

DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE ET LÉGISLATION BELGE ANTITERRORISTE : L'ARTICLE 141BIS DU CODE PÉNAL DANS LES DOSSIERS SYRIENS ET KURDES (1)

PAR

Raphaël VAN STEENBERGHE*

INTRODUCTION

Les juridictions pénales belges ont récemment été amenées à traiter de questions de droit international humanitaire dans différentes affaires liées au terrorisme international (2). Il s'agissait plus particulièrement d'affaires dans lesquelles des personnes suspectées d'avoir rejoint des groupes terroristes,

* Chercheur qualifié FNRS et chargé de cours UCLouvain, Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen.

(1) Cette contribution approfondit et développe les idées déjà exposées dans les deux articles suivants : R. VAN STEENBERGHE, « Les interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international. Second volet : droit applicable (*jus in bello*) », *A.F.D.I.*, 2017, pp. 83-89 ; P. JACQUES, R. VAN STEENBERGHE, « L'article 141bis du Code pénal : première application dans l'affaire du PKK », *J.T.*, 2019, pp. 178-181. Sa rédaction a été achevée en février 2019 sur la base des informations disponibles jusqu'en janvier de la même année. Elle ne commente donc pas la décision rendue par la chambre des mises en accusation le 8 mars 2019 dans l'affaire du PKK (Bruxelles (ch. des mises en accusation), 8 mars 2019, inédit, arrêt n° 2019/939).

(2) De nombreuses décisions prises dans ces affaires n'ont pas été publiées. Néanmoins, ces décisions contiennent généralement des développements similaires à certaines des décisions rendues publiques. Voy. Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, FD35.98.47-12 — AN35.FI.1809-12, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20150211-2 ; Corr. Bruxelles (49° ch.), 29 juillet 2015, inédit, FD35.97.15-12, FD35.97.5-13, FD35.98.144-15 ; Corr. Bruxelles (70° ch.), 6 novembre 2015, FD35.98.212/11, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20151106-5 ; Anvers (14° ch. corr.), 27 janvier 2016, inédit, arrêt n° 1/2016, FD35.98.47-12 — AN35.FI.1809-1 ; Corr. Bruxelles (90° ch.), 27 janvier 2016, inédit, FD35.98.374-14 ; Bruxelles (12° ch. corr.), 14 avril 2016, arrêt n° 2016/1262, 9 FC 2015, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20160414-5 ; Corr. Bruxelles (41° ch.), 3 novembre 2016, inédit, FD.35.98.54/09, FD.35.98.634/06, FD.35.98.502/07 ; Bruxelles (mis. acc.), 19 septembre 2017, inédit, arrêt n° 2017/2911 ; Corr. Bruxelles (90° ch.), 11 juin 2018, inédit, FD35.98.287-15. Voy. égal. les arrêts suivants de la Cour de cassation en cette matière : Cass., 24 mai 2016, n° P.16.0244.N, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-20160524-5&idxc_id=303374&lang=FR ; Cass., 13 février 2018, inédit, RG. P.17.1023.N/1. Le premier arrêt de la Cour de cassation (24 mai 2016), rendu public, cite certains extraits pertinents de l'arrêt précité de la cour d'appel d'Anvers du 27 janvier 2016 (Anvers (14° ch. corr.), 27 janvier 2016, inédit, arrêt n° 1/2016, FD35.98.47-12 — AN35.FI.1809-1).

principalement en Syrie, étaient poursuivies pour infractions terroristes selon la législation belge. Les raisons de cet examen du droit international humanitaire par les juridictions belges tiennent à l'existence d'un article particulier dans le Code pénal : l'article 141*bis* (3). Celui-ci stipule en effet, non sans certaines imprécisions grammaticales regrettables (4), que les infractions terroristes prévues par le Code « ne s'applique[nt] pas aux activités des forces armées en période de conflit armé, tels que définis et régis par le droit international humanitaire, ni aux activités menées par les forces armées d'un État dans l'exercice de leurs fonctions officielles, pour autant qu'elles soient régies par d'autres règles de droit international ». L'article a ainsi été invoqué devant les juridictions afin que les préventions d'infractions terroristes ne soient pas retenues à l'encontre des personnes poursuivies (5), au motif que ces personnes étaient membres de forces armées, parties à un conflit armé au sens du droit international humanitaire et que leurs actes étaient régis exclusivement par ce droit.

L'article 141*bis* constitue ce que d'aucuns qualifient de clause d'« exclusion » des infractions terroristes ou de clause de « sauvegarde » du droit international humanitaire (6). Une telle clause vise à éviter le chevauchement de deux régimes juridiques en temps de conflit armé, en excluant l'application de la législation antiterroriste à tous les actes des forces armées régis par le droit international humanitaire. En droit belge, il s'agit d'éviter toute contradiction entre les règles qui sanctionnent les infractions terroristes (articles 137

(3) Cet article trouve son origine dans le préambule de la décision-cadre de l'Union européenne du 13 juin 2002 (décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *J.O.C.E.*, L 164 du 22 juin 2002, pp. 3 et s.), remplacée par la directive 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme (*J.O.C.E.*, L 88 du 31 mars 2017, pp. 6 et s.). Une disposition similaire est prévue dans diverses conventions internationales relatives à la lutte contre le terrorisme (cf. *infra*, note 15).

(4) Il est en effet regrettable que l'article contienne certaines imperfections grammaticales qui en compliquent la lecture : alors que les termes « tels que » renvoient à la fois aux « activités » et aux notions de « forces armées » et de « conflit armé », l'adjectif « définis » s'applique uniquement à ces deux notions tandis que l'adjectif « régis » concerne seulement les « activités » et aurait donc dû s'accorder au féminin (« régies »). Il convient dès lors de se reporter à la disposition, plus claire et grammaticalement correcte, de la directive européenne d'où l'article provient.

(5) Voy. not., au sujet de l'article 141*bis* et de la jurisprudence belge à cet égard, O. VENET, « Infractions terroristes et droit humanitaire : l'article 141*bis* du Code pénal », *J.T.*, 2010, pp. 169-172 ; V. KOUTROULIS, « Le jugement du Tribunal correctionnel d'Anvers dans l'affaire dite "Sharia4Belgium" et l'article 141*bis* du Code pénal belge », in A. JACOBS, D. FLORE (dir.), *Les combattants européens en Syrie*, Paris, L'Harmattan, 2015, pp. 85-103 ; « How have the Belgian courts dealt with the interplay between IHL and counter-terrorism offences? », Collège d'Europe et C.I.C.R., *Actes du Colloque de Bruges, Terrorisme, Contre-Terrorisme et Droit International Humanitaire*, 17^e Colloque de Bruges, 20-21 octobre 2016, pp. 107-118 ; M. WÉRY, « La délicate relation entre le droit international humanitaire et la législation antiterroriste : premiers échos de la pratique des juridictions belges concernant la clause d'exclusion prévue à l'article 141*bis* du Code pénal », in *Le Fort, le Faible et le Droit. Recueil de la Conférence des Assistants 2017*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 305-318 ; P. JACQUES, R. VAN STEENBERGHE, « L'article 141*bis* du Code pénal : première application dans l'affaire du PKK », *op. cit.*

(6) Voy. not. à ce sujet R. VAN STEENBERGHE, « Les interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international. Second volet : droit applicable (*jus in bello*) », *op. cit.*, p. 85.

et suivants du Code pénal) et celles qui punissent les violations graves du droit international humanitaire (articles 136*bis* et suivants du Code pénal).

Plusieurs éléments paraissent justifier une telle exclusion. Il convient tout d'abord de reconnaître que le droit international humanitaire constitue de manière générale le *corpus* juridique le mieux adapté pour régir tous les aspects liés aux conflits armés (7), ce qui est confirmé par les travaux préparatoires de la loi ayant introduit l'article 141*bis* dans le Code pénal belge (8). Ensuite, ce qui est considéré comme licite au regard du droit international humanitaire ne l'est pas forcément au regard du droit pénal national. En ce sens, un homicide ou une quelconque destruction de bien est susceptible d'être qualifié d'acte terroriste au sens de la législation pénale belge dès lors que l'intention de son auteur est de « contraindre indûment des pouvoirs publics [...] à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte » (9). Or, une telle intention est le propre de la plupart des actes commis en temps de conflit armé, particulièrement par les groupes armés luttant contre des forces étatiques. Ces actes sont dès lors susceptibles d'être qualifiés de terroristes, punissables à ce titre, même s'ils ne contreviennent pas au droit international humanitaire, tels que le fait de cibler les membres des forces armées ennemies. Une telle qualification affaiblirait les chances de respect du droit international humanitaire par les groupes armés puisque ceux-ci seraient sanctionnés même s'ils ont respecté ce droit (10). Enfin, on doit constater que le terrorisme fait déjà l'objet d'une réglementation spécifique en temps de conflit armé par le droit international humanitaire. Dans le cadre de la protection des civils contre les attaques, ce droit interdit « les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile » (11). Selon la jurisprudence internationale (12), la violation de cette interdiction est par ailleurs constitutive d'un crime de guerre spécifique, cette

(7) V. KOUTROULIS, « Le jugement du Tribunal correctionnel d'Anvers dans l'affaire dite "*Sharia4Belgium*" et l'article 141*bis* du Code pénal belge », *op. cit.*, p. 89.

(8) Projet de loi relatif aux infractions terroristes, Exposé des motifs, Chambre, Doc. n° 51-0258/001, 6 octobre 2003, pp. 15 et 16.

(9) Art. 137 du Code pénal.

(10) « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », Rapport du C.I.C.R., octobre 2015, <https://www.icrc.org/fr/document/le-droit-international-humanitaire-et-les-defis-poses-par-les-conflits-armes-contemporains>, pp. 17-18 et I. DE LA SERNA, « Des infractions terroristes », in M.-A. BEERNAERT, H.-D. BOSLY, M.L. CESONI (dir.), *Les infractions*, vol. 5, *Les infractions contre l'ordre public*, Bruxelles, Larcier, p. 195.

