



**Conseil économique
et social**

Distr.
GÉNÉRALE

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

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME
Sous-Commission de la promotion et de
la protection des droits de l'homme
Cinquante-sixième session
Point 3 de l'ordre du jour provisoire

**ADMINISTRATION DE LA JUSTICE,
PRIMAUTE DU DROIT ET DÉMOCRATIE**

**Document de travail établi par Françoise Hampson sur la criminalisation
des actes de violence sexuelle graves et la nécessité d'ouvrir une enquête
à leur sujet et d'en poursuivre les auteurs***

* La soumission tardive de ce document s'explique par le souci de laisser à l'experte le temps nécessaire pour mener à bien ses recherches.

Résumé

À sa cinquante-cinquième session, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, dans sa décision 2003/108, a prié M^{me} Françoise Hampson d'établir un document de travail sur la criminalisation des actes de violence sexuelle graves et la nécessité d'ouvrir une enquête à leur sujet et d'en poursuivre les auteurs. Dans ce document, M^{me} Hampson étudie la définition des crimes internationaux pertinents et la pratique en matière d'inculpation dans ce domaine. Elle précise que son rapport ne couvre pas les questions relatives aux règles de procédure, aux règles de la preuve et aux mécanismes judiciaires pour la protection des témoins et des victimes.

Dans son étude de la définition des crimes internationaux pertinents, M^{me} Hampson analyse les définitions du viol et d'autres formes de violence sexuelle, en s'appuyant largement sur la législation et la jurisprudence internationales. Dans la partie consacrée à la pratique en matière d'inculpation, M^{me} Hampson décrit comment une personne soupçonnée d'avoir commis un viol, une agression sexuelle ou une autre forme de violence sexuelle peut, dans certaines circonstances, être inculpée non pas de cette infraction-là, mais d'acte de torture, de crime contre l'humanité, de crime de guerre ou de génocide. Elle fait observer toutefois que, pour établir l'un ou l'autre de ces quatre crimes, il ne suffit pas de démontrer les éléments constitutifs du viol, de l'agression sexuelle ou de la violence sexuelle, il faut encore prouver d'autres éléments. M^{me} Hampson s'appuie largement sur la législation et la jurisprudence internationales pour décrire les circonstances dans lesquelles le viol, l'agression sexuelle et d'autres formes de violence sexuelle peuvent constituer un acte de torture, un crime contre l'humanité, un crime de guerre ou un acte de génocide.

Dans ses conclusions, M^{me} Hampson pose plusieurs questions. Elle demande si le Groupe de travail de session sur l'administration de la justice souhaite poursuivre son examen des questions relatives aux crimes de violence sexuelle, s'il se limitera aux cas relevant du droit pénal international ou s'il se penchera également sur la façon dont les systèmes pénaux internes traitent ces questions, ce qui permettrait de recueillir des éléments d'appréciation des bonnes et des mauvaises pratiques. Dans le cas où le Groupe de travail décide d'examiner de quelle façon les systèmes pénaux internes traitent la violence sexuelle en général, M^{me} Hampson demande si cet examen couvrira les enfants et les adultes et si la pornographie sera considérée comme une forme de violence sexuelle. Elle fait également observer que la Sous-Commission a décidé d'examiner la question du droit pénal international à sa cinquante-sixième session sans préciser toutefois si elle limiterait son examen aux crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale ou si elle entendait s'intéresser au droit pénal international d'une façon plus large. M^{me} Hampson se demande également si le Groupe de travail souhaiterait continuer de recueillir des informations sur les questions concernant la législation en matière de droits de l'homme que pose l'évolution récente du droit pénal international ou s'il voudrait plutôt adopter un plan de travail prévoyant l'examen de telle ou telle question à tel ou tel moment.

Introduction

1. Dans le rapport du Groupe de travail de session sur l'administration de la justice qui a été adopté à la cinquante-cinquième session de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/2003/6), il a été décidé d'inclure à l'ordre du jour de la cinquante-sixième session de la Sous-Commission un point sur l'incrimination des sévices sexuels graves commis dans le contexte d'un conflit armé ou d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile, sur les enquêtes et les poursuites qu'ils appellent et sur les recours à offrir.

2. Le présent rapport traite deux aspects de cette question: la définition des crimes internationaux pertinents et la pratique en matière d'inculpation dans ce domaine. Le rapport établi par M^{me} Rakotoarisoa couvre les questions relatives aux règles de procédure, aux règles de la preuve et aux mécanismes judiciaires pour la protection des témoins et des victimes. Le présent rapport ne traite pas les aspects généraux de la responsabilité pénale tels que l'incitation, la responsabilité pour entreprise criminelle commune, la responsabilité du supérieur hiérarchique et d'autres, qui sont souvent très importants dans les affaires de violence sexuelle mais ne sont pas propres à ces crimes.

A. La définition des crimes et la question de la pratique en matière d'inculpation

3. Le premier point à déterminer est la raison pour laquelle la question des crimes de violence sexuelle dans des situations de conflit pose problème. De tout temps, ces crimes ont été chose courante dans les conflits, que ceux-ci présentent ou non un caractère international, c'est-à-dire qu'ils sont commis en de multiples points du monde et avec une fréquence inhabituelle, faisant ainsi de nombreuses victimes¹. Diverses causes ont été avancées pour expliquer le phénomène, notamment l'absence de contrôle efficace des forces armées, la baisse des inhibitions normales, le sentiment qu'ont les forces armées d'avoir droit à une sorte de récompense et le désir d'humilier un ennemi vaincu². L'incapacité de poursuivre efficacement les auteurs de ces crimes est presque aussi répandue que les crimes eux-mêmes. Si le problème tient peut-être en partie à des obstacles juridiques tels que les questions de compétence pour les actes commis à l'étranger, l'inaction semble essentiellement due à un refus général de prendre les crimes au sérieux.

4. Il convient de noter que cet état de fait n'est pas limité aux crimes de violence sexuelle dans les situations de conflit. Bien des tribunaux se plaignent régulièrement de ce que les juridictions pénales internes ne prêtent pas toute l'attention voulue aux crimes de violence sexuelle. Ce qui pose problème est non seulement la définition des crimes mais aussi la façon dont la police conduit les enquêtes, ce sur quoi sont fondées les décisions de poursuivre ou non, les règles de procédure et les règles de la preuve. Dans certains pays, la façon dont ces crimes sont traités a complètement changé au cours des trois dernières décennies.

5. Sur le plan international, deux faits nouveaux importants se sont produits au début des années 90. Les médias qui ont couvert le conflit en Bosnie-Herzégovine se sont beaucoup intéressés à l'utilisation de la violence sexuelle comme instrument dans le conflit. Ils ne montraient pas seulement que le conflit était l'occasion de multiples violences sexuelles, ils laissaient également entendre qu'il s'agissait d'une pratique délibérée et systématique. Le phénomène a été ensuite suivi de près dans le conflit et le génocide au Rwanda et a beaucoup

retenu l'attention des médias dans les conflits ultérieurs, et tout récemment encore dans la République démocratique du Congo et la région du Darfour au Soudan³.

