



Original : anglais

N° : ICC-01/04-02/06

Date : 4 janvier 2017

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE VI

Composée comme suit : M. le juge Robert Fremr, juge président
Mme la juge Kuniko Ozaki
M. le juge Chang-ho Chung

**SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE
LE PROCUREUR *c.* BOSCO NTAGANDA**

Public

**Deuxième Décision relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par
la Défense s'agissant des chefs 6 et 9**

Décision à notifier, conformément à la norme 31 du Règlement de la Cour, aux destinataires suivants :

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda
M. James Stewart
Mme Nicole Samson

Le conseil de Bosco Ntaganda

M^e Stéphane Bourgon
M^e Christopher Gosnell

Les représentants légaux des victimes

Mme Sarah Pellet
M. Dmytro Suprun

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

**Les demandeurs non représentés
(participation/réparations)**

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Les représentants des États

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier

M. Herman von Hebel

La Section de l'appui aux conseils

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

M. Nigel Verrill

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

M. Dermot Groome

La Chambre de première instance VI (« la Chambre ») de la Cour pénale internationale (« la Cour ») rend, dans l'affaire *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, eu égard aux articles 8 et 19 du Statut de Rome (« le Statut) et à la règle 58 du Règlement de procédure et de preuve (« le Règlement »), la présente Deuxième Décision relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense s'agissant des chefs 6 et 9.

I. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

1. Le 10 janvier 2014, le Bureau du Procureur (« l'Accusation ») a déposé le document de notification des charges¹, dans lequel il accuse notamment Bosco Ntaganda de « [TRADUCTION] viol d'enfants soldats de l'Union des patriotes congolais/Forces patriotiques pour la libération du Congo (UPC/FPLC), un crime de guerre sanctionné en vertu de l'article 8-2-e-vi » (chef 6), et d'« [TRADUCTION] esclavage sexuel d'enfants soldats de l'UPC/FPLC, un crime de guerre sanctionné en vertu de l'article 8-2-e-vi » (chef 9)².
2. Du 10 au 14 février 2014 a eu lieu l'audience de confirmation des charges, durant laquelle l'équipe chargée de la défense de Bosco Ntaganda (« la Défense ») a soutenu que les charges énoncées sous les chefs 6 et 9 ne pouvaient être confirmées³. Dans ses conclusions écrites déposées devant la Chambre préliminaire II, la Défense a avancé des arguments supplémentaires sur la question⁴.
3. Le 9 juin 2014, la Chambre préliminaire II a confirmé les charges portées contre Bosco Ntaganda (« la Décision relative à la confirmation des charges »), y

¹ ICC-01/04-02/06-203-AnxA. Une version mise à jour de ce document a été déposée le 16 février 2015 (ICC-01/04-02/06-458-AnxA).

² Document de notification des charges, ICC-01/04-02/06-203-AnxA, p. 57 et 58.

³ Transcription de l'audience du 13 février 2014, ICC-01/04-02/06-T-10-RED-ENG, p. 27, lignes 5 à 25.

⁴ Conclusions écrites de la Défense de Bosco Ntaganda suite à l'audience de confirmation des charges, 14 avril 2014, ICC-01/04-02/06-292-Red2, par. 250 à 263.

compris pour les crimes de guerre de viol et d'esclavage sexuel d'enfants soldats, au sens de l'article 8-2-e-vi du Statut, comme énoncées par l'Accusation sous les chefs 6 et 9⁵.

4. Le 1^{er} septembre 2015, la Défense a déposé devant la Chambre une demande contestant la compétence de la Cour s'agissant des chefs 6 et 9 (« la Demande »)⁶.
5. Le 9 octobre 2015, ayant reçu la réponse du représentant légal d'anciens enfants soldats⁷, la réponse de l'Accusation⁸ et la réplique de la Défense (« la Réplique »)⁹, la Chambre a rendu une décision par laquelle elle a rejeté la Demande au motif qu'il s'agissait d'une question à traiter au procès (« la Décision attaquée »)¹⁰.
6. Le 19 octobre 2015, la Défense a fait appel de la décision de la Chambre¹¹.
7. Le 22 mars 2016, la Chambre d'appel a conclu que « la question de savoir s'il existe des restrictions aux catégories de personnes qui peuvent être considérées comme des victimes de viol et d'esclavage sexuel en tant que crimes de guerre constitue un point de droit essentiel touchant à la compétence », et elle l'a

⁵ Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relativement aux charges portées par le Procureur à l'encontre de Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-309-tFRA.

⁶ *Application on behalf of Mr Ntaganda challenging the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9*, ICC-01/04-02/06-804.

⁷ *Former child soldiers' response to the "Application on behalf of Mr Ntaganda challenging the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 of the Document containing the charges"*, ICC-01/04-02/06-814.

⁸ *Prosecution Response to the "Application on behalf of Mr Ntaganda challenging the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9"*, ICC-01 /04-02/06-804, ICC-01/04-02/06-818.

⁹ *Reply on behalf of Mr Ntaganda to "Prosecution Response to the 'Application on behalf of Mr Ntaganda challenging the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 of the Documents containing the charges'*, ICC-01/04-02/06-804", ICC-01/04-02/06-863.

¹⁰ Décision relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense s'agissant des chefs 6 et 9, ICC-01/04-02/06-892-tFRA.

¹¹ *Appeal on behalf of Mr Ntaganda against Trial Chamber VI's "Decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9"*, ICC-01/04-02/06-909.

renvoyée devant la Chambre afin que celle-ci se prononce conformément à l'article 19 du Statut (« l'Arrêt »)¹².

8. Le 7 avril 2016, sur invitation de la Chambre¹³, la Défense a déposé des observations finales récapitulatives i) sur la question de savoir s'il est satisfait aux exigences de l'article 19-4 et ii) sur le fond de sa contestation de la compétence *ratione materiae* de la Cour s'agissant des chefs 6 et 9¹⁴. Le 14 avril 2016, l'Accusation¹⁵ et le représentant légal des victimes¹⁶ ont déposé leurs réponses (respectivement « la Réponse récapitulative de l'Accusation » et « la Réponse récapitulative du représentant légal des victimes »).
9. Le 5 décembre 2016, la Chambre a reçu de M. Dermot Groome une demande d'autorisation de présenter des observations d'*amicus curiae* sur le fond de la Demande¹⁷. Étant donné qu'elle a reçu cette demande alors que les débats sur la question en étaient à leur stade final, la Chambre considère que les observations proposées ne lui seraient d'aucune assistance.

II. ANALYSE DE LA NATURE DE LA CONTESTATION

10. À titre préliminaire, la Chambre rappelle que, ayant conclu dans la Décision attaquée que la Demande ne constituait pas une exception d'incompétence, elle n'avait pas à examiner si celle-ci satisfaisait aux exigences de l'article 19-4 du

¹² Arrêt relatif à l'appel interjeté par Bosco Ntaganda contre la Décision relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense s'agissant des chefs 6 et 9, ICC-01/04-02/06-1225-tFRA, par. 40.

¹³ Courriel adressé par le juriste de la Chambre aux parties et aux participants le 24 mars 2016 à 18 h 11.

¹⁴ *Consolidated submissions challenging jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 of the Updated Document containing the charges*, ICC-01/04-02/06-1256.

¹⁵ *Prosecution's response to Mr Ntaganda's "Consolidated submissions challenging jurisdiction" regarding Counts 6 and 9*, ICC-01/04-02/06-1278.

¹⁶ *Former child soldiers' Response to the "Consolidated submissions challenging jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9 of the Updated Document containing the charges"*, ICC-01/04-02/06-1279.

¹⁷ *Request for leave to submit amicus curiae observations on whether the ICC has jurisdiction over crimes committed against child soldiers by members of the same armed force*, ICC-01/04-02/06-1670. Le 27 décembre 2016, la Défense a informé la Chambre par courrier électronique qu'elle ne comptait pas répondre à la demande susmentionnée (courriel adressé par la Défense à la Chambre le 27 décembre 2016 à 16 h 49).

Statut. La Chambre d'appel, lorsqu'elle a dit que la Demande touchait effectivement à la compétence et a renvoyé la question devant la Chambre, a précisé que c'est à celle-ci de déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, il est satisfait aux exigences susmentionnées¹⁸. La Chambre va donc commencer par se pencher sur ces exigences.

A. Observations relatives aux exigences de l'article 19-4

La Défense

11. La Défense affirme qu'il est satisfait aux exigences de l'article 19-4 du Statut car elle n'avait pas auparavant contesté la compétence de la Cour pour ce qui est des chefs 6 et 9, s'étant opposée à la confirmation des charges formulées sous ces chefs sans pour autant soulever d'exception d'incompétence¹⁹. Elle ajoute que la Chambre préliminaire n'a pas appliqué les mesures procédurales obligatoires en cas d'exception d'incompétence, prévues à la règle 58-2 du Règlement²⁰. Elle soutient également que l'Accusation, dans sa réponse à la Demande, a reconnu que les observations présentées par la Défense à la période de la confirmation des charges ne constituaient pas une exception d'incompétence²¹.

12. La Défense soutient que, si la Chambre devait conclure que les observations qu'elle a présentées pendant la procédure de confirmation des charges constituaient une exception d'incompétence, des circonstances exceptionnelles justifient une seconde exception d'incompétence car « [TRADUCTION] la question de la compétence de la Cour s'agissant des chefs 6 et 9 n'a pas encore fait l'objet d'un examen en appel » et l'intérêt de la justice commande qu'un tel

¹⁸ Arrêt, ICC-01/04-02/06-1225-tFRA, par. 42.

