

Les violences sexuelles dans les conflits armés : une violation du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme

Gloria Gaggioli*

Gloria Gaggioli est docteur en droit international, maître assistante et bénéficiaire d'une bourse d'excellence au Département de droit international public et organisation internationale de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

Résumé

Les violences sexuelles sont largement répandues dans les conflits armés contemporains. Le droit international humanitaire et les droits de l'homme interdisent absolument et en tout temps toutes formes de violences sexuelles envers quiconque. De plus, le droit international pénal organise la responsabilité pénale individuelle des auteurs de crimes sexuels. Ces trois branches du droit se renforcent considérablement et mutuellement dans ce domaine. Le décalage entre les réalités du terrain et le droit est un problème que ne sauraient expliquer d'éventuels vides ou incertitudes juridiques. C'est au niveau de la mise en œuvre des dispositions juridiques en vigueur à l'échelon national et international qu'il convient de trouver de nouvelles solutions.

* Jusqu'à récemment, Gloria Gaggioli occupait les fonctions de conseiller juridique thématique au Comité international de la Croix-Rouge (CICR), où elle était notamment en charge du dossier « violences sexuelles ». Elle a toutefois écrit le présent article à titre strictement personnel et les opinions exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues du CICR à cet égard. L'auteur tient à remercier Iris Müller pour ses commentaires éclairés sur la première ébauche de l'article, ainsi que Maria Giovanna Pietropaolo pour sa contribution et les recherches approfondies qu'elle a effectuées aux fins de la partie intitulée « Les violences sexuelles sont-elles une arme ou une méthode de guerre ? ».

Mots clés : viol, violences sexuelles, droit international humanitaire, droit international des droits de l'homme, droit international pénal, violence basées sur le genre, violences sexuelles liées au conflit, armes, méthode de guerre, torture, traitements cruels, inhumains ou dégradants, crimes contre l'humanité, génocide, mise en œuvre, poursuites.



De tout temps, à travers le monde, les conflits armés ont été le théâtre de violences sexuelles. Cette forme de violence est encore fréquente de nos jours dans un certain nombre de conflits armés, comme en Colombie, au Mali, en République centrafricaine, en République démocratique du Congo (RDC), au Soudan du Sud et en Syrie¹. Si les chiffres communiqués par certaines organisations² et le milieu universitaire³ sont alarmants, il se pourrait qu'ils ne représentent que la pointe de l'iceberg. L'un des problèmes spécifiques que pose les violences sexuelles est qu'elles demeurent un crime « invisible » : les victimes peuvent ne pas se manifester et garder le silence par culpabilité ou par honte, par peur de représailles ou parce qu'il s'agit d'un sujet tabou. Des obstacles matériels, tels que les risques de sécurité, la distance géographique et les frais de transport peuvent également empêcher les victimes de solliciter de l'aide. Cette situation représente un défi pour les organisations humanitaires qui entendent prévenir les violences sexuelles et répondre aux besoins des victimes. Aussi, aux fins de ses opérations, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a récemment adopté une nouvelle stratégie selon laquelle il part du principe que les violences sexuelles sont présentes dans les conflits armés et il s'efforce d'apporter une réponse humanitaire adaptée aux victimes de tels actes, même en l'absence d'allégations en ce sens⁴.

- 1 Peter Maurer, « Le président du CICR exhorte à agir contre la violence sexuelle dans les conflits », déclaration du 12 juin 2014, disponible à l'adresse : <https://www.icrc.org/fr/document/le-president-du-cicr-exhorte-agir-contre-la-violence-sexuelle-dans-les-conflits> (tous les liens internet ont été consultés en septembre 2016).
- 2 D'après l'Organisation des Nations Unies (ONU), plus de 200 000 femmes ont subi des violences sexuelles en RDC depuis le début du conflit armé ; entre 250 000 et 500 000 femmes ont été violées lors du génocide perpétré au Rwanda en 1994 ; et entre 20 000 et 50 000 femmes ont été victimes de viols pendant le conflit armé en Bosnie au début des années 90. Voir le site Web de l'ONU intitulé « *Resources for Speakers on Global Issues* », consacré à la question thématique « *Ending Violence Against Women and Girls* » (mettre fin à la violence à l'égard des femmes [traduction CICR]). Voir aussi : <http://www.un.org/fr/women/endviolence/>.
- 3 En 2014, des chercheurs de la Harvard Kennedy School, du Peace Research Institute Oslo et de l'Université de Yale ont rendu public un jeu de données sur les violences sexuelles dans les conflits armés qui recense les violences sexuelles signalées ces 20 dernières années et commis par des acteurs armés parties à un conflit armé à l'encontre de civils (hommes, femmes, garçons et filles). Il ressort de ce jeu de données que des violences sexuelles ont été perpétrés dans 57 % des conflits armés analysés à titre individuel, avec un taux d'occurrence maximum de 14 %. Voir Dara Kay Cohen et Ragnhild Nordås, « *Sexual Violence in Armed Conflict Dataset* », 4 novembre 2014, disponible en anglais à l'adresse : www.sexualviolencedata.org ; Dara Kay Cohen et Ragnhild Nordås, « *Sexual Violence in Armed Conflict: Introducing the SVAC Dataset, 1989-2009* », *Journal of Peace Research*, vol. 51, n° 3, mai 2014, p. 423.
- 4 Voir les questions et réponses avec le président du CICR, Peter Maurer, sur le thème du présent numéro de la Revue. Voir aussi Pierre Krähenbühl, « *Violences sexuelles dans les conflits armés : s'attaquer aux causes et aux conséquences* », interview du 19 décembre 2013, enregistrement vidéo disponible à l'adresse : <https://www.youtube.com/watch?v=KfjF8ZOOfcM#t=60> ; Pascale Meige, « *Violences sexuelles dans les conflits armés : une tragédie silencieuse* », interview du 7 mars 2014, enregistrement vidéo disponible à l'adresse : <https://www.icrc.org/fr/resources/documents/audiovisuels/video/2014/03-07-sexual-violence-pascale-meige.htm>.

Souvent, les violences sexuelles, y compris lorsqu'elles sont liées à un conflit, ne sont pas inspirées par un désir sexuel, mais sont plutôt associées à un abus d'autorité et à une manière d'asseoir un pouvoir et une domination⁵. Bien que les femmes et les filles soient particulièrement vulnérables, les hommes et les garçons peuvent également en être victimes⁶ et les auteurs de tels actes peuvent être très divers : acteurs étatiques, membres de groupes armés organisés non étatiques, forces onusiennes, membres de sociétés militaires ou d'entreprises de sécurité privées, ou simples individus. Il n'est pas rare qu'un acte de violence sexuelle soit accompagné d'autres violations, telles qu'homicide illégal, recrutement d'enfants, destruction de biens ou pillage. Ses causes (directes et indirectes) peuvent être nombreuses et notamment trouver racine dans le climat d'impunité qui règne en période de conflit armé, l'absence d'ordres/instructions clairs interdisant le recours aux violences sexuelles, la prolifération des armes de petit calibre et des armes légères utilisées pour menacer les victimes, la plus grande vulnérabilité des victimes de conflits armés (personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, migrants, veuves, etc.) et la destruction des liens communautaires et des mécanismes individuels de défense. Des parties à un conflit armé peuvent aussi recourir aux violences sexuelles à des fins stratégiques ou tactiques. Quoi qu'il en soit, leurs conséquences sont dévastatrices en premier lieu, bien entendu, pour les victimes elles-mêmes en raison de leurs effets physiques, psychologiques, sociaux et économiques négatifs, mais également pour la famille de ces victimes qui peut subir un traumatisme, éprouver un sentiment d'affront ou se sentir coupable de n'avoir pu protéger l'un des siens. Les violences sexuelles peuvent aussi avoir des conséquences pour une communauté toute entière lorsqu'elles suscitent la peur et détruisent le tissu social⁷.

Bien qu'elles soient répandues, les violences sexuelles ne sont pas une conséquence inévitable de la guerre et de la violence. Comme toute autre violation, il est possible de les prévenir. Pour cela, il est indispensable de disposer d'un cadre juridique robuste et de solides institutions à même de mettre en œuvre l'interdiction des violences sexuelles. Le présent article démontrera que le droit international, et plus précisément le droit international humanitaire (DIH) et le droit international des droits de l'homme, prohibent totalement et de manière adéquate les violences sexuelles. Qui plus est, le droit international pénal a considérablement évolué ces vingt dernières années et a érigé en infractions les formes les plus graves de violences

5 Voir, entre autres, Dara Kay Cohen, Amelia Hoover Green et Elisabeth Jean Wood, « Wartime Sexual Violence: Misconceptions, Implications, and Ways Forward », *Special Report of the United States Institute of Peace*, n° 323, février 2013, p. 6, disponible en anglais à l'adresse : www.usip.org/sites/default/files/wartime%20sexual%20violence.pdf; Patrick Chiroro, Gerd Bohner, G. Tendayi Viki et Christopher Jarvis, « Rape Myth Acceptance and Rape Proclivity: Expected Dominance Versus Expected Arousal in Acquaintance-Rape Situations », *Journal of Interpersonal Violence*, vol. 19, n° 4, 2004, p. 427 à 442.

6 Pour un article contestant l'hypothèse selon laquelle les femmes et les filles sont plus vulnérables face au viol et aux autres formes de violences sexuelles, voir l'avis exprimé par Chris Dolan à cet égard dans le présent numéro de la *Sélection française* de la *Revue*.

7 Au sujet du phénomène des violences sexuelles, voir CICR, « Violences sexuelles dans les conflits armés : questions et réponses », 10 novembre 2013, disponible à l'adresse : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/faq/sexual-violence-questions-and-answers.htm>. Voir aussi CICR, « Atelier sur les violences sexuelles dans les conflits armés », 11 novembre 2015, disponible à l'adresse : <https://www.icrc.org/fr/document/atelier-sensibilisation-violences-sexuelles>.

sexuelles à l'échelon international. Ces trois branches du droit international sont éminemment complémentaires et ont une influence positive les unes sur les autres dans ce domaine. Cela ne veut pas dire que les violences sexuelles ne suscitent aucune controverse juridique, mais plutôt que le droit international en sa forme actuelle, même si elle n'est pas parfaite, prévoit des règles suffisantes et adéquates. Il convient toutefois de renforcer la mise en œuvre de ces règles au niveau national et international afin de réellement éliminer, ou tout du moins réduire, les violences sexuelles.

Avant de donner un aperçu du cadre juridique international établi par le DIH, le droit international des droits de l'homme et le droit international pénal pour lutter contre les violences sexuelles, nous définirons des termes clés tels que « violences sexuelles » et « viol ». La dernière partie du présent article abordera le décalage entre le droit et la réalité du terrain, et proposera des solutions possibles.

Qu'est-ce que le viol et les violences sexuelles ?

Définition des violences sexuelles

Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) a conclu que les violences sexuelles s'entendaient de « tout acte sexuel commis sur la personne d'autrui sous l'empire de la coercition⁸ ». L'expression « acte de violence sexuelle » a une portée très large et pourrait comprendre aussi bien la pénétration physique que des commentaires à connotation sexuelle. De même, la « coercition » doit s'entendre au sens large afin de ne pas se limiter à une démonstration de force physique, mais inclure aussi « [l]es menaces, l'intimidation, le chantage et d'autres formes de violence qui exploitent la peur ou le désarroi⁹ ». La Chambre de première instance a en outre conclu que « [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 physiques¹⁰ ». Il ressort clairement de cette définition que les violences sexuelles englobent le viol et recouvrent une notion plus vaste. Mais y a-t-il un seuil minimum de gravité pour qu'un acte soit considéré comme une « violence sexuelle » lorsqu'il est commis sous l'empire de la coercition ?

Il n'y a pas de réponse claire à cette question. Le Statut de la Cour pénale internationale (CPI) incrimine les infractions suivantes : « esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle *de gravité comparable*¹¹ ». Il s'agit d'une liste non exhaustive des formes les

8 TPIR, *Le Procureur contre Jean Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, Jugement, Chambre de première instance (« Jugement Akayesu »), 2 septembre 1998, par. 688 ; TPIR, *Le Procureur contre Alfred Musema*, affaire n° ICTR-96-13-T, Jugement et sentence, Chambre de première instance (« Jugement Musema »), 27 janvier 2000, par. 965.

9 *Ibid.*

10 Jugement *Akayesu*, *op. cit.* note 8, par. 688.

11 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998 (entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002), document des Nations Unies A/CONF.183/9 (« Statut de Rome »), articles 7, 1, g), 8, 2, b) xxii et 8, 2, e) vi (souligné par l'auteur).

plus graves de violences sexuelles relevant de la compétence de la CPI qui n'aide pas à définir le seuil minimum de gravité pour qu'un acte soit considéré comme une « violence sexuelle ». Cependant, la jurisprudence et la doctrine offrent un certain nombre d'autres exemples concrets d'actes de violence sexuelle : par exemple, la traite à des fins d'exploitation sexuelle¹², la mutilation des organes sexuels¹³, l'exploitation sexuelle (comme le fait d'exiger des faveurs sexuelles en échange de nourriture ou d'une protection)¹⁴, l'avortement forcé¹⁵, la contraception forcée¹⁶, l'agression sexuelle¹⁷, le mariage forcé¹⁸, le harcèlement sexuel (comme le fait de déshabiller de force)¹⁹, les inspections imposées pour s'assurer de la virginité²⁰ et le fait d'obliger une personne à se montrer nue en public²¹ sont autant d'actes qui ont été qualifiés de violences sexuelles.

Selon l'Organisation mondiale de la Santé (OMS), les violences sexuelles peuvent se définir comme « [t]out acte sexuel, tentative pour obtenir un acte sexuel, commentaire ou avances de nature sexuelle, ou actes visant à un trafic ou autrement dirigés contre la sexualité d'une personne en utilisant la coercition, commis par une personne indépendamment de sa relation avec la victime, dans tout contexte, y compris, mais sans s'y limiter, le foyer et le travail²² ». Si nous retenons cette définition, il semble alors que le seuil de gravité soit fort peu élevé et que la notion de « violence » couvre non seulement la violence physique, mais également la violence verbale ou psychologique²³.

- 12 Voir Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, 15 novembre 2000, Recueil des Traités des Nations Unies (RTNU), vol. 2237, p. 319, article 3.
- 13 TPIR, *Le Procureur c. Théoneste Bagosora*, affaire n° ICTR-98-41-T, Jugement portant condamnation, Chambre de première instance (« Jugement Bagosora »), 18 décembre 2008, par. 976.
- 14 Megan Bastick, Karin Grimm et Rahel Kunz, *Sexual Violence in Armed Conflict: Global Overview and Implications for the Security Sector*, Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2007, p. 19. Voir aussi Organisation mondiale de la Santé (OMS), « Rapport mondial sur la violence et la santé », Etienne G. Krug (dir. pub.), 2002, p. 165, disponible sur : http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42545/1/9242545619_fre.pdf.
- 15 M. Bastick, K. Grimm et R. Kunz, *op. cit.* note 14, p. 19 ; OMS, p. 165.
- 16 M. Bastick, K. Grimm et R. Kunz, *op. cit.* note 14, p. 19.
- 17 Voir Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (CG IV), Genève, 12 août 1949, article 27 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (PA I), 8 juin 1977, article 75, par. 2, al. b) ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (PA II), 8 juin 1977, article 4, par. 2, al. e) ; Statut de Rome, article 8, 2, e), vi ; Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, 8 novembre 1994 (« Statut du TPIR »), article 4, e) ; Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 16 janvier 2002 (« Statut du TSSL »), article 3, e) ; et Administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental, *Regulation No. 2000/15*, Section 6.1 e) vi).
- 18 M. Bastick, K. Grimm et R. Kunz, *op. cit.* note 14, p. 49 ; OMS, *op. cit.* note 14, p. 165.
- 19 TPIR, *Jugement Akayesu*, *op. cit.* note 8, par. 693.
- 20 M. Bastick, K. Grimm et R. Kunz, *op. cit.* note 14, p. 19 ; OMS, *op. cit.* note 14, p. 166.
- 21 TPIR, *Jugement Akayesu*, *op. cit.* note 8, par. 688 ; TPIY, *Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac et consorts*, affaire n° IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, Jugement, Chambre de première instance (« Jugement Kunarac »), 22 février 2001, par. 766 à 774.
- 22 OMS, *op. cit.* note 14, p. 165.
- 23 Voir aussi « *Definitions of Sexual and Gender-based Violence* », IRIN, disponible en anglais à l'adresse : <http://www.irinnews.org/feature/2004/09/01/definitions-sexual-and-gender-based-violence>.

