



**HAL**  
open science

# La protection des enfants contre les violences sexuelles en période de conflit armé : entre incertitudes conventionnelles et évolutions jurisprudentielles

Habib Badjinri Touré

## ► To cite this version:

Habib Badjinri Touré. La protection des enfants contre les violences sexuelles en période de conflit armé : entre incertitudes conventionnelles et évolutions jurisprudentielles. *L'Observateur des Nations Unies*, 2023, Les dettes souveraines, 53, pp.327-361. hal-04655149

**HAL Id: hal-04655149**

**<https://hal.science/hal-04655149v1>**

Submitted on 21 Jul 2024

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

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

# LA PROTECTION DES ENFANTS CONTRE LES VIOLENCES SEXUELLES EN PÉRIODE DE CONFLIT ARMÉ ENTRE INCERTITUDES CONVENTIONNELLES ET ÉVOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

*Habib Badjinri TOURÉ<sup>1</sup>*

## **Résumé**

Le droit international humanitaire accorde une protection aux différentes personnes impliquées dans un conflit armé. Parmi ces personnes, il y a les enfants dont les règles de protection sont explicitement et généralement orientées vers la prohibition et l'encadrement de leur enrôlement dans les forces armées. Pourtant, les conflits internationaux mais aussi non internationaux ont démontré que les enfants constituent les victimes principales, à l'instar des femmes, des violences sexuelles. Or, à la différence des femmes, les règles de protection contre les violences sexuelles sont vaporeuses en ce qui concerne les enfants au point qu'il est difficile d'appréhender avec exactitude le régime de la protection. Cependant, l'apparition des juridictions pénales internationales, notamment la Cour pénale internationale, a contribué à une clarification de la protection des enfants contre les violences sexuelles en période de conflit armé. Les développements jurisprudentiels ont permis l'incrimination de ces actes et leur qualification en tant que violations graves du droit humanitaire. Une telle situation emporte des conséquences en ce qui concerne la responsabilité pénale internationale des auteurs. Elle ouvre également la voie à l'engagement simultané de la responsabilité internationale étatique. Cependant, elle laisse ouvertes d'autres questions relatives, par exemple, à l'interdiction de ces violences sexuelles comme norme impérative du droit international.

## **Abstract**

*International humanitarian law grants protection to the various persons involved in armed conflict. Among these are children, whose protection rules are explicitly and generally oriented towards the prohibition and control of their recruitment into armed forces. However, international and non-international conflicts have shown that children, like women, are the main victims of sexual violence. Unlike women, the rules of protection against sexual violence are vague as far as children are concerned, to the point that it is difficult to understand the exact regime of protection. However, the emergence of international criminal courts, notably the International Criminal Court, has contributed to a clarification of the protection of children against sexual violence in armed conflict. Jurisprudential developments have made it possible to criminalize such acts and to qualify them as serious violations of humanitarian law. This has implications for the international criminal responsibility of perpetrators. It also opens the way for the simultaneous engagement of international state responsibility. However, other questions remain, such as whether such sexual violence should be prohibited as a peremptory norm of international law.*

---

<sup>1</sup> Maître de conférences en droit public – Chercheur postdoctoral en droit international et européen de la santé – CERIC/UMR DICE 7318 – Aix-Marseille Université.

Qu'il présente un caractère international ou non, le conflit armé emporte l'implication de différentes catégories de personnes, dont les enfants. En effet, « [s]i certains tombent victimes de l'assaut général lancé contre les civils, d'autres [...] subissent les effets de violences sexuelles [...] résultant des conflits armés »<sup>2</sup>. L'exposition des enfants aux brutalités extrêmes des conflits armés est une réalité. Ils sont massacrés, affamés, ou encore violés. En période conflictuelle, les enfants sont continuellement et spécifiquement exposés aux viols et autres types de violences sexuelles ou exploitations sexuelles. Par exemple, dans le cadre du conflit armé au Myanmar, deux fillettes respectivement âgées de quatre et huit ans ont été agressées sexuellement par des membres de la Tatmadaw alors que d'autres filles plus âgées, mais qui restent néanmoins des enfants au sens de la Convention internationale sur les droits de l'enfant (ci-après la CIDE), ont fait l'objet de viols, dont des viols collectifs<sup>3</sup>. Parfois enrôlées comme enfants soldats, elles sont amenées pour « reconforter » d'autres soldats<sup>4</sup>. Il en va de même pour les jeunes garçons qui sont aussi exposés aux violences sexuelles notamment en tant qu'enfants soldats. Cette possibilité de les soumettre à des violences sexuelles peut d'ailleurs accroître le risque qu'ils soient, contre les règles du droit international, conscrits et enrôlés puis détenus par les membres des forces et groupes armés<sup>5</sup>.

Très souvent commises dans un but bien déterminé, les violences sexuelles contre les enfants ne sont donc pas une situation rare dans les conflits armés. En effet, les membres des forces armées y ont recours pour plusieurs raisons : terroriser ou punir la population civile, humilier, répandre la peur et l'intimidation, réaliser un nettoyage ethnique ou encore provoquer des déplacements forcés<sup>6</sup>. C'est à cet égard que les violences sexuelles contre les enfants ont été qualifiées d'armes de guerre contre lesquelles il faut lutter<sup>7</sup>. Ces actes constituant des violations du droit international sont également et particulièrement commis sur les enfants « pour différentes raisons, dont leur taille et leur vulnérabilité »<sup>8</sup>. En 2020, par exemple, le Secrétaire général des Nations Unies a identifié dans son rapport annuel sur les enfants et les conflits armés 749 cas de violences sexuelles contre les enfants tout en précisant que ce type de violations continue d'être sous-déclaré<sup>9</sup>. Cela peut s'expliquer par le fait que la violence sexuelle reste difficile à documenter et sa prévalence difficile à déterminer en raison de nombreux défis : mécanismes d'accès et de signalement insuffisants,

<sup>2</sup> AGNU, Résolution A/51/306, Rapport de Graça MACHEL sur *L'impact des conflits armés sur les enfants* du 26 août 1996, p. 7, par. 1.

<sup>3</sup> CSNU, S/2017/1099, *Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits au Myanmar* du 22 décembre 2017, p. 11, par. 46-47.

<sup>4</sup> S. MASLEN, "Relevance of the Convention on the Rights of the Child to Children in Armed Conflict", *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 6, 1996, p. 333.

<sup>5</sup> *Id.*, p. 334.

<sup>6</sup> UN, *Handbook for United Nations Field Missions on Preventing and Responding to Conflict-Related Sexual Violence*, 2020 <<https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/2020/06/2020.08-UN-CRSV-Handbook.pdf>> (consulté le 11 octobre 2022).

<sup>7</sup> AGNU, Rapport de Graça MACHEL sur *l'impact des conflits armés sur les enfants*, *op. cit.*, p. 30 ; Save the Children, *Weapon of War – Sexual violence against Children in Conflict*, Report 2021, p. 4.

<sup>8</sup> AGNU, Rapport de Graça MACHEL sur *l'impact des conflits armés sur les enfants*, *op. cit.*, p. 30, par. 92.

<sup>9</sup> SGNU, Rapport annuel sur les enfants et les conflits armés, juin 2020, <[https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/15-June-2020\\_Secretary-General\\_Report\\_on\\_CAAC\\_Eng.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/15-June-2020_Secretary-General_Report_on_CAAC_Eng.pdf)> (consulté le 11 octobre 2022).

stigmatisation et peur des représailles ou encore manque de réseaux de soutien et de services adéquats. Ces défis sont exacerbés pour les cas impliquant des enfants<sup>10</sup>.

Pendant longtemps, les violences sexuelles commises sur les enfants n'ont pas été réellement prises en compte en droit international. Ceci a amené à une absence de poursuites faisant ainsi naître une culture de l'impunité des auteurs de ces actes. C'est, entre autres, au regard de ces constatations fournies par le rapport de Graça Machel sur l'impact des conflits armés sur les enfants<sup>11</sup> que l'ONU s'est davantage intéressée au sort des enfants victimes des conflits armés. En 1997, l'Assemblée générale crée le mandat du Représentant spécial du Secrétaire général pour le sort des enfants en temps de conflit armé<sup>12</sup>. À la suite de l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité va également s'impliquer en tenant, en 1998, son premier débat sur le sort des enfants en temps de conflit armé et en exprimant l'intention de suivre de près la situation des enfants affectés par de tels conflits. Il va ensuite doter le Bureau du Représentant spécial d'un cadre légal et d'une panoplie d'outils pour répondre aux violations commises à l'encontre des enfants. En 1999, le Conseil adopte la première résolution sur le sort des enfants en période de conflit armé et identifie six violations graves ayant les plus lourdes conséquences pour les enfants, au nombre desquelles les violences sexuelles<sup>13</sup>. Depuis cette date, de nombreux rapports et résolutions ont été adoptés par les organes des Nations Unies, lesquels ont mis en avant les nombreuses violences sexuelles commises par les membres des forces et groupes armés contre les enfants<sup>14</sup>.

La situation a beaucoup évolué aujourd'hui grâce notamment à l'activité des juridictions pénales internationales relativement à l'interprétation des règles de droit international assurant particulièrement la protection des enfants contre les violences sexuelles dans un contexte conflictuel. Avant de s'intéresser au régime de cette protection, il importe de déterminer comment le droit international définit, d'une part, l'enfant, d'autre part, les violences sexuelles.

Premièrement en ce qui concerne la notion d'enfant, qui est considéré en droit international comme un enfant ? Tout d'abord, il faut rappeler que plusieurs textes de droits de l'homme accordent une protection à l'enfant sans pour autant définir ce que ce terme vise<sup>15</sup>. Ensuite, en droit humanitaire, les textes ne définissent pas exactement une limite d'âge pour caractériser la notion d'enfant. Des restrictions spécifiques sont par exemple posées pour le recrutement d'enfants dans les groupes armés (interdiction d'enrôler les enfants de moins de quinze ans) ou pour l'application de la peine de mort (qui ne peut s'appliquer à une personne âgée de moins de dix-huit ans)<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> Save the Children, *Weapon of War – Sexual violence against Children in Conflict*, op. cit., p. 6.

<sup>11</sup> AGNU, Rapport de Graça MACHEL sur *L'impact des conflits armés sur les enfants*, op. cit.

<sup>12</sup> AGNU, Résolution A/RES/51/77, *Les droits de l'enfant*, 20 février 1997.

<sup>13</sup> CSNU, Résolution S/RES/1261 (1999) du 25 août 1999.

<sup>14</sup> Voy. notamment CSNU, Résolution S/RES/1998 (2011) du 12 juillet 2011 ; AGNU, Résolution A/RES/66/141, *Droits de l'enfant* du 4 avril 2012 ; AGNU & CSNU, A/66/782 – S/2012/261, *Le sort des enfants en temps de conflit armé*, 26 avril 2012 ; CSNU, S/2017/1099, *Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits au Myanmar*, op. cit.

<sup>15</sup> C'est le cas du PIDCP (16 décembre 1966, RTNU 999) et du PIDESC (16 décembre 1966, RTNU 993).

<sup>16</sup> Voy. art. 77 et 75 du Premier Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949.

En l'absence d'une définition claire de la notion d'enfant, il a été mentionné dans les commentaires des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1977 que le fait de préciser que les enfants de moins de quinze ans ne participeront pas aux hostilités suppose qu'il y a des enfants de plus de quinze ans. Enfin, en dehors de ces textes, il faut également se référer à des instruments protégeant spécifiquement les enfants pour avoir une définition. Conformément à la CIDE et la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, est désigné comme enfant « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans »<sup>17</sup>. Il est possible d'en déduire que de façon générale, toute personne qui n'a pas encore atteint l'âge de dix-huit ans est un enfant en droit international. Toutefois, il y a lieu de préciser que les définitions de la CIDE et de la Charte africaine sont comprises « au sens de la présente Convention » et « aux termes de la présente Charte ». Cette délimitation matérielle peut-elle compromettre la définition de l'enfant en droit international ? Pour répondre à cette question, il faut préciser qu'outre ces deux textes, d'autres systèmes internationaux se réfèrent également à la limite d'âge de dix-huit ans pour définir ce qu'est l'enfant. C'est le cas du système pénal international avec la CPI dont il est possible de déduire de l'article 26 de son Statut que sont considérés être des enfants les personnes âgées de moins de dix-huit ans. En effet, selon ce texte, « [l]a Cour n'a pas compétence à l'égard d'une personne qui était âgée de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime ». À la lumière de ces éléments, la conclusion à laquelle il est possible d'aboutir est qu'il n'y a pas expressément de définition universelle de l'enfant en droit international. Toutefois, dans la mesure où chacun des textes limite dans son propre cadre l'enfance à l'âge de 18 ans, il est possible de considérer, dans le cadre de cette analyse, que pourra bénéficier de la protection accordée aux enfants contre les violences sexuelles, tout être humain n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans.

Deuxièmement, il convient de définir ce que sont les violences sexuelles. Plusieurs textes de droit international y font référence de manière générale. Malgré ces dispositions, ni les Conventions de Genève ni leurs Protocoles additionnels ne définissent la violence sexuelle en général ou la violence sexuelle contre les enfants en particulier. C'est dans le contexte du droit international pénal que des précisions ont été apportées. Dans sa décision rendue en l'affaire *Akayesu*, le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) définit la violence sexuelle « comme tout acte sexuel commis sur la personne d'autrui sous l'empire de la coercition »<sup>18</sup>. Telle que définie, la violence sexuelle est bien plus large que le viol, en ce que, conformément au Statut de Rome, elle comprend également, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée « ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable »<sup>19</sup>. Une telle définition permet de prendre en compte toutes sortes de victimes allant des personnes adultes aux enfants sans distinction de sexe notamment. En effet, s'il est admis que les filles sont très exposées aux violences sexuelles, cela n'exclut pas les violences commises sur les garçons comme le

<sup>17</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ; Art 2 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant du 1<sup>er</sup> juillet 1990.

<sup>18</sup> TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, arrêt du 2 septembre 1998, par. 688.

<sup>19</sup> Art. 7(1)(g) ; 8(2)(b)(xxii) et 8(2)(e)(vi) du Statut de Rome du 17 juillet 1998.

révèlent les situations conflictuelles dans certains États où les garçons ont fait l'objet de castration et de mutilations sexuelles ou même de viols<sup>20</sup>.

