

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2004/12
20 July 2004

ARABIC
Original: ENGLISH

المجلس الاقتصادي والاجتماعي



لجنة حقوق الإنسان

اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان

الدورة السادسة والخمسون

البند ٣ من جدول الأعمال المؤقت

إقامة العدل وسيادة القانون والديمقراطية

ورقة عمل أعدتها فرانسواز هامبسون عن تجريم أفعال العنف الجنسي
الخطير والتحقيق فيها والمقاضاة عليها*

* قُدمت ورقة العمل هذه في وقت متأخر لإتاحة الوقت الكافي للخبرة لإنجاز بحثها.

موجز

قررت اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان، في مقرها ١٠٨/٢٠٠٣، أن تطلب إلى السيدة فرانسواز هامبسون إعداد ورقة عمل عن تجريم أفعال العنف الجنسي الخطير والتحقيق فيها والمقاضاة عليها. وتتناول السيدة هامبسون في ورقة عملها تعريف الجرائم الدولية ذات الصلة وأسلوب توجيه الاتهام. وتشير إلى أن قضايا الإجراءات وقواعد الإثبات وآليات المحاكم المتعلقة بحماية الشهود والضحايا لا تدخل في نطاق تقريرها.

وتتطرق السيدة هامبسون، في مناقشتها لتعريف الجرائم الدولية ذات الصلة، إلى تعريف الاغتصاب وغيره من أشكال العنف الجنسي، وتشير بصورة مسهبة إلى القانون والقضاء الدوليين. وفي جزء ورقة العمل المخصص لممارسة توجيه التُّهم، تقدم السيدة هامبسون معلومات مفصلة عن كيف أن المتهم الذي يزعم أنه ارتكب فعل الاغتصاب أو الاعتداء الجنسي أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي قد لا تُسند إليه في ظروف محددة تهمة ارتكاب هذه الجريمة بالتحديد، ولكن تهمة ارتكاب جريمة التعذيب، أو جريمة ضد الإنسانية، أو جريمة حرب أو جريمة إبادة جماعية. ومع ذلك، تشير السيدة هامبسون إلى أنه بغية إثبات الجرائم الأخيرة، ينبغي إثبات عناصر أخرى إلى جانب العناصر اللازمة لإثبات الاغتصاب أو الاعتداء الجنسي أو العنف الجنسي. وتقدم السيدة هامبسون من خلال الإشارة بصورة مسهبة إلى القانون والقضاء الدوليين، معلومات مفصلة عن الظروف التي يمكن للاغتصاب والاعتداء الجنسي وغيره من أشكال العنف الجنسي أن تشكل تعديلاً أو جريمة ضد الإنسانية أو جريمة حرب أو جريمة إبادة جماعية.

وتطرح السيدة هامبسون في استنتاجاتها أسئلة عديدة. فهي تتساءل عما إذا كان الفريق العامل للدورة المعني بإقامة العدل يرغب في مواصلة دراسة القضايا المتصلة بجرائم العنف الجنسي، وعما إذا كان تركيزه سيقترصر على حالات تتناول القانون الجنائي الدولي أو ما إذا كان سيضم طريقة تناول النظم القانونية الجنائية الوطنية لهذه المسائل، الأمر الذي سيسمح بجمع أدلة عن الممارسات الجيدة والرديئة. وإذا تقرر النظر في مسألة كيفية معالجة النظم القانونية الجنائية الوطنية لمسألة العنف الجنسي بوجه عام، فإنها تتساءل عما إذا كان ذلك سيشمل الأطفال وكذلك البالغين، وعما إذا كان سيتم معالجة التصوير الإباحي كشكل من أشكال العنف الجنسي. كما تشير إلى أنه بالرغم من القرار الذي اتخذته اللجنة الفرعية في وقت سابق للنظر في مسألة القانون الجنائي الدولي في دورتها السادسة والخمسين، فإنها تلاحظ أنه ليس من الواضح ما إذا كان ذلك يشير فقط إلى الجرائم التي تدخل في ولاية المحكمة الجنائية الدولية أو ما إذا كانت هناك رغبة في النظر في القانون الجنائي الدولي بصورة أوسع. وتشير السيدة هامبسون أيضاً مسألة ما إذا كان الفريق العامل يرغب في مواصلة جمع المعلومات عن القضايا المتعلقة بقانون حقوق الإنسان التي ظهرت نتيجة التطورات التي حدثت مؤخراً في القانون الجنائي الدولي أو ما إذا كان يرغب في اعتماد خطة عمل تتناول قضايا محددة في أوقات محددة.

مقدمة

١ - وافق تقرير الفريق العامل للدورة المعني بإقامة العدل الذي اعتمده اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان في دورتها الخامسة والخمسين (E/CN.4/Sub.2/2003/6)، على إدراج بند في جدول أعمال الدورة السادسة والخمسين للجنة الفرعية بعنوان تجريم أعمال العنف الجنسي الخطيرة التي تُرتكب في سياق الصراعات المسلحة أو تُرتكب ضمن هجوم واسع النطاق أو منتظم موجه ضد أي سكان مدنيين.

٢ - ويتناول هذا التقرير جانبين لهذه المسألة: تعريف الجرائم الدولية ذات الصلة وأساليب توجيه الاتهام. وتدخل القضايا المتصلة بقواعد الإجراءات وقواعد الإثبات وآليات المحاكم لحماية الشهود والضحايا ضمن نطاق التقرير المقدم من السيدة راکوتواريسوا. ولا يتناول هذا التقرير القضايا العامة المتعلقة بالمسؤولية الجنائية مثل التحريض، والمسؤولية عن مشاريع مشتركة، ومسؤولية القيادة الخ. فكثيراً ما يكون لهذه المسائل دور هام للغاية في القضايا المفردة التي تتعلق بالاعتداء الجنسي، لكنها ليست قاصرة على مثل هذه الجرائم.

ألف - تعريف الجرائم ومسألة أسلوب توجيه الاتهام

٣ - إن السؤال الأول هو لماذا تطرح مسألة جرائم العنف الجنسي في حالات النزاع صعوبات. فالتاريخ يبين لنا أن مثل هذه الجرائم منتشرة على نطاق واسع في حالات النزاع الدولي وغير الدولي، بمعنى أنها تظهر في أماكن عديدة مختلفة، وتكون سائدة بمعنى أنها تظهر بأعداد كبيرة^(١). وقد قُدمت تفسيرات متنوعة لهذه الظاهرة، بما في ذلك انعدام السيطرة الفعالة على القوات المسلحة، وانخفاض وضعف عوامل الكبح الطبيعية عند الإنسان، وشعور القوات المسلحة بأنها تستحق شكلاً ما من أشكال المكافأة، والرغبة في إذلال العدو المهزوم^(٢). وعدم اتخاذ إجراءات قانونية فعالة ضد مرتكبي هذه الجرائم هو أمر شائع بقدر انتشار الجريمة نفسها تقريباً. وفيما يمكن أن يعزى جزء من هذه المشكلة إلى الصعوبات القانونية، مثل قضايا الاختصاص القضائي في أفعال تُرتكب في الخارج، يبدو من المرجح أن السبب الرئيسي وراء عدم اتخاذ أي إجراء هو بوجه عام عدم أخذ هذه الجرائم مأخذ الجدية.

٤ - وتجدر ملاحظة أن المسألة لا تقتصر على جرائم العنف الجنسي في حالات النزاع. فهناك شكاوى مشتركة قدمتها هيئات قضائية عديدة من عدم قيام المحاكم الجنائية الوطنية بمعالجة جرائم العنف الجنسي معالجة فعالة. ولا تشمل الصعوبات تعريف الجرائم فحسب بل أيضاً طريقة قيام رجال الشرطة بالتحقيق في الجرائم، والأساس الذي تستند إليه القرارات المتعلقة بالملاحقة، وقواعد الإجراءات وقواعد الإثبات. وفي بعض البلدان، شهدت العقود الثلاثة الأخيرة تغييرات جذرية في طريقة معالجة مثل هذه الجرائم.

٥ - وتم على المستوى الدولي إحراز تقدمين هامين في أوائل التسعينات. فقد أولت تغطية وسائل الإعلام للنزاع في البوسنة والهرسك اهتماماً كبيراً للغاية لموضوع استخدام الاعتداء الجنسي كأداة في النزاع. وليست المسألة ببساطة هي أن النزاع أوجد فرصاً لممارسة العنف الجنسي على مستويات عالية بل قيل إن هذه الممارسة كانت مستعمدة ومنتظمة. وامتد هذا الوعي المرتفع إلى النزاع والإبادة الجماعية في رواندا وكان موضوع اهتمام كبير لوسائل الإعلام في النزاعات منذ ذلك الحين وهو ما حدث مؤخراً في جمهورية الكونغو الديمقراطية ومنطقة دارفور في السودان^(٣).

٦- وإلى جانب هذا الوعي المرتفع، حدث أيضاً تطور قانوني هام. فقد أتاح إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا فرصة لمعالجة مسألة العنف الجنسي. وأدت ممارسة الضغوط الشديدة ولا سيما من قبل المجموعات النسوية إلى أن بدأ موظفو الملاحقة القضائية والقضاة أنفسهم يأخذون هذه الجرائم مأخذ الجدية. ولم يؤد ذلك إلى القيام بالتحقيق وتوجيه التهم والملاحقة القضائية فحسب، بل أيضاً إلى قيام المحاكم باعتماد قواعد إثبات وقواعد إجراءات خاصة لتناول مثل هذه القضايا وإنشاء آليات خاصة لتلبية احتياجات الشهود والضحايا. وأوضح عمل المحاكم ما يمكن إحرازه من تقدم عند توفر الإرادة السياسية^(٤).

٧- وتلا ذلك اعتماد نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية واعتماد ممثلي الدول الأطراف لأركان الجريمة وقواعد الإجراءات. ومرة أخرى، مارست المجموعات النسوية ضغوطاً فعالة مما أدى إلى إدراج أحكام تستند إلى الدروس المستخلصة من المحاكم الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا^(٥).

