcération. À notre avis, cette cause est un exemple de ce qu'il ne faut pas faire en matière de responsabilité pénale internationale des enfants.

104. Nous venons de démontrer l'insuccès de l'approche répressive, en nous attardant à l'affaire *Procureur c. X*. De fait, les deux affaires (*Procureur c. X* et *Khadr*) relativement récentes de poursuite de mineurs constituent des faux pas dans la démarche de la justice pénale internationale depuis sa naissance à Nuremberg. Elles soulèvent des questions auxquelles le droit pénal international, dans son état actuel, n'apporte que des réponses sinon imprécises, du moins incomplètes¹⁶⁰. Sans conteste, la problématique de la responsabilité pénale des enfants soldats présente un caractère complexe. Parmi les pistes de solutions à explorer, ne serait-il pas intéressant de mettre en place des mécanismes qui ne déresponsabilisent pas complètement ces enfants, mais qui prennent en considération leur « double statut de victimes et d'auteurs »?

105. À titre de solution de rechange, nous recommanderions les outils informels, traditionnels et semi-professionnels de résolution du contentieux. Par exemple, les approches africaines de justice traditionnelle restaurative, comme les *gacaca*, ou les commissions-vérité-réconciliation, comme celle de la Sierra Leone. Loin d'être des remèdes ou une panacée, ces outils sont des options crédibles. Nous soutenons donc qu'ils sont préférables à une justice répressive mondiale pour les enfants soldats. Fondés sur les politiques d'apaisement, de justice traditionnelle, de réconciliation et de guérison, les mécanismes alternatifs peuvent jouer des rôles clés dans la gestion d'un héritage de violations généralisées des droits de la personne, commises par des enfants soldats. Les approches locales de justice restaurative peuvent guérir les enfants, véritables architectes des crimes, et restaurer les droits des communautés victimes des crimes odieux.

160. « Il est regrettable, disait Ba, que la CPI ne soit pas mandatée pour traiter les cas d'enfants soldats et garantir leurs droits ». BA, cité dans D. MARTINEZ, préc., note 36.

106. En définitive, nous pensons qu'il vaut mieux prendre le risque de sauver des enfants soldats, qui sont perçus comme des coupables, que de vouloir condamner des jeunes, qui ne sont que d'innocentes victimes des conflits.

Kokouvi Dodzi Luc Akakpo
264, rue Jules-Verne
Gatineau (Québec) J8R 0A3
luckoko@hotmail.com
Kakak043@uottawa.ca