6. En même temps qu'on prenait davantage conscience du problème, un fait nouveau important se produisait sur le plan juridique. La création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) a permis de traiter la question de la violence sexuelle. Grâce à des pressions efficaces exercées en particulier par des groupes de femmes, les crimes de violence sexuelle ont été dûment pris en considération tant par les bureaux des procureurs que par les juges eux-mêmes. Cela a débouché non seulement sur des enquêtes, des inculpations, des procès et des condamnations, mais aussi sur l'adoption par les tribunaux en question de règlements de procédure et de preuve pour l'examen de ces questions, ainsi que sur l'établissement de mécanismes ad hoc pour répondre aux besoins des témoins et des victimes. L'action de ces tribunaux a montré ce que l'on pouvait faire lorsque la volonté politique existe⁴.

7. Il y a eu ensuite l'adoption du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) et l'adoption de la définition des éléments des crimes et du règlement de procédure par les représentants des États parties. Là encore, des groupes de femmes ont exercé des pressions efficaces, qui ont permis d'inclure des dispositions reprenant les enseignements tirés de l'expérience du TPIY et du TPIR⁵.

8. S'il convient de saluer cette évolution, un problème bien réel demeure néanmoins. Il serait utopique d'espérer que la CPI traite davantage qu'une toute petite partie des affaires pour lesquelles elle pourrait être compétente. Le Statut de Rome prévoit que sa compétence complètera celle des États, mais en réalité il serait plus juste de dire qu'elle lui sera subsidiaire. La première priorité est d'assurer l'exercice de la compétence des juridictions internes. La question de la compétence de la CPI ne se pose que dans les cas où l'État ne peut pas ou ne veut pas exercer la sienne. Cela étant, il est essentiel d'assurer que, lorsqu'ils traitent des crimes de violence sexuelle dans des situations de conflit, les systèmes juridiques nationaux adoptent la définition des crimes, les règles de la preuve et les règles de procédure applicables aux crimes de violence sexuelle dont la CPI pourra être saisie, faute de quoi les tribunaux internes prononceront des acquittements que la CPI, elle, n'aurait pas prononcés⁶.

9. Quelques cas de figure hypothétiques illustrent ce risque. La jurisprudence du TPIY et du TPIR montre bien que l'*actus reus* du viol est la pénétration du vagin, de l'anus ou de la bouche par le pénis, ou du vagin ou de l'anus par un autre objet. Il appert de cette définition qu'un homme peut être victime d'un viol. Dans certains États, la violence sexuelle exercée à l'encontre d'un homme pourra être réprimée pénalement sans être toutefois qualifiée de viol, ce qui aura des répercussions sur la façon dont le crime sera perçu et souvent sur la peine elle-même. Dans d'autres États, le viol pourra être limité à la pénétration du vagin ou de l'anus par le pénis, n'incluant ainsi pas la pénétration par une bouteille ou une matraque. Même réprimé au pénal, si l'acte est qualifié de simple agression sexuelle, le chef d'inculpation ne rendra pas dûment compte de la gravité des faits. Des problèmes similaires se posent dans certains États au regard de questions comme la preuve du consentement en tant que moyen de défense, et la condition de la corroboration des témoignages avant de prononcer une condamnation⁷.

10. Le Statut de Rome ne lie que les Parties contractantes. Toutefois, le TPIY et le TPIR affirment fonder leur jurisprudence non seulement sur leurs Statuts respectifs mais aussi sur le

droit coutumier, dont ils se sont inspirés pour définir les crimes relevant de leur compétence. Dans ce sens, les définitions des crimes énoncées par le TPIY et le TPIR recoupent à première vue les définitions qu'en a données le droit pénal international en général, ce qui a des conséquences importantes pour l'application des Conventions de Genève de 1949 et des Protocoles additionnels de 1977 à l'échelle nationale. Ces définitions ont en outre des effets sur la définition d'autres concepts relevant de la législation en matière de droits de l'homme comme celui de la torture. Ainsi, la nécessité de prendre en compte l'évolution du droit pénal international ne concerne pas les seuls États parties au Statut de Rome de la CPI, elle vaut pour tous les États.

11. Il pourrait être nécessaire de mettre en place un suivi systématique des législations pénales internes pour veiller à ce que les définitions des crimes tiennent compte de l'évolution du droit pénal international, au moins là où le comportement en cause constitue un crime international. À cette fin, un crime international s'entend d'un acte pour lequel tout État est libre d'exercer sa compétence à l'égard d'une personne se trouvant sur son territoire ou relevant de sa juridiction, quels que soient la nationalité du suspect ou de la victime et le territoire sur lequel l'acte est présumé avoir été commis.

B. Les définitions des crimes⁸

12. Il convient de distinguer le crime proprement dit de sa qualification. Dans certaines circonstances, le viol, par exemple, peut être assimilé à la torture, à une violation grave des Conventions de Genève, à une violation des lois et coutumes de la guerre applicables dans un conflit armé international ou non international, à un crime contre l'humanité ou même à un acte de génocide. La présente section traite des crimes, et la section suivante illustrera la pratique en matière d'inculpation. Les deux notions se recoupent: par exemple, les railleries à connotation sexuelle ne sont pas nécessairement des crimes en soi mais peuvent constituer un traitement humiliant ou dégradant, ce qui, dans certaines circonstances, est un crime.

13. On analysera la définition des crimes à la lumière de la jurisprudence du TPIY et du TPIR, puis en examinant les dispositions du Statut de Rome et les éléments des crimes.

14. Les principaux crimes sont le viol et les violences sexuelles. D'autres formes d'exploitation sexuelle peuvent constituer également des violations du droit pénal international.

1. Le viol

15. Le viol est considéré comme étant plus grave que d'autres formes de violences sexuelles, mais tous ces actes sont interdits⁹. Le droit international des traités, en particulier les Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels de 1977, interdit le viol expressément mais aussi implicitement, comme c'est le cas dans l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève. Il n'existe pas de définition du viol dans le droit international des traités¹⁰.

16. La première des deux juridictions spéciales à avoir défini le viol est le TPIR. Dans l'affaire *Akayesu*, l'accusé avait été inculpé de viol en tant que crime contre l'humanité et violation de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève¹¹. Le Tribunal a eu par conséquent

à définir le viol, mais le contexte ne lui imposait pas l'examen des éléments de l'infraction proprement dits. Il a affirmé:

«La Chambre considère que le viol constitue une forme d'agression et qu'une description mécanique des objets et des parties du corps qui interviennent dans sa commission ne permet pas d'appréhender les éléments essentiels de ce crime. La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants n'énumère pas d'actes précis dans sa définition de la torture, préférant mettre l'accent sur le cadre conceptuel de la violence sanctionnée par l'État. Du point de vue du droit international, cette approche est d'un grand intérêt. À l'instar de la torture, le viol est utilisé à des fins d'intimidation, de dégradation, d'humiliation, de discrimination, de sanction, de contrôle ou de destruction d'une personne. Comme elle, il constitue une atteinte à la dignité de la personne et s'assimile en fait à la torture lorsqu'il est commis par un agent de la fonction publique ou par toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite.