(11) Voy. not. l'article 13, 2), du deuxième protocole additionnel aux conventions de Genève de 1949 et l'article 51, 2), du premier protocole additionnel à ces conventions. Voy. égal. l'article 33 de la quatrième convention de Genève qui interdit, à l'instar des peines collectives, toutes mesures de terrorisme contre les personnes protégées (civils) étant donné que de telles mesures « frappent sans discrimination coupables et innocents » (J. PICTET, *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949. Volume IV*, 1958). De même, l'article 4, 2), d), du deuxième protocole aux conventions de Genève de 1949 interdit les actes de terrorisme à l'égard de ceux qui ne participent pas ou plus aux hostilités.

(12) Voy. not. T.P.I.Y., 1^{er} décembre 2007, *Le Procureur c. Dragomir Milošević*, IT-98-29/1-T, § 875; T.P.I.Y., 30 novembre 2006, *Le Procureur c. Stanislav Galic*, IT-98-29-A, §§ 103 et s.

infraction ayant été transposée dans la législation pénale belge. Le terrorisme est ainsi doublement limité en temps de conflit armé. D'une part, seul le but de répandre la terreur parmi la population civile est pris en compte, ce qui exclut d'autres buts non pertinents dans les conflits armés, comme celui de contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte. D'autre part, le terrorisme ne concerne que les attaques menées contre la population civile (13). Il n'est certes pas exclu que des attaques ciblant des objectifs militaires, entièrement licites au regard du droit international humanitaire, provoquent la terreur parmi les civils. Toutefois, de manière générale, les conflits armés constituent des situations terrorisantes (14). Aussi est-il normal que le droit international humanitaire circoncrive le terrorisme dans de telles situations. En définitive, le terrorisme en temps de guerre semble bien différent du terrorisme en temps de paix. Ces éléments conduisent à conclure que le droit international humanitaire paraît plus approprié que la législation antiterroriste pour régir le terrorisme dans les situations de conflits armés et que l'application de cette législation devrait être exclue dans ces situations.

C'est la raison d'être de l'article 141*bis*. De nombreuses conventions internationales contiennent une clause similaire (15). Peu d'États, par contre, ont intégré une telle clause dans leur législation. Ceux qui l'ont intégrée en ont par ailleurs généralement limité la portée (16). Celle prévue dans le Code

(13) Voy. not. en ce sens Y. SANDOZ, «L'applicabilité du droit international humanitaire aux actions terroristes», in J.-F. FLAUSS (dir.), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 52.

(14) Voy. not. en ce sens O. VENET, «Infractions terroristes et droit humanitaire : l'article 141*bis* du Code pénal», *op. cit.*, p. 172.

(15) Voy. not., au niveau mondial, «Convention internationale contre la prise d'otages», adoptée à New York le 17 décembre 1979, article 12; «Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif», adoptée à New York le 15 décembre 1997, article 19, § 2; «Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire», adoptée à New York le 13 avril 2005, article 4, § 2; «Projet de convention générale sur le terrorisme international», A/59/894, 12 août 2005, article 20, § 2. Certaines conventions régionales anti-terroristes excluent uniquement de leur champ d'application les actes commis dans le cadre des guerres de libération nationale au sens de l'article 1, § 4, du premier protocole additionnel aux conventions de Genève : voy. not. la «Convention arabe relative à la répression du terrorisme», adoptée au Caire le 22 avril 1998, https://ctaf.bct.gov.tn/ctaf_f/userfiles/files/lea_f.pdf; «Convention de l'O.U.A. sur la Prévention et la Lutte contre le Terrorisme», adoptée à Alger le 14 juillet 1999, article 3, 1), <http://www.peaceau.org/uploads/algeriens-convention-terrorism-fr.pdf>; «Convention de la Conférence de l'Organisation islamique pour combattre le terrorisme», adoptée à Ouagadougou le 1^{er} juillet 1999, https://www.oic-oci.org/upload/pages/conventions/fr/OIC_Convention_to_Combat_Terrorism_fr.pdf, article 2, a).

(16) Voy. not. la législation des États-Unis, qui prévoit des clauses d'exclusion en fonction d'actes spécifiques, en particulier les «[a]cts of nuclear terrorism» (18 U.S. Code § 2332i — (d)) et «[b]ombings of places of public use, government facilities, public transportation systems and infrastructure facilities» (18 U.S. Code § 2332f — (d)). Voy. égal. la législation canadienne qui reconnaît l'application de la clause d'exclusion uniquement par rapport aux actes licites en droit international humanitaire (Code criminel, L.R.C., 1985, ch. C-46, Partie II. Infractions terroristes, 83.01 (1), b), <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-46/>). L'exclusion n'opère plus et la qualification terroriste redevient donc applicable dans les cas d'actes illicites en droit international humanitaire. Une telle

pénal belge est, quant à elle, exceptionnellement large. Tout d'abord, l'article 141*bis* exclut des infractions terroristes tous les actes des forces armées régis par le droit international humanitaire, que ces actes soient licites ou non au regard de ce droit. Ensuite, selon la jurisprudence nationale (17) ainsi que les travaux préparatoires de la loi l'ayant introduite dans le Code pénal (18), l'article en question s'applique aux conflits armés tant internationaux que non internationaux et bénéficie aussi bien aux membres des forces armées étatiques qu'à ceux de groupes armés. Enfin, il porte sur toutes les infractions terroristes contenues dans le Code pénal.

L'article 141*bis* n'a généralement pas reçu un accueil favorable de la part des juridictions pénales belges. Celles-ci en ont écarté l'application dans les nombreuses décisions rendues dans les dossiers syriens (I). Son application n'a été admise que dans une affaire relative au Parti des Travailleurs du Kurdistan (PKK) (II).

I. — REJET DE L'ARTICLE 141*BIS* DANS LES DOSSIERS SYRIENS

L'invocation de l'article 141*bis* a été rejetée par les juridictions belges dans toutes les affaires où les personnes étaient poursuivies pour avoir rejoint l'État islamique ou des groupes armés affiliés à Al-Qaida en Syrie. Ces personnes ont dès lors été le plus souvent condamnées pour participation à une organisation terroriste, infraction prévue à l'article 140 du Code pénal belge. Ce rejet est toutefois contestable (19). Le raisonnement adopté est le plus souvent lacunaire ou confus. Il se fonde par ailleurs sur des interprétations du droit international humanitaire difficilement conciliables avec celles qui se dégagent de la jurisprudence internationale et des travaux des institutions les plus autorisées, telles que le Comité international de la Croix-Rouge (C.I.C.R.), qu'il s'agisse de l'interprétation des notions de « conflit armé » (A) et de « forces armées » (B) ou de la manière de concevoir l'interaction entre ces deux notions (C). Il est interpellant à cet égard que la Cour de cassation, saisie dans l'une de ces affaires, n'ait pas sanctionné de tels errements (D). On s'interrogera dès lors sur les raisons susceptibles d'expliquer la réticence

approche est peu logique. Elle conduit à reconnaître la spécificité du droit international humanitaire en ce qui concerne la réglementation du terrorisme en temps de conflit armé lorsque l'acte auquel il s'applique est licite mais à lui dénier une telle spécificité dès lors qu'il y a violation de ses règles. Or, une telle spécificité demeure. Elle est inhérente aux règles du droit international humanitaire et ne dépend pas de la licéité de l'acte au regard de ce droit (voy. à ce sujet R. VAN STEENBERGHE, « Les interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international. Second volet : droit applicable (*jus in bello*) », *op. cit.*, p. 86).

(17) Cf. *supra*, note 1.

(18) Voy. not. « Exposé des motifs », Chambre, Doc. n° 51-0258/001, p. 16.

(19) La doctrine portant sur la question est unanime en ce sens ; voy. les auteurs mentionnés note 5.

des juridictions belges à appliquer la clause d'exclusion dans toutes ces affaires (E).

A. — *Un « conflit armé »*

L'ensemble des décisions prises dans les dossiers syriens ont écarté l'application de l'article 141*bis* au motif essentiellement que les groupes terroristes que les personnes poursuivies avaient rejoint en Syrie ne constituaient pas une « force armée » au sens du droit international humanitaire, conformément à ce qu'exige l'article 141*bis*. Aussi paraissait-il nécessaire que les juges se prononcent au préalable sur le type de conflit armé auquel participaient ou auraient été susceptibles de participer ces groupes (20). En effet, la définition de la notion de « forces armées », dont les actes des membres sont exclus des infractions terroristes selon l'article 141*bis*, varie selon que le conflit est international — lorsqu'il oppose un ou plusieurs États ou organisations internationales — ou non international — lorsqu'il oppose des belligérants dont l'un d'eux au moins est un groupe armé (21). Cette question méritait par ailleurs des développements détaillés dans la mesure où la situation de violence en Syrie était et demeure encore de nos jours particulièrement complexe. Elle implique non seulement des groupes armés mais également des États étrangers agissant, pour la plupart d'entre eux, sans le consentement du gouvernement syrien, parfois en soutien à certains groupes. De vifs débats animent ainsi la doctrine contemporaine au sujet de la qualification de la situation en Syrie, principalement en raison de ces interventions étrangères (22). Un courant doctrinal significatif partage l'opinion défendue par le C.I.C.R. à ce sujet (23), selon

(20) Voy. égal. en ce sens M. WÉRY, « La délicate relation entre le droit international humanitaire et la législation antiterroriste : premiers échos de la pratique des juridictions belges concernant la clause d'exclusion prévue à l'article 141*bis* du Code pénal », *op. cit.*, p. 308.

(21) Dans les conflits armés internationaux, les forces armées relèvent nécessairement d'un État ou d'une organisation internationale (voire d'un autre sujet de droit international). Il est généralement admis qu'elles doivent à tout le moins rencontrer les critères de définitions prévus à l'article 43 du premier protocole additionnel aux conventions de Genève. Dans les conflits armés non internationaux, les forces armées d'une des parties relèvent nécessairement d'un acteur non étatique. La notion de « groupe armé » est utilisée pour désigner ces forces armées (voy. not. en ce sens *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, C.I.C.R., 2010, p. 32). Les critères de définition des groupes armés ne sont pas prévus par les traités de droit international humanitaire. Il est néanmoins établi que le groupe doit être suffisamment organisé, c'est-à-dire qu'il est à tout le moins placé sous un commandement responsable et, selon certains, pourvu d'un système de discipline lui permettant de respecter le droit international humanitaire applicable (cf. *infra* à ce sujet).