٨- وعلى الرغم من ضرورة الترحيب بهذه التطورات، فلا تزال هناك مشكلة فعلية للغاية. فمن غير الواقعي أن نتوقع من المحكمة الجنائية الدولية تناول أكثر من جزء من الحالات التي يحتل أن تقع ضمن اختصاصاتها. وعلى الرغم من أن النظام الأساسي لروما يتحدث عن أن اختصاص المحكمة مكمل لاختصاصات الدول، لكن الواقع أن الأقرب إلى الدقة هو أن نعتبره فرعياً لاختصاص الدول. فالأولوية الأولى هي أن تتولى المحاكم الوطنية اختصاصها القضائي. ولن تظهر المسألة المتعلقة بقضاء المحكمة الجنائية الدولية إلا عندما لا تكون الدول قادرة على ممارسة اختصاصها أو لا تنوي ممارسته. ولذلك فإن من الجوهرى ضمان أن تعتمد النظم القانونية الوطنية عندما تتناول جرائم العنف الجنسي في حالات النزاع، تعريفاً للجرائم، وقواعد إثبات وقواعد إجراءات مناسبة لجرائم العنف الجنسي، أمام المحكمة الجنائية الدولية. وسيؤدي عدم القيام بذلك إلى ظهور حالات تبرئة لا يمكن لها أن تحدث أمام المحكمة الجنائية الدولية نفسها^(٦).

٩- وتوضح بعض الأمثلة الافتراضية خطر ذلك. حيث توضح السوابق القضائية للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا أن الفعل الإجرامي للاغتصاب هو إيلاج قضيب الرجل في الفرج أو الشرج أو الفم، أو إيلاج أي شيء آخر في الفرج أو الشرج. وسيكون من الواضح من التعريف أن الرجل يمكن أن يكون ضحية الاغتصاب أيضاً. ففي حين قد يعتبر العنف الجنسي ضد الرجل في بعض القوانين فعلاً جنائياً أيضاً، إلا أنه لا يعتبر اغتصاباً. ولهذا أثره على طريقة معالجة الجريمة وعلى العقوبة في أغلب الأحيان. وفي قوانين أخرى قد يقتصر الاغتصاب على إيلاج قضيب الرجل في الفرج أو الشرج. ولذلك فإنه لا يشمل الإيلاج باستخدام زجاجة أو عصا. ورغم أن مثل هذا الفعل يكون فعلاً جنائياً، إذا تم وصفه كمجرد اعتداء جنسي، فإن التهمة لن تعكس على وجه الدقة شدة ما حدث. وتظهر مشاكل مماثلة في بعض القوانين فيما يتعلق بقضايا مثل إثبات الرضا كوسيلة للدفاع والحاجة إلى تأييد الشهود قبل إثبات الإدانة^(٧).

١٠- ولا يلزم نظام روما الأساسي إلا الأطراف المتعاقدة. ومع ذلك، فإن المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا تدعيان بأنهما لا تسندان سوابقهما القضائية إلى نظام كل منهما فحسب، بل أيضاً إلى القانون العرفي. فقد اعتمدتا على هذا الأخير لتعريف الجرائم التي تدخل في

اختصاصهما. وإلى هذا الحد، فإن تعاريف الجرائم التي توصلت إليها المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا تعكسان مبدئياً تعاريف هذه الجرائم في إطار القانون الدولي بوجه عام. ولهذا آثار هامة على تنفيذ اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ وبروتوكول عام ١٩٧٧ على المستوى المحلي. وفضلاً عن ذلك فإن لهذه التعاريف أثراً على تعريف مفاهيم أخرى في إطار قانون حقوق الإنسان، مثل التعذيب. وبذلك فإن الحاجة إلى مراعاة التطورات التي حدثت في القانون الجنائي الدولي لا تظهر في حالة الدول الأطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية فحسب، بل إنها تؤثر على جميع الدول.

١١- وقد تكون هناك حاجة إلى إجراء رصد منتظم للقانون الجنائي الوطني لضمان أن يراعي تعريف الجرائم التطورات في القانون الجنائي الدولي، وذلك على الأقل عندما يشكل السلوك قيد البحث جريمة دولية. ولهذا الأغراض، فإن الجريمة الدولية تعني فعلاً تكون أي دولة حرة بشأنه في ممارسة القضاء على شخص يتواجد في أراضيها أو ضمن ولايتها القضائية، بغض النظر عن جنسية الشخص المشتبه به أو الضحية أو الإقليم الذي يزعم أن الفعل حدث فيه.

تعاريف الجرائم^(٨)

١٢- من الضروري التمييز بين الجريمة نفسها وطريقة توجيه تهمة بارتكابها. وهناك ظروف يمكن فيها أن يتهم الشخص الذي قام بالاغتصاب مثلاً، بأنه قام بفعل من أفعال التعذيب، أو بانتهاك خطير لاتفاقيات جنيف، أو انتهاك لقوانين وأعراف الحرب المنطبقة في حالات النزاع المسلح الدولية وغير الدولية، أو جريمة ضد الإنسانية بل وحتى جريمة إبادة جماعية. ويتناول هذا الفرع الجرائم. وسيتناول الفرع التالي توجيه الاتهام. وهناك تشابك بين المفهومين. فمثلاً قد لا تكون أفعال الإذلال الجنسي جرائم بحد ذاتها لكنها قد تنطوي على معاملة لا إنسانية أو حاطة بالكرامة، مما يجعلها في ظل بعض الظروف جريمة.

١٣- وسيتم استطلاع تعريف الجرائم من خلال دراسة السوابق القضائية للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا ومن ثم من خلال دراسة أحكام النظام الأساسي لروما وأركان الجريمة.

١٤- والجرائم الأساسية هي الاغتصاب والاعتداء الجنسي. وقد تشكل أشكالاً أخرى من الاستغلال الجنسي أيضاً انتهاكات للقانون الجنائي الدولي.

١- الاغتصاب

١٥- يعتبر الاغتصاب أكثر خطورة من الأشكال الأخرى للاعتداء الجنسي لكن كلا الفعلين محظورين^(٩). فقانون المعاهدات الدولية، ولا سيما اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ وبروتوكولي عام ١٩٧٧، تحظر الاغتصاب صراحة كما أن المادة المشتركة ٣ بين اتفاقيات عام ١٩٤٩ تحظرها ضمناً. وليس هناك تعريف للاغتصاب في قانون المعاهدات الدولية^(١٠).

١٦- وكانت أول المحاكم المختصة التي عرفت الاغتصاب هي المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا. ففي حالة أكايسو، أسندت إلى المتهم تهمة الاغتصاب بوصفه جريمة ضد البشرية وانتهاكاً للمادة ٣ المشتركة بين اتفاقيات جنيف^(١١). فقد كان على المحكمة أن تعرف الاغتصاب لكنها لم تقم بذلك في سياق يتطلب منها النظر في أركان الجريمة ذاتها. وذكرت المحكمة:

"أن الغرفة ترى أن الاغتصاب شكل من أشكال الاعتداء وأن الأركان الرئيسية لجريمة الاغتصاب لا يمكن بيانها في وصف ميكانيكي للأشياء أو لأجزاء الجسم. كما أن اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لا تصنف أفعالاً محددة عند تعريفها للتعذيب، بل تركز على الإطار المفاهيمي للعنف الذي تعاقب عليه الدولة. وهذا النهج أكثر فائدة في القانون الدولي. فالاغتصاب، شأنه شأن التعذيب، يُستخدم لأغراض تخويف الشخص أو تحقيره أو إذلاله أو التمييز ضده أو معاقبته أو السيطرة عليه أو تحطيمه. والاغتصاب مثل التعذيب هو انتهاك لكرامة الإنسان بل إنه يشكل، في الواقع، تعذيباً عندما يقوم به موظف حكومي أو شخص آخر يتصرف بصفة رسمية أو بموافقة أو قبوله".

"وتعرف الغرفة الاغتصاب بأنه غزو بدني ذو طبيعة جنسية يرتكب بحق شخص في ظروف قسرية. ويعتبر العنف الجنسي الذي يشمل الاغتصاب أي فعل ذو طبيعة جنسية يرتكب بحق شخص في ظروف قسرية"^(١٢).

١٧- وبعد ذلك بفترة وجيزة للغاية، طُلب إلى المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة تعريف الاغتصاب في ظروف تعين عليها فيها أن تحدد بالضبط الأفعال المكونة للجريمة والشكل الذي يتخذه بالتحديد رفض الضحية. وبغية تعريف أركان الاغتصاب، قامت المحكمة بفحص القوانين الداخلية لدول عديدة. ولاحظت في هذا الصدد:

"وجود اتجاه في التشريعات الوطنية لعدد من الدول، نحو توسيع نطاق تعريف الاغتصاب بحيث أصبح الآن يشمل أفعالاً كانت تصنف في السابق على أنها جرائم أقل خطورة بالمقارنة مع جريمة الاغتصاب، وهذه الأفعال هي الاعتداء الجنسي أو الاعتداء غير اللائق. وذلك يبين أن الدول تميل على المستوى الوطني إلى اتخاذ موقف أكثر صرامة إزاء الأشكال الخطيرة للاعتداء الجنسي: حيث أصبحت وصمة الاغتصاب تشمل الآن فئة متنامية من الجرائم الجنسية، شريطة أن تستوفي هذه الجرائم ببعض الشروط ولا سيما الإيلاج الجنسي القسري"^(١٣).

