

asbl INTACT

**MUTILATIONS GENITALES, DROIT HUMANITAIRE,
TORTURE, ET DROIT PENAL INTERNATIONAL**

Luc Walley

Etude réalisée pour l'asbl INTACT par Luc Walley, avocat au barreau de Bruxelles et conseil à la Cour pénale internationale, avec la collaboration de Nathalie De Nul, avocate à Bruxelles.

Table des matières

1. Introduction.....	3
2. Les MGF, une problématique de portée mondiale.....	5
3. Les MGF, une atteinte aux droits fondamentaux	7
4. L'obligation internationale des États d'incriminer la pratique des MGF comme discrimination contre les femmes.....	10
5. L'obligation internationale d'incriminer les MGF en vertu de la Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants.	13
5.1 Les MGF et la Convention contre la torture	15
5.2 Les éléments constitutifs d'un acte de torture comme crime international au sens de la Convention.....	20
5.3 MGF, comme traitements cruels, inhumains et dégradants.....	23
5.4 Conséquences d'une qualification comme crime de torture en droit international	24
6. L'incrimination de la torture et des traitements inhumains ou dégradants en droit belge.	28
6.1. Effets pervers ?.....	29
7. MGF : un crime contre l'humanité ?.....	29
7.1. Aperçu historique de l'évolution de la jurisprudence internationale en matière de violences sexuelles	31
7.2. Il y a-t-il des situations dans lesquelles les MGF pourraient constituer des crimes contre l'humanité ?	33
7.3. Conséquences d'une qualification comme crime contre l'humanité	35
7.4. Effets pervers ?.....	36
8. Incrimination spécifique des MGF comme alternative aux poursuites comme crime international ?.....	37
8.1. Suède	38
8.2. Belgique	38
8.3. France	39
8.4. Suisse.....	40
8.5. Jurisprudence	41
9. En guise de conclusion	42
Annexes.....	43
Annexe I : Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes	43
Annexe II : Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes... ..	43
Annexe III : Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits de la femme en Afrique	43
Annexe IV : Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.....	43
Annexe V : Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	43
Annexe VI : Statut de Rome (extraits)	43
Annexe VII : Droit pénal belge (extraits)	43

1. Introduction

La présente étude a été réalisée pour l'a.s.b.l. INTACT. L'objectif est d'analyser la problématique des mutilations génitales féminines (MGF) sous l'angle du droit humanitaire et du droit pénal international. Il sera notamment examiné dans quelle mesure ces pratiques peuvent être qualifiées de « torture » de « traitement cruel, inhumain ou dégradant » et/ou de « crime contre l'humanité », et quelles sont les conséquences de telles qualifications.

Le **droit international des droits de l'Homme** garantit aux personnes une série de droits fondamentaux, qui ont comme corollaire des obligations pour les États. Une des obligations de l'État peut être d'éviter qu'une personne soit livrée à un autre État, où certains droits fondamentaux (essentiellement le droit à la vie et l'intégrité physique) risqueraient d'être violés. A titre d'exemple, sur base de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains de la Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH), la Cour européenne des droits d' l'homme a élaboré une jurisprudence accordant une protection contre une extradition ou expulsion vers un pays où une personne risquerait des traitements inhumains et dégradants¹.

Cette protection contre l'éloignement basée sur un risque de mort, de torture ou de traitement inhumain, a trouvé une confirmation dans les règles relatives à la « protection subsidiaire » adoptées par l'Union Européenne², et fait désormais partie du **droit d'asile**, complétant la protection traditionnelle offerte par la Convention de Genève sur les Réfugiés qui protège toute personne « *craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.* »

¹ C.E.D.H. Arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A no 161, pp. 33-34, § 86.

² Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts.

En ce qui concerne la protection des victimes de MGF, Le Haut Commissariat des Réfugiés des Nations considère que ces mutilations sont une forme de violence fondée sur le genre équivalente à une persécution³. Par ailleurs, des organes chargés de l'application des Conventions en matière de droits de l'homme, tels que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et la Cour européenne des droits de l'homme accordent aux victimes (potentielles) de MGF une protection, notamment contre toute expulsion ou extradition vers un pays où elles risqueraient de tels traitements⁴.

Le **droit humanitaire** est traditionnellement défini comme le droit des conflits armés, basé sur des Conventions internationales et la coutume internationale. De plus en plus toutefois, on considère que l'interdiction et la répression du génocide et d'autres crimes contre l'humanité font partie du droit humanitaire, indépendamment de tout contexte de conflit armé. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui s'applique à la fois aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité, est de nature à encourager ce concept plus large. Le droit humanitaire s'applique en premier lieu aux États. Depuis la deuxième guerre mondiale toutefois, des violations graves du droit humanitaire constituent aussi des crimes internationaux, et la poursuite des individus qui commettent de tels crimes devient de plus en plus importante.

Le **droit pénal international** concerne la répression des violations graves du droit humanitaire ou d'autres crimes internationaux et est donc orienté vers les auteurs de ces crimes, plus que vers les droits des victimes.

Le droit international des droits de l'homme, le droit d'asile, le droit humanitaire, et le droit pénal international s'influencent mutuellement, mais la signification d'un même terme peut parfois être différente selon le contexte ou la Convention dans laquelle il est utilisé.

Il est important de noter que la protection offerte aux victimes de violations graves par le droit international des droits de l'homme ou par le droit humanitaire ne dépend pas des possibilités de

³ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), « Note d'orientation concernant les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives aux mutilations génitales féminines », mai 2009. <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4d70cff82.pdf>, p. 6.

⁴ C.E.D.H. Arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A no 161, pp. 33-34, § 86.

poursuite des auteurs de ces actes. Ainsi, la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les droits des victimes met sur pied d'égalité les victimes de violations graves du droit international des droits de l'homme et celles de violations graves du droit international humanitaire international humanitaire⁵. Par ailleurs, la Convention de Genève sur les Réfugiés protège des personnes craignant des persécutions, indépendamment la qualification de celles-ci.

La qualification d'un comportement comme crime international peut néanmoins avoir des conséquences importantes pour la lutte contre l'impunité et la politique de répression, notamment la possibilité, voir l'obligation pour les pays d'instaurer une compétence extraterritoriale.

Comme le rappelait le juge Damien VANDERMEERSCH quand il a délivré un mandat d'arrêt contre l'ex-dictateur chilien Pinochet :

« Le combat contre l'impunité des auteurs de crimes de droit international relève (...) de la responsabilité de tous les États dont les autorités nationales ont l'obligation ou, à tout le moins, le droit de prendre toutes les mesures pour assurer la poursuite et la répression des crimes contre l'humanité. »⁶

2. Les MGF, une problématique de portée mondiale

Des pratiques dites traditionnelles impliquant des mutilations génitales féminines sont largement répandues dans l'ouest, l'est et le nord-est de l'Afrique, dans certains pays d'Asie et au Moyen-Orient. Selon l'Organisation mondiale de la santé, entre 100 et 140 millions de

⁵ Assemblée générale des Nations Unies, *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, RES/60/147, 21 mars 2006.

⁶ Ordonnance du juge d'instruction de Bruxelles du 6 novembre 1998, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1999, pp. 282 et s., avec la note d'observations de H.- D. Bosly et J. Burnêo Labrjn. Le juge instruction a ainsi basé sa compétence sur le droit coutumier international : *"Le droit international pénal est une branche du droit international public. C'est un droit coutumier et, dans une certaine mesure, un droit à base Conventionnelle. Il exprime une règle supérieure à la volonté des États et existe donc nonobstant toutes dispositions contraires du droit national. Ainsi, les persécutions racistes et religieuses, bien que conformes à l'ordre juridique interne du III^e Reich, constituent des crimes contre l'humanité et peuvent constituer des crimes de guerre (W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Justice et droit international pénal", J.T., 1961, 539)*

jeunes filles et de femmes dans le monde vivaient en 2010 avec les séquelles de mutilations sexuelles, dont 92 millions en Afrique⁷.

Les formes de ces pratiques varient selon la région. On distingue des pratiques de clitoridectomie (ablation totale ou partielle du clitoris), d'excision (ablation totale ou partielle du clitoris et des petites lèvres), d'infibulation (rétrécissement de l'orifice vaginal en coupant et repositionnant les lèvres), et d'autres pratiques moins lourdes mais néanmoins nocives pour la santé des femmes. L'infibulation, la forme la plus extrême de mutilation sexuelle et souvent la plus préjudiciable à la santé des femmes et fillettes, est surtout pratiquée au Djibouti, en Somalie et au Soudan, dans certaines parties de l'Égypte et en Éthiopie.

Le moment où la mutilation est pratiquée varie également selon les régions. En Afrique de l'Est, des fillettes sont généralement excisées entre 7 et 8 ans, tandis qu'en Afrique de l'Ouest, où la pratique est considérée comme un « rite de passage » de l'enfance au statut de femme, l'âge moyen se situe au moment de la puberté, aux environs de 14 ou 15 ans⁸.

Toujours selon l'Organisation mondiale de la santé :

« Les mutilations sexuelles féminines ne présentent aucun avantage pour la santé et sont préjudiciables à bien des égards aux jeunes filles et aux femmes (...)

Les complications immédiates peuvent être douleur violente, choc, hémorragie, tétanos ou septicémie (infection bactérienne), rétention d'urine, ulcération génitale et lésion des tissus génitaux adjacents.

Les conséquences à long terme sont notamment:

- *infections récidivantes de la vessie et des voies urinaires;*
- *kystes;*
- *stérilité;*
- *nécessité de procéder à des interventions chirurgicales ultérieures. Par exemple pour revenir sur la mutilation consistant à rétrécir l'ouverture vaginale (type 3 ci-dessus) afin de permettre les rapports sexuels et l'accouchement, avant de parfois la refermer ensuite par suture;*

⁷ OMS, « Mutilations sexuelles féminines », Aide-mémoire N°241, février 2010, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/fr/>.

⁸ Assemblée générale des Nations unies. Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Neuvième et rapport final sur l'évolution de la situation concernant l'élimination des pratiques traditionnelles affectant la santé des femmes et des fillettes établi par le Rapporteur spécial, Mme Halima Embarek Warzazi, C/CN.4/Sub.2/2005/36, p. 10-11.