¹⁹ Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 4 à 6.

²⁰ Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 7 et 8.

²¹ Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 9 et 10.

examen ait lieu aussi tôt que possible au cours de la procédure²². À cet égard, elle affirme que les témoins ne devraient pas être obligés de témoigner sur des événements traumatisants s'il n'y a aucune possibilité légale qu'une déclaration de culpabilité soit prononcée pour ces faits, car ce ne serait alors ni dans l'intérêt des témoins ni « [TRADUCTION] dans l'intérêt d'un procès équitable et efficace²³ ».

L'Accusation

13. L'Accusation soutient que la Défense a précédemment contesté la compétence de la Cour s'agissant des chefs 6 et 9, puisque celle-ci a présenté à l'audience de confirmation des charges des arguments sur une question dont la Chambre d'appel a confirmé qu'elle touchait à la compétence, et que ces arguments ont été examinés par la Chambre préliminaire et rejetés²⁴. Selon l'Accusation, c'est le fond et non la forme d'une contestation qu'il faut examiner pour dire si celle-ci touche à la compétence²⁵. L'Accusation soutient que, bien qu'elle ait initialement considéré en répondant à la Demande que les observations de la Défense ne touchaient pas à la compétence, elle a aussi « [TRADUCTION] expressément dit » que les contestations faites par celle-ci au stade de la confirmation des charges et celles faites devant la Chambre étaient de même nature, et que « [TRADUCTION] la tentative de la Défense d'affirmer que ses observations identiques faites devant la Chambre préliminaire étaient différentes et ne touchaient pas à la compétence est intenable²⁶ ».

14. L'Accusation soutient en outre qu'il incombe à la Défense de démontrer qu'il existe des circonstances exceptionnelles justifiant une seconde exception

²² Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 11, 12 et 14.

²³ Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 13.

²⁴ Réponse récapitulative de l'Accusation, par. 11 à 13 et 17.

²⁵ Réponse récapitulative de l'Accusation, par. 14.

²⁶ Réponse récapitulative de l'Accusation, par. 15 et 16.

d'incompétence, mais qu'elle ne l'a pas fait²⁷. Elle ajoute que l'absence d'un examen en appel ne constitue pas une circonstance exceptionnelle au sens de l'article 19 du Statut²⁸ et que le témoignage des témoins concernés sera pertinent quant à des questions importantes relativement à d'autres chefs et à la peine²⁹.

Le représentant légal des victimes

15. Le représentant légal des victimes affirme que les arguments de la Défense au stade de la confirmation des charges sont semblables à ceux qu'elle avance actuellement³⁰. Il ajoute que la condition de l'existence de circonstances exceptionnelles impose à la partie qui soulève une exception de satisfaire à un critère exigeant, ce qu'elle ne fait pas en soulevant une seconde exception d'incompétence sur la base des arguments déjà examinés et rejetés à la phase préliminaire³¹. Selon lui, soulever une seconde exception n'est pas la manière qui convient pour faire examiner le bien-fondé de décisions prises à cette phase³².

B. Examen par la Chambre

16. L'article 19-4 du Statut prévoit que, en l'absence de circonstances exceptionnelles, la compétence de la Cour ne peut être contestée qu'une fois, et ce, avant l'ouverture ou à l'ouverture du procès³³.

²⁷ Réponse récapitulative de l'Accusation, par. 17 et 18.

²⁸ Réponse récapitulative de l'Accusation, par. 19 et 20.

²⁹ Réponse récapitulative de l'Accusation, par. 21.

³⁰ Réponse récapitulative du représentant légal des victimes, ICC-01/04-02/06-1279, par. 4.

³¹ Réponse récapitulative du représentant légal des victimes, ICC-01/04-02/06-1279, par. 5.

³² Réponse récapitulative du représentant légal des victimes, ICC-01/04-02/06-1279, par. 5.

³³ L'article 19-4 du Statut, dans son passage pertinent, énonce ce qui suit :
[L]a compétence de la Cour ne peut être contestée qu'une fois par les personnes ou les États visés au paragraphe 2. L'exception doit être soulevée avant l'ouverture ou à l'ouverture du procès. Dans des circonstances exceptionnelles, la Cour peut autoriser qu'une exception soit soulevée plus d'une fois ou à une phase ultérieure du procès. Les exceptions d'irrecevabilité soulevées à l'ouverture du procès, ou par la suite avec l'autorisation de la Cour, ne peuvent être fondées que sur les dispositions de l'article 17, paragraphe 1, alinéa c).

17. S'agissant de la première de ces deux exigences, à savoir le moment où est soulevée l'exception, la Chambre observe que la jurisprudence de la Cour situe « l'ouverture du procès », aux fins de l'article 61-9 du Statut, au moment où sont prononcées les déclarations liminaires, avant la comparution du premier témoin³⁴. En l'espèce, la Chambre a fait référence à ce même moment comme étant « [TRADUCTION] l'ouverture du procès » aux fins de la divulgation prévue à l'article 64-3-c du Statut³⁵. Elle considère également que le début de l'audience où la procédure exposée à l'article 64-8-a est suivie et où les déclarations liminaires éventuelles sont prononcées correspond à ce que désigne l'expression « ouverture du procès » utilisée à l'article 19-4 du Statut.
18. La Chambre rappelle que la Défense a déposé la Demande le 1^{er} septembre 2015, la veille de l'audience du 2 septembre 2015 au cours de laquelle Bosco Ntaganda a reçu lecture des charges et a plaidé non coupable de toutes les charges, et au cours de laquelle l'Accusation a commencé ses déclarations liminaires³⁶. Elle

³⁴ Voir Chambre d'appel, *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang, Decision on the Prosecutor's appeal against the "Decision on the Prosecution's Request to Amend the Updated Document Containing the Charges Pursuant to Article 61(9) of the Statute"*, 13 décembre 2013, ICC-01/09-01/11-1123, par. 27 à 29. La Chambre de première instance I a considéré dans l'affaire *Lubanga* que l'expression selon laquelle le procès a commencé (utilisée parallèlement à « l'ouverture du procès » à l'article 61-9 du Statut) renvoie à « l'ouverture effective du procès, c'est-à-dire lorsque sont prononcées les éventuelles déclarations liminaires, avant la comparution des témoins » (*Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Décision relative au statut, devant la Chambre de première instance, des témoignages entendus par la Chambre préliminaire et des décisions de la Chambre préliminaire dans le cadre des procédures de première instance, et aux modalités de présentation des éléments de preuve*, 13 décembre 2007, ICC-01/04-01/06-1084-tFRA, par. 39 ; note de bas de page non reproduite). Cette interprétation a par la suite été adoptée par la Chambre de première instance V B) dans l'affaire *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura et Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on the withdrawal of charges against Mr Muthaura*, 18 mars 2013, ICC-01/09-02/11-696, par. 10 (voir aussi l'opinion partiellement dissidente de la juge Ozaki, ICC-01/09-02/11-698, par. 2).

³⁵ *Order Scheduling a Status Conference and Setting the Commencement Date for the Trial*, 9 octobre 2014, ICC-01/04-02/06-382 (un rectificatif a été déposé le 28 novembre 2014 : ICC-01/04-02/06-382-Corr). Voir aussi la décision relative à la date d'ouverture du procès, rendue oralement par la Chambre le 3 juillet 2015 (transcription de l'audience du 3 juillet 2015, ICC-01/04-02/06-T-22-CONF-ENG, p. 4, ligne 5, à p. 5, ligne 20).

³⁶ Voir transcription de l'audience du 2 septembre 2015, ICC-01/04-02/06-T-23-ENG.

conclut par conséquent que la Demande a été présentée avant l'ouverture du procès, comme l'exige l'article 19-4 (deuxième phrase).

19. S'agissant de l'autre exigence de l'article 19-4, à savoir la question de savoir si la Défense a soulevé plus d'une fois une exception d'incompétence de la Cour s'agissant des chefs 6 et 9, la Chambre observe que, tant dans ses arguments oraux devant la Chambre préliminaire II que dans ses observations écrites subséquentes, la Défense a, comme l'affirme l'Accusation, contesté ces chefs et, ce faisant, a explicitement soulevé des questions de compétence.

20. En particulier, la Chambre relève que, pendant l'audience de confirmation des charges, la Défense a soutenu ce qui suit :

[L]es crimes commis par des membres des forces armées sur les membres de la même force armée ne relèvent ni du droit international humanitaire ni du droit pénal international. [...] Le [droit international humanitaire] ne vise pas à protéger les combattants de crimes qui seraient commis par les combattants d'un même groupe. Ces crimes sont plutôt régis par le droit national de la partie, soit le droit martial, soit le droit commun, et les droits de l'homme. Il s'ensuit que, de l'avis de la Défense, les accusations portées aux chefs 8 et 9 ne peuvent être confirmées conformément au principe de l'égalité *[sic]*³⁷.

