



HAL
open science

La condamnation à mort par des entités non étatiques. Réflexions sur les garanties procédurales envisageables

Mihaela Anca Ailincăi

► To cite this version:

Mihaela Anca Ailincăi. La condamnation à mort par des entités non étatiques. Réflexions sur les garanties procédurales envisageables. Anca Ailincăi; Charlotte Piveteau; Nordine Drici. Peine de mort et droits de l'homme : pour des standards internationaux de protection spécifiques aux personnes passibles de la peine de mort ou condamnées à mort, Éditions A. Pedone, pp.159-186, 2024, 978-2-233-01059-9. halshs-04481729

HAL Id: halshs-04481729

<https://shs.hal.science/halshs-04481729>

Submitted on 28 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La condamnation à mort par des entités non étatiques *Réflexions sur les garanties procédurales envisageables*

Anca AILINCAI

Professeure de droit public, Université Grenoble-Alpes, membre du Centre de recherches juridiques (CRJ)

La condamnation à mort relève en principe du monopole des Etats car l'administration de la justice pénale est un domaine emblématique de la souveraineté de l'Etat. Pourtant, il arrive que l'exclusivité de la compétence pénale de l'Etat soit concurrencée par des entités non étatiques, qui exercent de leur propre initiative - et évidemment sans le consentement de l'Etat territorial - certaines des fonctions étatiques, dont l'administration de la justice pénale. Les entités dont il est question peuvent être des groupes armés insurgés ou sécessionnistes, souvent qualifiés de terroristes. Lorsque ces groupes armés sont plus structurés et acquièrent un contrôle de fait sur une portion de territoire, il est possible de les qualifier de régimes *de facto*, d'entités para-étatiques ou de quasi-Etats. Lorsqu'ils ont de surcroît une revendication étatique, c'est-à-dire la prétention inassouvie de devenir de véritables Etats, ils peuvent être qualifiés d'entités étatiques contestées, d'autorités auto-proclamées ou d'Etats non reconnus¹.

Ces entités non étatiques recourent parfois à la peine de mort : elles peuvent condamner à mort et même procéder à des exécutions. A dire vrai, il s'agit le plus souvent d'exécutions sommaires ou extra-judiciaires, définies ici comme le fait de priver arbitrairement une personne de sa vie, en l'absence de toute sentence préalablement prononcée par un tribunal². En l'absence de condamnation judiciaire, il serait excessif de considérer qu'il s'agit de condamnations à mort, si bien que ces hypothèses sont exclues du champ de l'étude. Mais il arrive aussi que l'exécution soit précédée d'une sentence prononcée dans un cadre pseudo-légal par une « juridiction » non étatique, auquel cas il s'agit de condamnations à mort quasi-judiciaires ou de condamnations à mort par des entités non étatiques. Pour ne citer qu'un exemple à ce stade, au Somaliland³, des organisations non gouvernementales rapportent que six hommes condamnés à mort pour meurtre et terrorisme ont été exécutés par peloton d'exécution le 15 janvier 2020. Six exécutions capitales avaient déjà été rapportées au Somaliland en 2016⁴.

¹ Pour un panorama des différentes appellations, voir A. CULLEN, S. WHEATLEY, « The Human Rights of Individuals in *De Facto* Regimes under the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2013, vol. 13, pp. 694-695.

² Sur les difficultés et débats au sujet de la définition de ces termes, voir Human Rights Council, Extrajudicial, summary or arbitrary executions, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, A/HRC/47/33, 7 June 2021, par. 5-12.

³ La République du Somaliland a proclamé son indépendance de la Somalie en 1991. Voir M. SCHOISWOHL, *Status and (Human Rights) Obligations of Non-Recognized De Facto Regimes in International Law : The Case of 'Somaliland'. The Resurrection of Somaliland Against All International 'Odds' : State Collapse, Secession, Non-Recognition and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, 345 p.

⁴ Voir le décompte ici : <https://www.peinedemort.org/zonegeo/SOM/Somalie#points-marquants>. La Somalie n'a pas aboli elle-même la peine de mort et continue de procéder à des exécutions « in the most serious cases ». Voir Human Rights Committee, Initial report submitted by Somalia under article 40 of the Covenant pursuant to the optional reporting procedure, CCPR/C/SOM/1, 20 January 2021, par. 122-124.

Les condamnations à mort ne sont pas illégales en elles-mêmes. En effet, à l'exception des règles spécifiques applicables sur le continent européen, le droit international n'interdit pas la peine de mort de façon absolue. Il tente en revanche d'en restreindre l'usage à des situations exceptionnelles et de fixer des garanties procédurales minimales applicables à la condamnation à mort. Le sujet fait l'objet d'un réseau assez dense de normes, qui relèvent tant du droit international des droits de l'homme que du droit international humanitaire. Chacune de ces branches du droit a un champ d'application spécifique et offre des garanties d'intensité variable.

Les normes les plus anciennes, mais aussi les moins exigeantes, sont celles qui relèvent du droit international humanitaire. Cette branche du droit est très fragmentée, si bien que les règles applicables diffèrent selon la situation considérée⁵. Il existe des règles limitant l'usage de la peine de mort à l'égard des prisonniers de guerre⁶ ou à l'égard de la population civile⁷. En tant qu'elles sont édictées par les troisième et quatrième conventions de Genève, ces règles s'appliquent aux seules condamnations à mort prononcées par les Etats parties dans le contexte d'un conflit armé international ou d'une situation d'occupation. Le propos sera ici focalisé sur les seules règles applicables aux conflits armés non internationaux, voire aux situations de troubles ou de tensions internes, puisque c'est dans ce contexte que des entités non étatiques peuvent condamner à mort. Les normes applicables dans ces hypothèses imposent des obligations à toutes les parties au conflit, y inclus aux groupes armés non étatiques. Deux dispositions sont pertinentes dans ce cadre.

Le texte le plus ancien est l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, qui est considéré comme relevant du droit coutumier et s'applique de ce fait à toutes les situations de conflit, de troubles ou de tensions internes qui n'ont pas un caractère international, même si l'Etat territorial n'a pas ratifié lesdites Conventions et même si les entités concernées sont peu organisées. L'encadrement de la peine de mort par cette disposition est néanmoins limité. L'article 3 commun ne protège que les personnes qui ne participent pas ou plus aux hostilités. Qui plus est, cet article exige simplement que les condamnations à mort soient prononcées dans le respect des garanties procédurales minimales du procès équitable. En effet, en vertu de cette disposition, « sont et demeurent prohibées, en tout temps et en tout lieu [...] les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés ». Aux termes de l'article 8 § 2 c) iv du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, le non-respect de cette exigence est constitutif d'un crime de guerre.

L'article 3 commun a été complété et développé par le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève sur la protection des victimes de conflits armés non internationaux, adopté le 8 juin 1977. Ce Protocole a un champ d'application plus restreint que l'article 3 commun : il ne s'applique qu'aux conflits armés non internationaux d'une certaine intensité, si l'Etat territorial l'a ratifié et seulement à l'égard des groupes armés organisés sous un commandement responsable et exerçant un contrôle sur une portion du territoire d'un Etat partie. En revanche, le Protocole consacre des garanties plus robustes concernant le recours à la peine de mort, sans l'interdire pour autant⁸. S'agissant de la répression d'infractions pénales en relation avec le conflit armé, l'article 6 § 4 de ce Protocole stipule que « la peine de mort ne

⁵ Pour une vision globale des règles de droit humanitaire concernant la peine de mort, voir W. SCHABAS, *The abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge University Press, 3^e éd., 2002, pp. 212-234.

⁶ Voir les articles 100, 101 et 107 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949.

⁷ Voir les articles 68, 71, 74 et 75 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949.

⁸ Au cours des travaux préparatoires, des propositions visant à instaurer un moratoire sur la peine de mort pendant les conflits armés non internationaux ont été rejetées. Voir W. SCHABAS, *The abolition of the Death Penalty in International Law*, *op. cit.*, pp. 228-231 et 233.

sera pas prononcée contre les personnes âgées de moins de dix-huit ans au moment de l'infraction et [qu']elle ne sera pas exécutée contre les femmes enceintes et les mères d'enfants en bas âge ». A l'égard des autres personnes, l'article 6 § 2 prévoit de surcroît qu' « [a]ucune condamnation ne sera prononcée ni aucune peine exécutée à l'encontre d'une personne reconnue coupable d'une infraction sans un jugement préalable rendu par un tribunal offrant les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité ». S'en suit une liste de sept garanties judiciaires à respecter⁹.

Pour sa part, le droit international des droits de l'homme a un champ d'application plus large puisqu'il s'applique à la fois en temps de paix et en période de conflit armé. Au niveau mondial, cette branche du droit n'interdit pas non plus la peine de mort. Plus modestement, l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui protège le droit à la vie, exige en substance que la peine de mort ne soit infligée que « pour les crimes les plus graves », commis par des majeurs¹⁰, qu'elle soit prononcée par un tribunal compétent à l'issue d'un procès équitable et qu'elle ne soit pas exécutée contre les femmes enceintes¹¹. Selon le

⁹ L'article 6 du Protocole additionnel II aux Convention de Genève est rédigé comme suit :

« 1. Le présent article s'applique à la poursuite et à la répression d'infractions pénales en relation avec le conflit armé.

2. Aucune condamnation ne sera prononcée ni aucune peine exécutée à l'encontre d'une personne reconnue coupable d'une infraction sans un jugement préalable rendu par un tribunal offrant les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité. En particulier :

a) la procédure disposera que le prévenu doit être informé sans délai des détails de l'infraction qui lui est imputée et assurera au prévenu avant et pendant son procès tous les droits et moyens nécessaires à sa défense ;

b) nul ne peut être condamné pour une infraction si ce n'est sur la base d'une responsabilité pénale individuelle ;

c) nul ne peut être condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne peut être infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si postérieurement à cette infraction la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier ;

d) toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ;

e) toute personne accusée d'une infraction a le droit d'être jugée en sa présence ;

f) nul ne peut être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable.

3. Toute personne condamnée sera informée, au moment de sa condamnation, de ses droits de recours judiciaires et autres, ainsi que des délais dans lesquels ils doivent être exercés.

4. La peine de mort ne sera pas prononcée contre les personnes âgées de moins de dix-huit ans au moment de l'infraction et elle ne sera pas exécutée contre les femmes enceintes et les mères d'enfants en bas âge.

5. A 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 détenues. »

¹⁰ Cette règle est reprise par l'article 37 a) de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, aux termes duquel « [n]i la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans ».

¹¹ L'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est rédigé comme suit :

« 1. Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie.