(22) Voy. not. au sujet de ce débat R. VAN STEENBERGHE, « Les interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international. Second volet : droit applicable (*jus in bello*) », *op. cit.*, pp. 64-74.

(23) Voy. not. K. DÖRMAN, L. LIJNZAAD, M. SASSÖLI, P. SPOERRI (eds), *Commentary of the First Geneva Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, ICRC, 2016, §§ 260-262.

lequel la situation doit recevoir une double qualification, de conflit armé à la fois international et non international (24).

Il est dès lors interpellant de constater que les juridictions belges n'ont pas plus amplement discuté de cette question dans les dossiers syriens. Seule l'une d'entre elles a expressément qualifié la situation en Syrie de conflit armé non international, dans lequel étaient impliqués les groupes terroristes en question, sans néanmoins y consacrer de développements significatifs (25). Elle a renvoyé à l'absence de contestations à cet égard entre les inculpés et le ministère public, tout en émettant certains doutes sur cette qualification compte tenu de la nature étrangère des groupes terroristes. Les autres décisions ne contiennent, quant à elles, aucune considération expresse sur la qualification de la situation en Syrie. Le raisonnement développé par les juges montre seulement qu'ils envisageaient le conflit armé non international comme seule hypothèse de conflit auquel les groupes terroristes auraient pu être parties en tant que « forces armées » au sens du droit international humanitaire. Dans ces décisions, les juges ont en effet discuté de la notion de « forces armées » au sens donné par le droit international humanitaire régissant uniquement les conflits armés non internationaux (26), le plus souvent dans le cadre de l'examen des conditions d'existence de tels conflits dont ils avaient au préalable rappelé la définition (27). Ils n'ont ainsi fourni aucune justification de leur décision d'envisager le conflit armé non international comme seule hypothèse de qualification.

En outre, les rares développements concernant la définition des conflits armés non internationaux témoignent de nombreuses imprécisions. Ainsi, plusieurs juridictions renvoient uniquement à cet égard à la définition prévue à l'article 8, § 2, f), du statut de la Cour pénale internationale, qu'elles considèrent comme « faisant "le point sur la coutume en la matière" » (28). Or, la doctrine est divisée sur cette question. Il est vrai que la définition

(24) Voy. not. D. AKANDE, « Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts », in E. WILMSHURST (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 75 ; N. LUBELL, « Fragmented Wars: Multi-Territorial Military Operations against Armed Groups », *International Law Studies*, 2017, p. 233. Voy., de manière générale à ce sujet, D. CARRON, *L'acte déclencheur d'un conflit armé international*, Shulthess, LGDJ, 2015, pp. 356-358 et les nombreux auteurs cités.

(25) Voy. Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, FD35.98.47-12 — AN35.F1.1809-12, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20150211-2, feuillet 32.

(26) Voy. Bruxelles (12^e ch. corr.), 14 avril 2016, arrêt n° 2016/1262, 9 FC 2015, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20160414-5, p. 14 ; Corr. Bruxelles (90^e ch.), 27 janvier 2016, inédit, FD35.98.374-14.

(27) Voy. Corr. Bruxelles (70^e ch.), 6 novembre 2015, FD35.98.212/11, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20151106-5, feuillets 10 et 11 ; voy. également les décisions non publiées suivantes, contenant des développements identiques, Corr. Bruxelles (49^e ch.), 29 juillet 2015, inédit, FD35.97.15-12, FD35.97.5-13, FD35.98.144-15, p. 29 ; Corr. Bruxelles (90^e ch.), 11 juin 2018, inédit, FD35.98.287-15, p. 39. Voy. aussi Anvers (14^e ch. corr.), 27 janvier 2016, inédit, arrêt n° 1/2016, FD35.98.47-12, trad. française, pp. 55-56.

(28) Cf. note précédente.

donnée par le statut de la Cour pénale internationale est elle-même reprise de la célèbre définition énoncée par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadic* (29), qui est généralement considérée comme coutumière (30). Néanmoins, il n'est pas certain, comme en témoignent les débats doctrinaux, que ces deux définitions aient le même sens, celle donnée par le statut de la Cour pénale internationale étant considérée, par d'autres (31), comme plus exigeante. Par ailleurs, certaines juridictions belges présentent la durée de la violence comme un critère de définition spécifique des conflits armés non internationaux (32), s'ajoutant aux deux critères classiques de l'intensité de la violence et du degré d'organisation des parties, bien établis dans la jurisprudence internationale (33), la doctrine (34) et les études du C.I.C.R. (35). La durée ne constitue en réalité qu'un indice, parmi de nombreux autres, à prendre en compte pour l'évaluation du critère de l'intensité. Dans certains cas, les juridictions belges mentionnent également à tort les deux critères d'existence du conflit armé non international, l'intensité et le degré d'organisation, parmi les indices à prendre en compte pour établir l'existence d'un conflit armé non international (36).

Enfin, certaines juridictions soulignent que l'article 141*bis* ne peut s'appliquer aux actes commis en Belgique dans la mesure où celle-ci n'est pas dans une situation de conflit armé (37). Cette affirmation semble méconnaître les

(29) T.P.I.Y., 2 octobre 1995, *Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, § 70.

(30) Voy. not. en ce sens M. SASSOLI, «Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve their Compliance with International Humanitarian Law», *International Humanitarian Legal Studies*, 2010, p. 20; J. GRIGNON, «The beginning of application of international humanitarian law: A discussion of a few challenges», *International Review of the Red Cross*, 2014, pp. 160-161; A. CULLEN, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, CUP, 2010, pp. 184-185; J. DE HEMPTINNE, J. D'ASPREMONT, *Droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 2012, p. 76.

(31) Voy. not. à ce sujet S. VITÉ, «Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations», *International Review of the Red Cross*, 2009, pp. 81 et s.

(32) Voy. Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, FD35.98.47-12 — AN35.F1.1809-12, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20150211-2, feuillet 32. Voy., pour une même critique, M. WÉRY, «La délicate relation entre le droit international humanitaire et la législation antiterroriste: premiers échos de la pratique des juridictions belges concernant la clause d'exclusion prévue à l'article 141*bis* du Code pénal», *op. cit.*, p. 309.

(33) Voy. not., au sujet de ce critère d'organisation, C.P.I., 30 septembre 2008, *Procureur c. Katanga et Consorts*, ICC-01/04-01/07, § 239; T.P.I.Y., 3 avril 2008, *Procureur c. Haradinaj*, IT-4-84-T, § 32; voy. not., au sujet du critère d'intensité, C.P.I., 29 janvier 2007, *Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, §§ 229-237; T.P.I.Y., 7 mai 1997, *Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, § 562.

(34) Voy. not. J. DE HEMPTINNE, J. D'ASPREMONT, *Droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 67.

(35) Voy. not. C.I.C.R., *Prise de position*, «Comment le terme "conflit armé" est-il défini en droit international humanitaire?», disponible à l'adresse <https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-fr.pdf>.

(36) Voy. not. Anvers (14^e ch. corr.), 27 janvier 2016, inédit, arrêt n° 1/2016, FD35.98.47-12, trad. française, p. 56 (les extraits pertinents de cette décision sont repris dans l'arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 2016, Cass., 24 mai 2016, n° P.16.0244.N, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-20160524-5&idxc_id=303374&lang=FR, § 10).

(37) Voy. not. Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, FD35.98.47-12 — AN35.F1.1809-12, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20150211-2,

débats contemporains relatifs au champ d'application géographique du droit des conflits armés non internationaux. De nombreuses voix soutiennent que le droit international humanitaire est susceptible de s'appliquer à des actes commis en dehors du territoire de l'État où se déroule le conflit ou de l'État voisin (38), particulièrement lorsqu'ils se réalisent sur le territoire d'un État partie à ce conflit (39), comme il en va de la Belgique, partie à un conflit armé non international contre l'État islamique depuis son intervention contre ce groupe en Irak en septembre 2014 (40). La seule condition est que l'acte en question présente un lien (*nexus*) avec le conflit armé, même si celui-ci est géographiquement éloigné. En ce sens, on ne peut exclure que les attentats commis le 22 mars 2016 à Bruxelles ainsi que les actions coercitives prises par les autorités dans ce contexte étaient régis par le droit international humanitaire, s'il est bien établi que certains auteurs de ces attentats étaient membres de l'État islamique au sens de ce droit (41).

B. — Des « forces armées »

Des développements plus conséquents ont été consacrés par les juridictions belges à la notion de « forces armées », contenue à l'article 141*bis* du Code

feuillet 31 ; Anvers (14^e ch. corr.), 27 janvier 2016, inédit, arrêt n° 1/2016, FD35.98.47-12, trad. française, p. 54 : « Tout d'abord, il faut noter que pendant la période d'incrimination prévue, à aucun moment il n'y a eu un conflit armé en Belgique, comme l'exige l'article 141*bis* du Code pénal. L'article de loi précité ne peut donc pas être invoqué pour les actes des membres de sharia4Belgium perpétrés en Belgique ».

(38) Selon l'approche traditionnelle relative au champ d'application géographique du droit international humanitaire, celui-ci n'est applicable que sur le territoire où se déroulent les hostilités. Néanmoins, il est admis de nos jours que ce droit s'applique également sur le territoire de l'État voisin dans l'hypothèse que la doctrine anglo-saxonne qualifie de « *spillover non-international armed conflict* » ; voy. not. à ce sujet M. N. SCHMITT, « Charting the Legal Geography of Non-International Armed Conflict », *International Law Studies*, 2014, pp. 11-12 ; N. MELZER, *Targeted Killing in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 259-261.