De surcroît, dans les observations écrites qu'elle a présentées après cette audience, la Défense a avancé ce qui suit :

Si par impossible la Chambre estimait que la présence d'individus de moins de 15 ans dans les FPLC pendant la période des charges a été démontrée, la Défense soumet que les crimes reprochés aux chefs 6 et 9, tels

³⁷ Transcription de l'audience du 13 février 2014, ICC-01/04-02/06-T-10-RED-ENG, p. 27, lignes 15 à 25, présentant l'interprétation des propos cités. La Défense a également affirmé que « [l]a manière même dont l'Accusation introduit ces crimes dans le document contenant les charges démontre qu'elle tente [...] d'étendre l'application de l'article 8-2-1-vi à des situations qu'elle présente comme analogues en plaçant une interprétation extensive des dispositions de l'article 4 du Protocole additionnel 2 aux Conventions de Genève qui [...] a été adopté [...] le 8 juin 77. Or, [...] cette disposition de l'article 4 du Protocole ne permet pas une telle interprétation [...] [et] ne peut donc, en aucun cas, être utilisée pour interpréter l'article 8, afin d'élargir la portée de celui-ci à des victimes qui feraient partie d'un même groupe armé que l'auteur du crime » (ICC-01/04-02/06-T-10-RED-ENG, p. 27, lignes 5 à 14, présentant l'interprétation des propos cités).

que formulés par le Procureur, ne relèvent pas de la compétence de la Cour, et que l'interprétation extensive proposée par le Procureur est contraire au principe de légalité et aux principes établis par le droit des conflits armés. [...] La réelle question qui se pose en l'espèce n'est donc pas de déterminer quelles protections sont accordées par le [droit international humanitaire] aux enfants dans le cadre des conflits armés, mais de déterminer si les chefs 6 et 9 constituent des crimes relevant de la juridiction de la Cour aux termes de l'Article 8-2-e-vi³⁸.

21. La Chambre préliminaire II a examiné ces arguments dans la Décision relative à la confirmation des charges, déclarant qu'elle « commencera[it] par examiner si, du point de vue juridique, la Cour peut exercer sa compétence à l'égard des crimes allégués de viol et/ou d'esclavage sexuel commis par des membres de l'UPC/FPLC sur la personne d'enfants soldats de l'UPC/FPLC âgés de moins de 15 ans³⁹ ». Elle a conclu, en se référant au droit international humanitaire⁴⁰, qu'il ne lui était « pas interdit d'exercer sa compétence sur les crimes visés aux chefs 6 et 9⁴¹ ».
22. Compte tenu de ce qui précède, la Chambre conclut que la Défense a déjà contesté la compétence de la Cour s'agissant des chefs 6 et 9. Pour déterminer si la Défense peut soulever cette exception une seconde fois, la Chambre doit donc examiner si des circonstances exceptionnelles justifient qu'elle l'y autorise.
23. À cet égard, la Chambre souscrit à l'avis de l'Accusation et du représentant légal des victimes selon lequel c'est à la Défense qu'il incombe d'établir l'existence de circonstances exceptionnelles. Elle considère que cela n'a été fait ni dans la Demande ni dans la Réplique. Toutefois, la Défense a avancé dans ses observations récapitulatives des arguments supplémentaires alléguant

³⁸ Conclusions écrites de la Défense de Bosco Ntaganda suite à l'Audience de confirmation des charges, ICC-01/04-02/06-292-Conf-Exp, 8 avril 2014, par. 251 et 254 [note de bas de page non reproduite ; non souligné dans l'original].

³⁹ Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-02/06-309-tFRA, par. 76.

⁴⁰ Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-02/06-309-tFRA, par. 77 à 79.

⁴¹ Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/04-02/06-309-tFRA, par. 80.

l'existence de circonstances exceptionnelles, arguments qui semblent fondés principalement sur les directives données par la Chambre d'appel⁴².

24. S'agissant de la première circonstance exceptionnelle alléguée par la Défense, à savoir que la question de la compétence de la Cour s'agissant des chefs 6 et 9 n'a jamais été examinée en appel et qu'un tel appel devrait avoir lieu aussi tôt que possible au cours de la procédure⁴³, la Chambre observe que la Défense n'a pas demandé l'autorisation de faire appel de la Décision relative à la confirmation des charges à cet égard⁴⁴ et n'a pas non plus, en vertu de l'article 82-1-a du Statut, fait appel directement de la confirmation des chefs 6 et 9⁴⁵. Toutefois, elle relève également la directive de la Chambre d'appel selon laquelle le règlement de la question de la compétence s'agissant des chefs en question « aussi tôt que possible au cours de la procédure [...] est important pour accroître l'efficacité de celle-ci⁴⁶ ». Elle relève en outre que la Demande ne touchait pas manifestement à la compétence de par sa nature et que les directives de la Chambre d'appel étaient nécessaires pour apporter des éclaircissements sur ce point.

25. Quant à la seconde circonstance exceptionnelle alléguée par la Défense, à savoir que les témoins ne devraient pas être obligés de déposer sur des événements traumatisants s'il n'existe pas de réelle possibilité d'une déclaration de culpabilité pour le comportement incriminé, la Chambre est consciente que la

⁴² Voir Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 12 à 14 ; et Arrêt, ICC-01/04-02/06-1225, par. 41.

⁴³ Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 11, 12 et 14.

⁴⁴ Si la Défense a demandé l'autorisation d'interjeter appel contre la Décision relative à la confirmation des charges s'agissant de deux questions, aucune de celles-ci n'avait de lien avec les chefs 6 et 9. Voir *Decision on the "Requête de la Défense sollicitant l'autorisation d'interjeter appel de la Décision sur la confirmation des charges datée du 9 juin 2014"*, 4 juillet 2014, ICC-01/04-02/06-322, rejetant la demande d'autorisation d'interjeter appel présentée par la Défense.

⁴⁵ À cet égard, la Chambre relève que la Défense a fait appel directement de la Décision attaquée, en vertu de l'article 82-1-a du Statut. Voir *Appeal on behalf of Mr Ntaganda against Trial Chamber VI's "Decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9"*, ICC-01/04-02/06-892, 19 octobre 2015, ICC-01/04-02/06-909.

⁴⁶ Arrêt, ICC-01/04-02/06-1225-tFRA, par. 41.

Chambre d'appel a dit que le règlement de la question de la compétence s'agissant des chefs 6 et 9 « peut être encore plus important étant donné que d'anciens enfants soldats peuvent être cités à comparaître pour témoigner en détail au sujet d'événements traumatisants liés aux charges de viol et d'esclavage sexuel sachant qu'il est possible que de tels crimes, même s'ils sont établis, ne soient pas considérés en droit comme des crimes de guerre dont la Cour pourrait connaître⁴⁷ ». Toutefois, elle fait observer que, comme l'a dit l'Accusation, même s'il était fait droit à la Demande et que les chefs 6 et 9 étaient rejetés, les témoins concernés comparaitraient probablement pour déposer sur d'autres questions liées aux charges restantes, et que leur témoignage sur le viol et l'esclavage sexuel pourraient rester pertinent notamment concernant la détermination de la peine et le préjudice subi⁴⁸.

26. Nonobstant, la Chambre considère que, dans les circonstances spécifiques de l'exception dont il est question ici, en connaître l'issue pourrait favoriser des analyses et des conclusions plus fines de la part des parties et des participants pendant le reste du procès. La décision relative à la compétence de la Cour à l'égard du comportement allégué peut également avoir une incidence sur la portée de la cause de la Défense et donc sur le nombre de témoins que celle-ci citera éventuellement à comparaître. La Chambre est également soucieuse de l'intérêt des victimes présumées, qui, en raison de leur âge à l'époque des crimes allégués visés aux chefs 6 et 9 et de la gravité desdits crimes, peuvent être considérées comme particulièrement vulnérables. Elle considère par conséquent qu'il convient, par souci d'économie des moyens judiciaires et dans l'intérêt de la justice, d'examiner l'exception et de statuer sur le fond à ce stade, et qu'il existe des circonstances exceptionnelles justifiant qu'une seconde

⁴⁷ Arrêt, ICC-01/04-02/06-1225-tFRA, par. 41.

⁴⁸ Voir, p. ex., *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision relative à la peine, rendue en application de l'article 76 du Statut, 10 juillet 2012, ICC-01/04-01/06-2901-tFRA, par. 67.

exception d'incompétence soit autorisée sur ces bases. Ayant ainsi conclu, la Chambre va procéder à l'examen sur le fond dans la présente décision.

III. EXAMEN DE L'EXCEPTION SUR LE FOND

A. Arguments sur le fond au sujet de l'exception d'incompétence s'agissant des chefs 6 et 9

La Défense

27. La Défense soutient que les crimes visés aux chefs 6 et 9 ne relèvent pas de la compétence *ratione materiae* de la Cour parce que : i) l'article 8-2-e-vi du Statut est soumis aux critères établis en droit international⁴⁹ ; ii) d'après l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 (« l'article 3 commun »), des crimes de guerre ne peuvent être commis par des membres d'une force armée contre d'autres membres de la même force armée⁵⁰ ; iii) l'Accusation a défini les victimes des crimes visés aux chefs 6 et 9 comme étant des « membres » de la même force armée que les auteurs⁵¹ ; iv) la notion de « membre » d'un groupe armé n'est pas compatible avec celle de personnes « qui ne participent pas directement aux hostilités⁵² » ; et v) le droit international humanitaire ne reconnaît aucune exception s'agissant des enfants soldats⁵³.

28. La Défense affirme que l'Accusation aurait pu évoquer les comportements visés au chef 5 et au chef 8, mais qu'ils ne pouvaient recevoir la qualification de crimes de guerre⁵⁴.

⁴⁹ Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 15.

⁵⁰ Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 17 à 22.

⁵¹ Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 23 et 24.

⁵² Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 26 à 32.

⁵³ Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 33 à 39.

⁵⁴ Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 40.