2. Dans les pays où la peine de mort n'a pas été abolie, une sentence de mort ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves, conformément à la législation en vigueur au moment où le crime a été commis et qui ne doit pas être en contradiction avec les dispositions du présent Pacte ni avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Cette peine ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement définitif rendu par un tribunal compétent.

3. Lorsque la privation de la vie constitue le crime de génocide, il est entendu qu'aucune disposition du présent article n'autorise un Etat partie au présent Pacte à déroger d'aucune manière à une obligation quelconque assumée en vertu des dispositions de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

4. Tout condamné à mort a le droit de solliciter la grâce ou la commutation de la peine. L'amnistie, la grâce ou la commutation de la peine de mort peuvent dans tous les cas être accordées.

5. Une sentence de mort ne peut être imposée pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans et ne peut être exécutée contre des femmes enceintes.

Comité des droits de l'homme, « [u]ne violation des garanties d'une procédure régulière énoncées à l'article 14 du Pacte qui aboutirait à l'imposition de la peine de mort rendrait la condamnation arbitraire, et contraire à l'article 6 du Pacte »¹². Cette dernière disposition a été complétée par le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte et visant à abolir la peine de mort, adopté en 1989 et entré en vigueur en 1991. Les quatre-vingt-neuf Etats qui ont ratifié ce Protocole doivent abolir la peine de mort, mais l'article 2 leur reconnaît la possibilité d'émettre une réserve « prévoyant l'application de la peine de mort en temps de guerre à la suite d'une condamnation pour un crime de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre ».

Les règles applicables sur le continent européen sont aujourd'hui plus restrictives. La peine de mort est désormais prohibée, au terme d'une évolution par étapes. La peine capitale était initialement admise par l'article 2 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), dont la formulation textuelle indique que « [l]a mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ». En 1983, l'article 1 du Protocole n° 6 à la CEDH abolit la peine de mort, mais l'article 2 admet qu'un « Etat peut prévoir dans sa législation la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ». En 2002, le Protocole n° 13 à la CEDH abolit la peine de mort en toutes circonstances. Ce dernier protocole est aujourd'hui ratifié par quarante-quatre Etats parties à la CEDH. La portée de l'abolition de la peine de mort s'étend néanmoins à tous les Etats parties à cette convention en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans son arrêt *Öcalan c. Turquie*, celle-ci a considéré que l'exécution d'une sentence capitale prononcée à l'issue d'un procès inéquitable est contraire aux articles 2 et 3 de la Convention¹³. Puis, dans l'arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, la Cour tire les conséquences d'une pratique abolitionniste uniforme des Etats membres du Conseil de l'Europe, pour considérer que les articles 2 et 3 de la Convention interdisent désormais la peine de mort en toutes circonstances¹⁴. A l'heure actuelle, tous les Etats européens ont aboli la peine de mort de droit ou de fait, à l'exception notable de la Biélorussie qui n'est pas membre du Conseil de l'Europe. Enfin, la sentence capitale est expressément prohibée par l'article 2 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, aux termes duquel « [n]ul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté ».

Bien que la sentence capitale ne soit pas universellement abolie, il existe donc un cadre juridique étoffé qui cherche à limiter le recours à cette sanction pénale. Sauf que, généralement, les condamnations à mort par les entités non étatiques ne respectent même pas les exigences minimales posées par le droit international. Cela n'est pas très surprenant compte tenu de ce qu'elles interviennent dans un contexte de tensions, voire de conflit armé, qui favorise bien souvent un chaos ambiant. Plusieurs exemples en témoignent.

Le plus connu est sans doute celui du soi-disant « Etat islamique », qui s'est implanté en Irak et en Syrie. Prétendant être un véritable Etat, il a exercé des fonctions étatiques et a créé un système élaboré et hiérarchisé de « juridictions ». Celles-ci ont utilisé la peine de mort pour imposer à la population des règles de conduite sociale drastiques, en particulier à l'égard des femmes et des minorités sexuelles. Aux termes de procès fictifs, ces pseudo-juridictions ont condamné à mort des civils, y inclus des enfants, sans aucune garantie procédurale, et les ont

6. Aucune disposition du présent article ne peut être invoquée pour retarder ou empêcher l'abolition de la peine capitale par un Etat partie au présent Pacte. »

¹² Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 36 sur l'article 6 (droit à la vie) du PIDCP, CCPR/C/GC/36, 3 septembre 2019, par. 41.

¹³ CourEDH, GC, 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99, § 165-169.

¹⁴ CourEDH, 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, § 115-122, spéc. § 120.

exécutés selon des méthodes moyenâgeuses, souvent en public pour terroriser le reste de la population, en forçant même des enfants à jouer le rôle de bourreau¹⁵.

Un autre exemple concerne l'Etat de Palestine, dont la qualité étatique est discutée de longue date. Le Hamas, qui est un parti politique et un groupe armé islamiste qualifié de terroriste par bon nombre d'Etats, a remporté les dernières élections législatives de 2006 et a pris le contrôle de la bande de Gaza en 2007. Une scission s'est instaurée avec la Cisjordanie, administrée par l'Autorité palestinienne qui est considérée comme la représentante légitime du peuple palestinien. L'Autorité palestinienne a adopté en 2005 un moratoire de fait sur les exécutions capitales, qui est respecté en pratique¹⁶. Elle a aussi ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques en 2014, ainsi que le deuxième Protocole facultatif au Pacte en 2019. En revanche, les condamnations à mort et les exécutions continuent à Gaza. Selon les chiffres du Centre palestinien pour les droits de l'homme, cent quatre-vingt-douze condamnations à mort auraient été prononcées à Gaza depuis 2007, dont pas moins de vingt-sept sentences au cours de la seule année 2022¹⁷. Le Centre dénombre par ailleurs vingt-huit exécutions dans la même zone pour la période 2007-2020¹⁸. Il appelle régulièrement les autorités de Gaza « to refrain from putting civilians to trial before military courts » et « [to] ensure them all judicial safeguards and their right to self-defense »¹⁹, ce qui laisse penser que ces garanties minimales ne sont pas respectées. Un exemple récent est fourni par la condamnation à mort par peloton d'exécution d'un homme de 43 ans, accusé de viol sur enfant et de possession de drogue, aux termes d'un procès sommaire devant un tribunal militaire qui a duré à peine une semaine²⁰.

Une troisième illustration est fournie par la « République moldave de Transnistrie », qui prévoyait la peine de mort à l'article 58 de son Code pénal pour les crimes graves impliquant une atteinte à la vie²¹. De graves violations des droits de la défense ont été documentées à propos de certaines condamnations à mort. Les auteurs d'un rapport de 1994, rédigé à la demande du Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme de l'OSCE, font les constats suivants : « absence de tout contact des requérants avec un avocat pendant les deux premiers

¹⁵ Voir notamment Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, A/HRC/46/54, 21 janvier 2021, par. 52 ; Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on her mission to Iraq, A/HRC/38/44/Add.1, 5 June 2018, spéc. par. 24-28.

¹⁶ Comité contre la torture, Observations finales concernant le rapport initial de l'Etat de Palestine, CAT/C/PSE/CO/1, 23 août 2022, par. 48.

¹⁷ Palestinian Centre for Human Rights, « Death Sentence against a Drug Dealer in Gaza : PCHR calls Upon the Authorities to End the Inhuman Penalty », 31 January 2023, Press release, Ref : 12/2023, <https://pchrghaza.org/en/death-sentence-against-a-drug-dealer-in-gaza-pchr-calls-upon-the-authorities-to-end-this-inhuman-penalty/>

¹⁸ Palestinian Centre for Human Rights, « New Death Sentence Issued in Gaza : PCHR Demands Respect for Palestine's International Obligations to Abolish Death Penalty », 2 November 2020, Press release, Ref : 116/2020, <https://pchrghaza.org/en/new-death-sentence-issued-in-gaza-pchr-demands-respect-for-palestines-international-obligations-to-abolish-death-penalty/>.

¹⁹ Voir par exemple Palestinian Centre for Human Rights, « Two New Death Sentences Issued by Military Court in Gaza : PCHR Demands Abolishment of Death Penalty and respect for Palestine's International Obligations », 17 October 2021, Press Release, Ref : 126/2021, <https://pchrghaza.org/en/two-new-death-sentences-issued-by-military-court-in-gaza-pchr-demands-abolishment-of-death-penalty-and-respect-for-palestines-international-obligations/> ; Palestinian Centre for Human Rights, « Four New death Sentences within Week Issued in Gaza : PCHR Demands Abolishment of Death Penalty and Respect for Palestine's International Obligations », 5 october 2021, Press Release, Ref : 125/2021, <https://pchrghaza.org/en/two-new-death-sentences-issued-in-gaza-pchr-demands-abolishment-of-death-penalty-and-respect-for-palestines-international-obligations/>

²⁰ Voir Palestinian Centre for Human Rights, « A Heinous Crime Does Not Null Necessary Justice Guarantees : PCHR Condemns Death Sentence by Gaza Military Court Following Speedy Trial », 1 December 2021, Press release, Ref : 136/2021, <https://pchrghaza.org/en/a-heinous-crime-does-not-null-necessary-justice-guarantees-pchr-condemns-death-sentence-by-gaza-military-court-following-speedy-trial/>.

²¹ Report on Human Rights in the Transnistrian Region of the Republic of Moldova by Thomas Hammarberg, 14 February 2013, p. 13.

mois suivant leur arrestation, accès très limité ultérieurement, violation du droit d'être jugé par un tribunal impartial, le tribunal ayant refusé d'examiner les allégations des requérants selon lesquelles on leur aurait extorqué des aveux après leur avoir fait subir des traitements inhumains [...], le procès des requérants s'[est] déroulé selon une procédure d'exception leur ôtant tout droit à un recours »²². Un moratoire sur les exécutions a finalement été adopté en 1999²³.

