

Janvier 2024

BROUILLON

Fiche d'information Q&R:

LGBTQI+ Inclusion and the Definition of the Crime of Gender Apartheid¹ La Définition du Crime de l'Apartheid de Genre et l'inclusion LGBTQI+

Il s'agit d'un moment charnière dans le discours sur l'imputabilité des crimes de genre - un moment qui offre une nouvelle opportunité afin de créer les outils nécessaires qui garantissent la reconnaissance de toutes les victimes. Le projet de traité sur les crimes contre l'humanité (CAH), qui circule à l'instant parmi les experts légaux, la société civile, et les états, impactera l'accès des victimes à la justice durant les années à venir. Son processus de rédaction qui dure des années comprend invariablement des corrections, et des révisions linguistiques qui offrent une chance de codifier les interprétations progressives du droit coutumier international. La codification de l'apartheid du genre comme crime contre l'humanité au sein du traité contribuerait au développement progressif du droit international, et devrait être dûment étayée par une définition contemporaine. En revanche, s'il fait l'objet d'une codification par une définition dépassée, qui efface les avancements dans le droit coutumier international, le traité pourrait impacter négativement des décennies de droits durement acquis pour les femmes, les filles, et des personnes LGBTQI+, et conduire à l'exclusion des victimes.

Cette fiche d'information offre des stratégies afin de s'assurer que la définition proposée de l'apartheid de genre comme crime contre l'humanité inclue toutes les victimes, incluant les personnes LGBTQI+. Elle a été créée afin d'équiper les défenseurs issus de disciplines diverses avec les outils qui permettent de répondre aux questions sur la façon de promouvoir une définition inclusive de l'apartheid de genre tout en maintenant l'élan vers sa reconnaissance en tant que crime.

1. Dissuaderons-nous les états dans leur soutien de la codification de l'apartheid du genre comme crime contre l'humanité si nous plaidons pour une définition qui inclue toutes les victimes ?

Non. Dans les faits, l'opposé est vrai. Une définition qui prend le risque d'exclure, nuira le mouvement pour la reconnaissance juridique de l'apartheid de genre, et risque de repousser des alliés clés, entravant ultimement le large soutien nécessaire pour parvenir à la codification. L'histoire a montré que le progrès et la justice sont écartés quand les mouvements sociaux

s'accommodent des formes dominantes d'exclusions. C'était le cas, quand par exemple, aux États-Unis d'éminentes femmes blanches suffragettes ont rejeté la lutte des personnes noires pour l'obtention du droit de vote. Ce fut notamment vrai, quand les droits des personnes transgenres ont été exclus des grandes plateformes LGBTQI+ pour l'égalité. Cela diffère du mouvement américain pour la justice en matière de handicaps qui a insisté pour l'inclusion de toutes les formes de handicaps créant ainsi une large base de soutien pour gagner des protections juridiques étendues. Surmonter les divisions et la désunion liée à l'identité ne fait que renforcer les mouvements.

¹ Cette "Q & A Factsheet" fiche d'information est basée sur le projet de document de travail universitaire de Lisa Davis et JM Kirby, *Ensuring an LGBTQI+ Inclusive Definition of Gender Apartheid: Understanding "Groups" under Persecution, Apartheid and Genocide*, Nov. 2023. Ne pas citer sans l'accord de l'auteur.

² La présente "Q & A Factsheet" fiche d'information utilise le terme "victime" et reconnaît que les personnes qui subissent des crimes ou des préjudices peuvent s'identifier au terme "victime" ou au terme " survivant".

Bien qu'elle bénéficie d'un élan important, la lutte pour la reconnaissance de l'apartheid de genre fait face à des obstacles, ce qui rend la construction d'un mouvement unifié encore plus cruciale. Historiquement, les États ne donnent pas la priorité à la justice de genre. Cependant, en garantissant l'inclusion des LGBTQI+, les États qui ont pris des positions publiques pour protéger les droits des LGBTQI+ pourraient être davantage incités à soutenir la codification de l'apartheid de genre en tant que crime. De plus, si la définition de l'apartheid reconnaît la construction sociale du genre et de la race, les États qui soutiennent la reconnaissance de l'apartheid irréversible dans d'autres contextes pourraient également soutenir le changement de langage. La construction d'un mouvement intersectionnel et inclusif pourrait donc conduire non seulement à une base de soutien plus large, mais aussi à une stratégie gagnante pour obtenir l'adhésion des États à la codification de l'apartheid de genre en tant que crime contre l'humanité. (Voir l'exemple de la question huit). L'inclusion de contributions diverses de la société civile peut également conduire à un traité mieux informé qui améliore l'accès à la justice (voir l'exemple de la question sept). (Voir l'exemple de la question sept).

2. De quelle manière les personnes LGBTQI+ risquent d'être exclues comme victimes par une définition dépassée de l'apartheid de genre ?

Les crimes doivent être définis afin de rendre les auteurs imputables. Alors que des crimes nouveaux sont envisagés dans le droit international, il est habituel de commencer par se tourner vers des définitions précédentes de crimes. C'est parce que la reconnaissance des droits (et l'interdiction des actes qui les violent) doit être fondée dans des interprétations qui ont évolué au sein du droit international.