Notons également que si la CPI n'engage de poursuites qu'en cas de violences sexuelles d'une certaine gravité, cela ne signifie pas que les formes de violences sexuelles moins graves ne puissent pas être considérées comme des crimes en vertu d'autres traités ou de législations nationales. Par exemple, le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL) érige en crimes contre l'humanité le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée et toute autre forme de violence sexuelle²⁴.

Définition du viol

Au niveau international, le viol a été essentiellement défini par le TPIR et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans le cadre de trois affaires d'envergure. Dans la première, l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance du TPIR, puis la Chambre d'appel, ont adopté une définition très large et générique du viol²⁵. Le TPIR a simplement conclu que le viol était « une invasion physique de nature sexuelle commise sur la personne d'autrui sous l'empire de la contrainte²⁶ ».

Bien que le TPIY ait apparemment suivi dans un premier temps l'approche retenue par le TPIR²⁷, il a proposé une définition plus précise du viol dans le cadre de l'affaire *Furundžija*²⁸. D'aucuns diront que le TPIY ne s'est pas radicalement écarté de la définition du TPIR et qu'il s'est borné à apporter des précisions supplémentaires concernant les éléments constitutifs des actes qualifiés de viol²⁹. Après avoir fait observer qu'il lui était impossible de tirer les éléments constitutifs du viol du droit international conventionnel ou coutumier, la Chambre de première instance du TPIY a procédé à une analyse juridique comparative afin de dégager les « dénominateurs communs » aux législations pénales des grands systèmes juridiques. Elle a estimé que les éléments objectifs (*actus reus*) constitutifs du viol étaient les suivants :

« 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) par l'emploi de la force, de la menace ou de la contrainte contre la victime ou une tierce personne³⁰ ».

Dans l'affaire *Kunarac*, la Chambre de première instance a jugé trop stricte la définition énoncée dans le Jugement *Furundžija*³¹. Si elle a fait sien le paragraphe i) de cette définition, elle est allée plus loin en précisant – ou plutôt en élargissant – le paragraphe ii). Selon elle, l'acte de pénétration sexuelle non seulement constitue

24 Statut du TSSL, article 2 (Crimes contre l'humanité).

25 TPIR, *Jugement Akayesu*, *op. cit.* note 8 ; voir aussi arrêt de la Chambre d'appel en l'espèce, 1^{er} juin 2001.

26 *Ibid.*, *Jugement Akayesu*, par. 596 à 598 et 686 à 688. Voir aussi *Jugement Musema*, *op. cit.* note 8, par. 965.

27 TPIY, *Le Procureur c/ Zejnil Delalić et consorts* (affaire *Čelebići*), affaire n° IT-96-21-T, Jugement, Chambre de première instance (« *Jugement Delalić* »), 16 novembre 1998.

28 TPIY, *Le Procureur c/ Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, Jugement, Chambre de première instance (« *Jugement Furundžija* »), 10 décembre 1998, par. 185.

29 TPIR, *Le Procureur c. Mikaeli Muhimana*, affaire n° ICTR-95-1B-T, Jugement et sentence, Chambre de première instance, 28 avril 2005, par. 547 à 551.

30 TPIY, *Jugement Furundžija*, *op. cit.*, note 28, par. 185.

31 TPIY, *Jugement Kunarac*, *op. cit.*, note 21, par. 438.

un viol s'il s'accompagne « de l'emploi de la force, de la menace de son emploi ou de la contrainte sur la personne de la victime ou d'un tiers », mais englobe aussi d'autres facteurs qui feraient de la pénétration sexuelle un acte « non consensuel ou non voulu » par la victime. Le critère clé est donc le défaut de consentement ou de participation volontaire. En outre, la Chambre de première instance a conclu que « [d]ans les faits, l'absence d'un véritable consentement donné librement ou d'une participation volontaire peut se manifester par la présence de divers facteurs [...] [tels que] l'emploi de la force, la menace de son emploi ou le fait de profiter d'une personne qui n'est pas en mesure de résister³² ». En d'autres termes, ces facteurs ne sont pas des éléments constitutifs du viol, mais des preuves de l'absence d'un véritable consentement. En conséquence, la Chambre de première instance saisie de l'affaire *Kunarac* a « substitué » la formulation « dès lors que cette pénétration sexuelle a lieu sans le consentement de la victime » au paragraphe ii) de la définition énoncée dans le Jugement *Furundžija*³³.

Les Éléments des crimes de la CPI tiennent compte de ces tournants jurisprudentiels et donnent une définition encore plus précise des éléments constitutifs du viol, à savoir :

« 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 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 de ladite personne de donner son libre consentement³⁴ ».

La communauté internationale accepte généralement cette définition comme étant celle qui fait le plus foi³⁵. Un certain nombre de législations nationales ont été adoptées ou amendées afin d'inclure le crime de viol et d'autres crimes sexuels tels que définis par la CPI³⁶.

32 *Ibid.*, par. 458.

33 *Ibid.*, par. 460. Voir aussi TPIY, *Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac et consorts*, affaire n° IT-96-23 et IT-96-23/1-A, Arrêt, Chambre d'appel (« Arrêt *Kunarac* »), 12 juin 2002, par. 125 à 133. En l'espèce, la Chambre d'appel a clairement précisé que la détention peut se substituer à une absence de consentement.

34 Voir, par exemple, CPI, Éléments des crimes, 2011, article 8(2)(b)(xxii)-1, disponible à l'adresse : <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/7730B6BF-308A-4D26-9C52-3E19CD06E6AB/0/ElementsOfCrimesFra.pdf>.

35 Par exemple, l'OMS semble s'appuyer sur la définition donnée par la CPI, même si sa définition pratique semble moins précise et exhaustive. Voir OMS, *op. cit.* note 14, p. 165 : « La violence sexuelle comprend le viol, qui se définit ainsi : acte de pénétration, même légère, de la vulve ou de l'anus imposé notamment par la force physique, en utilisant un pénis, d'autres parties du corps ou un obje[t] ».

36 Voir les législations nationales de l'Afrique du Sud, de l'Australie, de la Belgique, du Canada, de la Géorgie, de la Nouvelle-Zélande, de la République de Corée et du Royaume-Uni mentionnées dans Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier – Volume I : Règles*, CICR, version française, Éditions Bruylant, 2006 (« Étude du CICR sur le droit coutumier »), Pratique relative à la règle 93. Voir aussi, par exemple, Philip Weiner, « The Evolving Jurisprudence of the Crime of Rape in International Criminal Law », *Boston College Law Review*, vol. 54, n° 3, 2013, p. 1218. Par exemple, certaines organisations ont signalé qu'en RDC, une nouvelle loi relative au viol

Violences sexuelles et violences basées sur le genre

Contrairement au viol et aux violences sexuelles, la communauté internationale ne s'accorde sur aucune définition des « violences basées sur le genre » [*gender-based violence*]. Aussi peut-on trouver de nombreuses définitions de cette expression.

Dans sa Recommandation générale n° 19 de 1992, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) a défini « la violence fondée sur le sexe » comme suit : « violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme. Elle englobe les actes qui infligent des tourments ou des souffrances d'ordre physique, mental ou sexuel, la menace de tels actes, la contrainte ou autres privations de liberté³⁷ ». Si cette définition couvre de nombreux actes, elle ne semble viser qu'un petit nombre de personnes, puisque la violence sexiste est décrite comme une forme de discrimination³⁸ qui n'est exercée qu'à l'encontre des femmes. Cette restriction peut être liée au mandat du Comité ou peut-être au fait que, dans la pratique, ce sont les femmes et les filles qui sont les plus touchées (ou, du moins, perçues comme telles) par cette forme de violence en raison de leur statut inférieur à celui des hommes et des garçons dans nombre de sociétés. De nos jours, il est généralement admis que l'expression « violences basées sur le genre » s'applique non seulement aux femmes et aux filles, mais aussi aux hommes et aux garçons. Comme l'a observé le Comité permanent interorganisations³⁹, bien que l'expression « violences basées sur le sexe » soit souvent utilisée de manière interchangeable avec l'expression « violences contre des femmes », des hommes et des garçons peuvent également être victimes de violences basées sur le genre, notamment des violences sexuelles⁴⁰, en raison des rôles, attentes et comportements sociaux prédéterminés liés aux idées qu'on se fait de la masculinité. Ainsi, le Comité permanent interorganisations donne une définition large de la violence basée sur le sexe, qui est fréquemment reprise : « terme générique pour tout acte nuisible/préjudiciable perpétré contre le gré de quelqu'un, et qui est basé sur des différences socialement prescrites entre hommes et femmes⁴¹ ». Dans la même veine, le CICR

et aux violences sexuelles, inspirée du Statut de Rome, avait été adoptée en 2007. Voir « *The Impact of the Rome Statute System on Victims and Affected Communities* », Victim's Rights Working Group, avril 2010, p. 27, disponible en anglais à l'adresse : www.vrwwg.org/VRWWG_DOC/2010_Apr_VRWWG_Impact_of_ICC_on_victims.pdf.

37 Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 19 (1992), par. 6.

38 *Ibid.*, par. 7.

39 Voir le site Web du Comité permanent interorganisations : <https://interagencystandingcommittee.org/iascl>.

40 Comité permanent interorganisations, *Directives en vue d'interventions contre la violence basée sur le sexe dans les situations de crise humanitaire : Centrage sur la prévention et la réponse à la violence sexuelle dans les situations d'urgence*, septembre 2005, p. 8, disponible sur : https://interagencystandingcommittee.org/system/files/legacy_files/GBV%20Guidelines%20French.pdf ; voir aussi Bureau de la coordination des affaires humanitaires (Nations Unies), disponible en anglais à l'adresse : www.irinnews.org/indepthmain.aspx?InDepthId=20&ReportId=62847.

41 Comité permanent interorganisations, *op. cit.* note 40. Voir aussi la définition donnée par l'Institut européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes, disponible en anglais à l'adresse : <http://eige.europa.eu/gender-based-violence/what-is-gender-based-violence>. Pour une évaluation critique des *Directives en vue d'interventions contre la violence basée sur le sexe*, publiées en 2005 par le Comité

précise que l'expression « violence fondée sur l'appartenance sexuelle » est un « terme général qui comprend les abus sexuels et les autres types de violence fondés sur l'appartenance sexuelle et pas nécessairement de nature sexuelle⁴² ». D'autre part, le CICR définit le concept de genre [*gender*] comme suit :

« Le terme “genre” fait référence au comportement respectif des hommes et des femmes escompté dans une culture donnée en fonction des rôles, attitudes et valeurs qui leur sont assignés de par leur sexe, alors que le terme “sexe” fait référence à des caractéristiques biologiques et physiques. Les rôles attribués à chaque sexe varient considérablement au sein de chaque culture et d'une culture à l'autre, et dépendent du contexte social, économique et politique particulier⁴³ ».

Au rang des actes de violence basée sur le genre, citons les violences domestiques, le viol, l'abus/exploitation sexuel, la prostitution forcée, la traite, le mariage forcé/précoce, les mutilations génitales féminines, les crimes d'honneur et la stérilisation ou l'avortement forcé⁴⁴.

Il est possible de déduire de ces exemples et définitions que, premièrement, la violence basée sur le genre est généralement plus large que les violences sexuelles. En effet, la violence basée sur le genre comprend non seulement les actes de violence sexuelle, tels que viol, mutilation sexuelle (p. ex. mutilation des seins) et d'autres formes d'abus sexuel, mais également des actes qui ne sont pas de nature sexuelle, comme certaines formes de violence domestique (p. ex. coups et blessures) ou les crimes d'honneur (p. ex. meurtres d'épouses pour non-paiement de la dot). Deuxièmement, ce qui distingue la violence basée sur le genre de toute autre forme de violence n'est pas l'acte en soi (p. ex. meurtre, viol, coups et blessures, mutilation), mais le fait que cet acte est « fondé sur l'appartenance sexuelle ». En d'autres termes, l'acte de violence est perpétré en raison des « différences socialement prescrites entre hommes et femmes » ou du sexe de la victime. Par exemple, si un individu a été tué parce qu'il était transgenre ou homosexuel, nous avons affaire à un crime basé sur le genre. De ce fait, les violences sexuelles ne constituent pas nécessairement des violences basées sur le genre. Un détenu peut subir un viol – en tant que méthode de torture – alors qu'il se trouve en détention indépendamment de son genre ou du rôle que la société lui assigne. Toutefois, il a parfois été avancé que les violences sexuelles constituent toujours une forme de violence basée sur le genre dans la mesure où les liens entre sexe et genre sont trop étroits pour être dissociés. L'auteur du présent article ne partage pas cet avis puisqu'une telle interprétation reviendrait à confondre les notions de sexe et de genre, qui sont distinctes, comme indiqué plus haut.

permanent interorganisations, voir l'avis exprimé par Chris Dolan à cet égard dans le présent numéro de la *Sélection française* de la *Revue*.

42 Charlotte Lindsey, *Les femmes face à la guerre*, CICR, Genève, 2001, p. 38, disponible sur : https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0798.pdf.

43 Voir Charlotte Lindsey-Curtet et autres, *Répondre aux besoins des femmes affectées par les conflits armés – Un guide pratique du CICR*, CICR, Genève, 2004, p. 7, disponible sur : https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0840.pdf; C. Lindsey, *op. cit.* note 42, p. 38.

44 Comité permanent interorganisations, *op. cit.* note 40 ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *op. cit.* note 37 ; C. Lindsey, *op. cit.* note 42, p. 38.

Interdiction des violences sexuelles en vertu du DIH

Le DIH passe-t-il sous silence les violences sexuelles ?

Les traités de DIH ont parfois été critiqués en ce qu'ils ne tiendraient pas dûment compte des besoins des femmes dans les conflits armés et qu'ils n'interdiraient ni ne sanctionneraient les violences sexuelles de manière suffisamment stricte⁴⁵. Nous estimons que cette critique est bien trop sévère. Si les Conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles additionnels de 1977 peuvent ne pas être parfaits dans leur manière d'aborder les violences sexuelles, ils prévoient les protections nécessaires contre le viol et d'autres formes de violence sexuelle ainsi que les interdictions y relatives, et ce, de différentes manières : d'une part, le viol est expressément interdit et, d'autre part, l'interdiction du viol et d'autres formes de violence sexuelle figure dans des dispositions moins explicites, telles que des dispositions interdisant les traitements cruels et la torture, les atteintes à la dignité de la personne, les attentats à la pudeur et la prostitution forcée, de même que dans des dispositions visant à assurer le respect de la personne et de l'honneur.

Les célèbres Instructions de Lieber interdisaient déjà formellement le viol en 1863. Leur article 44 est libellé comme suit :

« Toute violence délibérée commise contre les personnes dans le pays envahi, toute destruction de biens non ordonnés [sic] par un officier qualifié, tous vol, pillage ou mise à sac, même après la prise d'une place de vive force, tous viol, blessure, mutilation ou mise à mort de ses habitants, sont interdits sous peine de mort ou de toute autre peine grave proportionnée à la gravité de l'offense. Tout soldat, officier ou sous-officier, se livrant à de telles violences et désobéissant à un supérieur qui lui ordonne de s'en abstenir, peut légalement être mis à mort sur place par ce supérieur⁴⁶ ».

Relevons que la sanction prévue – la peine de mort – est particulièrement sévère.

Parmi les premiers traités régissant les conflits armés, les Règlements de La Haye de 1899 et de 1907 protègent « [l]'honneur et les droits de la famille » de la population vivant sur un territoire occupé⁴⁷. La Convention de Genève de 1929 relative aux prisonniers de guerre énonce que ceux-ci ont droit au respect « de leur

45 Judith Gardam, « Femmes, droits de l'homme et droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix Rouge (RICR), Sélection française*, n° 831, 1998, p. 449 à 462, disponible sur : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzgbp.htm> ; Judith Gardam et Michelle Jarvis, *Women, Armed Conflict and International Law*, Kluwer Law International, La Haye, 2001. Voir aussi, concernant les critiques émises par ces auteurs, Helen Durham, « Women, Armed Conflict and International Law », *RICR*, vol. 84, n° 847, 2002, p. 655 à 659.

46 Code de Lieber : instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique, ordre général n° 100, 24 avril 1863, article 44, traduction CICR disponible à l'adresse : <https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/110>.

47 Convention II concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe : Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 1899, article 46 ; Convention III relative à l'ouverture des hostilités, La Haye, 1907, article 46.

personnalité et de leur honneur », et que « les femmes [prisonnières de guerre] seront traitées avec tous les égards dus à leur sexe »⁴⁸. Les traités de DIH ont très tôt pris conscience des violences sexuelles dans les conflits armés et ont cherché à les empêcher, même si – en purs produits de leur époque – ils n'en parlaient pas en termes explicites.