Un dernier exemple concerne l'Est de l'Ukraine, où des groupes armés séparatistes pro-russes ont pris le contrôle de la région du Donbass en 2014. Ils y ont établi des pseudo Républiques (les « Républiques populaires de Luhansk et de Donetsk ») dotées de leurs propres structures de gouvernance, y inclus un système parallèle d'application des lois et d'administration de la justice (« police », « procureurs » et « tribunaux »). Alors que l'Ukraine a aboli la peine de mort en 2000, les deux Républiques autoproclamées l'ont rétablie²⁴. La peine de mort aurait été prononcée à la fois dans un contexte de justice militaire et dans un contexte plus civil de justice criminelle, *a priori* en se basant sur la législation martiale de l'URSS qui date de 1941²⁵ et sur un « Code criminel » spécifique adopté en 2014 et fortement inspiré du Code pénal ukrainien de 1960²⁶. Selon les informations disponibles, les autorités de fait de la « République populaire de Louhansk » auraient décidé que le viol homosexuel serait puni de mort²⁷. Le Comité des droits de l'homme estime pourtant que l'expression « crimes les plus graves » doit « s'entendre uniquement des crimes d'une extrême gravité, impliquant un homicide intentionnel »²⁸. La peine de mort serait toujours prévue dans le « Code pénal » de la « République populaire de Donetsk », pour sanctionner « les crimes les plus graves ». Mais « [m]ost of the conflict-related crimes [...] are considered grave crimes »²⁹. Cette sentence aurait été prononcée au moins cinq fois par la « Cour suprême » de Donetsk, en 2016 à l'égard d'un homme condamné pour le viol et le meurtre d'un enfant, en 2018 à l'encontre du membre d'un gang condamné pour enlèvement, pillage et meurtre³⁰ et en juin 2022 à l'égard de trois ressortissants étrangers accusés notamment de mercenariat³¹. Or, selon le Conseil de l'Europe, les « tribunaux parallèles [de ces « Républiques »] [...] n'offrent aucune garantie de transparence et suscitent des préoccupations en matière d'équité de la procédure »³² ; ils « manquent de légitimité, d'indépendance et de professionnalisme »³³.

²² CourEDH, GC, 8 juillet 2004, *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, n° 48787/99, § 286. Voir aussi § 212-216.

²³ Report on Human Rights in the Transnistrian Region of the Republic of Moldova by Thomas Hammarberg, *loc. cit.*, p. 13.

²⁴ Report by Nils Muižnieks, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe following his visit to Ukraine from 21 to 25 March 2016, CommEDH(2016)27, 11 July 2016, par. 13.

²⁵ Conseil des droits de l'homme, Rapport du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires sur sa mission en Ukraine, A/HRC/32/39/Add.1, 4 mai 2016, par. 79-80.

²⁶ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Human Rights in the Administration of Justice in Conflict-Related Criminal Cases in Ukraine, April 2014 – April 2020, par. 102.

²⁷ J. CRISP, « Belarus and Ukrainian rebels keep death penalty alive in Europe », *Euractiv.com*, 1 April 2015, <https://www.euractiv.com/section/europe-s-east/news/belarus-and-ukrainian-rebels-keep-death-penalty-alive-in-europe/>

²⁸ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 36, *loc. cit.*, par. 35.

²⁹ Human Rights in the Administration of Justice in Conflict-Related Criminal Cases in Ukraine, *loc. cit.*, par. 103 et note 154.

³⁰ *Ibid.*, note. 131.

³¹ Voir la Déclaration de la Secrétaire générale du Conseil de l'Europe, Marija Pejčinović Burić du 9 juin 2022 ; les mesures provisoires ordonnées par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Saadoune c. Russie et Ukraine* (n° 28944/22) le 16 juin 2022, Communiqué de presse, ECHR 204 (2022) ainsi que dans les affaires *Pinner c. Russie et Ukraine* et *Aslin c. Russie et Ukraine* (n° 31217/22 and 31233/22) le 30 juin 2022, Communiqué de presse ECHR 222 (2022).

³² Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), Recours juridiques contre les violations des droits de l'homme commises dans les territoires ukrainiens se trouvant hors du contrôle des autorités ukrainiennes, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Doc. 14139, 26 septembre 2016, par. 38.

³³ APCE, Résolution 2133 (2016), 12 octobre 2016, Recours juridiques contre les violations des droits de l'homme commises dans les territoires ukrainiens se trouvant hors du contrôle des autorités ukrainiennes, par. 7.1.

L'ennui est que, malgré sa densité, le cadre juridique existant peine non seulement à appréhender les condamnations à mort par les entités non étatiques, mais aussi à sanctionner le non-respect des garanties minimales qu'il énonce. Cela résulte des insuffisances structurelles qui affectent tant le droit international humanitaire que le droit international des droits de l'homme. Le premier soulève de nombreuses difficultés quant à son champ d'application, dont le fait qu'il ne couvre pas le traitement par les groupes armés de leurs propres membres et ne gouverne pas la manière dont les individus sont poursuivis pour des infractions de droit commun. De surcroît, le droit international humanitaire est notoirement ineffectif. Pour sa part, le droit international des droits de l'homme a un champ d'application plus large, en ce qu'il couvre des aspects de la vie qui ne sont pas directement liés à un conflit armé. Mais sa nature stato-centrée le rend par principe inapte à régir le comportement d'acteurs non étatiques qui, en tant que tels, ne sont pas admis à ratifier les traités relatifs aux droits de l'homme. La seule possibilité est alors d'engager la responsabilité de l'Etat territorial pour ne pas avoir réussi à protéger les droits de l'homme des populations contre les agissements illégaux d'entités non étatiques. L'entreprise est néanmoins difficile, tant sur le plan juridique que politique, car il faut réussir à établir que les individus concernés relèvent de la juridiction de l'Etat territorial, ce qui n'est pas facile lorsque celui-ci n'exerce pas de contrôle effectif sur la zone considérée. L'alternative est de rechercher la responsabilité de l'Etat tiers qui exerce un contrôle sur la zone, mais qui va généralement réfuter y exercer sa juridiction. La combinaison des faiblesses de chacune de ces deux branches du droit aboutit à ce que les violations du droit international par des entités non étatiques restent bien souvent impunies. Cela génère une impunité qui est loin d'inciter au respect des limites posées par le droit international s'agissant de la peine de mort.

Face à ce constat, il a été proposé de changer le regard porté sur le droit international. A distance de sa logique stato-centrée, ont émergé des propositions très pragmatiques visant à faire peser des obligations de protection des droits humains directement sur les entités non-étatiques, à tout le moins lorsqu'elles exercent un contrôle territorial et sont suffisamment structurées pour assumer de telles obligations. Plus précisément ici, il s'agirait d'imposer le respect des garanties minimales du procès équitable lors de la condamnation à mort par ces entités, en échange d'une reconnaissance de la légitimité - voire de la légalité - de leurs « juridictions ». De telles propositions ont été formulées tant sous l'angle du droit international humanitaire (I) que sous l'angle du droit international des droits de l'homme (II).

I. Exiger le respect des garanties minimales du procès équitable sous l'angle du droit international humanitaire

Les Etats sont en principe tenus d'enquêter sur les allégations de violation du droit humanitaire et de poursuivre les auteurs de crimes internationaux, comme le crime de guerre que constitue la condamnation à mort et l'exécution non précédées d'un procès équitable. Les groupes armés se voient également imposer des obligations sous l'angle du droit humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux et aux situations de tensions ou de troubles internes. Le non-respect de ces obligations peut même conduire à l'engagement de la responsabilité pénale individuelle des membres du groupe. Il reste que ces obligations sont largement ineffectives, faute d'incitation suffisante pour qu'elles soient respectées. De plus, la mise en œuvre de la responsabilité des acteurs impliqués s'avère souvent difficile.

L'exemple des exactions abominables commises par les membres du soi-disant « Etat islamique » en témoigne de façon paroxystique. La Syrie et l'Irak, sur les territoires desquels les exactions ont été commises, n'ont pas ratifié le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève, mais l'article 3 commun s'applique, de même que le droit coutumier. Les deux Etats sont en principe tenus d'enquêter sur les allégations de violation du droit humanitaire et de

condamner les auteurs. Mais la Syrie est incapable de le faire³⁴. L'Irak a engagé des poursuites sur la base de sa loi antiterroriste, mais il applique lui-même la peine de mort, le plus souvent à l'issue de procès qui ne respectent en rien les garanties du procès équitable³⁵. A l'exception de quelques procès menés en Allemagne³⁶, les Etats tiers rechignent généralement à exercer leur compétence universelle à l'égard des crimes commis, l'exigence légale de la présence de l'individu poursuivi sur leur territoire étant souvent difficile à remplir³⁷. La saisine de la Cour pénale internationale est quant à elle bloquée par l'absence de ratification du traité de Rome par la Syrie et l'Irak, ainsi que par le veto opposé par la Fédération de Russie et la Chine à une saisine de la Cour par le Conseil de sécurité³⁸.

La Cour pénale internationale a en revanche été saisie par l'Etat de Palestine et l'Ukraine. Dans le premier cas, la Cour a ouvert une enquête sur les crimes internationaux commis dans les territoires occupés, y compris à Gaza, y compris par le Hamas³⁹, ce qui pourrait recouvrir les condamnations à mort sans procès équitable. Dans le second cas, l'examen préliminaire a été clôturé en décembre 2020⁴⁰ et une enquête a été ouverte le 2 mars 2022⁴¹. En tout état de cause, l'incertitude de l'issue et la longueur des procédures ne constituent sans doute pas des facteurs dissuasifs suffisants.

Compte tenu des limites actuelles du droit international, la doctrine a proposé d'admettre la légitimité des « juridictions » instituées par les entités non étatiques, à la condition qu'elles respectent les exigences minimales du procès équitable. Cette solution est théoriquement envisageable (A), mais elle soulève des difficultés de mise en œuvre (B).

A. Une solution théoriquement envisageable, sous conditions

Les propositions doctrinales reposent sur l'interprétation de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 et de l'article 6 du deuxième Protocole additionnel de 1977.

L'article 3 commun prohibe « les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés ». La question se pose alors de savoir ce qu'est un « tribunal régulièrement constitué ». L'expression est traditionnellement interprétée comme se référant exclusivement aux tribunaux d'un Etat⁴², lui seul étant habilité à adopter des lois servant de base légale à la création d'une juridiction. Autrement dit, seul l'Etat territorial pourrait légalement procéder à des condamnations à mort.

³⁴ A/HRC/46/54, *loc. cit.*, spéc. par. 75.

³⁵ A/HRC/38/44/Add.1, *loc. cit.* ; Commission nationale consultative des droits de l'homme (France), Avis relatif aux ressortissants français condamnés à mort ou encourant la peine de mort en Irak, Avis A-2020-1, 28 janvier 2020, pp. 6-7.

³⁶ Voir not. H. R. GILCHRIST, « No Hiding from Justice : Universal Jurisdiction in Domestic Courts », *Texas International Law Journal*, 2022, vol. 57, n° 2, spéc. pp. 224-230.

³⁷ Voir cependant le volte-face récent de la Cour de cassation française au sujet de la compétence universelle : Cass. fr., plén., pourvois n° Y-22-80.057 (arrêt n° 668 B+R) et n° U 22-82.468 (arrêt n° 669 B+R).