- *risque accru de complications lors de l'accouchement et de décès des nouveau-nés;*
- *nécessité de pratiquer ultérieurement de nouvelles opérations chirurgicales. Par exemple, en cas de fermeture ou de rétrécissement de l'orifice vaginal (type 3 ci-dessus), il faudra procéder à une réouverture pour permettre à la femme d'avoir des rapports sexuels et d'accoucher. Ainsi, l'orifice vaginal est parfois refermé à plusieurs reprises, y compris après un accouchement, ce qui accroît et multiplie les risques immédiatement et à long terme.*

Ces pratiques ne sont pas seulement nocives pour les femmes et filles mutilées, mais pour la société en général, car elles ont des répercussions négatives pour la Santé publique (décès, problèmes à l'accouchement, maladies infectieuses, infection HIV et développent du SIDA...) et entravent le développement économique et social de plusieurs pays.

En raison des mouvements migratoires, les mutilations sexuelles sont aussi pratiquées dans certaines communautés d'immigrés en Amérique du Nord et en Europe, le cas échéant dans les pays d'origine à l'occasion des vacances. Dès lors, la pratique des MGF représente à l'heure actuelle une problématique de portée mondiale.

3. Les MGF, une atteinte aux droits fondamentaux

A l'heure actuelle, peu de Conventions internationales visent explicitement ces pratiques, qui sont toutefois contraires à une série de dispositions générales dans des instruments internationaux et régionaux relatives aux droits de l'homme, notamment ceux relatifs à l'interdiction de torture et des traitements inhumains et dégradants et ceux interdisant la discrimination.

Ainsi à titre d'exemple :

Art. 7 de du Pacte international sur les Droits civils et politiques⁹:

⁹ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 et entrée en vigueur le 23 mars 1976.

« Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique. »

Article 19 de la Convention internationale relative aux droits de l'Enfant :

« Les États parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle... »¹⁰

Art. 3 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales:

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »¹¹.

L'article 5 de la Convention sur les droits de l'homme.

*"1. Every person has the right to have his physical, mental, and moral integrity respected.
2. No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment..."¹²*

L'art. 5 de la Charte Africaine des droits de l'homme¹³

" Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdites.

¹⁰ Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, et entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

¹¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, adoptée à Rome, le 4 novembre 1950.

¹² La Convention américaine sur les droits de l'homme fut adoptée par la conférence de San José, le 22 novembre 1969, et est entrée en vigueur le 18 juillet 1978.

¹³ Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, fut adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi, Kenya, lors de la 18^e Conférence de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA). Elle est en vigueur le 21 octobre 1986.

D'autres Conventions africaines visent explicitement les mutilations génitales.

Article 5 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits de la femme en Afrique :

« Élimination des pratiques néfastes

Les États interdisent et condamnent toutes les formes de pratiques néfastes qui affectent négativement les droits humains des femmes et qui sont contraires aux normes internationales. Les États prennent toutes les mesures législatives et autres mesures afin d'éradiquer ces pratiques et notamment :

- a) sensibiliser tous les secteurs de la société sur les pratiques néfastes par des campagnes et programmes d'information, d'éducation formelle et informelle et de communication ;*
- b) interdire par des mesures législatives assorties de sanctions, toutes formes de mutilation génitale féminine, la scarification, la médicalisation et la paramédicalisation des mutilations génitales féminines et toutes les autres pratiques néfastes ;***
- c) apporter le soutien nécessaire aux victimes des pratiques néfastes en leur assurant les services de base, tels que les services de santé, l'assistance juridique et judiciaire, les conseils, l'encadrement adéquat ainsi que la formation professionnelle pour leur permettre de se prendre en charge ;*
- d) protéger les femmes qui courent le risque de subir les pratiques néfastes ou toutes autres formes de violence, d'abus et d'intolérance.»¹⁴*

Art. 21 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant:

« Les États parties à la présente Charte prennent toutes les mesures appropriées pour abolir les coutumes et les pratiques négatives, culturelles et sociales qui sont au détriment du Bien-être, de la dignité, de la croissance et du développement normal de l'enfant, en particulier :

- a) les coutumes et pratiques préjudiciables à la santé, voire à la vie de l'enfant ;*
- b) les coutumes et pratiques qui constituent une discrimination à l'égard de certains enfants, pour des raisons de sexe ou autres raisons »¹⁵.*

Conformément à leurs engagements internationaux, un grand nombre de pays Africains ont adopté des lois interdisant les MGF (Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Djibouti, Ghana, Guinée,

¹⁴ Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique a été adopté en juillet 2003 et il est entré en vigueur le 25 novembre 2005.

¹⁵ La charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant a été adoptée lors de la 26^e conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine en juillet 1990. Elle est entrée en vigueur le 29 novembre 1999.

République centrafricaine, Sénégal, Tanzanie, Togo...) ou les interdisent sur base du droit commun (Egypte, Ouganda...).

Aujourd'hui, la pratique des MGF est largement reconnue comme une atteinte aux droits fondamentaux¹⁶, dont le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique et mentale, le droit au meilleur état de santé possible, le droit de ne pas subir de discrimination fondée sur le sexe, et les droits de l'enfant.

4. L'obligation internationale des États d'incriminer la pratique des MGF comme discrimination contre les femmes

L'engagement des États à abolir ou de combattre une pratique est une chose, sanctionner et poursuivre les individus qui commettent ces actes est une autre. Une série de Conventions définissent imposent cependant aussi l'incrimination et la poursuites des MGF.

Nous venons de citer l'art. 5 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits de la femme en Afrique. D'autres instruments internationaux imposent également une telle incrimination sous une autre qualification.

L'article 2 b) de la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ratifiée par un grand nombre de pays où des MGF sont pratiquées¹⁷, oblige ces États à « *b) Adopter des mesures législatives et d'autres mesures appropriées assorties, y compris des sanctions en cas de besoin, interdisant toute discrimination à l'égard des femmes* ». Cette Convention ne vise pas explicitement les MGF, mais l'article 1 définit la discrimination à l'égard des femmes comme « *toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur État matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme*

¹⁶ End FGM – European Campaign, « Mettre fin aux mutilations génitales féminines – stratégie pour les institutions de l'Union européenne », www.endgfm.eu (visité le 22.06.2011), p. 11.

¹⁷ Notamment les États de Burkina Faso, Cameroun, Djibouti, Egypte, Ethiopie, Mali, Togo, et Sénégal.

et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine ».

En 1992, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (« Comité de la CEDEF »), crée par la Convention « *aux fins d'examiner les progrès réalisés dans son application* » a rappelé que la violence à l'égard des femmes est une forme de discrimination, considérant comme violence notamment « *des pratiques traditionnelles et culturelles qui nuisent à la santé des femmes et des enfants. Ces pratiques incluent notamment les restrictions alimentaires imposées aux femmes enceintes, la préférence pour les enfants mâles, l'excision ou la mutilation des organes génitaux féminins* »¹⁸. Un an plus tard, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes qui vise également les mutilations génitales¹⁹.

Cela peut surprendre que les mutilations génitales soient considérées comme une forme de discrimination, alors que ces mutilations sont généralement pratiquées par d'autres femmes. Toutefois, l'objectif de ces mutilations est notamment de réduire ou d'éliminer totalement le plaisir sexuel des femmes, parce qu'on suppose qu'elles seront alors plus fidèles et soumises à leurs maris. Ainsi la finalité de ces pratiques cadre bien dans une relation de discrimination.

Certes, la Convention sur la discrimination à l'égard des femmes et d'autres instruments internationaux en matière des droits de l'homme, constituent du « *soft law*²⁰», et les dispositions relatives à certaines interdictions ne sont pas d'application directe. Toutefois,

¹⁸ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n°19 (onzième session, 1992).

¹⁹ Assemblée générale des Nations Unies, Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, A/RES/48/10, 20 décembre 1993 (article 2,a) : « *a) La violence physique, sexuelle et psychologique exercée au sein de la famille, y compris les coups, les sévices sexuels infligés aux enfants de sexe féminin au foyer, les violences liées à la dot, le viol conjugal, les mutilations génitales et autres pratiques traditionnelles préjudiciables à la femme, la violence non conjugale, et la violence liée à l'exploitation* ».

²⁰ On entend par « *soft law* » des règles qui contiennent des engagements par des États, mais qui nécessitent une mise en œuvre en droit interne pour constituer réellement des règles de droit positif.

on considère de plus en plus que le non respect d'une Convention internationale peut entraîner la responsabilité de l'État, qui a ainsi un « devoir de diligence »²¹....

Aux termes de l'article 4 c) de la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, les États doivent « *agir avec la diligence voulue (due diligence dans la version anglaise) pour prévenir les actes de violence à l'égard des femmes, enquêter sur ces actes et les punir conformément à la législation nationale, qu'ils soient perpétrés par l'État ou par des personnes privées* »²².

Ce principe du devoir de diligence de la part de l'État se manifeste aussi dans le système européen de protection des droits de l'homme. Les organes chargés de faire respecter les droits humains, imposent généralement aux États un « devoir de diligence » quand le droit à la vie et à l'intégrité physique des personnes est en cause, ce qui est toujours le cas quand il s'agit de violences sexuelles. Dans sa jurisprudence récente, la Cour européenne des droits de l'homme a appliqué ce principe à des faits de violence sexuelle. Dans l'affaire *MC c. Bulgarie*, la Cour a estimé que l'incapacité de mettre en place et d'appliquer un système de droit pénal réprimant toutes les formes de viol et de violence sexuelle constituait une violation de l'interdiction des traitements dégradants²³ et dans l'affaire *Opuz c. Turquie* elle conclut dans un contexte de violence domestique que « *les autorités ne sauraient passer pour avoir fait preuve de la diligence requise. Dès lors, elles ont manqué à leur obligation positive de protéger la vie de la mère de l'intéressée au titre de l'article 2 de la Convention.* »²⁴

²¹ Le principe de « devoir de diligence » a été appliqué pour la première fois à des violations des droits de l'homme dans l'affaire *Velasquez Rodriguez c. Honduras* (1989). Dans ce dossier (concernant des disparitions), la Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé que l'État devait prendre des mesures pour prévenir les violations des droits de l'homme et pour mener des enquêtes lorsqu'elles se produisent, poursuivre leurs auteurs et les sanctionner. Elle a également considéré qu'en s'abstenant de prendre des mesures de prévention ou de protection, par manquement ou par omission, l'État porte atteinte aux droits fondamentaux dans la mesure où il contrôle les moyens de vérifier les actes commis sur son territoire.

