



SORBONNE DOCTORAL LAW REVIEW

REVUE DOCTORALE DE DROIT DE LA SORBONNE

2024

Volume 6, n°2

Sorbonne Doctoral Law Review – Revue doctorale de droit de la Sorbonne
12 Place du Panthéon, 75005 Paris, France
Sorbonnedoctorallawreview.org
sslr@univ-paris1.fr

Licence Creative Commons 4.0 attribution
Sorbonne doctoral Law Review and various contributors – Revue doctorale de droit de la Sorbonne
et les différents contributeurs - 2024

Publié en ligne le 12 juin 2024.
Published online on June 12th, 2024

Editor-in Chief - Rédactrice en chef
Marina Lovichi

Editors - Éditeurs

Alex Alexis
Amani Ayadi
Guillaume Langle
Marco Santoro
Guillaume Tourres
Victor-Ulysse Sultra

Reading Committee - Comité de lecture

Thomas Austin Brown
Vincent Bassani
Quentin Berthe
Anne-Charlotte
Cervello
Elea Collin
Rosanne Craveia
Clara Grudler
Fatima El Nemer
Roxane Lecomte
Alexandre Lefebvre

Louise Maillet
Martial Manet
Mon-espoir MFINI
Yacine Mousli
Alexia Pascali
Racha Radja
Manon Rosenthal
Catherine Samaha
Sakda SAU
Benjamin Saunier
Sarah Slim
Rocio Trujillo Sosa

Layout - Mise en page
Marina Lovichi

Advisory Board - Comité scientifique

| | |
|-------------------------------|-------------------------|
| Jean-françois Akandji-Kombe | Hervé Le Nabasque |
| Hervé Ascensio | Pierre Legrand |
| Mathias Audit | Anne-Mari Leroyer |
| Ludovic Ayrault | Anne Levage |
| Tristan Azzi | Rémy Libchaber |
| Jean-Christophe Barbato | Grégoire Loiseau |
| Ségolène Barbou des Place | Pascal Lokiec |
| Pascal Beauvais | Claire Lovisi |
| Martine Behar-Touchais | François-Xavier Lucas |
| Sylvain Bollée | Phillippe Maddalon |
| Pierre Bonin | Aram Mardirossian |
| Pierre Brunet | Jean Matringe |
| Laurence Burgogue-Larsen | Michel Menjucq |
| Loic Cadiet | Anne-Catherine Muller |
| David Capitant | Christine Neau Leduc |
| Paul Cassia | Sophie Nicinski |
| Géraldine Chavrier | Paolo Palchetti |
| David Chilstein | Etienne Pataut |
| Thomas Clay | Fabienne Peraldi-Leneuf |
| Marie-Anne Cohendet | Xavier Philippe |
| Matthieu Conan | Alain Pietrancosta |
| Pascal De vareilles-Sommières | Isabel Pingel |
| Philippe Delebecque | Frédéric Pollaud-Dulian |
| Mathieu Disant | Didier Poracchia |
| Bruno Dondero | Catherine Prieto |
| Emmanuel Dreyer | Jean-Emmanuel Ray |
| Laurence Dubin | Olivier Renaudie |
| Philippe Dupichot | Thierry Revet |
| Xavier Dupré de Boulois | Raphaële Rivier |
| Alexandre Fabre | Sophie Robin-Olivier |
| Muriel Fabre-Magnan | Judith Rochfeld |
| Bertrand Fages | Diane Roman |
| Norbert Foulquier | Anne-Claire Rouaud |
| Pascale Gonod | Anne Rousselet-Pimont |
| Marie Gren | Jean-Marc Sorel |
| Daniel Guttman | Philippe Stoffel-Munck |
| Hélène Hoepffner | Fanny Tarlet |
| Emmanuel Jeuland | François-Guy Trébulle |
| Yann Kerbat | Edouard Treppoz |
| Jonas Knetsch | Agnès Troizier |
| Xavion Lagarde | Liêm Tuttle |
| Evelyne Lagrange | Christophe Vernières |
| Yves-Marie Laithier | Nicolas Warembourg |
| | Célia Zolynski |

TABLE OF CONTENT - SOMMAIRE

ÉDITORIAL : REGARDS CROISÉS SUR LE DROIT INTERNATIONAL ET LES DROITS DE L'HOMME : UNE REVUE JURIDIQUE ENGAGÉE

EDITORIAL : CROSSROADS OF INTERNATIONAL LAW AND HUMAN RIGHTS: A COMMITTED LEGAL REVIEW

Marina Lovichi

Articles

L'ÉLOIGNEMENT ENTRE LA PHASE DES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES ET CELLE DU FOND : LES DEUX JUGEMENTS DE LA CIJ DANS L'AFFAIRE *CERTAINS ACTIFS IRANIENS* DE 2019 ET 2023

Giulio Cortesi (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)

LE DROIT DES FEMMES ET LES SYSTÈMES RÉGIONAUX DE PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS DE L'HOMME

Farah El Barnachawy (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)

L'ÉLOIGNEMENT DES CITOYENS DES CONSIDÉRATIONS ÉLECTORALES ET POLITIQUES : QUELS ASPECTS ?

Mohamed Khadi (Université de Lausanne, Suisse)

LES « CRIMES D'HONNEUR » DEVANT LE COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES

Chloé Kreuder (Université Aix-Marseille, France)

THE FIGHT AGAINST IMPUNITY UNDER THE DRAFT ARTICLES ON PREVENTION AND PUNISHMENT OF CRIMES AGAINST HUMANITY: A COMPARATIVE COMMENTARY

Elie Tassel (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)

ÉDITORIAL : REGARDS CROISÉS SUR LE DROIT INTERNATIONAL ET LES DROITS DE L'HOMME : UNE REVUE JURIDIQUE ENGAGÉE

Chers lecteurs,

Dans un monde en constante évolution, il est crucial pour les juristes et les chercheurs de rester à jour sur le droit international et les derniers développements en matière de droits de l'homme. C'est pourquoi notre revue doctorale de droit consacre son nouveau numéro à l'analyse de l'actualité juridique internationale et à la protection des droits fondamentaux de tous les individus. Les avancées technologiques, les conflits armés, les mouvements migratoires et les crises humanitaires posent de nouveaux défis aux acteurs du droit international. Il est donc essentiel de rester informés sur les développements récents et d'analyser leur impact sur les droits de l'homme.

La lutte contre l'impunité est un enjeu majeur dans la prévention et la répression des crimes contre l'humanité. Ces crimes, parmi les plus graves au regard du droit international, portent atteinte à la dignité humaine et doivent être combattus avec fermeté pour garantir la justice et la réparation des victimes. Dans ce contexte, le projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité revêt une importance capitale pour renforcer la lutte contre l'impunité et promouvoir la responsabilité des auteurs de ces crimes odieux. (*E. Tassel : the fight against impunity under the draft articles on prevention and punishment of crimes against humanity: a comparative commentary*) Il est essentiel que les États membres s'engagent à renforcer leur coopération internationale pour lutter contre l'impunité. La justice ne peut être rendue que si les auteurs de crimes sont tenus pour responsables de leurs actes, quel que soit leur statut ou leur position. La lutte contre l'impunité est un impératif moral et juridique qui nécessite une action collective et déterminée de la part de la communauté internationale.

Plus spécifiquement, le droit des femmes est un enjeu crucial dans la lutte pour l'égalité des genres et la protection des droits de l'homme. Malheureusement, dans de nombreuses régions du monde, les femmes continuent de faire face à de nombreuses formes de discrimination, de violence et d'oppression. C'est pourquoi il est essentiel que les systèmes régionaux de protection internationale des droits de l'homme jouent un rôle dans la promotion et la défense des droits des femmes. (*F. El barnachawy : le droit des femmes et les systèmes régionaux de protection internationale des droits de l'homme*) Il est impératif que les États membres de ces systèmes renforcent leur engagement en

faveur de l'égalité des genres et de la protection des femmes, en mettant en place des mesures concrètes pour prévenir et punir ces violations des droits de l'homme. En travaillant ensemble pour promouvoir une culture de respect des droits de l'homme et de l'égalité des genres, les États membres des systèmes régionaux de protection internationale des droits de l'homme peuvent contribuer à créer un monde plus juste et équitable.

Les crimes d'honneur, qui sont des crimes commis au nom de la préservation de l'honneur familial, sont une forme particulièrement odieuse de violence contre les femmes. Ces crimes, qui incluent des meurtres, des violences physiques et psychologiques, des mariages forcés et des mutilations génitales, sont souvent perpétrés en toute impunité dans de nombreuses sociétés patriarcales. (*C. kreuder : les « crimes d'honneur » devant le comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*) Les femmes ont le droit fondamental de vivre sans craindre pour leur sécurité, leur dignité et leur intégrité. Les crimes d'honneur sont des atteintes graves à ces droits et ne doivent pas être tolérés en aucune circonstance. Il est temps d'agir de manière décisive pour mettre fin à toute forme de violence et de discrimination à l'égard des femmes. La protection des droits des femmes est une priorité absolue qui nécessite une action collective et déterminée de la part de la communauté internationale.

Notre conférence annuelle sur l'éloignement en mars dernier a été l'occasion de soulever des questions complexes et délicates en matière de droit international avec l'affaire des actifs iraniens devant la Cour internationale de Justice (CIJ). (*G. cortesi : l'éloignement entre la phase des exceptions préliminaires et celle du fond : les deux jugements de la cij dans l'affaire certains actifs iraniens de 2019 et 2023*) L'un des aspects les plus remarquables de cette affaire est l'éloignement temporel entre la phase des exceptions préliminaires et celle du fond, qui a suscité des débats et des réflexions au sein de la communauté juridique internationale. Cette longue période d'attente entre la phase des exceptions préliminaires et celle du fond soulève des questions sur l'efficacité et la célérité de la justice internationale. Certains observateurs critiquent ce délai prolongé, arguant qu'il peut compromettre l'accès à une justice rapide et équitable pour les parties en litige. D'autres estiment que ce temps est nécessaire pour permettre un examen approfondi et rigoureux des arguments présentés par les parties. Quelle que soit l'opinion sur cette question, il est indéniable que l'éloignement temporel entre la phase des exceptions préliminaires et celle du fond de l'affaire des actifs iraniens soulève des enjeux importants en matière de procédure devant la CIJ. Il souligne

également la complexité des litiges internationaux et la nécessité pour les États de faire preuve de patience et de persévérance dans la défense de leurs intérêts.

Cette conférence a également mis en exergue un sujet plus que d'actualité dans de nombreux pays à travers le monde sur l'éloignement des citoyens des considérations électorales et politiques. (*M. Khadi : l'éloignement des citoyens des considérations électorales et politiques : quels aspects ?*)

Dans un contexte où la polarisation politique et les jeux de pouvoir prennent souvent le dessus sur les véritables enjeux sociaux et économiques, il est essentiel de rappeler l'importance de placer les intérêts des citoyens au centre des décisions politiques. Trop souvent, les campagnes électorales se concentrent sur des promesses populistes et des discours simplistes, au détriment d'un débat véritablement constructif sur les politiques publiques et les enjeux sociaux. Les citoyens se retrouvent alors éloignés des véritables enjeux, et sont parfois manipulés par des discours démagogiques qui ne reflètent pas la réalité de leurs préoccupations quotidiennes. Il est essentiel que les responsables politiques et les partis politiques se recentrent sur les besoins et les aspirations des citoyens, en écoutant leurs préoccupations et en proposant des solutions concrètes et réalistes. Les politiques publiques doivent être élaborées en fonction des besoins de la population et des impératifs du bien commun, plutôt que de servir des intérêts partisans ou corporatistes. En encourageant un dialogue ouvert et inclusif entre les citoyens et leurs représentants politiques, il est possible de réduire l'éloignement et le désengagement des électeurs vis-à-vis du processus politique. L'information transparente, l'éducation civique et la participation citoyenne sont des outils essentiels pour renforcer la démocratie et garantir que les décisions politiques reflètent véritablement la volonté du peuple.

En tant que revue doctorale de droit, nous sommes convaincus que la recherche et l'analyse juridique peuvent contribuer de manière significative à la promotion et à la protection des droits de l'homme dans le monde entier. Nous espérons que nos lecteurs trouveront dans nos pages des informations précieuses et des idées inspirantes pour leur propre travail dans ce domaine crucial du droit international.

Je tiens à remercier l'ensemble des membres de la revue et des contributeurs qui ont participé à la publication de ce numéro.

La revue revient dès la rentrée universitaire avec un nouveau numéro consacré aux nouvelles formes d'entités juridiques dans le cadre du droit de l'Union Européenne, une Newsletter trimestrielle, la mise en place d'un Podcast et de nouvelles conférences.

En attendant, la RDDS vous souhaite à tous de bonnes vacances.