La Chambre définit le viol comme une invasion physique de nature sexuelle commise sur la personne d'autrui sous l'empire de la contrainte. L'agression sexuelle, dont le viol est une manifestation, est considérée comme tout acte de nature sexuelle commis sur une personne sous l'empire de la contrainte.»¹².

17. Très peu de temps après ce jugement, le TPIY a été amené à définir le viol dans une affaire pour laquelle il a dû déterminer avec précision les actes constitutifs du crime et la forme exacte du défaut de consentement. Pour définir les éléments du viol, le Tribunal a examiné les législations internes de plusieurs États. Il a souligné à ce sujet:

«la tendance qui se retrouve dans le droit interne de plusieurs États d'élargir la définition du viol pour y englober des actes qui étaient autrefois assimilés à des délits relativement moins graves, à savoir les violences sexuelles ou l'attentat à la pudeur. Cette évolution prouve qu'en droit interne les États adoptent dans l'ensemble une attitude plus stricte envers des formes graves de violences sexuelles: une catégorie de plus en plus large de violences sexuelles est désormais stigmatisée au même titre que le viol, à condition bien évidemment que ces violences répondent à certains critères, principalement celui de la pénétration physique forcée.»¹³.

18. Dans la même affaire, la Chambre de première instance a pris acte «de la thèse qu'a développée l'accusation dans son mémoire préalable au procès et qui n'est pas contestée, à savoir que le viol est un acte effectué sous la contrainte: autrement dit, c'est un acte accompli en faisant usage de la force ou de la menace, celle-ci pouvant être explicite ou non, et qui doit donner à la victime des raisons de craindre qu'elle-même ou une tierce personne ne soit victime de violences, de mesures de coercition, de mise en détention ou de pressions psychologiques. Cet acte est la pénétration du vagin, de l'anus ou de la bouche par le pénis, ou du vagin ou de l'anus par un autre objet. Dans ce contexte, il englobe la pénétration, fût-elle légère, de la vulve, de l'anus ou de la cavité orale par le pénis, et la pénétration sexuelle de la vulve ou de l'anus n'est pas limitée au pénis.»¹⁴. La Chambre de première instance a également renvoyé à la définition du viol formulée par le TPIR dans l'affaire *Akayesu*, mentionnée au paragraphe 16 ci-dessus.

19. Cette définition implique que, dans certaines circonstances, les violences sexuelles infligées à un homme peuvent constituer un viol. Dans l'affaire *Cesic*, l'accusé a admis avoir délibérément contraint deux frères musulmans détenus au camp de Luka à pratiquer des fellations entre eux en présence de tiers. Ranko Cesic a reconnu qu'il était pleinement conscient que cela avait lieu sans le consentement des victimes¹⁵. L'acte a été considéré comme un type de viol particulièrement grave et pervers.

20. C'est en matière de criminalisation de la pénétration orale forcée que l'on constate les plus grandes différences entre les États. Bien que cet acte représente presque toujours une forme d'agression sexuelle, certains systèmes juridiques ne l'assimilent pas au viol. Le TPIY a exposé les raisons pour lesquelles il considérerait que l'acte en question relevait de la définition du viol et en quoi ce point de vue n'était pas contraire au principe *nullem crimen sine lege* même dans le cas où, conformément à la législation de son pays, la personne ayant commis l'acte ne pourrait être poursuivie que pour violences sexuelles graves¹⁶.

21. La Chambre de première instance a conclu que les éléments ci-après pouvaient être considérés comme les éléments objectifs constitutifs du viol:

- «i) La pénétration sexuelle, fût-elle légère,
 - a) du vagin ou de l'anus de la victime par le pénis ou tout autre objet utilisé par le violeur; ou
 - b) de la bouche de la victime par le pénis du violeur;
- ii) L'emploi de la force, de la menace ou de la contrainte contre la victime ou une tierce personne.»¹⁷.

22. Cette décision a été confirmée par la Chambre de première instance dans l'affaire de *Foča*, dans laquelle le TPIY a apporté des précisions sur le deuxième élément susmentionné, à savoir l'environnement coercitif¹⁸. Le Tribunal a examiné les législations internes des États pour déterminer le contexte dont l'existence qui doit être démontrée pour qu'il y ait eu crime de viol:

«Un grand nombre de facteurs permettent de qualifier de viol les actes sexuels considérés. Ces facteurs se rangent pour la plupart en trois grandes catégories:

- i) L'acte sexuel s'accompagne de l'emploi de la force ou de la menace de son emploi envers la victime ou un tiers;
- ii) L'acte sexuel s'accompagne de l'emploi de la force ou de certaines autres circonstances qui rendent la victime particulièrement vulnérable ou la privent de la possibilité de refuser en connaissance de cause; ou
- iii) L'acte sexuel a lieu sans le consentement de la victime.»¹⁹.

23. Après avoir examiné ces concepts, le TPIY a été d'avis que l'élément essentiel n'était pas l'usage de la force mais le défaut de consentement. Il a affirmé:

«Les éléments énumérés dans la définition *Furundžija* – la force, la menace de son emploi ou la contrainte – sont des considérations certes prises en compte dans de nombreux systèmes juridiques mais l'ensemble des dispositions signalées dans ce jugement donne à penser que le véritable dénominateur commun aux divers systèmes pourrait bien être un principe plus large et plus fondamental, qui consisterait à sanctionner les violations de l'autonomie sexuelle. Le jugement *Furundžija* lui-même donne à penser que sont à prendre en considération non seulement la force, la menace de son emploi ou la contrainte, mais aussi le défaut de consentement ou de participation volontaire, lorsqu'on y lit que:

“[...] tous les systèmes juridiques examinés par la Chambre de première instance exigent l'usage de la force, de la contrainte, de la menace ou le défaut de consentement de la victime: la force est entendue au sens large et peut consister à neutraliser la victime.”

Un examen plus approfondi des systèmes juridiques passés en revue dans le jugement *Furundžija*, ainsi que des dispositions pertinentes d'un certain nombre d'autres systèmes, confirme l'interprétation qui vient d'être donnée et qui met l'accent sur les violations graves de l'autonomie sexuelle.»²⁰.