Les traités contemporains de DIH interdisent le viol et d'autres formes de violences sexuelles dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux. S'agissant des conflits armés internationaux, la troisième Convention de Genève de 1949 prévoit également que les prisonniers de guerre « ont droit en toutes circonstances au respect de leur personne et de leur honneur » et que « les femmes doivent être traitées avec tous les égards dus à leur sexe »⁴⁹. Les auteurs ont repris la formulation de la Convention de 1929 relative aux prisonniers de guerre. La quatrième Convention de Genève est plus explicite et prévoit que les « femmes [civiles] seront spécialement protégées contre toute atteinte à leur honneur, et notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à leur pudeur⁵⁰ ». Si la quatrième Convention de Genève, qui a été adoptée en 1949 et qui constitue le premier traité visant spécifiquement à protéger la population civile pendant des conflits armés, traite expressément du viol et d'autres formes de violence sexuelle, la formulation retenue a essuyé des critiques puisque le viol et les violences sexuelles semblent être caractérisés par une atteinte à l'honneur de la victime et non par la gravité de l'infraction, à savoir une attaque contre le bien-être physique et psychologique de la victime⁵¹. Ce libellé semble en effet euphémique et archaïque de nos jours, mais la notion d'honneur avait une connotation totalement différente à l'époque. Bien qu'elle puisse paraître futile et symbolique à l'heure actuelle, la notion d'honneur était considérée comme une règle de guerre extrêmement importante (comme l'illustre, par exemple, le principe de chevalerie) et se trouvait au cœur des règles du DIH en vigueur en 1949 et avant⁵². En tout état de cause, et en raison de changements profonds survenus dans les valeurs et les normes sociales, le lien entre violences sexuelles et honneur est moins visible dans les traités de DIH plus récents⁵³. Le Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève prévoit que « les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, la prostitution forcée et toute forme d'attentat à la pudeur » sont « prohibés en tout temps et en tout lieu [...], qu'ils soient commis par des agents civils ou militaires »⁵⁴. Deux autres dispositions protègent expressément les femmes « contre le viol, la

48 Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, Genève, 27 juillet 1929, article 3.

49 Convention III de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949 (CG III), article 14.

50 CG IV, article 27.

51 J. Gardam, *op. cit.* note 45 ; C. Lindsey, *op. cit.* note 42, p. 64.

52 Terry D. Gill, « Chivalry: A Principle of the Law of Armed Conflict », *Armed Conflict and International Law: In Search of the Human Face*, M. Matthee et autres (dir. pub.), TMC Asser Press, La Haye, 2013, p. 33 à 51. Voir aussi Louise Doswald-Beck et Sylvain Vité, « Le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme », *RICR*, vol. 75, n° 800, mars-avril 1993, p. 99 à 128, disponible sur : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzfmf.htm>.

53 C. Lindsey-Curtet, *op. cit.* note 43, p. 13.

54 PA I, article 75, par. 2, al. b).

contrainte à la prostitution et toute autre forme d'attentat à la pudeur⁵⁵ » ainsi que les enfants « contre toute forme d'attentat à la pudeur⁵⁶ ».

S'agissant des conflits armés non internationaux, l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève – dont les dispositions ont été qualifiées par la Cour internationale de Justice (CIJ) de « considérations élémentaires d'humanité » applicables à tout type de conflit⁵⁷ – interdit aussi de manière implicite les violences sexuelles en ce qu'il prohibe « les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment [...] les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices » ainsi que « les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ». Cet article est complété par le Protocole additionnel II de 1977 qui, lorsqu'il est applicable, interdit au titre des garanties fondamentales « les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur », commises à l'encontre de « [t]outes les personnes qui ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités » (à savoir, les civils et les personnes hors de combat)⁵⁸. C'est la première disposition du DIH qui interdit explicitement le viol sans établir de distinction entre hommes et femmes.

Le DIH coutumier interdit également le viol et d'autres formes de violences sexuelles⁵⁹. Selon l'Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, cette interdiction s'applique aux conflits armés, tant internationaux que non internationaux, et protège les femmes, les filles, les garçons et les hommes⁶⁰. Pour parvenir à cette conclusion, l'Étude du CICR sur le droit coutumier s'est fondée sur un vaste ensemble de pratiques nationales et internationales, telles que, entre autres, des manuels d'instruction militaire, des législations internes et des jurisprudences nationales, la jurisprudence internationale et des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU⁶¹.

Quelles violences sexuelles « liées au conflit » constituent une violation du DIH ?

Les violences sexuelles peuvent être perpétrées en temps de paix comme pendant des conflits armés ou d'autres situations de violence. Elles peuvent être commises à diverses fins par un large éventail d'acteurs. Même lorsqu'elles se manifestent en période de conflit armé, les violences sexuelles ne sont pas nécessairement « liées au conflit ».

55 PA I, article 76, par. 1.

56 PA I, article 77, par. 1.

57 CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, par. 218. Voir aussi CIJ, Affaire du Détroit de Corfou, Arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

58 PA II, article 4, par. 2, al. e).

59 Étude du CICR sur le droit coutumier, *op. cit.* note 36, règle 93.

60 *Ibid.*

61 Pour la pratique, voir la base de données du CICR sur le DIH coutumier, disponible en anglais à l'adresse : <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>.

Les traités de DIH n'emploient pas l'expression « violences sexuelles liées au conflit », qui n'est pas véritablement une expression juridique. Elle est toutefois de plus en plus souvent utilisée⁶² et parfois considérée comme synonyme d'un acte de violence sexuelle constitutif d'une violation du DIH. Plusieurs intervenants définissent les violences sexuelles liées au conflit de diverses manières. L'ONU, par exemple, les définit comme suit :

« [des] actes ou types de violations interv[enant] en période de conflit ou d'après conflit ou dans d'autres situations graves (troubles politiques) [et qui présentent] (...) un lien direct ou indirect avec le conflit ou les troubles politiques en tant que tels, autrement dit un lien temporel, géographique ou causal. Outre le caractère international des crimes soupçonnés (qui peuvent, selon les circonstances, constituer des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des actes de génocide ou autres violations flagrantes des droits de l'homme), le lien avec le conflit peut se manifester à travers le profil et les motivations de l'auteur ou des auteurs, le profil de la victime ou des victimes, le climat d'impunité ou l'effondrement de l'État, les aspects transfrontaliers du conflit ou le fait qu'ils violent les termes d'un accord de cessez-le-feu⁶³ ».

En acceptant une définition aussi large des « violences sexuelles liées au conflit », qui est compréhensible d'un point de vue humanitaire et opérationnel, il est évident que toutes les violences sexuelles commises pendant un conflit ne constituent pas une violation du DIH et un crime de guerre⁶⁴. Le DIH ne s'applique que dans les situations de conflit armé et qu'aux actes présentant un lien direct, ou du moins suffisant, avec un conflit armé⁶⁵.

62 Voir *infra*, note 63. Voir aussi ONU-Femmes, *Addressing Conflict-Related Sexual Violence: An Analytical Inventory of Peacekeeping Practice*, juin 2010, disponible en anglais à l'adresse : www.unwomen.org/-/media/Headquarters/Media/Publications/en/04DAnAnalyticalInventoryofPeacekeepingPracti.pdf ; Département des affaires politiques, Nations Unies, *Guide à l'usage des médiateurs - Prise en considération de la violence sexuelle liée aux conflits dans les accords de cessez-le-feu et les accords de paix*, New York, 2012, disponible à l'adresse : [http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceAddressingConflictRelatedSexualViolence_UNDPA\(French\).pdf](http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceAddressingConflictRelatedSexualViolence_UNDPA(French).pdf) ; Sarah S. Shteir, *Conflict Related Sexual and GenderBased violence: An Introductory Overview to Support Prevention and Response Efforts*, Civil-Military Occasional Papers, Australian Civil-Military Centre, janvier 2014, disponible en anglais à l'adresse : <http://fr.slideshare.net/CivMilCoE/occasional-paper-12014-conflictrelated-sexual-and-genderbased-violence> ; Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), *Combating Impunity for Conflict-Related Sexual Violence in Bosnia and Herzegovina: Progress and Challenges*, Sarajevo, février 2014, disponible en anglais à l'adresse : <http://www.osce.org/bih/171906>.

63 Violence sexuelle liée aux conflits – Rapport du Secrétaire général, document des Nations Unies A/66/657-S/2012/33, 13 janvier 2012, par. 3 ; voir aussi « *Analytical and Conceptual Framing of Conflict-Related Sexual Violence* », Stop Rape Now, disponible en anglais à l'adresse : www.pakresponse.info/LinkClick.aspx?fileticket=QmSWiCA4rUw%3D&tabid=71&mid=433.

64 Il convient d'observer que toutes les violations du DIH ne constituent pas des crimes de guerre, lesquels sont de graves violations du DIH. Voir *infra*, « Les violences sexuelles constituent-elles systématiquement une infraction grave au DIH ou un crime de guerre ? ».

65 TPIY, *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-I-T, Jugement, Chambre de première instance (« Jugement Tadić »), 7 mai 1997, par. 572 ; TPIY, *Le Procureur c/ Dario Kordić et Mario Čerkez*, affaire n° IT-95-14/2-T, Jugement, Chambre de première instance, 26 février 2001, par. 32. Il convient de relever que contrairement à la Commission préparatoire de la CPI, le TPIY a apparemment traité ce lien comme étant une condition purement juridictionnelle. Voir Knut Dörmann, *Elements of War Crimes Under the*

Il est vrai que cette notion de lien n'existe pas dans les traités de DIH et qu'elle a été principalement élaborée par la jurisprudence pénale internationale pour établir la compétence du tribunal concerné ou, autrement dit, déterminer si un crime de guerre a été commis⁶⁶. Nous estimons toutefois que l'exigence d'un lien visant à distinguer les crimes de guerre/autres violations du DIH des crimes ordinaires susceptibles d'être perpétrés pendant un conflit armé sans qu'ils présentent de lien avec le conflit, existe aussi bien en DIH qu'en droit international pénal. Dans ce contexte particulier, la notion de lien devrait être définie de la même manière en droit international pénal qu'en DIH⁶⁷. Enfin, pour qu'un acte soit considéré comme un crime de guerre, l'applicabilité du DIH doit être reconnue, dans la mesure où les crimes de guerre sont de graves violations du DIH. Prenons l'exemple suivant afin d'expliquer la notion de lien dans ce contexte.

Dans le cadre d'un conflit armé non international, si un chef militaire viole un soldat de rang subalterne dans une caserne en guise de punition – comme il a pu déjà l'avoir fait en temps de paix –, sans que cet acte ait un quelconque lien avec la situation de conflit armé, le DIH ne s'appliquera pas. Ce viol serait/devrait toutefois être proscrit en vertu du droit interne. Si le chef militaire a perpétré ce viol en sa qualité officielle (p. ex. en usant de sa position d'autorité et des moyens afférents à sa fonction), nous sommes aussi en présence d'une violation des droits de l'homme. Or, si dans le cadre de ce même conflit armé, le chef militaire viole une personne détenue pour des raisons ayant trait au conflit armé, son acte constitue clairement une violation du DIH (et du droit international des droits de l'homme). Dans ce dernier exemple, l'existence d'un lien découle d'un certain nombre d'éléments : l'identité de l'auteur du viol (un chef militaire), l'identité de la victime (une personne détenue pour des raisons liées au conflit armé) et le contexte (la situation de vulnérabilité des détenus face à la puissance détentrice).

Bien que ces exemples puissent aller de soi, le lien avec le conflit armé n'est pas toujours facile à établir⁶⁸. Ce n'est pas parce que le DIH est *applicable* à un endroit et à un moment donnés que tous les actes commis dans ce contexte sont régis par le DIH. La jurisprudence du TPIY précise en outre que, pour qu'un lien existe, il

Rome Statute of the International Criminal Court, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 27. Dans la même veine, le TPIR utilise les expressions « lien direct », « lien de connexité » ou « lien de connexité directe » avec le conflit armé. Voir TPIR, Jugement *Akayesu*, *op. cit.* note 8, par. 643 ; TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-1-T, Jugement, Chambre de première instance, 21 mai 1999, par. 602, 603 et 623 ; TPIR, Jugement *Musema*, *op. cit.* note 8, par. 260 ; TPIR, *Le Procureur contre Élizaphan Ntakirutimana et Gérard Ntakirutimana*, affaires n° ICTR-96-10 et ICTR-96-17-T, Jugement portant condamnation, Chambre de première instance, 21 février 2003, par. 861.

66 *Ibid.*

67 En DIH, la notion de lien est aussi utilisée, par exemple, dans le cadre de la définition du concept de participation directe aux hostilités. Voir Nils Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, CICR, Genève, 2009, p. 60 à 67. Le contexte est toutefois différent puisque la notion de lien est utilisée pour savoir si l'acte équivaut à une participation directe aux hostilités et non pas s'il constitue une violation du DIH.

68 Pour un article montrant qu'il est difficile de cerner les contours d'un tel lien et d'essayer d'expliquer plus avant (de façon restrictive) ce concept, voir Harmen van der Wilt, « War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, n° 5, 2012, p. 1 113 à 1 128.

n'est pas nécessaire que d'importants affrontements aient eu lieu au moment et dans la zone géographique où les crimes auraient été commis⁶⁹. Il suffit que les crimes présumés aient été étroitement liés aux hostilités se déroulant dans d'autres parties des territoires contrôlés par les parties au conflit⁷⁰. Il n'est pas non plus nécessaire que le crime « fasse partie d'une politique ou d'une pratique officiellement avalisée ou tolérée par l'un des belligérants, ou que l'acte serve en fait une politique liée à la conduite de la guerre, ou qu'il soit dans l'intérêt effectif d'une partie au conflit⁷¹ ». Dans l'affaire *Kunarac* – qui peut assurément être considérée comme la référence en matière de définition de l'exigence d'un lien de connexité –, la Chambre d'appel a conclu ce qui suit :

« En dernière analyse, les crimes de guerre se distinguent des infractions de pur droit interne en ce qu'ils sont déterminés par le contexte dans lequel ils sont commis – le conflit armé –, ou en dépendent. Le crime de guerre n'est pas nécessairement un acte planifié ou le fruit d'une politique quelconque. Un lien de cause à effet n'est pas exigé entre le conflit armé et la perpétration du crime mais il faut, à tout le moins, que l'existence du conflit armé ait considérablement pesé sur la capacité de l'auteur du crime à le commettre, sa décision de le commettre, la manière dont il l'a commis ou le but dans lequel il l'a commis. Partant, s'il peut être établi, comme en l'espèce, que l'auteur du crime a agi dans l'optique de servir un conflit armé ou sous le couvert de celui-ci, cela suffit pour conclure que ses actes étaient étroitement liés audit conflit⁷² ».

L'expression « sous le couvert de celui-ci » a parfois été critiquée en raison de son caractère excessivement large⁷³. Le TPIR a cependant fort bien expliqué que « l'expression “sous le couvert du conflit armé” ne signifie pas simplement “en même temps qu'un conflit armé” et/ou “en toutes circonstances créées en partie par le conflit armé”⁷⁴ ». Il a donné l'exemple suivant : si un non combattant profite du relâchement de l'efficacité policière dans une situation de troubles engendrés par un conflit armé afin de tuer un voisin qu'il haïssait depuis des années, cela ne constitue pas, en tant que tel, un crime de guerre⁷⁵. À l'opposé, il a jugé que les meurtres de civils tutsis commis tant par des responsables militaires que par des civils présentaient un lien avec le conflit armé qui se déroulait à l'époque entre les forces gouvernementales rwandaises et le Front patriotique rwandais (le FPR, un groupe armé organisé non étatique composé de Tutsis) et constituaient par conséquent des crimes de guerre. Il a estimé que les faits suivants donnaient à penser qu'un lien existait : la minorité ethnique tutsie était identifiée au FPR, des responsables militaires avaient participé

69 *Ibid.* Voir aussi TPIY, *Le Procureur c/ Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14, Jugement, Chambre de première instance (« Jugement *Blaškić* »), 3 mars 2000, par. 69 ; TPIY, *op. cit.* note 33, Arrêt *Kunarac*, par. 57.

70 *Ibid.*

71 TPIY, Jugement *Blaškić*, *op. cit.* note 69, par. 69 et suiv. ; TPIY, Jugement *Tadić*, *op. cit.* note 65, par. 573.

72 TPIY, Arrêt *Kunarac*, *op. cit.* note 33, par. 58.

73 H. van der Wilt, *op. cit.* note 68, p. 1 125.

74 TPIR, *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda c/ Le Procureur*, affaire n° ICTR-96-3-A, Arrêt, Chambre d'appel, 26 mai 2003, par. 570.