EDITORIAL : CROSSROADS OF INTERNATIONAL LAW AND HUMAN RIGHTS: A COMMITTED LEGAL REVIEW

Dear Readers,

In an ever-changing world, it is crucial for lawyers and researchers to keep abreast of international law and the latest developments in human rights. That's why our doctoral law review devotes its new issue to analyzing current international legal developments and protecting the fundamental rights of all individuals. Technological advances, armed conflicts, migratory movements and humanitarian crises pose new challenges for those involved in international law. It is therefore essential to keep abreast of recent developments and analyze their impact on human rights.

Combating impunity is a major challenge in preventing and punishing crimes against humanity. These crimes, among the most serious under international law, are an affront to human dignity and must be firmly combated to ensure justice and reparation for the victims. In this context, the draft articles on the prevention and punishment of crimes against humanity are of the utmost importance in strengthening the fight against impunity and promoting accountability for the perpetrators of these heinous crimes. (*E. Tassel: the fight against impunity under the draft articles on prevention and punishment of crimes against humanity: a comparative commentary*) It is essential that member states commit to strengthening their international cooperation to combat impunity. Justice can only be served if the perpetrators of crimes against humanity are held accountable for their actions, whatever their status or position. The fight against impunity is a moral and legal imperative which requires collective and determined action on the part of the international community. More specifically, women's rights are a crucial issue in the fight for gender equality and the protection of human rights. Unfortunately, in many parts of the world, women continue to face many forms of discrimination, violence and oppression. This is why it is essential that regional systems for the international protection of human rights play a crucial role in the promotion and defense of women's rights.(*F. El barnachawy: women's rights and regional systems for the international protection of human rights*) Regional systems for the international protection of human rights have a crucial role to play in the promotion and defense of women's rights with regard to honorary titles. It is

imperative that the member states of these systems reinforce their commitment to gender equality and the protection of women, by putting in place concrete measures to prevent and punish these human rights violations. By working together to promote a culture of respect for human rights and gender equality, the member states of regional systems for the international protection of human rights can help create a more just and equitable world for all. Honor killings, crimes committed in the name of preserving family honor, are a particularly heinous form of violence against women. These crimes, which include murder, physical and psychological violence, forced marriage and genital mutilation, are often perpetrated with impunity in many patriarchal societies. (*C. kreuder: "Honor crimes" before the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*) Women's rights and the fight against honor crimes are major challenges for the protection of human rights worldwide. Women have the fundamental right to live without fear for their safety, dignity and integrity. Honor killings are serious violations of these rights and must not be tolerated under any circumstances. The time has come to act decisively to put an end to all forms of violence and discrimination against women. Protecting women's rights is an absolute priority that requires collective and determined action on the part of the international community. Our annual conference on remoteness last March raised complex and delicate issues of international law with the Iranian assets case before the International Court of Justice (ICJ). (*G. cortesi: the distance between the preliminary objections phase and the merits phase: the two icj judgments in the certain iranian assets case of 2019 and 2023*) One of the most remarkable aspects of this case is the temporal distance between the preliminary objections phase and the merits phase, which has given rise to debate and reflection within the international legal community. This long waiting period between the preliminary objections phase and the merits phase raises questions about the efficiency and speed of international justice. Some observers criticize the long delay, arguing that it can compromise access to swift and fair justice for litigants. Others believe that this time is necessary to allow a thorough and rigorous examination of the arguments presented by the parties. Whatever one's opinion on this question, it is undeniable that the distance in time between the preliminary objections phase and the merits phase of the Iranian assets case raises important procedural issues before the ICJ. It also underlined the complexity of international disputes, and the need for states to show patience and perseverance in defending their interests.

The conference also highlighted a highly topical issue in many countries around the world, namely the alienation of citizens from electoral and political considerations. (*M. Khadi: What are the issues*

involved in distancing citizens from electoral and political considerations?) In a context where political polarization and power games often take precedence over real social and economic issues, it is essential to remember the importance of placing citizens' interests at the heart of political decision-making. All too often, election campaigns focus on populist promises and simplistic rhetoric, to the detriment of genuinely constructive debate on public policy and social issues. As a result, citizens find themselves distanced from the real issues at stake, and are sometimes manipulated by demagogic rhetoric that fails to reflect the reality of their day-to-day concerns. It is essential that politicians and political parties refocus on the needs and aspirations of citizens, listening to their concerns and proposing concrete, realistic solutions. Public policies must be developed in line with the needs of the population and the imperatives of the common good, rather than serving partisan or corporatist interests. By encouraging an open and inclusive dialogue between citizens and their political representatives, it is possible to reduce the alienation and disengagement of voters from the political process. Transparent information, civic education and citizen participation are essential tools for strengthening democracy and ensuring that political decisions truly reflect the will of the people.

As a doctoral law journal, we are convinced that legal research and analysis can make a significant contribution to the promotion and protection of human rights worldwide. We hope that our readers will find in our pages valuable information and inspiring ideas for their own work in this crucial area of international law.

I would like to thank all the members of the journal and the contributors to this issue.

The journal will be back at the start of the academic year, with a new issue devoted to new forms of legal entity under European Union law, a quarterly newsletter, the launch of a podcast and new conferences.

In the meantime, the RDDS wishes you all a happy holidays.

**L'éloignement entre la phase des exceptions
préliminaires et celle du fond : les deux jugements de la
cij dans l'affaire certains actifs iraniens de 2019 et 2023**

Giulio Cortesi

Résumé

En principe la CIJ demeure un organisme juridique et est donc censée exprimer une vision unitaire et cohérente. Néanmoins elle composée par des hommes et ses décisions sont parfois conditionnées par les changements de majorités en son sein. Le présent article vise à éclaircir le rapport entre les deux jugements de la CIJ dans l'affaire Certains Actifs Iraniens de 2019 et 2023. L'analyse effectuée suggère qu'une modification dans la composition de la Cour entre la phase des exceptions préliminaires et le fond a probablement été à l'origine d'une approche différente par rapport au test qui a été appliqué afin d'analyser la nature d'une entreprise contrôlée par l'État. Cette évolution entre les deux phases de l'affaire ouvre des questions intéressantes concernant le principe de l'autorité de la chose jugée.

Abstract

In principle, the ICJ remains a legal body and is therefore supposed to express a unified and coherent vision. Nevertheless, it is composed of men, and its decisions are sometimes conditioned by changes in the majorities within it. This article aims to shed light on the relationship between the two ICJ judgments in the Certain Iranian Assets case of 2019 and 2023. The analysis carried out suggests that a change in the composition of the Court between the preliminary objections phase and the merits was probably behind a different approach to the test that was applied in order to analyze the nature of a state-controlled enterprise. This evolution between the two phases of the case opens up interesting questions concerning the principle of *res judicata*.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction

I – L’affaire Certains actifs iraniens : le contexte factuel, le jugement sur les exceptions préliminaires de 2019 et le « test » concernant les sociétés contrôlés par l’État identifié par ce dernier

II – Le « test » élaboré par la CIJ dans l’arrêt rendu en 2023 et les cinq opinions dissidentes

III – « Test de la nature de l’activité » et « test de la fonction de l’entreprise d’État »

IV – Les deux tests, le principe de l’autorité de la chose jugée et le changement de la majorité des juges entre les deux phases

Conclusion

Introduction

Le rapport entre la phase des exceptions préliminaires et le fond de l'affaire reste un sujet très fascinant auquel plusieurs études ont consacré une certaine attention sur les règles applicables à la procédure devant la Cour internationale de justice (CIJ)¹.

Dans le domaine d'étude représenté par cet article une attention spéciale doit être consacrée à la question de la jonction d'une exception préliminaire au fond. Dans cette matière, la Cour a un considérable pouvoir discrétionnaire². La source de ce pouvoir doit être recherchée dans le quatrième alinéa de l'article 79 ter du règlement de la Cour : aux termes de cet article, la CIJ peut déclarer qu'« une question ou une exception n'a pas un caractère exclusivement préliminaire »³ et joindre l'examen de l'exception en question au fond de l'affaire.

Les règles qui régissent l'application du pouvoir de jonction par la Cour ont fait l'objet de plusieurs réformes en 1936, 1972, 1978 et 2019⁴, et cette multiplicité d'interventions d'amendements atteste d'une certaine difficulté à trouver un équilibre satisfaisant dans la matière. En effet, comme l'a observé Robert Kolb, l'introduction de la locution « exclusivement » en 1978 visait à éliminer l'excessif pouvoir discrétionnaire de la Cour⁵.

La raison de cette volonté d'apporter des limitations au pouvoir d'appréciation de la Cour vient du fait que la jonction au fond peut constituer une menace pour le défendeur : en effet, ce dernier peut se voir contraint de présenter un mémoire sur le fond dans une affaire où il est convaincu de

¹ Cfr. DE VISSCHER C., *Aspects récents du droit procédural de la Cour Internationale de Justice*, Paris, Pedone, 1966. ABI-SAAB G., *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour Internationale*, Paris, A. Pedone, 1967. QUINTANA J.J., *Litigation at the International Court of Justice*, Brill Nijhoff, Leiden Boston, 2015. MAČÁK K., *Article 43* in ZIMMERMANN A., TOMUSCHAT C., OELLERS-FRAHM K. AND TAMS C. J. (eds), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, 3rd edition, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 1298.

² THIRLWAY H., *The International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 174: « It may not always be easy to determine whether an objection is of 'an exclusively preliminary character'; it may be regarded as preliminary, but not exclusively so; and the test probably leaves the Court a considerable measure of discretion. »

³ *Règlement de la Cour (1978) Adopté Le 14 avril 1978 et entré en vigueur le 1er juillet 1978, Amendement entré en vigueur le 21 octobre 2019*, 79ter (4): « La Cour, après avoir entendu les parties, tranche la question préliminaire ou retient ou rejette l'exception préliminaire. Elle peut toutefois déclarer que, dans les circonstances de l'espèce, une question ou une exception n'a pas un caractère exclusivement préliminaire. »

⁴ Selon la disposition initiale de l'article 62, paragraphe 5, introduite en 1936, la Cour pouvait soit statuer sur l'exception, soit joindre l'exception au fond. En 1972 cette possibilité a été éliminée du règlement de la Cour. En 1978 il y a eu un réforme ultérieure du règlement. En effet, en vertu de l'article 79, paragraphe 9, du règlement de 1978 la Cour ne pouvait plus joindre une exception au fond, mais elle pouvait néanmoins parvenir au même résultat de facto, en déclarant qu'une « exception ne possède pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire ». Cette solution a été maintenue dans le texte de l'article 79ter alinéa 4 en vigueur actuellement. Sur ce point voir en général MAČÁK K., *op. cit.*, p. 1298.

⁵ KOLB, R., *The International Court of Justice*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2013, p. 244: « In the minds of those who drafted the new rule, they were making more than a simple cosmetic modification: in the past, the rule about joining to the merits' had, so to speak been 'colored in' at the Court's discretion; the new rule as to not possessing 'an exclusively preliminary character' was considered to reflect an objective quality inherent in the Objection itself, and thus to eliminate the discretionary element. »

l'irrecevabilité de la demande ou de l'incompétence de la Cour et pour laquelle il souhaite qu'il n'y ait ni jugement ni même discussion au fond⁶.

Il est donc nécessaire que l'application du pouvoir de la Cour soit encadrée par des règles précises. Ainsi, sur le plan des principes énoncés par la Cour, la décision de jonction au fond semble répondre à une évidente exigence de rationalité⁷.

Cependant, l'application de la jonction au fond ouvre plusieurs difficultés. En 1968, Jack Lang observait que :

« [...] une analyse de la décision sur l'exception jointe au fond ne laisse pas d'inquiéter sur le bien-fondé des justifications rationnelles de la décision de jonction au fond. Elle met en évidence l'ambiguïté profonde de la jonction au fond, et son caractère contingent. »⁸

Cinquante ans plus tard, le règlement a été modifié plusieurs fois⁹, mais cette observation demeure actuelle. L'« ambiguïté » et le « caractère contingent » de la jonction au fond ressortent de l'impossibilité de traduire dans une pratique claire et cohérente les principes énoncés dans l'article 79 ter (4) (et ses versions précédentes) et dans la jurisprudence de la Cour.

De plus, l'« ambiguïté » et le « caractère contingent » en parole peuvent être à la source d'un *éloignement* entre théorie et pratique, mais également entre les solutions apportées entre les deux phases d'une même affaire, qui peuvent être jugées sous deux angles différents sans un souci de cohérence approprié.

La troisième exception d'incompétence soulevé par les États-Unis dans l'affaire *Certains actifs iraniens* décidée par les deux jugements de 2019¹⁰ et de 2023¹¹ illustre bien la situation dans laquelle se trouve un possible *éloignement* entre la phase des exceptions préliminaires et le fond.

L'exception en question concernait le fait de savoir si une société contrôlée par l'État iranien – la banque Markazi – pouvait bénéficier de la même protection qu'une entreprise privée sur la base du traité d'amitié entre les États-Unis et l'Iran, signé en 1955 (ci-après nommé le « traité d'amitié de 1955 »)¹².

