

L'ARTICLE 6(5) *PAII* : QUELLE PERTINENCE À L'ÈRE DU CONTRE-TERRORISME?

Camille Marquis-Bissonnette *

Le récent accord de paix conclu le 24 novembre 2016 entre les Forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC) et le gouvernement colombien, qui prévoit une amnistie notamment pour la rébellion et le port illégal d'armes, peut paraître étonnant, voire choquant, après une lutte armée de plus de 50 ans qui a entraîné des centaines de milliers de morts et des dizaines de milliers de disparitions. Pourtant, ce compromis est conforme aux prescriptions du droit international humanitaire, en particulier à la lettre de l'article 6 paragraphe 5 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève de 1949. La présente contribution vise à examiner les raisons d'être de l'article 6(5) *PAII*, et à déterminer si elles sont toujours pertinentes dans le cadre juridique international. Elle se penche à terme sur sa compatibilité avec les préoccupations actuelles, *a priori* contradictoires, en matière de lutte contre le terrorisme.

The recent peace agreement concluded on November 24, 2016 between the Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC) and the Colombian government, which contains an amnesty for rebellion as well as for illegal bearing of arms, may seem surprising, or even shocking, after an armed struggle of more than 50 years having caused hundreds of thousands of deaths and tens of thousands of disappearances. Yet this compromise respects the prescriptions of International Humanitarian Law, in particular the article 6 paragraph 5 of Additional Protocol II to the 1949 Geneva Conventions (article 6(5) *PAII*). The present article aims to examine the rationale behind article 6(5) *PAII*, and to determine whether it is still relevant within the present international law framework. It ends by looking at the compatibility of article 6(5) *PAII* with current preoccupations, at first sight contradictory, on counterterrorism.

El reciente acuerdo de paz alcanzado el 24 de noviembre de 2016 entre las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el gobierno colombiano, que prevé una amnistía, incluso para la rebelión y el porte ilegal de armas, puede parecer sorprendente, incluso chocante, después de la lucha armada de más de 50 años que resultó en cientos de miles de muertes y decenas de miles de desapariciones. Sin embargo, este compromiso respeta los requisitos del derecho internacional humanitario, en particular el Artículo 6 párrafo 5 del Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra de 1949. El propósito de esta contribución es examinar la justificación del Artículo 6 (5) *PAII*, y determinar si siguen siendo relevantes en el marco jurídico internacional. A largo plazo, busca su compatibilidad con las preocupaciones actuales, *a priori* contradictorias, en la lucha contra el terrorismo.

* Candidate au doctorat en droit, Faculté de droit, Université Laval.

Le récent accord de paix conclu le 24 novembre 2016 entre les Forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC) et le gouvernement colombien, qui prévoit une amnistie notamment pour la rébellion et le port illégal d'armes, peut paraître étonnant, voire choquant, après une lutte armée de plus de 50 ans qui a entraîné des centaines de milliers de morts et des dizaines de milliers de disparitions¹. En effet, pour parvenir à la paix, on pardonne à des « terroristes »; on leur permet d'échapper au système pénal conventionnel et de réintégrer la société.

Pourtant, ce compromis est le résultat de quatre ans de négociations en Colombie, et il est conforme aux prescriptions du droit international humanitaire en ce qu'il codifie une amnistie pour les crimes moins graves et la poursuite des crimes graves et des crimes internationaux. Précisément, l'article 6, paragraphe 5 (l'article 6(5)) du *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*² (PAII), prévoit qu'à

la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues³.

Cette disposition s'inscrit dans le premier et le seul instrument en droit international humanitaire qui soit entièrement dévoué à la régulation des conflits armés non internationaux (CANIs), auquel 168 États sont parties à ce jour⁴. Ce traité constitue un accord historique en ce qu'il est le résultat d'un consensus entre les États sur des questions qu'ils considéraient traditionnellement – du moins jusqu'à l'adoption des *Conventions de Genève* en 1949⁵, lesquelles contiennent un article commun (l'article 3⁶) se rapportant aux conflits armés non internationaux – comme un domaine

¹ Agence France Presse, « Accord de paix historique entre les Farc et le gouvernement en Colombie après 52 ans de conflit » *Huffington Post* (25 août 2016), en ligne : huffingtonpost.fr/2016/08/25/accord-paix-farc-colombie-gouvernement-historique_n_11687256.html.

² *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*, 8 juin 1977, 1125 RTNU 609 art 6(5) (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) [PAII].

³ *Ibid.*

⁴ « Traités, États parties et commentaires », *Comité international de la Croix-Rouge*, en ligne : icrc.org/dih/INTRO/475?OpenDocument.

⁵ *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 RTNU 31 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950), la *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 RTNU 85 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950), la *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 RTNU 135 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950), la *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 RTNU 287 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [*Conventions de Genève*].

⁶ *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les Forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 RTNU 31 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950). L'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève du 12 août 1949* s'applique aux conflits armés « ne présentant pas un caractère international ».

strictement réservé à l'exercice de leur compétence souveraine⁷. Quant à son article 6(5), il s'insère plus loin encore dans des compétences relevant jusque-là du pouvoir discrétionnaire des États⁸. En effet, cet article, bien qu'il ne constitue qu'une recommandation formulée aux États⁹, s'immisce non seulement dans la gestion des amnisties, « *an act [...] which eliminates the consequences of certain punishable offences, stops prosecution and quashes convictions*¹⁰ », mais surtout dans la répression des actes de rébellion, « *a matter traditionally solidly within the grasp of sovereignty*¹¹ ». Il suggère que les États devraient, au terme du conflit, faire preuve de clémence par rapport à ceux ayant menacé leur monopole légitime de la force, de même que la sécurité et l'ordre sur leur territoire.

L'article 6(5) *PAII* a néanmoins été adopté à 37 votes contre 15, avec 31 abstentions¹², l'article 6 dans son ensemble ayant lui-même été adopté par consensus par la suite¹³. En outre, selon l'étude de droit international coutumier du Comité international de la Croix-rouge (CICR) publiée en 2005 et basée sur la pratique des États, des organisations internationales, des organes judiciaires et quasi judiciaires internationaux et du CICR¹⁴, le contenu de l'article 6(5) *PAII* constitue désormais une règle de droit international humanitaire coutumier s'appliquant aux CANIs¹⁵. Suivant celle-ci, si les autorités ne sont pas tenues d'accorder une amnistie au terme d'un

⁷ Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann, *Commentary on the Additional Protocols of June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, au para 4343 [Sandoz, Swinarski et Zimmermann]; René Kosirmik, « Les Protocoles de 1977 — une étape cruciale dans le développement du droit international humanitaire » (1997) 79:827 RICR 517 à la p 524; voir également *PAII, supra* note 2, art 3(1) (cet article contient une disposition de sauvegarde, selon laquelle : « [a]ucune disposition du présent Protocole ne sera invoquée en vue de porter atteinte à la souveraineté d'un État ou à la responsabilité du gouvernement de maintenir ou de rétablir l'ordre public dans l'État ou de défendre l'unité nationale et l'intégrité territoriale de l'État par tous les moyens légitimes »).

⁸ Zakaria Dabone, « International Law: Armed Groups in a State-Centric System » (2011) 93:882 RICR 395 à la p 398; Tom Ruys, « The Syrian Civil War and the Achilles' Heel of The Law of Non-International Armed Conflict » (2014) 50:2 Stan J Intl L 247 à la p 270 [Ruys].

⁹ Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable aux conflits armés, *Official Records*, Genève, 20 février-29 mars 1974, 3 février 18 avril 1975, 21 avril-11 juin 1976, 17 mars-10 juin 1977 [*Official Records 1977*] (le fait que l'art 6(5) ne contient qu'une recommandation a été souligné par la Syrie vol VII à la p 93, le Canada vol VII à la p 94, le Zaïre vol VII à la p 105, le Nigeria vol VII à la p 102, Espagne vol VII à la p 103; République Unie du Cameroun vol VII à la p 104). Voir aussi Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *supra* note 7 au para 4617.