L'Accusation

29. L'Accusation soutient que la Cour est bien compétente à l'égard des comportements reprochés aux chefs 6 et 9, car l'article 8-2-e-vi du Statut ne limite pas la responsabilité pénale pour viol et pour esclavage sexuel sur la base du statut ou des activités des victimes⁵⁵. Selon elle, le cadre de l'article 8 montre que les termes, dans leur sens ordinaire, ne requièrent pas que les actes de viol et d'esclavage sexuel visés soient qualifiés de violations graves de l'article 3 commun⁵⁶. Elle est d'avis que la structure confirme qu'aucun élément de l'article 3 commun n'est importé dans l'article 8-2-e du Statut⁵⁷, et que seul un seuil de gravité similaire est requis⁵⁸. Elle se réfère en outre, plus généralement, au cadre du droit international, en faisant valoir que la position établie est que les violences sexuelles dans les conflits armés sont prohibées sans exception⁵⁹.

30. L'Accusation soutient en outre que, quand bien même la Chambre considèrerait que les victimes d'un crime visé à l'article 8-2-e-vi du Statut doivent relever du régime de protection prévu à l'article 3 commun, cette condition est remplie s'agissant des faits en cause car les victimes ne participaient pas directement aux hostilités⁶⁰. Elle ajoute que ni l'article 3 commun ni le droit international humanitaire en général ne requiert qu'une victime et un auteur aient des affiliations différentes⁶¹.

31. De plus, l'Accusation soutient que les enfants recrutés illégalement au sein de l'UPC/FPLC, qu'ils soient classés dans la catégorie des « civils » ou dans celle des « membres de forces armées », étaient néanmoins protégés par l'article 3

⁵⁵ Réponse récapitulative de l'Accusation, ICC-01/04-02/06-1278, par. 27 à 32.

⁵⁶ Réponse récapitulative de l'Accusation, ICC-01/04-02/06-1278, par. 36.

⁵⁷ Réponse récapitulative de l'Accusation, ICC-01/04-02/06-1278, par. 41 à 45.

⁵⁸ Réponse récapitulative de l'Accusation, ICC-01/04-02/06-1278, par. 48 et 49.

⁵⁹ Réponse récapitulative de l'Accusation, ICC-01/04-02/06-1278, par. 55 à 57.

⁶⁰ Réponse récapitulative de l'Accusation, ICC-01/04-02/06-1278, par. 58.

⁶¹ Réponse récapitulative de l'Accusation, ICC-01/04-02/06-1278, par. 58.

commun à l'époque des faits⁶². Selon elle, la protection spéciale dont jouissent les enfants en temps de conflit armé perdure nonobstant toute participation aux hostilités, excepté dans la mesure limitée où ils peuvent légalement être pris pour cible par la partie adverse⁶³.

Le représentant légal des victimes

32. Le représentant légal des victimes affirme que le « [TRADUCTION] cadre établi du droit international » tel que visé à l'article 8-2-e-vi va au-delà de l'article 3 commun⁶⁴. Il ajoute que des crimes de guerre peuvent être commis contre des membres du même groupe que les auteurs⁶⁵. Il soutient que l'article 3 commun n'est pas pertinent pour déterminer l'étendue de la protection des enfants soldats⁶⁶.

33. Le représentant légal des victimes affirme également que la Défense fait une présentation inexacte des chefs 6 et 9, dans lesquels les enfants ne sont pas décrits comme étant des « membres » de l'UPC/FPLC⁶⁷. Il est d'avis que les enfants soldats ne sauraient au contraire être considérés comme des membres ordinaires d'un groupe armé car ils ont un statut juridique différent et ne sont pas pénalement responsables de leurs actes⁶⁸. Si toutefois, ajoute-t-il, la Chambre devait conclure que les enfants soldats doivent être considérés comme des « membres » de l'UPC/FPLC, cela ne signifierait pas pour autant qu'ils ne puissent continuer d'être considérés comme des personnes « qui ne prennent pas directement part aux hostilités »⁶⁹, et le cadre établi du droit international

⁶² Réponse récapitulative de l'Accusation, ICC-01/04-02/06-1278, par. 79.

⁶³ Réponse récapitulative de l'Accusation, ICC-01/04-02/06-1278, par. 86 à 97.

⁶⁴ Réponse récapitulative du représentant légal des victimes, ICC-01/04-02/06-1279, par. 7.

⁶⁵ Réponse récapitulative du représentant légal des victimes, ICC-01/04-02/06-1279, par. 9.

⁶⁶ Réponse récapitulative du représentant légal des victimes, ICC-01/04-02/06-1279, par. 11 à 13.

⁶⁷ Réponse récapitulative du représentant légal des victimes, ICC-01/04-02/06-1279, par. 21 à 23.

⁶⁸ Réponse récapitulative du représentant légal des victimes, ICC-01/04-02/06-1279, par. 19 et 20.

⁶⁹ Réponse récapitulative du représentant légal des victimes, ICC-01/04-02/06-1279, par. 24 à 27.

protège sans conditions les enfants touchés par les conflits armés, même en cas de participation directe aux hostilités⁷⁰.

B. Examen par la Chambre de la compétence *ratione materiae* de la Cour s'agissant des chefs 6 et 9

Droit applicable

34. Tout d'abord, la Chambre observe que les parties et le représentant légal des victimes n'ont présenté d'observations que relativement aux articles 8-2-c et 8-2-e du Statut, qui portent sur les « conflits armés ne présentant pas un caractère international ». Elle rappelle toutefois que la classification du conflit pouvait être modifiée, de non international à international, s'il lui apparaissait qu'une telle requalification juridique était justifiée compte tenu des faits qui lui étaient présentés⁷¹. Dans les circonstances de la présente espèce, la Chambre considère par conséquent qu'il convient d'analyser tant le droit applicable aux conflits non internationaux que celui applicable aux conflits internationaux.

35. À titre préliminaire, la Chambre relève que la Défense, dans ses observations actuelles comme dans celles qu'elle a présentées au stade de la confirmation des charges, étaye sa contestation en faisant valoir que les actes commis contre des membres des propres forces de l'auteur ne constituent pas un crime en droit coutumier⁷² et que les chefs 6 et 9 violent le principe de la légalité⁷³. La Chambre fait observer que le Statut est avant tout un traité multilatéral qui a la fonction de code pénal international pour ceux qui y sont parties. Viser les crimes énumérés aux articles 6 à 8 du Statut exprime la volonté des États parties de criminaliser les comportements concernés. Le comportement criminalisé comme crime de guerre aura donc généralement été d'abord criminalisé en

⁷⁰ Réponse récapitulative du représentant légal des victimes, ICC-01/04-02/06-1279, par. 28 à 34.

⁷¹ Voir norme 55 du Règlement de la Cour.

⁷² Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 39.

⁷³ Transcription de l'audience du 13 février 2014, ICC-01/04-02/06-T-10-RED-ENG, p. 27, lignes 24 et 25.

vertu d'un traité ou d'une règle coutumière du droit international, mais ne doit pas nécessairement l'avoir été⁷⁴.

36. Les crimes reprochés sous les chefs 6 et 9 sont visés à l'article 8-2-b-xxii pour les situations de conflit armé international et à l'article 8-2-e-vi pour les conflits armés non internationaux. Ces articles, dans leurs passages pertinents, énoncent ce qui suit :

Article 8 Crimes de guerre

2. Aux fins du présent Statut, on entend par « crimes de guerre » :

[...]

b) Les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international, à savoir, l'un quelconque des actes ci-après :

[...]

xxii) Le 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 ;

[...]

e) Les autres violations graves de lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international, dans le cadre établi du droit international, à savoir l'un quelconque des actes ci-après :

[...]

vi) Le 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

⁷⁴ L'article 22-1 du Statut dispose qu'« [u]ne personne n'est pénalement responsable en vertu du présent Statut que si son comportement constitue, au moment où il se produit, un crime relevant de la compétence de la Cour ». Si, par exemple, un certain comportement criminalisé par le Statut, était adopté après l'entrée en vigueur de celui-ci, dans un État partie, et sur le territoire de cet État, les conditions d'application du principe *nullum crimen sine lege*, tel qu'il est inscrit dans l'article susmentionné, seraient réunies. À cet égard, la Chambre relève également que, à la différence de la majorité des crimes de guerre visés à l'article 8 du Statut, les crimes de viol et d'esclavage sexuel ne sont pas tirés d'une quelconque disposition conventionnelle antérieure. Michael Cottier, par exemple, dit que « [TRADUCTION] l'établissement de la liste des crimes de violence sexuelle relevant du Statut de Rome et plus encore la rédaction de leurs éléments ont été dans une certaine mesure un exercice de législation créative, étant donné que ces formes de violence ne constituaient pas en soi des crimes de guerre avant l'adoption du Statut de Rome et que les règles du droit international humanitaire y relatives n'étaient pas trop précises ». M. Cottier, « War crimes », in O. Triffterer (Dir. pub.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2^e éd., 2008, p. 435.

violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève.

37. La Chambre observe que la Défense concentre ses observations sur le champ d'application de l'article 3 commun. La Défense soutient que « [TRADUCTION] [l]es crimes visés aux chefs 6 et 9 [...] ne relèvent pas du champ d'application de l'article 3 commun⁷⁵ » et que « [TRADUCTION] toute victime d'un crime de guerre dans un conflit armé ne revêtant pas un caractère international doit être une personne protégée au sens de l'article 3 commun⁷⁶ ». Toutefois, il est clair que les victimes de crimes de guerre énumérés à l'article 8-2-e ne doivent pas toutes nécessairement être des personnes protégées au sens de l'article 3 commun⁷⁷.