⁶ LANG J., *La jonction au fond des exceptions préliminaires devant la C.P.J.I et la C.I.J.*, extrait du Journal du Droit international, 95^e année, 1968, Paris, Éditions techniques, p. 4.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Voir *supra* note 5.

¹⁰ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7.

¹¹ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7.

¹² *Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires signé par les deux États à Téhéran le 15 août 1955 et entré en vigueur le 16 juin 1957 (ci-après le « traité de 1955 »)*.

En 2019, la Cour a considéré que cette exception n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire et a ordonné la jonction de cette dernière au fond de l'affaire.

Au moment de trancher le fond, en 2023, la CIJ s'est divisée sur la question de savoir quel « test » devait être adopté afin de vérifier si la société contrôlée par l'État iranien était indépendante de ce dernier et, par conséquent, de savoir si la banque Markazi avait des caractéristiques justifiant sa protection sur la base du traité d'amitié de 1955.

Au premier abord, la question devant la Cour peut apparaître comme très technique et abstraite mais, en réalité, a des conséquences très importantes sur le plan pratique. En effet, le choix de la CIJ de donner une certaine lecture au « test » concernant l'indépendance de la banque Markazi (ou peut-être, comme soutenu par les juges de la minorité, de s'*éloigner* du test élaboré dans le jugement rendu en 2019 pour en appliquer un autre) a eu pour conséquence de priver cette dernière de la qualification de « société » au sens du traité d'amitié de 1955.

Sur le plan économique, cette approche a eu pour effet :

« D'écarter de la juridiction de la Cour l'essentiel des demandes de l'Iran en l'espèce. En effet, ces demandes, au titre du préjudice subi par la banque Markazi, représentent près de 1,9 milliard de dollars, alors que celles relatives aux autres préjudices invoqués dépassent à peine les 25 millions de dollars. »¹³

Pour mieux comprendre s'il y a eu un *éloignement* entre la phase des exceptions préliminaires et le fond, il est nécessaire de réaliser une analyse approfondie de l'affaire en question. Cette analyse sera divisée en quatre paragraphes.

Le premier paragraphe (I) sera consacré au contexte factuel de l'affaire *Certains actifs iraniens* et à l'arrêt sur les exceptions préliminaires de 2019 avec l'identification d'une première version du « test », objet de la présente analyse.

Le deuxième paragraphe (II) présentera le raisonnement de la CIJ dans l'arrêt sur le fond de 2023 et les cinq opinions des juges dissidentes.

Le troisième paragraphe (III) visera à comprendre quel est été le « test » (ou les « tests ») élaboré par la CIJ afin de qualifier une entreprise contrôlée par l'État de « société » aux termes du traité d'amitié de 1955 (bien que détenue par l'État) ou d'organisme gouvernemental.

Le quatrième paragraphe (IV) cherchera à examiner le rapport entre les deux « tests » identifiés par la Cour en 2019 et en 2023, les changements dans la composition de la CIJ et la possible violation du principe de la chose jugée.

Dans les conclusions de l'article seront examinées les conséquences de l'analyse effectuée.

¹³ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, Opinion individuelle de M. le juge Bennouna, para. 1.*

I – L’affaire *Certains actifs iraniens* : le contexte factuel, le jugement sur les exceptions préliminaires de 2019 et le « test » concernant les sociétés contrôlés par l’État identifié par ce dernier

L’histoire de l’affaire *Certains actifs iraniens* a commencé en 1984, lorsque les États-Unis ont désigné l’Iran comme « État soutenant le terrorisme ». Par la suite, le Congrès des États-Unis a modifié la loi sur l’immunité des États étrangers (*Foreign Sovereign Immunities Act – FSIA*) afin de permettre aux particuliers d’engager devant les juridictions américaines des actions judiciaires pour décès et préjudices corporels causés par des actes de terrorisme contre les « États soutenant le terrorisme ».

En 2002, les États-Unis ont promulgué la loi sur l’assurance contre les risques associés au terrorisme (*Terrorism Risk Insurance Act – TRIA*), qui autorisait l’exécution des décisions de justice rendues sous le régime de la FSIA sur les « actifs bloqués » d’un État désigné comme « partie terroriste », y compris ses organismes ou agences.

Malgré ce contexte, entre 2002 et 2007, la banque Markazi – la banque centrale de l’Iran – a acquis aux États-Unis des actifs d’une valeur d’environ 1,8 milliard de dollars, qui devaient être détenus sur un compte ouvert à la Citibank, à New York.

Les biens de la banque Markazi ont ensuite été bloqués par application du décret présidentiel n° 13599 promulgué par le président des États-Unis en février 2012¹⁴.

Finalement, en 2012, le Congrès des États-Unis a adopté la loi sur la réduction de la menace iranienne et les droits de l’homme en Syrie (*Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act – ITRSHRA*), dont l’article 502 visait expressément et mettait sous-main de justice les actifs financiers en cause dans l’affaire *Peterson et al. v. Islamic Republic of Iran*, portée devant le tribunal fédéral du district sud de l’État de New York.

À la suite de ces actions menées conjointement par les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire des États-Unis, les actifs de la banque Markazi ont été bloqués, saisis et confisqués avant d’être distribués à quinze groupes de demandeurs dans l’affaire *Peterson et al.* contre l’Iran.

L’État iranien a contesté en vain la légalité de ces mesures devant la Cour suprême des États-Unis et, n’ayant pas pu obtenir réparation devant les tribunaux américains, a porté l’affaire devant la CIJ, affirmant que les mesures prises par les États-Unis constituaient une violation du traité d’amitié de 1955 entre les deux États toujours en vigueur au moment de l’introduction de l’instance, le 14 juin 2016.

Devant la CIJ, les États-Unis ont soulevé plusieurs objections préliminaires relatives à la compétence et à la recevabilité de l’action judiciaire iranienne, dont la troisième, importante pour le

¹⁴ United States (President) ‘Executive Order 13599 – Blocking Property of the Government of Iran and Iranian Financial Institutions’ (2012) 3 CFR 215. Sur ce point voir FRANCHINI D., *State Immunity as a Tool of Foreign Policy: The Unanswered Question of Certain Iranian Assets*, Virginia Journal of International Law, 2020, p. 435.

présent article. Selon cette dernière, la banque Markazi ne pouvait pas être qualifiée de « société » aux termes des articles III, IV et V du traité d'amitié de 1955¹⁵.

Dans son arrêt de 2019, la CIJ a jugé, par onze voix contre quatre, que cette troisième exception préliminaire d'incompétence ne possédait pas un caractère exclusivement préliminaire et a reporté son examen complet au stade du fond¹⁶.

Cependant, la CIJ ne s'était pas limitée à reporter l'examen de la troisième exception, mais avait précisé dans le paragraphe 88 quels pouvaient être les éléments déjà acquis concernant la banque Markazi :

« 88. Deux conclusions peuvent être tirées de ce qui précède.

En premier lieu, les États-Unis ne sauraient contester la personnalité juridique propre que confère à la banque Markazi l'alinéa c) de l'article 10 de la loi monétaire et bancaire iranienne de 1960, telle qu'elle a été amendée – ils ne le font d'ailleurs pas.

En second lieu, le fait que la banque Markazi soit intégralement la propriété de l'État iranien, et que l'État exerce un pouvoir de direction et un contrôle étroit sur les activités de la banque – ce que relèvent les États-Unis et que l'Iran ne conteste pas –, ne permet pas, à lui seul, d'exclure cette entité de la catégorie des “sociétés” au sens du traité. »

Plus significativement encore, la Cour a identifié les critères que les juges ont utilisés afin de trancher l'aspect substantiel de l'exception. Ainsi, au paragraphe 92, la CIJ a déclaré :

« 92. Cependant rien ne permet d'exclure *a priori* qu'une même entité exerce à la fois des activités de nature commerciale (ou, plus largement, des activités d'affaires) et des activités souveraines.

En pareil cas, *puisque c'est la nature de l'activité effectivement exercée qui détermine la qualification de l'entité qui l'exerce*, la personne morale dont il s'agit devrait être regardée comme une “société” au sens du traité dans la mesure où elle exerce des activités de nature commerciale, même si ce n'est pas à titre principal. »¹⁷

Ces critères apparaissaient assez favorables à la position iranienne, du moment que la Cour avait déjà implicitement rejeté au moins l'un des arguments les plus forts des États-Unis, à savoir que la direction et le contrôle exercés sur la banque par l'Iran pouvaient exclure sa qualification en tant que « société » aux termes du traité d'amitié de 1955.

¹⁵ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), Exceptions préliminaires soulevées par les Etats-Unis d'Amérique (1 mai 2017)* para 9.9 www.icj-cij.org/public/files/case-related/164/164-20170501-WRI-01-00-EN.pdf, consulté le 22 Février 2024: « Iran's claims relating to the treatment of Bank Markazi in its role as a central bank purportedly carrying out entirely sovereign functions are outside the scope of the protections provided to “companies” under Articles III, IV, and V of the Treaty, and should therefore be dismissed as a preliminary matter. These articles do not govern how the Parties treat entities of the other Party carrying out sovereign functions. This is the inevitable conclusion flowing from a good-faith review of the articles' plain text, in context and in light of the Treaty's object and purpose. It is confirmed by the negotiating history of this and other similar treaties. Iran, for its part, has cited no sources at all in support of its novel view that a state entity exercising sovereign functions should qualify as a “company” whose treatment is governed by these Treaty articles. »

¹⁶ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, para. 97.*

¹⁷ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, para. 88.*

Afin de mieux comprendre le fonctionnement du raisonnement de la Cour et donc d'être en mesure de vérifier s'il y a eu un éloignement entre la phase des exceptions préliminaires et celle du fond, il convient d'examiner en détail le test élaboré par la Cour en 2023 et de le juxtaposer à celui identifié dans le paragraphe 92 du jugement de 2019.

II – Le « test » élaboré par la CIJ dans l'arrêt rendu en 2023 et les cinq opinions dissidentes

Quatre ans plus tard, en 2023, la CIJ a rendu son arrêt sur le fond et a accueilli la troisième objection juridictionnelle soulevée par les États-Unis.

Tout d'abord, la Cour a observé que le fait de disposer d'une personnalité juridique distincte n'est pas une « condition nécessaire et suffisante » pour qu'une entité puisse être qualifiée de « société » au sens du traité¹⁸.

La CIJ a ensuite examiné les activités menées par la banque Markazi, une approche très similaire à celle appliquée par les tribunaux arbitraux des investissements, connue – d'après l'affaire *Maffezini* décidée en 2000 – sous le nom de « test fonctionnel »¹⁹.

La Cour a noté que les seules activités commerciales exercées par la banque Markazi « consistent en l'achat, entre 2002 et 2007, de 22 droits sur des obligations dématérialisées émises sur le marché financier des États-Unis et en la gestion des produits dérivés de ces droits »²⁰.

La Cour a poursuivi son analyse et est entrée, sans le dire expressément, dans l'un des aspects les plus complexes du test fonctionnel : déterminer si l'activité commerciale exercée par une entreprise d'État doit être considérée en tenant compte uniquement de sa nature ou en prenant également en considération la finalité pour laquelle les activités commerciales sont réalisées.

Cette approche de la Cour est clairement exprimée dans les paragraphes 50 et 51 :

« 50. De l'avis de la Cour, de telles opérations ne suffisent pas à établir que la banque Markazi exerçait, à l'époque pertinente, des activités de caractère commercial. [...].

51. [...] En effet, afin de déterminer si une entité donnée peut être qualifiée de "société", on ne saurait se borner à considérer une transaction – ou une série de transactions – effectuée par elle, "en tant que telle" ; il est nécessaire de replacer cette

¹⁸ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, para. 43.*

¹⁹ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, para. 79: « Because of the many forms that State enterprises may take and thus shape the manners of State action, the structural test by itself may not always be a conclusive determination whether an entity is an organ of the State or whether its acts may be attributed to the State. An additional test has been developed, a functional test, which looks to the functions of or role to be performed by the entity. »

²⁰ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, para. 43.*

transaction – ou série de transactions – dans son contexte, en tenant compte notamment de ses liens éventuels avec l’exercice d’une fonction souveraine. »²¹

Cinq juges ont exprimé leur désaccord avec le reste de la Cour sur cette question – les juges Bennouna²², Ad Hoc Momtaz²³, Robinson²⁴, Salam²⁵ et enfin Yusuf²⁶ –, en affirmant que la Cour avait modifié le critère à appliquer pour vérifier l’indépendance de la banque Markazi par rapport à l’État iranien entre la phase préliminaire et le jugement sur le fond.

L’opinion séparée qui résume le mieux les positions des juges de la minorité est celle du juge Yusuf qui a déclaré :

« 9. Dans le présent arrêt rendu au fond en la même affaire, la majorité a cependant fait volte-face et inventé un nouveau critère accordant la prééminence à la fonction exercée par l’entité en cause.