(39) Selon certains auteurs, qui défendent une approche « déterritorialisée » du champ d'application du droit international humanitaire, il importe peu que l'acte ait lieu sur le territoire d'une partie au conflit armé. Ce qui compte est l'existence d'un lien (*nexus*) avec le conflit (voy. not. N. LUBELL, N. DERJIKO, « A global battlefield », *Journal of International criminal justice*, 2013, pp. 65-88). Selon d'autres, dont le C.I.C.R., l'approche reste territoriale mais doit être étirée pour inclure les actes ayant lieu sur le territoire d'un État partie au conflit, même si cet État est éloigné du théâtre des hostilités (voy. not. en ce sens « Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains », Rapport du C.I.C.R., octobre 2015, <https://www.ierc.org/fr/document/le-droit-international-humanitaire-et-les-defis-poses-par-les-conflits-armes-contemporains>, pp. 17-18). Par contre, cette approche exclut clairement tout étirement qui consisterait à justifier l'applicabilité du droit des conflits armés non internationaux aux actes ayant lieu sur le territoire d'États non parties au conflit, qui ne seraient par ailleurs pas voisins de celui où se déroulent les hostilités (voy. not. J. PEJIC, « Extraterritorial Targeting by Means of Armed Drones: Some Legal Implications », *International Review of the Red Cross*, 2015, pp. 31-32).

(40) Voy. not. à ce sujet R. VAN STEENBERGHE, « La légalité de la participation de la Belgique à la lutte armée contre l'État islamique en Irak », *J.T.*, 2015, pp. 641-654.

(41) Voy. not. « Attentats du 13 novembre : qui sont les suspects toujours recherchés ? », *Le Monde*, 21 mars 2016 ; « Najim Laachraoui, maillon essentiel des attentats de Paris et Bruxelles », *Le Monde*, 23 avril 2016.

pénal. C'est en effet au motif, on l'a vu, que le groupe terroriste dont les prévenus étaient devenus membres en Syrie ne constituait pas une « force armée » au sens du droit international humanitaire que les juridictions belges ont écarté dans tous les cas l'application de l'article 141*bis*. Les « forces armées » envisagées étaient en l'occurrence des forces armées non étatiques, en l'espèce l'État islamique ou des groupes affiliés à Al-Qaïda. En droit international humanitaire, la notion de « forces armées non étatiques » renvoie à celle de « groupes armés » (42). Il est bien établi qu'un groupe armé ne peut constituer une partie à un conflit armé non international que s'il est suffisamment organisé, c'est-à-dire qu'il est à tout le moins placé sous un commandement responsable (43) et, selon certains (44), pourvu d'un système de discipline lui permettant de respecter le droit international humanitaire applicable.

Les considérations développées par les juridictions belges à cet égard sont à nouveau largement contestables. Certaines d'entre elles sont manifestement inexactes. Tout d'abord, ces juridictions développent le plus souvent une interprétation particulièrement stricte du type d'organisation requis. Elles semblent exiger du groupe une organisation similaire à celle des forces armées d'un État, en particulier une organisation « verticale » ou « pyramidale », alors que l'organisation entre les membres du groupe peut être seulement « horizontale » et « décentralisée » (45). De même, certaines d'entre elles interprètent de manière erronée l'exigence, prônée par certains (46), selon laquelle les parties au conflit doivent être aptes à respecter le droit international humanitaire applicable (47). Contrairement à ce qu'elles suggèrent, cette exigence n'implique pas que les parties aient l'intention de le respecter ou le respectent mais uniquement qu'elles soient en mesure de le faire, ce qui

(42) Voy. not. en ce sens *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, op. cit., p. 32.

(43) Voy. not. en ce sens S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 174.

(44) Voy. not. à ce sujet J. DE HEMPTINNE, J. D'ASPREMONT, *Droit international humanitaire*, op. cit., p. 68.

(45) Voy. not. en ce sens S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, op. cit., pp. 175-176; C.P.I., jugement du 7 mars 2014, *Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, § 1209; commentaire de l'article 1 du deuxième protocole additionnel aux conventions de Genève, § 4463, disponible à l'adresse <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=26144B48AA09DF15C12563BD002DF215>. Voy. égal. en ce sens le moyen développé par le demandeur devant la Cour de cassation, Cass., 24 mai 2016, n° P.16.0244.N, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-20160524-5&idxc_id=303374&lang=FR, § 6.

(46) Cf. *supra*, note 44.

(47) Voy. not. Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, FD35.98.47-12 — AN35.F1.1809-12, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20150211-2, feuillet 36. Voy., pour une même critique, V. KOUTROULIS, « Le jugement du Tribunal correctionnel d'Anvers dans l'affaire dite « Sharia4Belgium » et l'article 141*bis* du Code pénal belge », op. cit., pp. 100-101.

constitue un indice du caractère organisé du groupe (48). Par ailleurs, les juridictions belges recourent à tort à certains critères additionnels, étrangers au droit international humanitaire, dans leur raisonnement conduisant à dénier au groupe terroriste la qualification de « force armée ». Il en va principalement de la clandestinité du groupe (49) ainsi que des objectifs qu'il poursuit (50), deux éléments que la jurisprudence internationale considère en l'occurrence comme non pertinents (51). Enfin, certaines de ces juridictions renvoient à des critères qui sont uniquement pertinents pour la qualification des forces armées étatiques (52), principalement ceux prévus à l'article 4 de

(48) Voy. not. en ce sens T.P.I.Y., 30 novembre 2005, *Le Procureur c. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Muslu*, IT-03-66-T, § 88.

(49) Voy. not. Corr. Bruxelles (70^e ch.), 6 novembre 2015, FD35.98.212/11, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20151106-5, feuillet 14; Corr. Bruxelles (49^e ch.), 29 juillet 2015, inédit, FD35.97.15-12, FD35.97.5-13, FD35.98.144-15, p. 32; Corr. Bruxelles (90^e ch.), 11 juin 2018, inédit, FD35.98.287-15, p. 39. Les deux dernières décisions non publiées contiennent à cet égard des considérations identiques à la première. Par ailleurs, la troisième décision écarte la qualification de « forces armées » uniquement sur la base de ce critère de clandestinité. Voy. égal. Bruxelles (12^e ch. corr.), 14 avril 2016, arrêt n° 2016/1262, 9 FC 2015, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20160414-5, p. 15; Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, FD35.98.47-12 — AN35.F1.1809-12, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20150211-2, feuillet 34; Anvers (14^e ch. corr.), 27 janvier 2016, inédit, arrêt n° 1/2016, FD35.98.47-12, trad. française, p. 58 (les extraits pertinents de cette dernière décision sont repris dans l'arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 2016, Cass., 24 mai 2016, n° P.16.0244.N, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-20160524-5&idxc_id=303374&lang=FR, § 11).

(50) Voy. not. Corr. Bruxelles (70^e ch.), 6 novembre 2015, FD35.98.212/11, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20151106-5, feuillet 10; Corr. Bruxelles (49^e ch.), 29 juillet 2015, inédit, FD35.97.15-12, FD35.97.5-13, FD35.98.144-15, p. 28. Ces deux décisions contiennent des considérations identiques à cet égard. Voy. égal. Bruxelles (12^e ch. corr.), 14 avril 2016, arrêt n° 2016/1262, 9 FC 2015, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20160414-5, p. 15; Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, FD35.98.47-12 — AN35.F1.1809-12, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20150211-2, feuillet 36; Anvers (14^e ch. corr.), 27 janvier 2016, inédit, arrêt n° 1/2016, FD35.98.47-12, trad. française, pp. 57-58 (les extraits pertinents de cette dernière décision sont repris dans l'arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 2016, Cass., 24 mai 2016, n° P.16.0244.N, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-20160524-5&idxc_id=303374&lang=FR, § 11).

(51) Voy. not., au sujet de l'absence de pertinence de la clandestinité dans la qualification de groupe armé, S. SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, op. cit., p. 172 et T.P.I.Y., *Le Procureur c. Fatmir Limaj, Haradin Bala, Isak Muslu*, op. cit., §§ 45, 132 et 171, et des objectifs poursuivis par le groupe, *ibid.*, § 170 et J. DE HEMPTINNE, J. D'ASPREMONT, *Droit international humanitaire*, op. cit., p. 66.

(52) Voy. not. Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, FD35.98.47-12 — AN35.F1.1809-12, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20150211-2, feuillet 33. Cette décision renvoie aux quatre critères énoncés à l'article 4 précité de la troisième convention de Genève de 1949. Dans d'autres cas, les juridictions ne se réfèrent qu'à certains de ces critères, ceux, tout aussi peu pertinents pour la qualification de groupe armé dans les conflits armés non internationaux, de porter ouvertement les armes et d'avoir un signe fixe distinctif; voy. not. en ce sens, Corr. Bruxelles (70^e ch.), 6 novembre 2015, FD35.98.212/11, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20151106-5, feuillet 14; Corr. Bruxelles (49^e ch.), 29 juillet 2015, inédit, FD35.97.15-12, FD35.97.5-13, FD35.98.144-15, p. 32.

la troisième convention de Genève, laquelle ne s'applique qu'aux conflits armés internationaux.

C. — *Relations « conflit armé » et « forces armées »*

On sait que, dans l'une des décisions prises dans les dossiers syriens, les juges ont expressément conclu à l'existence d'un conflit armé non international auquel étaient parties les groupes terroristes en question en Syrie (53). Ces juges ont néanmoins conclu, dans un second temps, que ces groupes ne constituaient pas des « forces armées » au sens du droit international humanitaire et qu'il convenait dès lors d'écarter l'article 141bis (54). Un tel raisonnement est particulièrement problématique. L'existence d'un « groupe armé organisé » constitue en effet une condition *sine qua non* de l'existence d'un conflit armé. Autrement dit, il ne peut pas y avoir de conflit armé non international sans « groupe armé organisé » (55).

Il est par contre difficile de déterminer si les autres juridictions ont adopté la même approche contestable, dans la mesure où elles n'ont pas expressément considéré que les groupes terroristes concernés étaient parties à un conflit armé non international en Syrie. Elles ont effet conclu, après avoir rappelé la définition du conflit armé non international en droit international humanitaire et les critères d'identification d'un groupe armé organisé au sens de ce droit, que les groupes terroristes en question ne remplissaient pas « les conditions pour constituer une “force armée” dans le cadre d'un conflit armé non international » (56). Il n'est donc pas exclu que leur raisonnement consistait uniquement à vérifier si les groupes terroristes remplissaient les critères que toute « force armée » non étatique doit remplir pour être partie à un conflit armé non international, sans néanmoins chercher à établir l'existence d'un tel conflit en l'espèce. Ce raisonnement, contrairement à celui évoqué précédemment, ne semble pas critiquable. Si l'existence d'un « conflit armé non international » suppose nécessairement celle de « forces armées non étatiques », l'inverse n'est pas vrai. On ne peut en effet exclure que des groupes armés organisés existent, au sens du droit international humanitaire, en l'absence de conflit armé non international, notamment si aucun affrontement d'une certaine intensité n'a (encore) eu lieu entre ces groupes et le gouvernement ou un autre groupe armé.