38. La Chambre observe également que si l'article 8-2-c du Statut énumère les violations graves de l'article 3 commun, l'article 8-2-e-vi fait également référence à tout comportement constitutif de violation grave de l'article 3 commun. De même, si l'article 8-2-a vise spécifiquement « [l]es violations graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 » et donc requiert que les actes énumérés aient été commis contre des personnes protégées,

⁷⁵ Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 40.

⁷⁶ Observations récapitulatives de la Défense, ICC-01/04-02/06-1256, par. 2.

⁷⁷ À cet égard, la Chambre renvoie, par exemple, aux articles 8-2-e-ix et 8-2-e-x du Statut, qui se rapportent respectivement au fait de tuer ou de blesser par trahison un « adversaire combattant » et au fait de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier. Elle souligne en outre qu'un certain nombre de dispositions relatives aux crimes visent des comportements, indépendamment du statut des personnes, s'il y en a, qui subissent un préjudice du fait de ces comportements (voir articles 8-2-e-xiii, 8-2-e-xiv et 8-2-e-xv, qui portent sur le fait d'employer des armes spécifiquement prohibées). Cela est conforme au cadre sous-jacent du droit international humanitaire, qui prévoit deux formes de protection : i) la protection de groupes de personnes spécifiquement définies contre certaines formes d'abus ; et ii) la protection contre les effets de la conduite des hostilités, y compris par l'interdiction de certains moyens et méthodes de guerre. Voir l'étude sur le droit international humanitaire coutumier, réalisée et mise à jour par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) : J.-M. Henckaerts et L. Boswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, vol. 1 et 2, Bruylant, 2011 (« l'étude du CICR »), en particulier les règles 46, 64, 65, 70, 72 à 74, 77 à 80, 85 et 86. Voir aussi l'article 1 de la Convention sur les armes chimiques, qui dispose que « [c]haque État partie [...] s'engage à ne jamais, en aucune circonstance : [...] [e]mployer d'armes chimiques » (Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, Paris, 13 janvier 1993) [non souligné dans l'original].

l'article 8-2-b-xxii fait référence à tout comportement « constituant une infraction grave aux Conventions de Genève ».

39. Avant de se tourner vers les lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux, la Chambre considère donc qu'il convient de se référer tout d'abord aux textes de la Cour pour dire si le viol et l'esclavage sexuel visés aux articles 8-2-b-xxii et 8-2-e-vi se limitent aux actes constitutifs d'infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 (« les Conventions de Genève ») ou de violations graves de l'article 3 commun, respectivement. Une telle conclusion aurait pour conséquence qu'il faudrait que les victimes des crimes allégués soient des personnes protégées par les Conventions de Genève⁷⁸ ou des personnes « qui ne prennent pas directement part aux hostilités », y compris des membres de forces armées ayant déposé les armes et des personnes mises hors de combat par maladie, blessure, détention ou toute autre cause (« les exigences en matière de statut »)⁷⁹.

Les exigences en matière de statut à l'article 8 du Statut

40. La Chambre rappelle que l'article 8 du Statut est divisé en quatre catégories de crimes visés : i) les infractions graves aux Conventions de Genève⁸⁰ ; ii) les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux⁸¹ ; iii) les violations graves de l'article 3 commun⁸² ; et iv) les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits ne présentant pas un caractère international⁸³. Au vu du cadre juridique, la Chambre n'est pas d'avis que l'intention était que, dans des situations de conflit armé, le viol et l'esclavage sexuel ne puissent entraîner de poursuites qu'en tant

⁷⁸ Voir articles 50, 51, 130 et 147 des Conventions de Genève de 1949, respectivement.

⁷⁹ Voir article 3 commun.

⁸⁰ Paragraphe 2-a.

⁸¹ Paragraphe 2-b.

⁸² Paragraphe 2-c.

⁸³ Paragraphe 2-e.

qu'infractions graves à l'article 3 commun ou violations graves de celui-ci⁸⁴. Comprendre le viol et l'esclavage sexuel, tel que visés aux paragraphes 2-b-xxii et 2-e-vi, comme étant respectivement des infractions graves à l'article 3 commun et des violations graves de celui-ci, et donc incorporer des exigences en matière de statut, irait à l'encontre de la structure de l'article 8. En effet, si les exigences en matière de statut devaient s'appliquer aux paragraphes 2-b-xxii et 2-e-vi, les crimes qui y sont visés ne seraient pas distincts de ceux qui pourraient être reprochés sur le fondement des paragraphes 2-a et -2-c⁸⁵. Dans ce cas, le mot « autres » dans le chapeau des paragraphes perdrait également tout sens dans le contexte des paragraphes 2-b-xxii et 2-e-vi. De plus, si le chapeau des paragraphes 2-a et 2-c comporte des références à des critères spécifiques liés au statut de victime, la Chambre relève que celui des paragraphes 2-b et 2-e ne comporte rien de tel⁸⁶. Seulement certains des crimes énumérés dans ces paragraphes donnent des précisions concernant le statut de la victime et/ou de l'auteur⁸⁷. Toutefois, comme l'a déjà fait observer la Chambre⁸⁸, aucun statut particulier des victimes n'est explicitement mentionné pour les crimes énumérés aux paragraphes 2-b-xxii et 2-e-vi⁸⁹.

41. S'agissant de l'inclusion de « *also* » dans l'exposé en anglais des crimes énumérés aux paragraphes 2-b-xxii et 2-e-vi⁹⁰, la Chambre considère que ce mot

⁸⁴ Le viol a précédemment été reconnu comme pouvant constituer une infraction grave à l'article 3 commun ou une violation grave de celui-ci. Voir notamment TPIY, *Le Procureur c/ Delalić et consorts*, IT-96-21-T, Jugement, 16 novembre 1998, par. 943 et 965.

⁸⁵ Voir aussi M. Bothe, « War Crimes », in A. Cassese et autres (Dir. pub.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, 2002, p. 416.

⁸⁶ Au lieu de cela, le chapeau de chacun de ces paragraphes fait simplement référence au « cadre établi du droit international ».

⁸⁷ Voir articles 8-2-b-i, 8-2-b-vi, 8-2-b-x, 8-2-b-xi, 8-2-b-xv et 8-2-b-xxvi ; et articles 8-2-e-i, 8-2-e-vii, 8-2-e-ix et 8-2-e-xi.

⁸⁸ Décision attaquée, ICC-01/04-02/06-892-tFRA, par. 25.

⁸⁹ Voir aussi Arrêt, ICC-01/04-02/06-1225-tFRA, par. 29.

⁹⁰ La Chambre relève l'observation de l'Accusation sur l'absence du mot « *also* » d'autres versions linguistiques du Statut faisant foi ou l'utilisation différente qui en est faite (Observations récapitulatives de l'Accusation, ICC-01/04-02/06-1278, par. 37 à 39).

doit être considéré comme reliant les formules « *any other form of sexual violence* » et « *constituting a grave breach of the Geneva Conventions* »/« *constituting a serious violation of [Common Article 3]* »⁹¹. Cela est étayé par les Éléments des crimes, où une distinction est faite entre les crimes énumérés et les crimes non énumérés aux paragraphes 2-b-xxii et 2-e-vi. Les Éléments des crimes pour « tout autre forme de violence sexuelle » non énumérée comportent un élément supplémentaire, à savoir que le comportement ait été « d'une gravité comparable à celle d'une [infraction grave aux Conventions de Genève/violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève] ». En revanche, les Éléments des crimes pour le viol et l'esclavage sexuel en tant que crimes de guerre ne mentionnent aucune condition pareille, ou une exigence particulière concernant le statut des victimes⁹². Toujours par comparaison, les Éléments des crimes pour les infractions graves à l'article 3 commun ou les violations graves de celui-ci énumérés aux paragraphes 2-a et 2-c formulent bien une exigence concernant le statut des victimes⁹³.

42. De plus, des commentaires d'experts ayant participé au processus de rédaction du Statut et des Éléments des crimes expliquent que la formulation adoptée

⁹¹ S'il est possible de lire « *also* » comme faisant le lien entre les crimes énumérés et les crimes non énumérés dans ces paragraphes, le mot « *also* » s'apparentant alors à « *like* » qui signifie « comme » (comme les crimes énumérés dans l'article, « toute autre violence sexuelle » constitue une infraction grave ou une violation grave), la Chambre, vu le raisonnement supplémentaire exposé dans le présent paragraphe, n'est pas d'avis qu'il s'agisse là d'une interprétation raisonnable. De plus, elle fait observer que, même avec cette interprétation, une telle formulation n'a qu'à indiquer que le viol et l'esclavage sexuel peuvent être considérés comme des infractions graves à l'article 3 commun ou des violations graves de celui-ci et ne doit pas nécessairement conduire à une incorporation des exigences en matière de statut pour les crimes énumérés. Voir M. Cottier, « War Crimes », in O. Triffterer (Dir. pub.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2^e édition, 2008, p. 453.

⁹² Éléments des crimes, articles 8-2-b-xxii et 8-2-e-vi.