On peut lire en effet, au paragraphe 51 de l’arrêt, que la série de transactions effectuées par la banque Markazi à l’époque pertinente doit être “replac[ée] [...] dans son contexte, en tenant compte notamment de ses liens éventuels avec l’exercice d’une fonction souveraine”, comme si l’on pouvait imaginer que les activités commerciales d’une banque centrale pussent ne pas avoir de lien avec ses fonctions souveraines. *Il s’agit là d’un nouveau critère qui ne fait pas partie de ceux qui avaient été définis par la Cour dans son arrêt de 2019.* Au lieu que ce soit la nature de l’activité effectivement exercée qui détermine la qualification de l’entité qui l’exerce, comme il était dit au paragraphe 92 de l’arrêt de 2019, ce sont maintenant la fonction de ladite entité et le lien entre cette fonction et ses activités qui sont réputés déterminants. Ce nouveau critère contredit directement les motifs qui ont permis à la Cour d’invoquer le paragraphe 4 de l’article 79 *ter* de son règlement pour joindre au fond la troisième exception des États-Unis. Si le

²¹ *Certains actifs iraniens (République islamique d’Iran c. Etats-Unis d’Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, para 50-51.*

²² *Certains actifs iraniens (République islamique d’Iran c. Etats-Unis d’Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, Opinion individuelle de M. le juge Bennouna, para. 8 :* « Dès lors, la Cour considère, en pleine contradiction avec l’arrêt de 2019, qu’il n’est pas possible, en fin de compte, de s’en tenir à la nature de l’activité pour qualifier la banque Markazi de « société » au sens du traité d’amitié, même quand cette dernière se livre à l’achat de titres de créances sur le marché financier dans les mêmes conditions que n’importe quel autre opérateur. »

²³ *Certains actifs iraniens (République islamique d’Iran c. Etats-Unis d’Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, Opinion individuelle de M. le juge ad hoc Momtaz, para. 10 :* « Aucune des deux Parties au différend n’a pu fournir, à ce stade de la procédure, d’éléments factuels supplémentaires sur les activités commerciales de la banque Markazi aux Etats-Unis au cours de la période pertinente, comme la Cour le leur avait demandé. Cette incapacité ne justifie certainement pas la nouvelle exigence imposée par la Cour pour qualifier une transaction de la banque Markazi de commerciale en l’absence de lien de cette opération avec une activité souveraine. »

²⁴ *Certains actifs iraniens (République islamique d’Iran c. Etats-Unis d’Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, Opinion individuelle, en partie concordante et en partie dissidente, de M. le juge Robinson, para. 13 :* « Dans le présent arrêt, la Cour s’est écartée de l’analyse et des conclusions qu’elle avait adoptées dans son arrêt de 2019 et a introduit un élément qui n’y figurait pas, à savoir les liens entre l’activité et une fonction ou un objectif souverain. »

²⁵ *Certains actifs iraniens (République islamique d’Iran c. Etats-Unis d’Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, Déclaration de M. le juge Salam, para. 10 :* « La majorité introduit dans l’appréciation des activités de la banque Markazi un critère nouveau qui ne peut s’inscrire dans la continuité de l’arrêt de 2019 sur les exceptions préliminaires. »

²⁶ *Certains actifs iraniens (République islamique d’Iran c. Etats-Unis d’Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, Opinion individuelle de M. le juge Yusuf, para. 9.*

critère déterminant était effectivement le lien entre les activités de la banque Markazi et sa fonction souveraine, alors la Cour n'avait aucune raison d'estimer qu'elle ne disposait pas de tous les éléments nécessaires pour déterminer si les activités exercées aux États-Unis à l'époque pertinente permettaient de qualifier cette banque de "société". »

Ce paragraphe de l'opinion du juge Yusuf a le mérite d'identifier les deux principaux points critiques de l'arrêt de 2023 : le premier, déjà souligné, est que le test identifié dans le jugement émis en 2023 peut être différent par rapport à celui identifié par la Cour en 2019 ; le second a déjà été remarqué par le juge Bennouna et concerne le fait que le « test » identifié en 2019 était couvert par l'autorité de la chose jugée²⁷.

La question d'une possible violation du principe de la chose jugée sera examinée dans le paragraphe IV, après une confrontation attentive des deux tests. En effet, il n'est pas possible d'invoquer une violation de l'autorité de la chose jugée si on ne démontre pas d'abord dans quelle mesure le « test » appliqué en 2023 se distingue de celui identifié en 2019. Ce sera le sujet du prochain paragraphe (III).

²⁷ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, Opinion individuelle de M. le juge Bennouna, para 4.*

III – « Test de la nature de l'activité » et « test de la fonction de l'entreprise d'État »

Dans l'arrêt rendu en 2023, la Cour indique clairement que cette décision ne concerne nullement le droit des immunités²⁸, un aspect qui sera traité dans la suite de ce paragraphe.

Cependant, l'opinion de l'un des membres de la minorité, le juge Salam, est intéressante à ce propos. Il a suggéré, à juste titre, que les commentaires du rapporteur spécial de la Commission du droit international sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens étaient applicables à la banque Markazi.

Le juge a cité l'extrait suivant :

« Aux fins de déterminer le caractère d'une activité ou comportement ou d'un acte particulier imputable à un État étranger, il n'y a pas lieu de se référer à son motif ou à son but. Un acte effectué au nom d'un État est inévitablement destiné à répondre à un but relevant d'un domaine étroitement lié à l'État lui-même ou à l'intérêt public d'une manière générale. En dernière analyse, il n'est donc pas utile de se référer au motif ou au but d'une activité donnée d'un gouvernement étranger pour savoir si l'on peut considérer cette activité comme ayant ou non un caractère commercial. [...] Si elle est de nature commerciale, l'activité peut être considérée comme une activité commerciale. Se référer au but auquel répond cette activité ne pourrait qu'obscurcir son véritable caractère. »²⁹

Le juge Salam a complété son raisonnement en observant que :

« 13. On relèvera sans doute que le rapporteur spécial menait sa réflexion dans le cadre des immunités des États et que la Cour a indiqué que sa compétence dans la présente affaire ne portait pas sur les immunités qui ne rentrent pas dans le cadre du traité d'amitié. Toutefois, il est difficile de comprendre pourquoi il faudrait définir et appliquer ici des critères différents pour la qualification d'une activité commerciale. Il serait manifestement illogique, voire absurde, de considérer qu'une activité de la banque Markazi pourrait être considérée comme souveraine et donc exclue du champ de protection du traité d'amitié tout en ayant été qualifiée par les juridictions nationales concernées de commerciale et ne pouvant, par conséquent, pas être couverte par les immunités en vertu du droit international. »³⁰

²⁸ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, para. 48 : « Avant d'aller plus loin dans son analyse, la Cour souligne qu'elle n'est pas appelée, pour répondre à la question précédente, à se prononcer sur le droit international des immunités. »

²⁹ *Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, par M. Sompong Sucharitkul, rapporteur spécial, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. II, première partie, p. 207, para. 46.

³⁰ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, Opinion individuelle de M. le juge Salam, para 13.

Selon l'interprétation du traité suggérée par la CIJ, le fait d'avoir une personnalité distincte n'est, en soi, pas suffisant pour caractériser la banque Markazi comme une « société »³¹.

Donc au moins un autre critère doit être introduit afin de trancher l'affaire.

Dans tous les cas, il reste difficile de comprendre pour quelle raison la Cour devrait préférer un critère (et donc un « test ») basé sur la fonction réalisée par cette société plutôt qu'un « test » fondé sur la nature de l'activité exercée par cette dernière, c'est-à-dire le même test pour vérifier si la société en question peut bénéficier de l'immunité souveraine.

Comme l'a remarqué le juge Salam, l'application de deux critères différents pourrait conduire à un résultat illogique : la même société pourrait être qualifiée d'entité souveraine au niveau international mais de société commerciale au niveau national.

De plus, il est difficile de déterminer quel argument, basé sur l'interprétation du traité d'amitié de 1955, devrait encourager une interprétation de ce dernier d'une manière qui mènerait à la création d'un test unique visant à l'application du traité en question complètement différent de celui relatif à l'immunité.

Une explication possible est que la CIJ a en effet examiné le droit de l'immunité sans le mentionner et a préféré une interprétation plus proche de celles de la Cour suprême de Suède, dans l'affaire *Ascom c. Kazakhstan* de 2021, et de la cour d'appel de Bruxelles en 2021, dans l'affaire *République du Kazakhstan c. Stati*. Il convient de noter que ces deux affaires ont toutes deux été jugées au niveau national et étaient liées à la question de l'immunité d'exécution des jugements, donc un domaine juridique différent de celui de l'application du traité d'amitié de 1955.

Toutefois, à l'instar du cas *Certains actifs iraniens*, ces affaires nationales concernaient la protection des avoirs détenus par une banque centrale en vertu du droit international. Il peut donc être intéressant de les examiner afin de découvrir de quel raisonnement la CIJ a tiré l'idée susmentionnée selon laquelle « une transaction – ou une série de transactions – doit être placée dans son contexte, en tenant particulièrement compte des liens qu'elle peut avoir avec l'exercice d'une fonction souveraine »³², critère qui s'est avéré décisif pour l'issue de l'affaire.

Dans l'affaire *Ascom c. Kazakhstan*, la Cour suprême de Suède a tranché la question de l'immunité d'exécution à travers une interprétation de l'article 21 de la Convention des Nations unies sur les

³¹ *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, para. 90-91* : « A cet égard, la Cour ne saurait suivre l'interprétation que soutient l'Iran dans la branche principale de son argumentation, selon laquelle la nature des activités exercées par une entité déterminée est indifférente en vue de la qualification de ladite entité comme une « société ». 91[...] La Cour en déduit qu'une entité qui exercerait exclusivement des activités de souveraineté, liées aux fonctions régaliennes de l'État, ne saurait se voir attribuer la qualification de « société » au sens du traité, et ne saurait par suite prétendre au bénéfice des droits et protections prévus aux articles III, IV et V. »

³² *Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, para. 51.*

immunités juridictionnelles des États et de leurs biens³³ en tenant compte du lien existant entre les actifs et la fonction souveraine à laquelle les actifs en question étaient affectés.

La Cour a déclaré :

« 47. On this basis, the main purpose of the property holding at the time of seizure must be seen as having been more of a long-term plan to contribute to the preservation and increase of the Kazakhstan State's wealth for future use (cf. p. 28). Such an objective is not adequately qualified to be considered to constitute an expression of Kazakhstan's act by right of dominion or similar official activity. »³⁴

En d'autres termes, comme l'a remarqué Ingrid Brunk, la Cour s'est appuyée sur la stratégie d'investissement utilisée pour les fonds en question et a fait peser sur le Kazakhstan la charge de démontrer un lien avec la politique monétaire uniquement à partir du fait que les fonds étaient investis dans un portefeuille standard d'actions à long terme.

Selon cette approche, les actifs ont été considérés comme détenus par la banque centrale du Kazakhstan à des fins commerciales, plutôt que dans le but de poursuivre des objectifs souverains – tels que la politique monétaire –. Ils n'ont donc pas eu droit à l'immunité d'exécution.

En réalité, il s'agit d'une question plutôt controversée. Plusieurs ouvrages attestent qu'au moment de la rédaction de l'article 21 (c)³⁵, le rapporteur avait recommandé l'insertion à côté du texte de l'alinéa (c) de la locution « *and used for monetary purpose* » afin d'exclure du périmètre de l'immunité les actifs gérés par les banques centrales à des fins commerciales. La proposition du rapporteur n'a pas reçu de soutien suffisant³⁶.

³³ Högsta Domstolen (Supreme Court of Sweden), *Ascom Group S.A., Anatolie Stati, Gabriel Stati, Terra Raf Trans Trading Ltd. v. The Republic of Kazakhstan*, Case N° Ö 3828-20, November 18, 2021, para. 14 et paras.19-24. Voir sur ce point BRUNK I. W., *Central Bank Immunity, Sanctions, and Sovereign Wealth Funds*, *George Washington Law Review*, 2023, p. 4 « The *Ascom* case interpreted customary international law based on Article 21 of the 2004 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property ('UNCISI'). »

³⁴ Högsta Domstolen (Supreme Court of Sweden), *Ascom Group S.A., Anatolie Stati, Gabriel Stati, Terra Raf Trans Trading Ltd. v. The Republic of Kazakhstan*, Case N° Ö 3828-20, November 18, 2021, para. 47.