¹⁰ Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *supra* note 7 au para 4617; Denis Alland et Stéphane Rials, dir, *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{re} éd, Paris, Quadrigue/Lamy-Presses universitaires de France, 2003, *sub verbo* « amnistie » [Alland et Rials]; *Rapport de l'experte indépendante chargée de mettre à jour l'ensemble de principes pour la lutte contre l'impunité*, Diane Orentlicher, Doc off Commission des droits de l'homme NU, 2000, supp n°1, Doc NU E/CN4/2005/102.

¹¹ Frédéric Mégret, « Should Rebels Be Amnestied? » dans Carsten Stahn, Jennifer S Easterday et Jens Iverson, *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 520 à la p 523 [Mégret].

¹² *Official Records 1977, supra* note 9 vol VII à la p 96.

¹³ *Ibid* à la p 97.

¹⁴ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law: Rules*, vol 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 aux pp li-llii [Henckaerts et Doswald-Beck, *Rules*].

¹⁵ *Ibid* à la p 611.

CANI, elles doivent néanmoins envisager cette possibilité.

La présente contribution vise à examiner les raisons d'être de l'article 6(5) *PAII*, et à déterminer si elles sont toujours pertinentes dans le cadre juridique international. Elle se penche à terme sur sa compatibilité avec les préoccupations actuelles, *a priori* contradictoires, en matière de lutte contre le terrorisme.

I. L'article 6(5) *PAII*, quelle raison d'être?

Au cours des négociations de 1974 à 1977 ayant mené à l'adoption des *Protocoles additionnels aux Conventions de Genève*, deux raisons ont justifié l'inclusion de l'article 6(5) *PAII* au sein du protocole consacré à la régulation des conflits armés non internationaux. D'une part, les États souhaitaient favoriser le retour à la paix au terme des conflits armés, et d'autre part ils souhaitaient créer un incitatif au respect du droit international humanitaire par les acteurs armés non étatiques. C'est au développement de ces deux motifs, et à leur pratique de 1977 à aujourd'hui, que les deux prochaines sous-sections se consacreront.

A. Réintégration et réconciliation : le recours aux amnisties pour faciliter un retour à la paix

Selon le Dictionnaire de la culture juridique,

[t]raditionnellement, l'amnistie est une mesure d'apaisement des tensions politiques et sociales, intervenant à la suite d'une période de troubles graves. Le législateur décide ainsi d'oublier les infractions qui ont pu être commises en relation avec le conflit qui existait, de manière à ne pas compromettre le retour à la paix¹⁶.

En effet, les amnisties collectives sont utilisées depuis le 16^e siècle pour faciliter un retour à la paix, et sont, depuis le 17^e siècle, fréquemment destinées aux rebelles, à la condition qu'ils renoncent à l'usage de la force¹⁷.

C'est cette logique qui explique qu'un aussi grand nombre d'amnisties soient accordées, encore aujourd'hui, au terme de conflits armés. Une étude menée par Leslie Vinjamuri et Aaron Boesenecker¹⁸ sur 77 accords de paix conclus entre 1980 et

¹⁶ Alland et Rials, *supra* note 10 à la p 46.

¹⁷ Louis Joinet, Rapporteur spécial, *Étude sur les lois d'amnisties et sur leur rôle dans la protection et la promotion des droits de l'homme*, Doc off CES NU, 38^e sess, Doc NU E/CN.4/Sub.2/1985/16 (1985) aux para 12 et 14.

¹⁸ Leslie Vinjamuri est directrice du *Centre on Conflict, Rights and Justice* et professeure agrégée en relations internationales de l'Université SOAS de Londres et membre associée du programme US & Americas à la Chatham House de Londres; Aaron Boesenecker est assistant professeur à la School of International Service de l'American University of Washington.

2006 indique d'ailleurs que 30 d'entre eux prévoient une amnistie¹⁹. Par ailleurs, selon une autre étude menée par Louise Mallinder²⁰, le nombre de lois d'amnistie adoptées annuellement a enregistré une hausse constante depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale²¹. Cela sans compter les États qui libèrent systématiquement, au terme du conflit armé, des personnes y ayant participé. Selon Sassòli, même si les États ont refusé de transformer une telle pratique en obligation de droit international humanitaire, dans les CANIs atteignant un certain niveau d'intensité, « *governments often do not punish every individual "rebel" captured while carrying his weapon openly, except for acts of terrorism, but rather simply intern him or her*²² ». Dans le même sens, selon le recensement qu'en fait Sivakumaran²³, de telles mesures, sans qu'elles portent le nom d'amnisties, ont été incorporées dans de nombreux accords de paix depuis l'adoption du PAII en 1977, notamment en Ouganda en 1985²⁴, en Bosnie-Herzégovine en 1992²⁵, au Rwanda l'année suivante²⁶, en Sierra Leone en 1996²⁷, au Tchad en 2002²⁸, en Indonésie en 2005²⁹ et à l'est du Soudan en 2006³⁰.

C'est dans cette optique pragmatique de favoriser la réconciliation au terme des CANIs que l'article 6(5) PAII a été rédigé. Cela transparait clairement, notamment dans la déclaration du Zaïre accompagnant son vote :

[o]ur vote for this provision was based largely both on profound humanitarian considerations, and also and above all on national considerations. For we are convinced that in the interests of a young nation's unity, it is essential to establish a climate of understanding, and to

¹⁹ Leslie Vinjamuri et Aaron P Boesenecker, « Accountability and Peace Agreements Mapping Trends from 1980 to 2006 » (2007) Henry Dunant Centre for Humanitarian Dialogue, Rapport, à la p 8.

²⁰ Louise Mallinder est professeure de droit international au Transitional Justice Institute de la Ulster University.

²¹ Louise Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transition*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2008 à la p 19 [Mallinder]. Une telle démonstration s'appuie sur 401 lois d'amnisties « non réparatrices » (c'est-à-dire à l'exclusion des 105 amnisties recensées pour crimes non violents et pour désertion) adoptées entre 1945 et 2005.

²² Marco Sassòli, « Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law » (2010) 1 *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 5 à la p 27 [Sassòli, « Armed groups »]. Voir également Sandesh Sivakumaran, *The Law of non-international armed conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2012 à la p 520 [Sivakumaran]: « *combatant immunity or its functional equivalent is more embedded in the practice of [non-international armed conflict] that the law suggests* ».

²³ Sivakumaran, *ibid* aux pp 516–18. Sandesh Sivakumaran est professeur de droit international public à la faculté de sciences sociales de la University of Nottingham.

²⁴ Ouganda, *Nairobi Peace Agreement*, 17 décembre 1985, art 1(h) (Ouganda).

²⁵ Bosnie-Herzégovine, *Agreement Between the Parties to the Conflict in Bosnia and Herzegovina on the Release and Transfer of Prisoners*, 1er octobre 1992, art 3(1) (Bosnie-Herzégovine).

²⁶ Rwanda, *Peace Agreement Between the Government of the Republic of Rwanda and the Rwandese Patriotic Front*, 3 août 1993, art II(4) (Rwanda).

²⁷ Abidjan, *Abidjan Peace Agreement*, 30 novembre 1996, art 19 (Sierra Leone).

²⁸ Tchad, *Peace Agreement between the Government of the Republic of Chad and the Movement for Democracy and Justice in Chad*, 7 janvier 2002, art 2 (Tchad).

²⁹ Indonésie, *Memorandum of Understanding between the Government of the Republic of Indonesia and the Free Aceh Movement*, 15 août 2005, art 3.1.2 (Indonésie).

³⁰ Soudan, *Agreement to Create a Conducive Atmosphere of Peace Between the Government of Sudan and the Eastern Sudan Front*, 19 juin 2006, art 8(b) (Soudan).

*encourage the widest degree of reconciliation*³¹.

De manière centrale, c'est cette même préoccupation qui ressort du *Commentaire des Protocoles additionnels de juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, qui indique que « [l'] objet de cet alinéa est d'encourager un geste de réconciliation qui contribue à rétablir le cours normal de la vie³² ».