١٨- وفي نفس القضية، أخذت غرفة المحاكمة علماً "بمذكرة الإدعاء العام التي لم يتم دحضها والتي قدمها في موجزه قبل المحاكمة والتي تصف الاغتصاب بأنه فعل قسري: وذلك يعني أن الفعل: قد تم بالقوة أو بالتهديد باستخدام القوة ضد الضحية أو ضد شخص ثالث، وتكون مثل هذه التهديدات صريحة أو ضمنية شريطة أن تعرض الضحية لدرجة معقولة من الخوف تجعله يعتقد أنه أو شخص ثالث سيتعرض لأعمال العنف، أو الاحتجاز، أو الإكراه بالتهديد أو التعذيب النفسي". وهذا الفعل هو إيلاج قضيب الرجل في الفرج أو الشرج أو الفم، أو

إيلاج شيء آخر في الفرج أو الشرج. وفي هذا السياق، فإن الفعل يتضمن إيلاج قضيب الرجل مهما كانت درجة بساطته، في الفرج أو الشرج أو تجويف الفم، وأن الإيلاج الجنسي للفرج أو الشرج لا يقتصر على إيلاج قضيب الرجل^(٤١)، وأشارت الغرفة إلى تعريف الاغتصاب الذي قدمته المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا في قضية أكايسو، التي تم اقتباسها في الفقرة ١٦ أعلاه.

١٩- ويعني هذا التعريف أن الاعتداء الجنسي ضد الرجل يمكن أن يشكل، في حالات معينة، اغتصاباً. وفي قضية سيسيك، اعترف المدعي عليه أنه أجبر عمداً أخوين مسلمين كانا محتجزين في مخيم لوكا على لعق كل منهما قضيب الآخر بحضور أشخاص آخرين. واعترف رانكو سيسيك أنه يدرك تماماً أن ذلك الفعل حدث دون موافقة الضحيتين^(٤٥). وتم تناول هذه القضية على أنها بوجه خاص مثال على أخطر أنواع الاغتصاب وأكثره حطة.

٢٠- إن أهم مجال تختلف فيه شتى القوانين هو تجريم الإيلاج الفموي القسري. وفيما يشكل هذا الفعل دائماً وبصورة قطعية شكلاً من أشكال الاعتداء الجنسي، فإنه لا يصنف في بعض القوانين على أنه اغتصاب. وقدمت المحكمة تفسيراً لما يحملها على اعتبار أن مثل هذه الأفعال تقع ضمن تعريف الاغتصاب وبيّنت لماذا لم يثر ذلك مشكلة تتعلق بالمقولة لا جريمة بدون نص وذلك حتى عندما يكون الفعل، بموجب قانون البلد الأصلي للمدعي عليه، فعلاً مصنفاً على أنه اعتداء خطير^(٤٦).

٢١- واستنتجت الغرفة أن العناصر المدرجة أدناه قد تكون مقبولة كعناصر موضوعية للاغتصاب:

"١١" الإيلاج الجنسي، مهما كان بسيطاً:

(أ) لقضيب الفاعل أو لأي شيء آخر يستخدمه الفاعل في فرج أو شرج الضحية، أو

(ب) لقضيب الفاعل في فم الضحية؛

"٢٢" بالإكراه أو بالقوة أو بالتهديد بالقوة ضد الضحية أو شخص ثالث^(٤٧).

٢٢- وأكدت على هذا القرار غرفة المحاكمة في قضية "فوكا" حيث أوضحت المحكمة العنصر الثاني أعلاه، وهو الظروف القسرية^(٤٨). ونظرت المحكمة في القانون المحلي للدول لتحديد السياق الواجب إثباته بغية إثبات جريمة الاغتصاب:

"طائفة كبيرة من عوامل مختلفة تصنف الأفعال الجنسية ذات الصلة بأنها جريمة اغتصاب. ويمكن اعتبار هذه العوامل داخلة في إحدى ثلاث فئات واسعة:

"١٣" أن يكون النشاط الجنسي مصحوباً باستخدام القوة أو التهديد باستخدام القوة ضد الضحية أو شخص الثالث؛

٢٢ - أو يكون النشاط الجنسي مصحوباً باستخدام القوة أو مجموعة متنوعة من الظروف المحددة الأخرى التي تجعل الضحية قليلة الحيلة بوجه خاص أو تبطل قدرة الضحية على أن ترفض ذلك عن علم؛

٢٣ - أو يحدث النشاط الجنسي دون رضا الضحية^(١٩).

٢٣ - واقترحت المحكمة بعد أن أجرت فحصاً لهذه المفاهيم أن العنصر الرئيسي ليس وجود القوة بل انعدام الرضا. وذكرت المحكمة:

"أن الأمور التي حددها تعريف فورونديزيجا - القوة، التهديد باستخدام القوة أو الإكراه - هي بالطبع الاعترافات ذات الصلة في العديد من النظم القانونية لكن الطائفة الكاملة للأحكام المشار إليها في ذلك الحكم توحي بأن القاسم المشترك الحقيقي الذي يوحد مختلف النظم لمعاقبة الانتهاكات المتعلقة بالاستقلال الجنسي قد يكون مبدأً أوسع أو أكثر أساسية. فأهمية استخدام القوة أو التهديد باستخدامها أو القسر بل أيضاً انعدام الرضا أو المشاركة الطوعية، هي أمور أشير إليها في الحكم الصادر بشأن قضية فورونديزيجا نفسه، حيث لوحظ:

[...] تشترط جميع القوانين التي استقصتها غرفة المحاكمة، وجود عنصر القوة أو القسر أو التهديد أو التصرف دون موافقة الضحية: وقد تم تفسير القوة تفسيراً واسعاً يتضمن جعل الضحية بدون حيلة.

ويشير اعتبار آخر للنظم القانونية التي تم استطلاعها عند إصدار حكم فورونديزيجا، وللأحكام ذات الصلة بعدد من القوانين الأخرى، إلى أن التفسير المشار إليه أعلاه، الذي يركز على الانتهاكات الخطيرة للاستقلال الجنسي، هو تفسير صحيح^(٢٠).

٢٤ - وفي قضية فورونديزيجا، صاغت المحكمة تحليلها على النحو التالي:

"في ضوء الاعترافات المذكورة أعلاه، ترى غرفة المحاكمة أن الفعل الإجرامي لجريمة الاغتصاب يحدث في القانون الدولي عند: الإيلاج الجنسي، ولو البسيط: (أ) لقضيب الفاعل أو لأي شيء آخر يستخدمه الفاعل في فرج أو شرج الضحية؛ أو (ب) لقضيب الفاعل في فم الضحية، عندما يحدث مثل هذا الإيلاج الجنسي دون موافقة الضحية. والموافقة لهذا الغرض يجب أن تكون طوعاً، أي أن تنجم عن الإرادة الحرة للضحية، وأن يتم تقييمها في سياق الظروف المحيطة بالفعل. والقصد الإجرامي هو نية القيام بالإيلاج الجنسي ومعرفة أن هذا الفعل يحدث دون موافقة الضحية^(٢١).

٢٥ - تم استئناف الحكم في قضية كوناراك، على أسس متعددة تشمل تعريف الاغتصاب. وقد رفضت غرفة الاستئناف ادعاء الشخص المستأنف بأنه كان من الضروري أن تستمر الضحية في المقاومة بغية إثبات انعدام الرضا^(٢٢). وفحصت غرفة الاستئناف العلاقة بين القوة وانعدام الرضا؛ وبعبارة أخرى، فإنها قامت بفحص مدى تأثير استنتاجات المحكمة في قضية كوناراك على إحداث تغيير ملحوظ في تحليلها لقضية فورونديزيجا. وقد ذكرت غرفة الاستئناف:

"تقدم القوة أو التهديد بالقوة دليلاً واضحاً لعدم الرضا، لكن القوة في حد ذاتها ليست عنصراً للاغتصاب. وبوجه الخصوص، فإن غرفة المحكمة كانت ترغب في أن توضح وجود عوامل [غير القوة] يمكن لها أن تجعل فعل الإيلاج الجنسي فعلاً لا يتم بموافقة الضحية أو بإرادتها. ومن شأن التركيز الضيق على استخدام القوة أو التهديد باستخدامها أن يسمح لمرتكبي فعل الاغتصاب بتفادي مسؤولية الفعل الجنسي الذي لا يوافق عليه الطرف الآخر، باستغلال الظروف القسرية دون الاعتماد على القوة الجسدية"^(٢٣).

٢٦- وتجاوزت المحكمة ذلك بخطوة أخرى. حيث رأت أن الناس يكونون، في بعض البيئات، شديدي التأثير بأعمال القسر وأكثر الأمثلة على ذلك وضوحاً هي عمليات الاحتجاز. وتعتبر بعض القوانين، أن الأشخاص الذين يعيشون في أوضاع تجعلهم شديدي التأثير، هم أشخاص لا يستطيعون الإعراب عن موافقتهم بحرية. ولهذا الغرض، فلا يمكن من الناحية القانونية، على الأقل، اعتبار أي فعل جنسي مع مثل أولئك الأشخاص فعلاً يتم بموافقة الضحية. فقد كان الضحايا في قضية فوكا محتجزين. وأشارت غرفة المحاكمة إلى:

"أدين معظم الأشخاص الذين استأنفوا في هذه الحالة، بجرمة اغتصاب نساء كن محتجزات بحكم الواقع في المقار العسكرية، ومراكز الاحتجاز وشقق كانت تستخدم لإقامة الجنود. والجانب الفظيع لظروف الاحتجاز هو أن الأسر اعتبر الضحايا فريسته الجنسية المشروعة. حيث كانت النساء تتعرضن، كما هو الحال في أوضاع مشابهة، للاغتصاب من جانب أكثر من شخص واحد وتواتر يكاد لا يصدق العقل. (وتلقت الضحايا اللاتي ناشدن في البداية العون أو قاومن، معاملة غاية في الوحشية). وحالات الاحتجاز هذه هي بمثابة ظروف قسرية إلى درجة تجعلها تبطل أي احتمال للموافقة.

وأيدت غرفة الاستئناف، في استنتاجها، غرفة المحاكمة بشأن القرار القائل بأن الظروف القسرية السائدة في هذه القضية تجعل الموافقة على الأفعال الجنسية الفورية التي ارتكبتها مقدمو الاستئناف، مستحيلة"^(٢٤).

٢٧- واتبعت طريقة تفكير غرفة الاستئناف في قضية ستاكبيك^(٢٥) وذلك في ما يتعلق بالفعل والسياق على السواء.