75 *Ibid.*

aux meurtres, et l'identification des agents infiltrés du FPR avait servi de prétexte pour tuer des Tutsis⁷⁶.

La Chambre d'appel saisie de l'affaire *Kunarac* a également recensé un certain nombre d'indices visant à déterminer si une infraction présumée est suffisamment liée au conflit armé pour constituer un crime de guerre (et, partant, une violation du DIH). Ces indices sont les suivants :

« le fait que l'auteur du crime est un combattant, le fait que la victime n'est pas un combattant, le fait que la victime appartient au camp adverse, le fait que l'acte pourrait être considéré comme servant l'objectif ultime d'une campagne militaire, et le fait que la commission du crime participe des fonctions officielles de son auteur ou s'inscrit dans leur contexte⁷⁷ ».

Cette liste est non exhaustive et ses éléments ne sont pas cumulatifs. Par exemple, hormis les combattants, les civils peuvent aussi commettre des crimes de guerre, et ce, même s'ils n'entretiennent aucune relation particulière avec l'une des parties au conflit⁷⁸. Les indices recensés dans l'affaire *Kunarac* ne sont que des exemples de faits pouvant être pris en considération pour établir l'existence d'un lien. Comme le prouvent ces exemples, les tribunaux spéciaux ont toujours recouru à un « critère objectif » pour déterminer l'existence d'un tel lien et n'ont exigé aucun élément moral⁷⁹.

Dans le droit fil de la jurisprudence des tribunaux internationaux *ad hoc*, les Éléments des crimes de la CPI prévoient que, pour constituer un crime de guerre, le comportement doit avoir « eu lieu dans le contexte de et [avoir été] associé à un conflit armé⁸⁰ ». La formulation « dans le contexte de » renvoie à l'existence d'un conflit armé et l'expression « associé à » renvoie à l'exigence d'un lien de connexité. Les violences sexuelles liées au conflit doivent donc être commises par une personne (qu'il s'agisse d'un combattant ou d'un civil) dans le contexte d'un conflit armé et être associées à un conflit armé pour constituer un crime de guerre au sens du Statut de Rome. Cet instrument n'apporte pas autant de précisions que la jurisprudence du TPIR et du TPIY. Il est toutefois difficile de définir *in abstracto* des critères précis, permettant d'établir l'existence d'un lien, qui apporteraient une bonne réponse dans tous les cas de figure. Un tel examen doit se faire au cas par cas.

76 TPIR, *Le Procureur c. Laurent Semanza*, affaire n° ICTR-97-20-T, Jugement et sentence, Chambre de première instance, 15 mai 2003, par. 518 et suiv.

77 TPIY, Arrêt *Kunarac*, *op. cit.* note 33, par. 59.

78 TPIR, Jugement *Akayesu*, *op. cit.* note 8, par. 444. Voir aussi TPIY, *Le Procureur c/ Mitar Vasiljević*, affaire n° ICTR-98-32-T, Jugement, Chambre de première instance, 29 novembre 2002, par. 57 ; et, pour un avis contraire, H. van der Wilt, *op. cit.* note 68, p. 1 128.

79 K. Dörmann, *op. cit.* note 65, p. 27. Voir aussi Guénaél Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 45.

80 Voir, par exemple, CPI, Éléments des crimes, *op. cit.* note 34, article 8 2) a) i)-1.

Les violences sexuelles sont-elles une arme ou une méthode de guerre ?

Les violences sexuelles dans les conflits armés, en particulier le viol, sont parfois qualifiées d'« arme de guerre » ou de « méthode de guerre »⁸¹.

Le DIH ne connaît pas de définition généralement acceptée du terme « arme », même si des tentatives ont été faites pour délimiter cette notion. Une rapide analyse des différentes définitions adoptées à l'échelon national et international montre qu'il existe deux éléments communs à la compréhension de cette notion : le terme « arme » s'entend i) d'un objet, d'une matière, d'un instrument, d'un mécanisme, d'un engin ou d'une substance utilisés pour ii) tuer, blesser, endommager, menacer ou détruire⁸². Si une telle définition est retenue, il est évident que la description du viol et d'autres formes de violence sexuelle en tant qu'arme de guerre est inexacte du strict point de

81 Pour les Nations Unies, voir, par exemple, résolution 48/143 (1993) de l'Assemblée générale des Nations Unies, document des Nations Unies A/RES/48/143 ; Haut-Commissariat aux droits de l'homme, « *Rape: Weapon of War* », disponible en anglais à l'adresse : www.ohchr.org/en/newsevents/pages/rapeweaponwar.aspx ; UNICEF, « *Sexual Violence as a Weapon of War* », disponible en anglais à l'adresse : www.unicef.org/sowc96pk/sexviol.htm. S'agissant de la presse, voir, par exemple, Laura Smith-Spark, « *How Did Rape Become a Weapon of War?* », BBC News, non daté, disponible en anglais à l'adresse : <http://news.bbc.co.uk/2/hi/4078677.stm> ; Kate McGuinness, « *Rape as a Weapon of War* », Huffington Post, 28 novembre 2012, disponible en anglais à l'adresse : www.huffingtonpost.com/kate-mcguinness/rape-as-a-weapon-of-war_b_2202072.html ; « *Hague And Jolie Hail Anti-Rape Military Action* », Sky News, 28 mars 2014, disponible en anglais à l'adresse : <http://news.sky.com/story/1233609/hague-and-jolie-hail-anti-rape-military-action>. Cet article rapporte les propos du Secrétaire d'État aux affaires étrangères du Royaume-Uni, William Hague : « le viol a été injustement considéré comme un crime "moins grave", [...] ce n'est que récemment que nous avons compris qu'il s'agissait d'un moyen de guerre » [traduction CICR]. Voir aussi « *Rape as a Weapon of War* », Global Justice Center, disponible en anglais à l'adresse : <http://globaljusticecenter.net/our-work/our-issues/rape-as-a-weapon-of-war> ; Janet Benshoof, « *The Other Red Line: Holding States Accountable for the Use of Rape as an Unlawful Weapon or Tactic of Warfare* », extraits conservés par l'auteur, qui écrit ce qui suit : « Bien que le viol perpétré à des fins stratégiques soit dénoncé comme étant une arme de guerre, certains experts du DIH limitent cette caractérisation en insistant sur le fait que le viol à des fins stratégiques constitue une "tactique" ou un "moyen" de guerre, sans pour autant dire quelles armes, comme le pénis, sont implicitement utilisées pour commettre un viol à des fins stratégiques. [...] [D]ans la pratique, qualifier le viol de "tactique" peut avoir pour effet de le soustraire à un examen plus poussé au regard du cadre de référence des armes visées par le DIH » [traduction CICR]. Pour le milieu universitaire, voir, par exemple, Anna Maedl, « *Rape as a Weapon of War in the Eastern DRC? The Victims' Perspective* », *Human Rights Quarterly*, vol. 33, n° 1, 2011, p. 128 à 147 ; Judith Gardam, « *Women and the Law of Armed Conflict: Why the Silence?* », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, n° 1, 1997, p. 59 (« le viol tel qu'il a été perpétré pendant le conflit en ex Yougoslavie présentait les caractéristiques d'un moyen de guerre » [traduction CICR]).

82 CICR, *Guide de l'examen de la licéité des nouvelles armes et des nouveaux moyens et méthodes de guerre - Mise en œuvre des dispositions de l'article 36 du Protocole additionnel I de 1977*, CICR, Genève, 2006, p. 9, note de bas de page 17. Ce guide contient plusieurs définitions nationales des armes. Voir aussi Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, « *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* », 2009, p. 6 : une arme est « un moyen de guerre utilisé dans les opérations de combat, comme une mitrailleuse, un missile, une bombe ou d'autres munitions, qui est à même i) de blesser ou de tuer des personnes ; ou iii) d'endommager ou de détruire des biens » [traduction CICR]. Voir aussi la définition proposée dans le *Weapons Law Encyclopedia* de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève : « Une arme est un dispositif conçu, adapté ou utilisé pour tuer, blesser, désorienter ou menacer une personne, ou pour infliger des dommages à un objet physique. Une arme peut fonctionner grâce à l'énergie cinétique ou par d'autres moyens, comme la transmission d'électricité, la diffusion d'une substance chimique, d'agents biologiques ou d'un son, ou la propagation d'une énergie électromagnétique » [traduction CICR].

vue du DIH, le recours aux violences sexuelles constituant un *comportement* illégal et criminel⁸³.

A contrario, une « méthode de guerre » s'entend généralement de la manière avec laquelle une arme est utilisée⁸⁴, ou de tout procédé tactique ou stratégique destiné à dominer et affaiblir l'adversaire *dans la conduite des hostilités*⁸⁵. Il est parfois fait usage de violences sexuelles en tant que procédé tactique ou stratégique visant à dominer et affaiblir l'adversaire, que ce soit directement ou indirectement, en blessant la population civile qui est perçue comme soutenant l'ennemi. C'est particulièrement le cas lorsqu'elle est commise de manière systématique et couverte par la chaîne de commandement. En ce sens, les violences sexuelles ont parfois été qualifiées de « méthode de guerre ». Il est toutefois important de souligner que cette caractérisation du viol ou d'autres formes de violence sexuelle peut créer une confusion entre la conduite des hostilités au sens strict et technique du terme (et les méthodes, licites ou illicites, utilisées à cet effet) et le traitement des personnes aux mains ou au pouvoir de l'ennemi. Le caractère licite ou illicite de certaines méthodes ou armes de guerre dépend en définitive de leur caractère indiscriminé et du point de savoir s'ils causent des blessures inutiles ou des maux superflus, voire les deux⁸⁶. Or, il est interdit *en soi* de commettre un acte de violence sexuelle contre une personne, quel que soit son statut (civil ou combattant). Dans les faits, les violences sexuelles ne peuvent être perpétrées que contre des personnes qui se trouvent sous le contrôle de leur agresseur. Les dispositions du DIH relatives au traitement des prisonniers interdisent formellement tout type de violence – telle que les violences sexuelles – à l'encontre de personnes qui se trouvent aux mains ou au pouvoir de l'ennemi. Par définition, les violences sexuelles sont un acte inutile ou « superflu » puisque la personne qui les subit est hors de combat. Dans ce contexte, il serait dès lors redondant de faire référence à l'interdiction d'infliger des blessures inutiles ou des maux superflus et cela pourrait même être considéré comme erroné en ce que cette interdiction concerne la conduite des hostilités (au sens technique de l'expression) et non la protection absolue contre les traitements inhumains accordée aux personnes se trouvant aux mains ou au pouvoir de l'ennemi. En conséquence, caractériser le viol ou d'autres formes de violence sexuelle de méthode de guerre n'ajoute rien à l'interdiction totale de tels actes en vertu du DIH.

De nos jours, s'il est très courant que le viol soit qualifié d'« arme de guerre » ou de « méthode de guerre », ces termes sont généralement employés dans un sens non technique⁸⁷ pour conférer un caractère particulièrement infamant au crime

83 Dans le meilleur des cas, on pourrait qualifier d'« arme » les liquides biologiques d'une personne séropositive, qui ont été définis comme une « arme meurtrière » [traduction CICR] (au même titre que le pénis) par une juridiction nationale des États-Unis d'Amérique. Voir Cour d'appel du Texas, *Jose Fonseca Najera v. The State of Texas*, affaire n° 03-96-00189-CR, 1997.

84 Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann (dir. pub.), *Commentaire aux Protocoles additionnels*, CICR, Genève, 1987, par. 1957 (concernant l'article 51 du Protocole additionnel I).

85 Marco Sassòli, Antoine Bouvier et Anne Quintin, *Un droit dans la guerre ?*, CICR, Genève, 2012, p. 228.

86 Voir Règlement de La Haye de 1907, article 23, alinéa e. ; Protocole additionnel I, article 35, paragraphe 2 et article 51, paragraphe 4, alinéas b) et c). Pour l'aspect coutumier de ces dispositions, voir Étude du CICR sur le droit coutumier, *op. cit.* note 36, règles 70 et 71.

87 Voir, par exemple, la mention récurrente du viol en tant qu'« arme de guerre » dans la résolution 48/143

de viol⁸⁸ et faire savoir que le viol n'est pas qu'un simple sous-produit de la guerre : il n'est pas simplement commis de manière opportuniste ou aléatoire, mais peut s'inscrire dans une stratégie⁸⁹. Afin de conserver cette importante connotation et ce caractère hautement infamant, mais aussi d'éviter toute confusion avec les règles et principes du DIH relatifs à la conduite des hostilités, il serait plus exact de décrire les violences sexuelles comme une politique, une tactique ou une stratégie illicites durant un conflit armé.

Interdiction des violences sexuelles en vertu du droit international des droits de l'homme

Le droit international des droits de l'homme s'applique en tout temps⁹⁰. Il convient ainsi de brièvement analyser les règles des droits de l'homme susceptibles d'interdire les violences sexuelles et, partant, de venir compléter le DIH en période de conflit armé (en particulier s'agissant d'actes de violence sexuelle ne présentant aucun lien avec le conflit armé), ainsi que de donner des informations utiles pour l'interprétation et l'application des règles du DIH interdisant le recours aux violences sexuelles.

L'absence de dispositions interdisant spécifiquement les violences sexuelles dans la plupart des traités relatifs aux droits de l'homme

Il est surprenant de constater que la plupart des traités relatifs aux droits de l'homme, qu'ils soient universels ou régionaux, ne contiennent aucune disposition interdisant explicitement ou spécifiquement les violences sexuelles⁹¹. Même la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes reste muette à ce sujet. Seuls « le trafic des femmes et l'exploitation de la prostitu-

(1993) de l'Assemblée générale des Nations Unies, document des Nations Unies A/RES/48/143, où il est dit, notamment, que « ces pratiques abominables [à savoir les viols et sévices dont sont victimes les femmes] constituent une arme de guerre utilisée délibérément [...] pour mener à bien la politique de "nettoyage ethnique" ». En conséquence, la résolution définit une *pratique* en matière d'armes même si la notion d'arme ne comprend généralement que des objets, des substances et des matières, et non des pratiques.

88 Voir, par exemple, « *Fact-Sheet: Stopping the Use of Rape as a Tactic of War: A New Approach* », Global Justice Centre, juin 2014, disponible en anglais à l'adresse : <http://globaljusticecenter.net/publications/advocacy-resources/276-fact-sheet-stopping-the-use-of-rape-as-a-tactic-of-war-a-new-approach>, où il est indiqué que « décréter que le viol stratégique relève des lois de la guerre régissant la licéité des tactiques et des armes contribuera à marquer le viol du sceau de l'infamie, un aspect qui s'est révélé indispensable pour mettre un terme à l'utilisation d'autres armes et tactiques abominables » [traduction CICR].

89 À cet égard, voir L. Smith-Spark, *op. cit.* note 81.

90 CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, par. 25 ; CIJ, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, par. 106 ; CIJ, Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda), C.I.J. Recueil 2005, par. 216 et 217. Une minorité considère toutefois que le droit des droits de l'homme ne s'applique pas aux conflits armés. Voir CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, par. 24.

91 Voir, par exemple, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966 ; Convention européenne des droits de l'homme, 1950 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, 1969 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 1981.

tion des femmes » sont explicitement interdits⁹². Les traités de DIH – et même les Conventions de Genève de 1949 – semblent donc être plus explicites, spécifiques et précis que les traités généraux relatifs aux droits de l'homme pour ce qui est de l'interdiction des violences sexuelles.

Il existe cependant quelques exceptions. Par exemple, au niveau international, la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant prévoit que les États parties protègent l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violences sexuelles, notamment en adoptant les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées⁹³. Les États parties empêchent en particulier : « a) [q]ue des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale ; b) [q]ue des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales ; c) [q]ue des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographiques⁹⁴ ». L'État est donc tenu d'empêcher que l'enfant soit victime d'actes de violence sexuelle commis non seulement par des acteurs étatiques, mais également par des acteurs privés, et de protéger l'enfant contre de tels actes (obligation de diligence raisonnable).

Au niveau régional, la Convention interaméricaine de 1994 sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme interdit « la violence contre la femme », qui comprend non seulement la violence physique et psychologique, mais aussi les violences sexuelles, aussi bien dans la vie publique que dans la vie privée⁹⁵. Cette Convention s'est inspirée de la Déclaration de 1993 des Nations Unies sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes qui contient des dispositions similaires, mais qui n'a pas force obligatoire. Le Protocole de 2003 à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (Protocole de Maputo) interdit de la même manière la violence à l'égard des femmes et contient un certain nombre de dispositions visant à protéger les femmes contre les violences sexuelles⁹⁶. Une disposition traite expressément des conflits armés en ces termes :

« Les États s'engagent à protéger les femmes demandeurs d'asile, réfugiées, rapatriées ou déplacées, contre toutes les formes de violence, le viol et autres formes d'exploitation sexuelle et à s'assurer que de telles violences sont considérées comme des crimes de guerre, de génocide et/ou de crimes contre l'humanité et que les auteurs de tels crimes sont traduits en justice devant des juridictions compétentes⁹⁷ ».