Plusieurs instruments internationaux et régionaux des droits de l'homme se réfèrent au « devoir de diligence », dont la Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme (Convention de Belém do Pará, 1994), adoptée par l'Organisation des États américains; la Recommandation générale n°19 du Comité de la CEDEF sur la violence à l'égard des femmes (1992); la Recommandation Rec(2002)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur la protection des femmes contre la violence (2002)...

²² Assemblée générale des Nations Unies, Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, A/RES/48/10, 20 décembre 1993.

²³ CEDH, *M.C. contre Bulgarie* du 4 décembre 2003, N° 39272/98, par. 185.

²⁴ CEDH. *Opuz c. Turquie* du 9 juin 2009, N° 33401/02, par. 149.

Dès lors, on peut conclure que les États ont non seulement une obligation internationale de combattre la discrimination des femmes en général, mais également d'incriminer les violences sexuelles, dont la pratique des MGF, d'en poursuivre les auteurs. De plus en plus d'États mettent d'ailleurs en oeuvre cette obligation en adaptant leur législation et leur politique de poursuites. Si l'on ne peut pas encore considérer qu'une règle coutumière internationale²⁵ est établie, l'on peut au moins constater qu'elle est en pleine formation, et la multiplication des prises de position d'organisations internationales, de la doctrine juridique et de la jurisprudence des États, peut y contribuer.

5. L'obligation internationale d'incriminer les MGF en vertu de la Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants.

La condamnation de la torture et des traitements inhumains et dégradants est absolue et figure dans pratiquement toutes les Conventions relatives aux droits de l'homme. Ces comportements font aussi l'objet d'une Convention spécifique : la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants²⁶.

La Convention contre la torture définit la torture au sens de la Convention, sans exclure une définition plus large dans des Conventions régionales ou dans des législations nationales :

« 1. Aux fins de la présente Convention, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles.

²⁵ L'art. 38 du statut de la Cour Internationale de Justice définit une coutume internationale comme « b. lapreuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ». La « pratique » vise la pratique des États, c.à.d. les lois, la jurisprudence, les déclarations et le comportement des autorités.

²⁶ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984, et entrée en vigueur le 26 juin 1987, disponible sur <http://www2.ohchr.org/french/>.

2. *Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large»*

L'article 16 contient également une interdiction des traitements cruels, inhumains et dégradants :

« Tout État partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture telle qu'elle est définie à l'article premier lorsque de tels actes sont commis par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. En particulier, les obligations énoncées aux articles 10, 11, 12 et 13 sont applicables moyennant le remplacement de la mention de la torture par la mention d'autres formes de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. »

Comme les autres Conventions internationales des droits de l'homme, la Convention contre la torture s'adresse d'abord aux États, énumérant une série d'engagements de la part des États signataires et imposant aux États signataires d'incriminer dans leur législation nationale tant la torture que les traitements cruels et inhumains.

Trois décennies après l'entrée en vigueur de cette Convention, l'interdiction de la torture est à ce point universellement acceptée, que l'obligation de poursuivre les auteurs de ce crime relève désormais du *ius cogens*, c'est-à-dire d'une norme de droit international à laquelle aucune dérogation n'est possible²⁷, et s'impose dès lors aussi aux pays qui n'ont pas ratifié la Convention.

En 1998, dans l'affaire Furundzija, Antonio Cassese, le président du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a affirmé :

« [...] En raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou jus cogens, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit Conventionnel et même que les règles du droit coutumier « ordinaire ». La conséquence la plus manifeste en est que les États ne peuvent déroger à ce principe par le biais de traités internationaux, de coutumes locales ou spéciales ou même de règles coutumières générales qui n'ont pas la même valeur normative. Clairement, la valeur de jus cogens de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale. En outre, cette interdiction doit

²⁷ La notion de *ius cogens* vise des règles de droit universellement reconnus, à laquelle les états ne peuvent pas déroger, de telle sorte que la violation d'une telle règle constitue une infraction internationale, même si elle est autorisée par la législation ou l'autorité nationale. Voir sur cette notion notamment : Cour internationale de justice, Avis consultatif de la Cour internationale de justice sur les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, rapports de la CIJ, 1951, p. 15.

avoir un effet de dissuasion en ce sens qu'elle rappelle à tous les membres de la communauté internationale et aux individus sur lesquels ils ont autorité qu'il s'agit d'une valeur absolue que nul ne peut transgresser. »²⁸

Dans son ordonnance du 6 novembre 1998 dans l'affaire Pinochet, le juge d'instruction Vandermeersch a délivré un mandat d'arrêt, établissant sa compétence extraterritoriale sur base du caractère de *ius cogens* de l'interdiction de la torture, en qualifiant ces faits de torture de crime contre l'humanité²⁹. Toutefois, dans le même contexte, la House of Lords du Royaume-Uni a considéré que les principes de la Convention contre la torture ne pouvaient s'appliquer au Royaume-Uni qu'à partir de la ratification de cette Convention, refusant ainsi toute application rétroactive³⁰.

L'interdiction des autres traitements cruels, inhumains et dégradants n'a des conséquences directes pour les États sur le territoire duquel un tel acte est commis, même indirectement (par un éloignement du territoire par exemple). L'État a l'obligation de poursuivre les auteurs de tels actes, et de permettre aux victimes d'obtenir réparation.

La Convention contre la torture a créé un Comité auprès duquel des plaintes (« communications ») peuvent être introduites soit par des États, soit par des particuliers³¹. L'avantage de ce Comité est notamment qu'une jurisprudence se crée concernant l'interprétation de la Convention.

5.1 Les MGF et la Convention contre la torture

A plusieurs reprises, le Comité contre la torture s'est prononcé sur la problématique des MGF, tant dans des rapports sur des États, sans préciser toutefois si les mutilations génitales doivent être définies comme torture ou comme traitement cruel, inhumain ou dégradant.

²⁸ TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija* du 10 décembre 1998, N° IT-95-17/1-T.

²⁹ Cfr. note 2. Le texte de cette ordonnance, critiquée par une partie de la doctrine, se trouve *on line* au http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Belgium/pinochet_mandat_arret_06-11-98.pdf

³⁰ House of Lords, 24 mars 1999. *Regina v. Bartle and others ex parte Pinochet*. <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino1.htm>.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, New York, 10.

³¹ L'art. 17 de la Convention contre la torture instaure. Un certain nombre d'états a accepté également la possibilité pour des autres états d'adresser directement des plaintes au Comité (art. 21) ou même pour des particuliers (art. 22). Ci après « le Comité.

Dans sa deuxième Observation générale sur l'application de l'article 2 de la Convention :

« Le fait que l'État n'exerce pas la diligence voulue pour mettre un terme à (des actes de torture et de mauvais traitements), les sanctionner et en indemniser les victimes a pour effet de favoriser ou de permettre la commission, en toute impunité, par des agents non Étatiques, d'actes interdits par la Convention, l'indifférence ou l'inaction de l'État constituant une forme d'encouragement et/ou de permission de fait. Le Comité a appliqué ce principe lorsque les États parties n'ont pas empêché la commission de divers actes de violence à motivation sexiste, dont le viol, la violence dans la famille, les mutilations génitales féminines et la traite des êtres humains, et n'ont pas protégé les victimes. »³²

Rapport sur le Ghana :

« 6. Le Comité prend note des efforts entrepris par l'État partie pour réformer sa législation afin de mieux protéger les droits de l'homme et relève en particulier: a) L'adoption en 2003 de la loi relative à la justice pour mineurs (loi no 653); b) L'adoption en 2005 de la loi sur la traite des êtres humains (loi no 694), modifiée en 2009; c) L'adoption en 2007 de la loi sur la violence dans la famille (loi no 732); d) L'adoption en 2007 du Code pénal modifié (loi no 741), qui érige en infraction les mutilations génitales féminines. »

*« **Pratiques traditionnelles préjudiciables** 23. Le Comité prend note des actions positives du Gouvernement, qui a érigé en infractions pénales les pratiques traditionnelles préjudiciables, telles que les mutilations génitales et le trokosi (esclavage rituel ou coutumier). Il note aussi la diminution de 25 % du nombre de cas signalés de mutilations génitales féminines entre 1999 et 2010, même si 123 000 cas au total ont encore été enregistrés pendant cette période (...). L'État partie devrait: a) Intensifier ses efforts pour empêcher et combattre les pratiques traditionnelles préjudiciables, y compris les mutilations génitales féminines, en particulier dans les zones rurales, et **veiller à ce que ces actes donnent lieu à des enquêtes et à ce que les auteurs présumés soient poursuivis et condamnés**; b) Assurer aux victimes des services juridiques, médicaux et psychologiques et des moyens de réadaptation, ainsi qu'une indemnisation, et créer les conditions requises pour qu'elles puissent porter plainte sans crainte de subir des représailles; c) Dispenser une formation aux juges, aux procureurs, aux personnels des organes chargés de faire appliquer la loi et aux chefs communautaires sur l'application stricte de la législation qui réprime les pratiques traditionnelles préjudiciables et d'autres formes de violences à l'égard des femmes; En général, l'État partie devrait faire en sorte que son droit coutumier et ses pratiques coutumières soient compatibles avec ses obligations dans le domaine des droits de l'homme, en particulier celles qui découlent de la Convention. L'État partie devrait aussi expliquer la hiérarchie entre le droit*

³² Comité contre la torture, Observation générale n°2 : Application de l'article 2 par les États parties, (trente-neuvième session, 2007, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II), p. 147, § 18.