Ainsi identifiés en droit international, les enfants bénéficient en vertu du droit international humanitaire, mais aussi du droit international des droits de l'homme d'une protection contre les violences sexuelles. D'une part, en ce qui concerne le DIH, les enfants jouissent non seulement de la protection générale accordée aux populations civiles contre ces actes, mais aussi et surtout d'une protection spéciale en tant que catégorie de personnes spécialement protégées en droit international humanitaire. D'abord, à propos de la protection générale garantie notamment par la IV<sup>e</sup> Convention de Genève (ci-après la CG IV), les enfants en jouissent en tant que membres de la population civile. Ils bénéficient ainsi des « dispositions relatives au traitement des personnes protégées qui énoncent le principe fondamental d'un traitement humain, comportant le respect de la vie et de l'intégrité physique et morale, et interdisant notamment la contrainte, les sévices corporels, la torture, les peines collectives, les repréailles »<sup>21</sup>. Toutefois, en ce qui concerne les violences sexuelles, les Conventions de Genève ne mentionnent pas expressément les enfants. Elles s'attardent en règle générale sur la situation des femmes<sup>22</sup>. Ensuite, en plus de cette protection générale, du fait de leur vulnérabilité<sup>23</sup>, les enfants bénéficient également d'une protection spéciale garantie par l'article 77 du Protocole additionnel I (ci-après le PA I) dans un conflit armé international et l'article 4 du Protocole additionnel II (ci-après le PA II) en ce qui concerne les conflits armés non internationaux. L'article 77, paragraphe 1, du PA I indique clairement que les « enfants doivent faire l'objet d'un respect particulier et doivent être protégés contre toute forme d'attentat à la pudeur ». Quant à l'article 4 du PA II, bien que contenant des dispositions relatives à la conscription d'enfants soldats, il n'évoque pas spécialement les enfants en ce qui concerne les violences sexuelles. Il garantit une protection générale de toutes les personnes qui ne prennent pas directement part aux hostilités contre notamment « le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur »<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> AGNU, A/70/836-S/2016/360, *Rapport du Secrétaire général sur les enfants et les conflits armés* du 20 avril 2016, par. 35-37.

<sup>21</sup> D. PLATTNER, « La protection de l'enfant dans le droit international humanitaire », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 747, 1984, p. 149.

<sup>22</sup> Voy. notamment art. 12 CG I, art. 14 CG III et art. 27 CG IV.

<sup>23</sup> Plusieurs textes font référence à la vulnérabilité des enfants comme élément justifiant à leur égard une protection spéciale. Par exemple, le préambule de la CIDE fait référence au manque de *maturité physique*. De même, la norme 36-3 du Règlement du Bureau est rédigée en ces termes : « [l]e bien-être physique et psychologique des personnes interrogées par le Bureau et considérées comme vulnérables (en particulier, les enfants, les personnes handicapées et les victimes de crimes sexuels et à caractère sexiste) [...] ». Lors des travaux préparatoires, la Finlande a noté que dans la définition des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, la conférence doit garder à l'esprit la vulnérabilité croissante des femmes et des enfants à l'exploitation et à la violence sexuelle dans les conflits armés (voy. Official Records, Volume II, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole' UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (United Nations, 17 July 1998) ainsi que C. PILLOUD *et al.*, (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, Geneva, International Committee of the Red Cross, 1987, p. 898).

<sup>24</sup> Art. 4, par. 2. e), du Protocole additionnel II de 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949.

D'autre part, le DIDH accorde une protection notamment par le biais de l'article 34 de la CIDE selon lequel « [l]es États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle ». Quant à l'article 36 de la CIDE, il précise encore que les États « protègent l'enfant contre toutes autres formes d'exploitation ». Ces formulations sont également reprises par l'article 27 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant. Si ces textes, bien plus explicites sur la protection des enfants contre les violations sexuelles, ont principalement vocation à s'appliquer en temps de paix, ils font tout de même des références aux situations de conflit armé. C'est ce qu'il est possible de lire aux articles 38 de la CIDE et 22 de la Charte africaine. L'article 38 de la CIDE dont le contenu est repris par l'article 22 de la Charte africaine indique que « [l]es États parties s'engagent à respecter et à faire respecter les règles du droit humanitaire international qui leur sont applicables en cas de conflit armé et dont la protection s'étend aux enfants ». Cela soulève une question relative au cadre juridique applicable aux violences sexuelles en période de conflit armé et à l'articulation entre les règles du DIDH et du DIH en période de guerre. Le DIDH peut-il trouver à s'appliquer durant cette période ou bien existe-t-il une *lex specialis* à propos des violences sexuelles ?

L'application du DIDH en période conflictuelle a pendant longtemps suscité d'énormes interrogations et désaccords<sup>25</sup>. Toutefois, aujourd'hui, la question semble réglée à la suite de la pratique des organes juridictionnels<sup>26</sup> de sorte qu'il « est largement incontesté que les droits de l'homme s'appliquent également pendant les conflits armés »<sup>27</sup>. En pratique, la CIJ a indiqué comment doit fonctionner cette articulation entre ces deux corps de règles. À ce propos, « la Cour estime que la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé [...] Dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international »<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> K. D. SUTER, "An Inquiry into the Meaning of the Phrase Human Rights in Armed Conflicts", *Military Law and Law of War Review*, Vol. 15, 1976, p. 393-442 ; G.I.A.D. DRAPER, "The Relationship between the Human Rights Regime and the Law of Armed Conflicts", *Israel Yearbook of Human Rights*, Vol. 1, 1971, p. 191 ; N. LUBELL, "Parallel Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law: An Examination of the Debate", *Israel Law Review*, Vol. 40, 2007, p. 648-666 ; C. DROEGE, "Elective affinities? Human rights and humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, 2008, p. 501-548.

<sup>26</sup> CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *Rec.* 2004, p. 178, par. 106 ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, *Rec.* 2005, par. 216-217 ; CIADH, *Bamaca-Velsquez c. Guatemala*, affaire Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C.) n° 70, 25 novembre 2000, par. 207 ; Comité DH, Observation générale n° 29, État d'urgence (article 4), UN Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11, 24 juillet 2001.

<sup>27</sup> E. ALMILA, *Sexual Violence against Children in Armed Conflict – The Influence of Conceptions of Childhood in International Law*, Doctoral dissertation, Faculty of Law of the University of Helsinki, 2022, p. 49.

<sup>28</sup> CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, *op. cit.*, p. 178, par. 106.

En conséquence, la Cour considère que, selon l'espèce, les deux domaines peuvent être abordés, mais le droit humanitaire s'appliquera en tant que *lex specialis*. Elle a même rappelé que la CIDE est applicable dans les conflits armés, y compris les situations d'occupation<sup>29</sup>. Comme l'a noté Gloria GAGGIOLI, le droit relatif aux droits de l'homme revêt une importance particulière pour la violence sexuelle dans deux sens : premièrement, comme le droit international des droits de l'homme est applicable à tout moment, il peut compléter le droit international humanitaire dans les situations où la violence sexuelle ne satisfait pas à l'exigence d'avoir un lien avec le conflit armé ; deuxièmement, il peut « fournir des orientations utiles sur l'interprétation et l'application des interdictions [du droit international humanitaire] contre la violence sexuelle »<sup>30</sup>. Cela signifie donc, en conclusions, qu'il y a bien une « nécessité d'assurer une protection effective des enfants en période de conflit armé, dans le cadre global de la réalisation de tous les droits de l'enfant »<sup>31</sup> issus des conventions de droits de l'homme. Toutefois, comme le souligne la CIJ, c'est « en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer »<sup>32</sup> si les violences sexuelles commises sur les enfants constituent des crimes internationaux susceptibles d'engager la responsabilité internationale de leurs auteurs.

Sur ce point, il faut indiquer que les textes du droit humanitaire ne qualifient pas les violences sexuelles, y compris celles sur les enfants, comme des infractions graves ou des violations graves du droit international humanitaire. En conséquence, ils ne qualifient pas explicitement ces actes de crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou encore crimes de génocide. Cette question a surtout été débattue dans le contexte du droit international pénal avec l'activité de la CPI et des tribunaux spéciaux. En effet, dans la mesure où les textes du droit international humanitaire n'incriminent pas de manière expresse les violences sexuelles contre les enfants, il faut résolument se tourner vers les tribunaux pénaux internationaux à travers leurs statuts, leurs jurisprudences et l'interprétation des textes pour comprendre la manière dont ces organes ont procédé, en conformité avec les textes, à l'incrimination de ces actes et à l'engagement de la responsabilité de leurs auteurs.

Sur cette base, l'intérêt de cet article connaît trois fondements distincts. Premièrement, l'absence de littérature francophone sur la situation des enfants face aux violences sexuelles en temps de conflit armé justifie ce travail. Deuxièmement, il trouve également son fondement dans la négligence considérable du traitement des violences sexuelles en période conflictuelle dont sont victimes les enfants, contrairement aux nombreux travaux consacrés aux violences du même type subies par les femmes<sup>33</sup>. Troisièmement, enfin, il trouve son fondement dans l'utilité de

<sup>29</sup> *Id.*, p. 181, par. 113 ; CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, *op. cit.*, par. 217.

<sup>30</sup> G. GAGGIOLI, "Sexual violence in armed conflicts: A violation of international humanitarian law and human rights law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, 2014, p. 519 (nous traduisons).

<sup>31</sup> Comité des droits de l'enfant, *Rapport de la deuxième session*, UN Doc. CRC/C/10, 19 octobre 1992, par. 62.

<sup>32</sup> CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *Rec.* 1996, p. 240, par. 25.

<sup>33</sup> H. VAN ROOSBROECK, "Neglected Bodies in International Law: Sexual Violence against Boys", *SOAS Law Journal*, Vol. 1, August 2014, p. 92-96.



mettre l'accent sur un phénomène majeur des conflits armés à propos des enfants, puisqu'en règle générale la protection des enfants en temps de guerre a presque toujours été orientée vers l'interdiction de l'enrôlement des enfants soldats au détriment des questions de violences sexuelles<sup>34</sup>. Face à ces constats, l'objectif de cet article est double. Il s'agit, d'une part, de rendre compte du régime de protection des enfants contre les violences sexuelles en période de conflit armé. D'autre part, il s'agit aussi de rendre compte du rapport entre les textes et leur mise en œuvre et de comprendre si et comment l'interprétation faite par les tribunaux donne son sens au texte ou si, au contraire, elle s'en écarte. Cela implique, premièrement, de démontrer la manière dont les violences sexuelles contre les enfants sont incriminées (I) et, deuxièmement, d'indiquer le régime de responsabilité internationale applicable (II).

## **I. LES INCRIMINATIONS DES VIOLENCES SEXUELLES COMMISES SUR LES ENFANTS**

La CIDE impose de privilégier l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions qui le concernent<sup>35</sup>. Par ailleurs, quand bien même les textes de DIH n'utilisent pas ces termes d'intérêt supérieur de l'enfant, ils exigent également une attention particulière à la situation des enfants durant les conflits armés afin de garantir leur bien-être<sup>36</sup>. Toutefois, force est de constater qu'en période de conflit armé, les membres des forces et groupes armés commettent des exactions à leur encontre en les privant des garanties les plus fondamentales. Cette situation reflète une dichotomie flagrante entre la théorie et la réalité relative à la protection des enfants<sup>37</sup>. Malgré le fait que la situation des enfants dans les conflits armés devienne de plus en plus complexe<sup>38</sup>, leur exposition aux violences sexuelles a longtemps été ignorée en droit international<sup>39</sup>. Or, qu'ils soient intégrés à des groupes armés comme soldats ou qu'ils appartiennent à la population civile, les enfants font toujours l'objet d'une protection spéciale en DIH<sup>40</sup>. Cependant, outre le PA I, les textes du DIH n'incriminent pas ou ne s'attardent pas expressément sur les violences sexuelles auxquelles sont soumis les enfants à la différence des femmes. Toutefois, certains tribunaux internationaux s'y sont intéressés. C'est en ce sens que le Bureau du Procureur de la CPI a clairement indiqué qu'eu égard à la protection spéciale dont ils bénéficient, il considérait les crimes contre les enfants comme « particulièrement graves »<sup>41</sup>. En effet, les juridictions pénales internationales ont finalement abouti à

<sup>34</sup> E. ALMILA, "Protecting Children from Sexual Violence in Armed Conflict under International Humanitarian Law – Discrepancies between Conventions and Practice of International Criminal Courts and Tribunals", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 10, 2019, p. 217.

<sup>35</sup> Art. 3, 9, 21 et 37 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

<sup>36</sup> Art. 24 et 50 CG IV; art. 77 et 78 du PA I et art. 4, par. 3, du PA II.

<sup>37</sup> J. A. ROBINSON, "Children in Armed Conflict: An Overview of Relevant Humanitarian Law and Human Rights Law", *Journal of South African Law*, Vol. 2002, 2002, p. 697.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> E. ALMILA, "Protecting Children from Sexual Violence in Armed Conflict under International Humanitarian Law – Discrepancies between Conventions and Practice of International Criminal Courts and Tribunals", *op. cit.*, p. 217.

<sup>40</sup> Art. 24 et 50 CG IV; art. 77 et 78 du PA I et art. 4, par. 3, du PA II.

<sup>41</sup> Le Bureau du Procureur, *Politique générale relative aux enfants*, CPI, novembre 2016, p. 42, par. 104.

l'incrimination expresse des violences sexuelles faites aux enfants en procédant à une interprétation quelque fois discutable des textes du DIH, mais aussi de leurs statuts. À cet égard, en dépit de considérations parfois lacunaires dans les jugements rendus, la qualification de ces actes comme crimes internationaux a posé moins de difficultés en ce qui concerne les enfants ne participant pas aux hostilités, c'est-à-dire les enfants civils (A). En revanche, en ce qui concerne les enfants soldats, cela n'a pas été très évident. Malgré la qualification des violences sexuelles dont ils sont victimes comme crimes internationaux, cette qualification continue d'être contestée, notamment en doctrine (B).

### A. L'incrimination des violences sexuelles commises sur les enfants civils

En vertu des règles du droit international humanitaire, les enfants bénéficient d'une protection spéciale<sup>42</sup>. Cette protection spéciale est principalement fondée sur l'idée selon laquelle les enfants sont des personnes vulnérables, faibles et sans défense<sup>43</sup>. Comme l'indique le CICR dans les commentaires de la CG IV, cette situation de vulnérabilité a pour conséquence de les exposer davantage aux violences de tout genre durant les conflits et aux violences sexuelles en particulier<sup>44</sup>. C'est donc en conséquence des expériences passées qu'un régime de protection spécial a été établi. Le CICR indique que « [*I*]ike women children are entitled to special respect and must be protected against any form of indecent assault. This is a welcome supplement to Article 27 of the Fourth Convention, as experience has shown that children, even the very youngest children, are not immune from sexual assault »<sup>45</sup>. Cependant, la protection des enfants contre les violences sexuelles dans les textes du DIH n'apparaît explicitement que dans le PA I en ce qui concerne les conflits armés internationaux (ci-après CAI). Quant aux conflits armés non-internationaux (ci-après CANI), l'article 3 commun aux Conventions de Genève ainsi que l'article 4 du PA II protègent les personnes qui ne prennent pas part aux combats contre les violences sexuelles. S'il n'y a pas de référence explicite à la situation des enfants, ces derniers bénéficient de la protection générale en tant que membres de la population civile. Dans le contexte du développement de la jurisprudence pénale internationale, les juridictions se sont intéressées aux violences sexuelles commises dans les conflits armés et notamment celles commises sur les enfants. Dans les Statuts des différentes juridictions internationales pénales, les rédacteurs ont procédé à une incrimination des violences sexuelles et à leur qualification de crimes internationaux. Il est important, dans le cadre de la protection des enfants, de déterminer, d'une part, si ces textes ont procédé ou non à une mention explicite de la situation des enfants (1), d'autre part, comment les tribunaux ont apprécié cela dans la qualification des actes et dans le prononcé de leurs décisions (2).