24. Dans le jugement *Furundžija*, le TPIY a formulé son analyse comme suit:

«À la lumière des considérations ci-dessus, la Chambre de première instance comprend que l'*actus reus* du crime de viol en droit international est constitué par la pénétration sexuelle, fût-elle légère, a) du vagin ou de l'anus de la victime par le pénis ou tout autre objet utilisé par le violeur, ou b) de la bouche de la victime par le pénis du violeur, dès lors que cette pénétration sexuelle a lieu sans le consentement de la victime. Le consentement à cet effet doit être donné volontairement et doit résulter de l'exercice du libre arbitre de la victime, évalué au vu des circonstances. L'élément moral est constitué par l'intention de procéder à cette pénétration sexuelle, et par le fait de savoir qu'elle se produit sans le consentement de la victime.»²¹.

25. Le jugement de l'affaire *Kunarac* a été contesté en appel sur la base de plusieurs griefs, dont la définition du viol. La Chambre d'appel a rejeté l'argument des appelants selon lequel il était nécessaire de démontrer une résistance continue pour établir le défaut de consentement²². La Chambre d'appel a examiné le lien existant entre l'emploi de la force et le défaut de consentement; en d'autres termes, elle s'est demandée quelle incidence les conclusions du Tribunal dans l'affaire *Kunarac* avaient eu sur son analyse dans l'affaire *Furundžija*. La Chambre d'appel a indiqué:

«L'emploi de la force ou la menace de son emploi constitue certes une preuve incontestable de l'absence de consentement, mais l'emploi de la force n'est pas en soi un élément constitutif du viol. La Chambre de première instance a tenu en particulier à insister sur l'existence de “facteurs [autres que l'emploi de la force] qui feraient de la pénétration sexuelle un acte non consensuel ou non voulu par la victime”. Une définition restrictive fondée sur l'emploi de la force ou sur la menace de son emploi pourrait permettre aux auteurs de viols de se soustraire à leur responsabilité pour des actes sexuels

qu'ils auraient imposés à des victimes non consentantes à la faveur de circonstances coercitives, mais sans pour autant recourir à la force physique.»²³.

26. Le TPIY a été un peu plus loin. Dans certains contextes, les individus sont particulièrement vulnérables à la contrainte, ce qui est indéniablement le cas des personnes en détention. Dans certains systèmes juridiques, on considère qu'une personne en situation de grande vulnérabilité ne peut pas être librement consentante. Pour cette raison, aucun rapport sexuel avec une personne de ce type ne peut être qualifié de consensuel, à tout le moins sur le plan juridique. Les victimes de *Foča* se trouvaient en détention. La Chambre a déclaré:

«En l'espèce, les Appelants ont été pour l'essentiel condamnés pour avoir violé des femmes détenues dans des locaux qui servaient de quartiers généraux militaires, des centres de détention et des appartements où logeaient des soldats. Les victimes étaient considérées, et c'était là la caractéristique la plus patente de leur condition, comme des proies sexuelles légitimes par les individus qui les détenaient. De manière générale, ces femmes ont été violées par plus d'un agresseur et avec une régularité quasi inimaginable (celles qui au départ ont tenté de chercher de l'aide ou de résister ont été traitées avec davantage de brutalité). Dans le contexte de ces détentions, les circonstances étaient si coercitives qu'elles excluaient toute possibilité de consentement.

En conséquence, la Chambre d'appel fait sienne la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle les circonstances coercitives de l'espèce excluent toute possibilité de consentement aux actes sexuels commis par les Appelants.»²⁴.

27. Le raisonnement de la Chambre d'appel a été repris, au regard tant de l'acte que du contexte, dans l'affaire *Stakic*²⁵.

28. Le Statut de Rome de la CPI mentionne expressément le viol dans le cadre des crimes contre l'humanité (par. 1 g) de l'article 7) et des crimes de guerre dans des conflits internationaux et des conflits ne présentant pas un caractère international (par. 2 b) xxii) et e) vi) de l'article 8)²⁶. Dans le Rapport de la Commission préparatoire portant sur les éléments des crimes, les Parties ont défini le viol. Selon la définition, le viol *est* un crime contre l'humanité ou *est* un crime de guerre. Certains éléments des définitions portent par conséquent sur la détermination de ces contextes. Les éléments caractérisant le viol proprement dit sont les suivants:

«1. L'auteur a pris possession du corps d'une personne de telle manière qu'il y a eu pénétration, même superficielle, d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute autre partie du corps.

2. L'acte a été commis par la force ou en usant à l'encontre de ladite personne ou d'une tierce personne de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d'un environnement coercitif, ou encore en profitant de l'incapacité de ladite personne de donner son libre consentement.»²⁷.

Ces éléments sont les mêmes pour chaque référence expresse au viol, et l'on voit clairement l'influence de la jurisprudence du TPIR et du TPIY sur la définition qui en est donnée.

2. Autres formes de violence sexuelle

29. Le préjudice subi par les victimes d'un acte de violence sexuelle ne revêtant pas la forme du viol telle que définie ci-dessus peut néanmoins être très grave, ce qu'ont reconnu les deux juridictions spéciales. Le contexte dans lequel celles-ci ont eu à examiner la question était généralement une qualification d'atteinte grave à la santé physique ou mentale ou de traitement humiliant ou dégradant. Cependant, lorsqu'elles mettent en lumière le caractère sexuel du préjudice, l'une et l'autre juridictions doivent le faire en tenant compte du contexte et non pas seulement de la pratique en matière d'inculpation.

30. Dans l'affaire *Akayesu*, le TPIR a déclaré:

«La violence sexuelle, qui comprend le viol, est considérée comme tout acte sexuel commis sur la personne d'autrui sous l'empire de la coercition. [...] L'acte de violence sexuelle, loin de se limiter à la pénétration physique du corps humain, peut comporter des actes qui ne consistent pas dans la pénétration ni même dans des contacts physiques. L'incident décrit par le Témoin KK à l'occasion duquel l'Accusé a ordonné aux Interahamwe de déshabiller une élève et de la forcer à faire de la gymnastique toute nue dans la cour publique du bureau communal, devant une foule, caractérise l'acte de violence sexuelle. La Chambre fait observer dans ce contexte que la coercition ne doit pas nécessairement se manifester par une démonstration de force physique. Les menaces, l'intimidation, le chantage et d'autres formes de violence qui exploitent la peur ou le désarroi peuvent caractériser la coercition, laquelle peut être inhérente à certaines circonstances, par exemple un conflit armé ou la présence militaire d'Interahamwe parmi les réfugiées Tutsies au bureau communal. Les actes de violence sexuelle entrent dans le champ des "autres actes inhumains" visés à l'article 3 i) du Statut du Tribunal, des "atteintes à la dignité de la personne" visées à l'article 4 e) et des "atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale" visées à l'article 2 2 b).»²⁸.