*coutumier et le droit interne, spécialement en ce qui concerne les formes de discrimination à l'égard des femmes. En outre, le Comité demande à l'État partie de faire figurer dans son prochain rapport des informations détaillées et des données statistiques à jour sur les plaintes, les enquêtes, les poursuites, les condamnations et les peines infligées aux individus reconnus coupables d'un comportement criminel lié aux pratiques traditionnelles préjudiciables, y compris les meurtres, ainsi que sur l'aide et l'indemnisation accordées aux victimes.*³³

Rapport sur le Cameroun :

« Pratiques nocives à l'égard des femmes

*29. Le Comité réitère ses observations finales précédentes en ce qui concerne des pratiques nocives, dans certaines régions du pays et parmi des populations réfugiées au Cameroun, telles que les mutilations génitales féminines et le repassage des seins, que l'État partie n'a pas entrepris résolument et systématiquement d'éliminer (voir CAT/C/34/Add.17, para. 11 (c)). (art. 1, 2, 10 et 16) **Le Comité recommande que l'État partie adopte une loi interdisant les mutilations génitales féminines et les autres pratiques traditionnelles nocives, notamment le repassage des seins, quelles que soient les circonstances, et assure son effective application pratique. Il invite aussi l'État partie à concevoir des programmes en vue d'offrir d'autres sources de revenus aux personnes pour qui la pratique des mutilations génitales féminines et d'autre pratiques traditionnelles nocives constitue un moyen de subsistance. Il devrait également redoubler d'efforts en matière de sensibilisation et d'éducation des femmes comme des hommes au moyen de programmes d'information sur l'impérieuse nécessité de mettre fin à la pratique des mutilations génitales féminines et du repassage des seins.**»³⁴*

Rapport sur le Togo:

« 7. Le Comité se félicite de l'adoption, en 1998, d'une loi prohibant les mutilations génitales féminines. »

*« 27. Tout en prenant note de la loi prohibant les mutilations génitales féminines, le Comité demeure préoccupé par la persistance de cette pratique dans certaines régions du Togo. (article 16) **L'État partie devrait prendre des mesures nécessaires pour éradiquer la pratique des mutilations génitales féminines, y compris par des campagnes de sensibilisation sur toute***

³³ Comité contre la torture, rapport sur le Cameroun du 15/06/2011. CAT/C/GHA/CO/1 .

³⁴ Comité contre la torture, rapport sur le Cameroun du 19/05/2010. CAT/C/CMR/CO/4.

*l'étendue du territoire, et sanctionner les auteurs de tels actes. »*³⁵

Rapport sur le Kenya:

« Mutilations génitales féminines

*27. Le Comité note que les mutilations génitales féminines sont interdites dans l'État partie mais relève avec préoccupation que ces pratiques persistent dans certains groupes ethniques (art. 16). **L'État partie devrait prendre toutes les mesures nécessaires pour éradiquer la pratique des mutilations génitales féminines, y compris en intensifiant les campagnes de sensibilisation dans l'ensemble du territoire, et sanctionner les auteurs de tels actes. »***³⁶

Rapport sur le Tchad:

« 8. Le Comité salue la promulgation, en 2002, de la loi No. 06/PR/2002 portant « promotion de la santé de reproduction » qui énonce le droit à ne pas être soumis à la torture et à des traitements cruels, inhumains ou dégradants sur son corps en général et sur les organes de reproduction en particulier et qui interdit notamment les mutilations génitales féminines, le mariage précoce et les violences domestiques et sexuelles. »

*« 30. Tout en accueillant favorablement la promulgation de la loi no 06/PR/2002 visant à éradiquer les mutilations génitales féminines, dont la forme la plus grave (infibulation) est pratiquée dans l'est du Tchad, les violences domestiques et sexuelles et les mariages précoces, le Comité demeure préoccupé par l'étendue des pratiques traditionnelles violant l'intégrité physiques et la dignité humaines des femmes et des jeunes filles. Le Comité note également avec préoccupation que la loi no 06/PR/2002 ne prévoit pas de sanctions pour les auteurs des crimes et que le décret donnant effet à cette législation n'a pas encore été élaboré (art.16). **L'État partie devrait poursuivre les campagnes de sensibilisation et mettre en oeuvre les mesures législatives existantes pour lutter contre les pratiques traditionnelles constitutives de traitements cruels, inhumains ou dégradants à l'égard des femmes et des jeunes filles. L'État partie devrait amender la loi No 06/PR/2002 afin d'y prévoir des sanctions appropriées à la gravité des sévices, élaborer au plus vite un décret donnant effet à***

³⁵ Comité contre la torture, rapport sur le Togo du 28/07/2006. CAT/C/TGO/CO/1.

³⁶ Comité contre la torture, rapport sur le Kenya du 19/01/2009. CAT/C/KEN/CO/1.

cette loi, et traduire les responsables en justice. »³⁷

Rapport sur Ethiopie. (loi, mais critiques CAT)

*« 32. Le Comité prend note de la **criminalisation dans le Code pénal révisé des pratiques traditionnelles nocives telles que la mutilation génitale féminine**, le mariage précoce et l'enlèvement des filles à des fins de mariage, et des informations fournies par l'État partie pendant le dialogue au sujet de la constitution d'équipes spéciales au Ministère de la justice et dans les départements de justice régionaux pour enquêter sur les cas de viol et d'autres formes de violences faites aux femmes et aux enfants. Le Comité est toutefois préoccupé par la non-application des dispositions du Code pénal érigeant en infraction la violence faite aux femmes et les pratiques traditionnelles nocives. Il note avec une vive inquiétude que le Code pénal révisé n'érige pas en infraction le viol conjugal. En outre, il regrette le manque d'informations sur les plaintes, les poursuites et les peines imposées aux auteurs, ainsi que sur l'assistance fournie aux victimes et sur leur indemnisation (art. 1er, 2, 12, 13 et 16). L'État partie devrait intensifier ses efforts pour prévenir, combattre et punir la violence faite aux femmes et aux enfants et les pratiques traditionnelles nocives, en particulier dans les régions rurales. Il devrait songer à modifier son Code pénal révisé en vue d'ériger en infraction le viol conjugal. Il devrait en outre assurer aux victimes des services juridiques, médicaux, psychologiques et de réadaptation, ainsi qu'une CAT/C/ETH/CO/114 GE.11-40400 indemnisation, et instaurer des conditions qui leur permettent de dénoncer les pratiques traditionnelles nocives dont elles sont victimes et la violence au foyer et sexuelle sans crainte de représailles ou de stigmatisation. L'État partie devrait dispenser une formation aux juges, aux procureurs, aux membres de la police et aux dignitaires locaux au sujet de la stricte application du Code pénal révisé et de la nature criminelle des pratiques traditionnelles nocives et d'autres formes de violence faite aux femmes. Le Comité demande également à l'État partie de fournir dans son prochain rapport des données statistiques sur le nombre de plaintes, d'enquêtes, de poursuites et de condamnations prononcées dans ce contexte, ainsi que sur l'assistance fournie aux victimes et sur leur indemnisation. »*³⁸

Il ne fait donc pas de doute que les MGF sont des actes qui tombent sous l'application de la Convention dans ce sens que les États ont l'obligation de les incriminer. La Convention distingue cependant la torture des autres traitements cruels, inhumains et dégradants en érigeant la torture en crime international.

³⁷ Comité contre la torture, rapport sur le Tchad du 14/05/2009. CAT/C/TCD/CO/1. (version non éditée)

³⁸ Comité contre la torture, rapport sur l'Ethiopie du 20/01/2011. CAT/C/ETH/CO/1.

Nous analyserons dans quelles conditions des MGF pourraient être poursuivies comme traitement cruel, inhumain ou dégradant, voir comme crime de torture sur base de la Convention.

5.2 Les éléments constitutifs d'un acte de torture comme crime international au sens de la Convention.

Le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants analyse les éléments constitutifs du crime de torture sur base de l'art 1 de la Convention contre la torture³⁹ ainsi :

- (1) une douleur et des souffrances aiguës, physiques ou mentales
- (2) l'intention
- (3) la finalité
- (4) l'implication de l'État.

Il a proposé d'ajouter à ces éléments un critère qui ne figure pas explicitement dans la Convention, mais qui est sous-entendu, à savoir l'État d'impuissance de la victime⁴⁰. En effet, un comportement (par exemple coups et blessures) n'est pas constitutif de torture dans un contexte d'agression, mais le devient dans un contexte où la victime se trouve dans le pouvoir de son bourreau.

(1) Une douleur et des souffrances aiguës

Pratiquée dans certaines conditions (sans anesthésie, avec des instruments rudimentaires etc...) une mutilation génitale peut certainement provoquer une souffrance aiguë. Elle peut aussi provoquer des souffrances aiguës après l'opération initiale. Les femmes infibulées notamment doivent être désinfibulées lors du mariage, et pour tout accouchement, ce qui cause de nouvelles douleurs et d'autres traumatismes.

³⁹ Cfr. p. 24.

⁴⁰ Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Manfred Nowak, A/HRC/7/3, 15 janvier 2008, p. 7.

Une MGF peut aussi se pratiquer sans douleur immédiate soit poursuivie comme objectif. Toutefois, dans la mesure où l'objectif de cette pratique et ses conséquences sont d'éliminer le plaisir sexuel, on peut certainement considérer qu'il s'agit d'un traitement inhumain et dégradant, même pratiqué dans des conditions « médicalisées ».

(2) L'intention

L'élément intentionnel d'un acte de torture implique la volonté de l'auteur de faire souffrir la victime (*dolus specialis*). Le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, considère que «*Comme la torture, les mutilations génitales féminines impliquent la volonté affichée d'infliger douleurs et souffrances* »⁴¹.

Quand une excision est pratiquée comme rite de passage, la douleur est provoquée intentionnellement, pour habituer les jeunes femmes aux souffrances notamment de l'accouchement. Ce n'est pas nécessairement le cas si elle est pratiquée sur des enfants très jeunes, parfois dans des conditions « médicalisées ». On pourrait cependant prendre en considération que les MGF ont aussi pour objectif de priver la victime du plaisir sexuel, ce qui est également une souffrance.

(3) La finalité

Un des motifs qui permet de qualifier un comportement comme torture au sens de la Convention, est la finalité discriminatoire de l'acte. La finalité des MGF est de priver des femmes du désir sexuel, et de les rendre ainsi plus dépendantes de leurs époux. «*En matière de violences contre les femmes, le critère de finalité est rempli dès lors que le caractère sexiste des actes est établi, vu que la discrimination est un des éléments mentionnés dans la définition figurant dans la Convention contre la torture.* »⁴²

⁴¹ Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Manfred Nowak, A/HRC/7/3, 15 janvier 2008, p. 16.