<sup>42</sup> Art. 24 et 50 CG IV ; art. 77 et 78 du PA I ; art. 4, par. 3, du PA II.

<sup>43</sup> CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision relative à la peine rendue en application de l'article 76 du Statut, n° ICC-01/05-01/08, 21 juin 2016, par. 42 ; Convention (IV) relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève, 12 août 1949, Les commentaires de 1958, p. 284 ; C. PILLOUD *et al.*, (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, *op. cit.*, p. 898.

<sup>44</sup> Voy. arts 23, 24, 38, 50, 76 et 89 CG IV.

<sup>45</sup> C. PILLOUD *et al.*, (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, *op. cit.*, p. 900.

*1. L'appréhension des violences sexuelles contre les enfants comme crimes internationaux dans les dispositions conventionnelles*

Bien que les textes de DIH n'aient pas qualifié de violations graves du droit humanitaire les violences sexuelles, les statuts instituant les tribunaux pénaux les incriminent parfaitement sans nécessairement accorder une attention particulière au sexe et à l'âge des victimes notamment. Avant d'envisager l'interprétation des textes qui est faite par les tribunaux dans l'appréciation des violences sexuelles commises sur les enfants, ce passage aura pour objet de démontrer la manière dont les violences sexuelles sont appréhendées dans les statuts des juridictions en tant que crimes de génocide, crimes contre l'humanité ou encore crimes de guerre.

Premièrement, à propos des crimes contre l'humanité, les statuts des juridictions pénales internationales appréhendent de manière sensiblement différente la qualification des violences sexuelles comme crimes contre l'humanité. D'une part, les statuts des tribunaux rwandais et yougoslave adoptés avant les années 2000 contiennent des formulations identiques; alors que, d'autre part, il existe une différence de formulation avec les Statuts du TSSL et de la CPI adoptés au début du 21<sup>e</sup> siècle. En ce qui concerne le Statut du TPIY, celui-ci identifie expressément à l'article 5 g) le viol commis dans un conflit armé comme constituant un crime contre l'humanité. La situation est identique à propos du Statut du TPIR dont l'article 3 g) identifie uniquement le viol comme crime contre l'humanité. Hormis le viol cependant, aucune référence n'est expressément faite ni aux violences sexuelles en tant que crimes contre l'humanité ni à celles commises sur les enfants spécialement dans ces deux textes. Ces textes précisent respectivement en leurs articles 5 i) et 3 i) que pourront constituer des crimes contre l'humanité « tous autres actes inhumains » sans préciser si les actes de violences sexuelles y sont inclus. Les prescriptions sont en revanche différentes lorsque l'on consulte les Statuts du TSSL et de la CPI. L'article 2 g) du Statut du TSSL détermine comme pouvant constituer des crimes contre l'humanité, les actes de « viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée et toute autre forme de violence sexuelle » ainsi que « tous autres actes inhumains » en vertu de l'article 2 i). Quant au Statut de la CPI, l'article 7, paragraphe 1 g) qualifie comme crimes contre l'humanité, les actes de « [v]iol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ». L'article 7, paragraphe 1 k) fait également référence aux « autres actes inhumains ». Ces textes n'indiquant pas si les « autres actes inhumains » peuvent comprendre d'autres formes de violences sexuelles, les juges ont procédé à une interprétation téléologique en incluant par exemple le mariage forcé, en tant qu'autre forme de violences sexuelles non expressément prévue par les textes, dans la catégorie des autres actes inhumains<sup>46</sup>. À la lecture de ces textes, un constat peut s'imposer. Il y a une différence entre les textes des TPIR et TPIY et ceux de la CPI et du TSSL. Adoptés au milieu des années 1990, les premiers statuts des juridictions internationales ne font pas une très grande place aux violences sexuelles

<sup>46</sup> TSSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu*, n° SCSL-04-16-T, Appeals Chamber, 22 February 2008, par. 195-196; CPI, *Le Procureur c. Dominici Ongwen*, n° ICC-02/04-01/15, Décision sur la confirmation des charges du 23 mars 2016, par. 109-117.

et ne s'attardent que sur l'acte de viol. Cependant, l'attention croissante portée à ces questions a certainement influencé la rédaction des Statuts de la CPI et du TSSL qui vont prendre en compte d'autres types de violences sexuelles jusque-là ignorées à la fois dans les textes et dans les jurisprudences antérieures d'autres juridictions<sup>47</sup>.

Deuxièmement, en ce qui concerne la qualification des violences sexuelles comme crime de guerre, l'on peut constater une différence de formulation entre les différents textes. D'abord en ce qui concerne le Statut du TPIY, il n'y a pas de mention de violences sexuelles comme pouvant constituer, selon l'expression utilisée, des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949. Entre autres infractions, il est simplement fait référence aux atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé<sup>48</sup> dont il est difficile de déterminer si cela inclut les violences sexuelles ou uniquement le viol. À la lecture d'autres articles des statuts des autres juridictions, il est possible de considérer dans le cadre d'une analyse systémique que les atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé mentionnées à l'article 2 du Statut du TPIY prennent en compte les violences sexuelles ou à tout le moins le viol. En effet, l'article 4 e) du Statut du TPIR et l'article 3 e) du Statut du TSSL considèrent comme violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du PA II 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 ». Quant au Statut de Rome, la violence sexuelle y est expressément mentionnée. Les paragraphes b xxii) et e vi) de l'article 8 qualifient de crimes de guerre « [l]e viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, telle que définie à l'article 7, paragraphe 2, alinéa f), la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle constituant une infraction grave aux Conventions de Genève ».

Troisièmement enfin, la définition du crime de génocide est la même dans les différents textes. Il s'agit concrètement de « l'un quelconque des actes ci-après commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel : a) Meurtre de membres du groupe ; b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ; c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ; d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ; e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe »<sup>49</sup>.

Cette définition ne contient aucune référence expresse aux violences sexuelles comme pouvant être un élément constituant le crime de génocide. Cependant, une précision a été apportée par le TPIR dans l'interprétation de l'article 2, paragraphe 2, de son Statut. En effet, à l'occasion de l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance, après avoir démontré que les actes de viols et de violences sexuelles avaient été commis sur les femmes tutsies, uniquement contre elles et parce qu'elles étaient de l'ethnie tutsie, a indiqué que « [t]his sexualized representation of ethnic

<sup>47</sup> T. MERON, "Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals", *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006, p. 567.

<sup>48</sup> Art. 2 du Statut du TPIY adopté le 25 mai 1993, résolution n° 827.

<sup>49</sup> Art. 6 du Statut de Rome du 17 juillet 1998, RTNU 2187, n 38544; Art. 2, par. 2, du Statut du TPIR du 8 novembre 1994, résolution n° S/RES/955 (1994); Art. 4, par. 2, du Statut du TPIY.

*identity graphically illustrates that tutsi women were subjected to sexual violence because they were Tutsi* »<sup>50</sup>. Cela signifie que la violence sexuelle était une étape dans le processus de destruction du groupe tutsi (destruction de l'esprit, de la volonté de vivre et de la vie elle-même)<sup>51</sup>. Cette solution est conforme à l'esprit du texte puisque celui-ci identifie l'atteinte à l'intégrité physique ou encore les mesures visant à entraver les naissances comme des éléments susceptibles de constituer le crime de génocide. En l'absence de toute mention expresse des violences sexuelles, la décision *Akayesu* est conforme au droit et évite que les violences sexuelles soient exclues d'un processus génocidaire.

Comme on le constate, l'incrimination des violences sexuelles est garantie par les textes du droit international pénal. Cependant, ces textes ne font aucune allusion à une incrimination particulière des violences commises sur les enfants qui bénéficient pourtant d'une protection spéciale en droit humanitaire. Cela signifie certainement que les rédacteurs n'ont pas entendu catégoriser les crimes commis eu égard à l'âge ou au sexe des victimes. Ils n'ont pas entendu créer un régime spécial d'incrimination des violences sexuelles commises sur les enfants. Les crimes sont analysés de manière identique de sorte à ne pas créer de complexités ou de différenciation liées au sexe ou à l'âge notamment. Pourtant, comme rappelé précédemment, tout comme en DIH, le droit international pénal considère les enfants comme des personnes vulnérables et sans défense qui méritent une protection particulière. Par conséquent, il importe à présent d'analyser la manière dont les juridictions interprètent ces textes en lien avec le droit humanitaire et relativement à la situation des enfants, bien que les textes n'en fassent pas de mention particulière.

## 2. *L'appréciation des violences sexuelles contre les enfants comme crimes internationaux par les juridictions pénales*

Alors que les textes ne font pas de références particulières à la situation des enfants, les juridictions s'y sont particulièrement intéressées. Toutefois, dans la jurisprudence des juridictions pénales, il est possible d'observer une absence de cohérence dans la prise en compte particulière des violences sexuelles commises sur les enfants. D'abord, l'on constatera que lorsqu'elles statuent sur des cas de violences sexuelles impliquant les enfants, elles ne les identifient pas toujours comme tels. Parfois, elles insistent sur le fait que les victimes sont des enfants, alors que d'autres fois elles les englobent avec les victimes adultes. Ensuite, il arrive que lorsqu'elles les identifient, les conséquences que les juridictions en tirent manquent de clarté par rapport aux textes qu'elles interprètent (a). Tous ces éléments conduisent enfin à une interprétation des textes qui n'est pas toujours cohérente (b).

<sup>50</sup> TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, op. cit., par. 732.

<sup>51</sup> *Ibid.*

a. *L'absence d'identification des enfants comme tels en tant que victimes de violences sexuelles*

En ce qui concerne l'identification spécifique des enfants comme victimes de violences sexuelles à côté des victimes adultes, les tribunaux ont parfois mis en lumière la situation vulnérable des enfants face à la violence sexuelle. Cependant, une particularité apparaît à l'examen des cas de violences sexuelles contre les enfants dans les différentes décisions. Les tribunaux manquent souvent d'identifier particulièrement les enfants et les considèrent parfois même comme des adultes après les avoir qualifiés d'enfants dans d'autres passages. Par exemple, dans l'affaire *Kunarac* devant le TPIY, le Procureur a identifié plusieurs enfants victimes de violences sexuelles, en notant systématiquement leur âge<sup>52</sup>. Pourtant, dans ses jugements, le Tribunal n'a pas toujours adopté une position cohérente concernant le traitement spécifique accordé aux enfants victimes de violences sexuelles. En effet, parfois le Tribunal a fait référence aux filles spécifiquement par leur âge, mais il les a également souvent mélangées avec des adultes. C'est le cas de A. B., une fillette de douze ans<sup>53</sup>, qui a été qualifiée comme telle alors que dans d'autres passages de l'arrêt, la même victime A. B. est qualifiée de femme<sup>54</sup>. Il en a été de même pour certaines filles de treize et seize ans dans l'affaire *Brđanin*<sup>55</sup>. Le TPIR a également adopté une approche similaire. Par exemple, dans des affaires concernant des victimes de violences sexuelles impliquant les enfants, le TPIR, en recourant à l'expression jeunes filles, ne se limitait pas aux enfants. Il utilisait cette expression pour désigner aussi de jeunes adultes<sup>56</sup>.

Cette identification confuse des personnes soumises aux violences sexuelles, dont il est difficile de savoir si elle est intentionnelle ou non<sup>57</sup>, a pour conséquence d'obscurcir la connaissance véritable des victimes à savoir s'il agit d'enfants ou d'adultes. Cela est exacerbé par le fait que les tribunaux ne mentionnent pas non plus dans ces affaires que les enfants bénéficient d'une protection spéciale en vertu du droit international humanitaire. Il est vrai que dans les dispositions qui incriminent les violences sexuelles, aucune distinction n'est faite eu égard à l'âge des victimes. Sur ce point, il est impossible de reprocher aux tribunaux une interprétation erronée des textes puisqu'il n'y a pas besoin de distinguer là où le droit ne distingue pas. L'intérêt d'identifier les enfants victimes de violences sexuelles ne réside pas dans la volonté de créer un régime spécial en ce qui concerne l'incrimination de ces

<sup>52</sup> TPIY, *Prosecutor v. Kunarac and al.* (Third Amended Indictment (*Kunarac and Kovač*)), n° ICTY-96-23-PT, 8 November 1999, par. 1.7. et 11.1.

<sup>53</sup> TPIY, *Prosecutor v. Kunarac and al.*, Trial Judgment, n° ICTY-96-23-PT, 22 February 2001, par. 42, 56, 63, 749, 754 and 758; *Prosecutor v. Stanišić and Župljanin* (Judgment) n° ICTY-08-91-T, 27 March 2013, par. 603, 633 and 682; *Prosecutor v. Zelenović* (Judgment) n° ICTY-96-23/2-S, 4 April 2007, par. 22-23.

<sup>54</sup> TPIY, *Prosecutor v. Kunarac and al.*, *op. cit.*, par. 42.

<sup>55</sup> TPIY, *Prosecutor v. Brđanin*, (Judgment) n° ICTY-99-36-T, 1 September 2004, par. 514 and 518.

<sup>56</sup> TPIR, *Prosecutor v. Nđindiliyimana and al.*, (Judgment), n° ICTR-00-56-T, 17 May 2011, par. 1053; *Prosecutor v. Nyiramasuhuko and al.*, (Judgment), n° ICTR-98-42-T, 24 June 2011, par. 3129, 3132 and 3135.

<sup>57</sup> E. ALMILA, "Protecting Children from Sexual Violence in Armed Conflict under International Humanitarian Law – Discrepancies between Conventions and Practice of International Criminal Courts and Tribunals", *op. cit.*, p. 230.

actes à leurs propos. Il ne s'agit pas non plus de hiérarchiser les violences selon les victimes ou de considérer que les violences faites aux enfants sont plus importantes que celles commises sur les adultes. Il importe d'identifier les enfants puisque ces derniers font l'objet d'une protection spéciale en droit humanitaire. Mettre l'accent sur le fait qu'ils sont victimes permet également de déterminer si l'âge mineur des victimes et la nature sexuelle et sexiste des crimes peuvent constituer des circonstances aggravantes de la condamnation en conformité avec les textes des statuts des juridictions notamment.

*b. La nécessaire identification des enfants comme tels en tant que victimes de violences sexuelles*

Il convient de s'attarder sur l'influence que peut avoir l'identification des enfants victimes de violences sexuelles sur les jugements ordonnés par les tribunaux. Les tribunaux ont parfois considéré le jeune âge d'un enfant comme un facteur aggravant dans la détermination de la peine<sup>58</sup>. Cependant, en réalité, non seulement cela ne semble pas avoir été une pratique constante et cohérente de la part des tribunaux<sup>59</sup>, mais encore ceux-ci n'ont pas toujours tous indiqué en quoi l'âge devrait constituer ce facteur aggravant conformément aux textes du droit humanitaire ou du droit international pénal. Cette pratique incohérente a été davantage adoptée par les tribunaux spéciaux. Ce n'est finalement qu'avec la CPI que l'on va constater une évolution et un changement d'approche.