L'examinant de la seule forme d'apartheid codifié - l'apartheid racial - peut aider à orienter la définition du crime de l'apartheid de genre. La définition de l'apartheid racial selon le droit pénal international provient du Statut de Rome (qui régit la cour pénale internationale (CPI)). D'après le Statut de Rome, l'apartheid est : des actes inhumains "commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime". Si l'on remplace le mot "racial" par "genre" la définition se lit : "un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe de genre, sur tout autre groupe de genre ou tous autres groupes de genre".

La question essentielle avec cette définition est comment le terme juridique "groupes de genre" sera compris dans le droit international. Ceci est de la plus grande importance parce qu'un procureur aura à définir et prouver l'existence de "groupes de genre" lorsqu'il portera des accusations d'apartheid de genre. Comme tout nouveau terme, si ce dernier n'est pas correctement défini, l'introduction de "groupes de genre" en ce qui a trait à l'apartheid ouvrira la porte à des débats sur sa définition. Cela pourrait inclure des questions sur ce qui constitue juridiquement un "groupe de genre" et sur "combien" il en existe. Si le "genre" en ce qui a trait à l'apartheid n'est pas défini selon une interprétation large, certaines femmes, filles, et autres personnes LGBTQI+ seront écartées. Cela pourrait notamment laisser place à des arguments rétrogrades favorables à une réduction du "genre" à une interprétation biologique ou binaire dépassée. Ce genre

d'interprétations rétrogrades iraient à l'encontre de décennies d'avancées juridiques en ce qui concerne la reconnaissance des discriminations basées sur le genre, et pourrait ébranler des gains durement obtenus par la lutte pour le droit des femmes, des filles et des personnes LGBTQI+. La bonne nouvelle est que, lorsque les nouveaux projets de loi sont à l'étude, il y a l'opportunité de remédier à ces enjeux et de s'assurer que toutes les victimes de ce genre de crimes soient reconnues par la loi.

³ Rome Statute Art. 7(2)(h) (2003).

3. *Pourquoi les cours ont plus tendance à se référer au droit pénal international pour définir les “groupes de genre” au lieu du droit international relatif aux droits de l’homme ?*

Bien que le droit international relatif aux droits de l’homme, qui reflète les interprétations contemporaines de la discrimination, peut aider à interpréter le droit pénal international, il ne peut y être transposé. La règle de la stricte interprétation (exigeant que le langage d’une loi soit interprété dans les limites raisonnables de ses termes ainsi que l’esprit et la portée du traité), et le principe de responsabilité dans le droit pénal international pèsent contre un tribunal international qui utilise une définition plus large, par exemple, de la discrimination raciale, comme celle du droit relatif aux droits de l’homme.

Il y a quelques exceptions à ce Principe général, comme lorsqu’un traité stipule clairement que ses articles devraient être interprétés conformément au droit international relatif aux droits de l’homme. Par exemple, le Statut de Rome comprend l’article 21, qui stipule que pour la cour pénale internationale, “L’application et l’interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l’homme internationalement reconnus”. Bien que le projet de traité sur les crimes contre l’humanité (CCH) tire une part conséquente de son langage du Statut de Rome, il omet cette disposition. Conséquemment, les procureurs et les cours pourraient vraisemblablement se référer à des interprétations existantes du droit pénal en ce qui a trait aux “groupes”. C’est une des raisons pour lesquelles il est important qu’un traité nouvellement créé reflète le langage contemporain du droit coutumier international.

4. *De quelle manière le nouveau terme juridique “groupes de genre” dans le cadre du crime de l’apartheid serait vraisemblablement compris dans le droit pénal international?*

En définissant “groupes de genre” le mot clé pour une définition juridique est le sujet “groupes” tandis que “genre” est l’adjectif qui qualifie “groupes”. Si durant les décennies passées les termes “race” et “genre” ont été compris au sens large, et comme étant des constructions sociales aux yeux du droit international, la question qui se pose ici est la manière dont les “groupes” protégés sont définis particulièrement par le droit pénal international. Par exemple, les “groupes raciaux”, protégés du crime de génocide sont plus étroitement définis, et sont partiellement basés sur des définitions dépassées de la race, tandis que les groupes ciblés sur des bases raciales (groupes raciaux) et faisant l’objet de persécutions s’entendent au sens large basé sur des constructions sociales. L’interprétation de “groupes raciaux” dans le cadre du génocide, a conduit à des enjeux au moment de rendre justice aux victimes. L’élargissement de la notion d’apartheid à toutes les personnes ciblées sur la base de leur race ou de leur genre, aiderait à renforcer les mouvements tant pour la justice raciale que de genre.

Dans le droit international on retrouve les “groupes” protégés dans le cadre de trois crimes : la persécution, l’apartheid et le génocide- des crimes qui abordent explicitement la discrimination. La compréhension et l’application des crimes proviennent de deux sources principales: les *travaux préparatoires*” (les négociations, discussions, et la rédaction d’un texte final) et la jurisprudence (la jurisprudence produite dans les tribunaux). Puisque l’apartheid racial n’a pas encore fait l’objet d’un procès, il n’existe pas formellement de jurisprudence permettant

d’interpréter la manière dont les “groupes” protégés sont juridiquement compris dans le cadre du crime d’apartheid. Il existe par contre, des *travaux préparatoires* et des mécanismes d’imputabilité qui ont soit débattu soit appliqué une interprétation de l’apartheid racial. Dans les deux cas, les “groupes raciaux” ont été perçus tels que définis par le génocide—pas la persécution. Cela signifie que lorsqu’on juge des personnes accusées d’apartheid, les procureurs et les cours auront tendance à suivre l’interprétation dépassée de “groupes” selon le génocide au lieu de l’interprétation au sens large dans le cadre de la persécution. Cela risquerait l’exclusion de certaines femmes et certains autres groupes LGBTQI+.