Il n'existe pas en Europe de traité particulier relatif aux violences sexuelles ou à la protection des femmes. Toutefois, en 2002, le Conseil de l'Europe a adopté une recommandation sur la protection des femmes contre la violence, dans laquelle il fait

92 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1979, article 6.

93 Convention relative aux droits de l'enfant, 1989, articles 19 1. et 34.

94 *Ibid.*, article 34.

95 Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme, 1994, articles 1 à 3.

96 Voir Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (Protocole de Maputo), 2003, articles 3 4., 4 2., 11 3., 12 1. c) et d), 13 c), 14 2.c), 22 b) et 23 b).

97 *Ibid.*, article 11 3.

savoir que cette forme de violence comprend le viol et d'autres formes de violence sexuelle, et invite les États membres à notamment « incriminer le viol, l'esclavage sexuel, la grossesse et la stérilisation forcées ou toute autre forme de violence sexuelle d'une gravité comparable en tant que violation intolérable des droits de la personne humaine, en tant que crimes contre l'humanité et, quand elles sont perpétrées en situation de conflit armé, en tant que crimes de guerre⁹⁸ ».

Bien qu'il ne s'agisse pas de traités, un certain nombre d'autres documents relatifs aux droits de l'homme n'ayant pas force obligatoire se penchent sur la question des violences sexuelles. La Déclaration et le Programme d'action de Beijing, adoptés à la quatrième Conférence mondiale sur les femmes, méritent d'être salués puisqu'en 1995 déjà, ils qualifiaient les thèmes « la violence à l'égard des femmes » et « les femmes et les conflits armés » de « domaines critiques » exigeant que des mesures soient prises d'urgence, et soulignaient que les « actes de violence à l'égard des femmes [comprenaient] les violations de leurs droits fondamentaux dans les zones de conflit armé, notamment [...] le viol systématique, l'esclavage sexuel et la grossesse forcée⁹⁹ ».

Les violences sexuelles constitutives de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Le fait que la plupart des traités relatifs aux droits de l'homme ne contiennent aucune interdiction spécifique des violences sexuelles ne signifie pas qu'ils n'interdisent pas le viol et d'autres formes de violence sexuelle. L'interdiction de la torture et des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, à laquelle nul ne saurait déroger (voire qui a valeur de *jus cogens*¹⁰⁰), figure dans tous les traités généraux relatifs aux droits de l'homme¹⁰¹ et offre une base solide pour interdire pratiquement toutes les formes de violences sexuelles en tout temps.

La Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ci-après « la Convention contre la torture ») désigne le terme « torture » comme suit :

« tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment

98 Conseil de l'Europe, Recommandation Rec (2002)5 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des femmes contre la violence, adoptée par le Comité des Ministres le 30 avril 2002 lors de la 794^e réunion des Délégués des Ministres, disponible à l'adresse : [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Rec\(2002\)5&Language=lanFrench&Ver=original&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Rec(2002)5&Language=lanFrench&Ver=original&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true).

99 Déclaration et Programme d'action de Beijing, adoptés à la quatrième Conférence mondiale sur les femmes, 1995, par. 112 à 130 (« La violence à l'égard des femmes ») et par. 131 à 149 (« Les femmes et les conflits armés »), disponibles à l'adresse : <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20F.pdf>.

100 Voir, par exemple, *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Juan E. Méndez, document des Nations Unies A/HRC/25/60, 10 avril 2014, par. 40 : « L'interdiction de la torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants jouit du statut renforcé de *jus cogens* ou de droit impératif en droit international général » [traduction CICR].

101 Voir Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 7 ; Convention européenne des droits de l'homme, article 3 ; etc.

d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite¹⁰² ».

Nous pouvons présumer qu'un viol inflige toujours « une douleur ou des souffrances aiguës¹⁰³ ». De plus, il est toujours « intentionnellement infligé ». Il peut viser une fin spécifique, telle qu'obtenir des informations, et cherche probablement toujours à contraindre la victime. Ce dernier élément coercitif peut être considéré comme inhérent aux situations de conflit armé¹⁰⁴. Enfin, la Convention contre la torture exige qu'un agent de la fonction publique soit plus ou moins impliqué dans l'acte de torture. Cela ne veut pas dire toutefois que la torture commise par une personne à titre privé ne pose pas de problème au regard des droits de l'homme, un État ayant le devoir de protéger les individus contre les actes de torture perpétrés par des personnes agissant à titre privé¹⁰⁵. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a estimé qu'il existait une interdiction d'expulser une personne vers un État tiers où elle pourrait être torturée et ce, même si cette menace de torture émane d'un acteur qui ne relève pas de la fonction publique (pour autant que « l'[É]tat de destination ne so[i]t pas en mesure d'y obvier par une protection appropriée »)¹⁰⁶.

Le rapporteur spécial sur la question de la torture avait déjà relevé en 1986 que les violences sexuelles constituaient l'une des nombreuses méthodes de torture physique¹⁰⁷. La jurisprudence des organes chargés des droits de l'homme offre un certain nombre d'exemples concrets dans lesquels il a été considéré que les violences sexuelles équivalaient à de la torture, ou à une peine ou un traitement cruel, inhumain

102 Convention contre la torture, 1984, article premier. Voir aussi la définition de la torture retenue dans la Convention interaméricaine de 1985 pour la prévention et la répression de la torture, qui prévoit des conditions similaires.

103 Dans l'affaire *Kunarac*, la Chambre d'appel a estimé comme suit : « Les violences sexuelles [et non le viol] causent nécessairement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, et justifient ainsi leur qualification d'actes de torture », TPIY, Arrêt *Kunarac*, *op. cit.* note 33, par. 150.

104 TPIY, Jugement *Delalić*, *op. cit.* note 27, par. 495 : « Le viol provoque de vives douleurs et souffrances, tant physiques que psychologiques. La souffrance psychologique des victimes de viol, notamment des femmes, est parfois encore aggravée par les conditions socioculturelles et elle peut être particulièrement vive et durable. De plus, il est difficile d'imaginer qu'un viol commis par un agent de l'État, ou à son instigation ou avec son consentement, puisse être considéré comme ayant une finalité autre que la volonté de punir, de contraindre, de discriminer ou d'intimider. Pour la Chambre de première instance, c'est un phénomène inhérent aux situations de conflit armé ». Voir aussi, TPIY, *Le Procureur c/ Radoslav Brđanin*, affaire n° IT-99-36-T, Jugement, Chambre de première instance, 1^{er} septembre 2004, par. 485 ; TPIY, *Le Procureur c/ Mico Stanišić et Stojan Župljanin*, affaire n° IT-08-91-T, Jugement, Chambre de première instance, 27 mars 2013, par. 48 ; TPIY, Arrêt *Kunarac*, *op. cit.*, note 33, par. 151 ; TPIY, Jugement *Akayesu*, *op. cit.* note 8, par. 682.

105 Voir, par exemple, Comité des droits de l'homme, quarante-quatrième session, Observation générale n° 20 : interdiction de la torture, 3 avril 1992, par. 2.

106 Voir CEDH, affaire *H.L.R. c. France*, Requête n° 24573/94, Arrêt, 29 avril 1997, par. 40.

107 *Report by Special Rapporteur on torture*, document des Nations Unies E/CN.4/1986/15, 19 février 1986, par. 119.

ou dégradant. En particulier, le viol a souvent été considéré comme un acte de torture. Par exemple, dans une affaire impliquant le Pérou, la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) a estimé que le viol d'une femme par un militaire péruvien qui la soupçonnait d'appartenir à un mouvement subversif et dont l'époux avait été enlevé par l'armée péruvienne, constituait un acte de torture au sens de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, dès lors que ce viol avait été commis intentionnellement par un représentant de l'État dans le but de punir personnellement et d'intimider sa victime¹⁰⁸. Il est intéressant de relever que la CIDH s'est notamment appuyée sur le DIH pour étayer son argument selon lequel :

« Le droit international en vigueur stipule que les abus sexuels commis par des membres des forces de sécurité, soit à la suite d'une pratique émanant de l'État, soit à la suite de l'échec de celui-ci d'empêcher la commission de ce crime, représentent une violation des droits de l'homme des victimes, et notamment de leur droit à l'intégrité physique et mentale¹⁰⁹ ».

La CEDH est parvenue à une conclusion similaire, en particulier dans l'affaire *Aydin c. Turquie* (1997) qui portait sur le viol d'une jeune fille de 17 ans détenue par des forces de sécurité au motif qu'elle-même ou des membres de sa famille étaient soupçonnés de collaborer avec des membres du PKK. La CEDH a fait remarquer que le viol en cause (avec d'autres formes de mauvais traitement puisque la requérante a eu les yeux bandés, a été frappée, dévêtue, placée à l'intérieur d'un pneu et arrosée de violents jets d'eau), dont l'objectif était d'obtenir des informations, était constitutif d'un acte de torture¹¹⁰. La jurisprudence du TPIY et du TPIR confirme que le viol équivaut à un acte de torture¹¹¹.

Tout comme le viol, les violences sexuelles peuvent constituer un acte de torture, ou une peine ou un traitement cruel, inhumain ou dégradant. Par exemple, la CIDH a considéré que forcer une personne à assister au viol d'un parent proche constitue « une forme d'humiliation et d'avilissement qui équivaut à une violation du droit d'être traité avec humanité [traduction CICR]¹¹² ». Le Comité contre la torture a

108 CIDH, *Raquel Martín de Mejía c. Pérou*, affaire n° 10.970, Rapport n° 5/96, Rapport annuel 1995, OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 rev. (1996), p. 185.

109 *Ibid.*

110 CEDH, *affaire Aydin c. Turquie*, Requête n° 57/1996/676/866, Arrêt (« Arrêt *Aydin* »), 25 septembre 1997, par. 83 à 86. La Cour a observé ce qui suit : « Le viol d'un détenu par un agent de l'État doit être considéré comme une forme particulièrement grave et odieuse de mauvais traitement, compte tenu de la facilité avec laquelle l'agresseur peut abuser de la vulnérabilité de sa victime et de sa fragilité. En outre, le viol laisse chez la victime des blessures psychologiques profondes qui ne s'effacent pas aussi rapidement que pour d'autres formes de violence physique et mentale. La requérante a également subi la vive douleur physique que provoque une pénétration par la force, ce qui n'a pu manquer d'engendrer en elle le sentiment d'avoir été avilie et violée sur les plans tant physique qu'émotionnel. [...] [L]a Cour est convaincue que l'ensemble des actes de violence physique et mentale commis sur la personne de la requérante et celui de viol, qui revêt un caractère particulièrement cruel, sont constitutifs de tortures interdites par l'article 3 de la Convention. La Cour serait d'ailleurs parvenue à la même conclusion pour chacun de ces motifs pris séparément. ».

111 Voir *supra* notes 103 et 104.

112 CIDH, *Ana, Beatriz et Celia González Pérez c. Mexique*, affaire n° 11.565, Rapport n° 53/01, Rapport annuel 2000, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev., p. 1097 (2001), par. 53.

conclu que la stérilisation forcée était un acte cruel¹¹³. La CEDH a estimé que la fouille corporelle d'un prisonnier de sexe masculin en présence d'une surveillante relevait d'un traitement dégradant¹¹⁴. Le TPIY a conclu que certaines violences sexuelles (matraque de police enfoncée dans l'anus d'un détenu et détenus de sexe masculin forcés de pratiquer des fellations entre eux, parfois devant d'autres détenus) constituaient des actes de torture¹¹⁵. L'interdiction de recourir aux violences sexuelles, sous toutes leurs formes, en guise de sanction officielle est aussi clairement établie¹¹⁶. Cette liste est loin d'être exhaustive.

Enfin, il convient de relever que la Convention contre la torture impose expressément aux États parties l'obligation de procéder immédiatement à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture a été commis¹¹⁷. Bien que les traités généraux relatifs aux droits de l'homme ne contiennent pas de disposition similaire, la jurisprudence en matière de droits de l'homme a précisé que, de par la nature fondamentale de l'interdiction d'infliger des actes de torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, le simple fait qu'un État n'a pas mené d'enquête effective au sujet d'allégations de telles violations et n'a pas engagé de poursuites à l'encontre de leurs auteurs – et ne les a pas sanctionnés au bout du compte¹¹⁸ – peut donner lieu à une autre violation de l'interdiction de la torture ou des mauvais traitements énoncée dans son droit procédural, ou à une violation du droit à un recours utile¹¹⁹.

La valeur interprétative des traités relatifs aux droits de l'homme pour le DIH en ce qui concerne les violences sexuelles

La définition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants donnée par le droit international des droits de l'homme, ainsi que les nombreux exemples puisés dans la jurisprudence en matière de droits de l'homme portant sur le viol et d'autres formes de violence sexuelle en tant que forme de torture et d'autres mauvais traitements sont utiles pour interpréter ces concepts au regard non

113 Comité contre la torture, Conclusions et recommandations, Pérou, document des Nations Unies CAT/C/PER/CO/4, 25 juillet 2006, par. 23.

114 CEDH, *affaire Valašinas c. Lituanie*, Requête n° 44558/98, Arrêt, 24 juillet 2001.

115 TPIY, *Le Procureur c/ Blagoje Simić, Miroslav Tadić et Simo Zarić*, affaire n° IT-95-9-T, Jugement, Chambre de première instance, 17 octobre 2003, par. 728 et 772.

116 Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *op. cit.* note 37, par. 8. Voir aussi, Étude du CICR sur le droit coutumier, *op. cit.* note 36, règle 93.

117 Convention contre la torture, article 12.

118 Tel qu'il ressort de la règle 93 de l'Étude du CICR sur le droit coutumier (*op. cit.* note 36), il y a une prise de conscience croissante de la nécessité de sanctionner toutes les personnes coupables de viol et d'autres formes de violence sexuelle. Voir, par exemple, résolution A/RES/48/104 de l'Assemblée générale des Nations Unies proclamant la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, article 4 c) ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *op. cit.* note 37, par. 9.

119 CEDH, Arrêt *Aydın*, *op. cit.* note 110, par. 103 (au titre de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme) ; CEDH, *M.C. c. Bulgarie*, Requête n° 39272/98, Arrêt, 4 décembre 2003 (au titre des articles 3 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme), par. 169 à 187 ; CIDH, affaire *Mejía c. Pérou*, *op. cit.* note 108, (en violation des articles 1.1, 8.1 et 25 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme).

seulement des droits de l'homme, mais également du DIH et du droit international pénal. Par exemple, dans l'affaire *Kunarac*, la Chambre de première instance du TPIY a souligné que le DIH ne contenait aucune définition de la torture¹²⁰. De ce fait, elle s'est appuyée sur les droits de l'homme pour définir la torture au regard de l'article 3 (intitulé « Violations des lois ou coutumes de la guerre ») et de l'article 5 du Statut du TPIY (intitulé « Crimes contre l'humanité »). Il convient de reproduire ce que la Chambre de première instance a mis en évidence :

« La rareté des précédents en droit international humanitaire fait que le Tribunal a maintes fois eu recours à des instruments et à des pratiques qui ont vu le jour dans le domaine des droits de l'homme. En raison des points communs à ces deux branches (objectifs, valeurs et terminologie), cette méthode est généralement d'une aide appréciable voire nécessaire pour déterminer l'état du droit international coutumier en matière humanitaire¹²¹ ».

Toutefois, cela ne signifie pas qu'une seule et unique définition s'applique à ces deux branches du droit : il faut procéder, dans une certaine mesure, à la traduction ou la transposition et tenir compte de la spécificité de chacune de ces deux branches¹²². En particulier, la Chambre de première instance du TPIY a dû déterminer si le critère nécessitant la participation d'un agent public relevait du droit international coutumier aux fins du DIH et de l'article 3 du Statut du TPIY. Elle a conclu que si ce critère était nécessaire en vertu du droit international coutumier, il ne l'était pas pour le DIH en raison des différences structurelles cruciales qui existent entre ces deux branches du droit international concernant le rôle et la place de l'État en tant qu'acteur¹²³. Pour résumer, même si la définition de la torture – et du viol constitutif de torture ou d'autres traitements inhumains ou dégradants – n'est pas exactement la même selon que les droits de l'homme, le DIH ou le droit international pénal s'applique, il va sans dire que les définitions données par le droit international des droits de l'homme ont une valeur interprétative extrêmement importante.

Les violences sexuelles sont-elles constitutives d'autres violations des droits de l'homme ?