1. AMNISTIES ET RÉCONCILIATION EN PRATIQUE

Concrètement, l'étude de Mallinder, qui porte sur 506 lois d'amnisties adoptées entre 1945 et 2005, note que près de 300 d'entre elles mentionnent expressément qu'elles ont été introduites pour favoriser la paix et la réconciliation³³. À titre d'illustration, l'accord-cadre conclu au Népal en 2006 prévoit que

*[b]oth sides guarantee to withdraw accusations, claims, complaints and cases under consideration leveled against various individuals due to political reasons and immediately make public the state of those imprisoned and immediately release them*³⁴.

De la même manière, l'*Accord n°3 de Maputo sur l'annulation des poursuites et des condamnations prononcées contre des personnalités politiques, civiles ou militaires durant le régime Ravalomanana* à Madagascar prévoit l'annulation des condamnations survenues entre 2002 et 2009 pour « des infractions et faits de nature politique maquillés en infractions de droit commun ou pour atteinte à la sûreté intérieure de l'État³⁵ ». Quant à l'*Accord de San José* conclu au Honduras en 2009, il prévoit, dans des termes similaires, que

*para lograr la reconciliación y fortalecer la democracia en Honduras, solicitamos al Congreso Nacional la declaratoria de una amnistía general, exclusivamente para los delitos políticos cometidos con ocasión de este conflicto*³⁶.

En outre, c'est également en reconnaissant l'impact positif des amnisties sur le retour et la réintégration des personnes déplacées et sur la démobilisation et

³¹ *Official Records 1977*, supra note 9 vol VII à la p 105.

³² Sandoz, Swinarski et Zimmermann, supra note 7 au para 4618.

³³ Mallinder, supra note 21 aux pp 41, 46. Voir également *L'Accord de paix entre le Gouvernement et le Congrès national pour la défense du peuple (CNDP)*, République Démocratique du Congo, 23 mars 2009, art 3.1 [*Accord CNDP*]; San José, *Acuerdo de San José para la reconciliación nacional y el fortalecimiento de la democracia en Honduras*, 22 juillet 2009, art 2(1) (Honduras) [*Acuerdo de San José*]; Madagascar, *Roadmap for Ending the Crisis in Madagascar – Commitments by Malagasy Political Stakeholders*, 13 septembre 2011, art 16 (Madagascar) [*Roadmap Madagascar*].

³⁴ Népal, *Comprehensive Peace Accord signed between Nepal Government and the Communist Party of Nepal (Maoist)*, 22 novembre 2006, art 5.2.7 (Népal).

³⁵ Maputo, *Accord n°3 de Maputo sur l'annulation des poursuites et des condamnations prononcées contre des personnalités politiques, civiles ou militaires durant le régime Ravalomanana*, 11 août 2009, art 1 (Madagascar).

³⁶ *Acuerdo de San José*, supra note 33, art 2(1) (« Pour parvenir à la réconciliation et renforcer la démocratie au Honduras, nous sollicitons le Congrès National pour qu'il déclare une amnistie générale, exclusivement pour les délits politiques commis à l'occasion de ce conflit. ») [Notre traduction.]

l'apaisement des membres des groupes armés que le Secrétariat général de l'Organisation des Nations unies (ONU)³⁷, le Secrétariat général de l'Union européenne³⁸ et le CICR³⁹, notamment, entérinent de telles amnisties et encouragent les autorités à en accorder, au terme des CANIs. Dans la pratique, le bénéfice des amnisties pour la réconciliation nationale est explicitement reconnu dans le manuel militaire néo-zélandais⁴⁰ et dans la loi d'amnistie de 1997 adoptée en Russie au terme du conflit tchétchène⁴¹. Il a également été reconnu par la Cour constitutionnelle colombienne en 1995⁴².

Ainsi, l'objectif premier des amnisties prévues à l'article 6(5) *PAII* à son adoption était de faciliter la réconciliation au terme des CANIs; il appert également qu'un tel dessein a été largement reconnu depuis lors, et que de nombreuses amnisties ont été accordées dans ce but, y compris au cours des années récentes.

B. Un équivalent fonctionnel *a posteriori* du privilège de belligérance : un incitatif au respect du droit international humanitaire

Le second objectif visé par les amnisties envisagées à l'article 6(5) *PAII* est de fournir un incitatif pour le respect du droit international humanitaire, en particulier aux membres des groupes armés, qui ne bénéficient pas, en CANI, d'un privilège de

³⁷ *Rapport complémentaire sur la situation relative aux droits de l'homme en Croatie, présenté en application de la Résolution 1019*, Doc off CS NU, 1996, Doc NU S/1996/109 au para 22; *Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, Doc off CS NU, 2000, UN Doc S/2000/915 au para 22; *Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit : Rapport du Secrétaire général*, Doc off CS NU, 2004, Doc NU S/2004/616 au para 32.

³⁸ Secrétaire général de l'Union européenne, communiqué, CE/0039/09, « Communauté européenne » (8 mars 2002).

³⁹ Michelle Mack, *Increasing Respect for International Humanitarian Law in Non-International Armed Conflicts*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2008 à la p 28.

⁴⁰ « Military Manual, 1992, Nouvelle-Zélande » dans Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law: Practice*, vol 2, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 4017 [Henckaerts et Doswald-Beck, Practice]. Le manuel militaire se lit : « In order to facilitate a return to peaceful conditions, the authorities in power at the end of the hostilities are to endeavour to grant the broadest possible amnesty to those who have participated in the conflict[...] » à la p 4020.

⁴¹ « Law on Amnesty for Acts Committed in the Context of the Conflict in Chechnya, 1997, Russie » dans Henckaerts et Doswald-Beck, Practice, *ibid* [Law on Amnesty Chechnya]. Cette loi d'amnistie vise à « re-enforcing the civil peace and understanding within the Russian Federation » à la p 4025.

⁴² Bogotá, Corte Constitucional, *Sentencia C-225/95*, 1995, (Colombie) au para 42 [*Sentencia C-225/95*]. La Cour constitutionnelle de Colombie a en effet déclaré que « *in internal armed conflicts, however, those who have taken up arms do not in principle enjoy prisoner-of-war status and are consequently subject to penal sanctions imposed by the State, since they are not legally entitled to fight or to take up arms. In so doing they are guilty of an offence, such as rebellion or sedition, which is punishable under domestic legislation. [...] In situations such as those of internal conflict, where those who have taken up arms do not in principle enjoy prisoner-of-war status, it is easy to understand the purpose of a provision designed to ensure that the authorities in power will grant the broadest possible amnesty for reasons related to the conflict, once hostilities are over, as this can pave the way towards national reconciliation* ».

belligérance. De fait, telle que l'analyse des négociations ayant mené à l'adoption des *Conventions de Genève* et des *Protocoles additionnels de 1977* le démontre, l'article 6(5) *PAII* « amounts to something very similar to retrospectively granting a privilege of belligerency⁴³ ». Dès 1949, en effet, certains États envisageaient d'accorder un privilège de belligérance dans les CANIs. Ainsi, la Norvège avait proposé l'inclusion d'une disposition prévoyant que « *[i]n the event of an armed conflict not of an international nature, [...] no person shall be punished merely for having taken part in the war on the one side or on the other*⁴⁴ ». Cette proposition avait été appuyée par le Venezuela et l'Italie⁴⁵, mais le Royaume-Uni⁴⁶, les États-Unis⁴⁷ et la Birmanie⁴⁸, notamment, s'y étaient opposés. La préoccupation d'accorder un certain équivalent du privilège de belligérance en CANI était aussi existante au sein de la communauté internationale avant d'entamer les négociations pour les *Protocoles additionnels*⁴⁹, puis au cours de la Conférence diplomatique de 1974-1977 ayant mené à leur adoption. Un tel souci apparaît en effet clairement dans la suggestion de l'article 10 (devenu l'article 6 *PAII*), aux paragraphes 5 et 6, du CICR⁵⁰ ayant constitué le point de départ des travaux de la Conférence, au sujet de laquelle sa représentante avait commenté :

*The second problem was that of the prosecution of a captive combatant solely by reason of his having taken part in hostilities, and despite the fact that he had respected the provisions of Protocol II. Since Protocol II did not grant prisoner-of-war status to captured combatants, such prosecution was possible [...]. The provisions of article 10 had been based on humanitarian considerations and also on the experience of the ICRC of practice during such conflicts*⁵¹.