⁴ As of April 2023, the draft Crimes against Humanity treaty holds that each state, “undertakes to prevent crimes against humanity, in conformity with international law.” Treaty drafters should retain the original language codified under article 21 of the Rome Statute and direct judicial actors to stay in compliance with human rights law.

⁵ “Gender,” for instance, includes sexual orientation, gender identity, gender expression, and sex characteristics.

a. Comment sont définis les “groupes” dans le cadre du génocide ?

Quatre groupes sont protégés du génocide : “Les groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux.” Les *travaux préparatoires* de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide reflètent une conception de ces groupes qui garde les attributs essentiels de la “permanence” ou “immuabilité”. Au moment de rédiger la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, les auteurs croyaient que les membres d’un certain groupe feraient inévitablement partie du dit group; que la plupart d’entre eux y feraient partie dès la naissance et conséquemment l’appartenance au groupe était hors de leur contrôle. Par exemple, les rédacteurs qui ont compris que la race était déterminée biologiquement (une posture qui a depuis été scientifiquement démentie) croyaient que les membres des “groupes raciaux” pouvaient être caractérisés par des critères tels que la couleur de la peau ou d’autres caractéristiques physiques. Par contre, ils étaient moins clairs en ce qui concerne la nationalité et la religion. Quoique les rédacteurs ont déterminé que la nationalité ou la religion d’une personne étaient moins immuables, ils ont assumé que ce type de changements seraient très difficiles et donc improbables, en se basant sur l’idée que les gens ne pouvaient pas, par exemple facilement quitter ou changer la foi avec laquelle ils avaient grandi. Les rédacteurs ont notamment discuté de l’inclusion des groupes politiques, mais ils ont considéré que les membres de ces groupes avaient la capacité de choisir de rejoindre ou de quitter ce type de groupes. Ainsi, les groupes politiques n’étaient pas considérés comme étant “stables” ou “permanents”, ce qui a conduit à leur exclusion des “groupes” protégés contre le génocide, contrairement à la persécution (qui protège les groupes politiques).

Bien que la définition de la persécution ait été disponible, les rédacteurs ont tenu à manifester leur intention d’établir une différence entre les normes relatives au génocide et à la persécution : “Le génocide est la destruction délibérée d’un groupe humain. Cette définition littérale doit être strictement acceptée; dans le cas contraire, il y existe un risque que l’idée de génocide soit élargie indéfiniment pour y inclure le droit de la guerre, le droit à l’autodétermination des peuples, la protection des minorités, le respect des droits de l’homme, etc.”⁶

La définition du crime de génocide de 1948 a éventuellement cheminé au sein des statuts du Tribunal Pénal International pour l’ex Yougoslavie (TPIY) et le Tribunal Pénal International pour

le Rwanda (TPIR), ainsi qu'à d'autres tribunaux. La cour *Akayesu* du TPIR a prononcé la première condamnation pour génocide par une cour internationale, en appliquant une "évaluation objective" afin de déterminer les groupes qui sont protégés du génocide. La cour a jugé qu'il "convient de surtout respecter l'intention des auteurs de la Convention sur le génocide; qui, selon les travaux préparatoires, était bien d'assurer la protection de tout groupe stable et permanent."⁷

En d'autres termes, le Tribunal a décidé que les membres "y appartiennent [au groupe] d'office, par naissance, de façon continue et souvent irrémédiable."⁸ En appliquant cette lecture, le Tribunal a établi ces "critères objectifs" afin de déterminer l'appartenance à un groupe. Par exemple, les groupes raciaux étaient "fondés sur les traits physiques héréditaires, souvent identifiés à une région géographique, indépendamment des facteurs linguistiques, culturels, nationaux ou religieux."⁹

⁶ 4 U.N. ESCOR, U.N. Doc. E/447 (1947).

⁷ Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4- T (ICTR Trial Chamber Sept. 2, 1998) para. 516.

⁸ *Id.* at para. 511.

⁹ *Id.* at para. 514.

À cause de la nature problématique de l'application de "critères objectifs" à des constructions sociales, les tribunaux internationaux ont commencé à s'éloigner de "l'approche objective" puriste de *Akayesu*, vers des critères subjectifs, qui se réfèrent à la conception que l'auteur a du groupe de victimes. Par exemple, le Tribunal *Jelisić* du TPIY s'est appuyé exclusivement sur la perception que l'auteur avait dans sa caractérisation du groupe "tenter aujourd'hui de définir un groupe...racial...à partir de critères objectifs et scientifiquement non contestables serait un exercice périlleux et dont le résultat ne correspondrait pas nécessairement à la perception des personnes concernées par cette catégorisation. Aussi est-il plus approprié d'apprécier la qualité du groupe...racial du point de vue de la perception qu'en ont les personnes qui veulent distinguer ce groupe du reste de la collectivité."¹⁰ Cependant, *Jelisić*, est un cas isolé. L'écrasante majorité des récents cas de génocide dans le cadre des tribunaux *ad hoc* ne se sont pas exclusivement appuyés sur une approche subjective. Les tribunaux se sont plutôt appuyés sur un mélange d'éléments subjectifs et objectifs. Ils estiment que la caractérisation des groupes protégés pertinents devrait se faire au cas par cas, et inclure des critères à la fois objectifs et subjectifs. Une approche subjective-objective risque d'exclure les victimes LGBTQI+. (Voir la question cinq, qui suit).