³⁵ *Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens*, adoptée au cours de la 65ème réunion plénière de l'Assemblée générale en vertu de la résolution A/59/508A/59/38 du 2 décembre 2004. - Article 21- Catégories spécifiques de biens

« 1. Les catégories de biens d'État ci-après ne sont notamment pas considérées comme des biens spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales au sens des dispositions de l'alinéa c) de l'article 19 :

[...]

c) Les biens de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire de l'État. »

³⁶ BROWN C., O'KEEFE R., Article 21, in O'KEEFE R., TAMS C. J., *The United Nations Convention on jurisdictional immunities of States and their properties*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 342. : « Article 21(1) (c) deems as not in use or intended for use for other than government non-commercial purposes property of the central bank or other monetary authority of the State. Proposals during the drafting of the provision to limit the provision's scope to only such property of a central bank etc. as was in use for monetary purposes were, it will be recalled, unsuccessful 49 The resultant Article 21(1)(c) certifies as in use or intended for use for government non-commercial purposes any and all property of the central bank or other monetary authority of the State. »

Voir aussi FOX H., WEBB P., *The Law of State Immunity*, Oxford, OUP, 2013, p. 522. « Disputes have arisen as to the extent to which immunity continues in respect of the use of central bank assets for commercial purposes; had the words proposed by the Special Rapporteur been included in Article 21(1)(c) they might have served to restrict the immunity to assets of the State or its central bank solely when used or intended for use for monetary purposes. »

Dans l'affaire belge, la cour d'appel de Bruxelles s'est également appuyée sur la finalité de la détention des actifs pour refuser l'immunité. Plus précisément, la Cour a déclaré :

« [268]. According to the Presidential Decree No. 385, al.5.3 (section 10.10 of the Stati), the main objective of the Savings Fund is to accumulate and preserve funds by selling non-renewable energy for future generations in order to ensure long-term returns with an appropriate level of risk.

[269]. This purpose is 'other than of a non-commercial nature': The assets of the Savings Fund are invested solely with a view to maximising long-term returns.

[270]. Pure investments do not fall under the protection of state immunity.

[271]. This is a commercial purpose, which meets the condition of (intended) use for other than non-commercial purposes. »³⁷

Dans ces deux décisions, il est clair que l'accent n'est plus mis sur l'activité exercée par la banque, mais sur la finalité de cette activité. En d'autres termes, selon Ingrid Brunk, les cas les plus récents indiquent à juste titre que la distinction ne devrait pas être faite entre les utilisations commerciales et celles non commerciales, mais plutôt entre les actifs utilisés à des fins de banque centrale et ceux qui ne le sont pas³⁸.

Force est de constater que la Cour a considéré que le critère de la finalité de l'activité de détention des actifs est entré dans le périmètre du test identifié en 2023, en contraste avec le « test défini » au paragraphe 92 du jugement de 2019, selon lequel « c'est la nature de l'activité effectivement exercée qui détermine la qualification de l'entité qui l'exerce ».

Si on accepte que ce contraste existe, on peut se demander comment réconcilier ces deux jugements en vue du respect du principe de l'autorité de la chose jugée.

IV – Les deux tests, le principe de l'autorité de la chose jugée et le changement de la majorité des juges entre les deux phases

Le fait que les décisions préliminaires sont couvertes par le principe de l'autorité de la chose jugée n'est pas nouveau³⁹. En effet, la CPJI a toujours défendu l'idée selon laquelle les jugements

³⁷ CA Courts of Appeal of Bruxelles, *Republic of Kazakhstan v. Stati*, Case N° 2018/AR/1209 & 2018/AR/1214, June 29, 2021.

³⁸ BRUNK I. W., *op. cit.*, p. 2.

³⁹ GRISEL E., *Les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité dans la procédure de la Cour Internationale de Justice*, Berne, Édition Herbert Lang & C^{ie} SA, p.199-200 : « En conclusion, il faut admettre que la force de chose jugée des arrêts préliminaires s'étend à leurs motifs essentiels aussi bien qu'à leur dispositif : d'une part dans la mesure où ils reconnaissent à un moyen déterminé le caractère préliminaire ; d'autre part en tant qu'ils statuent sur ce moyen. Ces deux questions sont donc tranchées définitivement et, d'après l'art. 60 St, la Cour n'a pas le pouvoir de les reconsidérer sous l'angle du fond dans l'arrêt final. Cependant, il faut le répéter, elle doit également éviter de se prononcer à titre préliminaire sur des points qui touchent le fond. » AMERASINGHE C. F., *Jurisdiction of Specific Tribunals*, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff, 2009, p. 181.: « In its judgment in the Corfu Channel Case (Compensation) the Court applied the principle of *res judicata* to exclude a re-examination of the jurisdictional issue. [...] In the *Bosnia Genocide Case* the ICJ reiterated the rule established in its jurisprudence that decisions on jurisdiction were judgments covered by Article 60 of its Statute and were, thus, *res judicata*. A previous judgment given in 1996 on jurisdiction could not thus be reopened because its contents relating to jurisdiction were *res judicata*. »

préliminaires étaient couverts par le principe de la chose jugée, depuis l'affaire *Usine de Chorzów* de 1927⁴⁰. La Cour l'a souligné clairement dans son jugement de 2007 sur l'affaire *Génocide* :

« 138. De l'avis de la Cour, ces affirmations ne s'accordent pas avec la nature du principe de l'autorité de la chose jugée. Selon ce principe, dès lors que la Cour s'est prononcée, que ce soit sur une question de fond dans un différend qui lui est soumis ou sur une question concernant sa propre compétence, sa décision à cet égard est définitive, tant pour les parties en litige dans l'affaire (statut, art. 59) que pour la Cour elle-même dans le contexte de cette affaire. »⁴¹

Si, donc, le fait que les deux jugements sont couverts par l'autorité de la chose jugée ne pose aucun problème réel, la question peut devenir plus intéressante et complexe lorsqu'on examine la question différente, mais pas moins pertinente, de l'étendue de la chose jugée. Sur ce point, cette citation par Georges Abi-Saab est éclairante :

« La Cour peut donc arriver, après l'examen de ces éléments au cours de la procédure sur le fond, à des conclusions qui sont susceptibles de différer de celles de l'examen de ces mêmes éléments au stade de la procédure sur l'exception. Ainsi, l'interprétation d'un même traité peut différer selon que la Cour examine son *applicabilité* à une situation litigieuse en vue d'établir sa propre compétence ou selon qu'elle examine son *application* à cette situation en vue de se prononcer sur les droits et obligations des parties en litige. [...] De là est-il nécessaire de conclure, ainsi que le fait la Cour, que les résultats de l'examen de l'exception restent provisoires dans la mesure où ils portent sur des éléments qui relèvent également du fond ? [...]

Une telle question se pose parce que les deux examens de l'exception et du fond portent dans ce cas sur le même objet, mais peuvent aboutir à des résultats divergents.

Cependant, et ainsi qu'il l'a déjà été relevé, ces deux examens diffèrent tant en ce qui concerne leur but qu'en ce qui concerne les aspects de ce même objet qu'ils visent à déterminer. Par conséquent, il n'y a pas de nécessité logique à ce que leurs résultats coïncident. *Les résultats de chaque examen demeurent valables et définitifs dans le domaine et par rapport au but qui lui sont propres, même s'ils ne s'accordent pas avec les résultats de l'autre examen.* »

La théorie générale des exceptions préliminaires avait donc déjà envisagé la possibilité d'un contraste entre la décision sur les exceptions préliminaires et le fond. On peut donc se demander si cette approche est applicable au cas d'espèce. En d'autres termes, le « test » identifié en 2019 serait adapté seulement aux fins de ce jugement tandis que le « véritable test » décisif pour le cas serait celui élaboré dans le contexte du fond de l'affaire : chaque test doit être évalué par rapport au contexte de chaque jugement et il n'y a donc pas de risque de contradiction.

En réalité, cette approche n'est guère convaincante, parce que la Cour n'a pas examiné les faits sous-jacents à la troisième exception préliminaire deux fois avec deux buts différents, mais une

⁴⁰ *Usine de Chorzów*, 1927, PCIJ Séries A, n° 13. Voir sur ce point AMERASINGHE C. F., *op. cit.*, 2009, p. 185 « There is a problem with incidental decisions on preliminary points, the question being whether they can be res judicata. In the *Chorzów Factory Case* the view seems to have been taken or supported that incidental decisions on preliminary points were subject to the principle of *res judicata*. »

⁴¹ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie - et - Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, para. 138.

seule fois avec un seul but, à savoir si la banque Markazi pouvait être qualifiée comme une société aux termes du traité d’amitié de 1955.

En d’autres termes, il s’agit de la même analyse – entièrement consacrée à une question préliminaire –, même si elle a été fractionnée en deux phases distinctes. Sur ce point, on peut se demander pourquoi, entre une phase et l’autre, ont été élaborés deux « tests » différents.

La réponse la plus persuasive doit probablement se trouver dans le changement de majorité au sein de la Cour entre la phase de 2019 et celle de 2023, comme présenté dans le tableau ci-dessous :

| Jugement 2019 – troisième exception – jonction au fond | Jugement 2023 – troisième exception le critère du but de l’activité |
|---|---|
| Juges favorables | Juges favorables |
| Yusuf, président | |
| <u>Xue, vice-présidente</u> | <u>Xue</u> |
| <u>Abraham</u> | <u>Abraham</u> |
| Bennouna | |
| Cançado Trindade | |
| <u>Bhandari</u> | <u>Bhandari</u> |
| Robinson | |
| Salam | |
| Gevorgian | <u>M. Gevorgian</u> , vice-président, faisant fonction de président en l’affaire |
| Iwasawa juges | <u>Iwasawa</u> |
| M. Momtaz, juge <i>ad hoc</i> | |
| | Tomka |
| | Sebutinde |
| | Nolte |
| | Charlesworth |
| | Barkett juge <i>ad hoc</i> |
| | |
| Juges contraires | Juges contraires |
| Tomka | Yusuf, président |
| Gaja | Bennouna |
| <u>Crawford</u> , juges | Robinson |

| | |
|-------------------------------|-------------------------------|
| M. Brower, juge <i>ad hoc</i> | Salam |
| | M. Momtaz, juge <i>ad hoc</i> |

Quatre juges (Gaja, Crawford, Cançado Trindade, Brower) ont été remplacés. Trois d’entre eux étaient défavorables à la jonction et n’avaient donc probablement pas perçu l’importance de joindre la troisième exception au fond de l’affaire afin de donner plus de temps à l’Iran pour illustrer les activités réalisées par la banque Markazi.

En revanche, les cinq juges qui se sont retrouvés en minorité en 2023 étaient à l’origine favorables à la jonction de l’exception au fond, probablement parce qu’ils attachaient beaucoup d’importance au « test » relatif à la nature de l’acte. En effet, le fait qu’avec la jonction au fond la Cour ne trancherait la troisième exception qu’après que les parties « auront présenté leurs arguments dans la phase suivante de la procédure » gagne en importance seulement si on attache une grande pertinence aux activités réalisées par la banque Markazi.

Le juge Yusuf l’explique très clairement dans son opinion dans le paragraphe 9, déjà cité :

« Si le critère déterminant était effectivement le lien entre les activités de la banque Markazi et sa fonction souveraine, alors la Cour n’avait aucune raison d’estimer qu’elle ne disposait pas de tous les éléments nécessaires pour déterminer si les activités exercées aux États-Unis à l’époque pertinente permettaient de qualifier cette banque de “société”. »

Plus difficile à expliquer est la position des quatre juges Abraham, Bhandari, Gevorgian, Iwasawa. Malheureusement, ils n’ont pas adressé la question dans leurs opinions individuelles.

Conclusion

L’impression générale est que la Cour n’a pas traité la troisième exception de la meilleure manière possible.

Si les changements dans sa composition ont probablement été décisifs au niveau pratique, il reste évident qu’il existe une contradiction assez évidente au niveau de la solution.

La Cour avait décidé de joindre la troisième exception au fond en 2019 parce qu’elle ne disposait pas « de tous les éléments nécessaires pour déterminer si la banque Markazi exerçait [...] des activités de la nature de celles qui permettent de caractériser une “société” au sens du traité d’amitié »⁴².

La Cour n’avait donc pas invoqué une connexion au niveau juridique entre la procédure et le fond, ce que Jack Lang appellerait une « connexité au niveau des données », c’est-à-dire lorsque les éléments matériels dont croit se servir la Cour sont – semble-t-il – communs à l’exception et au fond.

⁴² *Certains actifs iraniens (République islamique d’Iran c. Etats-Unis d’Amérique), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 7, para 97.*

Cette « connexité au niveau des données » doit être opposée à la « connexité à niveau de solutions », c'est-à-dire lorsque la réponse à la question de procédure risque d'impliquer directement ou indirectement la réponse à certaines questions concernant le fond ; par conséquent, en statuant sur l'exception, le juge risque de préjuger le fond.

Selon Jack Lang, « s'il est vrai que l'argument est rarement exposé de manière explicite et que même lorsqu'il l'est, il ne semble pas se suffire à lui seul, en revanche il est toujours sous-jacent dans les décisions où le seul risque de préjuger le fond est invoqué à l'appui de la jonction au fond »⁴³.

Mais, dans le cas présent, la Cour ne risquait pas de préjuger le fond de l'affaire en tranchant les questions posées par la troisième exception : simplement elle ne disposait pas, en 2019, des éléments de fait nécessaires à cette fin. C'est pour cette raison que l'examen de la troisième exception a été fractionné en deux parties : une première en 2019 visant à établir les critères à appliquer pour trancher la question et une deuxième pour en faire application.

L'introduction d'un nouveau critère, comme on l'a vu dans le paragraphe IV, ne constitue pas un examen distinct sur une autre question de fond, mais un nouvel examen de la même question préliminaire commencé en 2019.