⁴² Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Manfred Nowak, A/HRC/7/3, 15 janvier 2008, p. 7.

(4) L'implication de l'État

La définition de la torture fait une place centrale à l'État car elle n'inclut dans son champ que l'éventualité dans laquelle « *une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou tout autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite* »⁴³. Le Comité contre la torture a cependant considéré que dans un pays où l'autorité d'État est absente (en l'occurrence, la Somalie), des actes d'acteurs non-étatiques qui contrôlent une partie du territoire peuvent être qualifiés actes de torture sous la Convention⁴⁴.

Spécifiquement par rapport aux MFG, le Comité a jugé qu'en l'absence de législation interdisant les MFG, voir en absence de mise en pratique de cette législation, un État devient « consentant » aux actes en question, ce qui rend la Convention applicable, l'État autorisant ou tolérant la pratique⁴⁵. L'applicabilité de la Convention n'implique cependant pas nécessairement que les auteurs des actes peuvent être poursuivis comme auteurs d'un crime de torture.

Comme le rappelle le Rapporteur spécial sur la torture, la notion de consentement exprès ou tacite d'un agent de la fonction publique de l'art. 1 étend en fait les obligations de l'État à la protection des personnes relevant de sa juridiction contre la torture ou des mauvais traitements commis par des particuliers⁴⁶. La Convention contre la torture doit

⁴³ Cette distinction est essentielle : les mêmes faits de coups ou de viol par ex. peuvent constituer un acte de torture si pratiqué par des agents de sécurité sur une personne détenue, mais pas si elles sont commis dans un contexte privé.

⁴⁴ CAT, Elmi v/Australie, du 14 mai 1999(Communication 120/1998). Toutefois, l'application de ce principe à la Somalie a été modérée dans la décision H.M.H.I. v/Australie, du 1 mai 2002 (Communication 177/2001)

⁴⁵ Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Cameroun, 5 février 2004, CAT/C/CR/31/6, par.7.[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CAT.C.CR.31.6.Fr?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CAT.C.CR.31.6.Fr?Opendocument). Dans son Observation générale n°2 (2007) le Comité rappelle: « *le fait que l'État n'intervienne pas pour mettre un terme à ces actes, les sanctionner et en indemniser les victimes a pour effet de favoriser la commission, en toute impunité, par des agents non étatiques, d'actes interdits par la Convention, voire de leur permettre de les commettre, l'indifférence ou l'inaction systématiques de l'État constituant une forme d'encouragement et/ou de permission de fait.* ».

⁴⁶ Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Manfred Nowak, A/HRC/7/3, 15 janvier 2008, p. 7 ; « *La définition de la torture donnée à l'article premier de la Convention fait une place centrale à l'État car elle n'inclut dans son champ que l'éventualité dans laquelle 'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute*

en effet être interprétée à la lumière de l'évolution de la jurisprudence en matière de droits humains universellement reconnus, qui impose un devoir de diligence à l'État⁴⁷.

(5) L'État d'impuissance de la victime

Comme les MGF sont généralement pratiquées sur des mineurs d'âge, les victimes ne peuvent jamais être considérées comme consentantes. D'ailleurs dans pareilles circonstances, les fillettes sont à l'évidence sous le contrôle total de leurs parents et de leurs communautés et n'ont pas la possibilité de résister. S'agissant d'adolescentes et de femmes, celles-ci peuvent accepter de se soumettre à une mutilation génitale féminine dans la crainte d'être rejetées par leur communauté, leur famille et leurs pairs en cas de refus. Le

5.3 MGF, comme traitements cruels, inhumains et dégradants.

Contrairement à ce qui est le cas pour la torture, et conformément à l'article 16 de la Convention⁴⁸, ce n'est pas nécessaire qu'un acte provoque une « *douleur aiguë* » pour qu'il puisse être qualifié de traitement cruel, inhumain ou dégradant, et il doit être incriminé, indépendamment des motifs de l'auteur⁴⁹. Par contre, l'implication, ou au moins une forme de tolérance de l'État est également nécessaire pour que les traitements cruels et inhumains tombent sous la Convention contre la torture.

autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite, disposition qui a été fréquemment invoquée pour exclure de la protection offerte par la Convention contre la torture les violences infligées à des femmes hors du contrôle direct de l'État. Le Rapporteur spécial tient toutefois à rappeler que le libellé de l'article premier de la Convention relatif au consentement exprès ou tacite d'un agent de la fonction publique étend manifestement les obligations des États à la sphère privée et doit s'interpréter comme englobant l'incapacité de l'État à protéger les personnes relevant de sa juridiction contre la torture ou des mauvais traitements commis par des particuliers. »

⁴⁷ Cfr. supra, p. 4.

⁴⁸ Cfr. supra, p.13.

⁴⁹ Il est à noter que la loi nationale (belge) suggère aussi un motif spécifique pour incriminer les traitements inhumains et dégradants : art. 417bis C.P. «*on entend par 2° traitement inhumain : tout traitement par lequel de graves souffrances mentales ou physiques sont intentionnellement infligées à une personne, notamment dans le but d'obtenir d'elle des renseignements ou des aveux, de la punir, de faire pression sur elle ou d'intimider cette personne ou des tiers. 3° traitement dégradant : tout traitement qui cause à celui qui y est soumis, aux yeux d'autrui ou aux siens, une humiliation ou un avilissement graves* ».

L'intensité de la douleur et la sévérité de l'acte sont traditionnellement des critères pour distinguer la torture des autres traitements cruels et inhumains⁵⁰. Bien que le Comité contre la torture ne précise pas souvent si une violation est assimilable à la torture ou bien à d'autres formes de mauvais traitements, il souligne que la torture et les traitements cruels, inhumains et dégradants sont étroitement liés⁵¹.

Pour examiner si une MGF constitue une forme de torture ou « simplement » un acte cruel, inhumain et dégradant, un examen du cas s'imposera.

Sur base des critères de l'art. 1 de la Convention contre la torture, on pourrait soutenir que des MGF seront constitutives soit de torture, soit de traitement inhumain, cruel ou dégradant, en fonction de l'intention de l'auteur d'infliger une douleur aiguë, et pour autant qu'elles soient pratiqués dans un contexte de tolérance de la part de l'État ou des autorités du lieu où elles sont pratiqués. Ce n'est que si une qualification de torture peut être retenue, qu'il s'agira d'un crime international.

En distinguant la torture des autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, les juges devront appliquer le principe général de droit qu'en cas de doute sur la qualification, c'est la qualification la plus favorable à l'accusé qui l'emportera.

5.4 Conséquences d'une qualification comme crime de torture en droit international

Une qualification comme crime international implique une série de conséquences, que la Convention contre la torture énumère en détail.

5.4.1. Obligation de poursuivre

⁵⁰ Voir par exemple, Conseil de l'Europe, Danemark v. Grèce, Résolution du 15 avril 70, Affaire 3321/321/67.

⁵¹ Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Manfred Nowak, A/HRC/7/3, 15 janvier 2008, p. 8.

L'obligation de poursuivre les crimes internationaux n'est pas seulement un devoir moral mais une obligation positive de tous les États, voir de la Communauté internationale. En cas de non respect de cette obligation, tout État peut être sanctionnée. Une victime pourrait réclamer une indemnisation à l'État qui reste en défaut, mais dans certains cas l'État en question pourrait faire l'objet d'une plainte (communication) d'un autre État, voire de cette même victime, devant le Comité contre la torture, qui peut alors prononcer une condamnation de l'État.

Pour ce qui est des individus accusés de torture, l'immunité d'un chef d'État ou d'autres gouvernants ne peut pas faire obstacle aux poursuites.

5.4.2. Droits des victimes

La Convention garantit à la victime (même potentielle) de torture une série de garanties notamment celle de ne pas être refoulée, extradée ou expulsée vers un pays où elle risquerait d'être torturée, ce qui implique de facto un droit à l'asile.

Si la torture a été pratiquée sur son territoire, l'État doit également garantir un accès à la justice⁵², un droit à l'indemnisation et une protection :

« 1. Tout État partie garantit, dans son système juridique, à la victime d'un acte de torture, le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, y compris les moyens nécessaires à sa réadaptation la plus complète possible. En cas de mort de la victime résultant d'un acte de torture, les ayants cause de celle-ci ont droit à indemnisation. »⁵³

5.4.3. Absence de causes de justification ou d'excuse

⁵² Article 13 « :Tout État partie assure à toute personne qui prétend avoir été soumise à la torture sur tout territoire sous sa juridiction le droit de porter plainte devant les autorités compétentes dudit État qui procéderont immédiatement et impartialement à l'examen de sa cause. Des mesures seront prises pour assurer la protection du plaignant et des témoins contre tout mauvais traitement ou toute intimidation en raison de la plainte déposée ou de toute déposition faite ».

⁵³ Article 14 de la Convention.

La Convention précise une série de règles qui s'imposent lors de la répression de ce crime, et qui dérogent aux droits nationaux. L'art. 2 impose notamment deux principes essentiels:

- « 2. Aucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'État de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre État d'exception, ne peut être invoquée pour justifier la torture.*
- 3. L'ordre d'un supérieur ou d'une autorité publique ne peut être invoqué pour justifier la torture. »*

5.4.4. Incrimination de la tentative et de la complicité.

« Art. 4 :

- 1. Tout État partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture.*
- 2. Tout État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité. »*

5.4.5. Compétence extraterritoriale

La Convention autorise mais n'impose pas une compétence universelle. Elle impose cependant aux États de reconnaître la compétence de leurs juridictions dans une série de cas :

«Art. 5.

- 1. Tout État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'article 4 dans les cas suivants:*
 - a) Quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit État ou à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet État;*
 - b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit État;*
 - c) Quand la victime est un ressortissant dudit État et que ce dernier le juge approprié.*
- 2. Tout État partie prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des États visés au paragraphe 1 du présent article.*
- 3. La présente Convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales. ».*

Le point 1.c) n'est pas très clair : comment imposer à un État de se déclarer compétent « *si ce dernier le juge approprié* » ? En fait, cela risque de rester une suggestion non contraignante, contrairement aux autres points de l'art. 5.