Selon les circonstances, les violences sexuelles peuvent aussi relever d'autres violations des droits de l'homme. Par exemple, l'esclavage sexuel est inclus dans l'interdiction plus large de l'esclavage¹²⁴. Un certain nombre de traités et d'instruments relatifs aux droits de l'homme imposent aux États de prévenir, réprimer et punir la traite des personnes à des fins de prostitution d'autrui, ou d'autres formes d'exploitation

120 TPIY, Jugement *Kunarac*, *op. cit.* note 21, par. 465 à 497.

121 *Ibid.*, par. 467.

122 *Ibid.*, par. 470.

123 Le DIH s'applique à toutes les parties à un conflit armé tandis que le droit international des droits de l'homme ne lie *de jure* que les États.

124 Voir, par exemple, CEDH, *affaire Rantsev c. Chypre et Russie*, Requête n° 25965/04, Arrêt, 7 janvier 2010, par. 272 à 309.

sexuelle¹²⁵. La CEDH et la CIDH ont également jugé que les violences sexuelles constituaient une atteinte au droit au respect de la vie privée¹²⁶. Enfin, les violences basées sur le genre – qui incluent dans de nombreux cas des violences sexuelles – constituent une discrimination¹²⁷.

Encore une fois, la pratique et la jurisprudence en matière de droits de l'homme peuvent être des outils d'interprétation fort utiles face à des concepts tels que l'esclavage ou la discrimination qui peuvent également exister en DIH et en droit international pénal. En outre, les droits de l'homme viennent compléter le DIH en apportant des droits/interdictions supplémentaires tels que l'interdiction de la traite des êtres humains ou le droit au respect de la vie privée, qui n'ont pas véritablement d'équivalent en DIH.

Les violences sexuelles en tant que crime international

Les violences sexuelles constituent-elles systématiquement une infraction grave au DIH ou un crime de guerre ?

En ce qui concerne les conflits armés internationaux, les Conventions de Genève de 1949 et le Protocole additionnel I de 1977 érigent en infractions certaines violations graves du DIH en mettant en place un régime spécifique d'infractions graves¹²⁸. Ces instruments énoncent que chaque Haute Partie contractante a l'obligation de prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates

125 Voir, par exemple, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, article 6. Pour les traités relatifs aux droits de l'homme qui portent spécifiquement sur la traite des êtres humains, voir Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, approuvée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 317 (IV) du 2 décembre 1949 ; Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, approuvé par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 55/25 du 15 novembre 2000 ; Association sud-asiatique de coopération régionale, Convention sur la prévention et l'élimination de la traite des femmes et des enfants aux fins de prostitution, 2002. Voir aussi les instruments suivants qui n'ont pas une force contraignante : Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Principes et directives concernant les droits de l'homme et la traite des êtres humains : recommandations, texte présenté au Conseil économique et social comme addendum au rapport du Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, E/2002/68/Add.1, 2002 ; Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), Déclaration contre la traite des êtres humains ; Organisation des États américains (OEA), Commission interaméricaine des femmes, Rés. CIM/RES. 225 (XXXI-O/02) ; *Human Rights Standards for the Treatment of Trafficked Persons*, élaboré par le Human Rights Caucus, l'International Human Rights Group et par plusieurs ONG, et distribué par le Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme de l'OSCE, janvier 1999.

126 Voir, par exemple, CIDH, *affaire Mejía c. Pérou*, *op. cit.* note 108 ; CEDH, *affaire X et Y c. Pays-Bas*, Requête n° 8978/80, Arrêt, 26 mars 1985.

127 Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *op. cit.* note 37.

128 Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Genève, 12 août 1949 (CG I), articles 49 et 50 ; Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Genève, 12 août 1949 (CG II), articles 50 et 51 ; CG III, articles 129 et 130 ; CG IV, articles 146 et 147 ; PA I, articles 11, 85 et 86.

à appliquer aux personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction, de rechercher ces personnes quels que soient leur nationalité et l'endroit où l'infraction a été commise et de les déférer à ses propres tribunaux ou de les remettre pour jugement à une autre Partie contractante¹²⁹. En exigeant de chaque Haute Partie contractante qu'elle défère les personnes prévenues d'avoir commis une infraction « à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité », le régime des infractions graves souligne que les États parties sont tenus de juger non seulement leurs ressortissants, mais également les ressortissants étrangers qui auraient commis une infraction grave. Cette dernière obligation – à savoir engager des poursuites dans lesquelles la nationalité de l'auteur présumé d'une infraction n'est pas une base traditionnelle fondant la compétence (et dans lesquelles, sans que cela soit expressément dit, il se peut que d'autres bases fondant traditionnellement la compétence, telles que la nationalité de la victime ou la compétence territoriale, ne soient pas invoquées) – est caractéristique du principe de compétence universelle et représente l'un des principaux traits du régime des infractions graves.

La liste des violations graves sanctionnées par les Conventions de Genève et le Protocole additionnel I est assez brève et ne mentionne pas expressément le viol ou d'autres formes de violences sexuelles¹³⁰. Certains auteurs ont vu dans cette absence de mention une indication du fait que les États n'estimaient pas à l'époque que le viol et d'autres formes de violences sexuelles faisaient partie des crimes les plus odieux devant être spécifiquement érigés en infractions¹³¹. Même si nous ne pouvons que nous demander si tel était le cas en 1949 ou même en 1977, nous ne pouvons pas nier que le viol et d'autres formes de violences sexuelles faisaient aussi rarement l'objet de poursuites au niveau international avant la création du TPIR et du TPIY dans les années 90¹³².

Il est clair aujourd'hui que le viol et d'autres formes de violences sexuelles constituent bien des infractions graves lorsqu'elles sont commises contre des personnes protégées, dans le contexte d'un conflit armé international et qu'elles y sont associées, lorsque ces actes peuvent être qualifiés de « torture ou [de] traitements inhumains » ou qu'ils « cause[nt] intentionnellement de grandes souffrances ou [...] porte[nt] des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé ». Le commentaire de la règle 156 (« La définition des crimes de guerre ») de l'Étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier, apporte l'explication suivante :

« Bien que le viol soit interdit par les Conventions de Genève, il n'était pas explicitement mentionné en tant qu'infraction grave, ni dans les Conventions ni dans le Protocole additionnel I, et aurait dû être considéré comme une infraction grave du fait qu'il représente un traitement inhumain ou qu'il revient à causer

129 CG I, article 49 ; CG II, article 50 ; CG III, article 129 ; CG IV, article 146.

130 CG I, article 50 ; CG II, article 51 ; CG III, article 130 ; CG IV, article 147 ; PA I, articles 11, 85 et 86.

131 Voir, par exemple, J. Gardam, *op. cit.* note 45.

132 Voir C. Lindsey, *op. cit.* note 42, p. 19. Pour quelques rares exemples, voir affaire *W. Awochi*, Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 13, 1949, p. 125 (sur la prostitution forcée) ; et procès *Höss*, Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 7, 1948, p. 15 (sur la stérilisation forcée).

intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé¹³³ ».

Les participants à la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre, qui s'est tenue à Genève du 30 août au 1^{er} septembre 1993, sont allés jusqu'à déclarer que les « actes de violence sexuelle dirigés notamment contre les femmes et les enfants [...] constitu[ai]ent des infractions graves au droit international humanitaire¹³⁴ ». Il ressort de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux que le viol, en particulier, représente un acte de torture¹³⁵ et qu'en tant que tel, est passible de poursuites en vertu des dispositions applicables aux infractions graves. Par exemple, dans l'affaire *Delalić*, certains accusés – qui étaient responsables du tristement célèbre camp de Čelebići – ont été reconnus coupables de viol constitutif de torture en application de l'article 2 du Statut du TPIY (intitulé « Infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 »)¹³⁶. D'autres formes graves de violences sexuelles ont aussi fait l'objet de poursuites en vertu des dispositions applicables aux infractions graves : par exemple, la Chambre de première instance du TPIY saisie de l'affaire *Prlić* a conclu que peuvent constituer des traitements inhumains au titre de l'article 2 b) du Statut du TPIY « toutes les violences sexuelles 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 »¹³⁷. D'une manière plus générale, le viol et d'autres formes de violences sexuelles peuvent aussi être qualifiées de crimes de guerre dans le contexte de conflits armés internationaux, sans qu'ils constituent nécessairement des infractions graves. Il importe de le relever, notamment s'agissant des sévices sexuels qui ne relèvent pas des catégories spécifiques d'infractions graves ou qui sont commis contre des personnes n'appartenant pas à la catégorie des personnes protégées.

Sous l'égide du Royaume-Uni et dans le cadre de l'Initiative sur la prévention des violences sexuelles dans les conflits¹³⁸, des États ont adopté deux déclarations en 2013 rappelant que « le viol et les autres formes de violences sexuelles graves commis lors des conflits armés constitu[e]nt des crimes de guerre ainsi que des violations graves des Conventions de Genève et de leur premier protocole (souligné par l'auteur)¹³⁹ ». Reste à savoir si ces déclarations visent à ajouter une nouvelle

133 Étude du CICR sur le droit coutumier, *op. cit.* note 36, règle 156.

134 Déclaration finale de la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre, par. I. 3, reproduite dans RICR, vol. 78, n° 817, février 1996, p. 54 et 55, disponible sur : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzhes.htm>.

135 Voir l'examen mené plus haut et notamment les notes 103 et 104.

136 Jugement *Delalić*, *op. cit.* note 27, TPIY.

137 TPIY, *Le Procureur c/ Jadranko Prlić et consorts*, affaire n° IT-04-74-T, Jugement, Chambre de première instance, 29 mai 2013, par. 116 (souligné par l'auteur).

138 Concernant l'initiative du Royaume Uni, voir <http://www.stabilisationunit.gov.uk/how-to-get-involved/preventing-sexual-violence-initiative.html>.

139 La première déclaration a été adoptée par le G8 en avril 2013, elle est disponible en anglais à l'adresse : www.gov.uk/government/publications/g8-declaration-on-preventing-sexual-violence-in-conflict (pour une traduction en français, voir <http://www.g8.utoronto.ca/foreign/formin130411-psvi-fr.html>). La seconde déclaration, à laquelle plus de 140 pays ont souscrit depuis, a été adoptée en septembre 2013 pendant la semaine ministérielle de l'Assemblée générale des Nations Unies, elle est disponible en anglais à l'adresse : <https://www.gov.uk/government/publications/a-declaration-of-commitment-to-end-sexual-violence-in-conflict>.

catégorie à la liste des infractions graves ou si elles se contentent de rappeler que le viol et les autres formes de violence sexuelle constituent des infractions graves lorsque de tels actes relèvent de la catégorie existante de « la torture ou [d]es traitements inhumains » ou « cause[nt] intentionnellement de grandes souffrances ou [...] porte[nt] des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé » et qu'ils sont commis contre des personnes protégées pendant des conflits armés internationaux. Le fait que les déclarations utilisent le verbe « rappeler » donne à penser que c'est cette dernière hypothèse qui prévaut et un représentant du Royaume-Uni a confirmé cette interprétation¹⁴⁰. En outre, l'adjectif « grave » qui a été ajouté au terme « violences sexuelles » tend à indiquer que toutes les formes de violences sexuelles ne constitueraient pas nécessairement une infraction grave ou un crime de guerre de manière générale. Dans la mesure où il est difficile – comme examiné plus haut¹⁴¹ – de connaître le seuil minimum de gravité à atteindre pour qu'un acte soit considéré comme une violence sexuelle, nous soutenons que tout est fonction de la définition des « violences sexuelles » qui est adoptée. Si les violences sexuelles s'entendent comme incluant, par exemple, des commentaires ou avances sexuels importuns, comme le propose l'OMS¹⁴², il serait alors probablement approprié que de tels actes n'atteignent pas le seuil de gravité exigé pour constituer des infractions graves aux Conventions de Genève et au Protocole additionnel I, ainsi que des crimes de guerre de manière générale.

En ce qui concerne les conflits armés non internationaux, aussi étonnant que cela puisse paraître aujourd'hui, ni l'article 3 commun aux Conventions de Genève ni le Protocole additionnel II de 1977 n'érigent en infractions ou ne poursuivent les violations des dispositions du DIH régissant les conflits armés non internationaux. Toutefois, il a été clairement établi dans l'affaire *Tadić* que des violations graves à l'article 3 commun aux Conventions de Genève constituent aussi des crimes de guerre¹⁴³. Le viol et d'autres formes de violences sexuelles sont implicitement ou explicitement prohibés par l'article 3 commun aux Conventions de Genève ainsi que par le Protocole additionnel II¹⁴⁴. Dans la mesure où le viol et d'autres formes de violences sexuelles constituent une violation grave à ces dispositions, il ne fait aucun doute qu'ils constituent également des crimes de guerre lorsqu'ils sont commis dans le cadre de conflits armés non internationaux. Le Statut du TPIY, en son article 3 (intitulé « Violations des lois ou coutumes de la guerre »), n'inclut pas le viol et d'autres formes de violences sexuelles dans les crimes passibles de poursuites lorsqu'ils sont commis pendant un conflit armé non international. Cela n'a toutefois pas empêché le TPIY de considérer que le viol et d'autres formes de

140 Theo Rycroft, « Criminalization and Prosecution of Sexual Violence in Armed Conflict at the Domestic Level: Grave Breaches and Universal Jurisdiction », *Actes du Colloque de Bruges : « Vulnérabilités en temps de conflits armés : quelques enjeux »*, 14^e Colloque de Bruges, 17-18 octobre 2013, Collège d'Europe/CICR, 2014, p. 77 et 79 (en anglais).

141 Voir *supra*, « Définition des violences sexuelles ».

142 *Op. cit.* note 22, p. 166.

143 TPIY, *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre d'appel (« Arrêt *Tadić* relatif à l'incompétence »), 2 octobre 1995, par. 71 et suiv.

144 Voir *supra*, « Interdiction des violences sexuelles en vertu du DIH ».

violences sexuelles équivalaient à des crimes de guerre dans le contexte de conflits armés non internationaux. Il est bien connu que l'article 3 du Statut du TPIY a été interprété comme étant une clause supplétive couvrant toutes les violations graves du DIH ne relevant pas d'autres articles du Statut¹⁴⁵. Les conditions pour déterminer si une violation relève de l'article 3 du Statut du TPIY ont été fixées dans l'affaire *Tadić* (connues sous le nom des quatre « conditions de l'affaire *Tadić* »)¹⁴⁶. Sur cette base, dans l'affaire *Kunarac*, par exemple, les trois accusés ont dû répondre, entre autres, des chefs d'accusation de violations des lois et coutumes de la guerre, pour lesquels ils ont été reconnus coupables, à raison d'actes de viol, de torture et d'atteintes à la dignité des personnes (pour ce qui est des autres formes de violences sexuelles) dans le contexte du conflit armé non international qui a eu lieu en Bosnie-Herzégovine entre 1992 et 1993¹⁴⁷. Cette affaire portait sur le viol systématique de femmes et filles musulmanes principalement commis dans des maisons et appartements privés par des membres de l'armée serbe de Bosnie et d'une unité serbe de la région de Foca, laquelle faisait alors l'objet d'un nettoyage ethnique. L'article 4 du Statut du TPIR (intitulé « Violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II ») érige expressément en infractions le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur. Dans l'affaire *Musema*, par exemple, l'accusé, qui était le directeur d'une usine à thé, a dû répondre, entre autres, du chef d'accusation de viol au titre de l'article 4 du Statut du TPIR pour avoir violé une femme tutsie et encouragé ses employés à faire de même dans le contexte du conflit armé non international au Rwanda¹⁴⁸.

De surcroît, les États reconnaissent désormais expressément le viol et d'autres formes de violences sexuelles comme une catégorie de crimes de guerre indépendante (à savoir des infractions graves ou des violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, indépendamment du fait qu'ils soient qualifiés de torture ou traitement inhumain, ou qu'ils causent intentionnellement de grandes souffrances ou portent des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, etc.), et ce, dans les conflits armés aussi bien internationaux que non internationaux. Le Statut de Rome, adopté par les États en 1998, prévoit que le « viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, [...] la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle constituant une infraction grave aux Conventions de Genève » ou une « violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève » constituent des crimes de guerre dans le cadre, respectivement, de conflits armés internationaux et non internationaux¹⁴⁹. Si cette liste donne à penser

145 TPIY, Arrêt *Tadić* relatif à l'incompétence, *op. cit.* note 143, par. 89 et 91.

146 *Ibid.*, par. 94.