(53) Cf. *supra*, note 25.

(54) Voy. Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, FD35.98.47-12 — AN35.F1.1809-12, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20150211-2, feuillet 31.

(55) Voy. égal. en ce sens V. KOUTROULIS, « Le jugement du Tribunal correctionnel d'Anvers dans l'affaire dite “*Sharia4Belgium*” et l'article 141bis du Code pénal belge », *op. cit.*, p. 98.

(56) It. aj. Voy. not. Corr. Bruxelles (70° ch.), 6 novembre 2015, FD35.98.212/11, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20151106-5, feuillet 14; Corr. Bruxelles (49° ch.), 29 juillet 2015, inédit, FD35.97.15-12, FD35.97.5-13, FD35.98.144-15, p. 32; Corr. Bruxelles (90° ch.), 11 juin 2018, inédit, FD35.98.287-15, p. 39. Les deux dernières décisions non publiées contiennent à cet égard des considérations identiques à la première.

D. — *Des errements entérinés par la Cour de cassation ?*

Le 24 mai 2016, la Cour de cassation a décidé de rejeter le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel d'Anvers ayant écarté l'applicabilité de l'article 141*bis* (57). Cet arrêt était pourtant particulièrement problématique. Il contenait, à l'instar des nombreuses autres décisions prises dans des dossiers similaires, la plupart des développements contestables — et, dans certains cas, erronés — soulignés plus haut, qu'il s'agisse de la question de la qualification de la situation en tant que « conflit armé », en particulier de la confusion entre les critères de définition de ces conflits et les indices d'évaluation de ces critères, ou de la définition des « forces armées », tels que l'interprétation particulièrement stricte du critère d'organisation et la prise en compte de la clandestinité ou des objectifs du groupe dans la qualification de ce groupe comme groupe armé organisé au sens du droit international humanitaire. La plupart de ces griefs avaient d'ailleurs été formulés par le demandeur en cassation (58).

L'arrêt de la Cour de cassation et, plus précisément, les deux conclusions à laquelle la Cour a abouti au sujet du moyen fondé sur l'article 141*bis*, posent question. La Cour affirme en effet dans un premier temps que « [le] juge [du fond] décide souverainement en fait s'il y a lieu de considérer certains actes comme des activités menées par des forces armées en période de conflit armé au sens [qu'elle a donné à ces termes] » (59) et conclut que le moyen invoqué par le demandeur est irrecevable « [d]ans la mesure où il critique cette appréciation souveraine des faits effectuée dans l'arrêt ou [requérant] un examen des faits pour lesquels la Cour est sans pouvoir » (60). Cette conclusion interpelle puisque le demandeur ne paraît pas critiquer l'appréciation souveraine des faits par le juge du fond mais uniquement — et à juste titre — la nature ou l'interprétation des concepts et critères juridiques que celui-ci a utilisés pour apprécier l'existence d'un conflit armé et celle de groupes armés organisés au sens du droit international humanitaire (61).

La seconde conclusion de la Cour ne manque pas non plus d'étonner. En effet, après avoir cité les extraits pertinents de l'arrêt attaqué, dont on a souligné précédemment les aspects problématiques, la Cour conclut que « l'arrêt ne fonde pas la décision concernant l'applicabilité de l'article 141*bis* du Code pénal à l'infraction mise à charge du demandeur sur des critères non pertinents, mais justifie légalement la décision » (62). Cette conclusion est d'autant plus problématique que la Cour avait initialement défini de manière rigoureuse

(57) Cass., 24 mai 2016, n° P.16.0244.N, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-20160524-5&idxc_id=303374&lang=FR.

(58) *Ibid.*, § 6.

(59) *Ibid.*, § 9.

(60) *Ibid.*

(61) *Ibid.*, § 6.

(62) *Ibid.*, § 11.

la notion de conflit armé, comme toutes «violences armées entre États ou [...] violences armées persistantes entre des instances gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes entre eux au sein d'un État» (63), et avait ensuite distingué de manière claire les critères d'existence des conflits armés non internationaux, qu'elle avait identifiés comme étant l'intensité du conflit et le degré d'organisation des parties impliquées, des critères indicatifs dégagés par la jurisprudence internationale «qui [pouvaient] être utilisés pour préciser [ces deux critères définitionnels]» (64).

E. — *Raisons du rejet ?*

Il serait difficile de ne pas voir dans l'attitude des juridictions pénales belges, sinon une méconnaissance du droit international humanitaire, du moins une certaine réticence à appliquer la clause d'exclusion dans les dossiers relatifs à l'État islamique ou à des groupes armés affiliés à Al-Qaida (65). Plusieurs éléments sont susceptibles d'expliquer une telle réticence. Il n'est pas exclu que celle-ci s'explique tout d'abord par la crainte que les personnes ayant aidé des groupes dont la principale caractéristique est de commettre des atrocités échappent à toute condamnation pénale. On sait que la plupart des personnes pour lesquelles l'article 141*bis* avait été invoqué ont pu être condamnées pour l'infraction terroriste consistant dans la participation à une activité d'un groupe terroriste, prévue à l'article 140 du Code pénal. On peut se demander si l'application de l'article 141*bis* — et donc du droit international humanitaire uniquement — aurait empêché toute poursuite pénale à leur égard ou réduit les chances de poursuites. Ce n'est certainement pas le cas s'agissant des personnes ayant participé aux combats au sein de ces groupes et ayant directement commis des atrocités. De tels agissements sont généralement contraires au droit international humanitaire et érigés en crimes de guerre, lesquels sont également prévus dans la législation pénale belge. La crainte d'une impunité ne paraît pas non plus fondée s'agissant de ceux qui ont fourni une assistance plus limitée, comme le fait de cuisiner, nettoyer ou protéger un entrepôt d'armes, au profit de tels groupes. Même

(63) *Ibid.*, § 8.

(64) *Ibid.*

(65) Il convient par ailleurs de noter que, même si les juridictions belges avaient admis l'application de la clause d'exclusion, l'effet de cette clause aurait été annihilé en ce qui concerne les personnes ayant rejoint les rangs des groupes armés terroristes à l'étranger depuis la Belgique. Ces personnes auraient en effet pu être poursuivies pour une autre incrimination que celle de «participation à une activité d'un groupe terroriste», à savoir celle, également incriminée par le Code pénal belge et à laquelle une peine identique est attachée, qui résulte du fait de «quite[r] le territoire national en vue de la commission, en Belgique ou à l'étranger, d'une infraction [terroriste]». Il s'agit en effet d'un acte qui ne tombe pas dans le champ d'application de la clause d'exclusion puisqu'au moment de quitter le territoire, la personne n'est en principe pas encore membre des «forces armées» non étatiques et le fait de quitter le territoire n'est en principe pas régi par le droit international humanitaire.

si l'on admet, comme on l'examinera en détail plus loin (66), que ces actes sont susceptibles de constituer des activités de membres d'un groupe armé « régies par le droit international humanitaire », conformément à ce qu'exige également l'article 141*bis*, les formes d'imputabilité pénale belge, en particulier la complicité (67), semblent suffisamment larges pour rendre l'auteur de ces actes responsable des crimes de guerre commis par le groupe. En effet, la complicité, à l'instar de l'infraction de participation à une organisation terroriste, ne requiert de la part de celui qui apporte l'aide que la conscience que cette aide facilite le crime. Il est difficile d'imaginer que les personnes ayant rejoint les rangs de l'État islamique ignoraient les atrocités commises par ce groupe.

Cela dit, la poursuite pour crimes de guerre est plus lourde en termes probatoires que la poursuite pour infractions terroristes. C'est un deuxième élément susceptible d'expliquer la réticence des juridictions belges à appliquer l'article 141*bis*. Il a en effet suffi à ces juridictions d'établir l'existence d'un acte de participation des prévenus au groupe terroriste, sans devoir chercher à établir l'existence de crimes de guerre dont ils seraient par ailleurs responsables. En outre, alors que la seule appartenance à un groupe terroriste n'est pas punissable selon la législation belge mais qu'un acte de participation aux activités du groupe est toujours requis (68), les juridictions belges n'ont pas cherché dans chaque cas à identifier un acte précis (69) dès qu'elles ont conclu que la personne avait rejoint les rangs du groupe terroriste, voire n'en ont identifié aucun, laissant ainsi entendre que cette appartenance impliquait nécessairement un acte, même minime, de participation (70). Autrement dit, les personnes n'ont pas été poursuivies pour toutes les actions qu'elles ont personnellement menées dans le cadre des hostilités (71). De telles poursuites permettent ainsi aux autorités chargées de l'action publique de se dispenser de la lourde tâche d'apporter la preuve de ces actions. Une telle tâche est

(66) Cf. *infra*, II, B et C, au sujet de l'hypothèse selon laquelle de tels actes sont susceptibles d'être le fait de membres de groupes armés et d'être régis par le droit international humanitaire.

(67) Article 67 du Code pénal belge.

(68) Voy. not., en Belgique, l'article 140 du Code pénal. Voy. en ce sens Corr. Bruxelles (70^e ch.), 29 janvier 2016, inédit, arrêt n° FD35.98.244/13 — FD35.97.03/09, feuillet 33 ainsi qu'Anvers (14^e ch. corr.), 27 janvier 2016, inédit, arrêt n° 1/2016, FD35.98.47-12, trad. française, p. 29, cette dernière décision précisant que le « fait de rejoindre les rangs/de n'être que membre d'un groupe terroriste » n'est pas suffisant pour conclure à une « participation aux activités d'un groupe terroriste ».

(69) Voy. not. néanmoins Corr. Bruxelles (70^e ch.), 29 janvier 2016, inédit, arrêt n° FD35.98.244/13 — FD35.97.03/09, feuillets 111 et 120.