Il s'agit d'une définition par la négative – la violence sexuelle n'exige pas de pénétration ni même un contact physique – qui ne fait pas apparaître clairement quels éléments réels doivent être établis. Les autres exemples n'incluant pas le viol donnés par le Tribunal comportent tous l'élément de nudité en public²⁹.

31. Le TPIY a eu à examiner la question au regard de l'interdiction de la torture et des atteintes à la dignité de la personne. Le Tribunal s'est penché sur les liens possibles à cet égard entre le droit pénal international, le droit international humanitaire et la législation internationale relative aux droits de l'homme, mais il n'est guère parvenu à distinguer ces différentes branches du droit³⁰. Dans son analyse de l'affaire *Kunarac*, le Tribunal a pu analyser ces concepts à la lumière des décisions qu'il avait rendues précédemment dans les affaires *Delalic* et *Aleksovski*³¹. Pour constituer une torture, la nature du préjudice infligé par un acte ou une omission doit être «une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales»³². D'autres éléments doivent également être établis mais, dans ce contexte, la seule question qui se pose est de savoir si les actes de violence sexuelle peuvent constituer une conduite interdite quelle qu'en soit la forme. En ce qui concerne les atteintes à la dignité de la personne, le Tribunal a

expressément indiqué que l'acte ne devait pas nécessairement infliger une souffrance durable, mais que celle-ci devait impérativement être grave³³. Le Tribunal a également conclu que les critères permettant de déterminer le caractère humiliant et dégradant étaient objectifs. Il a établi ce qui suit:

«Le crime d'atteintes à la dignité des personnes requiert:

- i) Que l'accusé soit l'auteur ou le complice d'un acte ou d'une omission généralement perçu comme gravement humiliant, dégradant ou comme autrement gravement attentatoire à la dignité humaine; et
- ii) Qu'il ait su que l'acte ou omission pourrait avoir pareil effet.³⁴».

La Chambre d'appel, dans son arrêt du 12 juin 2002, a confirmé que des critères objectifs avaient été utilisés³⁵. La violence sexuelle est à l'évidence susceptible d'entrer dans le champ d'une telle formulation.

32. Dans l'affaire *Furundžija*, le Tribunal a expressément évoqué la question de l'agression sexuelle. Il a noté que le Tribunal militaire international de Tokyo, dans le procès des généraux Toyoda et Matsui lié aux événements de Nankin, a retenu les accusations à la fois de viols et de violences sexuelles³⁶. Le Tribunal a conclu:

«Il est indéniable que le viol et les autres violences sexuelles graves en période de conflit armé engagent la responsabilité pénale des individus qui s'y livrent.»³⁷.

33. Le Tribunal s'est efforcé de définir les violences sexuelles graves:

«Comme il a été fait observer plus haut, les règles du droit pénal international répriment non seulement le viol mais aussi toute violence sexuelle grave qui ne s'accompagne pas d'une véritable pénétration. Il semblerait que soient interdites toutes les violences sexuelles graves qui portent atteinte à l'intégrité physique et morale de la personne et qui sont infligées au moyen de la menace, de l'intimidation ou de la force, d'une façon qui dégrade ou humilie la victime. Les uns et les autres constituant des crimes en droit international, la distinction est importante avant tout pour la condamnation.»³⁸.

On ne voit pas clairement si le Tribunal ne qualifie de crime que les *agressions* sexuelles ou si la qualification peut s'appliquer à d'autres formes de violence sexuelle. L'agression requiert en principe un contact physique réel ou la menace d'un tel contact. Le fait de considérer que le viol ne se distingue fondamentalement de l'agression sexuelle qu'en termes de gravité et que cette différence n'est importante en gros que pour la condamnation peut laisser penser que, à tout le moins en l'espèce, le Tribunal se limite aux agressions sexuelles.

34. Le Statut de Rome pourrait être allé plus loin que le TPIY en traitant la question plus générale de la violence sexuelle. Outre les crimes tels que la prostitution forcée et l'esclavage sexuel, il fait référence à la violence sexuelle en général. Celle-ci peut constituer un crime contre l'humanité ou un crime de guerre dans des conflits internationaux et des conflits ne présentant pas un caractère international, au titre du paragraphe 1 g) de l'article 7 et du paragraphe 2 b) xxii) et e) vi) de l'article 8. En tant que tels, les éléments du crime, en ce qu'il

a trait à la violence sexuelle – et sans compter les éléments supplémentaires requis pour établir un crime contre l’humanité ou un crime de guerre –, sont les suivants:

- «1. L’auteur a commis un acte de nature sexuelle sur une ou plusieurs personnes ou a contraint ladite ou lesdites personnes à accomplir un tel acte par la force ou en usant à l’encontre de ladite ou desdites ou de tierces personnes de la menace de la force ou de la coercition, telle que celle causée par la menace de violences, contrainte, détention, pressions psychologiques, abus de pouvoir, ou bien à la faveur d’un environnement coercitif, ou encore en profitant de l’incapacité desdites personnes de donner leur libre consentement.
2. Les actes étaient d’une gravité comparable à celle des autres infractions visées à l’article 7, paragraphe 1 g), du Statut.
3. L’auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant la gravité de son comportement.»³⁹.

La définition de la violence sexuelle est identique dans les trois contextes dans lesquels elle est utilisée.

C. La pratique en matière d’inculpation

35. Comme il a été dit plus haut, l’auteur présumé d’un viol, d’une agression sexuelle ou d’une autre forme de violence sexuelle peut, dans certaines circonstances, être inculpé non pas de ce crime précis mais de torture, de crime contre l’humanité, de crime de guerre ou même d’acte de génocide. Pour que l’acte relève de l’une de ces catégories, il faut démontrer l’existence d’autres éléments, qui s’ajoutent à ceux constitutifs du viol, de l’agression sexuelle ou de la violence sexuelle.

36. Il est important que les procureurs près les juridictions pénales internes prennent en compte la pratique internationale en matière d’inculpation. L’étiquette qui s’attache à un crime pèse sur le degré d’opprobre que génère une condamnation et, en général, sur la sentence elle-même. De la même façon qu’une condamnation pour violences sexuelles n’est pas appropriée dans le cas du viol d’un homme, une condamnation pour viol n’est pas appropriée lorsque, dans les circonstances de l’espèce, le viol constitue un crime contre l’humanité ou un crime de guerre. On pourrait considérer que les États enfreignent leurs obligations au titre de la législation relative aux droits de l’homme en refusant de criminaliser certaines formes de conduite ou quand les chefs d’inculpation sont inadéquats au regard de la gravité de l’infraction⁴⁰. La CPI pourrait également s’interroger sur l’adéquation des procédures pénales nationales lorsque les accusés ne sont pas poursuivis des chefs appropriés⁴¹.