Si une MGF est pratiquée dans un pays qui incrimine et poursuit effectivement ce comportement, l'auteur trouvé dans un autre pays pourra être extradé, mais il ne pourra pas être poursuivi devant les tribunaux de ce deuxième pays sur base des seules dispositions de la Convention.

5.4.6. Obligation d'extradition

L'art. 8 intègre d'office la torture comme cause d'extradition dans les traités ad hoc, et leur impose de prévoir l'extradition même vers un autre État que celui sur le territoire duquel le crime a été commis (voir l'affaire Pinochet). L'art. 5,2 est une application du principe « *aut dedere, aut judicare* »⁵⁴, et est à lire en combinaison avec l'art. 7 qui impose des poursuites effectives :

« 1. L'État partie sur le territoire ou sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction visée à l'article 4 est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, dans les cas visés à l'article 5, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale.

2. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu du droit de cet État. Dans les cas visés au paragraphe 2 de l'article 5, les règles de preuve qui s'appliquent aux poursuites et à la condamnation ne sont en aucune façon moins rigoureuses que celles qui s'appliquent dans les cas visés au paragraphe 1 de l'article 5 ».

Certes, l'extradition pourrait offrir à un État la possibilité de se dégager de ses obligations. Toutefois, l'extradition doit se concilier avec l'économie générale de la Convention, et donc s'appliquer seulement si l'État qui réclame l'extradition le fait bien dans l'intention de poursuivre effectivement le suspect et non s'il y a des raisons sérieuses de penser que la demande est faite pour le soustraire aux poursuites.

Si on peut qualifier une MGF comme torture ou traitement inhumain et dégradant, une incrimination formelle en droit interne n'est plus nécessaire pour que des poursuites

⁵⁴ Livrer ou poursuivre.

puissent avoir lieu. En fait, la plupart des législations nationales interdisent les coups et blessures et mutilations, et incriminent ainsi les MGF sous une qualification « ordinaire ».

L'incrimination internationale de la torture –avec toutes les conséquences que cela entraîne– s'appliquera si la loi nationale autorise, ou plus fréquemment si l'autorité ordonne ou tolère ce comportement. Dans le monde actuel

6. L'incrimination de la torture et des traitements inhumains ou dégradants en droit belge.

La Belgique a mis en œuvre la Convention contre la torture dans les articles 417*bis* à 417*quinquies* du Code pénal. Les définitions de ces infractions ne sont toutefois pas les mêmes que celles de la Convention. Une compétence extraterritoriale pour torture n'est pas prévue, sauf si des poursuites sont imposés par le droit international (ce qui est le cas uniquement pour des actes qualifiés de torture dans le sens de la Convention contre la torture). Par contre, Belgique connaît une compétence extraterritoriale pour des MGF sans que ce soit nécessaire de les qualifier de crime international⁵⁵.

Pourtant, la qualification d'une mutilation comme torture ou traitement inhumain dans le sens du Code pénal peut avoir d'autres conséquences, notamment des peines plus élevées, et l'absence de certaines causes de justification.

L'article 417*ter* incrimine tout acte de torture, indépendant de la personne de l'auteur, pour autant que la douleur soit infligée délibérément. L'article 417*quater* prévoit la même chose vaut pour les traitements inhumains. Les traitements dégradants sont punissables, même infligées sans intention, mais avec une peine minimale de 15 jours seulement (art. 417*quinquies*).

Alors que l'art. 409 punit une mutilation génitale féminine d'une peine de 3 à 5 ans, et jusqu'à 17 années de réclusion en présence de certaines circonstances aggravantes, l'art. 417*ter* prévoit pour la torture des peines de 10 à 15 ans, allant jusqu'à 30 ans de réclusion

⁵⁵ Article 10*ter* C.I.cr.

en cas de circonstances aggravantes. L'art. 417^{quater} prévoit pour des traitements inhumains une peine de 5 à 10 ans, de 10 à 20 ans en présence de circonstances aggravantes. L'ordre d'un supérieur ou de l'autorité ne peut pas justifier un traitement inhumain. La torture ne peut même pas être justifiée par un état de nécessité.

6.1. Effets pervers ?

Traiter les MGF sous l'angle de la Convention contre la torture (et sur base d'une compétence extraterritoriale) pourrait avoir des conséquences qui justifient que soit menée une réflexion plus approfondie avant de l'envisager.

La première est qu'une MGF ne pourrait être considérée comme torture au sens de la Convention si elle a été pratiquée dans un pays où les autorités autorisent ou tolèrent une telle pratique, mais pas si elle a été pratiquée dans un pays où la pratique est interdite et poursuivie efficacement par les autorités locales, alors que dans ce dernier contexte, ce comportement paraît d'autant plus grave.

La deuxième est que les actes de tortures seraient jugés différemment selon que l'acte ait été commis en Belgique ou à l'étranger.

Enfin, l'auteur d'un acte de torture ne peut jamais invoquer un état de nécessité ou l'ordre d'une autorité. Cela peut faire peser un fardeau très lourd sur les parents qui ont, contre leur volonté, accepté de faire exciser une fille en cédant aux pressions d'une communauté, voire d'une autorité de fait.

7. MGF : un crime contre l'humanité ?

La notion de crime contre l'humanité trouve son origine dans le concept du *hostis humanis generis*, « ennemi de l'humanité », appliqué initialement aux pirates et

trafiquants d'esclaves, considérés comme des « hors la loi » internationaux, que tout pays pouvait poursuivre. Le terme a ensuite été utilisé pour viser des crimes commis sur une grande échelle et d'une gravité extrême, notamment ceux commis durant la deuxième guerre mondiale. Comme les pirates d'antan, les criminels nazis ont ainsi été jugés pour des faits qui n'étaient pas incriminés par la législation de leur pays, et étaient parfois même ordonnés par leurs supérieurs. Les poursuites ont été basées sur le droit coutumier international. On considère en effet que les crimes contre l'humanité sont universellement reconnus comme des comportements criminels, de telle sorte que nul ne peut prétendre avoir ignoré ce caractère criminel, indépendamment de toute législation nationale ou ordre de l'autorité.

En droit international moderne, la personne soupçonné d'avoir commis des crimes contre l'humanité, n'est plus un « hors la loi », mais a droit à un procès équitable. Toutefois, certains principes pourtant fondamentaux ne pourront plus être invoqués, précisément à cause du caractère du crime. Il s'agit notamment des principe de légalité (*nullum crimen sine legem*) et de la non rétroactivité des lois pénales⁵⁶.

En l'absence d'une Convention internationale, la notion de crime contre l'humanité est restée une notion coutumière jusqu'en 1998, quand le Statut de Rome sur la Cour pénale internationale en a donné une définition qui est actuellement universellement reconnue.

Un grand nombre de crimes, parmi lesquels des violences sexuelles, peuvent être constitutifs de crimes contre l'humanité. Les mutilations génitales ne sont pas explicitement mentionnées dans le Statut de Rome, mais l'évolution jurisprudentielle devant les juridictions internationales en matière de violences sexuelles, permet de conclure qu'une telle qualification n'est pas nécessairement exclue.

⁵⁶ Cfr. art. 7.2. de la C.E.D.H. : *Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.*

7.1. Aperçu historique de l'évolution de la jurisprudence internationale en matière de violences sexuelles

Pendant longtemps, les violences sexuelles n'ont suscité que peu d'attention dans le droit humanitaire. Au procès de Nuremberg, les crimes de violence sexuelle n'ont pas fait l'objet d'accusations spécifiques contre les chefs nazis. Dans la 4^e Convention de Genève de 1949 sur la protection des civils, l'article 27 prévoit que « *Les femmes seront spécialement protégées contre toute atteinte à leur honneur, et notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à leur pudeur* », mais le viol n'est pas explicitement repris dans la liste des « infractions graves », pour lesquelles l'art. 147 impose des poursuites, ni dans l'art. 3 (commun aux quatre Conventions) qui interdit certains comportements en toutes circonstances, contrairement au meurtre, à la torture, etc.

Ce n'est que suite à la création des tribunaux *ad hoc*, et à l'évolution de leur jurisprudence, que le viol et d'autres violences sexuelles ont explicitement été reconnues comme crimes de guerre et crimes contre l'humanité, à condition d'être commis dans certaines circonstances.

Depuis l'arrêt *Akayesu*⁵⁷, où le TPIR a reconnu le viol comme crime contre l'humanité et même comme un instrument de génocide, la jurisprudence a continué à évoluer. La jurisprudence internationale a aussi élaboré les définitions du viol et des violences sexuelles, et le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, a traité les mariages forcés avec des militaires comme crimes contre l'humanité⁵⁸. En 1998, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale a inclus les violences sexuelles parmi les actes pouvant constituer des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.

L'art. 7 du Statut prévoit ainsi que peuvent constituer des crimes contre l'humanité, une série de crimes spécifiquement dirigés contre les femmes :

⁵⁷ TPIR, *Le procureur contre Jean-Paul Akayesu*, No. TPIR-96-4-T, 2 septembre 1998.

⁵⁸ Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Procureur contre Brima, Kamara et Kanu*, No. SCSL-2004-16-A, 22 février 2008.

« d) Déportation, viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable

...

h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour »⁵⁹

Pour que des violences sexuelles puissent constituer des crimes contre l'humanité, elles doivent cependant être commises dans des conditions précises. L'art. 7 du Statut de la Cour pénale internationale précise ainsi que des crimes contre l'humanité doivent nécessairement être commis *« dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque. »*

Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale est complété par un texte qui précise et interprète certains termes, et qui a également été adopté par l'Assemblée des États parties, les « Eléments de crimes ». ⁶⁰Ce texte prévoit notamment :

« Introduction

- 1. Comme l'article 7 relève du droit pénal international, ses dispositions, conformément à l'article 22, doivent être interprétées strictement, compte tenu du fait que les crimes contre l'humanité tels qu'ils y sont définis sont parmi les crimes les plus graves qui concernent l'ensemble de la communauté internationale, qu'ils engagent la responsabilité pénale individuelle et supposent une conduite inadmissible au regard du droit international général applicable tel qu'il est reconnu par les principaux systèmes juridiques du monde.*
- 2. Les deux derniers éléments de chaque crime contre l'humanité décrivent le contexte dans lequel les actes doivent avoir été commis. Ces éléments clarifient le degré de participation et de connaissance requis de l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile. Toutefois, le dernier élément ne doit pas être interprété comme exigeant qu'il soit prouvé que l'auteur avait connaissance de toutes les caractéristiques de l'attaque ou des détails précis du plan ou de la politique de l'État ou de l'organisation. Dans le cas où une attaque généralisée ou systématique contre une population civile est dans sa phase initiale, l'intention visée dans le dernier élément indique que l'élément*

⁵⁹ On peut trouver le texte du Statut de Rome et des « Eléments de Crimes » sur le site de la Cpi : www.icc-cpi.int.