147 TPIY, Jugement *Kunarac*, *op. cit.* note 21 ; voir aussi Arrêt *Kunarac* du 12 juin 2002. Pour une autre affaire portée devant le TPIY impliquant le crime de viol constitutif d'une violation des lois et coutumes de la guerre, voir TPIY, *Le Procureur c/ Miroslav Kvočka et consorts*, affaire n° IT-98-30/1-T, Jugement, Chambre de première instance, 2 novembre 2001 ; voir aussi arrêt de la Chambre d'appel en l'espèce, 28 février 2005.

148 Il n'a cependant pas été déclaré coupable de ce chef puisque le Procureur n'a pas établi de lien avec le conflit armé. Voir TPIR, Jugement *Musema*, *op. cit.* note 8. Voir aussi, TPIR, Jugement *Bagosora*, *op. cit.* note 13.

149 Voir Statut de Rome, article 8, 2, b) xxii applicable aux conflits armés internationaux, et article 8, 2, e) vi

qu'un certain seuil de gravité doit être atteint, elle n'est pas exhaustive et se prête donc à certaines interprétations jurisprudentielles¹⁵⁰. Les expressions « toute autre forme de violence sexuelle constituant une infraction grave aux Conventions de Genève » pour ce qui est des conflits armés internationaux et « toute autre forme de violence sexuelle constituant une violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève » pour ce qui est des conflits armés non internationaux ne sont pas totalement claires. Est-ce que cela signifie que « toute autre forme de violence sexuelle » doit déjà constituer une infraction grave/violation grave de l'article 3 commun aux Conventions de Genève pour être sanctionnée en vertu des articles 8, 2, b), xxii ou 8, 2, e), vi du Statut de Rome ? Dans l'affirmative, la valeur ajoutée (effet utile) de ces dispositions serait plutôt ténue. Les Éléments des crimes de la CPI tendent à indiquer que ce qui importe réellement est le fait que les « actes étaient d'une gravité comparable à celle d'une infraction grave aux Conventions de Genève » ou « à celle d'une violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève »¹⁵¹. Les actes de violence sexuelle qui n'atteignent pas ce seuil de gravité peuvent toujours constituer un crime international à raison, par exemple, d'« atteintes à la dignité de la personne, notamment [de] traitements humiliants et dégradants », infligés dans des conflits armés internationaux, en application de l'article 8, 2, b), xxi du Statut de Rome.

De nos jours, nombre de jurisprudences nationales reconnaissent que le viol et d'autres formes de violences sexuelles constituent des crimes de guerre lorsqu'ils sont commis dans le contexte d'un conflit armé et sont associés à ce conflit, qu'il soit international ou non, ce qui tend à indiquer que cela fait désormais partie du droit coutumier¹⁵².

Les violences sexuelles peuvent-elle être constitutives d'un crime contre l'humanité ou d'un génocide ?

Outre des crimes de guerre, les situations de conflit armé peuvent aussi donner lieu à des crimes contre l'humanité et des actes de génocide. Il est par conséquent nécessaire de s'interroger sur le point de savoir si le viol et d'autres formes de violence sexuelle peuvent être qualifiés de crimes contre l'humanité ou de génocide. Si tel est le cas, cela signifie que même les actes de violence sexuelle qui ne sont pas directement liés au conflit armé peuvent constituer des crimes internationaux.

applicable aux conflits armés non internationaux qui « opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et des groupes armés organisés ou des groupes armés organisés entre eux » (voir article 8, 2, f).

150 Voir, en ce sens, K. Dörmann, *op. cit.* note 65, p. 332.

151 Voir Éléments des crimes, *op. cit.* note 34.

152 Chine, Tribunal militaire pour les crimes de guerre du Ministère de la défense nationale, affaire *Takashi Sakai*, *Judgment*, 29 août 1946 ; Allemagne, Procureur général fédéral, charges portées contre deux dirigeants allégués des Forces démocratiques de libération du Rwanda (FDLR), communiqué de presse, 17 décembre 2010 ; États-Unis d'Amérique, Cour d'appel militaire, affaire *John Schultz*, *Judgment*, 5 août 1952 ; États-Unis d'Amérique, tribunal du district de Columbia, affaire des femmes de réconfort, *Memorandum Opinion and Judgment*, 4 octobre 2001. Pour d'autres affaires, voir Étude du CICR sur le droit coutumier, Pratique relative à la règle 93.

La loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, instauré à la fin de la Seconde Guerre mondiale, a été le premier instrument juridique international à inclure expressément le viol dans la liste des crimes contre l'humanité¹⁵³. Il a été suivi par le Statut du TPIR¹⁵⁴, le Statut du TPIY¹⁵⁵ et le Statut de Rome¹⁵⁶. Ce dernier a ajouté les actes suivants à sa liste des actes sexuels constitutifs de crimes contre l'humanité : « esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable » (dans le droit fil de la liste des crimes sexuels constitutifs de crimes de guerre¹⁵⁷). Pour constituer un crime contre l'humanité, les crimes sexuels doivent toutefois être commis « dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque ». Autrement dit, il faut une politique ou une pratique visant à commettre des crimes qui soit tolérée ou admise par un gouvernement ou une autorité assumant de facto le pouvoir. Un acte de viol isolé pourrait difficilement être présenté comme un crime contre l'humanité. L'affaire *Kunarac* peut être citée comme un cas d'espèce établissant que le viol et d'autres formes de violences sexuelles peuvent constituer un crime contre l'humanité¹⁵⁸. Les accusés, qui étaient des membres de l'armée serbe de Bosnie ou de forces serbes, ont été condamnés pour crimes contre l'humanité à raison d'actes de viol, de torture et de réduction en esclavage pour avoir régulièrement emmené des femmes et des jeunes filles musulmanes, les avoir violées et les avoir tenues en servitude dans le contexte de la campagne visant à débarrasser la région de Foca de la présence de non serbes, ainsi que dans l'optique de servir cette campagne¹⁵⁹.

Les violences sexuelles peuvent même constituer un acte de génocide lorsqu'elles sont commises dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel¹⁶⁰. Le viol et d'autres formes de violences sexuelles peuvent appartenir à différentes catégories d'actes de génocide, en particulier l'« [a]tteinTE grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe », la « [s]oumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle » ou les « [m]esures visant à entraver les naissances au sein du groupe »¹⁶¹. L'affaire *Akayesu* est l'affaire la plus célèbre dans laquelle des crimes sexuels ont été considérés comme des actes de génocide¹⁶². Jean-Paul Akayesu, qui était le bourgmestre de la commune de Taba au Rwanda d'avril 1993 à juin 1994, a été reconnu coupable de crimes contre l'humanité et d'actes de génocide, notamment parce qu'il savait que des membres

153 Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, disponible en anglais à l'adresse : <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>.

154 Statut du TPIR, article 3 g).

155 Statut du TPIY, article 5 g).

156 Statut de Rome, article 7, 1, g.

157 Voir *supra*, « Les violences sexuelles constituent-elle systématiquement une infraction grave au DIH ou un crime de guerre ? ».

158 TPIY, Jugement *Kunarac* et Arrêt *Kunarac*, *op. cit.* notes 21 et 33.

159 *Ibid.* Voir, notamment, TPIY, Jugement *Kunarac*, *op. cit.* note 21, par. 436 à 464.

160 Statut du TPIR, article 2 ; Statut du TPIY, article 4 ; Statut de Rome, article 6. Voir aussi Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948.

161 Statut de Rome, articles 6, 1, b, 6, 1, c et 6, 1, d.

162 TPIR, Jugement *Akayesu*, *op. cit.* note 8.

des *Interahamwe* avaient systématiquement commis des viols et d'autres formes de violences sexuelles contre des filles et des femmes tutsies, n'avait pris aucune mesure pour empêcher ces actes ou en punir les auteurs, et avait ordonné, incité et autrement aidé et encouragé à commettre des violences sexuelles¹⁶³. La Chambre de première instance a déclaré ce qui suit :

« S'agissant plus particulièrement des [...] viols et violences sexuelles, la Chambre insiste sur le fait que, selon elle, ils sont bien constitutifs de génocide, au même titre que d'autres actes, s'ils ont été commis dans l'intention spécifique de détruire, en tout ou en partie, un groupe spécifique, ciblé en tant que tel. En effet, les viols et violences sexuelles constituent indubitablement des atteintes graves à l'intégrité physique et mentale des victimes et sont même, selon la Chambre, l'un des pires moyens d'atteinte à l'intégrité de la victime, puisque cette dernière est doublement attaquée : dans son intégrité physique et dans son intégrité mentale. Au vu de l'ensemble des éléments de preuve qui lui ont été présentés, la Chambre est convaincue que les actes de viols et de violences sexuelles décrits ci-dessus étaient exclusivement dirigés contre les femmes tutsies, qui ont été très nombreuses à être soumises publiquement aux pires humiliations, mutilées et violées, souvent à plusieurs reprises, souvent en public, dans les locaux du Bureau Communal ou dans d'autres endroits publics, et souvent par plus d'un assaillant. Ces viols ont eu pour effet d'anéantir physiquement et psychologiquement les femmes [t]utsies, leur famille et leur communauté. La violence sexuelle faisait partie intégrante du processus de destruction particulièrement dirigé contre les femmes [t]utsies et ayant contribué de manière spécifique à leur anéantissement et à celui du groupe tutsi considéré comme tel. [...] Les viols des femmes tutsies avaient un caractère systématique, dirigés contre l'ensemble des femmes tutsies et elles seulement¹⁶⁴ ».

Le viol et d'autres formes de violences sexuelles peuvent donc également être constitutifs d'un génocide.

Décalage entre le droit et les faits

Le droit international n'est pas lacunaire

Le viol et d'autres formes de violences sexuelles ne sont pas seulement des violations du droit international des droits l'homme et du DIH qui engagent la responsabilité des États. Ils peuvent aussi constituer des crimes internationaux, comme nous l'avons vu plus haut, et, en tant que tels, engager la responsabilité pénale individuelle de leurs auteurs.

L'interdiction du viol et d'autres formes de violences sexuelles est l'un des domaines au sujet duquel le DIH, le droit international des droits de l'homme et

163 *Ibid.*, par. 449 à 459.

164 *Ibid.*, par. 731 et 732.

le droit international pénal abondent dans le même sens en se complétant et en se renforçant mutuellement. Il est fascinant de constater à quelle fréquence les organes chargés des droits de l'homme et les tribunaux pénaux internationaux se citent mutuellement afin d'étayer leurs analyses en matière de violences sexuelles. Par exemple, dans l'affaire *Delalić*, le TPIY a cité la CEDH et la CIDH, entre autres organes chargés des droits de l'homme, pour conclure que le viol équivalait à de la torture¹⁶⁵. Dans l'affaire *Pérez c. Mexique*, la CIDH a notamment cité le TPIY et la CEDH à cette même fin¹⁶⁶. Autre exemple, dans l'affaire *M.C. c. Bulgarie* concernant le viol qu'auraient commis deux hommes sur une jeune fille de 14 ans, la CEDH a renvoyé aux conclusions établies par le TPIY pour établir que la force n'était pas un élément nécessairement constitutif du viol et conclure que toute pénétration sexuelle sans le consentement de la victime constituait un viol¹⁶⁷. Certains auteurs ont qualifié d'interaction fructueuse (« cross-fertilization ») ce phénomène d'échange entre les différentes branches du droit international¹⁶⁸.

Sur cette base, et comme nous l'avons démontré plus haut, nous pouvons affirmer sans nous tromper que l'interdiction et l'incrimination du viol et d'autres formes de violences sexuelles au niveau international sont solides et relativement suffisantes. Cela ne veut pas dire que le droit international est irréprochable à cet égard. Un certain flou juridique demeure. Par exemple, y a-t-il un seuil de gravité minimum pour qu'un acte soit constitutif de *violences* sexuelles ? Dans quelles circonstances un acte de violence sexuelle perpétré pendant un conflit armé est-il constitutif d'un crime de guerre ? Quel est le seuil de gravité le plus bas pour qu'un acte de violence sexuelle soit constitutif d'une violation *grave* du DIH ? La notion de viol en tant que torture devrait-elle être interprétée de la même manière en droit international des droits de l'homme, en DIH et en droit international pénal¹⁶⁹ ? Ces zones d'ombre ont toutefois relativement peu d'incidence dans la pratique.

D'aucuns pourraient penser que même si la pratique nationale et la jurisprudence internationale ont apporté des réponses à un certain nombre de questions, il pourrait toutefois être utile de disposer d'un nouvel instrument contraignant qui fasse la synthèse de ces éléments nouveaux ou qui tienne compte des règles du DIH, du droit international des droits de l'homme et du droit international pénal relatives aux violences sexuelles. En raison du solide cadre juridique international déjà en place, du fait que les États sont peu enclins à conclure de nouveaux traités de nos

165 TPIY, Jugement *Delalić*, *op. cit.* note 27, par. 480 à 493.

166 CIDH, *González Pérez c. Mexique*, *op. cit.* note 112, par. 45 à 48.

167 CEDH, *M.C. c. Bulgarie*, *op. cit.* note 119, par. 163.

168 Gloria Gaggioli, *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie*, Pedone, Paris, 2013, p. 196 (qui renvoie à d'autres auteurs mentionnant cette « interaction fructueuse »). Voir aussi Gloria Gaggioli, « The Relevance of International Criminal Law for Interpreting and Applying Human Rights Treaties: A Study of the Case Law of the European Court of Human Rights », *Droit international pénal, Précis*, Robert Kolb et Damien Scalia, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012, p. 397 à 422 ; Olivier de Frouville, « The Influence of the European Court of Human Rights' Case Law on International Criminal Law of Torture and Inhuman and Degrading Treatment », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n° 3, 2011, p. 633 à 649.

169 À ce sujet, Gloria Gaggioli, voir *op. cit.* note 168, « The Relevance of International Criminal Law for Interpreting and Applying Human Rights Treaties: A Study of the Case Law of the European Court of Human Rights ».

jours et du risque inhérent à tout exercice d'élaboration d'un traité (l'ouverture de négociations concernant des points réglés par la jurisprudence ou la pratique internationale mettant ainsi en péril le cadre juridique existant), il est peu probable qu'une telle démarche comporte plus d'avantages que d'inconvénients.

Quoi qu'il en soit, il existe un décalage choquant entre, d'une part, l'interdiction et l'incrimination du viol et d'autres formes de violences sexuelles en droit international et, d'autre part, la fréquence de tels crimes dans les situations de conflit armé. Nous soutenons toutefois que ce décalage ne saurait être expliqué par l'existence d'un vide ou d'un manque de clarté du droit international. Ce ne sont pas de nouvelles règles du droit international dont nous avons urgemment besoin, mais d'une meilleure mise en œuvre des règles existantes au niveau national ainsi que de véritables poursuites contre les auteurs de crimes sexuels à l'échelon national et international.

De la nécessité de mieux faire respecter les règles et poursuivre les criminels

Les règles du droit international qui interdisent et érigent en infraction les violences sexuelles restent lettres mortes si elles ne sont pas fidèlement mises en œuvre à l'échelon national. Cela signifie tout d'abord que ces règles doivent être intégrées dans le droit interne. Le cadre juridique interne doit alors interdire et ériger en infraction les violences sexuelles d'une manière adéquate, conformément aux règles et aux normes internationales. Les règlements des forces militaires et de police, les doctrines, les règles d'engagement, etc., doivent également être en conformité avec l'interdiction/l'incrimination des violences sexuelles au niveau international et national. Or, même cela – à savoir un cadre juridique et administratif national solide – n'est pas suffisant.