³⁸ Voir not. A. JOMAA, « Addressing Jurisdictional Challenges in Prosecuting ISIL Fighters », *Berkeley Journal of Middle Eastern and Islamic Law*, 2020, n° 11, pp. 18-46 ; A/HRC/46/54, *loc. cit.*

³⁹ Chambre préliminaire de la CPI, 5 février 2021, Décision relative à la demande présentée par l'Accusation en vertu de l'article 19-3 du Statut pour que la Cour se prononce sur sa compétence territoriale en Palestine, aff. ICC-01/18 ; Déclaration du Procureur de la CPI, Mme Fatou Bensouda, à propos d'une enquête sur la situation en Palestine, 3 mars 2021.

⁴⁰ Déclaration du Procureur de la Cour pénale internationale, Mme Fatou Bensouda, au sujet de la conclusion de l'examen préliminaire de la situation en Ukraine, 11 décembre 2020.

⁴¹ Déclaration du Procureur de la CPI, A.A. Khan QC, sur la situation en Ukraine : Réception de Renvois de la part de 39 Etats parties et ouverture d'une enquête, 2 mars 2022.

⁴² P. S. GEJJI, « Can Insurgent Courts Be Legitimate Within International Humanitarian Law? », *Texas Law Review*, 2013, n° 91, p. 1536.

Le monopole de l'Etat s'agissant de l'administration de la justice pénale, en tant que démembrement de la souveraineté étatique, est ainsi préservé. A l'inverse, les « juridictions » des entités non étatiques ne seraient jamais constituées régulièrement, elles seraient illégales du point de vue du droit humanitaire et ne pourraient donc jamais procéder à des condamnations à mort sans violer le droit. Ainsi, selon Liesbeth Zegveld, « [t]he general feeling [...] that "it is difficult to conceive of [international humanitarian law] giving insurgents the authority to prosecute and try authors of violations" [...] finds wide recognition in international practice »⁴³. Selon cette interprétation classique de l'article 3 commun, toutes les condamnations à mort par des entités non étatiques s'analyseraient comme des exécutions extra-judiciaires et donc comme des crimes de guerre. Ces entités ne devraient donc jamais recourir à la peine de mort, comme le prône d'ailleurs la Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires et arbitraires⁴⁴. Si elles contrôlent durablement une portion du territoire d'un Etat qui n'a pas aboli la peine de mort, cela revient à leur imposer un moratoire de fait, sauf à ce que les entités non étatiques renvoient les prévenus vers le système judiciaire de l'Etat territorial, ce qui paraît improbable.

L'issue est satisfaisante en théorie, sauf qu'elle ne correspond pas à la pratique, à l'égard de laquelle le droit international s'avère bien souvent impuissant. Davantage encore, Jonathan Somer souligne qu'une telle interprétation rompt le principe d'égalité entre les parties dans un conflit armé non international, ce qui ne motive pas les groupes armés à respecter le droit humanitaire⁴⁵. Plus précisément ici, si les condamnations à mort sont de toute façon illégales en elles-mêmes, il n'y a aucune motivation pour que les entités non étatiques s'efforcent de respecter les garanties minimales du procès équitable puisque cela ne suffirait pas pour assurer la légalité de leurs pratiques.

Cela a conduit une partie de la doctrine⁴⁶ à proposer d'admettre la légitimité, voire la légalité des « juridictions » des entités non étatiques, à la condition importante qu'elles respectent les garanties procédurales minimales du procès équitable. L'objectif est ici très pragmatique : il s'agit de trouver un levier de nature à inciter les groupes armés à respecter des garanties procédurales essentielles, tout en leur permettant de lutter contre l'impunité dans les zones qu'elles contrôlent. Ce levier serait celui de la légitimation de leurs « juridictions », dont il s'agirait d'admettre la légalité en droit international.

Cette proposition s'appuie notamment sur l'interprétation de l'article 6 du Protocole additionnel II. Selon cette disposition, « [a]ucune condamnation ne sera prononcée ni aucune peine exécutée à l'encontre d'une personne reconnue coupable d'une infraction sans un jugement préalable rendu par un tribunal offrant les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité ». On remarque d'emblée que la référence à un « tribunal régulièrement constitué » n'a pas été reprise dans ce texte, qui est plus récent que l'article 3 commun. L'expression a été remplacée par la référence à un « tribunal offrant les garanties essentielles d'indépendance et d'impartialité ». Il serait possible d'en déduire que la condition de la base légale a perdu en importance au fil du temps, tandis que l'exigence du respect des garanties

⁴³ L. ZEGVELD, *Accountability of Armed Opposition Groups in international Law*, Cambridge University Press, 2002, p. 68.

⁴⁴ Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions on armed non-State actors : the protection of the right to life, A/HRC/38/44, 5 June 2018, par. 76 : « ANSAs [Armed non-State actors] should be absolutely prohibited from issuing death penalty sanctions ».

⁴⁵ J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *International Review of the Red Cross*, 2007, vol. 89, n° 867, pp. 657-658.

⁴⁶ Voir notamment *ibid.*, pp. 655-690 ; S. SIVAKUMARAN, « Courts of Armed Opposition Groups. Fair Trials or Summary Justice? », *Journal of International Criminal Justice*, 2009, n° 7, pp. 489-513 ; D. MURRAY, « Non-State Armed Groups in NIAC : Does IHL Provide Legal Authority for the Establishment of Courts? », *ejiltalk.org*, 4 June 2014 ; M. KLAMBERG, « The Legality of Rebel Courts during Non-International Armed Conflicts », *Journal of International Criminal Justice*, 2018, pp. 1-29.

procédurales, dont la liste est plus longue et plus détaillée à l'article 6 du Protocole additionnel II, a acquis un poids beaucoup plus important⁴⁷. A l'aune de ces constats, ces auteurs prônent un assouplissement de l'interprétation de la condition de la base légale posée par l'article 3 commun, qui n'a pas été abrogé par l'article 6 du Protocole additionnel II. Cela permettrait d'admettre la légalité, en droit international humanitaire, des « juridictions » des insurgés qui exercent un contrôle sur le territoire⁴⁸. En contre-partie, l'accent serait davantage mis sur le respect des garanties minimales du procès équitable. Autrement dit, il ne faudrait plus se focaliser sur les modalités de mise en place d'une juridiction, mais plutôt sur ses modalités de fonctionnement. Avec cette lecture du droit international humanitaire, la condamnation à mort par des entités non étatiques ne serait plus en elle-même constitutive d'un crime de guerre. Cette qualification ne serait encourue que lorsque les garanties minimales du procès équitable, à commencer par l'indépendance et l'impartialité de la juridiction qui condamne, n'ont pas été respectées.

Ce raisonnement propose un moyen pragmatique d'obtenir le respect des garanties minimales du procès équitable lorsque des entités non étatiques condamnent à mort, ce qui peut constituer une alternative utile aux exécutions sommaires et extrajudiciaires qui sont fréquentes en pratique. Il offre en effet un facteur puissant d'incitation des entités non étatiques à respecter ces garanties minimales. A travers la reconnaissance de la légalité de leurs « juridictions », sous réserve du respect de ces garanties procédurales, ces entités se verraient offrir une voie de légitimation face à l'Etat *de jure*. On comprend alors que cette solution n'est pas exempte de sérieuses difficultés.

B. Une solution assortie de difficultés et d'incertitudes

Il est évident que le fait d'admettre la légitimité voire la légalité des « juridictions » non étatiques soulève un nombre non négligeable de difficultés. Celles-ci ont notamment été mises en exergue par Parth S. Gejji, qui souligne que « any interpretation of IHL [international humanitarian law] that legitimizes insurgent courts produces problematic solutions »⁴⁹. Il n'y a pas lieu de revenir ici en détail sur tous les problèmes identifiés. Il s'agira plus modestement d'en relever certains.

La difficulté la plus évidente est d'ordre politique. Il est probable que la légitimation des entités non étatiques impliquée par celle de leurs « juridictions » aille bien au-delà de ce que les Etats seraient prêts à accepter. Non seulement la solution proposée concurrencerait leurs propres institutions et affaiblirait leur monopole dans l'élaboration et la mise en œuvre de la loi pénale, mais pourrait aussi, plus largement, consolider une situation de fait qu'ils jugent illégale. D'ailleurs « most authorities do not view such courts as legitimate »⁵⁰. Le risque de rejet par les Etats de la solution proposée semble donc élevé.

A supposer tout de même que cet obstacle politique puisse être levé, la proposition présentée soulève une longue série de questions juridiques auxquelles il n'existe pas de réponse définitive à ce jour. La première d'entre elles porte sur le point de savoir quelle loi pénale serait applicable devant les « juridictions » des entités non étatiques et, corrélativement, quels crimes pourraient être jugés par ces « juridictions ». La question est d'importance car le principe de légalité est fondamental en droit pénal. Il est d'ailleurs mentionné à l'article 6 § 2 c) du

⁴⁷ M. KLAMBERG, *ibid.*, pp. 9 et 10.

⁴⁸ S. SIVAKUMARAN, « Courts of Armed Opposition Groups. Fair Trials or Summary Justice ? », *loc. cit.*, pp. 499-500 ; J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *loc. cit.*, p. 687-688.

⁴⁹ P. S. GEJJI, « Can Insurgent Courts Be Legitimate Within International Humanitarian Law ? », *loc. cit.*, pp. 1525-1559, spéc. p. 1554.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 1542.

Protocole additionnel II au titre des garanties procédurales à respecter. S'agissant précisément de cette disposition, il ressort des travaux préparatoires du Protocole que les Etats ont refusé d'admettre l'hypothèse de lois insurgées, distinctes de leurs propres lois⁵¹. Il faudrait en déduire que les « juridictions » des entités non étatiques ne peuvent appliquer que la loi de l'Etat territorial. Cela paraît raisonnable car il est *a priori* plausible que ces lois puissent être davantage respectueuses des droits humains que la législation adoptée par des entités non étatiques, ne serait-ce que parce que l'Etat territorial, à la différence de ces entités, est certainement lié par au moins quelques traités de protection des droits de l'homme. Mais il est probable que ces entités refusent d'appliquer les lois de la partie adverse, si bien que Sandesh Sivakumaran propose d'admettre la possibilité que leurs « juridictions » appliquent leurs propres « lois »⁵². Aller au bout de la démarche de légitimation des « juridictions » des insurgés suppose donc d'accepter de légitimer également leurs « lois ». Cela pose difficulté car les « lois » pénales adoptées par les entités non étatiques peuvent rétablir la peine de mort alors même que l'Etat territorial l'a précédemment abolie, comme le montre l'exemple des Républiques autoproclamées de Donetsk et de Luhansk établies sur le territoire de l'Ukraine.