Manifestement, l'article 6 *PAII* est donc un compromis entre ceux parmi les États qui souhaitaient accorder un privilège de belligérance aux parties aux CANIs et

⁴³ Mégret, *supra* note 11 à la p 519; voir également Michael Bothe, Karl Josef Partsch et Waldemar A Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 2^e éd, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013 à la p 745; Sivakumaran, *supra* note 22 à la p 520.

⁴⁴ Conférence diplomatique de Genève de 1949, *Final Record*, Genève, 21 avril-12 août 1949, vol II-A à la page 322 [*Final Record 1949*]; voir également vol II-B aux pp 12, 42.

⁴⁵ *Ibid* vol II-B à la p 49.

⁴⁶ *Ibid* vol II-A à la p 322.

⁴⁷ *Ibid* vol II-B à la p 49.

⁴⁸ *Ibid* vol II-B à la p 50.

⁴⁹ *Respect des droits de l'homme en période de conflit armé : Rapport du Secrétaire général*, Doc off AG NU, 25^e session, Doc NU A/8052 (1970) au para 156. Le rapport indique en effet que « *[e]fforts should be pursued towards gradual assimilation [of captured combatants in non-international armed conflict] to prisoners of war under Geneva Convention III* ».

⁵⁰ *Official Records 1977*, *supra* note 9 vol I à la p 36. Les paragraphes 5 et 6 de l'article 10 proposé se lisent ainsi : « 5. *In case of prosecutions carried out against a person only by reason of his having taken part in hostilities, the court, when deciding upon the sentence, shall take into consideration, to the greatest possible extent, the fact that the accused respected the provisions of the present Protocol.* 6. *At the end of hostilities, the authorities shall endeavour to grant amnesty to as many as possible of those who have participated in the armed conflict, in particular those whose liberty has been restricted for reasons in relation to the armed conflict, whether they are interned or detained.* »

⁵¹ *Ibid* vol VIII à la p 368.

ceux qui s'y opposaient⁵².

Or, le fait que les membres des groupes armés ne soient ultimement pas poursuivis pour leur simple participation aux hostilités, mais qu'ils puissent l'être pour la commission de crimes internationaux, en particulier pour les violations du droit international humanitaire, est susceptible de constituer un incitatif au respect de ce dernier⁵³. L'amnistie implique en effet une forme de récompense – ou du moins une absence de punition – pour les personnes s'étant conformées aux règles au cours du conflit armé.

Members of [armed] groups have little legal incentive to comply with international humanitarian law if they are likely to face domestic criminal prosecution for their mere participation in a non-international armed conflict, regardless of whether they respect the law or not. Granting amnesty for merely participating in hostilities, though not in respect of any war crimes and serious violations of human rights law which may have been committed, as envisaged in Additional Protocol II to the Geneva Conventions, may in some circumstances help provide the necessary incentive⁵⁴.

D'ailleurs, dans le cadre d'une étude basée sur les témoignages de membres ou d'anciens membres de près de 60 groupes armés sur quatre continents, et sur une centaine de documents publiés par de tels groupes⁵⁵, Olivier Bangerter liste parmi les raisons invoquées pour le non-respect du droit international humanitaire par les groupes armés le fait pour eux de « n'avoir plus rien à perdre⁵⁶ ». Partant, son étude lui permet d'arriver au constat selon lequel :

Taking a solely repressive approach to armed groups amounts to encouraging them to violate the law. With no alternative for their own protection other than a military victory or a stalemate leading to a political compromise, they will tend to ignore any reasons they might have for respecting the rules of IHL. The repression of war crimes is all too frequently seen solely as a "stick", rather than as a "stick-and-carrot" approach. The threat [...] will be far more effective if it is tied to a potential benefit⁵⁷.

⁵² Mégret, *supra* note 11 à la p 523.

⁵³ Mack, *supra* note 39 à la p 28; Sivakumaran, *supra* note 22 à la p 514; Anne-Marie La Rosa et Carole Wuerzner, « Armed Groups, Sanctions and the Implementation of International Humanitarian Law » (2008) 90:870 RICR 327 à la p 335; Sassòli, « Armed groups », *supra* note 22 aux pp 26–27; François Bugnion, « Jus ad Bellum, Jus in Bello and Non-International Armed Conflicts » (2007) 6 YIHL 2003 167 à la p 191 [Bugnion]; David M. Crane et Daniel Reisner, « Jousting at Windmills » dans William Banks, dir, *New Battlefields/Old Laws: Critical Debate on Asymmetric Warfare*, New York, Columbia University Press, 2011, 67 à la p 81.

⁵⁴ *Rapport du Secrétaire général sur la protection des civils en période de conflit armé*, Doc off CS NU, 2009, Doc NU S/2009/277 au para 44.

⁵⁵ Titulaire d'un doctorat en théologie de l'Université de Genève en Suisse, Olivier Bangerter est chercheur senior au Small Arms Survey à Genève. Il a également travaillé au Comité international de la Croix-Rouge (CICR): Olivier Bangerter, « Reasons Why Armed Groups Choose to Respect International Humanitarian Law or Not » (2011) 93:882 RICR 353 à la p 354 [Bangerter].

⁵⁶ *Ibid* à la p 377.

⁵⁷ *Ibid*.

Il importe toutefois de nuancer la capacité de celles-ci à réellement dissuader les violations du droit international humanitaire. En effet, il faut considérer que de telles amnisties sont accordées au terme des hostilités, précisément pour en favoriser la cessation; l'amnistie n'est donc pas une donnée connue des participants au moment où ils déterminent leur conduite⁵⁸.

Dans tous les cas, si la mise en œuvre de l'article 6(5) *PAII* doit favoriser le respect du droit international humanitaire, cela implique que les violations du droit international doivent être réprimées, et à plus forte raison les violations qui constituent des crimes internationaux. Pourtant l'article 6(5) *PAII* ne précise pas la portée de l'amnistie qu'il encourage, au contraire de la règle coutumière formulée par le CICR qui exclut expressément les amnisties pour crimes de guerre⁵⁹. Cela donne donc lieu à un débat doctrinal⁶⁰ et à un désaccord dans son application⁶¹.

S'il est clair que le droit international pénal n'en était pas au même stade de développement qu'aujourd'hui lors de l'adoption des Protocoles additionnels en 1977⁶² – la communauté internationale n'ayant alors pas formellement reconnu l'existence de crimes de guerre en conflits armés non internationaux⁶³ – il demeure

⁵⁸ Ruys, *supra* note 8 à la p 270.

⁵⁹ Henckaerts et Doswald-Beck, *Rules*, *supra* note 14 à la p 611 (la règle 159 se lit : « *At the end of hostilities, the authorities in power must endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in a non-international armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict, with the exception of persons suspected of, accused of or sentenced for war crimes.* »); Kieran McEvoy et Louise Mallinder, « Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy » (2012) 39:3 *JL&Scty* 410 à la p 419 (s'appuyant sur la Amnesty Law Database, les auteurs affirment que l'existence d'une telle règle coutumière, qui exclurait les crimes internationaux, est loin d'être établie); voir également Charles Garraway, « War Crimes » dans Elizabeth Wilmhurst et Susan Breau, dir, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 377 à la p 394.

⁶⁰ Karen Gallagher, « No justice, No Peace: the Legalities and Realities of Amnesty in Sierra Leone » (2000) 23:1 *Thomas Jefferson L Rev* 149 [Gallagher]; Jessica Gavron, « Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court » (2002) 51:1 *ICLQ* 91 [Gavron]; Konstantinos Salonidis, « Amnesty and Prosecution in Non-International Armed Conflicts » (2010) 1 *Rules and Institutions of International Humanitarian Law Put to the Test of Recent Armed Conflicts* (Michael J Matheson et Djamchid Momtaz, dir) 863 [Salonidis]; Mallinder, *supra* note 21 aux pp 126, 406.