Malgré des décennies de littératures académiques examinant la très problématique nature de la définition dépassée des "groupes" en ce qui a trait au génocide, elle ne fut pas amendée lorsque le génocide fut de nouveau codifié en 2003 dans le cadre du Statut de Rome. Au lieu de cela, les auteurs se sont plutôt, à nouveau basés sur les *travaux préparatoires* de la Convention sur le Génocide comme source principale. Comme les auteurs du statut du TPIY et du TPIR, le comité pour la rédaction du Statut de Rome ont inclus la définition adoptée dans la Convention de 194 sans modifications.

b. Comment sont protégés les "groupes" définis dans le cadre de la persécution ?

La persécution est définie comme "le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet."¹¹ Le statut de Rome interdit la persécution de tout groupe ou collectivité identifiable pour des motifs politiques, raciaux, nationaux, ethniques, culturels, religieux, de genre tels que définis par le Statut, ou d'autres raisons qui sont universellement reconnues comme inadmissible en vertu du droit international.

Afin de déterminer qui appartient à un groupe, on se réfère à la perception que l'auteur a de la victime. Il importe peu que les victimes soient "objectivement" membres du groupe. Ce qui importe, c'est que les auteurs les aient ciblées dans l'intention de les discriminer (selon un motif contre lequel une protection existe). Par exemple, supposons qu'un auteur agresse deux victimes parce qu'elles ne portent pas des habits que l'auteur considère comme appropriés pour les femmes. Dans ce cas, les victimes sont ciblées avec l'intention de discriminer sur la base du genre (parce que l'auteur du crime perçoit les victimes comme étant en dehors d'un code vestimentaire genré discriminatoire). Il importe peu que les victimes s'identifient en tant que femmes, et il n'est pas nécessaire d'appliquer des critères objectifs afin de déterminer leur appartenance au groupe visé.¹² La politique générale relatif au crime de persécution liée au genre

de la CPI a souligné cela, notant que “si une personne est prise pour cible parce qu'elle est perçue comme un homosexuel ou une lesbienne, il est indifférent que cette personne ne se définisse pas personnellement comme homosexuelle.”¹³

¹⁰ Prosecutor v Jelisić, Case No IT-95–10-T (14 December 1999), para. 70.

¹¹ Rome Statute Art. 7(2)(g)

¹² ICC Policy on the Crime of Persecution, para. 44 (2022). “If a perpetrator targets a person he perceives as a gay man, and the person also personally identifies as gay, this may provide evidence of the perpetrator’s targeting of gay men. However, such an overlap is not required.” *Id.* at n. 57.

Cela signifie qu'en ce qui a trait à la persécution, une interprétation inclusive et large des "groupes visés" est maintenue, et ancre cette interprétation dans la perception de l'auteur.

Contrairement à la conception de ce qui constitue des groupes dans le cadre du génocide, l'interprétation qui est faite des groupes dans le cadre de la persécution ne provoque pas de questionnements sur la nécessité d'avoir des critères objectifs et lesquels seraient nécessaires afin d'identifier les membres d'un groupe. Il est important de noter que les critères nécessaires afin d'identifier les groupes ciblés dans le cadre de la persécution sont subjectifs, c'est-à-dire qu'ils sont définis selon le point de vue de l'auteur. Il suffit que l'auteur perçoive la victime comme faisant partie du groupe ciblé, ou comme un sympathisant ou affilié au groupe ciblé. Dans le cadre de la persécution, les groupes sont larges et inclusifs, et à cause du langage "sur la base" d'un "motif" bénéficiant d'une protection, la caractérisation d'un groupe ne nécessite pas qu'un membre d'un groupe réponde à des critères "objectifs".

c. Comment sont définis les groupes protégés dans le cadre de l'apartheid ?

Dans le cadre du Statut de Rome, le Crime d'Apartheid est défini comme "des actes inhumains... commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime."¹⁴ Les procureurs doivent prouver le "groupe racial" et l'appartenance au groupe afin de démontrer l'apartheid. Puisque l'apartheid racial n'a pas encore fait l'objet d'un procès, il n'existe pas de jurisprudence formelle de disponible afin d'interpréter la manière dont les "groupes" sont juridiquement définis dans le cadre du crime d'apartheid. Il existe, par contre, des *travaux préparatoires* et des mécanismes d'imputabilité qui ont soit débattu soit appliqué une interprétation de l'apartheid racial. Dans les deux cas, les "groupes raciaux" ont été perçus tels que définis par le génocide—pas la persécution.

En appliquant une définition subjective telle qu'elle est appliquée dans le cadre de la persécution, au crime d'apartheid refléterait le fait que la race est une construction sociale. Le risque est que les procureurs et les tribunaux appliqueraient plutôt la définition de "groupes raciaux" retrouvée dans le cadre du génocide, ce qui nécessiterait au moins quelques caractéristiques "objectives" afin de définir l'appartenance au groupe. Les rédacteurs du Statut de Rome se sont appuyés sur la Convention sur l'Apartheid afin de définir le crime contre l'humanité que constitue l'apartheid. Les rédacteurs de la Convention sur l'Apartheid se sont appuyés sur la Convention sur le Génocide pour certains éléments et langages. Les *travaux préparatoires* pour la Convention sur l'Apartheid démontrent ce lien, ce qui signifie que le terme "groupes raciaux" court le risque d'être interprété tel qu'il l'est dans le cadre de la Convention sur le Génocide.