En ce qui concerne premièrement les tribunaux spéciaux, le TPIY prend par exemple en considération le fait que les enfants doivent être regardés comme des personnes vulnérables. Cependant, le Tribunal n'a pas eu une approche régulière de la manière dont il prend en compte la vulnérabilité des enfants face aux violences sexuelles. Il a eu une pratique incohérente sur la prise en compte de la vulnérabilité de l'enfant qu'il considère parfois comme une circonstance aggravante en vue de la peine, parfois comme une circonstance affectant la gravité du crime<sup>60</sup>. Il en est de même avec le TPIR dont la prise en compte de la vulnérabilité des enfants victimes de violences sexuelles n'a pas toujours été cohérente. Par exemple, le Tribunal indique dans l'affaire *Nyiramasuhuko et autres* que le fait que de nombreuses victimes étaient « particulièrement vulnérables » devait être considéré comme une circonstance aggravante<sup>61</sup>. Toutefois, le Tribunal ne développe pas plus cette affirmation et n'indique aucune référence dans son Statut selon laquelle l'âge des victimes devrait constituer une circonstance aggravante. Paradoxalement dans d'autres situations, le Tribunal relève certes l'âge mineur de la victime, mais il n'en tire aucune conséquence par rapport à la vulnérabilité ou au fait que cela puisse

<sup>58</sup> L. BAIG, "Sentencing for Sexual Violence Crimes", in S. BRAMMERTZ and M. JARVIS (eds), *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 283.

<sup>59</sup> E. ALMILA, *Sexual Violence against Children in Armed Conflict – The Influence of Conceptions of Childhood in International Law*, *op. cit.*, p. 221.

<sup>60</sup> TPIY, *Prosecutor v. Dragan Zelenović*, (Trial Judgement), n° IT-96-23/2-S, 4 April 2007, par. 39; *Stanišić and Župljanin*, (Trial Judgement), n° IT-08-91-T, 27 March 2013, par. 927 and 946; *Prosecutor v. Kunarac and al.*, Trial Judgment, *op. cit.*, par. 864, 874 and 879; *Prosecutor v. Brđanin*, Trial Judgement, *op. cit.*, par. 1106.

<sup>61</sup> TPIR, *Prosecutor v. Nyiramasuhuko and al.*, *op. cit.*, par. 6208.

influencer la gravité du crime ou la gravité de la peine. Ce fut notamment le cas dans l'affaire *Akayesu* avec le viol commis sur une fillette de six ans<sup>62</sup>.

De même, la jurisprudence du TSSL démontre la même incohérence dans la prise en compte des enfants et leur vulnérabilité face aux violences sexuelles et leur influence sur la condamnation. Dans l'affaire *AFRC*, la Chambre de première instance a considéré que la violence sexuelle commise, entre autres, sur de jeunes filles était un facteur aggravant ou un facteur affectant la gravité du crime à l'égard de chacun des accusés<sup>63</sup>. Cependant, dans l'affaire *RUF*, la Chambre de première instance a seulement noté que les enfants étaient particulièrement vulnérables, mais elle n'a pas considéré cela comme étant un facteur influençant la condamnation<sup>64</sup>. Enfin, dans l'affaire *Taylor*, la Chambre de première instance a mentionné l'âge comme un facteur aggravant<sup>65</sup>, mais il n'est pas clair d'après le texte du jugement si cela a réellement influencé la condamnation<sup>66</sup>. Comme il est possible de le constater, l'activité jurisprudentielle de ces tribunaux ne conduit pas à une appréhension claire et cohérente de la violence contre les enfants comme influençant la gravité des crimes<sup>67</sup>. S'il leur arrive de faire référence à la vulnérabilité des enfants, ils n'en tirent pas toujours les conséquences. Même lorsque des conséquences sont tirées par rapport à la gravité de la peine ou du crime, non seulement aucun fondement juridique n'est invoqué, mais encore il arrive que dans des décisions postérieures la solution change.

La CPI s'est également intéressée à la situation des enfants victimes de violences sexuelles. À la différence des tribunaux spéciaux, la Cour a adopté une approche beaucoup plus constante dans ses différentes décisions. En effet, toutes les fois où elle a traité de cette situation, elle a examiné chaque victime et noté l'âge de chacune des mineures, victimes de viol<sup>68</sup>. En plus de cette identification, elle en a tiré les conséquences par rapport à la condamnation. Dans l'affaire *Bemba*, elle a pris en considération l'âge mineur des victimes comme facteur aggravant. En effet, pour déterminer s'il existait des circonstances aggravantes, la Chambre de première instance a effectué une analyse détaillée de l'âge des jeunes victimes de violences sexuelles en notant que leur jeune âge<sup>69</sup> les rendait particulièrement vulnérables et sans défense, ce qui constituait une circonstance aggravante<sup>70</sup>.

<sup>62</sup> TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, *op. cit.*, par. 416-426, 449 et 452.

<sup>63</sup> TSSL, *Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu*, Sentencing Judgement, n° SCSL-04-16-T, 19 July 2007, par. 55, 75, 85 and 109.

<sup>64</sup> TSSL, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay and al.*, Sentencing Judgement, n° SCSL-04-15-T, 8 April 2009, par. 128.

<sup>65</sup> TSSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Sentencing Judgement, n° SCSL-03-01-T, 30 May 2012, par. 25.

<sup>66</sup> E. ALMILA, *Sexual Violence against Children in Armed Conflict – The Influence of Conceptions of Childhood in International Law*, *op. cit.*, p. 226.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Chambre de 1<sup>ère</sup> instance, Jugement rendu en vertu de l'article 74 du Statut, affaire n° ICC 01/05-01/08, 21 juin 2016, par. 467, 469, 489, 493, 511 et 516; *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, Chambre de 1<sup>ère</sup> instance, n° ICC-01/04-02/06, 8 juillet 2019, par. 89, 151, 174, 406, 413, 519, 521, 523 et 579.

<sup>69</sup> E. ALMILA, "Protecting Children from Sexual Violence in Armed Conflict under International Humanitarian Law – Discrepancies between Conventions and Practice of International Criminal Courts and Tribunals", *op. cit.*, p. 236-237.

<sup>70</sup> CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, *op. cit.*, par. 42-43.



Également dans l'affaire *Ntaganda*, l'accusé a fait l'objet d'une condamnation au titre des violences sexuelles commises sur les enfants. Par exemple, il a été condamné à dix-sept ans d'emprisonnement pour les viols commis sur les enfants et quatorze ans d'emprisonnement pour ceux qui ont été soumis à l'esclavage sexuel. Ce qui est particulièrement intéressant, c'est qu'au moment de fixer les peines, la Cour a tenu compte, selon ses propres termes, de la particulière vulnérabilité des enfants victimes et sans défense au sein de la population civile comme circonstance aggravante<sup>71</sup>. Il s'agissait d'enfants dont l'âge variait entre onze et treize ans. La Cour a même précisé que « constatant l'impact du maintien en état de privation de liberté sur une fille aussi jeune (11 ans), l'âge de la victime est considéré par la Chambre comme constituant également une circonstance aggravante aux fins des chefs 7 et 8 »<sup>72</sup>.

Au regard des éléments de jurisprudence qui précèdent, il est possible de s'interroger sur la conformité aux différents Statuts des décisions rendues par les tribunaux quant au fait que l'âge des victimes puisse constituer un facteur aggravant du crime ou de la peine. L'interrogation a un intérêt dans la mesure où, en réalité, il convient de noter que les circonstances aggravantes n'ont pas été définies ni dans les Statuts des tribunaux spéciaux et dans leur Règlement de procédure et de preuve ni dans ceux concernant la CPI.

À propos des tribunaux spéciaux, dans le Règlement de procédure et de preuve du TPIY par exemple, il est simplement mentionné que « [l]orsqu'elle prononce une peine, la Chambre de première instance tient compte des dispositions prévues au paragraphe 2) de l'article 24 du Statut, ainsi que : i) de l'existence de circonstances aggravantes »<sup>73</sup>. L'article 24, paragraphe 2, du Statut indique qu'au moment d'indiquer la peine « la Chambre de première instance tient compte de facteurs tels que la gravité de l'infraction ». Ces deux textes n'indiquent pas si les violences sexuelles en général et celles commises sur les enfants notamment constituent un facteur aggravant de la peine ou un facteur de gravité du crime. Le Règlement renvoie cependant à « la grille générale des peines d'emprisonnement telles qu'appliquées par les tribunaux en ex-Yougoslavie »<sup>74</sup>. À cet égard, il faut rappeler que conformément à l'article 181 du Code pénal yougoslave de 1965, constituaient des circonstances aggravantes « l'acte sexuel et la débauche contre nature avec un mineur ». Le Code prescrivait d'ailleurs des peines plus sévères pour ces infractions dans la mesure où elles étaient commises sur mineur<sup>75</sup>. Le fonctionnement et les formulations sont sensiblement les mêmes en ce qui concerne le TPIR, le TSSL au regard de leurs Statuts et des règles pénales internes rwandaises et sierra-léonaises. Il est possible d'en déduire que la qualification des violences sexuelles commises sur les enfants comme circonstances aggravantes était en conformité avec l'esprit des Statuts de ces juridictions. Même si les textes de DIH sont silencieux, l'approche pénale a permis de considérer comme

<sup>71</sup> CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, Chambre de 1<sup>ère</sup> instance, n° ICC-01/04-02/06, jugement portant condamnation, 7 novembre 2019, par. 121.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> Article 101, par. B i), du Règlement de procédure et de preuve du TPIY du 11 février 1994, IT/32/Rev. 50.

<sup>74</sup> Article 101, par. B iii), du Règlement de procédure et de preuve du TPIY.

<sup>75</sup> M. BAYER, « Yougoslavie – Les circonstances aggravantes d'après le Code pénal yougoslave et d'après la pratique des tribunaux », *Revue internationale de droit pénal*, Vol. 36, 1965, p. 779-780.

facteur aggravant les actes commis sur les enfants. Le reproche qui peut être fait à ces tribunaux est celui de ne pas avoir indiqué clairement le fondement juridique de cette approche des circonstances aggravantes liée à la vulnérabilité des victimes et surtout de ne pas avoir adopté une jurisprudence cohérente sur cette question. C'est donc à cet égard que réside l'intérêt d'identifier les enfants dans les affaires, car s'il n'est pas question d'établir un régime spécial dans l'incrimination ou la qualification des actes comme des crimes internationaux, les textes permettent de les prendre en considération comme de véritables facteurs aggravants. Ces précisions auraient pu être apportées par les tribunaux, ce qui aurait davantage renforcé la protection des enfants et la lutte contre l'impunité.

Le même constat peut être tiré avec la jurisprudence de la CPI. Dans les affaires précédemment mentionnées, la Cour a mis en évidence le fait que la vulnérabilité des enfants constitue un facteur aggravant des crimes de violences sexuelles commis contre eux. Dans la décision qu'elle rend en l'affaire *Ntaganda*, la Cour ne mentionne pas, au passage dans lequel elle considère explicitement l'âge mineur de la victime comme facteur aggravant<sup>76</sup>, le fondement juridique qui justifie cette considération. On peut ainsi se demander si c'est de manière discrétionnaire qu'elle le fait ou si c'est en application de son Statut qu'elle juge ainsi. Pour avoir une réponse, il faut se référer à des passages précédents où la Cour analyse le cadre juridique de l'affaire pour trouver les références aux circonstances aggravantes. Sans y définir ce que sont les circonstances aggravantes, elle rappelle simplement que « la liste des circonstances aggravantes de la règle 145 (2) (b) du Règlement n'est pas exhaustive »<sup>77</sup>. Il en est de même avec la décision *Bemba* du 21 juin 2016 dans laquelle, après avoir suivi le schéma, la Chambre de première instance indique que les « soldats du MLC ont commis les crimes de viol à l'encontre de victimes particulièrement vulnérables, ce qui constitue une circonstance aggravante au sens de la règle 145-2-b-iii »<sup>78</sup> du Règlement de procédure et de preuve. En effet, la règle 145-2-b-iii du Règlement rappelle qu'au moment de fixer la peine la Cour doit tenir compte des circonstances aggravantes que sont, entre autres, la vulnérabilité particulière de la victime ou encore le mobile ayant un aspect discriminatoire. À cet égard, la particulière vulnérabilité des enfants au sens du Statut de la Cour a déjà été rappelée. Le Bureau du Procureur a indiqué que les peines seront requises en tenant « dûment compte de la dimension sexuelle et sexiste des crimes reprochés [...] comme facteur aggravant et révélateur de la gravité des crimes en question »<sup>79</sup>. Il précise encore qu'au sens de la règle 145-2-b-iii, « [l]a commission d'un crime ayant un aspect discriminatoire, notamment pour des motifs d'ordre sexiste, ou lorsque la victime est particulièrement vulnérable, constitue en tant que tel des circonstances aggravantes »<sup>80</sup>; et « pourra être traitée comme un facteur aggravant ou constituer un élément du facteur de gravité à prendre en compte dans la détermination de la peine »<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, *op. cit.*, par. 121.

<sup>77</sup> *Id.*, par. 17.

<sup>78</sup> CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, *op. cit.*, par. 43.

<sup>79</sup> Le Bureau du Procureur, *Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste*, CPI, juin 2014, p. 42, par. 99.

<sup>80</sup> *Id.*, p. 43, par. 100.

<sup>81</sup> *Id.*, p. 43, par. 101.

En somme, comme il est possible de le constater, l'âge de la victime et la nature sexuelle du crime sont des facteurs aggravants au sens des textes instituant les juridictions. Dans ces conditions, lorsque le crime de violence sexuelle est commis contre une victime mineure, il est tout à fait conforme au droit que les juridictions insistent sur ce double facteur aggravant. C'est la raison pour laquelle il peut être reproché aux tribunaux spéciaux de ne pas avoir suffisamment identifié les enfants victimes de violences sexuelles et de ne pas avoir tenu une position constante et cohérente sur la prise en compte de la vulnérabilité des victimes face aux violences sexuelles. Aujourd'hui, la CPI fonctionne différemment et adopte une approche qui est à la fois utile pour le renforcement de la protection des enfants et conforme à l'application des règles qui encadrent son fonctionnement. La CPI développe depuis quelques années une jurisprudence qui tient évidemment compte des enfants victimes de violences sexuelles. Cette approche éclaire et développe la protection également garantie par les textes du DIH. Ce développement l'a conduite aujourd'hui à incriminer les violences sexuelles commises sur les enfants soldats alors que plusieurs observateurs et d'autres tribunaux ont adopté une approche différente.