⁶¹ *Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others* [1996] CCT 17/96 (S Afr Const Ct) aux para 30-31; Corte suprema de justicia, 20 mai 1993, *Decision on the Amnesty law Proceedings*, 10-93 (El Salvador); Sala de lo penal de la corte suprema de justitia, San Salvador, 16 août 1995, *Guevara Portillo* (El Salvador) à la p 11; Corte Suprema, Santiago, 26 octobre 1995, *Oswaldo Romo Mena, Recurso de queja Corte suprema Rol No 5.566* (Chili) à la p 12; Corte suprema, 26 octobre 1995, *Barbara Uribe Tamblay et E.F. Van Jurick Rol. Recurso de queja Corte suprema No 5.566* (Chili).

⁶² Salonidis, *supra* note 60 à la p 88; Gavron, *supra* note 60 à la p 102.

⁶³ Statut du Tribunal international pour le Rwanda, Rés CS 955 (1994), Doc off CS NU, 1994, 3453^e séance, annexe, Doc NU S/RES/955, art 6(2) [Statut du TPIR]. Le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda lui accorde juridiction pour juger des crimes de guerre constitués des violations graves de l'article 3 commun aux *Conventions de Genève* et du *Protocole additionnel II* énumérées, à l'article 4. *Le Procureur c Dusko Tadić*, IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (2 octobre 1995) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), (WL). La Chambre d'appel y confirme que des crimes de guerre

que la pratique d'exonérer des personnes de leur responsabilité pénale lors des CANIs pour leur simple participation aux hostilités, mais pas pour les violations du droit international humanitaire, avait déjà cours avant la signature du PAII. En témoignant notamment les jugements rendus par les cours américaines *Wirz*, en 1867⁶⁴, et *Ex parte Mudd*, en 1968⁶⁵, qui reconnaissent le pardon accordé pour le crime de trahison, mais pas pour les violations du droit de la guerre, ainsi que la pratique des forces armées françaises en Algérie, dont la politique était de ne pas poursuivre les prisonniers de l'Armée de libération nationale, sauf lorsque des atrocités étaient commises⁶⁶.

Dans le commentaire de l'article 6(5) PAII rédigé sous l'enseigne du CICR, gardien du droit international humanitaire, il est précisé que « [l]'amnistie relève de la compétence des autorités⁶⁷ », laissant supposer qu'à l'adoption du PAII, celui-ci considérait que les États disposaient de toute latitude dans la portée de leur amnistie. Toutefois, une lettre officielle de l'ex-chef de la division juridique Toni Pfanner envoyée en 1977 précise que l'article 6(5) PAII prévoit l'octroi d'amnisties seulement dans la mesure du respect du droit international humanitaire :

Article 6(5) of Protocol II is the only and very limited equivalent in the law of non-international armed conflict of what is known in the law of international armed conflict as "combatant immunity", i.e., the fact that a combatant may not be punished for acts of hostility, including killing enemy combatants, as long as he respected international humanitarian law, and that he has to be repatriated at the end of active hostilities. In non-international armed conflicts, no such principle exists, and those who fight may be punished, under national legislation, for the mere fact of having fought, even if they respected international humanitarian law. The "travaux préparatoires" of [article] 6(5) indicate that this provision aims at encouraging amnesty, i.e., a sort of release at the end of hostilities, for those detained or punished for the mere fact of having participated in hostilities. It does not aim at an amnesty for those having violated international humanitarian law⁶⁸.

Partant d'une telle lecture, selon laquelle la finalité de l'article 6(5) PAII est précisément de distinguer entre ceux qui ont respecté le droit international

peuvent également être constitués en CANI, au para 93. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3, 37 ILM 1002 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002). Le *Statut de Rome* codifie des violations graves de l'article 3 commun aux *Conventions de Genève* ainsi que d'autres violations graves des lois et coutumes de guerre applicable aux CANIs comme des crimes de guerre sur lesquels la Cour pénale internationale a juridiction, aux articles 8(2)(c) et 8(2)(e).

⁶⁴ É-U, *Trial of Henry Wirz*, 40^e Cong, 2^e sess, 1867, à la p 15.

⁶⁵ *Ex parte Mudd*, 17 Fed Case Reporter 954 (D Florida 1868).

⁶⁶ Bugnion, *supra* note 53 à la p 195.

⁶⁷ Sandoz, Swinarski et Zimmermann, *supra* note 7 au para 4617.

⁶⁸ Lettre de Dr. Toni Pfanner, Chef de la division juridique, Comité international de la Croix-Rouge, à Naomi Roht-Arriaza et Douglass Cassel (15 avril 1977) dans Douglass Cassel, « Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities » (1996) 59 *Law & Contemp Probs* 197 à la p 218. C'est également l'interprétation tirée de la règle coutumière correspondante par le CICR, dans son étude sur le droit international humanitaire coutumier : Henckaerts et Doswald-Beck, *Rules*, *supra* note 14 à la p 611.

humanitaire au cours du conflit et ceux qui l'ont violé⁶⁹, il serait illogique de s'appuyer sur cette disposition pour accorder ou légitimer des amnisties pour crimes internationaux.

Plus encore, considérer que les amnisties prévues à l'article 6(5) *PAII* englobent les crimes internationaux fait fi du contexte des négociations ayant eu cours à la Conférence diplomatique de 1974-1977, et même de celles de 1949 ayant abouti à l'adoption des *Conventions de Genève*⁷⁰. En effet, comme nous l'avons vu, un examen attentif de celles-ci permet de constater que l'article 6(5) *PAII* s'est dessiné dans l'optique de parvenir à un compromis entre les États souhaitant accorder un privilège de belligérance dans les CANIs et ceux s'y opposant. Or, ce privilège accordé aux combattants en conflit armé international, s'il n'entrave en aucun cas leur poursuite pour crimes de guerre,

leur accorde toutefois une immunité contre les poursuites en vertu de la législation nationale pour des actes qui, bien qu'en conformité avec le [droit international humanitaire], peuvent constituer des délits au regard du droit pénal national des parties au conflit⁷¹.

Une telle immunité découle du droit des combattants « de participer directement aux hostilités⁷² », une prérogative dont les personnes activement engagées dans les hostilités ou les membres des groupes armés en CANI ne bénéficient pas⁷³. Si l'amnistie prévue à l'article 6(5) *PAII* y a été intégrée dans l'optique d'accorder un équivalent *a posteriori* de cette immunité à ces derniers⁷⁴, cela doit nécessairement être tenu en compte dans l'interprétation de cette disposition. À ce titre, au cours des travaux préparatoires du *PAII*, la Suède a proposé de codifier directement dans le texte l'exclusion des violations du *PAII* de l'amnistie prévue à l'article 6(5)⁷⁵. De son côté, l'URSS a simplement rappelé, au sujet de ce qui est devenu l'article 6, que celui-ci « *could not be construed as enabling war criminals, or those guilty of crimes against peace and humanity, to evade severe punishment in any circumstances whatsoever*⁷⁶ ».

Finalement, une interprétation de l'article 6(5) *PAII* comme visant les amnisties pour crimes internationaux fait également fi du cadre conventionnel duquel

⁶⁹ Bugnion, *supra* note 53 à la p 196.

⁷⁰ Sivakumaran, *supra* note 22 à la p 513; Naomi Roht-Arriaza et Lauren Gibson, « The Developing Jurisprudence on Amnesty » (1998) 20 Hum Rts Q 843.

⁷¹ Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2010 à la p 86 [Melzer].

⁷² *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 8 juin 1977, 1125 RTNU 3 art 43(2) (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) [*PAI*].

⁷³ Voir notamment Melzer, *supra* note 71 aux pp 86–87.

⁷⁴ Sivakumaran, *supra* note 22 à la p 520.

⁷⁵ *Official Records 1977*, *supra* note 9 vol IV à la p 35.

⁷⁶ *Ibid* vol IX à la p 319; voir également vol IV à la p 34 (déclaration conjointe de la Bulgarie, la Biélorussie, Cuba, la Tchécoslovaquie, du Viet-Nam, la République démocratique allemande, la Hongrie, la Mongolie, la Pologne, l'Ukraine et l'URSS); *Final Record 1949*, vol II-B, *supra* note 44 à la p 49 (l'Italie « *was of the opinion that the Norwegian amendment should be completed to enable the repression of acts which, under international law were considered as war crimes* »).

cet article est issu⁷⁷. Elle en revient à un raisonnement paradoxal selon lequel les États ayant codifié des règles dans le PAII pour « assurer une meilleure protection aux victimes [des CANIs]⁷⁸ » auraient également prévu une amnistie au sein même de cet instrument pour que les responsables des violations graves de ces règles n'en soient pas tenus pénalement responsables. Tel que le font valoir Roht-Arriaza et Gibson,

[a]llowing amnesties which prevent prosecution for all human rights abuses during a non-international armed conflict is contrary to the stated goal of the Protocol: to ensure more protection for victims. If the possibility of prosecution is removed, victims are left with even less than what was guaranteed under the Geneva Conventions of 1949⁷⁹.