Une autre question porte sur le point de savoir s'il pourrait être admis que des « juridictions » non étatiques puissent condamner à mort des civils et, dans l'affirmative, pour quels crimes. Cela pourrait s'avérer dangereux compte tenu du caractère irréversible d'une exécution capitale. Sans compter qu'il n'est pas nécessairement aisé de distinguer les civils des belligérants dans le contexte d'un conflit armé non international. Compte tenu des « concerns of abuse and rogue punishment », Parth S. Gejji estime que « in terms of civilians, the insurgent court would not be allowed to hear either penal prosecutions or civil dispute »⁵³.

La question de savoir quelles sont exactement les garanties procédurales que les « juridictions » non étatiques doivent respecter n'est pas non plus clairement tranchée⁵⁴. A cet égard, il faut souligner d'emblée qu'il serait excessif de leur imposer des garanties procédurales avec la même intensité qu'à l'égard des Etats, faute de quoi les exigences pourraient rester ineffectives en raison de l'incapacité de ces entités de les respecter. Exiger le respect des garanties listées à l'article 6 du Protocole additionnel II paraît raisonnable car l'existence même de « juridictions » laisse penser que l'entité considérée a atteint un niveau d'organisation suffisamment élevé pour enclencher l'application de ce Protocole. Bien qu'elles soient plus étoffées que celles qu'énonce l'article 3 commun, les garanties procédurales de l'article 6 du Protocole additionnel II restent moins protectrices que celles du droit international des droits de l'homme. Par exemple, le droit de faire appel, qui est une garantie importante s'agissant d'une condamnation à mort, n'est pas garanti par le Protocole additionnel II mais est protégé par l'article 14 § 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans la mesure où le Protocole additionnel a été négocié après le Pacte, il est permis d'en déduire que les Etats ont délibérément choisi de ne pas aligner la liste des garanties procédurales prévues par les deux textes. Il en résulte que les garanties procédurales qui peuvent être exigées lors de la condamnation à mort par des entités non étatiques sont nécessairement moins nombreuses et moins rigoureuses que celles qui peuvent être imposées à une juridiction étatique. Cela ne saurait être satisfaisant s'agissant d'une sanction aussi grave qu'une condamnation à mort, sauf à considérer que le respect effectif d'une liste plus resserrée de garanties procédurales est préférable à l'énoncé platonique d'une liste pléthorique.

⁵¹ J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *loc. cit.*, p. 678.

⁵² S. SIVAKUMARAN, « Courts of Armed Opposition Groups. Fair Trials or Summary Justice ? », *loc. cit.*, p. 508.

⁵³ P. S. GEJJI, « Can Insurgent Courts Be Legitimate Within International Humanitarian Law ? », *Texas Law Review*, 2013, n° 91, p. 1551.

⁵⁴ Voir S. SIVAKUMARAN, « Courts of Armed Opposition Groups. Fair Trials or Summary Justice ? », *loc. cit.*, pp. 500-507.

Sans prétendre à l'exhaustivité de la liste des difficultés identifiées, il faut souligner que de premiers éléments de réponse ont été fournis en février 2017 par une Cour de district suédoise⁵⁵. En 2012, un homme qui résidait en Italie rejoint un groupe armé islamiste en Syrie. Il exécute sept soldats de l'armée syrienne qui avaient été condamnés à mort par une « juridiction » non étatique, composée de trois anciens juges syriens, en application de la loi syrienne en vigueur. L'accusé contestait la qualification de crime de guerre, estimant qu'il avait exécuté une sentence judiciaire et ne s'était donc pas rendu coupable d'exécutions extra-judiciaires. La Cour suédoise admet que les groupes armés ont la capacité juridique de créer des juridictions, sous réserve que plusieurs conditions cumulatives soient respectées. Parmi ces conditions, la Cour exige que les « tribunaux » non étatiques soient exclusivement composés de juges ayant exercé en tant que tels avant le conflit, ce qui peut constituer un gage de compétence et de professionnalisme. Elle souligne aussi que ces « tribunaux » doivent appliquer la loi pénale en vigueur avant le début du conflit, c'est-à-dire la loi de l'Etat *de jure*, ou tout au moins une loi pénale qui ne soit pas plus stricte que celle qui s'appliquait avant le conflit. La Cour considère en effet que « it clearly follows from [the international customary law of legality] that it is only states, which in accordance with their respective constitutional rules, may impose criminal sanctions »⁵⁶. Cela éviterait par exemple que la peine de mort ne soit rétablie alors qu'elle a déjà été abolie, comme en Ukraine. Enfin, ces « tribunaux » doivent respecter des garanties procédurales, dont la liste donnée par la Cour va au-delà de l'énoncé de l'article 6 du Protocole additionnel II⁵⁷. En l'espèce, cette dernière condition n'avait pas été respectée puisqu'à peine quarante et une heures s'étaient écoulées entre la capture des membres des forces armées syriennes et leur exécution. Ce délai étant manifestement trop court pour garantir le caractère équitable du procès organisé, la Cour considère que le prévenu s'est rendu coupable d'un crime de guerre. Bien qu'à ce jour vraisemblablement isolée, cette décision suédoise est intéressante en ce que les conditions posées préservent l'essentiel du monopole de l'Etat en matière d'administration de la justice, ce qui limite par la même occasion les velléités des autorités de fait de remplacer l'Etat territorial.

Outre les incertitudes persistantes, le fait d'admettre la légalité des « juridictions » des entités non étatiques en droit international humanitaire, à la condition qu'elles respectent des garanties minimales du procès équitable, ne réglerait pas définitivement le problème des condamnations à mort qu'elles peuvent prononcer. Encore faudrait-il parvenir à engager la responsabilité de ceux qui participent à des condamnations (et des exécutions) sans respecter, ni de près ni de loin, les garanties du procès équitable. Or les mécanismes de mise en œuvre et de responsabilité du droit humanitaire sont peu effectifs, en particulier dans le contexte de conflits armés non internationaux⁵⁸. L'activation de la responsabilité pénale n'est pas non plus aisée, sans compter qu'il ne s'agit que d'une responsabilité individuelle.

A ce stade, le droit international des droits de l'homme n'offre pas davantage de garanties quant à la mise en œuvre de la responsabilité des auteurs de condamnations à mort qui ne respectent pas les standards internationaux. Mais il comporte des normes plus exigeantes s'agissant de l'encadrement du recours à la peine de mort. De surcroît, il a un champ d'application plus large puisqu'il couvre l'hypothèse où l'intensité des violences et tensions n'est pas suffisante pour atteindre le seuil d'application du Protocole additionnel II ou même

⁵⁵ La décision est disponible en suédois ici : <https://www.ejiltalk.org/wp-content/uploads/2017/03/Stockholms-TR-B-3787-16-Dom-2017-02-16.pdf>. Elle a été commentée par J. SOMER, « Opening the Floodgates, Controlling the Flow: Swedish Court Rules on the Legal Capacity of Armed Groups to Establish Courts », *ejiltalk.org*, 10 March 2017 et par M. KLAMBERG, « The Legality of Rebel Courts during Non-International Armed Conflicts », *loc. cit.*, pp. 20-28.

⁵⁶ Cité par J. SOMER, *ibid.*.

⁵⁷ M. KLAMBERG, « The Legality of Rebel Courts during Non-International Armed Conflicts », *loc. cit.*, p. 24.

⁵⁸ S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press, 2012, chapitres 10 et 11.

de l'article 3 commun. Si bien que le mouvement contemporain tendant à faire peser des obligations relatives aux droits de l'homme sur des entités non étatiques, plus particulièrement ici sur les groupes armés ou les régimes *de facto*, pourrait avoir quelque utilité pour tenter une certaine humanisation des condamnations à mort par de telles entités.

II. Exiger le respect des garanties minimales du procès équitable sous l'angle du droit international des droits de l'homme

Le droit international des droits de l'homme est stato-centré, si bien qu'il n'impose des obligations qu'aux Etats et que les organes internationaux de protection des droits de l'homme ne peuvent engager que la responsabilité internationale de ces derniers. Cette solution traditionnelle s'avère bien souvent fragile (A), raison pour laquelle des propositions visant à soumettre des entités non étatiques, entendues ici au sens des seuls groupes armés et des régimes *de facto*, à des obligations de protection des droits de l'homme ont émergé ces dernières années (B).

A. La fragilité des solutions stato-centrées

Selon la logique classique du droit international des droits de l'homme, l'Etat territorial est présumé exercer sa juridiction, c'est-à-dire son contrôle, sur l'intégralité de son territoire⁵⁹. A ce titre, il est en principe tenu de protéger les droits de l'homme de la population qui s'y trouve. Cela implique notamment pour lui des obligations de prévention, d'enquête et de répression des violations des droits de l'homme, y compris lorsqu'elles sont le fait d'acteurs non étatiques⁶⁰. L'Etat territorial doit donc empêcher que la peine de mort ne soit prononcée en violation des standards internationaux et, le cas échéant, enquêter et poursuivre les auteurs de telles condamnations à mort.

Mais l'échafaudage s'effondre dès lors que l'Etat perd le contrôle de fait sur une partie de son territoire, au profit d'entités non étatiques organisées. Il n'est alors pas en capacité d'assumer ses obligations internationales car, faute d'exercer un contrôle effectif à leur égard, il lui est difficile en pratique d'imposer à ces entités le respect tant de son propre droit que du droit international des droits de l'homme. C'est pourquoi, lorsqu'elle a ratifié le Protocole n° 13 à la CEDH relatif à la prohibition de la peine de mort en toutes circonstances, la Géorgie a déclaré que « jusqu'à l'entière restauration de la juridiction de la Géorgie sur les territoires de l'Abkhazie et de la région Tskhinvali, elle ne pourra être tenue pour responsable des violations des dispositions du Protocole n° 13 commises sur ces territoires »⁶¹.

Une alternative consiste dans ce cas à faire peser des obligations internationales sur un autre Etat, dont il est possible d'établir qu'il exerce un contrôle effectif sur la portion d'un territoire qui n'est pas le sien. Ainsi, la Cour internationale de justice a affirmé que « le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est applicable aux actes d'un Etat agissant dans

⁵⁹ CourEDH, GC, 8 avril 2004, *Assanidze c. Géorgie*, n° 71503/01, § 139 ; CourEDH, GC, *Ilaşcu et al. c. Moldova et Russie*, loc. cit., § 312 ; CourEDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et al. c. Royaume-Uni*, n° 55721/07, § 131 ; Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31, La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte, adoptée le 29 mars 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, par. 10.