⁹³ Par exemple, les éléments relatifs à l'article 8-2-a-i (Homicide intentionnel) requièrent ce qui suit : « L'auteur a tué une ou plusieurs personnes » et « [I]adite ou lesdites personnes étaient protégées par une ou plusieurs Conventions de Genève de 1949 ». Les éléments pour l'article 8-2-c-i (Meurtre) requièrent ce qui suit : « L'auteur a tué une ou plusieurs personnes », puis ils suivent les termes de l'article 3 commun en disant que « [I]adite ou lesdites personnes étaient hors de combat ou des personnes civiles ou des membres du personnel sanitaire ou religieux ne prenant pas activement part aux hostilités ».

dans le Statut avait occasionné de nombreux débats lors de la rédaction des Éléments des crimes, mais que le but de la formulation telle qu'adoptée était de fixer un certain seuil de gravité⁹⁴ et d'exclure des formes moindres de violences sexuelles ou de harcèlement qui ne seraient pas constitutives de crimes parmi les plus graves qui touchent la communauté internationale⁹⁵. L'historique de la rédaction des paragraphes 2-b-xxii et 2-e-vi n'apporte pas davantage de lumière sur la question de savoir si les rédacteurs entendaient que les victimes des crimes qui y sont visés soient soumises aux exigences en matière de statut, mais il montre bien qu'il « [TRADUCTION] avait initialement été proposé que le viol [...] et les autres violences sexuelles *de gravité comparable*⁹⁶ » soient inclus sous différents titres du Statut, notamment comme exemple de l'infraction grave consistant à « causer intentionnellement de grandes souffrances⁹⁷ » et de la violation grave de l'article 3 commun consistant à commettre des atteintes graves à la dignité de la personne⁹⁸. Cependant, les infractions sexuelles ont par la suite été présentées comme crimes de guerre à part entière, avec une formulation proche de celle qui a finalement été adoptée, sous les titres d'autres

⁹⁴ K. Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2002, p. 332. L'auteur explique que l'approche dans les Éléments des crimes constituait un compromis visant à accorder la formulation du Statut avec son but, par l'inclusion d'un seuil de gravité. Il rapporte que certaines délégations plaidaient pour une interprétation reconnaissant simplement que les crimes de violences sexuelles pouvaient déjà être l'objet de poursuites en tant qu'infractions graves, tandis que d'autres proposaient que le crime requière l'existence d'une infraction grave en plus d'actes de violence à caractère sexuel. Voir aussi G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, 2^e éd., 2009, p. 393, par. 1063 à 1066.

⁹⁵ M. Cottier, « War Crimes », in O. Triffterer (Dir. pub.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2^e éd., 2008, p. 454.

⁹⁶ Non souligné dans l'original.

⁹⁷ Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale (« le Comité préparatoire »), Crimes de guerre (Projet de texte de synthèse), 20 février 1997, A/AC.249/1997/WG.1/CRP.2 (« le Projet de texte sur les crimes de guerre »), p. 1.

⁹⁸ Projet de texte sur les crimes de guerre, p. 7 ; voir aussi Comité préparatoire, Crimes de guerre (texte préliminaire), 20 février 1997, Rév. 1 (« le Texte préliminaire sur les crimes de guerre »), p. 4. La Chambre relève toutefois qu'il a également été proposé comme exemple du crime d'« atteintes à la dignité de la personne », figurant dans la liste des autres violations graves du droit international humanitaire (Projet de texte sur les crimes de guerre, p. 7) et plus tard sous le titre « [TRADUCTION] Autres crimes de guerre commis en violation des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international » (Texte préliminaire sur les crimes de guerre).

violations graves du droit applicable aux conflits armés internationaux et non internationaux, respectivement⁹⁹.

43. En outre, la Chambre observe que, bien que la question n'ait pas été spécifiquement plaidée dans des affaires antérieures, il ressort de la jurisprudence que la Cour n'a pas requis la preuve qu'il était satisfait aux exigences en matière de statut lorsqu'elle a analysé le viol en tant que crime de guerre reproché sur le fondement des articles 8-2-b-xxii et 8-2-e-vi¹⁰⁰. En revanche, la Chambre de première instance III a relevé que seuls les éléments contextuels diffèrent entre le viol en tant que crime de guerre et le viol en tant que crime contre l'humanité¹⁰¹.

44. Au vu de ce qui précède, la Chambre considère que le cadre juridique de la Cour ne requiert pas que les victimes des crimes visés aux articles 8-2-b-xxii et 8-2-e-vi soient des personnes protégées au sens (limité) des infractions graves à l'article 3 commun. Elle va à présent analyser si de telles limitations découlent du cadre juridique international plus large.

Le « cadre établi du droit international » applicable aux conflits armés internationaux et non internationaux

45. Comme il a été dit plus haut, le chapeau des paragraphes 2-b et 2-e fait référence aux autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux, « dans le cadre établi du droit international ». De même, l'introduction des Éléments des crimes pour

⁹⁹ M. Cottier, « War Crimes », in O. Triffterer (Dir. pub.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck, Hart Nomos, 2^e éd., 2008, p. 452. Voir aussi Décisions adoptées par le Comité préparatoire à la session qu'il a tenue du 1^{er} au 12 décembre 1997, A/AC.249/1997/L.9/Rev.1, 18 décembre 1997, p. 9 et 11.

¹⁰⁰ Voir notamment Chambre de première instance II, *Le Procureur c. Germain Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, ICC-01/04-01/07-3436, par. 962 à 984.

¹⁰¹ Chambre de première instance III, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 21 mars 2016, ICC-01/05-01/08-3343-tFRA (« le Jugement Bemba »), par. 98 à 109.

l'article 8 dispose que les crimes de guerre visés au paragraphe 2 « doivent être interprétés dans le cadre établi du droit international des conflits armés », généralement appelé droit des conflits armés ou droit international humanitaire.

46. Le viol et les autres formes de violences sexuelles sont depuis longtemps prohibés par le droit international humanitaire. Le Code Lieber de 1863, généralement considéré comme la première codification (nationale) du droit coutumier de la guerre tel qu'il était applicable à l'époque, énonçait déjà que « [TRADUCTION] tou[t] viol » contre les habitants du pays envahi est interdit¹⁰². Les Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels de 1977 interdisent expressément le viol dans certaines de leurs dispositions¹⁰³, ainsi que tout comportement qui pourrait inclure des violences sexuelles¹⁰⁴. De plus, au nombre des garanties fondamentales inscrites à l'article 75 du Protocole additionnel I, pour toute personne au pouvoir d'une partie au conflit, figure l'interdiction des « atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, la prostitution forcée et toute forme d'attentat la pudeur ». En outre, diverses chambres du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) ont conclu que le droit international coutumier interdit en tout temps le viol et les autres formes de violences sexuelles, et en temps de conflit ceux-ci sont des violations graves du droit international humanitaire et donc constitutifs de crimes de guerre¹⁰⁵. Quant à

¹⁰² Article 44 des Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique, 24 avril 1863.

¹⁰³ Voir article 27 de la Quatrième Convention de Genève de 1949 ; article 76 du Protocole additionnel I ; et article 4-2-e du Protocole additionnel II.

¹⁰⁴ Voir article 12 de la Première Convention de Genève de 1949 ; article 12 de la Deuxième Convention de Genève de 1949 ; article 14 de la Troisième Convention de Genève de 1949 ; articles 75 et 77 du Protocole additionnel I ; et article 3 commun (interdisant « les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle », notamment les traitements cruels, la torture et « les atteintes à la dignité des personnes »).

¹⁰⁵ Le TPIY, dans l'affaire *Furundžija*, a rappelé ce qui suit : « Le viol en temps de guerre est expressément interdit en droit conventionnel par les Conventions de Genève de 1949, le Protocole additionnel I de 1977 et le Protocole additionnel II de 1977. Les autres violences sexuelles graves sont, explicitement ou non, interdites par diverses autres dispositions de ces mêmes conventions ». TPIY, *Le Procureur*

l'esclavage, la Chambre rappelle qu'il est prohibé sous toutes ses formes, y compris donc l'esclavage sexuel, par le Protocole additionnel II¹⁰⁶. L'esclavage sexuel peut également être considéré comme étant visé par les interdictions générales d'attentat à la pudeur et d'atteinte à l'honneur telles qu'applicables au viol, de même que la prostitution forcée¹⁰⁷. De plus, les interdictions de viol et d'esclavage (sexuel) font également partie du droit international humanitaire coutumier, applicable lors des conflits armés tant internationaux que non internationaux¹⁰⁸.

47. Si la plupart des interdictions expresses du viol et de l'esclavage sexuel en droit international humanitaire apparaissent dans le contexte de la protection des civils et des personnes hors de combat au pouvoir d'une partie au conflit, la Chambre ne considère pas que ces protections explicites définissent de façon exhaustive, voire limitent, l'étendue de la protection contre ces comportements.

c/ Furundžija, affaire n° IT-95-17/1, Jugement, 10 décembre 1998, par 165 [notes de bas de page non reproduites]. Voir aussi TPIY, *Le Procureur c/ Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la Défense aux fins d'abandonner les chefs 13 & 14 de l'Acte d'accusation (absence de compétence *ratione materiae*), 29 mai 1998, par. 13 (« L'argument selon lequel "la torture et les atteintes à la dignité des personnes, y compris le viol, ne sont pas couvertes par l'article 3 du Statut" résulte d'une interprétation erronée du Statut. Ces actes sont prohibés par le droit international coutumier à tout moment. [...] [D]urant un conflit armé, ils sont, en outre, assimilables à des violations des lois ou coutumes de la guerre, qui incluent les actes prohibés en vertu des Conventions de La Haye de 1907 et de l'article 3 commun. ») ; TPIY, *Le Procureur c/ Delalić et consorts*, affaire n° IT-96-21-T, Jugement, 16 novembre 1998, par. 476. Avant ces jugements, le juge Meron avait souligné que « [TRADUCTION] [l]e droit de la guerre interdit bien entendu depuis des siècles la commission du viol par les soldats » (T. Meron, « Rape as a Crime under International Humanitarian Law, vol. 87, 1993, *American Journal of International Law*, p. 425. Voir aussi C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer, 2^e éd. révisée, 1999, p. 348, qui affirme que « [TRADUCTION] [l]e viol est depuis longtemps considéré comme un crime de guerre en droit international coutumier »).