## **B. L'incrimination des violences sexuelles commises sur les enfants soldats**

À l'instar des enfants qui sont au sein de la population civile, les enfants soldats sont aussi confrontés à des cas de violences sexuelles qui peuvent être de divers ordres<sup>82</sup>. Ces violences peuvent non seulement être le fait de groupes armés adverses, mais aussi et surtout de leurs camarades des groupes armés au sein desquels ils sont intégrés. Poursuivre un membre d'une force armée adverse pour des violences commises sur un enfant appartenant à un autre groupe armé n'a jamais posé véritablement de difficultés eu égard au droit international<sup>83</sup>. Cependant, considérer comme crimes internationaux des violences sexuelles commises par les membres d'un même groupe armé sur leurs camarades, notamment sur les enfants soldats, n'a pas toujours été évident. En effet, les textes ne spécifient pas que les enfants qui prennent part aux hostilités demeurent protégés contre les violences sexuelles commises par des membres de leurs groupes armés<sup>84</sup>. Longtemps perçus comme d'éternels bourreaux<sup>85</sup>, les enfants soldats ont été pendant des décennies exclus de la protection accordée aux enfants contre les violences sexuelles commises par leurs camarades. Du point de vue moral, il est clair que la violence sexuelle contre tous les enfants, quel que soit leur statut et qui qu'en soient les auteurs, doit être interdite et les auteurs doivent faire face aux conséquences de leurs actes. Cependant, d'un point de vue juridique, l'incrimination des violences sexuelles sur les enfants soldats par leurs camarades a suscité des difficultés, des interrogations et des doutes quant à l'application et l'interprétation par les juridictions internationales des textes du DIH et du droit international pénal. Le problème est en effet lié à l'interprétation du

<sup>82</sup> M. DENO, *Child Soldiers: Sierra Leone's Revolutionary United Front*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 122-133.

<sup>83</sup> Art. 77, par. 1 et 3, du PA I; Art. 4, par. 3, du PA II.

<sup>84</sup> R. GREY, "Sexual Violence against Child Soldiers – The limits and potential of international criminal law", *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 16, 2014, p. 606.

<sup>85</sup> M. DENO, *Child Soldiers: Sierra Leone's Revolutionary United Front*, *op. cit.*, p. 6.

cadre juridique pour s'assurer de couvrir toutes les violences sexuelles commises sur les enfants dans les conflits armés sans risquer d'altérer certains de ses concepts fondamentaux<sup>86</sup>. C'est en ce sens que plusieurs interprétations ont été proposées. Il a d'abord été indiqué que la qualification comme crimes de guerre des violences sexuelles commises sur les enfants soldats au sein de leurs groupes armés pouvait tirer son fondement de l'interdiction du recrutement des enfants de moins de quinze ans pour participer directement aux hostilités (1). L'insuffisance de cet argument lié notamment à une violation du principe de légalité a conduit les juridictions à ne pas en tenir compte. Celles-ci ont plutôt mis en avant des considérations fondées sur la non-exhaustivité des personnes protégées en DIH en procédant à une interprétation *large* des textes. Si cette interprétation a été contestée, ce qui lui sera ensuite reproché dans cet article n'est pas son absence de conformité au droit comme cela a été soulevé en doctrine et même souvent au cours des procès (2); mais plutôt le fait que certains éléments importants manquaient dans la démonstration des juges pour lever tous les doutes sur cette incrimination (3).

1. *L'argument infondé d'une incrimination tirée du principe de la participation directe aux hostilités*

La question des violences sexuelles sur les enfants soldats a particulièrement été abordée dans l'affaire *Lubanga* entre 2008 et 2013. Dans son acte d'accusation, le Procureur souhaitait faire condamner M. Lubanga au motif des violences sexuelles commises sur les enfants soldats dans la mesure où selon lui, ces violences constituaient des crimes de guerre<sup>87</sup>. La Cour ne retint pas les charges sur ce point, car la majorité considéra que le Procureur n'avait pas fourni assez de preuves démontrant l'existence de telles violences. Cependant, dans son opinion dissidente, le juge Odio BENITO développa une argumentation selon laquelle il était possible d'incriminer les violences sexuelles faites au sein d'un même groupe, car de telles violences feraient partie de l'utilisation des enfants pour participer directement aux hostilités, ce qui est évidemment interdit en droit international notamment pour ceux de moins de quinze ans. Elle considéra que la violence sexuelle est un élément intrinsèque de la conduite criminelle de l'utilisation des enfants à la participation active aux hostilités<sup>88</sup>, car conclure autrement rendrait « invisible cet aspect critique du crime »<sup>89</sup>. Toutefois, eu égard à deux principales raisons, cet argument n'est pas convaincant et suffisant pour démontrer la manière dont les violences sexuelles sur les enfants soldats par leurs camarades constitueraient une violation du DIH. La première raison est relative au risque que ce raisonnement aurait de diminuer la protection des enfants en faisant d'eux des cibles militaires légitimes. La seconde raison tient au fait que cet argument violerait le principe de légalité.

<sup>86</sup> E. ALMILA, *Sexual Violence against Children in Armed Conflict – The Influence of Conceptions of Childhood in International Law*, *op. cit.*, p. 267.

<sup>87</sup> CPI, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Prosecution's closing brief, n° ICC-01/04-01/06-2748-Red, 21 July 2011, Trial Chamber I, par. 139-143.

<sup>88</sup> CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de 1<sup>ère</sup> instance, Jugement rendu en vertu de l'article 74 du Statut, opinion séparée et dissidente de la Juge Odio BENITO, n° ICC-01/04-01/06-2842, 14 mars 2012, par. 20.

<sup>89</sup> *Id.*, par. 16–19 (nous traduisons).

En ce qui concerne la première raison évoquée, le raisonnement tenu par la juge BENITO n'est pas en adéquation avec la protection envisagée ici sur deux fondements principaux. Premièrement, pour identifier la participation directe aux hostilités, la CPI utilise comme critères le « soutien fourni par l'enfant aux combattants » et le « risque consécutif » qui en découle ; c'est-à-dire si le soutien fourni par l'enfant « l'exposait à un danger réel en tant que cible potentielle »<sup>90</sup>. Cela signifie qu'« un lien avec le combat est néanmoins requis »<sup>91</sup> pour que soit établie la participation directe aux hostilités. La Cour poursuit en indiquant que certaines activités sont « manifestement sans rapport avec les hostilités », telles que « les livraisons de nourriture à une base aérienne ou l'utilisation de personnel domestique dans les quartiers des officiers mariés »<sup>92</sup>. Par conséquent, comme l'indique Tilman Rodenhäuser, il serait difficile de conclure que les violences sexuelles commises par des membres d'un groupe armé contre des enfants appartenant au même groupe ont un lien suffisant avec les opérations de combat<sup>93</sup>. Au contraire, à l'instar des tâches domestiques dans un quartier d'officiers, ces violences n'ont pas de rapport avec les hostilités. Par conséquent, être utilisé à des fins sexuelles ne peut pas être considéré comme équivalant à une participation active aux hostilités au sens de l'article 8 (2)(e) (vii) du Statut de la CPI<sup>94</sup>. Deuxièmement, abonder dans le sens de la juge BENITO conduirait à une diminution de la protection des enfants soldats puisqu'en vertu du DIH, les personnes qui participent activement aux hostilités perdent leur protection contre les attaques de la partie adverse<sup>95</sup>. Concrètement, l'application de la norme juridique de la participation active aux hostilités aux enfants soldats victimes de violences sexuelles empêcherait non seulement la poursuite de ce crime et la protection des victimes ; mais encore elle impliquerait potentiellement que les enfants victimes de violences sexuelles commises par les auteurs de leur propre camp pourraient devenir des cibles militaires légitimes alors qu'ils ne mènent pas d'activités en lien avec les combats<sup>96</sup>. Ils seraient ainsi privés d'une partie de la protection spéciale dont ils jouissent, seraient davantage soumis à une discrimination contrairement aux autres enfants<sup>97</sup>. Par conséquent, « [*children*] *who are forced to provide sexual services to members of an armed group, but do not otherwise engage in military activities, may be adversely affected by a finding that these sexual services constitute active participation in hostilities* »<sup>98</sup>. Et en tout état de cause, cette posture n'est pas convaincante, car elle aurait pour effet de priver les enfants de leur statut de civils et de la protection dont ils bénéficient en vertu du DIH<sup>99</sup>.

<sup>90</sup> CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, *op. cit.*, par. 630.

<sup>91</sup> *Id.*, par. 621.

<sup>92</sup> *Id.*, par. 623.

<sup>93</sup> T. RODENHAUSER, "Squaring the Circle: Prosecuting Sexual Violence against Child Soldiers by their Own Forces", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, March 2016, p. 181.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> Art. 51 du PA I ; Art. 4 du PA II ; Voy. les dispositions de la CG IV.

<sup>96</sup> N. H. B. JØRGENSEN, "Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 11, 2012, p. 683-684.

<sup>97</sup> A. M. BERINGOLA, "Ensuring Protection of Child Soldiers from Sexual Violence: Relevance of the Ntaganda Decision on the Confirmation of Charges in Narrowing the Gap", *Amsterdam Law Forum*, Vol. 8, 2016, p. 62.

<sup>98</sup> R. GREY, "Sexual Violence against Child Soldiers – The limits and potential of international criminal law", *op. cit.*, p. 607.

<sup>99</sup> T. RODENHAUSER, "Squaring the Circle: Prosecuting Sexual Violence against Child Soldiers by their Own Forces", *op. cit.*, p. 173.

En ce qui concerne la seconde raison principale évoquée pour contester le raisonnement de la juge BENITO, il s'agit de son lien avec le principe de légalité. Il est possible de considérer que l'incorporation de la violence sexuelle dans la définition de l'utilisation d'enfants pour participer activement aux hostilités constituerait une violation possible du principe de légalité<sup>100</sup>. Le principe de légalité prévoit que les individus ne peuvent être tenus pénalement responsables d'actes qui n'étaient pas considérés comme un crime au moment de leur commission. Ceci est confirmé dans le Statut de Rome en ce qui concerne la compétence de la Cour<sup>101</sup>. Or, les règles interdisant et sanctionnant expressément l'enrôlement et la conscription des enfants<sup>102</sup> dans les groupes armés ne font pas des violences sexuelles des éléments constitutifs de ce crime de guerre. Il s'agirait d'une interprétation erronée de considérer le second élément comme faisant partie du premier au regard des dispositions évoquées. Contourner ainsi les principes fondamentaux du droit international pénal, tels que le principe de légalité, au nom de la protection des enfants ne renforcerait pas la crédibilité de la Cour et encore moins la protection envisagée des enfants<sup>103</sup>.

C'est la raison pour laquelle, même si cela a été critiqué en doctrine, il a été important de détacher les deux types de conduite et de poursuivre comme crimes internationaux les actes de violences sexuelles commis au sein d'un même groupe indépendamment du crime d'enrôlement et de conscription des enfants soldats.

## 2. *L'argument de la CPI fondé sur l'absence d'exclusion expresse dans les textes*

Après plusieurs hésitations, les juridictions pénales se sont intéressées à la qualification effective des violences sexuelles commises sur les enfants soldats comme crimes internationaux et particulièrement comme crimes de guerre. Dans l'affaire *Taylor*<sup>104</sup>, la Chambre de première instance du TSSL a conclu que des violences sexuelles contre Akiatu Tholley – une fille soldat de moins de quinze ans qui avait été violée par un membre de son propre groupe et soumise à de l'esclavage sexuel – constituait un crime de guerre au sens de l'article 3(e) de son Statut<sup>105</sup>. Devant la CPI, la question a été développée dans le cadre de l'affaire *Ntaganda*. En 2014, lors de la procédure de confirmation des charges, la Procureure va, pour accuser le prévenu de crimes de guerre, mettre l'accent spécialement sur les violences sexuelles – notamment les viols et l'esclavage sexuel – commises sur les enfants soldats par les membres des groupes armés auxquels ils appartiennent<sup>106</sup>. Pour démontrer que ces actes constituent des crimes de guerre, la Chambre préliminaire décida d'interpréter

<sup>100</sup> R. GREY, "Sexual Violence against Child Soldiers – The limits and potential of international criminal law", *op. cit.*, p. 607.

<sup>101</sup> Art. 22 du Statut de Rome; N. H. B. JØRGENSEN, "Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law", *op. cit.*, p. 679-684.

<sup>102</sup> Art. 77, par. 2 et 3, du PA I; Art. 4, par. 3, du PA II; Art. 8, par. 2 c) vii), du Statut de Rome.

<sup>103</sup> E. ALMILA, *Sexual Violence against Children in Armed Conflict – The Influence of Conceptions of Childhood in International Law*, *op. cit.*, p. 274-275.

<sup>104</sup> TSSL, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, n° SCSL-03-01-T, 18 May 2012, Trial Chamber II, Counts 4, 5 and 6.

<sup>105</sup> *Id.*, par. 1206.

<sup>106</sup> CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, Transcript n° ICC-01/04-02/06-T-10-Red-ENG, 13 February 2014, Pre-Trial Chamber II, par. 100.

différemment les textes du DIH relatifs à la protection des enfants contrairement au TSSL dans les affaires *RUF*. La Chambre a tenu un raisonnement remarquable et cohérent en vue de la protection des enfants soldats. Elle considéra que si les enfants perdent leur protection lorsqu'ils participent directement aux hostilités, aussi longtemps que dure cette participation aux hostilités, ils ne peuvent cependant et logiquement pas avoir pris une part directement ou activement aux hostilités au moment précis où les violences sexuelles ont eu lieu. Dès lors, les enfants soldats victimes de violences sexuelles, en l'espèce le viol et l'esclavage sexuel, ne peuvent être considérés comme ayant pris une part active aux hostilités au moment précis où ils sont victimes d'actes de nature sexuelle impliquant des éléments de force et de coercition<sup>107</sup>. En conséquence, la Chambre a jugé pour la première fois que les enfants soldats étaient protégés par le DIH lorsque les violences sexuelles ont lieu, de sorte que les actes de violence sexuelle constituaient des crimes de guerre au sens de l'article 8 (2)(e) (vi)<sup>108</sup>.

Ce jugement est logique et conforme au droit et peut être justifié par le fait, par exemple, que, pour une victime d'esclavage sexuel<sup>109</sup>, cette violence sexuelle continue aussi longtemps que l'auteur exerce des droits de propriété sur la victime ou la prive de manière similaire de sa liberté, et qu'au moins une occasion l'oblige à se livrer à un acte sexuel. En ce sens, le crime continue même pendant que la victime participe activement ou directement aux hostilités, ce qui inclut des tâches telles que la tenue de postes de contrôle, la garde ou la transmission de messages, ainsi que la participation au combat<sup>110</sup>. Cela signifie qu'un enfant soldat victime de violences sexuelles lorsqu'il participe directement aux hostilités peut en même temps être soumis à l'esclavage sexuel<sup>111</sup>. Par ailleurs, cette décision indique bien que si l'enfant perd sa protection lorsqu'il participe activement aux hostilités, cette perte de protection au moment de la participation active ne concerne que les groupes adverses qui peuvent prendre l'enfant pour cible au moment des combats. Or, si l'enfant tombe sous les mains de la puissance ennemie durant les hostilités, il est protégé en vertu des règles du droit international contre toute atteinte à la pudeur et à son intégrité. Il va de soi qu'avant, pendant et après la participation aux hostilités, l'enfant est également protégé contre les violences sexuelles commises par son propre camp. Si cette conclusion a été approuvée par différents commentateurs et plus tard par la Chambre d'appel. Cette dernière n'aura pas indiqué concrètement et juridiquement ce qui justifie que les violences sexuelles au sein d'un même groupe soient considérées comme des crimes de guerre puisque les textes du DIH et même le Statut de la CPI ne le prévoient pas explicitement.