٢٨- ويشير نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بصراحة إلى الاغتصاب في سياق الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية (المادة ٧، الفقرة الفرعية (ز)) وجرائم الحرب في كل من النزاعات الدولية وغير الدولية (المادة ٨، الفقرة الفرعية (ب) ٢٢) و(هـ) ٦^(٢٦). وعرفت الدول الأطراف الاغتصاب في تقرير اللجنة التحضيرية بشأن أركان الجرائم. وتناول التعريف الاغتصاب بوصفه جريمة ضد الإنسانية أو جريمة حرب. ولذلك فإن بعض عناصر التعاريف تتعلق بإثبات هذه السياقات. والأركان المحددة للاغتصاب في حد ذاته هي:

١- أن يعتدي مرتكب الجريمة على جسد شخص بأن يأتي سلوكاً ينشأ عنه إيلاج عضو جنسي في أي جزء من جسد الضحية أو جسد مرتكب الجريمة أو ينشأ عنه إيلاج أي جسم أو أي عضو آخر من الجسد في شرج الضحية أو في فتحة جهازها التناسلي مهما كان ذلك الإيلاج طفيفاً.

٢ - أن يُرتكب الاعتداء باستعمال القوة أو التهديد باستعمالها أو بالقسر، من قبيل ما ينجم عن الخوف من تعرض ذلك الشخص أو الغير للعنف أو الإكراه أو الاحتجاز أو الاضطهاد النفسي أو إساءة استعمال السلطة، أو استغلال بيئة قسرية، أو يرتكب الاعتداء على شخص يعجز عن التعبير عن حقيقة رضاه^(٢٧).

وهذه العناصر هي نفسها بالنسبة لكل إشارة صريحة إلى الاغتصاب. وتأثير السوابق القضائية لكل من المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا والمحكمة الجنائية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة بشأن تعريف هذه العناصر تأثير واضح.

٢ - أشكال أخرى للعنف الجنسي

٢٩ - يمكن أن تكون طبيعة الأذى الذي يلحق بضحايا العنف الجنسي الذي لا يتخذ شكل اغتصاب على النحو المعرف أعلاه، خطيرة للغاية رغم ذلك. وقد اعترفت بذلك المحكمتين المخصصتين. وكان السياق الذي تَعَيَّن فيه على المحكمتين النظر في هذه المسألة هو في العادة الاتهام بالتسبب بأذى خطير للصحة الجسدية أو العقلية أو القيام بمعاملة مهينة وحاطة بالكرامة. ومع ذلك، فإن تركيز كلا المحكمتين على الطابع الجنسي للأذى، يتطلب معالجته في هذا السياق لا كمجرد مسألة تتعلق بتوجيه الاتهام.

٣٠ - وقد ذكرت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا في قضية أكايوسو:

"أن العنف الجنسي، الذي يشمل الاغتصاب، هو أي فعل ذي طبيعة جنسية يُرتكب ضد شخص في ظل ظروف قهرية. [...] ولا يقتصر العنف الجنسي على التعدي الجسدي على الشخص بل إنه يمكن أن يشمل أفعالاً لا تنطوي على اختراق أو حتى ملامسة الجسد. فالحادث الذي وصفه الشاهد ك. ك. والذي أمر فيه الشخص المدان أحد أفراد المنظمة الإرهابية (Interahamwe) بخلع ملابس طالبة وإرغامها على أداء ألعاب رياضية وهي عارية في ساحة عامة لمكتب البلدية، أمام الجماهير، يشكل عنفاً جنسياً. وتلاحظ المحكمة في هذا السياق أنه لا حاجة لإثبات الظروف القسرية من خلال إبداء القوة الجسدية. فقد يشكل التهديد والتخويف والابتزاز وغيره من أشكال الإكراه التي تقوم على التخويف أو الشعور بالإحباط، قسراً، وقد يكون القسر كامناً في بعض الظروف، مثل النزاع المسلح أو التواجد العسكري للمنظمة الإرهابية (Interahamwe) فيما بين النساء التوتسيات اللاجئات في مكتب البلدية. ويقع العنف الجنسي ضمن نطاق "أفعال لا إنسانية أخرى" المنصوص عليها في المادة ٣\١ من النظام الأساسي للمحكمة، و"الاعتداء على كرامة الإنسان" المنصوص عليها في المادة ٤(هـ) من النظام الأساسي و"الأذى الجسدي أو العقلي الخطير" المنصوص عليه في المادة ٢(٢)(ب) من النظام الأساسي"^(٢٨).

ويقدم ذلك تعريفاً سلبياً - العنف الجنسي لا يشترط الإيلاج أو حتى الاتصال الجسدي - ولكن العناصر الإيجابية الواجب إثباتها ليست واضحة. وتتعلق الأمثلة الأخرى التي قدمتها المحكمة والتي لا تتعلق بالاغتصاب، بالعري أمام الجمهور^(٢٩).

٣١- وتعين على المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة النظر في هذه المسألة فيما يتعلق بحظر التعذيب والاعتداءات على كرامة الإنسان. وتعذر على المحكمة عند دراسة العلاقة الممكنة بين القانون الجنائي الدولي والقانون الإنساني الدولي وقانون حقوق الإنسان الدولية، التمييز بينها^(٣١). وتمكنت المحكمة، عند تحليل قضية كوناراك من إجراء تحليل لهذه المفاهيم في ضوء القرارين اللذين اتخذتهما في وقت سابق بشأن قضيتي ديلاليك وأليكسوفيسكي^(٣١). وتوصلت إلى أنه لكي يشكل الفعل أو الامتناع عن فعل تعديباً، يجب أن تكون طبيعة الأذى الذي تم إلحاقه هو "أذى أو معاناة شديدين بدنياً أو نفسياً"^(٣٢). كما يجب إثبات عناصر أخرى، ولكن المسألة الوحيدة في هذا السياق هي ما إذا كانت أفعال العنف الجنسي تشكل سلوكاً محظوراً بشكل أو بآخر. وفيما يتعلق بالاعتداءات على الكرامة الشخصية فقد أعربت المحكمة بصراحة عن أن الألم لا يستوجب أن يكون طويل الأجل بل أن يكون ذا طبيعة خطيرة^(٣٣). وحكمت المحكمة أيضاً بأن اختبار ما هو مهين ومحط بالكرامة مسألة موضوعية. وتوصلت المحكمة إلى أن،

"تستوجب جريمة الاعتداء على الكرامة الشخصية :

١٠ أن يكون المتهم قد ارتكب أو اشترك في فعل أو امتنع عن القيام بفعل يعتبر بوجه عام مسيئاً لإذلال أو حط من الكرامة على نحو خطير أو يشكل، بصورة أخرى، اعتداءً حسيماً على الكرامة البشرية،

٢٠ وأن يكون المتهم على علم بأن الفعل أو الامتناع عن الفعل قد يترتب عليه ذلك الأثر"^(٣٤).

وأكدت غرفة الاستئناف في حكمها الصادر في ١٢ حزيران/يونيه ٢٠٠٢، على استخدام اختبار موضوعي^(٣٥). ومن الواضح أن من الممكن إدراج العنف الجنسي في مثل هذه الصياغة.

٣٢- وفي قضية فورونزيجا، تناولت المحكمة بصراحة معالجة مسألة الاعتداء الجنسي. وأشارت المحكمة إلى أن المحكمة العسكرية الدولية لطوكيو، تناولت في القضايا ضد الجنرالين تويودا وماتسوي فيما يتعلق بأحداث وقعت في نانكينغ، كلاً من الاعتصاب والاعتداء الجنسي^(٣٦). وخلصت المحكمة إلى أن:

"الاغتصاب وغيره من الاعتداءات الجنسية الخطيرة التي تحدث في النزاع المسلح تستتبع بصورة لا تقبل الجدل المسؤولية الجنائية لمرتكي هذه الأفعال"^(٣٧).

٣٣- وسعت المحكمة إلى تعريف الاعتداءات الجنسية الخطيرة:

"لا تعاقب القواعد الجنائية الدولية، على النحو المشار إليه أعلاه، فعل الاغتصاب فحسب بل تعاقب أيضاً أية اعتداءات جنسية خطيرة تقل عن الإيلاج الفعلي. وقد يبدو أن الحظر يشمل جميع الانتهاكات الخطيرة ذات الطابع الجنسي التي تلحق بالسلامة الجسدية والمعنوية لشخص ما من خلال القسر أو التهديد باستخدام القوة أو التخويف بشكل محط ومذل لكرامة الضحية. وبما أن القانون الدولي ينص على تجريم هاتين الفئتين من الأفعال، فإن التمييز بينهما هو تمييز مادي بالدرجة الأولى لأغراض العقوبة"^(٣٨).

وليس من الواضح ما إذا كانت المحكمة تقصر الجريمة على الاعتداءات الجنسية أو ما إذا كانت هذه الجريمة تنطبق على أشكال أخرى من العنف الجنسي. فالاعتداء الجنسي يتطلب في الأحوال العادية اتصالاً جسدياً فعلياً أو التهديد بذلك. والإيماء بأن الفرق بين الاغتصاب والاعتداء الجنسي هو أساساً فرق يتعلق بدرجة خطورة الفعل وبالتالي فإن أهميته لا تظهر بالدرجة الأولى إلا فيما يتعلق بتوقيع العقوبة، قد يوحي بأن المحكمة، على الأقل في هذه الملاحظة، تقصر نفسها على الاعتداء الجنسي.