¹⁰⁶ Article 4-2-f du Protocole additionnel II.

¹⁰⁷ La notion de prostitution forcée telle que prohibée par l'article 27 de la Quatrième Convention de Genève de 1949 ne requérait pas l'élément de l'« avantage pécuniaire ou autre » qui figure parmi les éléments du crime de prostitution forcée visé dans le Statut, et elle inclut donc le comportement qu'il conviendrait actuellement de reprocher sous l'appellation d'esclavage sexuel (voir J. Pictet et autres, *Commentaire des Conventions de Genève du 12 août 1949. Volume IV*, CICR, 1958, p. 205).

¹⁰⁸ Voir à cet égard règles 93 et 94 et la pratique sous-jacente dans l'étude du CICR.

À cet égard, elle rappelle la clause Martens¹⁰⁹, qui commande que, dans les cas non prévus par des accords spécifiques, « les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique¹¹⁰ ». Elle relève en outre que les dispositions énonçant les garanties fondamentales font référence à des actes qui « sont et demeurent prohibés en tout temps et en tout lieu », et qu'elles s'appliquent donc à toutes les personnes au pouvoir d'une partie au conflit, et les protègent¹¹¹.

48. La Chambre considère en outre que limiter la portée de la protection comme le propose la Défense est contraire à la raison d'être du droit international humanitaire, qui vise à limiter les souffrances résultant des conflits armés sans pour autant interdire aux belligérants d'utiliser la force armée l'un contre l'autre ou compromettre leur capacité de mener des opérations militaires efficaces. Ce faisant, le droit international humanitaire admet que l'objectif des parties de vaincre l'adversaire occasionnera certaines souffrances, dommages et préjudices, mais il impose spécifiquement que de telles conséquences ne découlent que d'actions qui relèvent de la nécessité militaire ou qui apporteront un avantage militaire certain. Le viol et l'esclavage sexuel d'enfants de moins

¹⁰⁹ La clause Martens a tout d'abord été incluse dans le préambule de la Convention de La Haye de 1899 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, et a depuis été réitérée dans les Conventions de Genève de 1949 et dans les Protocoles additionnels de 1977 (voir l'article commun des Conventions de Genève relatif à la dénonciation, à savoir les articles 63, 62, 142 et 158 respectivement, et plus précisément l'article 1-2 du Protocole additionnel I et le Préambule du Protocole additionnel II). Voir aussi Cour internationale de justice, affaire de la *Licéité de la menace et l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, 8 juillet 1996, par. 78 et 87 ; TPIY, *Le Procureur c/ Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1, Jugement, 10 décembre 1998, par 137 ; et Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, affaire *Krupp et autres*, affaire n° 214, jugement du 31 juillet 1948.

¹¹⁰ Portée (et fonctionnement) de la clause Martens, comme exposé par la Commission du droit international dans le Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante sixième session, 1994, GAOR A/49/10, p. 317.

¹¹¹ L'article 75 du Protocole additionnel I fait référence à « une Partie au conflit » [non souligné dans l'original] et ne limite donc pas les garanties fondamentales aux personnes au pouvoir de la partie adverse.

de 15 ans¹¹², ou même de quiconque, ne sauraient apporter quelque avantage militaire admis, et aucune nécessité ne saurait justifier l'adoption de tels comportements¹¹³.

49. Certes, le droit international humanitaire autorise les combattants à participer directement aux hostilités¹¹⁴ et, dans le cadre de cette participation, à prendre pour cible les combattants membres des forces adverses ainsi que les civils participant directement aux hostilités, et il prévoit en outre certaines justifications pour des comportements causant des dommages matériels¹¹⁵ ou la mort de personnes ne pouvant légitimement être prises pour cible¹¹⁶, mais il n'y a jamais de justification pour la commission de violences sexuelles contre quiconque, et ce, que cette personne puisse ou non, au regard du droit international humanitaire, être prise pour cible ou tuée¹¹⁷.

50. La Chambre juge en outre notable le fait que le CICR, dans son commentaire mis à jour de la Première Convention de Genève de 1949, se penche sur la question de savoir « si les forces armées d'une partie au conflit bénéficient de l'application de l'article 3 commun par la partie belligérante à laquelle [elles]

¹¹² La Chambre rappelle ici qu'il existe en droit international humanitaire des règles spécifiques visant à protéger les enfants des effets des conflits armés. Voir article 50 de la Quatrième Convention de Genève de 1949 ; article 77 du Protocole additionnel I ; et article 4-3 du Protocole additionnel II.

¹¹³ Sivakumaran écrit que « [TRADUCTION] [l]es violences sexuelles, que ce soit contre des civils, des membres des forces armées ou des membres du groupe armé, sont interdites ». S. Sivakumaran, *The law of non-international armed conflict*, Oxford University Press, 2012, p. 249.

¹¹⁴ Voir article 43-2 du Protocole additionnel I.

¹¹⁵ Voir notamment article 23-g du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, en annexe de la Convention (IV) de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 18 octobre 1907.

¹¹⁶ Voir, p. ex., articles 51-5-b et 57-2-b du Protocole additionnel I, qui tolèrent une certaine proportion de dommages incidents (ou collatéraux), dès lors qu'ils ne sont pas excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu. Le principe de proportionnalité fait partie du droit international humanitaire coutumier et s'applique également en matière de conduite des hostilités dans les conflits armés non internationaux. Voir notamment règle 14 et pratique sous-jacente dans l'étude du CICR.

¹¹⁷ À cet égard, la Chambre souligne qu'elle analyse ici si la protection contre le viol et l'esclavage sexuel est limitée de façon à exclure les membres des propres forces de l'auteur (en particulier les enfants de moins de 15 ans), et qu'elle n'a pas à examiner la question de savoir si une personne est protégée en droit international humanitaire contre le fait d'être tuée par les membres de sa propre force.

appartiennent¹¹⁸ ». Examinant l'« exemple » de « membres des forces armées qui sont victimes d'abus sexuels ou de mauvais traitements par la partie belligérante à laquelle ils appartiennent », le CICR explique ce qui suit :

Le fait [...] que la violence soit commise par la partie belligérante à laquelle [elles] appartiennent ne saurait être un prétexte pour refuser à ces personnes la protection de l'article 3 commun. Ceci est étayé par le caractère fondamental de l'article 3 commun qui a été reconnu comme « un minimum » applicable dans tous les conflits armés et comme reflétant des « considérations élémentaires d'humanité »¹¹⁹.

Cette approche se situe dans le droit fil des commentaires précédents du CICR, dans lesquels il est expliqué que, vu les principes humanitaires qui la sous-tendent, la catégorisation des personnes protégées telle qu'adoptée dans les deux premières Conventions de Genève de 1949 ne visait pas à limiter la protection¹²⁰.

51. La Chambre considère que l'interprétation selon laquelle la portée de la protection contre les violences sexuelles ne se limite pas à certaines catégories de personnes¹²¹ est en outre étayée par le fait que l'esclavage sexuel a été

¹¹⁸ CICR, Commentaire de la Première Convention de Genève de 1949, CICR, 2016, par. 547, qui fait partie de la section intitulée « L'applicabilité de l'article 3 commun à tous les civils et aux forces armées d'une partie ».

¹¹⁹ CICR, Commentaire de la Première Convention de Genève de 1949, CICR, 2016, par. 547, faisant référence à : Cour internationale de Justice, affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, Arrêt, 1986, par. 218 et 219.

¹²⁰ Voir J. Pictet et autres, Commentaire de la Première Convention de Genève de 1949, CICR, 1952, p. 145 et 146 ; et J. Pictet et autres, Commentaire de la Deuxième Convention de Genève de 1949, CICR, 1960, p. 95 et 96. De même, voir le traitement des blessés et des malades en droit international humanitaire, où aucune distinction n'est autorisée entre les personnes, indépendamment de leur statut, sauf pour des raisons médicales (J. Pictet et autres, Commentaire de la Première Convention de Genève de 1949, CICR, 1952, p. 149 (« Les blessés doivent être respectés aussi bien lorsqu'ils se trouvent parmi les forces de leur propre armée ou entre les lignes que lorsqu'ils sont tombés au pouvoir de l'adversaire »)) ; règle 110 de l'étude du CICR.

¹²¹ La Chambre observe que la Défense, lorsqu'elle soutient que l'étendue de la protection ou la criminalisation des violations sont limitées de manière à exclure les membres de la même force armée, se concentre sur le cadre du droit international humanitaire. La Chambre rappelle cependant que les crimes de viol et d'esclavage sexuel, tels qu'inscrits à l'article 8 du Statut, n'ont pas été tirés directement

reconnu comme constituant une forme particulière d'esclavage¹²². À cet égard, elle rappelle que le premier élément de l'esclavage sexuel dans les Éléments des crimes est identique à la définition de la « réduction en esclavage » telle qu'énoncée à l'article 7-2-c du Statut¹²³ et est basé sur la définition de l'esclavage énoncée dans la Convention relative à l'esclavage de 1926¹²⁴. L'interdiction de l'esclavage ayant le statut de norme de *jus cogens* en droit international¹²⁵, celle de l'esclavage sexuel l'a également¹²⁶ et, partant, aucune exception n'est admissible¹²⁷. La Chambre relève en outre que le viol peut constituer un acte sous-jacent de la torture ou du génocide et que l'interdiction de la torture et celle du génocide sont incontestablement des normes de *jus cogens*. Il a

de dispositions spécifiques d'un traité (voir, p. ex., M. Cottier, « War Crimes », in O. Triffterer (Dir. pub.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2^e éd., 2008, p. 435). Elle considère par conséquent qu'il convient d'analyser ces crimes dans le cadre plus large du droit international.