37. Il convient par conséquent d’examiner les circonstances dans lesquelles le viol, l’agression sexuelle ou d’autres formes de violence sexuelle peuvent constituer un acte de torture, un crime contre l’humanité, un crime de guerre ou un acte de génocide. La jurisprudence du TPIY et du TPIR donne des orientations précieuses à cet égard. La présente section n’aborde pas la question de l’inculpation du viol en tant que tel ni du viol, de l’agression sexuelle ou d’une autre violence sexuelle en tant que traitement humiliant et dégradant, qui a été examinée dans la section précédente.

1. L'inculpation au chef de violence sexuelle en tant qu'acte de torture

38. La torture n'est pas une catégorie de crime à part. Selon les circonstances, elle peut constituer un crime contre l'humanité ou un crime de guerre⁴². Dans ce contexte, la seule question qui se pose est de savoir quelles formes de violence sexuelle peuvent constituer un acte de torture. D'autres éléments devront également être établis pour que la torture constitue un crime contre l'humanité ou un crime de guerre.

39. Dans l'affaire *Kunarac*, le TPIY a déterminé ce qui suit:

«Toutefois, trois éléments de la définition de la Convention sur la torture sont incontestés. On considère qu'ils représentent l'état actuel du droit international coutumier sur ce sujet:

- i) La torture consiste à infliger, par un acte ou une omission, une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales;
- ii) L'acte ou omission est délibéré;
- iii) L'acte doit servir un autre but, c'est-à-dire que la douleur doit être infligée afin d'atteindre un certain but.»⁴³.

Le Tribunal a également affirmé:

«Le droit international coutumier n'exige pas que la conduite soit exclusivement motivée par l'un des buts défendus. Comme l'a déclaré la Chambre de première instance dans l'affaire *Delalic*, il suffit que le but défendu ait constitué l'un des mobiles de l'acte; il n'est pas nécessaire qu'il ait été le seul but visé ou le principal.»⁴⁴.

Les appelants *Kunarac* et *Vukovic* ont fait valoir que leur but était d'ordre purement sexuel⁴⁵. La Chambre d'appel a réitéré les conclusions de la Chambre de première instance selon lesquelles «il n'est pas nécessaire que les actes aient été commis uniquement dans l'un des buts prohibés par le droit international. Si l'un des buts prohibés est atteint à travers le comportement en question, il importe peu que ce comportement visait également à atteindre un but non énuméré dans la définition (y compris un but d'ordre sexuel).»⁴⁶.

40. Dans l'affaire *Kunarac*, qui portait sur des cas de viol, la Chambre d'appel a confirmé la conclusion ci-après de la Chambre de première instance:

«Une douleur ou des souffrances aiguës, telles qu'exigées par la définition du crime de torture, sont donc réputées établies dès lors que le viol est prouvé, puisque cet acte implique nécessairement une telle douleur ou de telles souffrances. La Chambre d'appel juge donc qu'on ne saurait mettre en doute la douleur ou les souffrances aiguës, physiques ou mentales, ressenties par les victimes, et que c'est avec raison que la Chambre de première instance a conclu que cette douleur ou ces souffrances étaient suffisamment aiguës pour que les actes des Appelants soient qualifiés d'actes de torture.»⁴⁷.

41. Après une analyse approfondie de la législation relative aux droits de l'homme comme du droit international humanitaire, la Chambre de première instance a conclu:

«La définition de la torture en droit international humanitaire ne comporte pas les mêmes éléments que celle généralement appliquée dans le domaine des droits de l'homme. La Chambre de première instance estime notamment que la présence d'un agent de l'État ou de toute autre personne investie d'une autorité n'est pas requise pour que la torture soit constituée en droit international humanitaire.

De ce qui précède, la Chambre de première instance conclut que les éléments constitutifs du crime de torture en droit international humanitaire sont les suivants:

- i) Le fait d'infliger, par un acte ou une omission, une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales;
- ii) L'acte ou l'omission doit être délibéré;
- iii) L'acte ou l'omission doit avoir pour but d'obtenir des renseignements ou des aveux, ou de punir, d'intimider ou de contraindre la victime ou un tiers, ou d'opérer une discrimination pour quelque motif que ce soit.»⁴⁸.

Il convient de noter que le droit international humanitaire ne requiert pas que l'auteur du crime soit un agent de l'État.

42. Dans la mesure où la Chambre de première instance a soigneusement exposé la différence entre les éléments requis pour établir la torture au titre de la législation relative aux droits de l'homme et ceux requis au titre du droit international humanitaire, il semble que l'analyse du Tribunal dans l'affaire *Kunarac* doive être préférée aux analyses antérieures du TPIR et du TPIY dans les affaires *Akayesu* et *Mucic et consorts*, qui s'appuyaient essentiellement sur la législation relative aux droits de l'homme. L'analyse de la Chambre de première instance dans l'affaire *Furundžija* est plus proche de celle du Tribunal dans l'affaire *Kunarac*⁴⁹.

43. Lorsque tous ces éléments sont réunis, le viol peut constituer un acte de torture⁵⁰:

«Les atteintes à la santé physique ou mentale des victimes sont prises en considération lorsqu'il s'agit d'évaluer la gravité du mal infligé. La Chambre de première instance fait observer qu'il ne doit pas nécessairement y avoir de dommages corporels pour que des actes soient qualifiés de torture, puisque les atteintes à l'intégrité mentale sont une forme courante de torture. Par exemple, les souffrances mentales endurées par une personne contrainte d'assister aux graves sévices infligés à un proche peuvent atteindre le degré de gravité requis pour que ces actes soient qualifiés de torture. Ainsi, dans l'affaire *Furundžija*, la Chambre de première instance a conclu que le fait de contraindre une personne à assister aux graves violences sexuelles infligées à une femme qu'elle connaît constitue une forme de torture pour l'intéressé. La présence de spectateurs, plus particulièrement de membres de la famille, lorsqu'une personne subit un viol, entraîne pour celle-ci de graves souffrances mentales constitutives de torture.»⁵¹.

44. L'article 7, paragraphe 2 e), du Statut de Rome de la CPI définit la torture, qui peut être qualifiée de crime contre l'humanité ou de crime de guerre, comme «le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle; l'acception de ce terme ne s'étend pas à

la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles.».