٣٤- وربما يكون نظام روما الأساسي قد ذهب أبعد مما ذهبت إليه المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة في تناول مسألة العنف الجنسي بوجه عام. فقد أشار نظام روما الأساسي إلى العنف الجنسي بوجه عام، بالإضافة إلى إشارته إلى جرائم مثل الإكراه على ممارسة البغاء والاسترقاق الجنسي. فقد يشكل العنف الجنسي جريمة ضد الإنسانية و/أو جريمة حرب في النزاعات الدولية وغير الدولية. بموجب أحكام الفقرة ١ (ز) من المادة ٧ والفقرة ٢ (ب) ٢٢٠ (هـ) و٦٠ (هـ) من المادة ٨. وأركان الجريمة بقدر تعلقها بالعنف الجنسي بدلاً من الأركان الإضافية اللازمة لإثبات جريمة ضد الإنسانية أو جريمة حرب، هي

١- أن يقترف مرتكب الجريمة فعلاً ذا طبيعة جنسية ضد شخص أو أكثر أو يرغم ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص على ممارسة فعل ذي طبيعة جنسية باستعمال القوة أو بالتهديد باستعمالها أو بالقسر، من قبيل ما ينجم عن الخوف من تعرض ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص أو الغير للعنف أو الإكراه أو الاحتجاز أو الاضطهاد النفسي أو إساءة استعمال السلطة، أو باستغلال بيئة قسرية أو عجز الشخص أو الأشخاص عن التعبير عن حقيقة رضاهم.

٢- أن يكون السلوك على درجة من الخطورة يمكن مقارنتها بالجرائم الأخرى المنصوص عليها في الفقرة ١ (ز) من المادة ٧ من النظام الأساسي.

٣- أن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت خطورة ذلك السلوك^(٣٩).

وتعريف العنف الجنسي هو نفسه في السياقات الثلاثة التي استخدم فيها.

جيم - توجيه الاتهام

٣٥- يمكن في ظل بعض الظروف، أن توجه إلى المدعى عليه الذي يزعم، على النحو الذي تم توضيحه أعلاه، أنه ارتكب فعل اغتصاب و/أو اعتداء جنسياً أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي، تهمة لا تتعلق بتلك الجريمة بالتحديد بل بالتعذيب، أو بجريمة ضد الإنسانية، أو جريمة حرب بل أو حتى جريمة إبادة جماعية. ولكي يندرج مثل ذلك الفعل في إحدى هذه الفئات، ينبغي إثبات أركان أخرى للجريمة، بالإضافة إلى الأركان اللازمة لإثبات الاغتصاب أو الاعتداء الجنسي أو العنف الجنسي.

٣٦- من الهام أن يراعى الادعاء العام الذي يترافع أمام المحاكم الجنائية الوطنية أساليب توجيه الاتهام الدولية. فالوصف الذي توصف به جريمة ما يؤثر على درجة الفضيحة التي تلحق بالإدانة وعادة ما يؤثر على الحكم.

وبقدر ما تكون إدانة الاعتداء الجنسي غير مناسبة في حالة اغتصاب الذكور، فإن إدانة الاغتصاب تكون غير مناسبة عندما تشكل في ظل الظروف التي تقع فيها، جريمة ضد الإنسانية أو جريمة حرب. وقد تكون الدول منتهكة للالتزامات بموجب قانون حقوق الإنسان عندما تفشل في تجريم أشكال محددة للسلوك وعندما تكون التهم غير مناسبة لخطورة الجريمة^(٤١). كما قد تظهر مسألة أمام المحكمة الجنائية الدولية تتعلق بملاءمة الإجراءات الجنائية الوطنية، عندما لا يوجه الاتهام للمدعى عليه بصورة مناسبة^(٤٢).

٣٧- ولذلك فمن الضروري النظر في أية ظروف يمكن فيها للاغتصاب والاعتداء الجنسي وغيره من أشكال العنف الجنسي أن يشكل تعديلاً، أو جريمة ضد الإنسانية أو جريمة حرب أو إبادة جماعية. وتقدم السوابق القضائية للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا درجة كبيرة من التوجيه. ولن ينظر هذا الفرع في توجيه الاتهام فيما يتعلق بالاغتصاب في حد ذاته أو بالاغتصاب أو الاعتداء الجنسي أو غيره من أشكال العنف الجنسي كمعاملة مهينة وحاطة بالكرامة، حيث تم معالجة هذه القضايا بالفعل في الفرع الأخير.

١- الاتهام بالعنف الجنسي كجريمة تعذيب

٣٨- ليس التعذيب فئة منفصلة للجريمة. فقد يشكل التعذيب جريمة ضد الإنسانية أو جريمة حرب، بحسب الظروف^(٤٣). وفي هذا السياق، فإن المسألة الوحيدة المطروحة هو ما إذا كانت بعض أشكال العنف الجنسي تشكل تعديلاً. ويتعين إثبات عناصر إضافية للتعذيب لكي يشكل جريمة ضد الإنسانية أو جريمة حرب.

٣٩- في حالة كونارك، توصلت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة إلى ما يلي:

"ومع ذلك، فإن الأركان الثلاثة لتعريف التعذيب الوارد في اتفاقية التعذيب، هي أركان لا جدال عليها وهي مقبولة على أنها تمثل موقف القانون العرفي الدولي بشأن الموضوع:

١- يتضمن التعذيب التسبب، من خلال ارتكاب فعل أو الامتناع عن ارتكاب فعل، في أذى خطير أو معاناة شديدة، يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية.

٢- يجب أن يكون ارتكاب هذا الفعل أو عدم ارتكابه عمداً.

٣- يجب أن يكون الفعل مساعداً لغرض آخر، بمعنى أنه يجب أن يستهدف التسبب في الأذى بلوغ هدف معين^(٤٤).

واستطردت المحكمة قائلة:

"ليس هناك في القانون العرفي الدولي أي شرط يستوجب أن يكون الفعل قد ارتكب لغرض واحد من الأغراض المحظورة. وعلى النحو الذي أشير إليه في غرفة المحاكمة في قضية ديلاليك، فإن الغرض المحظور يجب أن يكون مجرد جزء من الدافع وراء الفعل وليس بالضرورة أن يكون الغرض السائد أو الوحيد^(٤٥).

وادعى كونارك وحوكوفيتش عند استئنافهما أن دافعهما الوحيد كان جنسياً^(٤٥). وأكدت غرفة الاستئناف على رأي غرفة المحاكمة بأنه "ليس من الضروري أن تكون الأفعال قد ارتكبت لمجرد تحقيق غرض من الأغراض المحظورة بموجب القانون الدولي. وإذا تم تحقيق غرض محظور واحد من خلال ارتكاب الفعل، فإن كون مثل ذلك الفعل كان يستهدف أيضاً تحقيق فعل غير مدرج (وذلك حتى فعلاً من الأفعال الجنسية) هو أمر لا يتعلق بالموضوع"^(٤٦).

٤٠ - وأكدت غرفة الاستئناف في قضية كونارك، عند تناولها لقضايا الاغتصاب، الاستنتاج الذي توصلت إليه غرفة المحاكمة والممثل في:

"إن الأذى أو المعاناة الشديدين على النحو الذي يشترطه تعريف جريمة الاغتصاب، يتقرران، وفقاً لما جاء أعلاه، بمجرد إثبات الاغتصاب، لأن فعل الاغتصاب يشمل بالضرورة وقوع مثل ذلك الأذى أو المعاناة. ولذلك ترى غرفة الاستئناف أن الأذى أو المعاناة الشديدين اللذين يلحقان بجسد الضحية أو قواها العقلية لا يمكن دحضه وأن غرفة المحاكمة استنتجت بصورة معقولة أن ذلك الأذى أو المعاناة كانا كافيين لوصف الأفعال التي قام بها مقدمو الاستئناف بأنها أفعال تعذيب"^(٤٧).

٤١ - وبعد إجراء تحليل دقيق لكل من قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي، خلصت غرفة المحاكمة إلى أن:

"تعريف التعذيب بموجب القانون الإنساني الدولي لا يشمل نفس عناصر تعريف التعذيب المطبقة بصفة عامة بموجب قانون حقوق الإنسان. وبوجه الخصوص، ترى غرفة المحاكمة أن وجود موظف حكومي أو أي شخص آخر في وضع يخوله استخدام السلطة أثناء عملية التعذيب ليس ضرورياً لاعتبار الجريمة تعذيباً بمقتضى القانون الإنساني الدولي.

وبالاستناد إلى ما جاء أعلاه، ترى غرفة المحاكمة أن عناصر جريمة التعذيب بموجب القانون العرفي الدولي تكون، في إطار القانون الإنساني الدولي على النحو التالي:

١٠ - التسبب في ألم أو عذاب شديد، جسدي أو ذهني، لشخص نتيجة القيام أو الامتناع عن القيام بفعل.

٢٠ - يجب أن يكون القيام بفعل أو الامتناع عن القيام بفعل متعمداً.

٣٠ - يجب أن يكون القيام بفعل أو الامتناع عن القيام بفعل بقصد الحصول من الضحية أو من شخص ثالث على معلومات أو على اعتراف، أو معاقبته أو تخويفه وإرغامه، أو ممارسة التمييز لأي سبب ضد الضحية أو شخص ثالث^(٤٨).

وينبغي ملاحظة أن القانون الإنساني الدولي لا يشترط أن يكون مرتكب الفعل موظفاً حكومياً.

٤٢ - وبما أن غرفة المحاكمة نظرت بصورة دقيقة في الاختلاف بين العناصر اللازمة لإثبات التعذيب في إطار قانون حقوق الإنسان وتلك اللازمة لإثباته في إطار القانون الإنساني الدولي، يتضح أنه كان من الأفضل اتباع التحليل الذي أجرته المحكمة في قضية *كونناراك* على التحليل السابق الذي أجرته المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بروناندا والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة والذي يستند بصورة أساسية إلى قانون حقوق الإنسان، في قضيتي *أكايوسو وموسيك وآخرين*. و التحليل الذي أجرته غرفة المحاكمة بشأن قضية *فورونديزيجا* يشبه بصورة أكبر ذلك التحليل الذي أجرته بشأن قضية *كونناراك*^(٤٩).