Inclure les crimes internationaux au sein de l'article 6(5) PAII signifierait en effet que celui-ci est en violation de l'objectif principal du traité au sein duquel il se trouve⁸⁰. Une telle lecture se trouverait par conséquent en contradiction avec les règles fondamentales d'interprétation des traités selon lesquelles « [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but⁸¹ ».

D'ailleurs la Commission interaméricaine des droits de l'homme⁸², à l'instar de la Cour constitutionnelle de la Colombie⁸³, ainsi que le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies⁸⁴ ont expressément conclu que cette disposition n'englobe pas les amnisties pour les crimes internationaux. Ces organes appuient une telle conclusion en se basant principalement sur l'objet du traité lui-même et sur ses travaux préparatoires, puis sur son interprétation par le CICR. Il en est de même de l'interprétation de l'article 6(5) PAII du juge Robertson du Tribunal spécial pour la Sierra Leone:

[a]lthough "broadest possible amnesty" would seem to apply to all crimes, it is plain from the context (Section 6 of Protocol II provides minimum standards for war crimes prosecutions) that it is not intended to encourage amnesties which would infringe international law, such as unilateral pardons for crimes (e.g. genocide) which the state is under a compelling duty to prosecute⁸⁵.

⁷⁷ Mack, *supra* note 39 à la p 28; Vera Vriezen, *Amnesty Justified? The need for a case by case approach in the interests of human rights*, Nijmegen, WLP, 2011 à la p 98.

⁷⁸ PAII, *supra* note 2 au préambule para 3.

⁷⁹ Roht-Arriaza et Gibson, *supra* note 70 à la p 865.

⁸⁰ Yasmin Naqvi, « Amnesty for War Crimes: Defining the Limits of International Recognition » (2003) 85:1 RICR 583 à la p 604.

⁸¹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 art 31(1) (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

⁸² *Lucio Parada Cae & ors* (1999), Inter-Am Comm HR, No 10/480, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1999-1999*, au para 115-16; *Third Report on the Human Rights Situation in Colombia* (1999), Inter-Am Comm HR, No 9 rev.1, OEA/Ser.L/V/II.102 au para 345.

⁸³ *Sentencia C-225/95*, *supra* note 42.

⁸⁴ *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 40 du Pacte - Observations finales du Comité des droits de l'homme : Liban*, Doc off CCPR NU, Supp n°78, Doc NU CCPR/C/79 au para 12.

⁸⁵ *Prosecutor v Allieu Kondewa*, SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Lack of Jurisdiction/Abuse of Process : Amnesty Provided by the Lomé Accord (25 mai 2004), Opinion séparée du juge Robertson au para 32 (Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel), en ligne : TSSL <rscsl.org>.

Ainsi, si le second but de l'article 6(5) *PAII* est de favoriser le respect du droit international humanitaire par les membres des groupes armés, comme cela a formellement été reconnu lors de son adoption, c'est qu'il encourage les amnisties pour la simple participation aux hostilités, à l'exclusion des violations du droit international humanitaire.

1. AMNISTIES POUR SIMPLE PARTICIPATION AUX HOSTILITÉS EN PRATIQUE

Une partie de la pratique internationale depuis 1977 correspond à l'article 6(5) *PAII*, en ce qu'elle accorde des amnisties pour simple participation aux hostilités au terme du conflit.

Tout d'abord, du côté de l'ONU, si elle avait régulièrement collaboré à la conclusion et à l'établissement d'amnisties pour crimes internationaux avant 1999, pour la première fois à l'occasion de la signature de l'*Accord de paix de Lomé* pour la Sierra Leone, le secrétaire général de l'ONU a émis une réserve selon laquelle l'amnistie contenue dans celui-ci ne pouvait inclure des crimes internationaux⁸⁶. Depuis lors, l'ONU s'oppose systématiquement aux amnisties couvrant les crimes internationaux⁸⁷.

Pour ce qui est des États, parmi les 506 lois d'amnistie entérinées entre 1945 et 2005 et cataloguées par l'étude de Mallinder, un peu plus de 450 étaient destinées aux opposants de l'État⁸⁸ et environ le même nombre d'entre elles visait les crimes politiques⁸⁹, incluant la trahison, la sédition, la subversion et la rébellion⁹⁰. En outre, parmi l'ensemble des amnisties analysées dans le cadre de cette même étude, seuls 19 % incluait explicitement les crimes internationaux⁹¹. Toutefois, à l'inverse, la même proportion d'entre elles excluait explicitement de tels crimes du bénéfice des lois d'amnistie⁹². Or, depuis l'*Accord de paix de Lomé* de 1999 en Sierra Leone ayant marqué la fin de la reconnaissance par l'ONU des amnisties pour crimes internationaux, l'étude recense 34 lois d'amnistie qui excluent les crimes internationaux, contre 28 qui ne les excluent pas⁹³. Certaines amnisties seront ici citées chronologiquement, afin d'appuyer l'illustration de la pratique des États dans leur mise en œuvre de l'article 6(5) *PAII*.

⁸⁶ *Septième rapport du Secrétaire général sur la mission d'observation des Nations Unies en Sierra Leone*, Doc off CS NU, 1999, Doc NU S/1999/836 au para 54.

⁸⁷ Carsten Stahn, « United Nations Peace-Building, Amnesties and Alternative Forms of Justice: A Change in Practice? » (2002) 84:845 RICR 191 aux pp 197-99.

⁸⁸ *Ibid* aux pp 84, 87 (les 450 amnisties comprennent 343 amnisties destinées seulement aux opposants de l'État, et 120 amnisties mutuelles).

⁸⁹ *Ibid* à la p 121.

⁹⁰ *Ibid* à la p 136.

⁹¹ *Ibid* à la p 123 (les crimes internationaux sont considérés par l'auteur de l'étude citée comme comprenant les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, les crimes de génocide, les disparitions forcées et les actes de torture).

⁹² *Ibid*.

⁹³ *Ibid* à la p 122.

Pour débiter, l'amnistie décrétée en 1991 en Colombie stipule :

The National Government can grant, in every particular case, the benefits of a pardon or an amnesty [to Colombian nationals] for offences or acts which constitute crimes of rebellion, sedition, putsch, conspiracy and related acts, committed before the promulgation of the [Constitution], when, in its opinion, the guerrilla group of which the person asking for [the pardon or amnesty] is a member has demonstrated its intention to reintegrate into civil life. [...] The benefits provided for in this decree can neither be granted with respect to atrocities nor with respect to murder committed outside a situation of combat or in taking advantage of the defenselessness of the victim⁹⁴.

De son côté, la loi adoptée en Argentine en 1993 prévoit l'annulation des sentences pour les activités sociales, politiques, syndicales ou étudiantes ainsi que pour les actes commis par des civils et poursuivis par des commandants ou des tribunaux militaires⁹⁵. De même, un accord conclu au terme du conflit en Géorgie un an plus tard prévoit que

Displaced persons/refugees shall have the right to return peacefully without risk of arrest, detention, imprisonment or legal criminal proceedings. Such immunity shall not apply to persons where there are serious evidences that they have committed war crimes and crimes against humanity as defined in international instruments and international practice as well as serious non-political crimes committed in the context of the conflict. Such immunity shall also not apply to persons who have previously taken part in the hostilities and are currently serving in armed formations, preparing to fight in Abkhazia⁹⁶.