Force est de conclure que le changement dans la majorité de la Cour a porté la CIJ vers un usage plus libéral de son pouvoir de joindre au fond les exceptions préliminaires par rapport à sa jurisprudence plus récente⁴⁴ (justement critiquée par les juges de la minorité en 2019). De plus, dans ses motivations, elle n'est pas parvenue à justifier un changement plutôt radical par rapport aux critères énoncés en 2019 avec une violation plutôt évidente du principe de l'autorité de la chose jugée.

⁴³ LANG J., *op. cit.*, p. 11.

⁴⁴ KOLB R., *op. cit.*, p. 246: «It is pleasing to see that, in its most recent jurisprudence, the Court has only rarely deferred Objections to the merits phase, and has done so only if it clearly appeared that the Objection is a defense on the merits, such as one that concerned the substantive interpretation of the Genocide Convention (*Croatia v. Serbia*, 2008). »

L'éloignement des citoyens des considérations électorales et politiques : quels aspects ?

Mohamed Kadhi

Abstract

This article deals with various disciplinary fields, in line with the theme of the present study. In other words, the alienation of citizens from electoral and political considerations raises a number of important issues. Political science plays a significant role in this respect, particularly with regard to political thought and its impact on citizen participation in decision-making since the electoral process. In this context, there are constraints posed by the citizen himself as a voter, such as individual preferences and the dynamics of the choice situation. There are other constraints to which the candidate contributes, such as cognitive constraints and the cost of disseminating information, as detailed below. In any case, the principle of distinction arising from society's behaviors, whether those of elected representatives or voters, pushes the latter away from the public and political affairs of the state. On the other hand, we are exposed to another disciplinary field, namely constitutional law. Indeed, the influence of society on citizen participation is reflected more in the constitutional text, because of its supremacy and primacy at the expense of other legal rules. For this reason, we take the example of constitutional jurisdictions, more specifically the French Constitutional Council (CC), given its important role in the functioning of the State and the protection of rights and freedoms. At the same time, it is worth noting that citizens are excluded from the appointment and referral of cases to the Constitutional Council, which distances them from the decision-making process concerning the organization of state institutions and the protection of their fundamental rights. Understanding the various details of the sociological and legal aspects gives us the perspectives, in conclusion, to find solutions likely to bring citizens closer to electoral and political considerations through far-reaching reforms.

Résumé

Cet article aborde différents champs disciplinaires, en cohérence avec le thème de la présente étude. Autrement dit, l'éloignement des citoyens des considérations électorales et politiques soulève plusieurs thématiques importantes. La science politique joue un rôle significatif en la matière, notamment avec la pensée politique et son impact sur la participation citoyenne à la prise de décision depuis le processus électoral. Dans ce contexte, il y a des contraintes posées par le citoyen lui-même en tant qu'électeur, telles que les préférences de personne et la dynamique de la situation de choix. Il existe d'autres contraintes auxquelles le candidat contribue, telles que les contraintes cognitives et le coût de diffusion de l'information, comme détaillé ci-dessous. Quoi qu'il en soit, le principe de distinction découlant des comportements de la société, qu'ils soit ceux des élus ou des électeurs, pousse ces derniers loin des affaires publiques et politiques de l'État. D'autre part, nous sommes exposés à un autre champ disciplinaire, à savoir le droit constitutionnel. En effet, l'influence de la société sur la participation citoyenne se reflète davantage dans le texte constitutionnel en raison de sa suprématie et sa primauté aux dépens des autres règles juridiques. Pour cette raison, nous prenons l'exemple des juridictions constitutionnelles, plus précisément le Conseil constitutionnel français (CC), compte tenu de son rôle important dans le fonctionnement de l'État et la protection des droits et libertés. En même temps, il convient de noter une mise à l'écart des citoyens de la nomination et de la saisine du Conseil constitutionnel, ce qui les éloigne du processus décisionnel concernant l'organisation des institutions de l'État et la protection de leurs droits fondamentaux. Comprendre les différents détails des aspects sociologiques et juridiques nous permet d'avoir les perspectives, en conclusion, pour trouver des solutions susceptibles de rapprocher les citoyens des considérations électorales et politiques à travers des réformes profondes.

Table des matières

Introduction

1. Aspects sociologiques : la distinction entre l'électeur et l'élu

1.1 Une distinction induite par les comportements de l'électeur

1.2 Une distinction induite par les comportements de l'élu

2. Aspects juridiques : l'exemple du Conseil constitutionnel

2.1 Un Conseil constitutionnel réservé pour les institutions

2.2 Le système du filtrage : confirmation de l'éloignement

Conclusion

Bibliographie

Introduction

Comme le montre le titre de cet article, il apparaît clairement que le citoyen est au centre de cette étude. Il est donc nécessaire de comprendre son étymologie. En effet, le mot « citoyen » remonte aux origines latines du mot « cité »⁴⁵. Il implique donc une personne jouissant du droit de cité⁴⁶. Au fil du temps, sa signification s'est élargie pour désigner une personne qui a des droits civiques dans un cadre plus large, à savoir l'État⁴⁷. Par conséquent, un citoyen est celui qui participe aux affaires publiques, c'est-à-dire aux affaires de l'État auquel il appartient. Cette participation peut avoir plusieurs aspects. Elle est passée historiquement par différentes étapes, d'autant plus qu'elle dépend de la personne en position de décision, et de son accord pour que le citoyen participe en la matière⁴⁸. En ce sens, la participation des citoyens est toujours liée à leurs droits civiques, c'est-à-dire aux droits qui établissent leur citoyenneté et leur appartenance à l'État en question⁴⁹. Parmi ces droits, le plus important est le droit de vote⁵⁰, qui consacre une participation, même indirecte, à la vie politique en choisissant les personnes construisant les décisions publiques⁵¹.

Quoi qu'il en soit, la participation des citoyens aux considérations électorales et politiques connaît des limites qui diffèrent également, allant de l'éloignement jusqu'à l'exclusion⁵². La pertinence de cette question est évidente dans le fait de distinguer entre les deux termes. Autrement dit, l'éloignement n'indique pas l'absence totale des citoyens des affaires publiques, mais plutôt leurs

⁴⁵ DICTIONNAIRE LAROUSSE, *citoyen*, disponible sous : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/citoyen/16241> (consulté le 12 janvier 2024).

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ AITAMURTO Tanja / BACHOFEN Blaise / CRÉPON Marc / FATIN-ROUGE STÉFANINI Marthe / LEYRIT Christian / MABI Clément / PERRINEAU Pascal / SAINT-BONNET François / TAILLON Patrick / TAVOILLOT Pierre-Henri, *La démocratie participative*, Éditions du Seuil, 2020, pp. 6-7 (cité : AITAMURTO et al.).

⁴⁹ DICTIONNAIRE LAROUSSE, *civique*, disponible sous : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/civique/16283> (consulté le 15 janvier 2024).

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ MANIN Bernard, *Principes du gouvernement représentatif*, Champs essais, 2019, p. 17 ss (cité : MANIN).

⁵² AITAMURTO et al., p. 44.

mises à l'écart, c'est-à-dire qu'ils sont marginalisés plutôt qu'exclus pour diverses raisons⁵³. Certes, cet éloignement revêt à son tour différents aspects. Il présente également des situations concrètes qu'il est nécessaire de les aborder au niveau de la présente étude. Ces situations confirment l'influence de l'éloignement sur la jouissance par les citoyens de leurs droits, ainsi que sur leur participation aux affaires publiques et à la prise de décision, ce qui créerait une divergence entre eux et les personnes élues en position de décision. C'est ce qui nous amène à poser notre problématique, à savoir quels sont les aspects qui consacrent l'éloignement des citoyens de la prise de décision ?

Pour cette raison, nous aborderons dans cet article les aspects les plus importants qui incarnent cet éloignement, en particulier les aspects sociologiques, c'est-à-dire l'impact de la société à cet égard, principalement la divergence mentionnée ci-dessus entre l'électeur et l'élus, conduisant à une distinction *de facto* entre les deux (**Première partie**).

Les aspects juridiques doivent également être abordés, en prenant l'exemple du Conseil constitutionnel français. Ces aspects consacrent *de jure* l'éloignement des citoyens. L'importance de les appréhender est confirmée par l'établissement de l'éloignement par la Constitution, considérée comme le texte juridique suprême de l'État auquel appartient le citoyen, ce qui approuve notamment la compréhension de ces aspects, entre autres (**Deuxième partie**).

1. Aspects sociologiques : la distinction entre l'électeur et l'élus

Les aspects sociologiques sont ceux liés à l'étude de la société dans le cadre de la participation citoyenne et la jouissance des droits civiques, notamment du droit de vote. Comme indiqué précédemment, l'éloignement des citoyens entraîne une distinction entre eux, en tant qu'électeurs, et le pouvoir représenté par les élus. Cette distinction peut être induite de ce côté ou de l'autre.

1.1. Une distinction induite par les comportements de l'électeur

Le principe de distinction se caractérise par la supériorité sociale des élus vis-à-vis de l'électorat⁵⁴, ce qui exacerbe considérablement les inégalités et crée une distance au niveau des considérations électorales. Cette distinction a progressivement conduit à un éloignement croissant de la

⁵³ *Ibid.*, p. 45.

⁵⁴ MANIN, p. 125.

participation des citoyens aux affaires publiques. Elle se manifeste dans la manière dont l'électeur lui-même contribue par son comportement.

Dans ce contexte, le rôle de la préférence des personnes est mis en évidence. En effet, la préférence des électeurs pour un candidat plutôt qu'un autre lors d'une élection ne nécessite aucune justification de leur part. Ils n'ont pas de normes uniformes pour faire le choix entre les candidats, c'est-à-dire que chaque électeur dispose de sa propre vision qui diffère de celle des autres électeurs⁵⁵. La balance peut donc pencher en faveur du candidat sans aucune raison liée à son programme électoral. Cela renforcerait également le pouvoir arbitraire des électeurs de faire leurs propres préférences en fonction de leurs intérêts étroits.

Les statistiques montrent que lors de l'élection présidentielle de 2017, les français ont passé moins de 4 minutes à lire chaque programme électoral, ce qui conduit à conclure que leur choix ne reposait pas sur les promesses des candidats mais sur des préférences indéterminées⁵⁶. Cela créera par la suite une distance, entre l'électeur et le candidat, établie par l'électeur lui-même de sorte qu'il n'aura pas l'opportunité de participer à la prise de décision, avec les élus, en raison de sa méconnaissance de leurs programmes électoraux.

Outre cette préférence, il convient de mentionner un autre aspect qui renforce encore la distinction dans le contexte électoral, à savoir la dynamique de situation de choix. En effet, pour que l'électeur puisse déterminer son choix d'un candidat en particulier, il choisit celui qui possède une ou plusieurs qualités qui le distinguent des autres. Autrement dit, les électeurs auront du mal à faire la distinction entre les candidats⁵⁷ et à faire un choix si ces derniers manquent de qualités distinctives et uniques, quelle que soit la manière dont ces qualités ont été acquises. L'exemple de l'Angleterre à l'époque moderne est pertinent car il y eut des candidats ayant la qualité de prestige, qui est considérée comme rare et non accessible à tous. Ces candidats sont ainsi favorisés par les électeurs. Ces derniers ont tendance à les suivre, voire à les imiter, tout en estimant que les candidats qui ne

⁵⁵ *Ibid.*, p. 176.

⁵⁶ CANDAU Marion, EURACTIV, *Les Français consacrent moins de 4 minutes par programme électoral*, 18 avril 2017, disponible sous: <https://www.euractiv.fr/section/elections/news/les-francais-consacrent-moins-de-4-minutes-par-programme-electoral/> (consulté le 16 janvier 2024).

⁵⁷ MANIN, p. 179.

possèdent pas une telle qualité ne sont pas qualifiés pour être élus à la Chambre des Communes⁵⁸, la chambre basse du Parlement.

Cependant, ces qualités distinctives, admirées et appréciées de l'électeur, le placeraient dans une position inférieure par rapport à l'élus⁵⁹, d'une manière qui compromet l'égalité entre les deux. En d'autres termes, si ces qualités aident l'électeur à faire des choix, elles le rendent inapte à participer aux décisions avec les élus puisqu'il ne possède pas les mêmes qualités. De cette manière, les électeurs, qui sont également citoyens, s'éloignent volontairement ou involontairement de la participation aux considérations politiques, renforçant ainsi le principe de distinction. Cet aspect est rapidement détecté par les candidats, ils l'anticipent donc lors de leurs campagnes en mettant en avant leurs traits distinctifs⁶⁰. Cela rassurera les candidats et permettra ainsi une prise de décision relativement indépendante des citoyens.