٤٣ - ويشكل الاغتصاب تعذيباً عندما تتوفر جميع هذه العناصر^(٥٠):

"عند تقييم خطورة الأذى الذي يلحق بالضحية، يراعى الضرر الذي لحق بالصحة الجسدية أو العقلية لها. وتلاحظ غرفة المحاكمة أن الاعتداء الذي يصل إلى التعذيب لا ينبغي أن ينطوي عليه بالضرورة أذى جسدي، لأن الأذى العقلي هو شكل سائد من أشكال ممارسة التعذيب. فمثلاً، تصل المعاناة العقلية الذي يتعرض لها شخص بسبب إجباره على مشاهدة أحد أقربائه وهو يتعرض لسوء معاملة شديدة، إلى درجة الخطورة التي تشترطها جريمة التعذيب. وبالمثل، رأت غرفة المحاكمة في قضية *فورونديزيجا* أن الإجبار على مشاهدة اعتداءات جنسية خطيرة على امرأة من معارف الشخص الذي أُجبر على مشاهدة هذه الاعتداءات هو تعذيب بالنسبة لذلك الشخص. كما أن إحضار أشخاص ولا سيما من أفراد أسرة الشخص الذي يتم اغتصابه لمشاهدته يوقع أيضاً أذى عقلياً شديداً عليه، يصل إلى درجة التعذيب"^(٥١).

٤٤ - وتعرّف الفقرة ٢(هـ) من المادة ٧ من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، التعذيب، الذي يمكن إدانته كجريمة ضد الإنسانية أو جريمة حرب، على أنه "تعمد إلحاق ألم شديد أو معاناة شديدة، سواء بدنياً أو عقلياً، بشخص موجود تحت إشراف المتهم أو سيطرته؛ ولكن لا يشمل التعذيب أي ألم أو معاناة ينجمان فحسب عن عقوبات قانونية أو يكونان جزءاً منها أو نتيجة لها".

٢- الاتهام بالعنف الجنسي كجريمة ضد الإنسانية

٤٥ - فيما يتناول هذا الباب الفرعي مسألة العنف الجنسي بوجه عام، ينبغي ملاحظة أن أنشطة أخرى ذات طبيعة جنسية أوسع نطاقاً يمكن أن تُعتبر أيضاً جرائم ضد الإنسانية، مثل الإكراه على البغاء والحمل القسري والتعقيم القسري^(٥٢). وبوجه الخصوص، ناقشت غرفة المحاكمة في قضية *كونناراك*، تعريف الاسترقاق كجريمة ضد الإنسانية، وأشارت إلى أن الاستغلال الجنسي يمكن أن يكون ظرفاً من بين الظروف المتعددة التي يمكن لها أن تشير إلى الاسترقاق^(٥٣). وخلصت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغوسلافيا السابقة، في الحكم المتعلق بتاديك إلى أنه "لكي يُدان شخص متهم بجرائم ضد الإنسانية، يجب إثبات أن هذه الجرائم كانت ذات صلة بهجوم على سكان مدنيين (يحدث أثناء نزاع مسلح) وأن المتهم كان على علم بأن جرائمه تمت بتلك الصلة"^(٥٤). ويتعين على المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة وفقاً لنظامها الأساسي أن تثبت وجود علاقة مع النزاع المسلح بغية الملاحقة القضائية بموجب المادة ٥ من نظامها الأساسي. ولكن ذلك لا يصح بصفة عامة فيما يتعلق بالجرائم

المرتكبة ضد الإنسانية. حيث تنص المادة ٧ من نظام روما الأساسي على أنه يكفي إثبات أن الفعل كان يتصل بهجوم واسع النطاق أو منتظم ضد السكان المدنيين. وليس من الضروري إثبات وجود القصد التمييزي فيما يتعلق بجميع الجرائم ضد الإنسانية ولكن فقط فيما يتعلق بالجرائم التي تقوم على الاضطهاد^(٥٥).

٤٦- وفسّرت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا عبارة "الهجوم الواسع النطاق أو المنتظم" في قضية أكايوسو، على النحو التالي:

"يمكن تعريف مفهوم النطاق الواسع على أنه فعل ارتكبت على نطاق واسع وبصورة متواترة وبجسم كبير، وبشكل جماعي وتكون خطورته كبيرة وموجه ضد عدد وافر من الضحايا. ويمكن تعريف مفهوم المنتظم كفعل يتم تنظيمه بصورة كاملة ويتبع نمطاً منهجياً يستند إلى سياسة مشتركة تسهم فيها مصادر عامة أو خاصة كبيرة. ولا يشترط أن تكون هذه السياسة معتمدة بصورة رسمية كسياسة للدولة. ومع ذلك ينبغي أن تكون هناك خطة أو سياسة ما يتم تصورها بصورة مسبقة.

ويمكن تعريف مفهوم الاعتداء على أنه فعل غير مشروع من النوع الذي عدته المادة ٣ من (أ) إلى (ي) من النظام الأساسي، مثل القتل العمد والإبادة والاسترقاق الخ. ويمكن للاعتداء أن يكون أيضاً ذا طبيعة لا تنطوي على العنف، مثل فرض نظام الفصل العنصري، المُعلن عنه في المادة ١ من اتفاقية الفصل العنصري لعام ١٩٧٣ على أنه جريمة ضد الإنسانية، أو يمكن لممارسة الضغوط على السكان للتصرف بطريقة ما، أن يندرج ضمن مفهوم الاعتداء، إذا ما تم على أساس كبير أو بطريقة منتظمة"^(٥٦).

٤٧- وتعرّف الفقرة ٢(أ) من المادة ٧ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية "الاعتداء الواسع النطاق أو المنهجي" على أنه "فهج سلوكي يتضمن ارتكاب المتكرر للأفعال المشار إليها في الفقرة ١ ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، عملاً بسياسة دولة أو منظمة تقضي بارتكاب هذا الهجوم أو تعزيزاً لهذه السياسة"^(٥٧). وأقرت اللجنة التحضيرية أن "الأفعال لا يجب أن تشكل هجوماً عسكرياً. ومن المفهوم أن السياسة الرامية إلى القيام بهذا الهجوم تستدعي أن تقوم الدولة أو المنظمة بتعزيز أو تشجيع فعلي للقيام بمثل هذا الهجوم ضد السكان المدنيين"^(٥٨).

٤٨- كما ينبغي أن يكون المتهم "... على علم بأن السلوك جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد سكان مدنيين أو أن هذا السلوك جزء من ذلك الهجوم".

٤٩- وفي حالة توافر هذه الشروط، يمكن إدانة فعل العنف الجنسي على أنه جريمة ضد الإنسانية.

٣- الاتهام بالعنف الجنسي كجريمة حرب

٥٠- إن جريمة الحرب هو مصطلح آخر لانتهاك قوانين وأعراف الحرب. ويمكن لها أن تتخذ شكلين. فيمكن أن تكون "انتهاكاً خطيراً" لاتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ أو للبروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧، عندما يحدث الانتهاك في ظل نزاع مسلح دولي. ومصطلح "انتهاك خطير" هو مصطلح تقني. ففي المقابل، يمكن أن يكون الفعل، وأيضاً في سياق نزاع دولي مسلح، انتهاكاً لقوانين وأعراف الحرب المنطبقة في حالات النزاع هذه.

وتتناول الفئة الثانية انتهاكات القواعد المنطبقة في النزاعات غير الدولية. ويشمل ذلك انتهاكات المادة ٣ المشتركة لاتفاقيات جنيف والبروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧ وأصبح الآن يشمل أيضاً انتهاكات القوانين والأعراف للحرب، المنطبقة في حالات النزاع غير الدولي، بعد أن أكدت السوابق القضائية للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا وجود مثل هذه الفئة.

٥١ - وينبغي أولاً تحديد ما إذا كان النزاع نزاعاً دولياً أو غير دولي وثانياً تحديد العلاقة بين الفعل والنزاع. والمسألة الأولى ليست ركناً من أركان الجريمة لكن المسألة الثانية ركن لها^(٥٩).

٥٢ - وفيما يتعلق بخصائص النزاع، تعرّف الفقرة ٢(ب) و(و) من المادة ٨ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الحد الأدنى لتطبيق القواعد القابلة للتطبيق في حالة المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي. ومع ذلك فإنها لا تعرّف المنازعات المسلحة الدولية لا فيما يتعلق بأدى مستويات النزاع أو فيما يتعلق بتزاع تكون طبيعته الدولية/أو غير الدولية غير أكيدة. وتم بصورة متكررة، في حالات عُرِضت أمام المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة، توضيح الصعوبات التي تطرحها الحاجة إلى إجراء مثل هذا التصنيف، وقدمت غرفة الاستئناف التوجيه في حالة تاديك حول كيفية تصنيف النزاعات، وبذلك قلبت رأي الأغلبية في غرفة المحاكمة^(٦٠).

٥٣ - وفيما يتعلق بالرابطة المطلوبة بين الفعل والنزاع المسلح، لا يشترط أن يعزز الفعل النزاع. حيث إن الشرط هو مجرد أن يكون الفعل ذو صلة بالنزاع.

٥٤ - ويمكن أن يثير ذلك صعوبات في حالة العنف الجنسي، الذي يمكن بسهولة الادعاء بأنه لا يتصل بالنزاع وبأنه مجرد فعل خاص يرتكبه فرد بصفة خاصة^(٦١). ومع ذلك، فالواقع أن بإمكان المحكمة، على النحو الذي أوضحته السوابق القضائية للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا التي تمت مناقشتها سابقاً، أن تميز فوراً بين الفعلين من الناحية العملية.

٥٥ - وعرّفت اللجنة التحضيرية العلاقة المطلوبة بالنزاع. فبالإضافة إلى الأركان الخاصة بالجريمة، ينبغي إثبات العناصر التالية لكي يثبت أن السلوك كان جريمة حرب:

"أن يصدر السلوك في سياق نزاع مسلح دولي ويكون مقترناً به.

"أن يكون مرتكب الجريمة على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود نزاع مسلح"^(٦٢)؛

وقدمت اللجنة التحضيرية مزيداً من الإيضاحات على النحو التالي:

"فيما يتعلق بالركنين الأخيرين الوارد ذكرهما بالنسبة لكل جريمة:

"لا يشترط قيام مرتكب الجريمة بالتقييم القانوني لوجود نزاع مسلح أو لطابعه الدولي أو غير الدولي؛

"لا يشترط في هذا السياق إدراك مرتكب الجريمة الوقائع التي تثبت الطابع الدولي أو غير الدولي للنزاع:

"يوجد فقط شرط بإدراك الظروف الواقعية التي تثبت وجود النزاع المسلح المتضمن في تعبير أن يصدر ... في سياق ... ويكون مقترناً به"^(٦٣).