⁶⁰ C. RYNGAERT, « Human Rights Obligations of Armed Groups », *Revue belge de droit international*, 2018, n° 1/2, pp. 358-362 ; Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 36, loc. cit., par. 27-28 et 64.

⁶¹ Déclaration consignée dans l'instrument de ratification, déposé par la Géorgie le 22 mai 2003, <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=187&codeNature=0>. Voir aussi la déclaration consignée dans l'instrument de ratification du Protocole n° 13 à la CEDH par la République de Moldova, déposé le 18 octobre 2006.

l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire » en tant que puissance occupante⁶². La Cour européenne des droits de l'homme admet elle aussi qu'un Etat partie à la CEDH autre que l'Etat territorial peut exercer sa juridiction, et donc engager sa responsabilité internationale, pour des violations de la Convention commises dans un espace extraterritorial, non seulement lorsque sa présence militaire sur ce territoire est établie mais aussi lorsque l'administration locale lui est subordonnée⁶³. Selon la jurisprudence de cette Cour, « [d]ès lors qu'une telle mainmise sur un territoire est établie, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'Etat contractant qui la détient exerce un contrôle précis sur les politiques et actions de l'administration locale qui lui est subordonnée. Du fait qu'il assure la survie de cette administration grâce à son soutien militaire et autre, cet Etat engage sa responsabilité à raison des politiques et actions entreprises par elle »⁶⁴. L'établissement de la juridiction d'un Etat tiers est même facilitée par le fait que « all persons situated in the territory are presumed to fall within the outside State's jurisdiction without the need to prove that the latter's agents exercised authority and control over the individual »⁶⁵. L'approche du Comité des droits de l'homme est similaire⁶⁶. Autrement dit, la responsabilité internationale d'un Etat tiers peut être engagée pour les actes illicites d'un groupe armé ou d'un régime *de facto*, par exemple la condamnation à mort à l'issue d'un procès sommaire.

De telles constructions, rendues nécessaires par le caractère stato-centré du droit international, peuvent s'avérer fragiles. Non seulement il n'est pas toujours évident d'établir avec un degré suffisant de certitude qu'un Etat tiers exerce un contrôle effectif sur une zone en dehors de son territoire, mais de surcroît l'Etat identifié peut refuser d'admettre qu'il exerce sa juridiction sur la zone et donc refuser d'exécuter l'arrêt qui engage sa responsabilité, ou plus largement d'assumer ses obligations relatives aux droits de l'homme en dehors de son territoire.

Deux exemples témoignent de la fragilité des solutions proposées actuellement par le droit international des droits de l'homme. Le premier concerne les condamnations à mort par le Hamas dans la bande de Gaza. Selon le Comité des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques génère, dans la zone, des obligations tant à l'égard d'Israël que de la Palestine. Ces obligations sont toutefois limitées. Concernant Israël, les formulations employées par le Comité sont ambiguës. Le Pacte génère à coup sûr des obligations négatives à son encontre⁶⁷, mais elles ne sont pas pertinentes ici puisque ce n'est pas Israël qui condamne à mort à Gaza. Seules des obligations positives de prévention et de répression auraient ici une utilité. Mais de telles obligations ne sont pas clairement énoncées par le Comité⁶⁸ et il n'est pas

⁶² CIJ, Avis consultatif du 9 juillet 2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, § 111.

⁶³ CourEDH, GC, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), n° 15318/89, § 62 ; CourEDH, GC, *Ilaşcu et al. c. Moldova et Russie*, loc. cit., § 314-316 ; CourEDH, GC, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, loc. cit., § 138-139 ; CourEDH, GC, 19 octobre 2012, *Catan et al. c. République de Moldova et Russie*, n° 43370/04 et al., § 106-107.

⁶⁴ CourEDH, GC, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, *ibid.*, § 138 ; CourEDH, GC, *Catan et al. c. République de Moldova et Russie*, *ibid.*, § 106.

⁶⁵ A. BERKES, *International Human Rights Law Beyond State Territorial Control*, Cambridge University Press, 2021, p. 24.

⁶⁶ Voir Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 31, loc. cit.

⁶⁷ Selon la formulation du Comité des droits de l'homme, le Pacte s'applique « à toute action des autorités ou des agents de l'Etat partie [Israël] qui porte atteinte à l'exercice des droits consacrés dans le Pacte par les individus placés sous sa juridiction, indépendamment de l'endroit où ils se trouvent ». Voir Observations finales du Comité des droits de l'homme concernant le quatrième rapport périodique d'Israël, CCPR/C/ISR/Co/4, 21 novembre 2014, pt. 5 ; Observations finales du Comité des droits de l'homme concernant le deuxième rapport périodique d'Israël, CCPR/Co/78/ISR, 21 août 2003, pt. 11 ; Observations finales du Comité des droits de l'homme concernant le premier rapport périodique d'Israël, CCPR/C/79/Add.93, 18 août 1998, pt. 10.

⁶⁸ Avec une formulation qui peut laisser penser que le Pacte implique des obligations positives pour Israël dans les territoires occupés, voir Observations finales du Comité des droits de l'homme concernant le troisième rapport périodique d'Israël, CCPR/C/ISR/Co/3, 3 septembre 2010, pt. 5 : « Conformément à l'Observation générale n° 31

certain qu'Israël pourrait s'en acquitter effectivement puisqu'il n'exerce plus de contrôle effectif dans la zone depuis 2005. De toute façon, Israël rejette catégoriquement l'application du Pacte à son égard dans les territoires occupés et en particulier à Gaza⁶⁹. Pour sa part, l'Etat de Palestine doit assumer ses obligations « to the extent of its jurisdiction and effective control »⁷⁰. Or, l'Autorité palestinienne n'exerce aucun contrôle sur le Hamas, qui utilise un système judiciaire et législatif parallèle, et ne reconnaît pas les actes du Hamas, qu'elle considère comme illégaux⁷¹. D'ailleurs, les condamnations à mort par le Hamas sont fondées sur un Code pénal de 1936 qui ne s'applique plus en Cisjordanie⁷², et le Président de l'Autorité palestinienne refuse de les valider depuis 2005⁷³.

Le second exemple concerne les condamnations à mort par les Républiques autoproclamées dans l'Est de l'Ukraine. En 2015, dans le cadre de la procédure de contrôle sur rapports, le Comité des droits de l'homme s'est dit « préoccupé par les informations faisant état de graves violations du Pacte dans le Donbass (Ukraine) imputées à des forces sur lesquelles l'Etat partie [la Fédération de Russie] semble avoir une influence considérable, pouvant constituer un contrôle effectif ». En conséquence, il engageait ledit Etat « à assurer l'application du Pacte eu égard aux actes perpétrés par des groupes armés et par les autorités proclamées de la "République populaire de Donetsk" [et] de la "République populaire de Lougansk" [...], autoproclamées, dans la mesure où l'influence qu'il exerce sur ces groupes et ces autorités équivaut à un contrôle effectif de leurs activités »⁷⁴. Mais la Russie affirmait en 2019 qu'elle « n'a jamais exercé et n'exerce pas de contrôle effectif sur le territoire du Donbass ». Elle considérait que « toute question ayant trait à l'application sur ce territoire des dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques doit être adressée directement aux parties au conflit, à savoir l'Ukraine, la République populaire de Donetsk et la République populaire de Lougansk »⁷⁵.

Avant même l'agression armée de l'Ukraine par la Russie en 2022, le premier Etat avait saisi la Cour européenne des droits de l'homme en soutenant que le second exerçait, depuis 2014, un contrôle effectif sur les séparatistes pro-russes et donc que sa responsabilité devrait être engagée pour les violations des droits de l'homme commises par eux dans le Donbass⁷⁶.

du Comité, l'Etat partie devrait faire en sorte que toute personne relevant de sa compétence ou se trouvant sous son contrôle effectif puisse jouir pleinement des droits consacrés par le Pacte » et pt. 10 : Israël « devrait également veiller à ce que toutes les précautions soient prises pour protéger le droit à la vie de chaque civil, y compris des civils dans la bande de Gaza ».

⁶⁹ Cinquième rapport périodique soumis par Israël au Comité des droits de l'homme, CCPR/C/ISR/5, 30 octobre 2019, par. 24.

⁷⁰ Human Rights Council, Report of the detailed findings of the independent international Commission of inquiry on the protests in the Occupied Palestinian Territory, A/HRC/40/CRP.2, 18 March 2019, par. 49.

⁷¹ Comité contre la torture, Rapport initial soumis par l'Etat de Palestine en application de l'article 19 de la Convention, CAT/C/PSE/1, 26 août 2019, par. 9.

⁷² Le Hamas soutient que, en l'absence d'élections législatives depuis 2006, aucune autorité législative élue n'a pu légitimement abolir les dispositions pénales relatives à la peine de mort, qui continuent de ce fait d'être appliquées à Gaza.

⁷³ APCE, Abolition de la peine de mort dans les Etats membres et observateurs du Conseil de l'Europe, au Bélarus et dans les pays dont les parlements ont un statut coopératif – état des lieux, Note d'information révisée, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, AS/Jur (2021) 31, 10 décembre 2021, par. 39 ; Palestinian Centre for Human Rights, « Military Court in Gaza Issues 2 Death Sentences against 2 Persons, including Civilian, Convicted of Collaborating with Occupation », 13 October 2022, Press release, Ref : 131/2022.

⁷⁴ Observations finales concernant le septième rapport périodique de la Fédération de Russie, CCPR/C/RUS/CO/7, 28 avril 2015, par. 6.

⁷⁵ Huitième rapport périodique soumis au Comité des droits de l'homme par la Fédération de Russie en application de l'article 40 du Pacte, CCPR/C/RUS/8, 17 mai 2019, par. 387 et 388.