¹²² Voir, p. ex., Chambre préliminaire I, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Décision relative à la confirmation des charges, 30 septembre 2008, ICC-01/04-01/07-717-tFRA-Corr, par. 430 et 431 ; et TPIY, *Le Procureur c/ Kunarac et consorts*, affaire n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Arrêt, 12 juin 2002, par. 117 à 124.

¹²³ Le premier élément de l'esclavage sexuel en tant que crime de guerre requiert ce qui suit : « L'auteur a exercé l'un quelconque ou la totalité des pouvoirs découlant du droit de propriété sur une ou plusieurs personnes ». Aux termes de l'article 7-2-c du Statut, par « "réduction en esclavage", on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété [...] ».

¹²⁴ La Convention relative à l'esclavage définit l'esclavage comme suit en son article 1-1 : « L'esclavage est l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux ». Voir aussi K. Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2002, p. 328.

¹²⁵ Voir, p. ex., Cour internationale de justice, affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Arrêt, 5 février 1970, par. 33 et 34.

¹²⁶ Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Le Procureur c. Brima et autres*, SCSL-01-16-T, *Judgment*, Chambre de première instance II, 20 juin 2007, par. 705 (« [TRADUCTION] l'interdiction de l'esclavage à des fins d'abus sexuel est une norme de *jus cogens* au même titre que l'interdiction de l'esclavage aux fins de travail physique ») ; « Formes contemporaines d'esclavage – Rapport final sur le viol systématique, l'esclavage sexuel et les pratiques analogues à l'esclavage en période de conflit armé, présenté par Mme Gay J. McDougall, Rapporteuse spéciale, Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, cinquantième session, E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 juin 1998, par. 30, où il est dit que, « [à] tous égards et en toutes circonstances, l'esclavage sexuel est un esclavage et son interdiction est une norme de *jus cogens* ».

¹²⁷ Voir article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 1155, n° 18232, 23 mai 1969. Et en effet, dans l'affaire *Krnojelac*, le TPIY a estimé que « l'interdiction de l'esclavage dans le cadre d'un conflit armé est un droit inaliénable, absolu et fondamental, l'un des principes essentiels du droit international coutumier et conventionnel général » (TPIY, *Le Procureur c/ Krnojelac*, affaire n° IT-97-25-T, Jugement, 15 mars 2002, par. 353).

également été dit, et la majorité des juges de la Chambre y souscrit¹²⁸, que l'interdiction du viol lui-même a pareillement acquis le statut de norme de *jus cogens* en droit international¹²⁹.

52. L'interdiction du viol et celle de l'esclavage sexuel étant des normes impératives, ces comportements sont interdits en tout temps, aussi bien en temps de paix qu'en temps de conflit armé, et à l'encontre de toutes les personnes, quel que soit leur statut juridique. Pour autant, cela ne signifie pas que tout viol ou cas d'esclavage sexuel survenant durant un conflit armé constitue un crime de guerre. S'agissant de l'argument de la Défense selon lequel le viol et l'esclavage sexuel peuvent constituer des crimes « ordinaires » ou des crimes contre l'humanité, mais pas des crimes de guerre, la Chambre rappelle que le lien requis dans les éléments contextuels des crimes de guerre, à savoir que le comportement allégué ait eu lieu dans le contexte de et ait été associé à un conflit armé international ou non international, devra être établi dans tous les cas et qu'il s'agit d'une appréciation factuelle à laquelle la Chambre procédera lors de l'analyse des éléments de preuve en l'espèce¹³⁰.

¹²⁸ La juge Ozaki estime que cette déclaration n'est pas utile au raisonnement et pourrait prêter à confusion, et, en conséquence, ne s'exprime pas encore à cet égard.

¹²⁹ Voir, p. ex., K. Dawn Askin, *War Crimes against Women: Prosecutions in International War Crimes Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 242. D. S. Mitchell, « The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a Norm of *Jus Cogens*: Clarifying the Doctrine », *Duke Journal of Comparative Law & International Law*, vol. 15, 2005, p. 219 à 257.

¹³⁰ Cela se reflète dans le cadre juridique de la Cour, à travers l'exigence selon laquelle « le comportement a eu lieu dans le contexte de et était associé à un [conflit armé international/un conflit armé ne présentant pas un caractère international] ». Le critère principal, tel qu'exposé par la Chambre d'appel du TPIY lorsqu'elle a statué en l'affaire *Kunarac*, est le suivant : « Un lien de cause à effet n'est pas exigé entre le conflit armé et la perpétration du crime mais il faut, à tout le moins, que l'existence du conflit armé ait considérablement pesé sur la capacité de l'auteur du crime à le commettre, sa décision de le commettre, la manière dont il l'a commis ou le but dans lequel il l'a commis ». La Chambre d'appel du TPIY a ajouté que des crimes de guerre peuvent être commis à des moments ou à des endroits où ne se déroule aucun combat. Toutefois, les faits en cause doivent être « étroitement liés aux hostilités se déroulant dans d'autres parties des territoires » ; TPIY, *Le Procureur c/ Kunarac et consorts*, affaire n° IT-96-23-A & IT-96-23/1-A, Arrêt, 12 juin 2002, par. 57 à 59. Voir aussi Jugement *Bemba*, ICC-01/05-01/08-3343-tFRA, par. 142.

53. Ayant conclu que la protection prévue par le droit international humanitaire contre les violences sexuelles n'est pas limitée aux membres des forces armées adverses mis hors de combat ou aux civils ne participant pas directement aux hostilités, la Chambre n'a pas à examiner si les personnes dont il est allégué dans les faits et circonstances sous-tendant les chefs 6 et 9 qu'elles étaient des enfants soldats, ou toute autre personne dont il est allégué qu'elle a été réduite en esclavage sexuel par l'UPC/FPLC, doivent être considérées comme des « membres » de cette force armée à la période considérée. Cependant, dans la mesure où ces personnes pourraient être considérées comme ayant fait l'objet de conscription et d'enrôlement au sein de l'UPC/FPLC, la Chambre estime qu'il convient de souligner qu'il existe, en tant que principe général de droit, un devoir de ne pas reconnaître des situations créées par certaines infractions graves au droit international¹³¹. Il existe également un principe reconnu selon lequel nul ne peut tirer avantage de son propre comportement illicite¹³². Il n'est donc pas possible que, après la commission d'une violation grave du droit international humanitaire ayant consisté à incorporer des enfants de moins de 15 ans au sein d'un groupe armé, comme l'allègue l'Accusation, la protection

¹³¹ Cour internationale de justice, *Conséquences juridique de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, 9 juillet 2004, par. 155 à 159 (« Vu la nature et l'importance des droits et obligations en cause, la Cour est d'avis que tous les États sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur [...]. Ils sont également dans l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction. ») ; Cour internationale de justice, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, 21 juin 1971, p. 16 ; article 41-2 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adopté par la Commission du droit international (GA/56/83 (2001), Annexe). Le droit international humanitaire reconnaît également le danger qu'il y a à permettre à une partie d'altérer le statut de certaines personnes protégées, que ce soit unilatéralement ou au moyen d'un accord (voir, p. ex., dans le cas des prisonniers de guerre, les articles 6 et 7 de la Troisième Convention de Genève de 1949, qui prévoient qu'aucun accord ne peut porter préjudice à la situation des prisonniers ni restreindre les droits que leur confère la Convention, même lorsque des prisonniers « renoncent » à ces droits ; voir aussi Protocole additionnel II, article 4-3-d, portant spécifiquement sur la situation des enfants de moins de 15 ans qui prennent directement part aux hostilités et sont capturés).

¹³² Voir Cour internationale de justice, affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, faisant référence à : Cour permanente de justice internationale, affaire relative à *l'Usine de Chorzow (demande en indemnité)*, compétence, 16 juillet 1927.

que le même cadre juridique garantit à ces enfants contre les violences sexuelles de la part des membres de ce groupe armé leur soit retirée en raison du comportement illicite qui a précédé¹³³.

C. Conclusion

54. Sur la base de l'examen qui précède, la Chambre conclut que les membres de la même force armée que l'auteur/les auteurs ne sont pas en soi exclus en tant que victimes potentielles des crimes de guerre de viol et d'esclavage sexuel tels que visés aux articles 8-2-b-xxii et 8-2-e-vi, et ce, que cela découle de la manière dont ces crimes ont été incorporés dans le Statut ou soit basé sur le cadre du droit international humanitaire ou du droit international plus généralement. Sans préjudice de la question de savoir si de tels actes ont eu lieu, la Chambre conclut par conséquent qu'elle est compétente à l'égard des comportements reprochés dans les chefs 6 et 9.

¹³³ De même, voir Décision relative à la confirmation des charges, par. 78.

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE

REJETTE la Demande,

REJETTE la demande d'*amicus curiae*,

SE DÉCLARE compétente à l'égard des comportements décrits aux chefs 6 et 9.

Fait en anglais et en français, la version anglaise faisant foi.

/signé/

M. le juge Robert Fremr, juge président

/signé/

Mme la juge Kuniko Ozaki

/signé/

M. le juge Chang-ho Chung

Fait le 4 janvier 2017

À La Haye (Pays-Bas)