٥٦- ولكي يكون بالإمكان توجيه تهمة بارتكاب جريمة حرب بسبب ارتكاب فعل من أفعال العنف الجنسي ينبغي أولاً تحديد ما إذا كان النزاع دولياً أو غير دولي، إذا كانت قد تمت الإشارة إلى أحكام محددة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ومن ثم إثبات علاقة الفعل بالنزاع المسلح.

٤- الاتهام بالعنف الجنسي كجريمة إبادة جماعية

٥٧- على الرغم من أن من الشائع الاعتقاد بأن جريمة الإبادة الجماعية لا تحدث إلا عند إبادة جزء كبير من السكان المعنيين، فإن الواقع غير ذلك. فلنكن نوجه التهمة إلى شخص بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية، من الضروري التمكن من إثبات ارتكاب فعل واحد على الأقل من قائمة الأفعال الخمسة وإثبات أن المدعى عليه كانت له نية محددة عند ارتكاب الفعل. فوفقاً للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا، يمكن للعنف الجنسي في حالة أكايوسو أن يندرج، في ظل بعض الظروف، ضمن الأفعال المنصوص عليها. والنوع الثاني من الأفعال هو "الأفعال التي تتسبب في أذى جسدي أو عقلي خطير لأفراد المجموعة"^(٦٤). وقدمت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا، في حكمها تفسيراً للمقصود بطبيعة ومستوى المعاناة على أنه "أفعال تعذيب، سواء كانت جسدية أو عقلية، لا إنسانية أو حاطة بالكرامة، واضطهاد" (الفقرة ٥٠٤)، والنوع الثالث من الأفعال هو "التعمد في التسبب في إيجاد ظروف معيشية للمجموعة تستهدف تدميرها المادي كلياً أو جزئياً". ومن الصعب تصور كيف يمكن للأفعال الانفرادية للعنف الجنسي أن تندرج ضمن هذا التعريف ولكن في حالات ارتكاب العنف الجنسي ضد المستعبدين، فإن ظروف حياتهم قد تندرج في هذا الشرط^(٦٥). وأخيراً تقترح المحكمة، فيما يتعلق بالتدابير الرامية إلى منع الولادات ضمن المجموعة "إن هذه التدابير يمكن أن تلحق أذى جسدي ولكن يمكنها أن تلحق أذى عقلي أيضاً. فمثلاً يمكن أن يكون الاغتصاب تديراً يستهدف منع الولادات عندما ترفض المرأة التي تم اغتصابها الإنجاب في وقت لاحق، وعلى نفس المنوال يمكن حمل أفراد المجموعة من خلال التهديد أو الأذى على عدم الإنجاب" (الفقرة ٥٠٨).

٥٨- ولكي تكون تهمة جريمة الإبادة الجماعية ناجحة، من الضروري إثبات أن الضحايا لم يكونوا قد استهدفوا بشكل فردي بل أن اختياريهم تم بالاستناد إلى المجموعة التي ينتمون إليها (أكايوسو، الفقرة ٥٠٨).

٥٩- وأهم سمة غير عادية لجريمة الإبادة الجماعية هي القصد المحدد للغاية الواجب إثباته بغية ضمان الإدانة. فيجب على المدعي العام أن يثبت أن المدعى عليه الذي قام بأحد الأفعال المدرجة في القائمة، كان "يقصد إلى القضاء على مجموعة محددة قضاءً كلياً أو جزئياً"^(٦٦).

٦٠- واقترحت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا في قضية أكايوسو أن:

"القصد عامل عقلي يكون من الصعب بل من المستحيل تحديده. وهذا هو السبب الذي يجعل بالإمكان أن تُستنتج فيه قصد المدعى عليه من عدد معين من افتراضات الحقيقة في حالة عدم اعترافه بارتكاب الفعل. وترى غرفة المحاكمة أن بالإمكان استنتاج القصد من ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية الكامنة في فعل محدد وجهت التهمة بشأنه، من السياق العام لعملية الاستعداد لارتكاب أفعال أخرى جديرة بالإدانة، يتم توجيهها بصورة منهجية ضد نفس المجموعة، سواء ارتكب هذه الأفعال نفس الشخص الذي قام بالجريمة أو أشخاص آخرون. وهناك عوامل أخرى مثل نطاق الأعمال الوحشية التي تم ارتكابها في منطقة أو بلد ما، وطبيعتها العامة، أو فضلاً عن ذلك، استهداف الضحايا بصفة متعمدة ومنهجية بسبب انتمائهم لمجموعة محددة، واستثناء أفراد مجموعات أخرى في الوقت نفسه، يمكن لها أن تساعد غرفة المحاكمة على استنتاج قصد الإبادة الجماعية من فعل محدد".

٦١ - وبلاستناد إلى جميع التهم الموجهة ضد جان بول أكايوسو، بما في ذلك التغاضي/أو التشجيع على ارتكاب أفعال العنف الجنسي، دون أن يقتصر الاتهام على ذلك، فقد وجهت إليه تهمة الإبادة الجماعية والتحرير المباشر والعام على ارتكاب الإبادة الجماعية.

٦٢ - وتحظر المادة ٦ من نظام روما الأساسي، الإبادة الجماعية التي تعرفها بنفس الطريقة التي تعرفها بها اتفاقية الإبادة الجماعية. فأفعال الإبادة الجماعية الممكنة هي نفسها. وتقرير اللجنة التحضيرية يوضح في حالة "الأذى الجسدي أو العقلي الخطير الذي يلحق بشخص واحد أو أكثر"، أن "هذا السلوك قد يشمل أفعالاً للتعذيب والاعتصاب والعنف الجنسي أو المعاملة اللاإنسانية أو المهينة دون أن يقتصر عليها بالضرورة". ولم يتم توضيح المقصود من أفعال الإبادة الجماعية الممكنة الأخرى فيما يتعلق بإمكانية تطبيقها على أنماط العنف الجنسي. وبوجه الخصوص، ليست هناك أية إشارة إلى ما إذا كان فرض التدابير التي يراد منها منع الإنجاب في إطار المجموعة تعتبر ممكنة التطبيق على النساء اللاتي تحترن عدم الإنجاب بعد التعرض للعنف الجنسي أو اللاتي لا تستطعن بصورة طبيعية الإنجاب بسبب العنف الجنسي الذي تعرضن له.

٦٣ - وأضافت اللجنة التحضيرية ركناً من الأركان القرينية عندما عرفت الجريمة. فينبغي في كل حالة إثبات أن "السلوك صدر في سياق نمط سلوك مماثل واضح موجه ضد تلك الجماعة أو يكون من شأن السلوك أن يحدث بحد ذاته ذلك الإهلاك".

دال - الاستنتاج

٦٤ - إذا كان الفريق العامل للدورة المعني بإقامة العدل يرغب في مواصلة نظره في قضايا تتعلق بجرائم العنف الجنسي، فسيكون من المفيد تحديد ما إذا كان تركيزه سيقصر على حالات تتعلق بالقانون الجنائي الدولي أم ما إذا كان يرغب أيضاً في النظر في الطريقة التي تستخدمها النظم القانونية الجنائية الوطنية في معالجة مثل هذه القضايا، بغية جمع الأدلة عن الممارسات الجيدة والردئية.

٦٥ - وهناك، فيما يبدو، مسألتان منفصلتان إلى حد ما. فالمسألة الأولى هي المسألة المشار إليها في الفقرة السابقة - طريقة تناول النظم القانونية الجنائية الوطنية لقضايا العنف الجنسي بوجه عام. وإذا ما أريد التوسع في ذلك، فيكون من الضروري تحديد ما إذا كانت هذه المسألة تتضمن الأطفال وكذلك البالغين وما إذا كانت مسألة التصوير الإباحي والاسترقاق الجنسي على النحو الذي يعرفه تقرير السيدة مكدوغال هي قضايا ينبغي معالجتها كأشكال للعنف الجنسي.

٦٦ - وتعلق المسألة الثانية على وجه التحديد بالجرائم الدولية في إطار اختصاص المحكمة الجنائية الدولية. وقد قرر الفريق العامل بالفعل دراسة مسألة القانون الجنائي الدولي في الدورة السادسة والخمسين للجنة الفرعية. وليس من الواضح ما إذا كان ذلك يشير إلى الجرائم التي تقع ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية فحسب، أو ما إذا كان يستهدف النظر في القانون الجنائي الدولي بصورة أوسع نطاقاً. وهل يشمل ذلك، التعاون القضائي الدولي أو الإقليمي، وذلك على الأقل في حالة الجرائم الدولية؟ فبعض القضايا التي ترد في هذا التقرير تتصل بهذا السياق، ولا سيما مشكلة ضمان أن القانون الجنائي المحلي للدول الأطراف في نظام روما الأساسي يتمشى مع هذا النظام الأساسي، لا فيما يتعلق بالشكل فقط بل بالمضمون أيضاً. وربما تطرح تقارير أخرى، يتم تقديمها في سياق مناقشة القانون الجنائي الدولي، مقترحات للعمل أو إجراء مزيد من الدراسة. فالتوصيات التي قدمتها السيدة مكدوغال في تقريرها تستدعي دراسة أيضاً في هذا السياق. ويبدو أن الفريق العامل سيحتاج، أثناء الدورة السادسة والخمسين، النظر في ما إذا كان يرغب في مواصلة جمع المعلومات المتعلقة بقضايا قانون حقوق الإنسان التي ظهرت نتيجة التطورات التي حدثت مؤخراً في القانون الجنائي الدولي أو ما إذا كان يرغب في اعتماد خطة عمل، تتناول قضايا محددة في أوقات محددة.