Pour ce qui est de l'Accord pour le retour des réfugiés et des personnes déplacées annexé aux Accords de Dayton de 1995, il prévoit une amnistie pour les crimes liés au conflit, à l'exception des crimes de guerre codifiés dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie⁹⁷. Quant aux deux lois d'amnisties adoptées en Bosnie-Herzégovine à la même époque, la première s'applique à la possession illégale d'armes ou d'explosifs et à la commission d'actes criminels contre les forces armées⁹⁸, et la seconde concerne :

any criminal act stipulated in appropriate criminal laws that were applied in the territory of the Federation of Bosnia and Herzegovina [...], except for criminal acts against humanity and international law as stipulated in Section XVI of the [Criminal Code] of the SFRY that has been taken over, and following criminal acts: murder, rape, criminal acts against a person's

⁹⁴ « Amnesty Decree », Colombie, 1991, art 1 dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Practice*, supra note 40 à la p 4023.

⁹⁵ « Amnesty Law », Argentine, 1973, art 1 et 5 dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Practice*, *ibid* à la p 4021.

⁹⁶ « Quadripartite Agreement on Georgian Refugees and IDPs », 1994, Géorgie, art 3(c) dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Practice*, *ibid* à la p 4017.

⁹⁷ « Agreement on Refugees and Displaced Persons annexed to the Dayton Accords », 1995, Yougoslavie, art VI dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Practice*, *ibid*.

⁹⁸ « Amnesty Law as amended », 1996, Bosnie Herzégovine, art 1 dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Practice*, *ibid* à la p 4022.

*dignity and moral, as well as serious cases of robbery*⁹⁹.

De même, la loi d'amnistie adoptée en 1996 en Croatie s'applique aux actes commis au cours du conflit armé et en lien avec celui-ci, à l'exception des actes de génocide et des crimes de guerre¹⁰⁰.

De son côté, la loi d'amnistie russe de 1997, qui est destinée aux personnes ayant commis des « actes socialement dangereux » en lien avec le conflit en Tchétchénie, exclut certains crimes, dont le vol, le meurtre, le viol, l'enlèvement et le terrorisme¹⁰¹. Le *Protocole sur les réfugiés tadjiks* adopté au terme du conflit au Tadjikistan en 1997, pour sa part, contient également une amnistie pour les personnes qui ont participé à la confrontation politique et aux hostilités, en conformité avec les lois en vigueur dans le pays¹⁰². Puis, la *Loi sur la réconciliation nationale* de 1999 en Algérie prévoit que toutes les personnes n'ayant pas commis d'actes terroristes ou subversifs ayant mené à la mort, à un handicap permanent, au viol ou qui n'ont pas fait usage d'explosifs dans des lieux publics, peuvent bénéficier d'une amnistie¹⁰³.

Plus récemment, l'*Accord politique de Ouagadougou* de 2007 au sujet du conflit en Côte d'Ivoire prévoit l'adoption d'une loi d'amnistie qui couvre

les crimes et délits relatifs aux atteintes à la sûreté de l'État liés aux troubles qui ont secoué la Côte d'Ivoire et commis entre le 17 septembre 2008 et l'entrée en vigueur du présent Accord, à l'exclusion des crimes économiques, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité¹⁰⁴.

En République centrafricaine, l'accord de paix de 2008 entre le gouvernement, l'Armée pour la restauration de la République et de la démocratie (APRD), la Force démocratique pour le peuple centrafricain (FDPC) et l'Union des forces démocratiques pour l'unité UFDR) déclare :

[l]a promulgation d'une loi d'amnistie générale à l'endroit des militaires, des combattants et des civils des mouvements politico-militaire [sic] APRD, FDPC, et UFDR pour des crimes et délits poursuivis devant des juridictions nationales centrafricaines à l'exception des crimes relevant de la compétence de la Cour Pénale Internationale¹⁰⁵.

⁹⁹ « Law on Amnesty », 1999, Bosnie Herzégovine, art 1 dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Practice, ibid.*

¹⁰⁰ « General Amnesty Law », 1996, Croatie, art 1 et 3 dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Practice, ibid* à la p 4023.

¹⁰¹ « Law on Amnesty Chechnya », art 4 dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Practice, ibid* à la p 4025.

¹⁰² « Protocol on Tajik Refugees, forming part of the 1997 General Agreement on the Establishment of Peace and National Accord in Tajikistan », 1997, Tadjikistan, au para 2 dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Practice, ibid* à la p 4019; Tadjikistan, General Amnesty Law, 1998, Tadjikistan, arts 1, 6 et 8(b)(c) (cette loi d'amnistie adoptée à la suite de l'*Accord de 1987*, exclut en effet les actes de pillage, les crimes commis contre les civils dans les zones de conflit, le meurtre, le viol, l'enlèvement et le terrorisme, *ibid* à la p 4026).

¹⁰³ « Law on National Reconciliation », 1999, Algérie, art 3 dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Practice, ibid* à la p 4021.

¹⁰⁴ Ouagadougou, 4 avril 2007, *Accord politique de Ouagadougou*, art 6(3) (Côte d'Ivoire).

¹⁰⁵ République centrafricaine, 21 juin 2008, *Accord de paix global entre le Gouvernement de la République centrafricaine et les mouvements politico-militaires APRD, FDPC, UFDR*, art 2 (République centrafricaine).

Puis, au Soudan, un accord conclu la même année accorde une amnistie aux membres du Mouvement justice et égalité (JEM), en conformité avec l'article 60 du *Document de Doha pour la paix au Darfour*¹⁰⁶, prévoyait qu'aucune amnistie ne pouvait être accordée pour « *war crimes, crimes against humanity, crimes of genocide, crimes of sexual violence, and gross violations of human rights and humanitarian law*¹⁰⁷ ».

Pour ce qui est de la République démocratique du Congo, les actes d'engagement pour le Nord Kivu et pour le Sud Kivu, adoptés tous deux en 2008, prévoient « la libération des personnes détenues ou prises en otage pour délit d'opinion ou d'appartenance aux organisations insurrectionnelles¹⁰⁸ », tout en rappelant que ces accords doivent être appliqués selon une « observation stricte des règles du droit international humanitaire et des droits de l'Homme¹⁰⁹ ». Ces accords précisent également que

[]e Gouvernement de la République Démocratique du Congo [...] s'engage [...] à présenter au Parlement un projet de Loi d'amnistie pour faits de guerre et insurrectionnels couvrant la période de juin 2003 à la date de promulgation de la Loi, en ce non compris les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide¹¹⁰.

En outre, la *Charte de la transition*, adoptée à Madagascar en 2009, met fin aux poursuites et annule les condamnations¹¹¹ des personnes ayant rempli des fonctions étatiques ou ayant détenu des responsabilités politiques au sein de l'opposition¹¹², en excluant expressément les crimes internationaux¹¹³. Dans la même lignée, la « Feuille de route pour mettre fin à la crise », adoptée deux ans plus tard à Madagascar concède que soient interrompues les poursuites judiciaires contre les membres de l'opposition « *that appear to be politically motivated*¹¹⁴ », précisant néanmoins que

[t]hose confidence-building measures should not cover judicial proceedings related to crimes against humanity, war crimes, genocide and gross violations of human rights and fundamental freedoms¹¹⁵.

En 2009, l'*Accord de paix entre le Gouvernement de la République démocratique du Congo et le Congrès national pour la défense du peuple* (CNDP) déclare, après deux rappels de l'inaliénabilité et de la nécessité du strict respect du

¹⁰⁶ Darfour, 13 avril 2013, *Agreement between the Government of Sudan and the Justice and Equality Movement-Sudan on the Basis of the Doha Document for Peace in Darfur*, art 24 (Soudan).

¹⁰⁷ Darfour, 5 mai 2006, *Doha Document for Peace in Darfur*, art 60, au para 330 (Soudan).

¹⁰⁸ Kivu-Nord, 23 janvier 2008, *Acte d'engagement-Nord Kivu*, art III (République Démocratique du Congo); Kivu-Sud, 23 janvier 2008, *Acte d'engagement- Sud Kivu*, art III (République Démocratique du Congo).

¹⁰⁹ *Acte d'engagement-Nord Kivu*, *ibid*, art III; *Acte d'engagement-Sud Kivu*, *ibid*, art III.