Une conception subjective et large des "groupes raciaux", telle que celle issue de la définition de la "discrimination raciale" dans le cadre de la Convention Internationale sur l'Élimination de toutes les formes de Discrimination Raciale (CIEDR)¹⁵, pourrait mieux garantir la justice pour les victimes d'apartheid. Cependant, le Principe de l'interprétation stricte (exigeant que le langage d'une loi soit interprété dans les limites raisonnables de ses termes ainsi que l'esprit et la portée du traité), et le Principe de responsabilité du droit pénal international pèsent contre l'utilisation d'une interprétation issue des droits de l'homme. Bien que le droit international des droits de l'homme, y compris la Convention Internationale sur l'Élimination de toutes les formes de

¹³ *Id.* at para. 44.

¹⁴ Rome Statute Art. 7(2)(h) (2003). This definition is also found in the draft CAH treaty (as of April 2023).

¹⁵ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD) 1965). ICERD does not define race, but instead defines “racial discrimination” as “any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin,” thus placing “race” alongside other categories that may be subject to racial discrimination.

Discriminations Raciales CIEDR, puisse constituer une aide à l'interprétation du droit pénal international, il ne peut y être transposé. Cependant, si l'on rédige le langage de l'apartheid de manière à s'assurer que comme dans le cas de la persécution, il possède une définition explicitement subjective des "groupes", une conception large des "groupes raciaux" (et des "groupes de genre" dans le cas de l'apartheid) s'appliquerait dans le cadre du crime d'apartheid.

La Mission Internationale Indépendante d'Établissement des Faits sur le Myanmar (IFFMM) fournit un examen détaillé des crimes de génocide, d'apartheid et de persécution. Dans le cadre du crime de persécution, le IFFMM applique des "critères subjectifs" afin d'identifier les groupes ciblés en s'appuyant sur des facteurs tels que les attitudes ou les comportements des auteurs. En ce qui a trait à la portée et à l'application du terme "groupes raciaux" dans le cadre de l'apartheid, la IFFMM choisit de ne pas se référer à la notion des "groupes" ciblés adoptée dans le cadre de la persécution. Elle se réfère plutôt à la notion de "groupes" raciaux telle qu'elle l'applique dans le cadre de son examen du génocide, qui requiert des facteurs à la fois objectifs et subjectifs.

Le Rapporteur Spécial des Nations Unies sur la Palestine a cherché à surmonter ces contraintes sur la signification des "groupes raciaux" afin d'appliquer le crime d'apartheid aux actions d'Israël à l'encontre des Palestiniens. Le rapporteur souligne les progrès réalisés dans la notion de la race en tant que construction sociale, ainsi que la CIEDR, afin de plaider que le "groupe racial" au sens de la Convention sur l'apartheid et du Statut de Rome devrait être compris comme une construction sociale. La CIEDR ne définit pas la race (ou l'apartheid) mais définit la "discrimination raciale" comme "toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique", plaçant ainsi la "race" aux côtés d'autres catégories susceptibles de faire l'objet d'une discrimination raciale. Bien que le mandat du Rapporteur Spécial n'inclue pas l'imputabilité en matière de droit pénal international, cette analyse peut être utile pour soutenir que les "groupes raciaux" devraient être considérés comme une construction sociale.

Cela montre la nécessité d'avoir un langage juridique adéquat qui rendrait claire la notion de "race" en tant que construction sociale dans le cadre du crime d'apartheid. Cela souligne également les entraves à la justice que peut poser la création du terme juridique "groupes de genre" dans le cadre de l'apartheid si l'on n'y inclut pas un langage explicite qui fait valoir que la notion de "groupes de genre" est issue d'une construction sociale.

5. Que se passerait-il si l'approche objective-subjective dans la définition de "groupes de genre" était appliquée aux victimes LGBTQI+ ?

Dans le cadre de l'approche objective-subjective, les "groupes de genre" risquent d'être définis en n'incluant que deux catégories : les femmes et les hommes (ou les hommes et les femmes). Les "critères objectifs" pour les femmes, tels que les caractéristiques physiques ou biologiques, conduiraient probablement à l'exclusion des femmes transgenres. De la même façon, les "critères objectifs" pour les hommes peuvent également conduire à l'exclusion ou à la catégorisation

dégradante des personnes transgenres d'une manière qui nie leur véritable identité. Des enjeux similaires surviennent également dans l'application de critères "objectifs" pour définir d'autres groupes LGBTQI+ (ou les personnes LGBTQI+ en tant que groupe à part entière).

L'approche "objectivée-subjective" (un sous-ensemble de l'approche "objective-subjective") conduirait également à l'exclusion des personnes LGBTQI+. L'approche objective-subjective prend en considération le point de vue de la victime et réalise que les croyances subjectives peuvent, avec le temps, devenir "objectivées". C'est-à-dire que tant les auteurs que les victimes finissent par croire que les distinctions entre les groupes ont toujours existé. Cette approche est également problématique pour les personnes LGBTQI+ qui ne voudraient pas être (ou ne se sent

ent pas en sécurité) publiquement identifiées comme appartenant à ces groupes. Les familles pourraient également ne pas vouloir que leurs proches décédés soient identifiés comme des personnes LGBTQI+ pour diverses raisons. En tout cas, un nombre restreint de mécanismes d'imputabilité examinant l'enjeu du génocide ou de l'apartheid ont appliqué l'approche "objectivée-subjective", et cette dernière n'est pas représentative de la tendance lorsque les tribunaux ont utilisé les évaluations "objectives-subjectives".