Notes

¹ Update to the final report submitted by Ms. Gay J. McDougall, Special Rapporteur on systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict (E/CN.4/Sub.2/2000/21), paras. 10-19. The principal focus of that report was sexual slavery and slavery-like practices. The focus of the present report is sexual violence.

² Ibid., paras. 20-21.

³ "DR Congo's shameful sex secret: young refugees sell their bodies to UN peacekeepers", Kate Holt, BBC, 3 June 2004 (<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/3769469.stm>); "Sudanese tell of mass rape", Alexis Masciarelli and Ilona Eveleens, BBC, 10 June 2004 (<http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/africa/3791713.stm>).

⁴ See Ms. McDougall's report, op. cit. (see note 1 above), paras. 44-67.

⁵ Ibid., paras. 23-43.

⁶ Ibid., para. 42.

⁷ Ibid., para. 83.

⁸ I should like to thank Michael Duttwiler and Maurice Voyaume for research assistance with the case law of the two ad hoc tribunals.

⁹ *Furundžija* (IT-95-17/1), “Lasva River Valley”, judgement of Trial Chamber II, 10 December 1998, para. 175.

¹⁰ See also *Mucic et al.* (IT-96-21), “Celebici”, Trial Chamber II, judgement of 16 November 1998, which was concerned principally with the circumstances in which rape can be charged as torture. It did not focus on the definition of rape but simply endorsed the approach of ICTR in *Akayesu* (see note 11 below).

¹¹ *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, 2 September 1998.

¹² *Ibid.*, paras. 597-598.

¹³ *Furundžija*, *op. cit.* (see note 9 above), para. 179; see para. 180 for variations in domestic laws discussed by the Court.

¹⁴ *Ibid.*, para. 174.

¹⁵ *Ranko Cesic* (IT-95-10/1), “Brcko”, Trial Chamber I, Sentencing judgement of 11 March 2004. The issue before the Court was whether the particularly severe humiliation was an aggravating element which should be taken into account when sentencing. The Court determined that, where the charge was humiliating and degrading treatment, the humiliation was not an aggravating element because it is part of the charge. It is not, however, explicitly an element of the crime of rape, even though it is an inherent feature of rape. It can, therefore, be treated as an aggravating element in the sentencing for rape. Two elements were seen as aggravating the humiliation: the fact that the men were brothers and the fact that others were watching. See also *Mucic et al.*, *op. cit.* (see note 10 above).

¹⁶ *Furundžija*, *op. cit.* (see note 9 above), paras. 182-184. International humanitarian law and human rights law are based on protecting human dignity. Such assaults are a “most humiliating and degrading attack upon human dignity”. “... [S]o long as an accused, who is convicted of rape for acts of forcible oral penetration, is sentenced on the factual basis of coercive oral sex - and sentenced in accordance with the sentencing practice in the former Yugoslavia for such crimes, pursuant to Article 24 of the Statute and Rule 101 of the Rules - then he is not adversely affected by the categorization of forced oral sex as rape rather than as sexual assault. His only complaint can be that a greater stigma attaches to being a convicted rapist rather than a convicted sexual assailant. However, one should bear in mind the remarks above to the effect that forced oral sex can be just as humiliating and traumatic for a victim as vaginal or anal penetration. Thus the notion that a greater stigma attaches to a conviction for forcible vaginal or anal penetration than to a conviction for forcible oral penetration is a product of questionable attitudes. Moreover, any such concern is amply outweighed by the fundamental principle of protecting human dignity, a principle which favours broadening the definition of rape”. (*ibid.*, para. 184).

¹⁷ *Ibid.*, para. 185.

¹⁸ *Kunarac et al.* (IT-96-22 and IT-96-23/1), judgement of Trial Chamber II, 22 February 2001.

¹⁹ Ibid., para. 442.

²⁰ Ibid., paras. 440-441.

²¹ *Furundžija*, op. cit. (see note 9 above), para. 185.

²² *Kunarac...*, judgement of the Appeals Chamber, 12 June 2002, paras. 125 and 128.

²³ Ibid., para. 129.

²⁴ Ibid, paras. 132-133. There is an analogy with the approach taken by certain human rights bodies dealing with allegations of torture. Where, for example, a detainee is uninjured at the time of detention but is injured at the time of release, the European Court of Human Rights puts the burden of proof on the respondent Government to provide a plausible explanation as to how the applicant sustained the injuries. If no explanation is forthcoming or if it is not regarded as plausible in the circumstances of the case, the State will be found responsible for some form of ill-treatment. See European Court of Human Rights, *Tomasi v. France*, judgement of 27 August 1992 and *Ribitsch v. Austria*, judgement of 4 December 1995.

²⁵ *Stakic* (IT-97-24) “Prijedor”, Trial Chamber II, judgement of 31 July 2003.

²⁶ The Statute also refers to concepts such as “inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health” (art. 7, subpara. k), under which rape could also be charged; see, generally, the next section.

²⁷ Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Part II (Finalized draft text of the Elements of Crimes) (PCNICC/2000/1/Add.2). The concept of “invasion” is intended to be broad enough to be gender-neutral. As concerns the notion of consent, it is understood that a person may be incapable of giving genuine consent if affected by natural, induced or age-related incapacity. This also applies to other relevant provisions of article 7.

²⁸ *Akayesu* (see note 11 above), paras. 598 and 688.

²⁹ See *ibid.*, paras. 692-694 and 697.

³⁰ See, for example, *Kunarac et al.* (see note 18 above), paras. 470-496.

³¹ *Delalic*, see *Mucic et al.* (note 10 above); *Aleksovski* (IT-95-14/1) “Lasva Valley”, Trial Chamber I, judgement of 25 June 1999.

³² *Kunarac et al.* (see note 18 above), para. 497.

³³ Ibid., para. 501.

³⁴ Ibid., para. 514.

³⁵ *Kunarac ...* (see note 22 above), para. 162.

³⁶ *Furundžija* (see note 9 above), para. 168.

- ³⁷ Ibid, para. 169. See also *Mucic et al.* (see note 10 above), paras. 476-477.
- ³⁸ Ibid., para. 186.
- ³⁹ Report of the Preparatory Commission ... (see note 27 above).
- ⁴⁰ European Court of Human Rights, *X and Y v. the Netherlands*, judgement of 26 March 1985.
- ⁴¹ See para. 8 above.
- ⁴² See Ms. McDougall's report, op cit. (see note 1 above), para. 34.
- ⁴³ Para. 483 of the judgement; see also note 32 above.
- ⁴⁴ Ibid., para. 486.
- ⁴⁵ Para. 137 of the appeals judgement (see above).
- ⁴⁶ Ibid., para. 155.
- ⁴⁷ Ibid., para. 151.
- ⁴⁸ Ibid., paras. 496-497.
- ⁴⁹ See, in particular, paras. 159-164.
- ⁵⁰ See, for example, *Kvočka et al.* (IT-98-30/1), "Omarska and Keraterm camp", judgement of 2 November 2001, para. 145.
- ⁵¹ Ibid., para. 149.
- ⁵² See para. 34 above.
- ⁵³ "... enslavement as a crime against humanity in customary international law consisted of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person. Thus, the Trial Chamber finds that the actus reus of the violation is the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person. The mens rea of the violation consists in the intentional exercise of such powers. [...] Under this definition, indications of enslavement include elements of control and ownership; the restriction or control of an individual's autonomy, freedom of choice or freedom of movement; and, often, the accruing of some gain to the perpetrator. The consent or free will of the victim is absent. It is often rendered impossible or irrelevant by, for example, the threat or use of force or other forms of coercion; the fear of violence, deception or false promises; the abuse of power; the victim's position of vulnerability; detention or captivity, psychological oppression or socio-economic conditions. Further indications of enslavement include exploitation; the exaction of forced or compulsory labour or service, often without remuneration and often, though not necessarily, involving physical hardship; sex; prostitution; and human trafficking. [...] The 'acquisition' or 'disposal' of someone for monetary or other compensation, is not a requirement for enslavement. Doing so, however, is a prime example of the exercise of the right of ownership over someone. The duration of the suspected exercise of powers

attaching to the right of ownership is another factor that may be considered when determining whether someone was enslaved; however, its importance in any given case will depend on the existence of other indications of enslavement. Detaining or keeping someone in captivity, without more, would, depending on the circumstances of a case, usually not constitute enslavement” (paras. 539-542 of the judgement).

⁵⁴ *Tadic*, Appeal Chamber (IT-94-1) “Prijeedor”, 15 July 1999, para. 271.

⁵⁵ *Ibid.*, paras. 284 and 292. Ms. McDougall, *op. cit.*, with regard to article 7 of the Rome Statute, states in her report: “It is particularly noteworthy that article 7 (1) (h), in stating that ‘[p]ersecution against any identifiable group or collectivity’ may constitute a crime against humanity, includes gender among the grounds for persecution ‘that are universally recognized as impermissible under international law’.” This recognition of gender as an individual and collective identity which, like race, ethnicity and religion, is capable of being targeted for persecution, and thus merits specific protection under international law, is an explicit articulation of what has been an obvious omission in earlier codifications and formal definitions of crimes against humanity” (para. 31).

⁵⁶ *Akayesu* (note 11 above), paras. 580-581.

⁵⁷ The acts referred to include enslavement, torture, “rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity”, “persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender ... grounds” and “other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health”. The inclusion of apartheid in the list may suggest that an attack does not need to be violent in nature, as indicated by ICTR.

⁵⁸ Report of the Preparatory Commission ... (see note 27 above).

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Tadic* (note 55 above), paras. 83-145.

⁶¹ Ms. McDougall’s report, *op. cit.* (see note 1 above), para. 30.

⁶² *Report of the Preparatory Commission* ... (see note 27 above). Every war crime defined in the elements of the crime.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ The definition of genocide in article 2 of the Statute of the ICTR comes verbatim from articles 2 and 3 of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

⁶⁵ As discussed by ICTY in *Kunarac et al.*; see note 53 above.

⁶⁶ This is a requirement of the Convention on Genocide, the Statute of ICTR and the Rome Statute.