L'élection présidentielle américaine de 2016 a confirmé ce point. Le choix des électeurs pour Donald Trump peut s'expliquer par le fait qu'il possède des qualités différentes de celles des autres candidats. Cela se reflète principalement dans son discours, utilisant un vocabulaire simple et compréhensible par les électeurs. En fait, avec ce discours, il a tenté d'apaiser les émotions de son auditoire en touchant leurs instincts politiques primaires. La simplicité du discours politique conduit donc les candidats à afficher la qualité dite d'honnêteté car les électeurs ne font plus confiance aux discours complexes⁶¹.

1.2. Une distinction induite par les comportements de l'élus

Le principe de distinction mentionné ci-dessus a été confirmé dans le contexte électoral, après avoir abordé des aspects de la société auxquels le citoyen a contribué en sa qualité d'électeur. Mais ce dernier n'est pas seul responsable de son éloignement des considérations électorales et politiques. En effet, il y a d'autres aspects sociologiques dont l'élus a contribué. Celui-ci doit être remarqué

⁵⁸ *Ibid.*, p. 128.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 131.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 180.

⁶¹ RTS, *Donald Trump se démarque par son vocabulaire d'enfant de 10 ans*, 19 décembre 2015, disponible sous: <https://www.rts.ch/info/monde/7354263-donald-trump-se-demarque-par-son-vocabulaire-denfant-de-10-ans.html> (consulté le 15 janvier 2024).

positivement par les électeurs dans la mesure où il attire leur attention pour qu'il soit connu et saillant⁶², ce qui nécessite de soulever l'aspect des contraintes cognitives. En ce sens, l'élection fait ressortir les personnes se démarquant de la masse populaire, qui sont subjectivement considérées comme supérieures. La campagne électorale doit donc s'appuyer sur cet aspect, puisqu'elle vise à mobiliser le capital cognitif des électeurs pour que les capacités du candidat soient reconnues⁶³. Ceci va confirmer la supériorité de ce dernier puisqu'il possède des caractères remarquables.

Il convient ici de noter que les contraintes liées à la connaissance auront les mêmes effets que les contraintes liées à la dynamique de la situation de choix, puisque les deux idées suggèrent que l'avantage des élus réside dans des qualités spécifiques⁶⁴. Mais la différence devient évidente puisque le trait distinctif du candidat se fait connaître principalement durant la campagne, de sorte qu'il met le moins de temps à être découvert par l'électeur, qui essaie lui-même de faire l'effort et détecter ce trait afin de faire son choix. Les contraintes cognitives, en revanche, nécessitent plus de temps, c'est-à-dire que le candidat doit déjà être connu pour des actions réalisées, et qui s'imposent à l'électeur en les mémorisant, tout comme le candidat qui essaie de les rappeler pendant la campagne.

L'idée de contraintes cognitives peut être observée en France avec l'exemple du général De Gaulle. Ce dernier était considéré comme le libérateur de la France des nazis après la Seconde Guerre mondiale en 1944. Il possédait donc des qualités cognitives qui l'ont amené à attirer activement l'attention des français⁶⁵. C'était l'une des principales raisons pour lesquelles il a dominé l'élection présidentielle de 1958 et de 1965, ainsi que le référendum qu'il proposait pour établir la Ve République⁶⁶. Dans ce cas, la connaissance qu'avaient les français du général De Gaulle, lors de la libération de la France aux années 1940, a pu le distinguer et lui donner un avantage électoral qui a confirmé sa supériorité.

⁶² MANIN, p. 182.

⁶³ *Ibid.*, p. 184.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 183.

⁶⁵ MARCOT François / OULMONT Philippe, BIBLIOTHÈQUE NATIONALE DE FRANCE, *Charles de Gaulle, héros ou grand homme ?*, 2004, disponible sous: http://classes.bnf.fr/heros/arret/03_4_3.htm (consulté le 17 janvier 2024).

⁶⁶ *Ibid.*

Un dernier point qui peut être évoqué dans le cadre de la distinction concerne le coût de diffusion de l'information, qui est tout aussi important. En effet, pour qu'un candidat puisse démontrer ses qualités aux électeurs, il doit passer par une campagne électorale qui lui permet de se présenter de la manière souhaitée. Cependant, cette campagne est coûteuse, ce qui signifie que le candidat aura besoin de ressources financières importantes pour financer sa campagne⁶⁷. Cette dernière favorise alors les catégories sociales fortunées, aussi bien celles qui se présentent aux élections que celles qui vont financer la campagne en soutenant un candidat. Dans les deux cas, cet aspect constitue un facteur inégalitaire⁶⁸ qui renforce davantage la distinction entre l'électeur et l'élu, et la supériorité sociale de ce dernier.

Historiquement, cet aspect a longtemps persisté en Angleterre à l'époque moderne. Les réformes apportées par la révolution au XVII^e siècle n'ont pas réussi à empêcher l'élection de dirigeants issus de l'élite, en raison du coût exorbitant des campagnes⁶⁹. Les partis des personnes fortunées sont ainsi avantagés, ce qui fut un facteur décisif dans la création des partis de masse au XIX^e siècle, dont le but était de récolter des fonds grâce aux dons des citoyens les moins fortunés. Cependant, cela n'a pas pu résister au privilège de la fortune en raison des disparités économiques⁷⁰. Pour cette raison, les candidats préfèrent demander l'aide des riches pour financer leurs dépenses électorales. Ils ont donc contribué, d'une manière ou d'une autre, à renforcer les inégalités sachant que cette question n'a reçu une véritable attention que dans la deuxième moitié du XX^e siècle⁷¹.

Néanmoins, cet aspect peut être minimisé grâce à un financement public et contrôlé de ces campagnes⁷². Ce contrôle est devenu de plus en plus important, surtout vers la fin du siècle dernier. Par exemple, les États-Unis ont adopté la loi sur les campagnes électorales fédérales (FECA) en

⁶⁷ MANIN, p. 184.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 184-185.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 128-129.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 185.

⁷¹ *Ibid.*, p. 185 ss.

⁷² *Ibid.*

1971⁷³. Elle oblige les candidats à divulguer les sources de financement de leurs campagnes⁷⁴. Ceci va être suivi par la création de la Commission électorale fédérale (FEC) en 1974 afin de mettre en œuvre la loi susmentionnée⁷⁵.

En France, le financement des partis politiques et des campagnes électorales est réglementé depuis 1988 en déterminant les ressources éligibles⁷⁶ en vertu d'une loi relative à la transparence financière de la vie politique⁷⁷. En ce sens, les campagnes liées à l'élection présidentielle de 2012 ont été controversées. Le président sortant Nicolas Sarkozy a été accusé d'avoir violé les lois françaises sur le financement des campagnes électorales dans l'Affaire Bygmalion. La Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) a rejeté les comptes de campagne de Sarkozy⁷⁸, ce qui a été confirmé par le Conseil constitutionnel (CC) le 4 juillet 2013⁷⁹. Cette question a ensuite fait l'objet d'une enquête⁸⁰.

2. Aspects juridiques : l'exemple du Conseil constitutionnel

La première partie a confirmé l'éloignement des citoyens des affaires publiques, phénomène qui se manifeste depuis les élections en consacrant la supériorité des candidats pour des raisons liées aux comportements de la société. Par ailleurs, les textes juridiques consolident les aspects

⁷³ FEDERAL ELECTION COMMISSION, *Legislation*, disponible sous: <https://www.fec.gov/legal-resources/legislation/> (consulté le 17 janvier 2024).

⁷⁴ *Federal Election Campaign Act of 1971 (Public Law 92-225)*

⁷⁵ PADILLA-BABILONIA Alvin, *Reforming the Federal Election Commission: Storable Voting*, *Wyoming Law Review*, 2020, vol. 20, n° 2, art. 6, p. 290 (cité : PADILLA-BABILONIA).

⁷⁶ SÉNAT DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, *Le financement de la vie politique*, disponible sous: <https://www.senat.fr/connaitre-le-senat/role-et-fonctionnement/le-financement-de-la-vie-politique.html> (consulté le 18 janvier 2024).

⁷⁷ Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique (JORF n° 0061 du 12 mars 1988).

⁷⁸ LAZARD Violette, *Bigmagouilles*, Stock, 2014, p. 2 (cité : LAZARD).

⁷⁹ Décision n° 2013-156 PDR du 4 juillet 2013 (JORF n°0155 du 6 juillet 2013).

⁸⁰ LAZARD, p. 3.

sociologiques, établissant davantage cet éloignement. Dans ce contexte, il est possible de prendre comme exemple le Conseil constitutionnel français, qui met en lumière cette question.

2.1. Un Conseil constitutionnel réservé pour les institutions

L'aspect juridique met clairement en évidence l'éloignement des citoyens, notamment lorsqu'il s'agit de la Constitution, la loi fondamentale d'un État qui se trouve au sommet de la hiérarchie des normes⁸¹. C'est pour cette raison que la plupart des pays du monde mettent en place une juridiction constitutionnelle destinée à protéger cette hiérarchie et à assurer la suprématie du texte constitutionnel⁸². L'objet de cette juridiction est donc de faire respecter les dispositions de la Constitution. Celle-ci fixe généralement l'organisation des institutions de l'État⁸³.

Cependant, le fonctionnement des juridictions constitutionnelles prend une forme qui entrave leur accès aux citoyens, les mettant ainsi à l'écart des questions liées aux institutions de l'État. En d'autres termes, la saisine des juridictions constitutionnelles s'adresse aux personnes qui y parviennent en leur qualité⁸⁴, en tant que représentants des institutions, et non aux particuliers. Ce qui le confirme, c'est le texte constitutionnel des différents pays mettant en œuvre une telle juridiction. L'article 61 de la Constitution française⁸⁵ prévoit par exemple que les personnes susceptibles de saisir le Conseil constitutionnel sont le Président de la République, le Premier ministre et les deux présidents du Parlement bicaméral, c'est-à-dire le Président de l'Assemblée

⁸¹ MILLARD Éric, *La hiérarchie des normes : Une critique sur un fondement empiriste*, *Revus*, 2013, n° 21, p. 166 (cité : MILLARD).

⁸² MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel / HERTIG RANDALL Maya / FLÜCKIGER Alexandre, *Droit constitutionnel suisse*, Stämpfli Editions, vol. 1, 2021, p. 706 (cité : MALINVERNI et al.).

⁸³ *Ibid.*, pp. 9-10.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 708-713.

⁸⁵ Constitution de la République française du 4 octobre 1958.

nationale et celui du Sénat⁸⁶. Une réforme constitutionnelle de 1974⁸⁷ a également accordé la possibilité de saisine à soixante parlementaires, qu'il s'agisse de soixante députés ou de soixante sénateurs⁸⁸. De ce point de vue, il ressort que le Conseil Constitutionnel est réservé aux institutions, en ce qui concerne la protection des dispositions liées à l'organisation et au fonctionnement de l'État⁸⁹. Les citoyens s'en retrouvent ainsi absents de la participation en vertu de la Constitution. Cette absence est plus évidente depuis le processus électoral, puisque la juridiction constitutionnelle peut veiller au bon déroulement des élections et des référendums⁹⁰. Selon l'interprétation des articles 11 et 89 de la Constitution française⁹¹, le Conseil constitutionnel, en tant que gardien de la Constitution, confirme l'examen des litiges en matière électorale et référendaire⁹². Cela confirme les aspects sociologiques en termes d'éloignement des citoyens des considérations électorales.

Le recours aux juridictions constitutionnelles n'est pas le seul à être réservé aux institutions de l'État. En effet, le mode de nomination de ses membres, à savoir les juges constitutionnels, remonte essentiellement aux mêmes institutions. Les citoyens n'y participent donc pas. En France, le Président de la République nomme un tiers des membres du Conseil constitutionnel conformément à l'art. 56 de la Constitution⁹³. Les deux autres tiers sont choisis par les présidents des deux

⁸⁶ CC, *La place du Conseil constitutionnel dans les institutions de la Ve République*, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-place-du-conseil-constitutionnel-dans-les-institutions-de-la-ve-republique> (consulté le 22 janvier 2024).

⁸⁷ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre portant révision de l'article 61 de la Constitution (JORF n° 0255 du 30 octobre 1974).

⁸⁸ CC, *Comment saisir le Conseil constitutionnel ?*, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-conseil-constitutionnel/comment-saisir-le-conseil-constitutionnel> (consulté le 22 janvier 2024).

⁸⁹ CC, *Qui peut saisir le Conseil constitutionnel ?*, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/saisir-le-conseil/qui-peut-saisir-le-conseil-constitutionnel> (consulté le 22 janvier 2024).

⁹⁰ MALINVERNI et al., p. 707.

⁹¹ Constitution de la République française (France) du 4 octobre 1958.

⁹² CC, *Le rôle du Conseil constitutionnel dans le contrôle des élections présidentielles et des opérations de référendum*, avril 2013, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/le-role-du-conseil-constitutionnel-dans-le-controle-des-elections-presidentielles-et-des-operations> (consulté le 25 janvier 2024).

⁹³ Constitution de la République française du 4 octobre 1958.

chambres du Parlement à part égale⁹⁴. Cette nomination est, à son tour, soumise à des considérations politiques, la plupart des juges constitutionnels étant issus d'une carrière politique, ce qui contribue à éloigner davantage les citoyens du Conseil constitutionnel et à privilégier ceux qui étaient au pouvoir⁹⁵.