(70) Voy. not., en particulier, en Belgique, Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, FD35.98.47-12 — AN35.F1.1809-12, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20150211-2, feuillet 53; Corr. Bruxelles (49^e ch.), 29 juillet 2015, inédit, FD35.97.15-12, FD35.97.5-13, FD35.98.144-15, pp. 76-80; Corr. Bruxelles (70^e ch.), 29 janvier 2016, inédit, FD35.98.244/13 — FD35.97.03/09, feuillets 102, 102-103 et 105.

(71) Voy. néanmoins, outre *infra*, note 75, le cas exceptionnel d'« [u]n djihadiste belge condamné pour un assassinat commis en Syrie », *Le Monde*, 13 février 2017.

en effet particulièrement délicate (72). De manière générale, elle implique de récolter des éléments de preuve sur le territoire d'un État en proie à un conflit armé. Cette situation d'hostilités actives rend les investigations difficiles voire impraticables. La tâche se complique pour les États étrangers tels que la Belgique en raison de leur éloignement par rapport au lieu où les faits se sont produits. Si de telles poursuites permettent ainsi de contourner les obstacles d'ordre probatoire, elles demeurent problématiques. Les personnes sont en effet poursuivies pour la même incrimination, quelle que soit la nature des actions menées en tant que membres du groupe, qu'elles aient cuisiné (73), même une seule fois, pour le groupe ou qu'elles aient participé à de multiples attaques (74) et commis des atrocités à l'encontre de civils. Rendre la justice suppose que les personnes soient également jugées pour toutes les actions qu'elles ont personnellement menées dans le cadre des hostilités et fassent l'objet d'une incrimination correspondant à la nature de leurs actions. Certaines personnes devraient ainsi pouvoir être poursuivies pour des crimes de guerre consistant dans l'attaque de civils ou des prises d'otages. Il n'existe à ce jour qu'un nombre particulièrement limité de poursuites de ce type dans le monde (75), mais il n'est toutefois pas exclu qu'elles se multiplient dès que les hostilités auront cessé et que les preuves pourront être plus aisément récoltées.

Un troisième élément susceptible d'expliquer la réticence des juridictions belges à appliquer l'article 141*bis* tient à la nature terroriste universellement et incontestablement reconnue à Al-Qaida et à l'État islamique, ainsi qu'aux groupes affiliés à ces deux entités, en raison des méthodes qu'ils adoptent en vue de réaliser leur politique. Cette nature est à ce point évidente et indiscutable qu'il semble difficile d'envisager leurs membres comme des « combattants » qui luttent contre un ennemi dans le cadre d'un conflit armé et

(72) Voy. néanmoins les initiatives de l'O.N.U. concernant la collecte des preuves en vue de poursuites futures pour crimes internationaux en Syrie, « Une magistrate française pour centraliser les preuves des crimes en Syrie », *Le Monde*, 4 avril 2017.

(73) Voy. not., pour un tel acte reproché à une personne poursuivie pour participation à un groupe terroriste, Corr. Anvers (ch. AC4), 11 février 2015, FD35.98.47-12 — AN35.F1.1809-12, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20150211-2, feuillet 52.

(74) Voy. not., pour de tels actes reprochés à une personne poursuivie pour participation à un groupe terroriste, Corr. Bruxelles (49^e ch.), 29 juillet 2015, inédit, FD35.97.15-12, FD35.97.5-13, FD35.98.144-15, p. 66.

(75) Voy. les deux jugements exposés par M. Ritscher, procureur fédéral allemand, dans le cadre de la 17^e éd. du colloque de Bruges, *op. cit.*, pp. 128-130. Il est intéressant de constater que, dans le second cas, l'individu a été condamné non seulement pour crime de guerre, conformément à la section 8 du Code pénal de droit international (<http://www.iuscomp.org/wordpress/wp-content/uploads/2014/03/voestgb.pdf>), mais également pour participation à une organisation terroriste, conformément à la section 129, a) et b), du Code pénal (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1222). Cette dernière section pose question dans la mesure où elle considère comme organisation terroriste (dont la formation ou à laquelle toute participation est punissable) toute organisation dont l'objectif est notamment de commettre des crimes de guerre. Autrement dit, elle confond les registres, pourtant distincts, du terrorisme en temps de paix et du terrorisme en temps de guerre.

dont les activités ne seraient pas toutes nécessairement qualifiables de terroristes. Autrement dit, il n'est pas exclu que la perception que les juges ont du groupe, comme indiscutablement terroriste, joue un rôle dans la non-application de la clause d'exclusion. Cette impression se dégage également des décisions prises dans un autre dossier (76), décisions qui, comme on le verra plus loin, contrastent avec toutes celles prononcées dans les dossiers syriens, dans la mesure où elles ont admis l'application de l'article 141bis. On doit en effet constater que l'affaire en question ne concernait plus des membres présumés d'entités affiliées à Al-Qaida ou de l'État islamique mais de personnes relevant du PKK, à savoir d'un groupe dont la nature terroriste n'est pas unanimement reconnue. Par ailleurs, dans la première décision adoptée dans le cadre de cette affaire, qui reconnaît au PKK la qualité de groupe armé organisé au sens du droit international humanitaire, le juge insiste expressément sur certains comportements récents de ce groupe, qui en auraient modifié la perception par la communauté internationale et le distingueraient de « mouvements purement terroristes », comme le fait d'avoir combattu l'État islamique en Syrie ou d'avoir appelé à un cessez-le-feu à travers la voix de son représentant (77).

Il n'y a pas de doute que la qualification d'un groupe armé en tant que terroriste n'a en principe aucune incidence sur sa qualité de groupe armé organisé au sens du droit international humanitaire et sur l'applicabilité de ce droit. Dans le cas contraire, la plupart des situations de violence entre les groupes armés et le gouvernement national échapperaient à l'emprise du droit international humanitaire. En effet, les gouvernements qualifient généralement les groupes armés qu'ils affrontent de terroristes. Ceux-ci seraient par ailleurs probablement toujours considérés comme tels selon la législation nationale, le terrorisme se définissant le plus souvent de nos jours en fonction du but poursuivi par l'auteur de l'acte attentatoire à l'intégrité physique ou aux biens, l'un de ces buts étant, comme on le sait, de contraindre un État ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte (78). Enfin,

(76) Cf. *infra*, notes 85 et 86.

(77) Corr. Bruxelles (41^e ch.), 3 novembre 2016, inédit, n° FD.35.98.54/09 — FD.35.98.634/06 — FD.35.98.502/07, p. 11: « *Er kan evenmin voorbijgegaan worden aan de plaats die de Koerdische afscheidingbeweging thans inneemt in het Syrië — conflicten en de strijd tegen IS. De Daaruit volgende positiewijziging ten aanzien van de internationale gemeenschap, verplicht, zoals ook in conclusies en pleidooien wordt aangehaald, de traditioneel als 'Westerse landen' aangeduide staten in een moeilijk spagaat voor wat betreft de Koerdische kwestie. Het gegeven dat Abdullah ÖCALAN, de spreekbuis van de PKK, in maart 2013 een beroep deed tot wapenstilstand en de strijdkrachten ook verzocht om zich buiten de Turkse grenzen terug te trekken, wijst er overigens niet allen op dat Koerdische strijders in het zuidoosten van Turkije grondgebied in handen houden, maar is evenzeer indicatief voor de verhoudingen in de regio: het val moeilijk aan te nemen dat en Staat wapenstilstanden onderhandelt met een louter terroristische beweging.* »

(78) Voy. not en ce sens, au niveau mondial, le « Projet de convention générale sur le terrorisme international », A/59/894, 12 août 2005, article 2, 1), c); au niveau européen, « Directive relative à la lutte contre le terrorisme », 15 mars 2017, 2017/541, article 3, 2), b); au niveau belge, article 137 du Code pénal. Voy. égal. la législation récemment adoptée par des États luttant contre le terrorisme

l'applicabilité du droit international humanitaire varierait d'un État à l'autre, selon que l'État concerné qualifie ou non le groupe de terroriste.

La question plus délicate que soulève la jurisprudence belge est d'établir si une reconnaissance universelle de la nature terroriste d'un groupe armé empêcherait de qualifier ce groupe de groupe armé organisé au sens du droit international humanitaire et de lui appliquer la clause d'exclusion, ce qui permettrait de poursuivre leurs membres pour infractions terroristes. Une telle proposition est difficilement acceptable. Se pose tout d'abord la question de l'auteur et de la nature de cette reconnaissance universelle. Il est vrai, en l'occurrence, qu'une telle reconnaissance est objectivée (79) par l'inscription des entités concernées sur la « Liste relative aux sanctions contre l'EIL (Daesh) et Al-Qaida » (80), établie par le Conseil de sécurité des Nations unies et reprenant l'ensemble des entités visées par les sanctions dont le « Comité 1267/1989/2253 des sanctions contre l'EIL (Daesh) et Al-Qaida » (81) est chargé de vérifier l'application. Néanmoins, cette inscription est régulièrement modifiée (82), ce qui la rend difficilement praticable sur le terrain, alors que le droit international humanitaire est un droit essentiellement pragmatique. Elle se fait en outre de manière discrétionnaire par un organe en l'occurrence politique. Faire dépendre l'applicabilité du droit international humanitaire d'une telle reconnaissance irait à contre-courant de l'évolution moderne de ce droit, qui a contribué à son développement et dont la principale caractéristique est de s'affranchir de toutes considérations subjectives et politiques. En outre, elle conduirait à réduire la protection des personnes dans toutes les situations où les droits de l'homme, certes généralement plus protecteurs, ne sont pas applicables (83). Enfin, elle est contredite par la jurisprudence internationale, qui a déjà qualifié des groupes armés affiliés à

international, notamment le Tchad, « Loi n° 034/PR/2015. Portant Répression des actes de terrorisme », adoptée le 30 juillet 2015, article 3, b) ; le Cameroun, « Loi n° 2014/018 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme », article 2, 1), a).

(79) Voy. not à ce sujet R. VAN STEENBERGHE, « Les interventions militaires étrangères récentes contre le terrorisme international. Premier volet : fondements juridiques (*jus ad bellum*) », *A.F.D.I.*, 2015, pp. 146-147. Il n'est pas exclu qu'une telle reconnaissance internationale joue par contre un rôle dans le *jus ad bellum*, s'agissant de la légalité d'interventions armées contre des groupes terroristes à l'étranger avec le consentement et au côté de l'État territorial (*ibid.*, p. 171).