Ce qui a de plus problématique, le moindre critère "objectif" renforcerait les notions dépassées du "genre" comme étant "binaire" et "biologique" et alimenterait les tropes fondamentalistes concernant le genre qui nourrissent les attaques contre la communauté LGBTQI+. Les partisans de ces tropes regroupent les caractéristiques sexuelles et les constructions sociales, qualifiant de manière sélective certaines d'entre elles de caractéristiques objectives et traitant ceux qui établissent la différence "d'idéologues du genre." Les fondamentalistes soutiennent que des "critères objectifs" définissent le terme "genre" et affirment qu'il n'existe que deux catégories de genre, le "mâle" et la "femelle". Ils soutiennent en outre que les critères objectifs attribués aux hommes et aux femmes sont également déterminés biologiquement, associant ainsi les constructions sociales aux traits physiques. Par exemple, certains fondamentalistes croient que les hommes sont plus capables de prendre des décisions que les femmes et que cela est déterminé par la biologie. Cet argument, fondé sur la croyance que des caractéristiques physiques singulières et des constructions sociales définissent "objectivement" les "groupes de genre", caractérise mal le "sexe" et le "genre" tout en les associant. Les organisations fondamentalistes continuent de plaider contre la conception subjective du "genre". Certaines d'entre elles réclament activement le rétablissement de la définition obsolète du genre qui avait été retirée du projet de traité sur la CAH.

Bien que scientifiquement et juridiquement faux, ce genre de caractérisations erronées pourraient recevoir un appui injustifié dans un débat sur les "groupes de genre" sous l'apartheid. Il serait donc préférable pour la justice, de reconnaître dès le début de l'élaboration de la définition juridique de l'apartheid de genre que les actes inhumains commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression et de domination systématiques le sont sur *la base du genre*. Cela garantirait l'application d'un langage large et inclusif en ce concerne les groupes ciblés reconnus comme victimes de persécution fondée sur le genre, et refléterait la notion du "genre" tel qu'abordé dans le cadre du droit international coutumier.

6. En cas d'application de l'approche objective-subjective, les victimes LGBTQI+ pourraient-elles être reconnues si elles sont victimes d'actes inhumains équivalant à un apartheid des genres ?

Toute personne soumise à des "actes inhumains" constituant un apartheid fondé sur le sexe peut être reconnue comme victime, indépendamment de la manière dont le groupe de genre est défini (tant que tous les éléments sont réunis). Toutefois, ces victimes ne sont pas nécessairement considérées comme faisant partie du "groupe" de genre. Le fait d'inclure les personnes LGBTQI+ en tant que victime d'actes inhumains, tout en les excluant en tant que membres du groupe ciblé (victimes ciblées par la discrimination fondée sur le genre) est très problématique.

L'un des principaux avantages de la reconnaissance de l'apartheid fondé sur le genre est qu'elle permettra de mettre en évidence les systèmes d'oppression et de domination fondés sur le genre et d'obliger leurs auteurs à rendre compte de leurs actes. La réduction des "groupes de genre" dans le cadre de l'apartheid aux "hommes" et aux "femmes" renforcerait les conceptions biologiques binaires et discréditées du "genre" que les extrémistes utilisent pour renforcer l'oppression de genre. Le fait de ne pas criminaliser les systèmes qui oppriment toutes les femmes, les filles et les personnes LGBTQI+ renforce la marginalisation déjà bien ancrée d'un grand nombre de ces victimes. Cela risquerait de renforcer l'idée que seules certaines femmes et filles - et pas toutes - font l'objet d'une discrimination fondée sur le genre et que les autres personnes LGBTQI+ devraient être totalement exclues. Cela pourrait conduire à un recul des acquis obtenus au prix de durs combats dans le mouvement pour la justice de genre. Par exemple, dans le cadre de leur régime d'oppression et de domination systématiques des femmes, les talibans ont commis des viols, des tortures, des meurtres et d'autres actes inhumains à l'encontre de femmes, de jeunes filles et/ou incluant des personnes LGBTQI+ en raison de leur genre, y compris de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre et/ou de leur expression de genre. Le rapporteur spécial des Nations unies sur la situation des droits de l'homme en Afghanistan l'a noté, déclarant que "Les lesbiennes, les gays, les bisexuels, les transgenres et les autres personnes de genre variant et intersexes en Afghanistan continuent d'être persécutés parce qu'ils ne se conforment pas aux stéréotypes de genre et ils ne disposent pas d'espaces sûrs"¹⁶ et "elles vivent dans la peur que l'on découvre leur identité queer, car les conséquences peuvent être extrêmement violentes et aller jusqu'au meurtre"¹⁷