¹¹⁰ *Acte d'engagement-Nord Kivu*, *ibid*, art IV; *Acte d'engagement-Sud Kivu*, *ibid*, art IV.

¹¹¹ Madagascar, *Charte de la transition*, 9 août 2009, art 26 (Madagascar).

¹¹² *Ibid*, art 28.

¹¹³ *Ibid*, art 25.

¹¹⁴ Roadmap Madagascar, *supra* note 33 art 16.

¹¹⁵ *Ibid*, art 16.

droit international humanitaire et des droits humains dans le préambule¹¹⁶, qu'« [e]n vue de faciliter la réconciliation nationale, le Gouvernement s'engage à promulguer une loi d'amnistie couvrant la période allant de juin 2003 à la date de sa promulgation, et ce conformément au droit international¹¹⁷ ». Finalement, les onze points sur lesquels le gouvernement et le M23 se sont entendus au cours du Dialogue de Kampala en 2013 comprennent une amnistie au bénéfice des membres du groupe armé M23, mais seulement « *for acts of war and insurgency*¹¹⁸ ».

De manière plus générale, le manuel canadien sur le droit des conflits armés¹¹⁹ et le manuel militaire de la Nouvelle-Zélande contiennent la transcription exacte de l'article 6(5) *PAII*, le second précisant par ailleurs qu'une telle amnistie inclut le crime de trahison, mais exclut les crimes de droit commun, y compris le meurtre¹²⁰.

Néanmoins, un nombre substantiel d'amnisties post-conflit récentes incluent une amnistie pour des crimes internationaux¹²¹. Si la validité de telles amnisties en droit international fait débat, le présent article considère qu'elles ne s'inscrivent pas dans l'esprit de l'article 6(5) *PAII*, et ne peuvent par conséquent pas être considérées dans l'examen de sa mise en œuvre.

II. L'article 6(5) *PAII* : et les terroristes?

La précédente section s'est attardée à rappeler les raisons qui justifient l'existence de l'article 6(5) *PAII*, qui, selon notre compréhension, encourage les États à accorder des amnisties au terme des CANIs, pour la simple participation aux hostilités des membres des groupes armés, à l'exclusion des crimes internationaux et des violations du DIH. Si de telles amnisties constituent toujours une pratique répandue, elles n'ont toutefois pas de valeur normative en matière de classification des groupes sur une échelle de nuisibilité. Elles sont plutôt un outil pragmatique pour la paix, d'une part pour favoriser la réconciliation, ensuite pour favoriser le respect du droit international humanitaire par les membres des groupes armés pendant le conflit.

¹¹⁶ *Accord CNDP*, *supra* note 33 au préambule et paras 5(d), 7.

¹¹⁷ *Ibid*, art 3.1.

¹¹⁸ République démocratique du Congo, 21 décembre 2013, *Outcome Documents from the Conclusion of the Kampala Dialogue between the Government of the Democratic Republic of the Congo and the M23*, art 4(ii) (République démocratique du Congo).

¹¹⁹ *Law of Armed Conflict Manual*, 1999, Canada à la p 17-4, au para 31 dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Practice*, *supra* note 40 à la p 4020.

¹²⁰ *Military Manual*, *supra* note 40 au para 1816 dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Practice*, *ibid* à la p 4020.

¹²¹ *Esquipulas II Accords*, 1987, El Salvador, art 1(b), dans Henckaerts et Doswald-Beck, *Practice*, *ibid* à la p 4017; *Cotonou Agreement on Liberia*, 1993, Libéria, art 19, *ibid* à la p 4018; *General Amnesty Proclamation Order concerning Sudan, annexed to the 1997 Sudan Peace Agreement*, 1997, Soudan, préambule et arts 1-2, *ibid* à la p 4018; *Peace Agreement between the Government of Sierra Leone and the RUF [Accord de Lomé, 1999, Sierra Leone, art IX]*, *ibid* à la p 4020; *Law on Amnesty as amended*, 1996, Bosnia and Herzegovina-Republika Srpska, art 1, *ibid* à la p 4022; *Decree-Law on General Amnesty*, 1978, Chili, art 1, *ibid* à la p 4023; *Promotion of National Unity and Reconciliation Act*, 1995, Afrique du Sud, art 4(c), *ibid* à la p 4026.

Les amnisties post-conflit, à l'ère où les mesures contre-terroristes s'imposent de plus en plus comme solution pour la marginalisation des groupes armés et de leurs membres, semblent constituer des anachronismes. En effet, quelle différence fait-on entre membres des groupes armés, avec qui l'on doit arriver à conclure la paix, et terroristes, dont l'action s'oppose à tout ce que nos sociétés chérissent, et que l'on cherche à affaiblir à tout prix? L'octroi d'amnisties pour les premiers, conformément à l'article 6(5) *PAII* ne s'oppose-t-elle pas à la logique contre-terroriste, dominante en ce XXI^e siècle?

En fait, les personnes ciblées par les mesures contre-terroristes prises ou renforcées au sein des États et des organisations internationales sont en grande partie précisément les personnes s'opposant à l'État dans le cadre de conflits armés non internationaux, visées par l'article 6(5) *PAII*. Celles-ci sont désignées comme terroristes, et réprimées, notamment par la voie pénale, peu importe que leur conduite ait ou non respecté le droit international humanitaire¹²² et, dans certains cas, sans qu'ils n'aient même nécessairement commis d'actions violentes¹²³. Ainsi, l'enjeu fondamental, quand il est question de terrorisme, est toujours sa définition. En l'absence de définition claire et consensuelle du terrorisme, la qualification des groupes et des personnes comme terroristes est le plus souvent soumise à une part de subjectivité et à des considérations politiques¹²⁴ : qui détermine, et selon quels critères, si le Hamas est un groupe terroriste? Les FARC? L'Irish Republican Army (IRA)? Le Umkhonto we Sizwe (MK) de Nelson Mandela?

Pour éviter ces débats et afin que l'esprit de l'article 6(5) *PAII* et les mesures contre-terroristes deviennent davantage compatibles, il est ici avancé que de telles mesures devraient être basées sur une définition uniforme du terrorisme dont est exclu tout acte conforme au droit international humanitaire commis au cours d'un conflit armé. Cela permettrait de préserver les bénéfices de l'amnistie qui ont donné lieu à l'inclusion de l'article 6(5) dans le *PAII*, à savoir l'incitatif pour le respect du droit international humanitaire et la réconciliation au terme du conflit armé. D'un autre côté, un tel compromis permettrait également aux mesures contre-terroristes d'être plus facilement applicables par les États aux prises avec un conflit armé, car le risque que leur mise en œuvre menace le processus de paix serait alors moins élevé.

¹²² *PAI*, *supra* note 72, art 51(2); *PAII*, *supra* note 2, art 13(2).

¹²³ Voir notamment le cas Hamdan devant les commissions militaires américaines, celui-ci ayant été poursuivi et acquitté pour support matériel au terrorisme pour avoir été le présumé chauffeur d'Oussama Ben Laden. Voir également la loi anti-terroriste turque, dont la définition du terroriste ne repose que sur l'appartenance à un groupe considéré comme terroriste, sans qu'un acte criminel supplémentaire ne soit nécessaire pour la constitution de ce crime. Turquie, 1991, *Law on Fight Against Terrorism of Turkey Act as last amended in 2010*, Nr. 3713, art 2 (Turquie). Finalement, voir la liste consolidée des sanctions du Conseil de sécurité des Nations unies, sur laquelle a été inscrit, à l'instigation de la Chine, Abdul Haq pour avoir recruté des membres et levé des fonds pour la Xinjiang Uighur Autonomous Region; « Liste récapitulative des sanctions du Conseil de sécurité des Nations Unies », *Conseil de Sécurité des Nations Unies*, en ligne : <un.org/sc/suborg/fr/sanctions/un-sc-consolidated-list> [Liste de sanctions CSNU].

¹²⁴ Maurice Weyemberg, « Le terrorisme et les droits fondamentaux de la personne. Le problème » dans Emmanuele Bribosia et Anne Weyembergh, éd, *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002 aux pp 11–35; Ben Saul, *Defining Terrorism in International Law*, New York, Oxford University Press, 2006.