(80) La « Liste » est disponible à l'adresse <https://scsanctions.un.org/fop/fop?xml=htdocs/resources/xml/fr/consolidated.xml&xslt=htdocs/resources/xsl/fr/consolidated.xsl>.

(81) Voy. <https://www.un.org/securitycouncil/fr/sanctions/1267>.

(82) Voy. par exemple <https://www.un.org/press/fr/2016/sc12519.doc.htm>.

(83) De manière générale, il est classiquement admis que les droits de l'homme ne sont pas applicables aux groupes armés, quoique cette position classique est controversée de nos jours s'agissant particulièrement des groupes armés exerçant un certain contrôle territorial. Par ailleurs, concernant les États, les droits de l'homme peuvent être inapplicables si ceux-ci y ont dérogé ou s'ils n'exercent pas le contrôle requis pour leur application à l'extérieur de leur territoire (voy. not. à ce sujet, R. VAN STEENBERGHE, J. DE HEMPTINNE, « International Humanitarian Law. Chapter 1.5 », edx, disponible à l'adresse <https://www.edx.org/course/international-humanitarian-law-0>).

Al-Qaida de groupe armés au sens du droit international humanitaire (84). La clause d'exclusion doit donc demeurer applicable à l'égard des membres de tout groupe armé dès lors que celui-ci atteint le niveau d'organisation requis par le droit international humanitaire, qu'ils soient ou non universellement reconnus comme terroristes, indépendamment de la nature particulière des méthodes qu'il utilise.

II. — APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 141BIS DANS L'AFFAIRE DU PKK

L'article 141bis a également été invoqué, on l'a vu, dans une affaire concernant des personnes relevant du PKK. Le 3 novembre 2016, la chambre du conseil a accueilli le moyen fondé sur l'article 141bis et a ainsi décidé de ne pas renvoyer en correctionnelle les nombreuses personnes poursuivies pour diverses infractions dont certaines étaient de nature terroriste au regard de la législation belge (85). Le 18 septembre 2017, la chambre des mises en accusation a confirmé l'ordonnance de la chambre du conseil (86). L'affaire est toujours en cours. Elle doit être rejugée par la chambre des mises en accusation, nouvellement constituée, à la suite de la cassation de la décision de cette dernière par la Cour de cassation le 13 février 2018 (87). Cette cassation n'est toutefois pas liée à l'article 141bis. Deux moyens ont été retenus par la cour, dont un défaut de motivation de la part de la chambre au motif que celle-ci n'avait pas suffisamment répondu aux conclusions des parties.

Les décisions prises dans cette affaire, à l'instar de celles prononcées dans les dossiers syriens, se sont principalement attardées à l'examen des notions de « conflits armés » et de « forces armées » au sens du droit international humanitaire (A). Toutefois, bien que concluant à l'applicabilité de l'article 141bis, elles n'ont pas analysé les autres conditions requises par cet article, à savoir que la personne poursuivie doit être membre des forces armées en question (B) et que les activités pour lesquelles cette personne est poursuivie doivent être régies par le droit international humanitaire (C). Par ailleurs, ayant refusé de qualifier les faits reprochés aux prévenus d'infractions terroristes, elles

(84) Voy. not. C.P.I., 24 mars 2016, *Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Madhi*, ICC-01/12-01/15, §§ 30 et s.; 27 septembre 2016, ICC-01/12-01/15, § 18.

(85) Corr. Bruxelles (41^e ch.), 3 novembre 2016, inédit, FD.35.98.54/09 — FD. 35.98.634/06 — FD. 35.98.502/07.

(86) Voy. Bruxelles (ch. des mises en accusation), 18 septembre 2017, inédit, arrêt n° 2017/2911.

(87) Cass., arrêt du 13 février 2018, P.17.1023.N/1, disponible à l'adresse http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20180213-2. La décision de la chambre des mises en accusation nouvellement constituée a été rendue le 8 mars 2019 (Bruxelles (ch. des mises en accusation), 8 mars 2019, inédit, arrêt n° 2019/939), après la fin de la rédaction de cette contribution (*supra*, note 1). Elle témoigne d'un raisonnement plus élaboré et complet sur l'article 141bis, en abordant, contrairement aux deux décisions de fond préalablement rendues dans cette affaire, d'autres conditions d'applicabilité de cet article (*ibid.*, § 5.3), en particulier celle qui exige que les actes en question soient régis par le droit international humanitaire (*cf. infra*, C, à ce sujet).

n'ont pas cherché à donner à ces faits une autre qualification plus adéquate, comme celle de crimes de guerre (D).

A. — *Les notions de « conflits armés » et de « forces armées »*

Il est vrai que les décisions prises dans l'affaire du PKK diffèrent de celles adoptées dans les dossiers syriens en raison non seulement de l'accueil favorable réservé à l'article 141*bis* mais également d'une plus grande rigueur dans les développements relatifs à l'application et à l'interprétation du droit international humanitaire au sujet des notions de « conflits armés » et de « forces armées ». Ainsi, les juges ont affirmé de manière claire que les deux critères d'existence d'un conflit armé non international sont l'intensité du conflit et le caractère organisé des parties impliquées et que ces critères doivent être distingués de ceux utilisés pour apprécier leur existence (88). De même, s'agissant de la définition du conflit armé non international, les juges se réfèrent à divers textes pertinents, dont la jurisprudence du T.P.I.Y. et l'arrêt précité de la Cour de cassation du 24 mai 2016 (89). En outre, ils ont examiné et conclu à la qualité de « forces armées » du PKK dans leur analyse plus générale de l'existence d'un conflit armé non international auquel ce groupe était partie (90). Enfin, aucun développement spécifique lié aux objectifs ou au caractère non clandestin du PKK n'intervient dans leurs décisions.

Cela dit, ces décisions contiennent encore des éléments de confusion ou certaines lacunes. Ainsi, bien qu'ayant distingué entre les deux critères définitionnels des conflits armés non internationaux et les indices permettant d'en évaluer le respect, la chambre des mises en accusation a mentionné le degré d'organisation des parties impliquées parmi ces indices (91). La même chambre a également affirmé, à l'instar de certaines juridictions dans les dossiers syriens, que « lorsque des forces armées qui représentent une partie au sein d'un conflit armé commettent des actes de terrorisme en dehors du territoire conflictuel, ces actes ne sont pas des actes de forces armées dans le cadre d'un conflit armé et elles tombent par conséquent sous les dispositions de la

(88) Bruxelles (ch. des mises en accusation), 18 septembre 2017, inédit, arrêt n° 2017/2911, trad. française, p. 9; Corr. Bruxelles (41° ch.), 3 novembre 2016, inédit, FD.35.98.54/09 — FD. 35.98.634/06 — FD. 35.98.502/07, p. 10. Cette clarté résulte probablement de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 2016. Les deux décisions s'y réfèrent en effet à ce sujet.

(89) Bruxelles (ch. des mises en accusation), 18 septembre 2017, inédit, arrêt n° 2017/2911, trad. française, p. 9; Corr. Bruxelles (41° ch.), 3 novembre 2016, inédit, FD.35.98.54/09 — FD. 35.98.634/06 — FD. 35.98.502/07, p. 10. La décision de la chambre du conseil ne renvoie toutefois pas à la jurisprudence du T.P.I.Y.

(90) Bruxelles (ch. des mises en accusation), 18 septembre 2017, inédit, arrêt n° 2017/2911, trad. française, p. 17; Corr. Bruxelles (41° ch.), 3 novembre 2016, inédit, FD.35.98.54/09 — FD. 35.98.634/06 — FD. 35.98.502/07, p. 11. La décision de la chambre du conseil n'examine d'ailleurs que la question de l'existence d'un conflit armé et ne traite pas de manière spécifique de la notion de « forces armées ».

(91) Bruxelles (ch. des mises en accusation), 18 septembre 2017, inédit, arrêt n° 2017/2911, trad. française, p. 9.

législation relative au terrorisme» (92). Or, on sait que le droit international humanitaire est susceptible de s'appliquer également en dehors du territoire de l'État où se déroulent les hostilités. Enfin, certaines considérations relatives au degré d'organisation du PKK ne semblent pas pertinentes au regard des exigences prévues à cet égard par le droit international humanitaire. Il en va ainsi de celles qui, comme on l'a vu, conduisent la chambre du conseil à distinguer le PKK de «mouvements purement terroristes» de même que les références faites par la chambre des mises en accusation à l'intention des membres du PKK de respecter le droit international humanitaire (93) alors que seule l'aptitude à respecter ce droit constitue un critère pertinent.

B. — *Appartenance aux forces armées*

Les décisions sont également susceptibles de faire l'objet de certaines critiques en ce qui concerne non plus le droit international humanitaire mais les conditions d'application de l'article 141*bis*. Dans la mesure où elles concluent que celui-ci est applicable, toutes ces conditions doivent être établies. Les décisions se concentrent essentiellement, on l'a vu, sur le respect des critères d'existence d'un «conflit armé» et, ce faisant, sur la notion, intrinsèquement liée, de «forces armées». Or, l'article 141*bis* ne peut s'appliquer que vis-à-vis des membres de telles forces. Il ne suffisait donc pas d'établir que le PKK constituait un groupe armé organisé au sens du droit international humanitaire. Il fallait également démontrer que les personnes poursuivies étaient membres de ce groupe. Or, cette question est abondamment débattue dans la doctrine.

Deux principales conceptions sont généralement envisagées. La première est une conception large (94), calquée sur l'appartenance aux forces armées étatiques et n'exigeant pas que le membre ait une fonction de combat au sein du groupe. Cette conception, qui semble partagée par de nombreux États, inclut toutes les personnes qui en font organiquement partie, soit sur une base formelle, en raison du port d'un uniforme, d'un titre ou d'autres indices tels qu'un document indiquant l'appartenance au groupe, soit sur une base fonctionnelle, en raison de la fonction exercée au sein du groupe qui serait similaire à celle exercée par des membres de forces armées étatiques (95).

(92) *Ibid.*, p. 12.

(93) *Ibid.*, p. 11 : «Le PKK n'est pas un État au sens du droit international et ne peut bien entendu pas signer des traités internationaux mais le comportement des membres du PKK démontre que leur *intention* est de respecter le droit international humanitaire» (it. aj.).