⁷⁶ Depuis 2014, il y a eu au total neuf requêtes interétatiques *Ukraine c. Russie*, qui sont actuellement pendantes. Six requêtes de l'Ukraine contre la Russie sont relatives à la Crimée et à l'Est de l'Ukraine. Elles portent sur des allégations de l'Ukraine selon lesquelles la Russie et des groupes armés contrôlés par elle auraient commis des violations de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces six affaires ont été réunies en deux, dont l'une

En 2020, la Russie niait toujours, farouchement, toute implication de sa part⁷⁷, ce qui excluait sa responsabilité. Dans sa décision sur la recevabilité du 30 novembre 2022, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « les zones tenues par les séparatistes dans l'est de l'Ukraine [...] se sont trouvées à partir du 11 mai 2014 sous le contrôle effectif de la Fédération de Russie »⁷⁸. Mais il n'est pas exclu que la Russie refuse d'exécuter l'arrêt ultérieur au fond, comme elle refuse d'exécuter les arrêts dans les affaires du groupe *Catan et autres* et celles du groupe *Mozer*⁷⁹, en contestant l'exercice de sa juridiction en Transnistrie. L'exclusion de la Russie du Conseil de l'Europe à compter du 16 mars 2022 et le fait qu'elle ait cessé d'être partie à la CEDH depuis le 16 septembre 2022 sans être pour autant déliée de son obligation d'exécuter les arrêts de la Cour relatifs à des faits antérieurs⁸⁰, risquent d'aggraver encore cet état de fait, d'autant plus que le parlement russe a voté le 7 juin 2022 une loi autorisant le gouvernement à ne plus exécuter les arrêts de la Cour⁸¹.

Compte tenu de ces impasses, il a été proposé de dépasser la logique purement statocentrée du droit international pour faire peser des obligations de protection des droits de l'homme directement sur les groupes armés suffisamment structurés pour les assumer.

B. L'alternative d'une soumission des entités non étatiques à des obligations relatives aux droits de l'homme

En vertu du droit international des droits de l'homme seul l'Etat est habilité à créer des juridictions et à édicter des sanctions pénales⁸². Dans le cadre de cette branche du droit, il ne saurait donc être question de légitimer les « juridictions » non étatiques respectueuses des garanties du procès équitable au moyen d'une interprétation des textes pertinents. Le raisonnement doit donc être différent de celui qui a été exposé précédemment mais aboutit, par d'autres voies, à une forme de légitimation de telles « juridictions ».

Une partie de la doctrine anglophone défend en effet l'idée selon laquelle il serait pertinent de dépasser les rigidités actuelles du droit international, pour accepter de faire également peser des obligations de protection des droits de l'homme directement sur des acteurs non étatiques, dont les groupes armés et les régimes *de facto* qui disposent d'une structuration institutionnelle suffisante et exercent des compétences normatives et coercitives. L'argument

concerne l'Est de l'Ukraine (n° 8019/16). Outre ces requêtes interétatiques, plus de 4 000 requêtes individuelles liées aux événements en Crimée ou aux hostilités dans l'Est de l'Ukraine à partir de 2014 sont actuellement pendantes devant la Cour. Voir Communiqué de presse du Greffier de la Cour, CEDH 277 (2018), 27 août 2018. En décembre 2018, la Cour a décidé d'ajourner l'examen des requêtes individuelles concernant l'Est de l'Ukraine, dans l'attente d'un arrêt dans l'affaire interétatique.

⁷⁷ Assemblée générale des Nations Unies, Soixante-quatorzième session, AG/12241, 20 février 2020.

⁷⁸ CourEDH, GC, 30 novembre 2022, *Ukraine et Pays-Bas c. Russie*, n° 8019/16 et al., § 695.

⁷⁹ Voir APCE, Mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : 11e rapport, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Doc. 15742, 11 avril 2023, par. 38-40. Voir aussi la décision des Délégués des Ministres adoptée à la 1436^e réunion des 8-10 juin 2022, CM/Del/Dec(2022)1426/H46-25, 10 juin 2022.

⁸⁰ Comité des Ministres, Résolution CM/Res (2022) 2 sur la cessation de la qualité de membre de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe, 16 mars 2022 ; CourEDH, Résolution du 22 mars 2022 sur les conséquences de la cessation de la qualité de membre du Conseil de l'Europe de la Fédération de Russie à la lumière de l'article 58 de la Convention européenne des droits de l'homme ; Comité des Ministres, Résolution CM/Res (2022) 3 sur les conséquences juridiques et financières de la cessation de la qualité de membre du Conseil de l'Europe de la Fédération de Russie, 23 mars 2022, par. 7.

⁸¹ Comité des Ministres, Propositions pour une éventuelle stratégie concernant la surveillance de l'exécution des affaires pendantes contre la Fédération de Russie, CM/Inf/DH (2022) 25, 8 décembre 2022, par. 4.

⁸² J. SOMER, « Jungle justice: passing sentence on the equality of belligerents in non-international armed conflict », *loc. cit.*, p. 689.

principal consiste à rappeler que les droits de l'homme sont reconnus aux individus, qui doivent en jouir quelle que soit l'autorité exerçant un contrôle sur le territoire où ils se trouvent⁸³.

La solution est séduisante car elle permet de combler une brèche juridique qui s'ouvre lorsqu'un Etat perd le contrôle sur une portion de son territoire. Elle est d'autant plus opportune qu'elle met des obligations de protection des droits de l'homme à la charge des entités qui sont les plus à même de les violer, mais aussi de les protéger, dans de telles situations. Cela permettrait notamment d'imposer le respect des standards internationaux relatifs à la peine de mort aux entités non étatiques qui prononcent des sentences capitales. Mais, en l'état actuel, cette proposition est entourée d'un certain nombre d'incertitudes.

La première d'entre elles concerne le fondement juridique permettant de mettre des obligations internationales à la charge d'entités non étatiques. Le fondement conventionnel étant exclu puisque les entités non étatiques ne sont pas admises à ratifier des traités, différents autres fondements juridiques ont été invoqués par la doctrine. Outre les questionnements théoriques que le choix du fondement peut soulever, il a également un impact sur l'étendue des obligations qui pourraient être mises à la charge de ces entités.

Le droit coutumier⁸⁴ et le *jus cogens*⁸⁵ ont été invoqués, ce qui pose la délicate question de savoir quel est exactement le périmètre des obligations relevant du droit coutumier et *du jus cogens* dans le champ des droits de l'homme. Cette question ne reçoit pas de réponse définitive en droit international général⁸⁶. Il n'est pas non plus établi que tous les standards internationaux relatifs à la peine de mort relèvent de ces catégories de normes. Sans doute est-il néanmoins possible d'admettre que le droit à la vie est une norme coutumière⁸⁷, que la prohibition de la peine de mort est une norme coutumière régionale à l'échelle européenne, et que l'interdiction de la peine de mort à l'égard des crimes commis par des mineurs est une norme de *jus cogens*, comme l'a affirmé la Commission interaméricaine des droits de l'homme⁸⁸.

Une autre source largement mobilisée par la doctrine réside dans les fonctions étatiques exercées de fait par les entités non étatiques⁸⁹. Le fait d'imposer des obligations relatives aux droits de l'homme ne reposerait plus sur le titre juridique à l'égard d'un territoire, comme c'est principalement le cas s'agissant des Etats. Ces obligations seraient la conséquence de l'effectivité du contrôle exercé sur un territoire et la population qui s'y trouve, ainsi que de la capacité des entités concernées à assumer des obligations en raison de la mise en place par elles de structures institutionnelles, en particulier des organes judiciaires et d'enquête, à même de respecter et de faire respecter ces obligations. Cette approche capacitaire conduit à penser que, pour être réaliste, la portée des obligations imposées doit être modulée en fonction de la réalité

⁸³ K. FORTIN, *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law*, Oxford University Press, 2017, pp. 274-276 et 378.

⁸⁴ Voir not. A. BERKES, *International Human Rights Law Beyond State Territorial Control*, *op. cit.*, p. 177.

⁸⁵ Voir K. FORTIN, *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law*, *op. cit.*, p. 20.

⁸⁶ Sur le débat à propos de l'idée selon laquelle les droits de l'homme, ou au moins une partie d'entre eux, auraient un fondement coutumier, voir B. SIMMA, Ph. ALSTON, « The Sources of Human Rights Law. Custom, Jus Cogens and General Principles », *Australian Yearbook of International Law*, 1992, pp. 82-108 ; R. B. LILLICH, « The Growing Importance of Customary International Human Rights Law », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1995-1996, pp. 10 et s.

⁸⁷ K. FORTIN, *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law*, *op. cit.*, p. 385.

⁸⁸ CommIADH, 22 octobre 2002, *Michael Domingues c. Etats-Unis d'Amérique*, Rapport n° 62/02, Affaire 12.285.

⁸⁹ Voir not. H.-J. HEINTZE, « Are De Facto Regimes Bound by Human Rights ? », *OSCE Yearbook*, 2009, p. 272 ; Y. RONEN, « Human Rights Obligations of Territorial Non-state Actors », *Cornell International Law Journal*, 2013, vol. 46, n° 1, pp. 25-30 ; D. MURRAY, *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups*, Hart Publishing, 2016, p. 75 ; A. MÜLLER, « Can Armed Non-state Actors Exercise Jurisdiction and Thus Become Human Rights Duty-bearers ? », *Human Rights Law Review*, 2020, n° 20, pp. 269-305 ; A. BERKES, *International Human Rights Law Beyond State Territorial Control*, *op. cit.*, pp. 177-178.

des charges qu'une entité non étatique est effectivement en capacité d'assumer⁹⁰. Cela peut amener à considérer que toutes les entités ne seraient pas nécessairement astreintes au respect des mêmes obligations, ou en tout cas que la profondeur de leurs obligations ne serait pas uniforme. Il en résulterait une décomposition très pragmatique des obligations relatives aux droits de l'homme. Cette décomposition concernerait d'abord la distinction classique entre obligations négatives et obligations positives, ou encore entre les obligations de respecter, de protéger et de réaliser les droits de l'homme. Il semble en effet plus facile d'imposer des obligations négatives d'abstention aux entités non étatiques. Sous cet angle et selon ce que prévoit le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il pourrait être attendu des entités non étatiques qu'elles respectent la prohibition du recours à la peine de mort à l'égard de certaines catégories de personnes – les mineurs au moment des faits incriminés et les femmes enceintes – et qu'elles ne condamnent à mort que pour « les crimes les plus graves ». Ces entités devraient être en capacité de respecter ces normes, qui impliquent globalement des obligations négatives, quel que soit leur niveau d'organisation institutionnelle. En revanche, il semble raisonnable de penser que l'étendue des garanties procédurales à respecter, qui renvoient en partie à des obligations positives, devra être déterminée au cas par cas, en fonction de la réalité de terrain.

Un troisième fondement, de loin le plus commode, réside dans l'engagement unilatéral de certains groupes armés ou régimes *de facto* à respecter les droits de l'homme en général, ou certains instruments de protection plus spécifiquement⁹¹. En relation avec la thématique qui nous occupe, le Hamas, qui ne peut pas en tant que tel ratifier des traités relatifs aux droits de l'homme, a par exemple déclaré s'estimer lié par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹². Il devrait donc, en théorie, respecter les normes encadrant le recours à la peine de mort prévues à l'article 6 du Protocole.