Pour être efficaces, ces règles doivent s'appuyer sur des institutions étatiques robustes. Le secteur du maintien de l'ordre (c'est-à-dire la police, l'armée et d'autres forces de sécurité) doit disposer de personnels en nombre suffisant et convenablement formés. Il est impératif que la police et les forces armées mettent en place des procédures adaptées qui permettent d'imposer des sanctions disciplinaires et pénales pour prévenir et punir les violences sexuelles perpétrées par des représentants de l'État. Ces forces doivent également recevoir une formation leur permettant de reconnaître un acte de violence sexuelle lorsque celui-ci se produit et protéger la population contre de tels crimes commis par des acteurs non étatiques. Le système de justice doit disposer de personnels en nombre suffisant et convenablement formés afin d'être en mesure de conduire des enquêtes sur des allégations d'infractions sexuelles, ainsi que de poursuivre et de punir les criminels. Dans de nombreux pays où le viol et d'autres formes de violences sexuelles sont prohibés et constituent des infractions, les poursuites engagées à raison de tels crimes sont pratiquement inexistantes. Les raisons de cette situation peuvent être nombreuses et variées. Parfois, l'absence d'un système permettant d'orienter les victimes de violences sexuelles vers des services compétents ou la perspective de procédures excessivement longues explique pourquoi les victimes ne demandent pas justice. D'autres fois, c'est parce qu'elles n'ont pas

confiance dans les institutions étatiques que les victimes de violences sexuelles ne cherchent pas à saisir la justice. Il se peut aussi que le système judiciaire se montre peu disposé à engager des poursuites contre les auteurs de crimes sexuels qu'il considère à tort comme des crimes moins graves. Enfin, il est également nécessaire que l'État dispose d'un système de santé solide, dont le personnel a été spécifiquement formé pour reconnaître les actes de violence sexuelle et pour apporter l'assistance dont les victimes ont besoin. Généralement, les victimes de violences sexuelles se tournent d'abord vers le système de santé pour solliciter de l'aide ; le personnel médical joue donc un rôle essentiel puisqu'il repère les actes de violence sexuelle et renvoie les victimes qui le souhaitent vers les autorités policières et judiciaires compétentes. Dans ce contexte, en particulier, le respect de la déontologie médicale et de la confidentialité est absolument fondamental. L'assistance aux victimes de violences sexuelles n'est pas uniquement médicale. Ces victimes peuvent aussi avoir besoin d'une assistance d'ordre économique, car il est possible qu'elles n'aient pas de moyens de subsistance si, par exemple, elles ont été rejetées par leur famille et leur communauté. Il est souvent nécessaire de fournir un soutien psychologique non seulement aux victimes, mais également à leur famille et à des communautés tout entières, en particulier lorsque des violences sexuelles ont été commises à grande échelle. Fournir une assistance aux victimes empêche indirectement que les violences sexuelles se reproduisent, dans la mesure où cela contribue à réduire la vulnérabilité des personnes et des communautés concernées. Ainsi, pour éliminer et empêcher les violences sexuelles, il peut être nécessaire d'engager des réformes en profondeur¹⁷⁰. De telles mesures peuvent, et devraient, déjà être prises en temps de paix et sont d'autant plus nécessaires en situation de conflit armé ou en situation post-conflictuelle.

En cas de conflit armé, des groupes armés organisés non étatiques peuvent aussi jouer un rôle important dans la prévention des violences sexuelles. Ils doivent, eux aussi, veiller à faire respecter les interdictions de viols et d'autres formes de violences sexuelles par leurs membres et par les civils vivant sur les territoires qu'ils contrôlent¹⁷¹. Bien que, contrairement à des États, les groupes armés ne soient généralement pas dotés « d'institutions » et qu'ils ne puissent pas « poursuivre » les auteurs d'actes de viol et d'autres formes de violences sexuelles, ils peuvent prendre des mesures efficaces pour prévenir les violences sexuelles : l'existence d'ordres clairs interdisant toute forme de violence sexuelle, la formation adaptée des membres du groupe armé ainsi que l'application de mesures et de sanctions disciplinaires à l'encontre des auteurs de tels actes, sont autant de mesures élémentaires pouvant véritablement contribuer à éliminer et à prévenir les violences sexuelles.

170 J. Gardam a déjà relevé en 1998 « qu'un système visant à faire respecter les interdictions de la violence sexuelle en période de conflit armé ne pourrait être efficace que s'il englob[e] une refonte des procédures ». J. Gardam, *op. cit.* note 45.

171 « En effet, lorsque des groupes imposent des normes interdisant aux combattants et aux civils de commettre des actes de viol (y compris des viols conjugaux), il se peut alors que moins de viols soient perpétrés en temps de guerre qu'en temps de paix » [traduction CICR], Elisabeth Jean Wood, « Armed Groups and Sexual Violence: When is Wartime Rape Rare? », *Politics and Society*, vol. 37, n° 1, 2009, p. 131 à 161.

S'agissant des violences sexuelles, la nécessité d'améliorer la mise en œuvre du DIH a été mise en exergue dans le Plan d'action quadriennal pour la mise en œuvre du droit international humanitaire, adopté en 2011 lors de la XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, qui comprend un objectif visant à « [p]réven[ir] [...] la violence sexuelle et [l]es autres formes de violence faite aux femmes ». Ce plan d'action prévoit :

« Les États veillent à ce que toutes les mesures possibles soient prises afin de prévenir toute violation grave du droit international humanitaire impliquant des actes de violence sexuelle ou d'autres formes de violence faite aux femmes, et notamment : des formations traitant de la violence faite aux femmes, dispensées aux forces armées avant le déploiement et sur le théâtre des opérations et portant sur les responsabilités qui leur incombent, ainsi que sur les droits, les besoins particuliers et la protection des femmes et des filles ; des mesures disciplinaires militaires et d'autres mesures prévoyant notamment une obligation de notification des cas de violences sexuelles, afin d'éviter toute impunité ; des mesures garantissant, chaque fois que cela est possible, la présence de personnel féminin lorsque des femmes détenues sont interrogées ; des mesures garantissant, chaque fois que cela est possible, la participation de femmes à la prise de décisions dans les processus de paix¹⁷² ».

Depuis, le CICR a prononcé un certain nombre de déclarations devant des organismes des Nations Unies, dans lesquelles il affirme en particulier qu'il est nécessaire d'améliorer de toute urgence la mise en œuvre du DIH et d'autres règles internationales interdisant et érigeant en infraction les violences sexuelles¹⁷³. Il a déjà été proposé que le thème des violences sexuelles soit inscrit à l'ordre du jour de la XXXII^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, qui se tiendra en décembre 2015¹⁷⁴.

Les Nations Unies ont également souligné la nécessité d'examiner les causes profondes et immédiates des violences sexuelles, en particulier dans les résolutions thématiques du Conseil de sécurité de l'ONU sur la protection des civils dans les conflits armés, sur les femmes, la paix et la sécurité, ainsi que sur les enfants et les conflits armés. Dans ces résolutions, le Conseil de sécurité a lié la question des

172 CICR, XXXI^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 2011, Plan d'action quadriennal pour la mise en œuvre du droit international humanitaire, disponible à l'adresse : <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/resolution/31-international-conference-resolution-2-2011.htm>.

173 Voir, par exemple, Assemblée générale des Nations Unies, 69^e session, 3^e Commission, Point 27 de l'ordre du jour, Déclaration du CICR, New York, 17 octobre 2014, disponible à l'adresse : <https://www.icrc.org/fr/document/promotion-de-la-femme-declaration-du-cicr-aux-nations-unies-2014> ; Assemblée générale des Nations Unies, 69^e session, 3^e Commission, Point 64 de l'ordre du jour, Déclaration du CICR, New York, 17 octobre 2014, disponible à l'adresse : <https://www.icrc.org/fr/document/promotion-et-protection-des-droits-de-lenfant-declaration-du-cicr-aux-nations-unies-2014> ; Conseil des droits de l'homme, 25^e session ordinaire, Déclaration du CICR, Genève, 25 mars 2014, disponible en anglais à l'adresse : www.icrc.org/eng/resources/documents/statement/2014/03-25-human-rights-council-combating-sexual-violence-drc.htm.

174 Voir Conseil des Délégués, *Présentation générale de l'atelier, Réponse du Mouvement à la violence sexuelle et sexiste dans les conflits armés et les catastrophes*, 2013, disponible à l'adresse : <https://www.icrc.org/fre/assets/files/red-cross-crescent-movement/council-delegates-2013/cod13-ws9-sgbv-final-fre.pdf>.

violences sexuelles à son objectif de paix et de sécurité¹⁷⁵. Il a pris des mesures concrètes et même infligé des sanctions contre des individus pour complicité dans les violences sexuelles commises de manière généralisée et systématique en RDC¹⁷⁶. Les Nations Unies ont également lié la question des violences sexuelles à leur objectif de « justice transitionnelle »¹⁷⁷, montrant ainsi qu'elles sont convaincues que de vastes « réformes institutionnelles sont nécessaires pour prévenir la répétition de la violence sexuelle et sexiste¹⁷⁸ ». Ces éléments nouveaux visent à améliorer la mise en œuvre de l'interdiction des violences sexuelles à l'échelon international.

Malgré ces avancées, il est aussi nécessaire de mieux faire appliquer les règles relatives aux violences sexuelles et poursuivre les auteurs de tels actes au niveau international. Dans le cadre de l'initiative conjointe de la Suisse et du CICR pour le renforcement de la protection juridique des victimes de conflits armés (« mise en œuvre »), des États débattent en permanence des questions plus générales que sont l'absence de mécanismes de mise en œuvre tendant à repérer, prévenir et arrêter les violations du DIH (y compris les violences sexuelles) et la nécessité de mettre au point de nouveaux mécanismes¹⁷⁹.

Pour ce qui est des poursuites, le droit international pénal a considérablement progressé ces vingt dernières années. Cependant, les poursuites engagées au niveau international à raison d'actes de violence sexuelle demeurent rares dans la pratique (par rapport à la fréquence à laquelle ces crimes sont perpétrés dans les contextes pris en charge par les tribunaux *ad hoc* et la CPI). Dans le cadre de l'affaire *Lubanga*, par exemple, la CPI a essuyé des critiques du fait que son Procureur n'a pas porté de charges liées aux violences sexuelles malgré les éléments de preuve produits au procès indiquant que des violences sexuelles avaient été commises de manière généralisée contre des enfants soldats et du fait que ses juges n'ont pas requalifié les actes de violence sexuelle sous les chefs de crimes de guerre, notamment les crimes d'enrôlement, de conscription ou d'utilisation d'enfants pour les faire participer à des hostilités¹⁸⁰. La CPI ne pouvait toutefois pas procéder autrement pour des raisons de

175 S/RES/1820 (2008), par. 1 ; S/RES/1888 (2009), par. 1 ; S/RES/1960 (2010), par. 1 ; S/RES/2106 (2013), par. 11.

176 S/RES/1807 (2008), par. 13 e).

177 Pour les Nations Unies, « la justice de transition englobe l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de solder un passé d'exactions massives en établissant les responsabilités, rendant la justice et promouvant la réconciliation. Peut-être figurer au nombre de ces processus des mécanismes tant judiciaires que non judiciaires, notamment des poursuites engagées contre des individus, la recherche de la vérité, des programmes de réparation, la réforme institutionnelle ou une combinaison appropriée de ces mesures. En outre, des consultations nationales exhaustives, en particulier avec les personnes victimes de violations des droits de l'homme, ont été considérées comme un élément essentiel de la justice de transition ». Voir document des Nations Unies A/HRC/27/21, 30 juin 2014, par. 6.

178 *Ibid.*, par. 57.

179 Pour plus d'informations, voir : <https://www.icrc.org/eng/what-we-do/other-activities/development-ihl/strengthening-legal-protection-compliance.htm> (en anglais).

180 Voir CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, Opinion individuelle et dissidente de la juge Odio Benito, Chambre de première instance (« Jugement *Lubanga* »), 14 mars 2012. Voir aussi Fédération internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH), « *Crimes of Sexual Violence and the Lubanga Case: Interview with Patricia Viseur Sellers* », 16 mars 2012, disponible en anglais à l'adresse : <https://www.fidh.org/en/region/Africa/democratic-republic-of-congo/Crimes-of-sexual-violence-and-the>. Voir aussi Dov

fond et de procédure. S'agissant du fond, le Procureur a avancé que modifier l'acte d'accusation au moment de son réquisitoire aurait été contraire au droit de l'accusé à une procédure régulière. S'agissant de la procédure, la Chambre d'appel de la CPI a conclu que les juges ne pouvaient pas modifier la qualification juridique des faits pour inclure des crimes associés aux violences sexuelles¹⁸¹.

L'une des raisons pouvant expliquer pourquoi les violences sexuelles font rarement l'objet de poursuites est qu'elles sont souvent invisibles et qu'il est donc nécessairement difficile de recueillir les éléments de preuve essentiels pour établir que des crimes sexuels ont été commis, ainsi que d'identifier les auteurs. Une autre raison peut être le fait que les cours et tribunaux internationaux poursuivent souvent de hauts responsables et que, dans la pratique, il peut être particulièrement difficile d'établir leur responsabilité à raison des crimes sexuels perpétrés par leurs subordonnés, surtout s'ils n'ont donné aucun ordre en ce sens et se sont contentés de tolérer des crimes sexuels. Dans le cadre de l'Initiative sur la prévention des violences sexuelles dans les conflits, après avoir consulté un large éventail d'experts en la matière, le Royaume-Uni a donc préparé un « protocole international relatif aux enquêtes sur les violences sexuelles dans les situations de conflit », qu'il a présenté en 2014¹⁸². L'objet de ce protocole, qui n'a pas force contraignante, est de mettre un terme à l'impunité des auteurs de violences sexuelles dans les situations de conflit en aidant les praticiens qui enquêtent au niveau national et international sur les violences sexuelles dans le monde entier. Ce protocole fournit des lignes directrices en matière d'enquêtes sur les violences sexuelles dans la pratique et aborde des questions telles que la planification du travail d'enquête/l'obtention de données, l'identification des survivants et des témoins, les témoignages, les entretiens et le stockage des informations.

La communauté internationale n'a ménagé aucun effort ces dernières années pour combattre les violences sexuelles par des moyens variés et complémentaires. Espérons que ces efforts porteront leurs fruits.

Conclusion

Le viol et d'autres formes de violences sexuelles sont totalement interdits en DIH et en droit international des droits de l'homme. Les Conventions de Genève et leurs protocoles additionnels interdisent expressément le viol. Ils prohibent également le traitement inhumain ou cruel ainsi que la torture, les atteintes à la dignité de la

Jacobs, « *Lubanga Decision Roundtable: Lubanga, Sexual Violence and the Legal Re-Characterization of Facts* », *Opinio Juris*, 18 mars 2012, disponible en anglais à l'adresse : <http://opiniojuris.org/2012/03/18/lubanga-decision-roundtable-lubanga-sexual-violence-and-the-legal-re-characterization-of-facts/> ; Lisa Gambone, « *Failure to Charge: The ICC, Lubanga and Sexual Violence Crimes in the DRC* », *Foreign Policy Association*, 22 juillet 2009, disponible en anglais à l'adresse : <http://foreignpolicyblogs.com/2009/07/22/failure-to-charge-the-icc-lubanga-sexual-violence-crimes-in-the-drc/>.

181 Voir CPI, Jugement *Lubanga*, par. 629 et 630. Voir aussi les débats des commentateurs dont il est question dans la note de bas de page précédente.

182 Ce protocole est disponible en français à l'adresse : https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/376550/low_res_PSVI_Protocol_FULL-fre_04.pdf.

personne, les attentats à la pudeur et la prostitution forcée, et exigent le respect de la personne et de l'honneur. L'interdiction du viol et d'autres formes de violence sexuelle en vertu du DIH s'applique aux conflits armés aussi bien internationaux que non internationaux et relève aussi du droit coutumier. Le droit international des droits de l'homme interdit les violences sexuelles en tout temps. Cela passe avant tout par l'interdiction de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. D'autres droits sont également pertinents, comme l'interdiction de l'esclavage sexuel, l'interdiction de la traite des personnes à des fins de prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le droit au respect de la vie privée et l'interdiction de la discrimination. Le viol et d'autres formes de violences sexuelles peuvent constituer des crimes internationaux – crimes de guerre, crimes contre l'humanité et actes de génocide – lorsque les éléments constitutifs de ces crimes (y compris les éléments contextuels) sont réunis. En tant que tels, ils engagent la responsabilité pénale individuelle.

Le cadre juridique international visant à interdire et à ériger en infraction les violences sexuelles est par conséquent extrêmement solide, même s'il n'est pas parfait. Les violences sexuelles sont l'un des domaines au sujet duquel les différentes branches du droit international (DIH, droit international des droits de l'homme et droit international pénal) abondent dans le même sens et se renforcent mutuellement, offrant ainsi une complémentarité essentielle.

Malgré ces acquis juridiques, la réalité sur le terrain est déplorable. Afin de combler le fossé entre droit et réalité, il faut renforcer de toute urgence la mise en œuvre des règles internationales interdisant le recours aux violences sexuelles ainsi que les poursuites engagées au niveau national et international à raison d'actes de violence sexuelle. Sur le plan national, il ne suffit pas de transposer le droit international dans le droit interne pour convenablement mettre en œuvre l'interdiction des violences sexuelles. D'importantes réformes institutionnelles sont parfois nécessaires pour faire respecter le droit. Sur le plan international, il faut établir des mécanismes performants de mise en conformité avec les règles du DIH et intensifier les efforts pour veiller à ce que des organes judiciaires internationaux enquêtent comme il se doit sur les violences sexuelles et que leurs auteurs soient poursuivis et traduits en justice.

Éliminer les violences sexuelles dans les conflits armés est un projet ambitieux que certains qualifieraient d'utopique. Les États et les acteurs humanitaires ne doivent toutefois pas s'avouer vaincus, car les violences sexuelles ne sont ni un élément inévitable ni un élément indissociable des conflits armés.