<sup>107</sup> CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, Décision rendue en vertu de l'article 61(7)(a) et (b) du Statut de Rome sur les charges du procureur contre Bosco Ntaganda, n° ICC-01/04-02/06-309, 9 juin 2014, Chambre préliminaire II, par. 79.

<sup>108</sup> *Id.*, par. 80.

<sup>109</sup> Il se définit par le fait que l'auteur exerce des droits de propriété sur la victime ou impose à la victime une privation de liberté similaire, et oblige la victime à se livrer à des actes sexuels (Éléments des crimes Article 8(2)(b)(xxii)-2; Article 8(2)(e)(vi)-2).

<sup>110</sup> N. JØRGENSEN, "Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law", *op. cit.*, p. 669.

<sup>111</sup> R. GREY, "Sexual Violence against Child Soldiers – The limits and potential of international criminal law", *op. cit.*, p. 614.

En 2017, la Chambre d'appel va, dans la même affaire, choisir une autre voie en vue de l'incrimination des violences sexuelles sur les enfants soldats<sup>112</sup>. Elle a déclaré qu'il n'y avait pas de disposition expresse dans les articles du Statut de Rome sur la violence sexuelle en tant que crime de guerre indiquant que les victimes de viol ou d'esclavage sexuel doivent être des personnes protégées au sens des Conventions de Genève ou des personnes ne prenant pas une part active dans les hostilités aux termes de l'article 3 commun. Les chapeaux de l'article 8 (2) (b) ou (e) ne stipulent pas non plus une telle exigence<sup>113</sup>. Elle rajouta que le point e) (vi) de l'article 8 du Statut de Rome, qui incrimine la violence sexuelle en tant que crime de guerre, n'inclut pas d'exigence relative au statut de la victime<sup>114</sup>. De l'avis de la Chambre, le droit protège « généralement » « les civils et les personnes hors de combat au pouvoir d'une partie au conflit », mais cela ne signifie pas qu'il existe « des limites quant aux personnes pouvant être victimes d'un tel comportement »<sup>115</sup>. Par conséquent, en « l'absence de toute règle générale excluant les membres des forces armées de la protection contre les violations commises par les membres de la même force armée, il n'y a aucune raison de supposer l'existence d'une telle règle spécifiquement pour les crimes de viol ou d'esclavage sexuel »<sup>116</sup>.

Comme il est possible de l'observer, la Cour se détache de l'argument faisant des violences sexuelles un élément constitutif du crime de recrutement des enfants soldats qui, comme nous l'avons vu, ne fonctionne pas et n'est pas en conformité avec la lettre et l'esprit des textes. Ce serait une interprétation erronée, elle juge donc à juste titre. Elle procède plutôt à une interprétation évolutive<sup>117</sup> des textes puisqu'elle n'exclut pas de la catégorie des personnes protégées les enfants soldats contre les violences sexuelles commises par leurs camarades, même si cette situation n'est expressément décrite ni dans les textes du droit humanitaire ni dans son Statut. Cette interprétation est en conformité avec l'objet et le but des traités qui sont de protéger et de sanctionner les violations commises sur les personnes civiles ou qui ne prennent pas part aux hostilités. La Cour s'attache, au cours de son interprétation, à mettre en application l'adage selon lequel il est interdit de distinguer là où la loi ne distingue pas. Dans la mesure où les textes ont disposé sans restriction ni condition, l'interprète n'a pas à y introduire des exceptions qui n'ont pas été prévues. Ainsi, en l'absence d'exclusion explicite ou même implicite, il n'y a pas de raison pour la Cour de laisser impunis des actes violant le DIH au motif qu'ils relèveraient du droit interne.

Or, il lui a été reproché en doctrine de s'écarter du droit en créant une nouvelle incrimination qui n'aurait pas été prévue par les textes et qui rendrait son interprétation non conforme au droit. Il s'agit de critiques sur lesquelles nous allons nous attarder et montrer en quoi cette décision est conforme au droit. Nous expliquerons également que la Cour aurait même pu faire usage d'autres arguments pour lever tout doute sur la conformité de son interprétation.

<sup>112</sup> CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, Jugement relatif à l'appel de M. Ntaganda contre la « deuxième décision relative à la contestation par la défense de la compétence de la Cour en ce qui concerne les chefs 6 et 9 », affaire n° ICC-01/04-02/06 OA5, 15 juin 2017.

<sup>113</sup> *Id.*, par. 46.

<sup>114</sup> *Id.*, par. 50-51.

<sup>115</sup> *Id.*, par. 64.

<sup>116</sup> *Id.*, par. 65.

<sup>117</sup> Sur la notion d'interprétation évolutive, Voy. J. FERRERO, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme – Contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international*, Paris, Pedone, 2019, 620 p.



### 3. L'argument infondé de l'impossibilité d'incriminer des actes commis par les membres d'un même groupe

La réception de la décision de la Chambre d'appel de la CPI dans l'affaire *Ntaganda* n'a pas été homogène. D'une part, elle a fait l'objet de critiques dans la mesure où elle ne serait pas conforme au droit. D'autre part, il est possible d'opposer aux critiques des arguments justifiant le bien-fondé et l'apport de cette décision dans le cadre de la protection des enfants contre les crimes internationaux dont ils sont l'objet.

Dans le cadre des critiques adressées à la décision, il est possible de se référer à l'analyse de Kevin Jon HELLER selon laquelle cette décision est incorrecte car elle a pour conséquence de transformer les règles du droit international. Selon l'auteur, cette décision altère le sens du droit international puisqu'elle signifierait que, désormais, les crimes de guerre n'ont pas besoin d'être des violations du droit international humanitaire. En prenant cette décision, la Chambre d'appel s'est tout simplement trompée et a méconnu le droit applicable. Selon l'auteur, au regard des règles en vigueur, il n'y a aucune preuve que le droit des conflits armés protège les membres des groupes armés contre les actes de violence dirigés contre eux par leurs propres forces<sup>118</sup>. Il s'agit d'un argument qui avait d'ailleurs été développé par la Chambre de première instance dans l'affaire *RUF* devant le TSSL. Cette chambre avait jugé que « [l]e droit des conflits armés internationaux n'a jamais eu pour objet de criminaliser les actes de violence commis par un membre d'un groupe armé contre un autre, un tel comportement restant avant tout de la compétence du droit pénal de l'État du groupe armé concerné et des droits de l'homme. À notre avis, une approche différente constituerait une reconceptualisation inappropriée d'un principe fondamental du droit international humanitaire. Nous ne sommes pas prêts à nous lancer dans un tel exercice »<sup>119</sup>.

Toutefois, contrairement aux critiques adressées et aux positions inverses, il est possible de juger la décision de la Chambre d'appel conforme au droit applicable dans les conflits armés. Cette conformité peut s'apprécier sur un fondement et un argument principal. Cet argument tient à une interprétation que l'on peut faire et qu'aurait pu faire la Cour au regard du principe selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude, en tenant compte du statut de civil des enfants soldats.

La protection de l'enfant soldat contre les violences sexuelles des membres de son groupe armé et l'incrimination de tels actes découlent de son statut de soldat qui lui a été attribué en violation des règles du droit international. C'est à cet égard qu'il est possible de faire appel et application du principe général du droit international selon lequel *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. L'enfant qui est fait soldat est en principe un membre de la population civile. Quand les groupes armés le recrutent pour en faire un enfant soldat, ce dernier devient soldat parce

<sup>118</sup> K. J. HELLER, "ICC Appeals Chamber Says A War Crime Does Not Have to Violate IHL", *Opinio Juris*, 15 July 2017, en ligne, <<http://opiniojuris.org/2017/06/15/icc-appeals-chamber-holds-a-war-crime-does-not-have-to-violate-ihl/>> (consulté le 17 octobre 2022).

<sup>119</sup> TSSL, *Prosecutor v. Issa Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao*, Trial Judgment, case n° SCSL-04-15-T-1251, 2 March 2009, par. 1453, 1455 and 1457.

qu'ils en ont fait un enfant soldat. L'enfant appartient désormais à un groupe armé mais en conséquence d'une violation du droit international. Il est alors impossible d'utiliser l'argument de l'appartenance au groupe pour justifier une violence sexuelle et échapper à une condamnation. Le statut d'enfant soldat ne peut pas être pris en considération parce que ce serait pour la défense au cours d'un procès une façon d'alléguer le crime commis, celui du recrutement de l'enfant en violation des règles du droit international, pour échapper à la sanction qu'elle encourt<sup>120</sup>. Ce n'est ni logique ni conforme au droit de supposer qu'un enfant qui a été extrait illicitement de la population civile – n'étant évidemment pas partie au conflit – et qui a été forcé de rentrer dans un camp, appartient à ce camp et que par conséquent, le droit humanitaire ne lui est pas applicable alors qu'il lui aurait été applicable s'il était resté un enfant civil. De cela, il en découle qu'un enfant soldat ne peut jamais être privé vis-à-vis de son recruteur du droit qu'il tient de la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas été recruté. Le statut d'enfant soldat ne peut être opposable au sein de son propre camp, car ce camp est responsable de la situation et il ne peut en tirer bénéfice.

Il s'agit d'un argument fondamental qui contredit toutes les critiques adressées et les affirmations contraires à la décision de la Cour qui aurait pu d'ailleurs l'évoquer plus clairement. Elle aborde certes le statut de civil de l'enfant soldat mais elle ne va pas au bout du raisonnement. Elle indique, par exemple, que les enfants notamment ceux de moins de quinze ans ne peuvent être regardés autrement que des civils quand bien même ils auraient été intégrés dans un groupe armé<sup>121</sup>. Ils ne perdent donc pas la protection qui leur est accordée puisque si un enfant est illicitement et souvent recruté de manière coercitive dans un groupe armé, la protection spéciale de l'enfant ne doit pas être perdue du fait de cet acte illicite<sup>122</sup>. En tant que personne civile, bien qu'ayant été intégré dans un groupe armé, l'enfant continue de bénéficier non seulement de la protection générale garantie aux personnes civiles durant les conflits armés mais encore de la protection spéciale applicable aux enfants. Dès lors, il n'y a aucune raison de ne pas considérer que des violences sexuelles commises sur une telle personne ne constituent pas une violation du DIH et ne puissent pas être qualifiées de crimes de guerre au sens du droit international pénal en vertu de l'article 8 du Statut de Rome.

Malgré les critiques et un manque de précisions sur le statut de l'enfant soldat, la CPI dans l'affaire *Ntaganda* règle définitivement le problème relatif à l'incrimination des violences faites aux enfants soldats par les membres de leur propre camp. Elle comble un vide et met fin à des interprétations erronées qui avaient pour effet de vider de leur sens les dispositions du DIH et de priver les enfants soldats d'une protection

<sup>120</sup> C'est justement cet argument que présenta la défense en 2014 dans l'affaire *Ntaganda* devant la CPI lors de la procédure de confirmation des charges. Elle déclara que « le droit international humanitaire n'est pas destiné à protéger les combattants contre les crimes commis par des combattants au sein d'un même groupe. Ces crimes relèvent du droit national et du droit international des droits de l'homme », (*Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Transcript ICC-01/04-02/06-T-10-Red-ENG, 13 February 2014, Pre-Trial Chamber II, 27, lines 22-25, nous traduisons).

<sup>121</sup> CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, Décision en vertu de l'article 61(7)(a) et (b) du Statut de Rome sur les charges du Procureur contre Bosco Ntaganda, n° ICC-01/04-02/06, Chambre préliminaire II, 9 juin 2014, par. 78.

<sup>122</sup> T. RODENHAUSER, "Squaring the Circle: Prosecuting Sexual Violence against Child Soldiers by their Own Forces", *op. cit.*, p. 183.

en créant une discrimination avec d'autres enfants. Dès l'instant où ce type d'actes est désormais qualifié de crime de guerre, il en découle que les auteurs ne peuvent rester impunis, car de telles actions engagent leur responsabilité internationale.

## **II. LES RESPONSABILITÉS INTERNATIONALES EN CAS DE VIOLENCES SEXUELLES COMMISES SUR LES ENFANTS**

Le développement de la justice pénale internationale a eu pour effet de donner l'opportunité aux juridictions pénales d'éclaircir, par leurs interprétations, les textes du droit international humanitaire par rapport à l'incrimination des violences sexuelles commises sur les enfants. Aujourd'hui, puisque ces actes constituent des crimes internationaux, la conséquence directe qui en découle est l'engagement de la responsabilité des auteurs de ces crimes. En réalité, la responsabilité évidente dont il est question est une responsabilité pénale individuelle puisque les juridictions pénales n'ont compétence que pour connaître des affaires concernant les individus (A). Toutefois, cette responsabilité n'exclut pas l'engagement de la responsabilité de l'État lorsque les crimes sont commis dans le cadre d'une politique systématique. Dans ce cas, sans qu'elle prenne tout de même un caractère pénal, la responsabilité internationale de l'État pourra être engagée simultanément ou indépendamment de la responsabilité individuelle des agents de l'État. Cette possibilité invite aussi à aborder la question de la relation entre ces types de responsabilités (B).

### **A. L'évidente responsabilité pénale individuelle pour les violences sexuelles**

Dans le cadre de l'activité pénale internationale, lorsque les actes incriminés sont constitutifs de crimes internationaux au sens des statuts des juridictions internationales, la conséquence logique qui en découle est la condamnation des auteurs de ces crimes<sup>123</sup>. Il s'agit d'un principe du droit pénal selon lequel l'auteur d'un crime doit être puni<sup>124</sup>. Il y a donc une responsabilité pénale individuelle qui est évidente. Elle suppose, d'une part, que chaque auteur des violences sexuelles sur les enfants réponde de ses actes. Il peut s'agir de la commission d'actes propres ou ceux concernant la responsabilité du commandement<sup>125</sup>. D'autre part, la peine d'emprisonnement de la personne condamnée peut être déterminée en prenant en compte l'existence des circonstances aggravantes.

Premièrement, en ce qui concerne la répartition de la responsabilité, le Statut de Rome envisage par exemple la responsabilité individuelle pour les actes directement commis par la personne accusée<sup>126</sup> et la responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques<sup>127</sup>. Ce principe s'applique également en ce qui concerne

<sup>123</sup> Art. 25, par. 2 et 3, du Statut de Rome.

<sup>124</sup> CDI, *Rapport de la CDI sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, 48<sup>e</sup> session, Annuaire de la CDI, 1996, Vol. II, p. 18-19; C. TOMUSCHAT, « La cristallisation coutumière », in H. ASCENCIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 38-39.

<sup>125</sup> Art. 25, par. 3, du Statut de Rome.

<sup>126</sup> Art. 25 du Statut de Rome.