Certains organes de protection des droits de l'homme se sont engagés dans la voie consistant à faire peser des obligations relatives aux droits de l'homme sur des groupes armés ou des régimes *de facto*. Sur le sujet spécifique qui nous intéresse, le Rapporteur spécial du Conseil des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires et arbitraires considère par exemple que « [the] prohibition against extrajudicial killings constitutes a *jus cogens* norm applicable to all ANSAs »⁹³. Le Conseil des droits de l'homme a reconnu des obligations relatives aux droits de l'homme à la charge du Hamas à Gaza⁹⁴. Sans utiliser une formulation faisant référence à des obligations à proprement parler, le Comité des Nations Unies contre la torture a souligné que « Hamas authorities in the Gaza Strip should take immediate steps to end its campaign of [*inter alia*] deliberate and unlawful killings [...] and to punish those responsible »⁹⁵. Jugeant le moratoire sur les exécutions insuffisant, le Comité

⁹⁰ D. TAN, « Filling the Lacuna : *De Facto* Regimes and Effective Power in International Human Rights Law », *New York University Journal of International Law and Politics*, 2019, pp. 485-489 ; A. BERKES, *International Human Rights Law Beyond State Territorial Control*, *op. cit.*, pp. 195-197.

⁹¹ Pour une vision globale, voir par exemple A. BERKES, *ibid.*, pp. 190-194.

⁹² Conseil des droits de l'homme, La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés, A/HRC/8/17, 6 juin 2008, par. 9 ; Human Rights Watch, *Two Authorities, One Way, Zero Dissent. Arbitrary Arrest & Torture Under the Palestinian Authority & Hamas*, October 2018, Annex VII: Unofficial Translation of Letter from Gaza Internal Security to Human Rights Watch, p. 129 : « The Ministry of Interior and National Security is committed to the international human rights treaties that have been ratified by Palestine, in particular the ICCPR and the Convention Against Torture ».

⁹³ Human Rights Council, A/HRC/38/44, *loc. cit.*, par. 56.

⁹⁴ Voir par exemple Conseil des droits de l'homme, A/HRC/8/17, *loc. cit.*, par. 4 et 9 ; Conseil des droits de l'homme, La situation des droits de l'homme en Palestine et dans les autres territoires arabes occupés, Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza, A/HRC/12/48, 25 septembre 2009, par. 305 ; Human Rights Council, A/HRC/40/CRP.2, *loc. cit.*, par. 50.

⁹⁵ Committee against torture, Consideration of reports submitted by states parties under article 19 of the convention, Concluding observations, CAT/C/ISR/CO/4, 23 June 2009, par. 34.

européen pour la prévention de la torture a recommandé pour sa part aux autorités de la « République moldave de Transnistrie »⁹⁶ et à celles d'Abkhazie⁹⁷ d'adopter un nouveau Code pénal en conformité avec les standards abolitionnistes du Conseil de l'Europe.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme mérite également d'être mentionnée, même si elle ne porte qu'exceptionnellement sur des condamnations à mort. La Cour admet la validité, au sens de la Convention, de « lois » adoptées par des entités non étatiques : au sujet de la République turque de Chypre Nord, elle considère que, « when [...] an act of the "TRNC" authorities is in compliance with laws in force within the territory of northern Cyprus, those acts should in principle be regarded as having a legal basis in domestic law for the purposes of the Convention »⁹⁸. Les décisions prises par les « juridictions », y compris pénales, d'une entité non reconnue ne sont pas non plus automatiquement illégales. Elles « peuvent passer pour être rendues "selon les voies légales", au regard de la Convention »⁹⁹, dès lors qu'elles relèvent « d'un système judiciaire fonctionnant sur une base "constitutionnelle et juridique" reflétant une tradition judiciaire conforme à la Convention »¹⁰⁰. Cela suppose essentiellement que les « juridictions » considérées respectent les garanties minimales du procès équitable, dont les exigences d'indépendance et d'impartialité¹⁰¹. Il est possible d'en déduire que « the ECHR normative regime (but not the supervisory arrangement) is opposable to the de facto regime »¹⁰². Certes, ce n'est que de façon très indirecte que la Cour impose des obligations relatives aux droits de l'homme à des entités non étatiques, en ce sens que ces obligations pèsent théoriquement sur l'Etat exerçant un contrôle *de facto* dans la zone, dont la responsabilité internationale peut être engagée s'il ne les fait pas respecter par les autorités de fait qui lui sont subordonnées. Autrement dit, selon la logique stato-centrée de la Cour, ces « juridictions » non étatiques sont considérées comme les organes judiciaires de l'Etat partie à la Convention qui exerce sa juridiction dans la zone. Il n'en reste pas moins que la Cour peut accepter les décisions de « juridictions » non étatiques respectueuses des standards de la Convention, ce qui peut constituer un facteur de légitimation d'entités étatiques contestées de nature à les inciter à se conformer aux standards fixés par la Convention. Cette conclusion peut servir à alimenter la tendance visant à imposer des obligations relatives aux droits de l'homme à des régimes *de facto*. Il paraît tout de même évident que, dans le contexte européen d'abolition générale de la peine de mort, la Cour européenne ne se contenterait pas du fait que des sentences capitales aient été prononcées aux termes de procès équitables.

Quel que soit le fondement juridique mobilisé et la portée des obligations imposées, le fait de considérer que des entités non-étatiques puissent être directement débitrices

⁹⁶ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Report on the visit to the Transnistrian region of the Republic of Moldova carried out from 27 to 30 November 2000 and Responses of the local authorities of the Transnistrian region, CPT/Inf (2002) 35, 12 December 2002, pp. 11 et 31.

⁹⁷ CPT, Report on the visit to the region of Abkhazia, Georgia, carried out from 27 April to 4 May 2009, CPT/Inf (2009) 38, par. 50 et p. 51. Dans le même sens, voir Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Mission en Géorgie, E/CN.4/2006/6/Add.3, par. 54 et 61. Un moratoire sur les exécutions a été adopté par les autorités d'Abkhazie en 2007.

⁹⁸ CourEDH, 24 juin 2008, *Foka c. Turquie*, n° 28940/95, § 84 ; CourEDH, 24 février 2009, *Protopapa c. Turquie*, n° 16084/90, § 94.

⁹⁹ CourEDH, GC, 23 février 2016, *Mozzer c. République de Moldova et Russie*, n° 11138/10, § 142-143.

¹⁰⁰ CourEDH, GC, *Ilaşcu et al. c. Moldova et Russie*, loc. cit., § 460. Dans cette affaire, l'un des requérants, M. Ilaşcu, avait été condamné à mort par le « Tribunal suprême de la RMT » (République moldave de Transnistrie) en 1993, avant que la Moldova ne ratifie les Protocoles n° 6 et 13 à la CEDH et avant que la Russie ne ratifie la CEDH. La Cour a établi que cette condamnation n'avait pas de base légale parce que le « Tribunal suprême de la RMT » « appartient à un système dont il est difficile de dire qu'il fonctionne sur une base constitutionnelle et juridique reflétant une tradition judiciaire conforme à la Convention » (§ 436).

¹⁰¹ CourEDH, *Protopapa c. Turquie*, loc. cit., § 83-89.

¹⁰² A. CULEN, S. WHEATLEY, « The Human Rights of Individuals in *De Facto* Regimes under the European Convention on Human Rights », loc. cit., p. 712.

d'obligations internationales de protection des droits de l'homme peut constituer un facteur de légitimation de ces entités sur la scène internationale. Apparaît alors à nouveau l'obstacle politique de la réticence des Etats à reconnaître des obligations relatives aux droits de l'homme à des entités qui ont clairement pour dessein de concurrencer certains d'entre eux sur leur propre territoire¹⁰³. Le risque que les Etats directement concernés se déchargent de toute obligation à l'égard de la portion de leur territoire qu'ils ne contrôlent pas doit également être relevé.

* *
*

Dans un monde parfait, la peine de mort serait abolie et des entités non étatiques ne prononceraient pas de sentences capitales. Mais les situations dans lesquelles des autorités de fait prennent le contrôle sur une partie du territoire d'un Etat sont l'antithèse d'un monde parfait. Face à de telles situations, la meilleure solution serait d'interdire aux entités non étatiques de condamner à mort. Il n'est nul besoin d'être de nature pessimiste pour admettre que cet interdit ne serait pas nécessairement respecté. Une solution plus pragmatique consiste à admettre que le droit humanitaire fournit une base légale permettant aux groupes armés de condamner à mort, sous réserve du respect des standards internationaux en la matière. Dans le prolongement, il pourrait être admis que des obligations relatives aux droits de l'homme pèsent sur les acteurs non étatiques, qui sont tenus de respecter aussi les normes encadrant le recours à la peine de mort posées par le droit international des droits de l'homme. Certes, la solution est loin d'être optimale. Pour commencer, le non-respect des normes internationales pourrait tout au plus donner lieu à l'engagement de la responsabilité pénale individuelle des membres du groupe, au niveau national ou international. Compter sur l'adhésion spontanée des acteurs non étatiques aux normes encadrant le recours à la peine de mort serait une option, l'intérêt pour eux étant d'en tirer une forme de légitimation qui pourrait faciliter leur acceptation par la communauté internationale¹⁰⁴. Une telle légitimation est théoriquement possible, mais politiquement délicate.

L'étape d'après serait de considérer qu'il est de loin préférable que les personnes condamnées soient détenues plutôt qu'exécutées. Surgit alors une autre question délicate et débattue, celle de savoir si le droit international fournit une base légale à la détention non arbitraire par les groupes armés, et si oui pour quelles personnes¹⁰⁵.

¹⁰³ A. MÜLLER, « Can Armed Non-state Actors Exercise Jurisdiction and Thus Become Human Rights Duty-bearers ? », *loc. cit.*, p. 298.

¹⁰⁴ M. SCHOISWOHL, « *De facto* Regimes and Human Rights Obligations – the Twilight zone of Public international Law ? », *Austrian Review of International and European Law*, 2001, n° 6, p. 87.

¹⁰⁵ Voir not. D. MURRAY, « Non-State Armed Groups, Detention Authority in Non-International Armed Conflict, and the Coherence of International Law : Searching for a Way Forward », *Leiden Journal of International Law*, 2017, vol. 30, n° 2, pp. 435-456 ; F. MEGRET, « Detention by Non-State Armed Groups in Non-International Armed Conflict : International Humanitarian Law, International Human Rights and the Question of Right Authority », in E. HEFFES, M. D. KOTLIK, M. VENTURA (eds.), *International Humanitarian Law and Non-State Actors : Debates, Law and Practice*, Springer, 2020, pp. 169-194.