2. L'inculpation au chef de violence sexuelle en tant que crime contre l'humanité

45. Bien que la présente sous-section traite de la violence sexuelle d'une façon générale, il convient de noter que d'autres actes de nature sexuelle au sens large peuvent également constituer des crimes contre l'humanité, telles la prostitution forcée, la grossesse forcée et la stérilisation forcée⁵². En particulier, dans l'affaire *Kunarac*, la Chambre de première instance a examiné la définition de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité et a considéré que, parmi les multiples circonstances qui permettent de déterminer qu'il y a eu réduction en esclavage, l'élément de l'exploitation sexuelle pouvait, entre autres, être retenu⁵³. Dans l'arrêt qu'il a rendu dans l'affaire *Tadic*, le TPIY a conclu que «pour condamner une personne accusée de crimes contre l'humanité, la preuve devait être apportée que les crimes étaient *liés* à l'agression dirigée contre une population civile (et ayant lieu au cours d'un conflit armé) et que l'accusé *savait* que ses crimes y étaient liés.»⁵⁴. Le Statut du TPIY prévoit que le Tribunal doit établir un lien avec un conflit armé pour engager des poursuites au titre de son article 5. Cela n'est toutefois en principe pas le cas en ce qui concerne les crimes contre l'humanité. L'article 7 du Statut de Rome prévoit qu'il suffit d'établir que l'acte était lié à une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile. L'intention discriminatoire ne doit pas nécessairement être établie en ce qui concerne tous les crimes contre l'humanité, et cette condition ne s'applique qu'aux crimes contre l'humanité basés sur la persécution⁵⁵.

46. Dans l'affaire *Akayesu*, le TPIR a interprété l'«attaque généralisée ou systématique» comme suit:

«Le caractère “généralisé” résulte du fait que l'acte présente un caractère massif, fréquent, et que, mené collectivement, il revêt une gravité considérable et est dirigé contre une multiplicité de victimes. Le caractère “systématique” tient, quant à lui, au fait que l'acte est soigneusement organisé selon un modèle régulier en exécution d'une politique concertée mettant en œuvre des moyens publics ou privés considérables. Il n'est nullement exigé que cette politique soit officiellement adoptée comme politique d'État. Il doit cependant exister une espèce de plan ou de politique préconçus.

L'«attaque» peut se définir comme tout acte contraire à la loi du type énuméré aux alinéas *a* à *i* de l'article 3 du Statut (assassinat, extermination, réduction en esclavage, etc.). Les actes non violents par nature, y compris l'imposition d'un système d'apartheid, qui est considéré comme un crime contre l'humanité à l'article premier de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid de 1973, ou l'exercice de pressions publiques sur une population pour amener celle-ci à agir de telle ou telle manière pourraient être rangés sous ce vocable, s'ils s'exercent à une échelle massive ou de manière systématique.»⁵⁶.

47. Au paragraphe 2 a) de son article 7, le Statut de la CPI définit «l'attaque généralisée ou systématique» comme «un comportement qui consiste à multiplier les actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque»⁵⁷. La Commission préparatoire a établi que «les actes ne devaient pas nécessairement constituer

une attaque militaire. Il est entendu que, pour qu'il y ait "politique ayant pour but une telle attaque", il faut que l'État ou l'organisation favorise ou encourage activement une telle attaque contre une population civile."⁵⁸.

48. Il doit être également démontré que l'accusé «... savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie».

49. Lorsque ces conditions sont réunies, la violence sexuelle grave est punissable en tant que crime contre l'humanité.

3. L'inculpation au chef de violence sexuelle en tant que crime de guerre

50. L'expression «crime de guerre» est une autre façon d'évoquer une violation des lois et coutumes de la guerre. Ce crime peut revêtir deux formes. Lorsque la violation est commise dans un conflit armé international, elle peut constituer une «infraction grave» aux quatre Conventions de Genève de 1949 ou au Protocole additionnel I de 1977. L'expression «infraction grave» est un terme technique. Dans certaines circonstances, mais toujours dans le contexte d'un conflit armé international, l'acte peut constituer une violation des lois et coutumes de la guerre applicables dans ce type de conflit. Le crime de guerre peut aussi entrer dans une autre catégorie, celle des violations des règles applicables dans les conflits ne présentant pas un caractère international. Elle inclut les violations de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève et du Protocole additionnel II de 1977 mais aussi – la jurisprudence du TPIY et du TPIR ayant confirmé l'existence d'une telle catégorie – les violations des lois et coutumes de la guerre applicables dans les conflits ne présentant pas un caractère international.

51. Il faut en premier lieu déterminer si le conflit est international ou non international et, dans un deuxième temps, établir un lien entre l'acte et le conflit. Le premier élément n'est pas constitutif du crime, alors que le second l'est⁵⁹.

52. En ce qui concerne la caractérisation du conflit, le Statut de la CPI, au paragraphe 2 d) et f) de son article 8, définit le seuil à partir duquel les règles applicables dans un conflit armé ne présentant pas un caractère international s'imposent. Il ne donne toutefois pas de définition des conflits armés internationaux, ne fixant pas de seuils de conflit ni de critères permettant, en cas de doute, de déterminer si un conflit est international ou non. Cette absence de définition pose problème, ce qu'ont amplement démontré les affaires portées devant le TPIY. Dans l'affaire *Tadic*, la Chambre d'appel a donné des indications sur la façon de caractériser les conflits et a rejeté le point de vue majoritaire de la Chambre de première instance en l'espèce⁶⁰.

53. En ce qui concerne le lien requis entre l'acte et le conflit armé, il n'est pas nécessaire que l'acte soit dans le prolongement du conflit. La seule condition requise est qu'il soit lié au conflit.

54. Cette situation peut poser des problèmes dans le cas d'un acte de violence sexuelle, dont on pourrait aisément faire valoir qu'il n'est pas lié au conflit mais est simplement un acte personnel commis par un particulier⁶¹. Dans les faits toutefois, comme l'a bien montré la jurisprudence du TPIY et du TPIR qui a été analysée précédemment, un tribunal peut facilement distinguer les deux types d'acte dans la pratique.

55. La Commission préparatoire a défini le lien requis avec le conflit. Outre les éléments propres au crime, pour établir que le comportement constituait un crime de *guerre* il faut déterminer les éléments suivants:

«Le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un conflit armé international.

L’auteur avait connaissance des circonstances de fait établissant l’existence d’un conflit armé.»⁶².

La Commission préparatoire a ensuite apporté les éclaircissements suivants:

«En ce qui concerne les deux derniers éléments de chaque crime:

Il n’est pas nécessaire d’établir que l’auteur a déterminé sur le plan juridique l’existence d’un conflit armé ou le caractère international ou non international du conflit;

À cet égard, il n’est pas nécessaire d’établir que l’auteur a eu connaissance des faits établissant le caractère international ou non international du conflit;

Il faut seulement que l’auteur ait eu la connaissance des circonstances de fait établissant l’existence d’un conflit armé, qui est implicite dans les termes “a eu lieu dans le contexte de et était associé à”.»⁶³.

56. Pour qu’un acte de violence sexuelle soit qualifié de crime de guerre, il faut en premier lieu déterminer si le conflit est international ou non international, dans le cas où sont mentionnées des dispositions précises du Statut de la CPI, et établir ensuite le lien avec le conflit armé.

4. L’inculpation au chef de violence sexuelle en tant qu’acte de génocide

57. On a généralement tendance à penser qu’un génocide ne peut avoir lieu que lorsqu’une part importante de la population visée est exterminée, mais en réalité il n’en va pas ainsi.