⁶⁰ <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Elements+of+Crimes.htm>

psychologique est présent dès lors que l'auteur avait l'intention de mener une telle attaque.

3. *Par « attaque lancée contre une population civile » on entend, dans l'élément de contexte, le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 de l'article 7 du Statut à l'encontre d'une population civile quelle qu'elle soit, **en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque**. Les actes ne doivent pas nécessairement constituer une attaque militaire. Il est entendu que pour qu'il y ait « politique ayant pour but une telle attaque », il faut que l'État ou l'organisation favorise ou encourage activement une telle attaque contre une population civile »*

7.2. Il y a-t-il des situations dans lesquelles les MGF pourraient constituer des crimes contre l'humanité ?

La lecture de ce qui précède ne suggère *a priori* pas que l'art. 7 du Statut de Rome s'appliquerait à des pratiques traditionnelles, aussi condamnables qu'elles soient, vu que la notion de crime contre l'humanité suppose une forme de concertation et d'organisation dans la mise en œuvre d'une « *attaque* » contre une population civile. De surcroît, le propre de pratiques traditionnelles est que ceux ou celles qui les appliquent ne sont généralement pas conscient(e)s de commettre un crime et, que, dans le cas des MGF, nombre de femmes qui les ont subies n'ont pas le sentiment d'avoir été victimes d'un crime, et sont parfois prêtes à faire subir le même sort à leurs propres filles.

Il se pourrait toutefois que des MGF, comme d'autres formes de violences sexuelles, deviennent des crimes contre l'humanité dans des circonstances très précises, notamment si un gouvernement ou une autorité de fait devait par la force imposer de telles pratiques à une population.

Les crimes contre l'humanité peuvent être distingués des autres crimes de droit commun ainsi que des crimes de guerre sur la base de quatre critères: la gravité, le caractère massif, le caractère concerté et dans certains cas, le mobile ou l'intention⁶¹.

⁶¹ Eric David, *Principes du droit des conflits armés*. Bruylant Bruxelles, 2002, p. 749.

Il est incontestable que les MGF peuvent présenter un caractère extrêmement grave, brisant les victimes physiquement et psychologiquement. Dans certains pays, elles peuvent causer un nombre important de victimes et donc présenter un caractère massif.

Pour constituer un crime contre l'humanité, il faut cependant aussi que ce crime soit commis dans le contexte d'une « attaque généralisée ou systématique », ce qui implique, selon les « Eléments de Crimes », « *la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* ».

Il ne suffit donc pas de constater que dans un pays un grand nombre de femmes sont mutilées pour être en présence d'un crime contre l'humanité. Ce n'est certainement pas le cas dans un contexte où les autorités interdisent et combattent ces pratiques. On pourrait par contre imaginer une situation où des pratiques de MGF soient ouvertement encouragées, voir imposées par un État, ou par des organisations structurées exerçant un pouvoir réel sur la population civile⁶². Dans un tel cas, on pourrait bien parler d'une attaque généralisée contre (la partie féminine de) la population civile, certainement si cela cadre dans une politique globale de persécution et de discrimination des femmes. La qualification de crime contre l'humanité pourrait alors s'appliquer. Cette qualification n'est cependant pas appropriée dans une situation où l'État tolère une pratique traditionnelle de mutilations pratiqués sur une large échelle, mais sans qu'on puisse parler d'un plan concerté.

De surcroît, l'auteur doit avoir conscience de commettre un crime contre l'humanité :

« L'intention (mens rea) est un élément constitutif du crime contre l'humanité. [...] Pour qu'une personne puisse se voir imputer un tel fait, il faut qu'elle soit consciente « des faits ou des circonstances qui entraîneraient ses actes dans la sphère d'un crime contre l'humanité ». [...] Selon les Eléments des crimes visés au Statut de la Cpi, il suffit que l'auteur sache que son comportement est lié à une attaque généralisée ou systématique contre une population civile ou qu'il entende l'inscrire dans un tel cadre, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait connaissance de toutes les caractéristiques de cette attaque. »⁶³.

⁶² Une telle situation pourrait se présenter notamment dans un pays dominé, même en partie, par des extrémistes religieux du genre de certains groupes actifs actuellement en Somalie.

⁶³ Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, Projet de définition des éléments constitutifs des crimes, PCNICC/2000/1/Add.2, 1.11.2000, p. 11 ; Eric David, *Principes du droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 753.

7.3. Conséquences d'une qualification comme crime contre l'humanité

Les crimes contre l'humanité sont des crimes internationaux et figurent « *parmi les crimes les plus graves qui concernent l'ensemble de la communauté internationale, (qui) engagent la responsabilité pénale individuelle et supposent une conduite inadmissible au regard du droit international général applicable tel qu'il est reconnu par les principaux systèmes juridiques du monde* »⁶⁴. La répression des crimes contre l'humanité relève du *ius cogens*⁶⁵.

Conformément aux « *Principes de Nuremberg* »⁶⁶, les implications de la reconnaissance d'une qualification de crime contre l'humanité sont notamment:

- L'obligation de juger ou d'extrader;
- La non applicabilité d'une loi nationale autorisant le crime;
- L'absence d'immunité des gouvernants;
- La non applicabilité de l'ordre donné comme cause d'exonération;
- La non applicabilité du principe d'État de nécessité;
- L'assimilation de la complicité à l'acte lui-même ;
- L'imprescriptibilité⁶⁷.

Une telle reconnaissance impliquerait aussi la compétence de la Cour pénale internationale, sachant cependant que son parquet limite son action aux responsables principaux.

⁶⁴ Eléments de crimes, cfr. supra, p. 5.

⁶⁵ Cfr. supra, note 18.

⁶⁶ Les Principes de Nuremberg furent codifiés par les Nations Unies en 1950, sur base de la jurisprudence dégagée par les Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo. Voir <http://www.icrc.org/dih.nsf/full/390> (visité le 18.8.2011).

⁶⁷ Le principe de l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité a été énoncé dans l'article 11,§ 5, de la loi n° 10 du Conseil allié en Allemagne qui a créé le tribunal de Nuremberg. Cette règle est consacrée par l'article 1^{er} de la Convention des Nations Unies du 26 novembre 1968 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ainsi que par l'article 1^{er} de la Convention du Conseil de l'Europe du 25 janvier 1974 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

Enfin, l'art. F,a) de la Convention de Genève sur les réfugiés exclut explicitement les auteurs de crimes contre l'humanité de toute protection internationale basée sur l'asile.

En droit interne, elle entraînerait l'application de l'art. 136ter du Code pénal, qui vise les crimes contre l'humanité, et prévoit la perpétuité comme peine -et donc l'impossibilité d'éviter la cour d'assises par une correctionnalisation-, ainsi que la compétence du Procureur fédéral.

L'art. 136septies du Code pénal assimile aussi au crime contre l'humanité consommé:

- l'ordre, même non suivi d'effet
- l'offre de commettre un tel crime
- la provocation, même non suivie d'effet
- la participation
- la tentative
- l'omission d'agir dans les limites de leur possibilité d'action de la part de ceux qui pouvaient empêcher la consommation du crime

7.4. Effets pervers ?

En Belgique, une qualification de certaines MGF comme crimes contre l'humanité pourrait dans la pratique rendre les poursuites beaucoup plus difficiles. Les parquets locaux deviendraient incompétents (compétence du parquet fédéral), et toute poursuite, même pour une tentative ou une complicité nécessiterait la convocation d'une cour d'assises. Rappelons que la compétence exclusive de la cour d'assises a empêché pendant des décennies toute poursuite pour propagande raciste, et assure toujours l'impunité aux autres délits de presse.

Une qualification comme crime contre l'humanité ne permet aucune nuance : la complicité est assimilée au crime, aucune justification ou cause d'excuse. Des parents qui ont accepté sous la pression de leur environnement de faire exciser leur fille, serait exclus

de la procédure d'asile et devraient être poursuivis comme criminels internationaux, ce qui n'est pas toujours approprié.

8. Incrimination spécifique des MGF comme alternative aux poursuites comme crime international ?

Du point de vue de la répression des MGF, le principal avantage d'une qualification comme torture ou crime contre l'humanité est la possibilité de poursuivre des actes commis à l'étranger par des auteurs étrangers (compétence extraterritoriale). Toutefois, d'autres crimes sont devenus des crimes internationaux (avec possibilité, voire obligation de poursuites extraterritoriales) en vertu de Conventions spécifiques ou sur base d'une coutume internationale: terrorisme, corruption, traite des êtres humains, piraterie... Une Convention internationale sur les mutilations génitales féminines pourrait avoir cette conséquence, sans pour autant provoquer les effets pervers évoqués plus haut.

En l'absence de législation nationale prévoyant une exception spécifique, les MGF peuvent en principe toujours être poursuivies sur base du droit pénal commun qui interdit les coups et blessures, les mutilations etc. Certains pays ont toutefois élaboré une législation spécifique, en Europe notamment l'Autriche, le Chypre, le Danemark, l'Italie, le Portugal, l'Espagne, la Suède, le Royaume-Uni, et également la Belgique⁶⁸. L'objectif d'une telle législation est généralement de mieux assurer des poursuites en droit interne, mais également de permettre la poursuite des étrangers qui ont fait exciser leurs enfants à l'étranger. Par une clause de compétence extraterritoriale, ce comportement est traité de facto comme un crime international. Le droit international n'interdit pas une telle pratique⁶⁹. Au contraire, une pratique étatique de compétence extraterritoriale dans

⁶⁸ End FGM – European Campaign, « *Mettre fin aux mutilations génitales féminines – stratégie pour les institutions de l'Union européenne* », www.endgfm.eu (visité le 22.06.2011), p. 27.