7. Comment pouvons-nous garantir une définition juridique qui inclue toutes les femmes, filles et/ou personnes LGBTQI+ ?

Tout projet de définition de l'apartheid de genre devrait se faire dans le cadre d'un atelier impliquant un large éventail global de groupes de femmes, de filles et de personnes LGBTQI+. Il est très bénéfique que les groupes de la société civile puissent influencer les politiques susceptibles d'avoir un impact sur eux. Ils possèdent l'expertise nécessaire découlant de leur expérience avec la réalité des conflits ou des atrocités. Ils peuvent offrir des solutions afin de surmonter les défis pratiques et académiques nécessaires pour assurer la justice. Par exemple, lorsque le Bureau du Procureur de la CPI a annoncé qu'il allait rédiger une politique sur le crime de persécution, dans une approche nouvelle, le Procureur a lancé un appel à commentaires avant le début du processus de rédaction. Au lieu de se contenter d'ouvrir un avant-projet technique pour commentaires, le Bureau du Procureur a demandé la contribution de la société civile sur ce qui devrait être inclus dans la politique. Instead of only opening a technical draft for comments, the OTP asked for civil society input on what should be included in the policy. Plus de 500 organisations, institutions, États, experts des Nations unies, experts indépendants, activistes, chercheurs et universitaires, représentant plus de 100 pays et territoires, ont soumis leurs contributions, aidant ainsi à garantir une politique plus forte et plus inclusive.

Malheureusement, il est plus courant que les rédacteurs de textes juridiques internationaux majeurs, tels que le traité proposé sur le CCH, publient des documents préliminaires avant de solliciter l'avis de la société civile. Une fois les versions préliminaires produites, les experts ont souvent défendu leur formulation et le produit final comprend peu de changements issus des versions préliminaires. À ce stade, le projet de traité sur le CCH ne contient aucune définition de

l'apartheid des genres .Si et quand l'apartheid de genre sera ajouté au traité, la société civile perdra la possibilité de le travailler. C'est pourquoi les mouvements de la société civile doivent travailler ensemble dès maintenant, pendant que les négociations sont en cours, non seulement pour rallier le soutien en faveur de la codification de l'apartheid de genre, mais aussi pour discuter de ses dispositions et garantir son caractère inclusif par le biais d'une définition forte au sein du projet de traité.

¹⁶ Richard Bennett, Situation of human rights in Afghanistan, [A/78/338](#) (Sept. 1, 2023), para. 55.

¹⁷ Richard Bennett, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in Afghanistan and the Working Group on discrimination against women and girls, UN Doc. [A/HRC/53/21](#) (June 20, 2023), para. 91.

En réunissant les principales parties prenantes pour discuter de simples modifications de la définition de l'apartheid de genre, il est possible de s'assurer que toutes les victimes soient incluses. Par exemple, la définition de l'apartheid de genre pourrait se lire comme suit : "... des actes inhumains... commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression et de domination systématiques d'un **groupe** sur tout autre **groupe** ou **groupes sur la base du genre...**". Cette formulation refléterait le langage statutaire historique qui définit largement notion juridique des "groupes" dans le cadre du droit pénal international.

Une autre option serait de modifier la définition de l'apartheid de genre comme suit : "...des actes inhumains ... commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression et de domination systématiques sur **la base du genre...**". Cette définition évite de devoir définir les "groupes" dans la définition du document de travail. Ces définitions préliminaires de travail sont deux exemples qui illustrent les changements de langage possibles pour assurer une meilleure adhésion à la reconnaissance par le droit international coutumier du genre en tant que construction sociale et devraient être discutées avec les principales parties prenantes.¹⁸

Par ailleurs, la reconnaissance des femmes, des filles et des personnes LGBTQI+ victimes de l'apartheid de genre nécessite un examen des autres formes de discrimination dans les régimes d'oppression et de domination systématique. Elle doit tenir compte des formes de discrimination de genre qui s'additionnent ainsi que des formes de discrimination qui se croisent, basée par exemple sur la race, l'ethnicité, la religion, l'âge, le handicap et l'état de santé. Les rédacteurs du traité sur le CCH devraient donc consulter un large éventail de groupes de la société civile lorsqu'ils se penchent sur le langage de l'apartheid, tels que les groupes de femmes, de filles et de LGBTQI+, ainsi que les organisations de défense des droits des personnes handicapées, des autochtones, des jeunes, des castes, des organisations pour les droits des minorités raciales et ethniques, et les organisations œuvrant pour mettre fin aux violences sexuelles liées aux conflits.

8. Le fait de réclamer la reconnaissance d'autres formes d'apartheid ne risque-t-il pas de freiner l'élan en faveur de la reconnaissance de l'apartheid fondé sur le sexe ?

Non, cela aurait l'effet inverse. Il renforcerait le mouvement en faveur de la reconnaissance de l'apartheid de genre. L'appel à la codification de l'apartheid de genre et des autres formes d'apartheid contribuera non seulement à la reconnaissance de toutes les femmes, filles et personnes LGBTQI+ victimes de l'apartheid, mais aussi à l'obtention d'un soutien plus large et plus diversifié en faveur de la reconnaissance juridique de l'apartheid de genre en tant que crime contre l'humanité.