<sup>127</sup> Art. 28 du Statut de Rome.

les violences sexuelles commises sur les enfants. C'est dans ce contexte que nous pouvons rappeler l'affaire *Dominic Ongwen* impliquant des violences sexuelles commises sur les enfants. La Cour a distingué, en vertu de l'article 25, paragraphe 3, la responsabilité pénale individuelle de l'accusé pour les violences sexuelles et à caractère sexiste perpétrées directement par Dominic Ongwen de celles qu'il n'a pas commises directement mais auxquelles il a participé « dans le cadre d'un effort coordonné et méthodique dans la brigade de Sinia entre le 1<sup>er</sup> juillet 2002 et le 31 décembre 2005 »<sup>128</sup>. Ces crimes sexuels concernaient le mariage forcé en tant qu'autre acte inhumain constitutif de crime contre l'humanité; le viol en tant que crime contre l'humanité et crime de guerre; l'esclavage sexuel en tant que crime contre l'humanité et crime de guerre et les grossesses forcées en tant que crimes contre l'humanité et crimes de guerre. Les mêmes actes ont fait l'objet de chefs d'accusation différents selon qu'ils ont été commis directement par l'auteur ou commis par son intermédiaire ou sa responsabilité en tant que supérieur hiérarchique<sup>129</sup>.

Deuxièmement, dans le cadre de l'engagement de la responsabilité de l'auteur des crimes, il est possible que celui-ci soit condamné à une peine d'emprisonnement dont la détermination dépendra, comme cela a été indiqué, des facteurs ou circonstances aggravants. Ces derniers sont ici liés à la vulnérabilité des victimes du fait de leur âge mineur<sup>130</sup>. Ils sont également liés à la nature des crimes étant entendu que le crime sexuel et à caractère sexiste constituent un crime de guerre, un crime contre l'humanité ou un génocide<sup>131</sup>. Deux exemples peuvent nous permettre d'illustrer cela même s'il est possible d'apporter des critiques à la manière dont la Cour procède finalement dans ses jugements.

Dans *Ntaganda*, après avoir rappelé que les violences sexuelles commises sur les enfants constituent des circonstances aggravantes, la Chambre d'appel a condamné l'accusé à différentes peines d'emprisonnement pour chaque type de violences constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité<sup>132</sup>. Par exemple, pour les viols commis contre les populations civiles, il a été condamné à vingt-huit ans d'emprisonnement. Pour les viols commis contre les enfants âgés de moins de quinze ans incorporés dans le groupe armé UPC/FPLC, Bosco Ntaganda a été condamné à dix-sept ans d'emprisonnement. Il a encore été condamné à douze ans d'emprisonnement pour les actes d'esclavage sexuel commis contre les populations civiles. Si la plus longue durée d'une condamnation à temps ne peut excéder trente ans en vertu de l'article 77 du Statut de Rome, la Chambre n'indique pas ici comment elle a déterminé les peines indiquées en prenant en compte les circonstances aggravantes liées à l'âge mineur des victimes et au caractère sexuel des crimes. Il en a été de même dans l'affaire *Dominic Ongwen* dans laquelle l'accusé a été reconnu coupable et condamné pour avoir commis des mariages forcés impliquant des enfants. La Cour a constaté que ces actes relevaient

<sup>128</sup> CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, n° ICC-02/04-01/15, Jugement, 6 mai 2021, par. 325.

<sup>129</sup> Pour les actes commis directement par lui il s'agissait des chefs d'accusation 50, 53, 54, 55, 56, 58 et 59. Quant aux actes impliquant indirectement l'accusé, il s'agissait des chefs d'accusation 61, 64, 65, 66 et 67.

<sup>130</sup> CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, jugement portant condamnation, *op. cit.*, par. 121.

<sup>131</sup> Le Bureau du Procureur, *Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste*, *op. cit.*, p. 42, par. 99 et s.; Règle 145 du Règlement de procédure et de preuve de la CPI.

<sup>132</sup> CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, jugement portant condamnation, *op. cit.*, par. 246.

de la catégorie des autres actes inhumains au titre de l'article 7, paragraphe 1 k), du Statut relatif aux crimes contre l'humanité. À ce propos, le 6 mai 2021, la Chambre IX a condamné Dominic Ongwen à vingt ans d'emprisonnement pour le crime de mariage forcé en rappelant que certaines victimes des mariages forcés étaient des enfants au moment des faits. Elle précise même qu'il avait conscience de leur jeune âge et que son souhait était d'ailleurs qu'elles soient des enfants aux fins de créer des relations conjugales avec elles<sup>133</sup>. Toutefois, à l'instar de la décision *Ntaganda*, la Chambre n'a pas indiqué si et comment elle avait tenu compte de la spécificité de l'âge des victimes dans la caractérisation de la gravité du crime ainsi que dans la détermination de la peine.

En effet, l'article 78 du Statut de Rome et la règle 145 du Règlement de procédure et de preuve prévoient que la Cour doit tenir compte des circonstances et facteurs aggravants lorsqu'elle fixe la peine. Certainement qu'en amont de la décision, la Cour opère ce travail. Toutefois, dans la mesure où les violences sexuelles constituent des facteurs aggravants<sup>134</sup> et que leur commission sur des enfants accroît la gravité des crimes selon les termes de la Cour<sup>135</sup> en conformité avec le Règlement de procédure et de preuve, il aurait paru logique qu'elle indique la manière dont ces circonstances aggravantes ont influencé la fixation des peines. Ne pas le faire laisse un vide sur les moyens par lesquels la Cour procède à l'évaluation des circonstances et la détermination de la peine. Concrètement, il aurait été utile, pour l'interprétation des textes, que la Cour clarifie comment la situation vulnérable des enfants associée à la nature sexuelle et sexiste des crimes peut alourdir les peines prononcées. Cela aurait également contribué au renforcement de la lutte contre l'impunité et permis de favoriser un régime particulier de prévention dans les conflits étant entendu que porter atteinte à l'intégrité des enfants emporterait des conséquences plus lourdes pour les auteurs de violences sexuelles. La Cour, tout en précisant que le fait que les victimes soient des enfants constituait une situation aggravante, n'a tout de même pas expliqué clairement si elle en a tenu compte dans le prononcé de la peine et le nombre d'années d'emprisonnement<sup>136</sup>. C'est cette critique qui peut être faite à ces décisions dont il est à espérer que la juridiction en tienne compte pour l'avenir. Il s'agit de nouvelles zones d'ombre que les futures décisions dans lesquelles sont impliqués les enfants devraient clarifier. En attendant, et au-delà de la responsabilité pénale individuelle, la responsabilité étatique peut être envisagée pour renforcer la protection des enfants et la réparation dans le contexte des violences sexuelles.

## **B. La responsabilité rémanente de l'État pour les violences sexuelles**

L'objectif de l'incrimination des violences sexuelles faites aux enfants est non seulement de poursuivre les auteurs de ces actes devant les juridictions pénales internationales mais également de réparer les préjudices subis par ces victimes

<sup>133</sup> CPI, *Le Procureur c. Dominic Ongwen*, n° ICC-02/04-01/15, Jugement du 6 mai 2021, par. 287.

<sup>134</sup> *Id.*, par. 286.

<sup>135</sup> CPI, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, jugement portant condamnation, *op. cit.*, par. 95.

<sup>136</sup> Il en a d'ailleurs été de même pour d'autres juridictions dont le TSSL dans l'affaire *Taylor* dans laquelle la Chambre de première instance a de nouveau mentionné l'âge comme facteur aggravant sans pour autant indiquer si elle en avait tiré des conséquences pour la fixation de la peine (TSSL, *Prosecutor v. Taylor*, Sentencing Judgment, n° SCSL-03-01-T, 30 May 2012, par. 25).

souvent ignorées des conflits armés et, surtout, de renforcer leur protection durant ces périodes conflictuelles. Évidemment, dans le contexte des sanctions des violations du droit international humanitaire, celles-ci ouvrent la voie à l'engagement de la responsabilité pénale individuelle des auteurs des crimes comme l'on a pu le voir précédemment. Toutefois, dans l'optique de renforcer la protection des enfants contre les violences sexuelles, il est possible d'envisager un autre type de responsabilité internationale, à savoir celle de l'État pour fait internationalement illicite. Avant d'en aborder la possibilité, nous accorderons une analyse sur la relation qui peut exister entre la responsabilité pénale individuelle et la responsabilité internationale étatique. En effet, en plus de la responsabilité individuelle, lorsque les circonstances le favorisent, la responsabilité d'un État peut être parallèlement engagée (1) lorsque, conformément au droit international, ses organes ont commis ces violations<sup>137</sup> ou qu'il n'a pas pris les dispositions et les mesures nécessaires pour empêcher ou mettre fin auxdites violations<sup>138</sup>. Si, à ce jour, une telle situation ne s'est pas encore produite, la Cour internationale de Justice par exemple pourrait saisir l'occasion dans l'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* opposant la Gambie au Myanmar à cette fin (2).

1. *L'engagement de la responsabilité étatique parallèlement à celle des individus pour les violences sexuelles*

Si la responsabilité internationale de l'État est distincte de la responsabilité pénale individuelle, ces deux types de responsabilités peuvent parfois être liés. D'une part, il est possible que la responsabilité de l'État soit engagée devant une juridiction parallèlement à celle des individus devant une juridiction pénale pour les mêmes faits. D'autre part, il est possible de considérer que lorsqu'une juridiction pénale statue sur la responsabilité individuelle d'un haut représentant, elle peut connaître indirectement de la question de la responsabilité étatique.

Premièrement, en ce qui concerne l'engagement parallèle des responsabilités pénale individuelle et étatique, il est en effet bien connu que la responsabilité internationale de l'État n'est pas de nature pénale<sup>139</sup>. Cependant, « elle peut néanmoins produire des conséquences pénales lorsque les dirigeants d'un État responsable d'un acte internationalement illicite sont attraités devant une juridiction [...] internationale »<sup>140</sup>. Il y a donc une relation évidente entre ces deux types de responsabilités, mais l'une ne transforme pas la nature juridique de l'autre et ne conditionne pas non plus les conclusions auxquelles une juridiction peut aboutir. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'article 25, paragraphe 4, du Statut de Rome

<sup>137</sup> Art. 4 du Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite, AGNU, Résolution 56/83 du 12 décembre 2001.

<sup>138</sup> CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, CIJ Rec. 2007, p. 221, par. 430.

<sup>139</sup> M. FORTEAU, A. MIRON et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 9<sup>e</sup> éd., 2022, p. 1077-1152.

<sup>140</sup> A. PELLET, « D'un crime à l'autre – La responsabilité de l'État pour violation de ses obligations en matière de droits humains », in *Études en l'honneur du professeur Rafāa Ben Achour – Mouvances du droit*, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2015, p. 330.

en vertu duquel : « [a]ucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international ». C'est également ce qui ressort de la lecture de l'article 58 des Articles de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité internationale de l'État qui précise que lesdits « articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État ». Cela signifie donc que, lorsque les auteurs de crimes internationaux sont des dirigeants étatiques et que leur responsabilité individuelle est engagée sur le plan pénal, cela « n'épuise [...] pas la poursuite de la responsabilité internationale incombant à l'État pour les faits internationalement illicites qui, de par le comportement de ses organes, lui sont attribués dans de tels cas »<sup>141</sup>. En d'autres termes, la CDI précise que « [d]ans le cas de crimes de droit international commis par des agents de l'État, il arrivera souvent que ce soit l'État lui-même qui soit responsable pour avoir commis les faits en cause ou pour ne pas les avoir empêchés ou réprimés [...] Mais même dans ces cas, la question de la responsabilité individuelle est en principe à distinguer de celle de la responsabilité des États »<sup>142</sup>.

Cela signifie que l'État ne peut pas être exonéré de sa propre responsabilité du fait que les personnes responsables ont été poursuivies par ses propres juridictions ou des juridictions internationales<sup>143</sup>. De même, les agents de l'État ne peuvent pas trouver refuge derrière la responsabilité de l'État pour échapper à l'incrimination de leurs agissements en violation des règles du droit international<sup>144</sup>. Par conséquent, dans la situation d'un État auteur de violations graves des droits de l'homme, incluant des violences sexuelles commises sur les enfants, il faut conclure que « parallèlement à la responsabilité internationale de l'État [...] la responsabilité pénale et personnelle des personnes physiques l'ayant ordonné ou exécuté peut être recherchée, quand bien même elles auraient agi à titre de représentants de l'État, y compris comme chefs d'État »<sup>145</sup>.

Deuxièmement, il faut maintenant s'intéresser à la possibilité pour une juridiction pénale internationale de connaître de la responsabilité internationale de l'État. Il faut déjà rappeler l'idée qui est ici présentée. Il ne s'agit pas d'indiquer que la responsabilité de l'État peut être engagée devant les tribunaux pénaux comme s'il existait une responsabilité pénale de l'État. Cela ne signifie pas que la juridiction pénale constatera la responsabilité de l'État, car elle n'en a pas la compétence. Par ailleurs, dans l'hypothèse où la juridiction pénale poursuivrait les dirigeants de l'État, l'exercice de sa compétence ne pourrait nullement affecter celle de la CIJ

<sup>141</sup> CDI, *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 28e session*, 3 mai au 23 juillet 1976, p. 96, par. 21 du commentaire de l'article 19.

<sup>142</sup> CDI, *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 53e session*, 23 avril – 1<sup>er</sup> juin au 2 juillet – 10 août 2001, Document A/56/10, p. 153, par. 3 du commentaire de l'article 58.

<sup>143</sup> Voy., par exemple, les Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, formulés par la Commission du droit international, principe III, p. 13 et l'article 27 du Statut de Rome de la CPI.

<sup>144</sup> CDI, *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 53e session*, *op. cit.*, p. 153, par. 3 du commentaire de l'article 58.

<sup>145</sup> A. PELLET, « Responsabilité internationale des États » (avec la collaboration de T. BARSAC), in O. BEAUVALLÉ (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la justice pénale internationale*, Berger-Levrault, Boulogne-Billancourt, 2017, p. 860.

dans le cas où elle aurait, par exemple, à connaître de la même affaire au niveau du contentieux interétatique. En effet, la création des tribunaux pénaux ou de la CPI a « permis d'ajouter la possibilité de sanctionner pénalement, au plan international, des individus coupables de crimes prévus pour leur statut respectif, mais n'[a] nullement eu pour objet ni pour effet d'empêcher la [CIJ] d'exercer sa compétence en ce qui concerne »<sup>146</sup> la responsabilité étatique. Il s'agit donc ici de l'idée selon laquelle lorsqu'une juridiction pénale « décide de la responsabilité d'un dirigeant étatique, [elle] se prononce, indirectement, sur la responsabilité de l'État lui-même »<sup>147</sup>. Elle peut simplement se prononcer sur la possibilité d'engager cette responsabilité dans la mesure où les actes commis l'ont été au sommet de la hiérarchie de l'État impliquant ses plus hauts dirigeants. Autrement dit et plus concrètement, dans le cas où il est amené à sanctionner le représentant d'un État, « pour qualifier l'infraction internationale, le juge pénal sera nécessairement conduit à mettre en lumière les conditions d'une responsabilité internationale pour cette même infraction »<sup>148</sup>. C'est justement en ce sens que le TPIY dans l'affaire *Tadić* indiquait « l'engagement continu et indirect du gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie dans le conflit armé en République de Bosnie-Herzégovine [...] soulève des questions de responsabilité de l'État [...] »<sup>149</sup>. Il faut donc convenir que lorsqu'un crime est commis et qu'il engage la responsabilité de l'État au niveau international, il est susceptible de faire naître un rapport de responsabilité pénale internationale à propos des personnes physiques impliquées directement ou indirectement dans les actes incriminés. C'est en ce sens que la Professeure Raphaëlle MAISON considère que « la responsabilité individuelle peut être considérée comme une forme de réparation de l'illicite étatique »<sup>150</sup>. Cela ne signifie tout de même pas qu'il y a extinction de l'obligation de réparation qui repose sur l'État auteur du fait illicite.