⁶⁹ Selon la coutume internationale, un État a le droit de se donner certaines compétences extraterritoriales. La Cour Internationale Permanente, prédécesseur de la Cour Internationale de Justice, a jugé dans l'arrêt dit du « Lotus » du 7 septembre 1927, : « *Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables* ».

plusieurs pays pour certains délits ou crimes donne lieu à la formation d'une coutume internationale.

8.1. Suède

En 1982, la Suède est devenue le premier pays européen à légiférer spécifiquement contre les MGF avec la loi sur l'interdiction de la mutilation génitale des femmes qui stipule qu' *«une opération ne peut être pratiquée sur les organes sexuels féminins externes dans le but de les mutiler ou de les modifier de façon permanente [...] indépendamment du fait que la personne concernée soit consentante ou non.»* En 1998, cette loi a été amendée pour renforcer les peines. Selon la gravité des conséquences, la loi suédoise prévoit maintenant une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à dix ans pour toute personne pratiquant l'excision.

Par ailleurs, la loi suédoise instaure une compétence extraterritoriale pour des résidents :

*« une personne résidant en Suède qui prévoit une excision pour une femme ou une fille dans un autre pays peut être condamnée en vertu de la loi, même si le crime a été commis à l'étranger. »*⁷⁰

8.2. Belgique

En Belgique, une incrimination spécifique des mutilations génitales a été introduite par la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs (art. 409 du Code pénal). Les mutilations sexuelles visées concernent uniquement les filles. Désormais, la pratique des MGF est donc aussi traitée comme un délit (un crime s'il y a des circonstances aggravantes) spécifique dans l'article 409 du code pénal, libellé comme suit:

« § 1er. Quiconque aura pratiqué, facilité ou favorisé toute forme de mutilation des organes génitaux d'une personne de sexe féminin, avec ou sans consentement de cette dernière, sera puni d'un emprisonnement de trois ans à cinq ans. La tentative sera punie d'un emprisonnement de huit jours à un an.

⁷⁰ UNICEF Suisse, « Les mutilations génitales féminines en Suisse », Zürich 2004, p.33.

§ 2. *Si la mutilation est pratiquée sur une personne mineure ou dans un but de lucre, la peine sera la réclusion de cinq ans à sept ans.*

§ 3. *Lorsque la mutilation a causé une maladie paraissant incurable ou une incapacité permanente de travail personnel, la peine sera la réclusion de cinq à dix ans.*

§ 4. *Lorsque la mutilation faite sans intention de donner la mort l'aura pourtant causée, la peine sera la réclusion de dix ans à quinze ans.*

§ 5. *Si la mutilation visée au § 1er a été pratiquée sur un mineur ou une personne qui, en raison de son État physique ou mental, n'était pas à même de pourvoir à son entretien, par ses père, mère ou autres ascendants, toute autre personne ayant autorité sur le mineur ou l'incapable ou en ayant la garde, ou toute personne qui cohabite occasionnellement ou habituellement avec la victime, le minimum des peines portées aux §§ 1er à 4 sera doublé s'il s'agit d'un emprisonnement, et augmenté de deux ans s'il s'agit de réclusion. »*

Cette mesure a été assortie d'une levée du secret professionnel dans le cas où un danger grave et imminent menacerait une mineure (article 458*bis* du Code pénal) sous peine d'être poursuivi pour le délit de non-assistance à personne en danger (article 422*bis* du Code pénal). Le secret professionnel est levé (article 458*bis* du Code pénal) et toute personne, professionnel ou simple citoyen, qui ne signale pas le danger qu'encourt une fillette menacée de mutilations sexuelles, que celles-ci soient prévues en Belgique ou à l'étranger, se rend coupable de non assistance à personne en danger (article 422*bis* du Code pénal).

Le délai de prescription est de dix ans à partir de la majorité de la victime (article 21 *bis* du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle). L'article 10*ter* du même Titre Préliminaire instaure pour ces crimes et délits une compétence extraterritoriale, même pour un acte commis à l'étranger par un auteur étranger, pour autant que l'auteur soit trouvé en Belgique (art. 12).

8.3. France

Le droit français ne prévoit pas de qualification juridique spécifique pour les faits de mutilation sexuelle, mais ces pratiques sont poursuivies comme crimes et sanctionnées au titre de violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente. La loi du 4

avril 2006 relative à la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs vise à rendre plus effective la répression de ces pratiques, mais n'a pas instauré de qualification juridique spécifique.

Des mutilations sexuelles sont maintenant punies de 10 à 15 ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende (article 222-9 du Code pénal), et d'un minimum de 15 ans de réclusion criminelle lorsque ces violences sont commises à l'encontre de mineurs de moins de quinze ans (article 222-10 du Code pénal). Ces peines sont donc plus élevées que celles prévues en Belgique par l'art. 409 du Code pénal.

En ce qui concerne le délai de prescription, il a été porté à 20 ans à compter de la majorité de la victime pour les crimes de violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente commis sur mineurs (article 222-10 du Code pénal).

L'article 222-16-2 du code pénal prévoit en plus que, « *dans les cas où les crimes et les délits prévus par les articles 222-8, 222-10 ou 222-12* » - soit notamment des violences ayant entraîné une mutilation - « *sont commis à l'étranger sur une victime mineure résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation aux dispositions de l'article 113-7* ».

Enfin, le code pénal français (article 434-3) punit le fait pour des professionnels, notamment les médecins, de ne pas porter à la connaissance des autorités judiciaires ou administratives les mauvais traitements ou atteintes sexuelles infligés à un enfant de moins de 15 ans.⁷¹

8.4. Suisse

⁷¹ Conseil de l'Europe, *Législation dans les États membres du Conseil de l'Europe en matière de violence à l'égard des femmes*, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/violence/EG\(2009\)%203_Legislation_F.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/violence/EG(2009)%203_Legislation_F.pdf) (visité le 27.06.2011), p. 38.

En droit pénal suisse, les mutilations sexuelles constituent des lésions corporelles graves (art. 122 CPS)⁷². Un projet de loi est en dernière phase du processus législatif pour introduire dans le code pénal un nouvel article réprimant de manière spécifique les MGF. Une compétence extraterritoriale serait également prévue⁷³.

8.5. Jurisprudence

En Suède, il a fallu attendre jusqu'en 2000, soit 18 ans après l'entrée en vigueur de la loi, avant qu'un cas soit jugé. En France il y a eu de nombreuses poursuites judiciaires ces dernières années, avec recours à la législation générale relative aux coups et blessures⁷⁴.

La Cour de cassation française a considéré en 1983 que l'ablation du clitoris était à inclure au rang des « mutilations », incrimination déjà prévue par le Code pénal.

En Belgique, c'est en 2009 qu'une victime a, pour la première fois, porté plainte pour mutilation auprès d'un Parquet belge. Ce cas, qui concerne une intervention en contexte hospitalier, est toujours à l'instruction⁷⁵. En 2010, le GAMS Belgique a été sollicité dans le cadre d'une deuxième plainte auprès d'un Parquet concernant une MGF. Ici, un père d'origine africaine aurait été accusé par son ex-épouse de violence sexuelle sur leur fille, ce qui s'est finalement avéré être une tentative d'excision. Il apparaîtrait que le Parquet n'a pas inculpé cet homme en l'absence d'éléments de preuve suffisants⁷⁶.

⁷² Conseil de l'Europe, *Législation dans les États membres du Conseil de l'Europe en matière de violence à l'égard des femmes*, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/violence/EG\(2009\)%203_Legislation_F.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/violence/EG(2009)%203_Legislation_F.pdf) (visité le 27.06.2011), p. 72.

⁷³ UNICEF Suisse, « Une norme pénale uniforme en Suisse », http://www.unicef.ch/fr/faire_un_don/dons/protection/mgf/mgf_en_suisse/.

⁷⁴ FGM – European Campaign, « Mettre fin aux mutilations génitales féminines – stratégie pour les institutions de l'Union européenne », www.endgfm.eu, p. 27.

⁷⁵ Dieleman Myriam, *Excision et Migration en Belgique francophone, Rapport de recherche de l'Observatoire du sida et des sexualités pour le GAMS Belgique*, Bruxelles, Ed. GAMS Belgique, p. 99.

⁷⁶ Dieleman Myriam, *Excision et Migration en Belgique francophone, Rapport de recherche de l'Observatoire du sida et des sexualités pour le GAMS Belgique*, Bruxelles, Ed. GAMS Belgique, p. 104.

9. En guise de conclusion

Il n'est pas contestable que des MGF constituent un traitement cruel, inhumain et dégradant, et souvent même une forme de torture, tant au sens du droit international des droits de l'homme qu'au sens du droit pénal belge. Ce n'est pas pour autant qu'on peut d'office les qualifier de crime de torture au sens de la Convention contre la torture et les poursuivre sur cette base comme crime international.

Une qualification comme crime contre l'humanité restera exceptionnelle et n'est probablement pas indiquée, vu le contexte traditionnel.

Néanmoins, l'interdiction, mais aussi l'incrimination de ces formes extrêmes de violences sexuelles, pratiquées de surcroît sur des mineurs, fait probablement l'objet d'une évolution vers une coutume internationale *sui generis* comme cela fut le cas dans le passé pour la torture. Une convention internationale spécifique, mais aussi la multiplication de législations nationales prévoyant des clauses de compétences extraterritoriales, telles que celle que connaît la Belgique, pourrait fortement influencer la formation d'une telle coutume.

En attendant, de telles législations nationales peuvent produire certains des avantages qu'offre une qualification comme crime international.

Par ailleurs, la qualification donnée à une infraction n'est que l'un des facteurs qui déterminent la façon dont cette infraction est poursuivie. D'autres facteurs, tels que la politique de poursuites du parquet et de la police, l'information et la protection des victimes et la qualité de la collaboration judiciaire avec des pays où ont lieu de telles pratiques revêtent certainement autant d'importance.

Annexes

Annexe I : Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

Annexe II : Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes

Annexe III : Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits de la femme en Afrique

Annexe IV : Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant

Annexe V : Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Annexe VI : Statut de Rome (extraits)

Annexe VII : Droit pénal belge (extraits)