Pour inculper une personne d’acte de génocide, il faut pouvoir démontrer qu’au moins un acte parmi cinq relevant de cette catégorie de crime a été commis et que l’accusé avait une intention spécifique au moment où il l’a commis. Conformément aux conclusions du TPIR dans l’affaire *Akayesu*, dans certaines circonstances, la violence sexuelle pourrait figurer au nombre des cinq actes susmentionnés. Le deuxième acte est «l’atteinte grave à l’intégrité physique ou mentale des membres du groupe»⁶⁴. Dans l’affaire *Akayesu*, le TPIR a interprété la nature et le degré de souffrances comme s’entendant «des actes de torture, que cette dernière soit physique ou mentale, des traitements inhumains ou dégradants, de la persécution» (par. 504). Le troisième acte est «la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d’existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle». On voit mal comment un acte individuel de violence sexuelle pourrait tomber sous le coup de cette définition mais, lorsque la violence sexuelle s’exerce sur des personnes réduites en esclavage, leurs conditions de vie pourraient satisfaire à la condition requise⁶⁵. Enfin, le Tribunal a estimé que, en ce qui concerne «les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe», ces mesures «peuvent être d’ordre physique, mais aussi d’ordre mental. À titre d’exemple, le viol peut être une mesure visant à entraver les naissances lorsque la personne violée refuse subséquemment de procréer, de même que les

membres d'un groupe peuvent être amenés par menaces ou traumatismes infligés à ne plus procréer.» (par. 508).

58. Pour que la qualification de génocide puisse être retenue, il est nécessaire de montrer que les victimes n'étaient pas visées personnellement mais ont été choisies *en raison du groupe* auquel elles appartenaient (*Akayesu*, par. 508).

59. La caractéristique la plus singulière du crime de génocide est l'intention tout à fait spécifique qui doit être prouvée pour pouvoir condamner à ce chef. Le procureur doit établir que, en commettant l'un des cinq actes susmentionnés, l'auteur du crime avait «l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe particulier»⁶⁶.

60. Dans l'affaire *Akayesu*, le TPIR a estimé ce qui suit:

«L'intention est un facteur d'ordre psychologique qu'il est difficile, voire impossible, d'appréhender. C'est la raison pour laquelle, à défaut d'aveux de la part d'un accusé, son intention peut se déduire d'un certain nombre de faits. La Chambre estime qu'il est possible de déduire l'intention génocidaire ayant prévalu à la commission d'un acte particulier incriminé du contexte général de perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, que ces autres actes soient commis par le même agent ou même par d'autres agents. D'autres facteurs, tels que l'échelle des atrocités commises, leur caractère général, dans une région ou un pays, ou encore le fait de délibérément et systématiquement choisir les victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, tout en excluant les membres des autres groupes, peuvent également permettre à la Chambre de déduire une intention génocidaire.»

61. Sur la base de toutes les charges qui pesaient contre lui, notamment – mais non pas exclusivement – celles de laisser commettre et d'encourager des actes de violence sexuelle, Jean-Paul Akayesu a été reconnu coupable de génocide et d'incitation directe et publique à commettre le génocide.

62. L'article 6 du Statut de Rome prévoit l'interdiction du génocide, qui est défini de la même façon que dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Les actes susceptibles d'être des actes de génocide sont les mêmes. Dans le cas d'une «atteinte à l'intégrité physique ou mentale d'une personne ou de plusieurs personnes», le rapport de la Commission préparatoire précise que «Ce comportement peut comprendre, mais sans s'y limiter nécessairement, des actes de torture, des viols, des violences sexuelles ou des traitements inhumains ou dégradants». Il n'est pas précisé ici quels autres actes susceptibles de constituer des actes de génocide relèvent de la typologie des violences sexuelles. En particulier, il n'est pas précisé si le critère de l'imposition de mesures visant à entraver les naissances dans le groupe pourrait s'appliquer aux femmes qui choisissent de ne pas procréer en raison des violences sexuelles qui leur ont été infligées ou qui, physiquement, ne peuvent pas enfanter du fait des violences sexuelles qu'elles ont subies.

63. La Commission préparatoire a ajouté à sa définition du crime un élément propre au contexte. En tout état de cause, il faut montrer que «le comportement s'est inscrit dans le cadre d'une série manifeste de comportements analogues dirigés contre ce groupe, ou pouvait en lui-même produire une telle destruction».

D. Conclusion

64. Si le Groupe de travail de session sur l'administration de la justice souhaite poursuivre son examen des questions relatives aux crimes de violence sexuelle, il serait utile qu'il détermine s'il se limitera aux cas relevant du droit pénal international ou s'il entend également examiner la façon dont les systèmes pénaux internes traitent ces questions, ce qui permettrait de recueillir des éléments d'appréciation des bonnes et des mauvaises pratiques.

65. Il y a apparemment deux questions bien distinctes. La première est celle mentionnée dans le paragraphe précédent – la façon dont les systèmes pénaux internes traitent les questions de la violence sexuelle en général. Si le Groupe de travail de session entend l'examiner plus avant, il lui faudra déterminer si elle vise les enfants comme les adultes et si la pornographie et l'esclavage sexuel, tels qu'ils sont définis dans le rapport établi par M^{me} McDougall, doivent être traités comme des formes de violence sexuelle.

66. La deuxième question porte spécifiquement sur les crimes internationaux relevant de la compétence de la CPI. Le Groupe de travail a déjà décidé d'examiner la question du droit pénal international à la cinquante-sixième session de la Sous-Commission, sans préciser toutefois s'il ne s'occuperait que des crimes relevant de la compétence de la CPI ou s'il entendait analyser plus largement le droit pénal international. Examinera-t-il la question de la coopération judiciaire internationale ou régionale, au moins en ce qui concerne les crimes internationaux? Certaines des questions traitées dans le présent rapport sont pertinentes dans ce cadre, en particulier la question de la mise en conformité des législations pénales des États parties au Statut de Rome avec ledit Statut, non seulement sur la forme mais aussi sur le fond. D'autres rapports, soumis dans le cadre de l'analyse du droit pénal international, pourraient bien déboucher sur des propositions d'action ou d'examen ultérieur. Il convient également d'examiner dans ce cadre les recommandations que M^{me} McDougall a formulées dans son rapport. Il y a lieu de penser que, au cours de la cinquante-sixième session, le Groupe de travail devra déterminer s'il souhaite continuer de recueillir des informations sur les questions concernant la législation en matière de droits de l'homme que pose l'évolution récente du droit pénal international ou s'il veut plutôt adopter un plan de travail prévoyant l'examen de telle ou telle question à tel ou tel moment.

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/3769649.stm>); "Sudanese tell of mass rape", Alexis Masciarelli et 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 Vayaume 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, judgment 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 categorisation 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) “Prijeedor”, 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) "Prijedor", 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 *Akuyesu* (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.