(94) Voy. not. en ce sens M. N. SCHMITT, «The Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis», *Harvard National Security Journal*, 2010, pp. 21-24; M. HLAVKOVA, «Reconstructing the Civilian/Combatant Divide: A Fresh Look at Targeting in Non-international Armed Conflict», *Journal of Conflict & Security Law*, 2014, p. 263.

(95) Voy. not en ce sens R. P. HUSTON, «A Practical Perspective on Attacking Armed Groups», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2018, p. 924.

L'autre conception, prônée par le C.I.C.R. (96), est une conception plus stricte, faisant dépendre la qualité de membre d'un groupe de la preuve d'une fonction de combat continue de la personne au sein de ce groupe. Cela dit, les deux conceptions sont susceptibles de se rencontrer, y compris s'agissant de personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, tels que des cuisiniers ou d'autres personnes chargées de l'intendance ou de la logistique au profit du groupe. En effet, selon le C.I.C.R., il n'est pas nécessaire que la personne en question participe directement et de manière continue aux hostilités mais il faut à tout le moins qu'elle ait été recrutée et formée en ce sens au sein du groupe (97). Force est de constater qu'aucun passage n'est consacré à ces questions dans les décisions prises dans l'affaire du PKK.

C. — *Activités régies par le droit international humanitaire*

L'article 141*bis* exige par ailleurs expressément que les activités des forces armées engagées dans un conflit armé soient « régies par le droit international humanitaire » pour que leurs auteurs soient mis à l'abri de poursuites du chef d'infractions terroristes. Tout acte, même de violence, commis dans un conflit armé par des membres de forces armées ne tombe pas nécessairement dans le champ d'application du droit international humanitaire. Conformément à la jurisprudence internationale (98), il faut nécessairement qu'un lien (*nexus*) existe entre l'acte en question et le conflit armé. Est-ce néanmoins suffisant ? Ne faut-il pas en outre que l'acte en question consiste dans un acte d'hostilité direct, expressément envisagé par les obligations de droit international humanitaire, comme la participation à des attaques, la détention ou le jugement de personnes ? Dans l'affirmative, des actes limités d'assistance au groupe terroriste, comme le fait (déjà envisagé précédemment) de cuisiner, nettoyer ou protéger un dépôt d'armes au profit du groupe, sans prendre directement part aux hostilités, ne seraient pas régis par le droit international humanitaire et seraient donc exclus du champ d'application de l'article 141*bis*. La réponse dépend de l'interprétation à donner au verbe « régir » utilisé dans cet article, qui correspond aux verbes « *onderwerpen* » dans la version néerlandaise et « *govern* » dans la version anglaise de certaines conventions internationales contenant une clause d'exclusion similaire. Ni les travaux préparatoires de la loi ayant introduit l'article 141*bis* dans le Code pénal, ni ceux des conventions internationales en question ne permettent de trancher.

(96) Voy. le *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 35.

(97) Voy. not *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, *op. cit.*, p. 36 ; voy. également N. MELZER, « Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities », *NYU Journal of International Law and Politics*, 2010, p. 852.

(98) Voy. not. en ce sens T.P.I.Y., 12 juin 2002, *Le Procureur c. Kunarac et al.*, IT-96-23/1-A, § 58.

Néanmoins, il est généralement admis en droit international humanitaire que les hostilités, que le droit international humanitaire a vocation de régir, ne visent pas uniquement les opérations militaires directes mais comprennent, de manière plus large, l'ensemble des actions hostiles ou des actes nuisibles à l'ennemi (99). En ce sens, il conviendrait de voir ces actes limités d'assistance au groupe armé comme des actes n'étant pas expressément interdits ou autorisés par le droit international humanitaire, mais néanmoins régis par ce dernier. On ne doit pas non plus perdre de vue que ce droit ne se limite pas à une série d'obligations, consistant principalement dans des interdictions. Il prévoit également, on l'a vu, les critères de définition des conflits armés et des forces armées parties à ces conflits ainsi que les critères d'appartenance à ces forces. En ce sens, la nature de certains actes, qu'ils consistent dans une assistance directe ou limitée aux forces armées, permet notamment de déterminer si leur auteur en est membre conformément au droit international humanitaire. Ces actes sont en ce sens régis par ce droit. Enfin, il ne semble pas justifié de faire une différence de traitement selon le type d'acte accompli par les membres d'un groupe terroriste : il serait paradoxal qu'un membre accomplissant des actes limités d'assistance au sein du groupe puisse être poursuivi du chef d'infraction terroriste, au motif que ces actes ne seraient pas régis par le droit international humanitaire, contrairement au membre qui participerait directement aux attaques contre l'adversaire et qui pourrait par ailleurs ne pas être non plus poursuivi pour crime de guerre dans l'hypothèse où ces attaques seraient conformes au droit international humanitaire. Quoi qu'il en soit, il reviendra toujours au juge, chargé de vérifier l'ensemble des conditions d'application de l'article 141*bis*, d'identifier et d'examiner toutes les actions menées par la personne poursuivie en lien avec le conflit armé, tâche que les juges n'ont pas réalisée dans l'affaire du PKK (100). Il n'est toutefois pas exclu que cette lacune résulte de préoccupations probatoires.

D. — *Une requalification des faits ?*

De telles préoccupations sont également susceptibles d'expliquer que les juges en question n'aient pas cherché à requalifier les faits reprochés aux prévenus en crimes de guerre. Comme on l'a vu, l'article 141*bis* n'a pas pour objet d'organiser l'impunité. Les actes commis, bien qu'échappant à la législation antiterroriste, sont susceptibles de relever du terrorisme de guerre et de constituer des crimes de guerre. Or, il ressort de la jurisprudence de la Cour

(99) Voy. not. en ce sens l'article 22 de la Convention de La Haye IV de 1097 sur les lois et coutumes de guerre; voy. également T. FERRARO, «The applicability and application of international humanitarian law to multinational forces», *International Review of the Red Cross*, 2013, p. 586; *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, op. cit., p. 60.

(100) Cf. néanmoins *supra*, note 87.

de cassation que les juridictions d'instruction ont l'obligation, dans le respect des droits de la défense, de donner aux faits leur juste qualification (101).

CONCLUSION

La jurisprudence belge relative à l'application de l'article 141*bis* montre clairement que le droit international humanitaire n'a pas été traité comme il aurait dû l'être, c'est-à-dire de manière plus détaillée, lorsqu'il s'agissait de se prononcer sur des questions complexes ou controversées, et de manière conforme aux interprétations développées dans la jurisprudence internationale, la doctrine majoritaire et les travaux du C.I.C.R. On peut se demander si l'article 141*bis* n'est pas lui-même le responsable de ces mauvais traitements, en mettant les juridictions belges dans une situation particulièrement délicate, qui les oblige à distordre le droit international humanitaire en vue d'assurer la poursuite de personnes impliquées dans les activités d'un groupe terroriste. Ne conviendrait-il dès lors pas que cet article soit modifié, voire abrogé ?

Une telle solution serait regrettable en raison de la cohérence que cet article entend assurer entre différents corps de règles et les progrès qu'il apporte dans le développement du droit international humanitaire. En effet, il semble logique qu'il revienne uniquement au corps de règles spécifiquement prévu pour régir les situations de conflits armés d'établir si les actions menées en lien avec de tels conflits sont punissables et d'écarter ainsi d'autres corps de règles dont l'applicabilité conduit à des qualifications inadaptées à ce sujet. D'autre part, l'immunité de poursuites pour infractions terroristes que procure l'article 141*bis* aux membres de groupes armés s'inscrit dans la tendance contemporaine à renforcer le respect du droit international humanitaire par de tels groupes. Contrairement au souhait exprimé de longue date par la C.I.C.R., les membres des groupes armés ne bénéficient pas du privilège de combattant, qui leur permettrait d'échapper à toute poursuite pénale pour les actes licites de guerre au regard du droit international humanitaire. Ce privilège n'existe que dans le chef des membres des forces armées étatiques engagées dans le cadre des conflits armés internationaux. Le deuxième protocole additionnel aux conventions de Genève ne fait que recommander aux États d'accorder une amnistie aux membres de groupes armés qui auraient respecté le droit international humanitaire. Sans une clause d'exclusion similaire à celle de l'article 141*bis*, les membres des groupes armés, qui seraient le plus souvent qualifiés de terroristes selon les législations nationales lorsqu'ils

(101) Cass., 18 février 2009, *Pas.*, 2009, n° 134. Cette obligation ressort également implicitement de l'arrêt du 13 février 2018 qui sanctionne la chambre des mises en accusation pour l'absence de requalification des moyens de communication employés par les prévenus après avoir rejeté l'application de la loi du 13 juin 2005 sur les télécommunications.

luttent contre un gouvernement, pourraient également être poursuivis pour infractions terroristes et encourir des peines sévères alors même qu'ils ont respecté le droit international humanitaire. On comprend aisément que les groupes armés auraient peu d'intérêt à se conformer à ce droit.

Cela dit, il convient de ne pas perdre de vue les difficultés qu'emporte l'application de l'article 141*bis* pour les juridictions belges. Ces difficultés semblent principalement liées au manque de preuves susceptibles d'être collectées pour établir l'existence de crimes de guerre, commis sur le territoire d'États éloignés et en proie à un conflit armé, et au risque, ce faisant, de procurer une certaine impunité, particulièrement insupportable s'agissant de la poursuite de personnes impliquées dans des groupes auteurs d'atrocités notoires. Néanmoins, des mécanismes de collecte de preuves se mettent en place au sujet de telles atrocités et certaines formes de responsabilité souples, nécessitant des preuves plus limitées, sont disponibles. Par ailleurs, il serait malencontreux d'adopter certaines solutions juridiques générales contestables, principalement au sujet du droit international humanitaire, pour assurer la poursuite de membres de groupes armés dont la caractéristique est de commettre des violations graves du droit international, alors que la plupart des groupes armés ne s'inscrivent pas dans cette logique. Enfin, on doit se demander, de manière plus générale, si la cohérence et les progrès qu'emporte l'article 141*bis* doivent être sacrifiés pour des raisons probatoires.