Il y a donc un lien qui peut exister entre les deux types de responsabilités lorsque les violences sexuelles impliquent des agents de l'État et sont à la fois commises dans le cadre d'une politique étatique. En conséquence, « [i]l n'est dès lors pas exclu que la CPI ou un TPI condamne un individu pour des crimes autres qu'un génocide, alors que ses méfaits peuvent être des éléments d'un génocide organisé par un État »<sup>151</sup>. La CIJ pourrait avoir l'occasion de le faire dans l'affaire impliquant le Myanmar qui fait également l'objet d'une procédure d'enquête devant la CPI<sup>152</sup>.

<sup>146</sup> A. PELLET « La responsabilité de l'État pour la commission d'une infraction internationale », in H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, p. 623.

<sup>147</sup> A. PELLET, « D'un crime à l'autre – La responsabilité de l'État pour violation de ses obligations en matière de droits humains », *op. cit.*, p. 334.

<sup>148</sup> R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 511.

<sup>149</sup> TPIY, *Le Procureur c. Tadic*, n° IT-94-I-IT, jugement du 7 mai 1997, par. 606.

<sup>150</sup> R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, *op. cit.*, p. 511.

<sup>151</sup> A. PELLET, « D'un crime à l'autre – La responsabilité de l'État pour violation de ses obligations en matière de droits humains », *op. cit.*, p. 336.

<sup>152</sup> CPI, *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, n° ICC-01/19-27, Pre-Trial Chamber III, 14 November 2019.



## 2. L'engagement de la responsabilité étatique devant la CIJ pour les violences sexuelles : le cas du Myanmar

L'affaire *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*<sup>153</sup> opposant la Gambie au Myanmar est encore en instance et est particulièrement intéressante. Dans sa requête introductive d'instance, la Gambie accuse le Myanmar d'avoir manqué à ses obligations en vertu de la Convention génocide, de prévenir ce crime et de prendre les mesures pour y mettre fin et en punir les auteurs<sup>154</sup>. S'appuyant sur de nombreux rapports authentiques et détaillés des institutions internationales<sup>155</sup>, la Gambie met en avant la manière dont depuis des années les autorités birmanes ont procédé à des persécutions sur le groupe ethnique Rohingya. Ces persécutions ont finalement débouché sur la commission d'actes de génocide à partir d'octobre 2016 dans le cadre d'opérations de nettoyage qui « visaient à détruire en tout ou en partie les Rohingyas en tant que groupe par des meurtres de masse, des viols et d'autres formes de violence sexuelle, ainsi que par la destruction systématique de leurs villages par le feu, souvent alors que les habitants étaient enfermés dans leur maison »<sup>156</sup>. La Commission d'établissement des faits des Nations Unies a d'ailleurs insisté sur le fait qu'eu égard aux actes commis par les agents du Myanmar, cet État « ne s'acquitte pas de son obligation de prévenir le génocide, d'enquêter sur les actes de génocide et de prendre des mesures législatives efficaces pour incriminer et réprimer le génocide »<sup>157</sup>. Parmi ces actes, de nombreux cas de violences sexuelles à savoir des viols, esclavages sexuels, mariages forcés, nudités forcées ont été recensés et commis notamment sur des enfants en particulier des jeunes filles souvent âgées de douze, treize ou quatorze ans<sup>158</sup>.

Ces actes de violences sexuelles participent également à la qualification du crime de génocide puisque selon la Gambie « le recours au viol et aux violences sexuelles comme instruments de génocide – pour détruire un groupe en tout ou en partie – est bien établi en droit international »<sup>159</sup> en vertu de la décision du TPIR

<sup>153</sup> CIJ, Requête introductive d'instance et demande en indication de mesures conservatoires – *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Gambie c. Myanmar)*, enregistrée au Greffe de la Cour le 11 novembre 2019.

<sup>154</sup> *Id.*, p. 5, par. 2.

<sup>155</sup> Nations Unies, Statement by Ms Lee YANGHEE, Special Rapporteur on the situation of human rights in Myanmar at the 37<sup>th</sup> session of the Human Rights Council, 12 mars 2018, HCDH, <<https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22806&LangID=E>> (consulté le 24 octobre 2022); Nations Unies, *Rapport de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar*, Conseil des droits de l'homme, doc. A/HRC/39/64, 12 septembre 2018, par. 4; Nations Unies, *Report of the Detailed Findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, Conseil des droits de l'homme, doc. A/HRC/39/CRP.2, 17 septembre 2018 (ci-après UN Fact-Finding Mission, Report of the Detailed Findings (2018)); Nations Unies, *Report of the Detailed Findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, Conseil des droits de l'homme, doc. A/HRC/42/CRP.5, 16 septembre 2019.

<sup>156</sup> CIJ, Requête introductive d'instance et demande en indication de mesures conservatoires – *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, op. cit.*, p. 7, par. 6 (nous soulignons).

<sup>157</sup> Nations Unies, *Report of the Detailed Findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, doc. A/HRC/42/CRP.5, *op. cit.*, par. 58.

<sup>158</sup> Nations Unies, *Report of the Detailed Findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, doc. A/HRC/39/CRP.2, *op. cit.*, par. 1091-1093.

<sup>159</sup> CIJ, Requête introductive d'instance et demande en indication de mesures conservatoires – *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, op. cit.*, p. 51, par. 98.

dans l'affaire *Akayesu*<sup>160</sup>. En effet, aux fins de l'intention génocidaire, ces violences sexuelles ont été commises uniquement sur les femmes et filles du groupe Rohingya et en tant que telles. La mission d'établissement des faits a relevé des cas de viols collectifs, des actes d'humiliation et de mutilations sexuelles sans oublier des cas de soumission à l'esclavage sexuel perpétrés, selon ses termes, à très grande échelle contre les femmes et filles de ce groupe<sup>161</sup>. Cette représentation sexualisée de l'identité ethnique démontre que les jeunes filles ont été victimes de violences sexuelles parce qu'elles étaient Rohingya. Dans ces conditions, la violence sexuelle peut être considérée comme une étape dans le processus de destruction du groupe Rohingya<sup>162</sup>. Par conséquent, la responsabilité du Myanmar peut être engagée puisqu'il ressort des faits que ces actes et violences sexuelles ont été commis principalement par les soldats de la Tatmadaw sur des victimes souvent détenues dans les locaux de l'armée et de la police. Ces derniers ont même procédé aux viols et viols collectifs de quarante femmes et filles en même temps. Une victime, peu importe son âge, pouvant être violée par environ dix hommes<sup>163</sup>. À cet égard, il n'y a aucun doute que ces violences sexuelles commises sur les jeunes filles Rohingya traduisaient manifestement la volonté de les faire souffrir, de les mutiler avant même de les tuer<sup>164</sup>, l'intention étant de détruire le groupe tout en infligeant des souffrances aiguës à ses membres dans le processus. Le fait que ces actes aient été commis par des agents du Myanmar et qu'ils aient été par moments soutenus par des officiels de cet État engage pleinement sa responsabilité internationale. Cet État n'a par ailleurs poursuivi aucun auteur de ces crimes qu'il a d'ailleurs reconnus en 2017 comme licites et comme une réponse adéquate aux actes de violence menés par certains Rohingyas<sup>165</sup>.

Il s'agit d'une occasion particulière qui sera donnée à la CIJ d'engager la responsabilité d'un État pour des cas de violences sexuelles commises notamment sur des enfants puisque ces derniers sont nommément désignés dans les rapports. Il s'agira d'un palier supplémentaire dans la lutte contre l'impunité où, en plus de la responsabilité pénale individuelle, la responsabilité internationale d'un État pour fait internationalement illicite pourrait aussi être engagée notamment pour les mêmes faits. Ce qui sera aussi intéressant c'est que la responsabilité sera engagée pour l'action de l'État à travers ses agents, mais aussi pour son inaction en ce qu'il a manqué à son obligation de *due diligence*. Cette obligation consiste en l'adoption d'un comportement permettant « de mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à [sa] disposition en vue d'empêcher, dans la mesure du possible, le génocide »<sup>166</sup>. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque l'État avait la

<sup>160</sup> TPIR, Chambre de première instance I, *Le Procureur c. Akayesu*, n° ICTR-96-4-T, jugement du 2 septembre 1998, par. 732-734.

<sup>161</sup> UN Fact-Finding Mission, Report of the Detailed Findings (2018), *op. cit.*, par. 920-921.

<sup>162</sup> TPIR, *Le Procureur c. Akayesu*, *op. cit.*, par. 732.

<sup>163</sup> UN Fact-Finding Mission, Report of the Detailed Findings (2018), *op. cit.*, par. 920-921.

<sup>164</sup> « [U]n grand nombre de personnes entendues ont vu [...] les dépouilles de femmes et de filles qui, selon elles, avaient été violées puisque les corps étaient nus et présentaient des saignements importants entre les jambes », UN Fact-Finding Mission, Report of the Detailed Findings (2018), *op. cit.*, par. 927.

<sup>165</sup> UN Fact-Finding Mission, Report of the Detailed Findings (2018), *op. cit.*, par. 1069-1071 et 1564.

<sup>166</sup> CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, *Rec. 2007*, p. 221, par. 430.

capacité d'influencer l'action des auteurs des crimes mais ne l'a pas fait. Cela ouvrira certainement la voie à d'autres affaires et renforcera la protection des enfants et la lutte contre les violences sexuelles qu'ils peuvent subir dans le cas des conflits armés.

À ce jour, une ordonnance en indication des mesures conservatoires a été rendue par la CIJ dans laquelle elle conclut que le Myanmar « doit, conformément aux obligations lui incombant au titre de la convention, prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission, à l'encontre des membres du groupe rohingya présents sur son territoire, de tout acte entrant dans le champ d'application de l'article II de la convention »<sup>167</sup>. Dans cette ordonnance, la Cour s'appuie sur les différents rapports et résolutions des Nations Unies sur la situation au Myanmar pour enjoindre à cet État de prendre toutes les mesures afin de prévenir et mettre fin aux violations alléguées des droits des Rohingyas. Elle tient notamment compte des violences sexuelles commises sur les enfants dans le cadre de l'opération de nettoyage qui contribuerait donc à la commission du crime de génocide<sup>168</sup>. S'il ne s'agit pas d'une décision définitive sur l'existence d'un fait internationalement illicite commis par le Myanmar, il s'agit en revanche d'une décision qui peut être révélatrice relativement à l'engagement de la responsabilité de cet État au regard des faits révélés par les différentes organisations internationales et ONG. En enjoignant à cet État de mettre tout en œuvre pour mettre fin aux atrocités et aux violences, la Cour contribue déjà à faire cesser les violations graves des droits de l'homme des Rohingyas y compris toutes les violences sexuelles auxquelles ils sont soumis, en particulier, les enfants. La décision qu'elle rendra aura pour effet de renforcer la protection des enfants par l'engagement de la responsabilité de l'État pour les violences sexuelles dont ils sont victimes ; conséquence du manquement à l'obligation de prévenir et donc l'obligation de *due diligence*, et non plus uniquement des responsabilités pénales individuelles. Il s'agira d'un apport particulier dans la lutte contre l'impunité qui donnera lieu à une diversité des voies de réparations pour les victimes. En ce sens, dans la décision qu'elle rendra, elle pourrait mettre un accent particulier sur les violences sexuelles en tant qu'instruments de génocide pour détruire le groupe en tout ou en partie. Il ne faudra pas les passer sous silence, car, en plus du travail débuté par les juridictions pénales internationales, c'est le moment propice de mettre en avant la lutte contre l'impunité des crimes commis contre les enfants en période de conflit armé notamment les violences sexuelles au niveau étatique et donc l'engagement de la responsabilité internationale de l'État. Ce serait aussi une première puisque dans des décisions où elle a eu à traiter des questions de génocide, soit la Cour n'a pas mentionné les violences sexuelles<sup>169</sup>, soit, lorsqu'elle en a fait mention, elle n'a pas fait cas spécifique de la situation des enfants en n'ayant égard ni à leur âge ni à leur sexe et encore moins leur statut<sup>170</sup>. L'intérêt de le faire réside dans la volonté de renforcer, d'élever la protection des enfants et d'insister sur l'incrimination des actes de violences dont ils sont victimes durant les conflits armés.

<sup>167</sup> CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2020, *Rec.* 2020, p. 28, par. 79.

<sup>168</sup> *Id.*, p. 21, par. 54.

<sup>169</sup> CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>170</sup> CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt du 3 février 2015, *Rec.* 2015, p. 72 et 109 ; par. 164-166 et 360.

## CONCLUSION

En conclusion de cette analyse, il apparaît que la protection des enfants contre les violences sexuelles durant les conflits armés est en constante évolution en droit international. Le travail amorcé par certains tribunaux spéciaux est approfondi par la CPI qui s'en inspire et renforce la criminalisation des violences sexuelles et la lutte contre l'impunité dans le cadre de la responsabilité pénale individuelle. Si les enfants sont donc de plus en plus visibles dans les procès impliquant des violences sexuelles, il faut maintenant que la Cour en tienne suffisamment compte et de manière mieux argumentée au moment de la fixation des peines des auteurs de ces violences et dans la détermination des mesures de réparation. La vulnérabilité de cette catégorie de victimes doit jouer comme circonstance aggravante aussi bien dans l'engagement de la responsabilité qu'au moment de la détermination de la peine ainsi qu'au moment de la réparation. Sans une jurisprudence claire, précise et détaillée sur la manière dont la Cour prend en compte la vulnérabilité des enfants, le traitement de ces questions sera toujours obscur sur certains points comme la réparation qui peut être due aux victimes. Par ailleurs, la reconnaissance des violences sexuelles de tout genre sur les enfants, sans égard à leur âge, sexe ou rôle dans les conflits, permet de mieux appréhender les causes de ces violences et de prendre en charge les traumatismes qu'ils peuvent subir. L'interprétation de règles du droit international humanitaire et du droit international pénal faite par les juridictions laisse de moins en moins de zones d'ombre dans la protection des enfants en période de conflit armé et devrait inciter d'autres juridictions internationales investies du contentieux interétatique à l'engagement de la responsabilité internationale des États pour fait internationalement illicite.