À la fin de l'année 2017, lorsque le projet de traité sur les CCH en était à ses dernières étapes au sein de la Commission du droit international (la Commission) (avant qu'il ne soit transmis à la 6e Commission de l'Assemblée générale des Nations unies), il contenait une définition obsolète du genre et ne bénéficiait pas de l'apport de la société civile. Les militants ont réagi en distribuant une boîte à outils en plusieurs langues afin de promouvoir la contribution de la société civile, non seulement sur la définition du genre, mais aussi sur d'autres dispositions clés du projet de traité sur le CCH.¹⁹ Ils ont opté pour une approche intersectionnelle du travail pour la justice de genre en impliquant un ensemble diversifié d'acteurs de la société civile qui serait impactée par le

traité. Cela impliquait de s'adresser à un large éventail d'acteurs des droits des femmes, des filles et des personnes LGBTQI+, ainsi qu'à d'autres organisations, incluant les organisations de défense des droits raciaux, ethniques, autochtones, des jeunes, des réfugiés, des organisations des droits des migrants et des personnes handicapées.

Les activistes ont demandé à la Commission non seulement de réviser ou de supprimer la définition obsolète du genre du projet, mais aussi d'élargir les motifs se rapportant à la persécution afin d'y inclure d'autres motifs qui sont reconnus comme protégés contre la discrimination en vertu du droit international. Les militants ont organisé des ateliers et des réunions d'information avec des activistes LGBTQI+ et des activistes des droits des femmes du monde entier afin de déterminer si et comment réclamer une révision ou une suppression de la définition obsolète du genre. Un ensemble diversifié de militants internationaux et communautaires, d'universitaires et d'autres experts ont soumis des commentaires proposant des changements pour d'autres dispositions obsolètes du traité, en plus de demander la révision ou la suppression de la définition du genre. Qui plus est, les États ont fait des dizaines d'interventions en faveur de la révision ou de la suppression de la définition dépassée. Des dizaines de rapporteurs spéciaux et d'experts des Nations Unies ont signé un document demandant à la Commission de supprimer la définition obsolète du genre et ont soumis un second document demandant l'élargissement de la liste des motifs de protection contre la persécution pour y inclure le handicap, la santé, le statut d'autochtone et de réfugié, entre autres.²⁰ Considérant que les rédacteurs du traité sur le CCH auraient dû élargir les motifs de persécution, la suppression de la définition du genre leur est apparue plus réalisable à la lumière de ces autres requêtes.

¹⁸ Les auteurs ne proposent pas de définition particulière. Ils soutiennent plutôt que toute définition devrait garantir l'inclusion et offrent des exemples illustrant la manière dont cela peut être réalisé.

¹⁹ HRGJ, MADRE, OutRight Action Int'l, et al., "[The International Crimes Against Humanity Treaty](#)" (2018).

De la même manière, les rédacteurs du traité sur la CCH devraient également élargir les groupes protégés de l'apartheid, afin d'inclure, au minimum, ceux qui sont protégés dans le cadre de la persécution. Si les militants font pression à ce sujet, les "groupes de genre" ne seront plus les seuls à réclamer un changement. Ils bénéficieront de la protection et de l'égalité de statut au même titre que d'autres groupes reconnus et protégés par le droit pénal international. Ces appels à l'inclusion mettraient également en coalition un ensemble plus large d'acteurs issus de situations de conflit, qui réclament également une reconnaissance dans le cadre de l'apartheid. Ultimement, bien que les catégories d'apartheid devraient être élargies, le compromis pourrait se limiter à l'inclusion de l'apartheid de genre avec la notion de "groupes" comme constructions sociales (obtenue par de simples changements de définition). Cela pourrait également élargir la notion d'apartheid racial, permettant ainsi à ses victimes de bénéficier d'une reconnaissance attendue depuis bien longtemps..

La proposition d'un champ de protection plus large de cette manière a contribué à créer une dynamique encore plus large concernant les soumissions aux rédacteurs du traité pour la suppression de la définition obsolète du genre. Un large soutien a permis à la lutte pour la définition du genre de franchir la ligne d'arrivée, ce qui a conduit la CDI à supprimer la définition problématique de la version qu'elle avait soumise à la 6e commission.

9. Pourquoi est-il important d'accorder une reconnaissance juridique (avec une définition inclusive) au crime d'apartheid de genre ?

Comme pour d'autres victoires obtenues au prix d'une lutte acharnée, la reconnaissance d'une conception inclusive de l'apartheid de genre dans le projet de traité sur les CCH aiderait à démontrer au monde que le fait de cibler toutes les femmes, les filles et/ou les personnes LGBTQI+ en raison de leur genre est un crime contre l'humanité. Elle favoriserait une approche centrée sur les survivants (également connue sous le nom d'approche centrée sur les victimes) qui reconnaît un large éventail de survivants et leurs droits à participer aux mécanismes de paix et de justice transitionnelle. Elle contribuerait à l'instauration d'une paix durable en rompant avec la normalisation de la discrimination et de la violence de genre institutionnalisées dans le droit et les pratiques existantes. S'il était codifié en tant que crime contre l'humanité, l'apartheid de genre pourrait être poursuivi indépendamment ou conjointement aux autres crimes (tels que la persécution de genre), aidant ainsi à mieux relater ce qui arrive aux victimes lors de conflits et autres atrocités.

Par conséquent, nous exhortons les rédacteurs des traités sur les crimes contre l'humanité et les principales parties prenantes à soutenir l'adoption d'une définition inclusive de l'apartheid de genre qui garantit une meilleure adéquation au droit international coutumier et intègre toutes les victimes de l'apartheid. Nous avons tous des droits qui doivent être protégés, et nous pouvons tous, en travaillant ensemble, faire une différence.

²⁰ UN OHCHR, Re: Comments Regarding Persecutory Grounds in the Draft Crimes Against Humanity Convention (Nov. 30, 2018).