2.2. Le système du filtrage : confirmation de l'éloignement

Le texte constitutionnel ne comprend pas seulement des dispositions liées au fonctionnement de l'État. Il doit également inclure des dispositions relatives au respect des droits et libertés des citoyens contre toute violation afin d'être conforme à un régime démocratique⁹⁶. Se pose alors la question de savoir si, dans ce cas, les citoyens peuvent enfin saisir le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire savoir si ce dernier est accessible aux citoyens afin qu'ils puissent protéger leurs propres droits et libertés.

En ce sens, la réforme constitutionnelle de 2008 visant à moderniser les institutions de la République⁹⁷ a relativement facilité l'ouverture du Conseil constitutionnel à d'autres personnes que les représentants des institutions de l'État⁹⁸. Les citoyens parties à un litige devant la justice française peuvent faire parvenir leurs demandes indirectement au Conseil constitutionnel, en faisant valoir qu'une disposition législative viole leurs droits fondamentaux protégés par la Constitution⁹⁹.

⁹⁴ CC, *Statut des membres*, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/statut-des-membres> (consulté le 25 janvier 2024).

⁹⁵ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique / LEMAIRE Elina, *Controverses, Revue française de droit constitutionnel*, PUF, 2022, pp. 535-536 (cité : CHAMPEIL-DESPLATS / LEMAIRE).

⁹⁶ AFROUKH Mustapha, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2023, p. 106 (cité : AFROUKH).

⁹⁷ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 portant de modernisation des institutions de la Ve République (JORF n° 0171 du 24 juillet 2008).

⁹⁸ FATIN-ROUGE STÉFANINI Marthe, *Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions*, *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, vol. 2, n° 78, p. 283 (cité : FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Révision 2008*).

⁹⁹ CC, *La mise en place de la révision constitutionnelle en France et la question préjudicielle de constitutionnalité*, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/la-mise-en-place-de-la-revision-constitutionnelle-en-france-et-la-question-prejudicielle-de> (consulté le 22 janvier 2024).

Toutefois, cela est soumis à des conditions. Dans ce cas, les deux hautes juridictions administrative et judiciaire, le Conseil d'État et la Cour de cassation¹⁰⁰, filtrent la demande en cause, en fonction de son caractère sérieux, de l'applicabilité de la disposition législative en cause au litige et de l'absence d'examen préalable de cette disposition par le Conseil constitutionnel pour confirmer sa constitutionnalité. Si ces trois conditions sont remplies, le Conseil d'État ou la Cour de cassation, selon le cas, saisira le Conseil constitutionnel pour examen conformément à l'art. 61-1 de la Constitution¹⁰¹. Ici, il convient de reconnaître que la mise en place d'un filtrage puissant¹⁰² des demandes des citoyens avant de parvenir au Conseil constitutionnel, vise à réduire autant que possible le nombre des affaires portées devant cette juridiction¹⁰³. Les modalités du filtrage diffèrent d'un pays à l'autre selon le fonctionnement des juridictions constitutionnelles¹⁰⁴. Le système du filtrage confirme alors que les citoyens, s'ils ne sont pas complètement exclus des considérations politiques, n'y participent pas de manière souple, puisque le recours à une juridiction constitutionnelle pour leurs droits fondamentaux se fait à travers un organe intermédiaire¹⁰⁵.

Conclusion

Pour conclure, il convient de constater que l'éloignement des citoyens de la participation à la prise de décision est un phénomène basé sur la relation avec les personnes au pouvoir, à différentes étapes à partir du processus électoral. Cet éloignement, qui remonte historiquement à des siècles, évolue selon le contexte, les événements et le lieu.

¹⁰⁰ FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Révision 2008*, p. 281.

¹⁰¹ CC, *La réforme du système français de protection des droits et libertés fondamentaux*, mars 2010, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/la-reforme-du-systeme-francais-de-protection-des-droits-et-libertes-fondamentaux> (consulté le 22 janvier 2024).

¹⁰² MALHIÈRE Fanny, *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, Mission de recherche Droit et Justice, 2017, p. 11 (cité : MALHIÈRE).

¹⁰³ FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Révision 2008*, p. 283.

¹⁰⁴ CC, *Cours constitutionnelles étrangères*, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/activites-internationales/cours-constitutionnelles-etrangees> (consulté le 22 janvier 2024).

¹⁰⁵ FATIN-ROUGE STÉFANINI Marthe, *Le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage des questions de constitutionnalité : étude comparée*, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2011, n° 27, p. 11 (cité : FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Le rôle du juge constitutionnel*).

L'éloignement des citoyens est établi *de facto*, c'est-à-dire que la réalité de la société l'impose à travers divers comportements qui ont une influence à cet égard. C'est ce qui a été appréhendé, par exemple, dans la distinction entre l'électeur et l'élu par les différents aspects qui placent ce dernier dans une supériorité qui renforce par la suite la mise à l'écart des citoyens. Cet éloignement est également établi *de jure*, puisque les règles juridiques, notamment la Constitution en raison de sa suprématie, imposent des conditions concrètes qui empêchent les citoyens de participer au fonctionnement des institutions de l'État et entravent la protection de leurs droits et libertés. En ce sens, nous avons pris comme exemple le Conseil constitutionnel français.

Quoi qu'il en soit, les différents aspects abordés, dont nous avons compris les particularités, confirment qu'il est possible de surmonter les obstacles présents. En effet, même si la distinction qui existe lors des élections est socialement imposée, la façon optimale de la contrôler émane de la loi. L'adoption de règles juridiques est en mesure de minimiser la supériorité de l'élu, notamment en ce qui concerne le coût de diffusion de l'information. À cet égard, un cadre juridique en la matière, comme en France ou aux États-Unis a eu son impact.

Quant au fonctionnement des juridictions constitutionnelles et les difficultés à l'éloignement des citoyens, un ensemble de mesures pourrait suffire à les rapprocher de la participation au processus décisionnel, par exemple en France à travers des réformes profondes qui incluent la révision de la composition du Conseil constitutionnel, voire le mode de nomination des juges constitutionnels pour que les citoyens s'estiment bien représentés lors de la défense de leurs droits et libertés. Par ailleurs, le mode de saisine du Conseil constitutionnel pourrait être élargi de manière à renforcer la participation des citoyens aux affaires publiques, d'autant plus que ce Conseil joue un rôle important en statuant sur la constitutionnalité de questions controversées¹⁰⁶, telles que la décision relative à la gestion de la crise sanitaire du Covid-19 le 5 août 2021¹⁰⁷, ou plus récemment celle liée à la loi sur l'immigration¹⁰⁸ ainsi que d'autres sujets de préoccupation que le citoyen souhaite y participer.

¹⁰⁶ CC, *L'enrichissement des techniques de contrôle*, novembre 2009, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/la-reforme-du-systeme-francais-de-protection-des-droits-et-libertes-fondamentaux> (consulté le 23 janvier 2024).

¹⁰⁷ Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021 (JORF n°0181 du 6 août 2021).

¹⁰⁸ Décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024 (JORF n°0022 du 27 janvier 2024).

Bibliographie

1. Doctrine

Ouvrages

AFROUKH Mustapha, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2023 (cité : AFROUKH).

AITAMURTO Tanja / BACHOFEN Blaise / CRÉPON Marc / FATIN-ROUGE STÉFANINI Marthe / LEYRIT Christian / MABI Clément / PERRINEAU Pascal / SAINT-BONNET François / TAILLON Patrick / TAVOILLOT Pierre-Henri, *La démocratie participative*, Éditions du Seuil, 2020 (cité : AITAMURTO et al.).

LAZARD Violette, *Bigmagouilles*, Stock, 2014 (cité : LAZARD).

MALHIÈRE Fanny, *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, Mission de recherche Droit et Justice, 2017 (cité : MALHIÈRE).

MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel / HERTIG RANDALL Maya / FLÜCKIGER Alexandre, *Droit constitutionnel suisse*, Stämpfli Editions, vol. 1, 2021 (cité : MALINVERNI et al.).

MANIN Bernard, *Principes du gouvernement représentatif*, Champs essais, 2019 (cité : MANIN).

Articles

Articles scientifiques

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique / LEMAIRE Elina, *Controverses*, *Revue française de droit constitutionnel*, PUF, 2022, pp. 531-543 (cité : CHAMPEIL-DESPLATS / LEMAIRE).

FATIN-ROUGE STÉFANINI Marthe, *Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions*, *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, vol. 2, n° 78, pp. 269-298 (cité : FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Révision 2008*).

FATIN-ROUGE STÉFANINI Marthe, *Le rôle du juge constitutionnel dans le filtrage des questions de constitutionnalité : étude comparée*, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2011, n° 27, pp. 11-13 (cité : FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Le rôle du juge constitutionnel*).

MILLARD Éric, *La hiérarchie des normes : Une critique sur un fondement empiriste*, *Revus*, 2013, n° 21, pp. 163-199 (cité : MILLARD).

PADILLA-BABILONIA Alvin, *Reforming the Federal Election Commission: Storable Voting*, *Wyoming Law Review*, 2020, vol. 20, n° 2, art. 6, pp. 287-317 (cité : PADILLA-BABILONIA).

Articles de presse

CANAU Marion, EURACTIV, *Les Français consacrent moins de 4 minutes par programme électoral*, 18 avril 2017, disponible sous: <https://www.euractiv.fr/section/elections/news/les-francais-consacrent-moins-de-4-minutes-par-programme-electoral/> (consulté le 16 janvier 2024).

RTS, *Donald Trump se démarque par son vocabulaire d'enfant de 10 ans*, 19 décembre 2015, disponible sous: <https://www.rts.ch/info/monde/7354263-donald-trump-se-demarque-par-son-vocabulaire-denfant-de-10-ans.html> (consulté le 15 janvier 2024).

2. Législation

Droit américain

Federal Election Campaign Act of 1971 (Public Law 92-225).

Droit français

Constitution de la République française du 4 octobre 1958.

Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution (JORF n° 0255 du 30 octobre 1974).

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 portant de modernisation des institutions de la Ve République (JORF n° 0171 du 24 juillet 2008).

3. Jurisprudence

Jurisprudence française

Décision n° 2013-156 PDR du 4 juillet 2013 (JORF n°0155 du 6 juillet 2013).

Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021 (JORF n°0181 du 6 août 2021).

Décision n° 2023-863 DC du 25 janvier 2024 (JORF n°0022 du 27 janvier 2024).

4. Documents officiels

Institutions américaines

FEDERAL ELECTION COMMISSION, *Legislation*, disponible sous : <https://www.fec.gov/legal-resources/legislation/> (consulté le 17 janvier 2024).

Institutions françaises

CC, *Comment saisir le Conseil constitutionnel ?*, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-conseil-constitutionnel/comment-saisir-le-conseil-constitutionnel> (consulté le 22 janvier 2024).

CC, *Cours constitutionnelles étrangères*, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/activites-internationales/cours-constitutionnelles-etrangees> (consulté le 22 janvier 2024).

CC, *La mise en place de la révision constitutionnelle en France et la question préjudicielle de constitutionnalité*, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/la-mise-en-place-de-la-revision-constitutionnelle-en-france-et-la-question-prejudicielle-de> (consulté le 22 janvier 2024).

CC, *La place du Conseil constitutionnel dans les institutions de la Ve République*, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-place-du-conseil-constitutionnel-dans-les-institutions-de-la-ve-republique> (consulté le 22 janvier 2024).

CC, *La réforme du système français de protection des droits et libertés fondamentaux*, mars 2010, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/la-reforme-du-systeme-francais-de-protection-des-droits-et-libertes-fondamentaux> (consulté le 22 janvier 2024).

CC, *Le rôle du Conseil constitutionnel dans le contrôle des élections présidentielles et des opérations de référendum*, avril 2013, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/le-role-du-conseil-constitutionnel-dans-le-contrôle-des-elections-presidentielles-et-des-operations> (consulté le 25 janvier 2024).

CC, *L'enrichissement des techniques de contrôle*, novembre 2009, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/la-reforme-du-systeme-francais-de-protection-des-droits-et-libertes-fondamentaux> (consulté le 23 janvier 2024).

CC, *Qui peut saisir le Conseil constitutionnel ?*, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/saisir-le-conseil/qui-peut-saisir-le-conseil-constitutionnel> (consulté le 22 janvier 2024).

CC, *Statut des membres*, disponible sous : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/statut-des-membres> (consulté le 25 janvier 2024).

MARCOT François / OULMONT Philippe, BIBLIOTHÈQUE NATIONALE DE FRANCE, *Charles de Gaulle, héros ou grand homme ?*, 2004, disponible sous: http://classes.bnf.fr/heros/arret/03_4_3.htm (consulté le 17 janvier 2024).

SÉNAT DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, *Le financement de la vie politique*, disponible sous: <https://www.senat.fr/connaitre-le-senat/role-et-fonctionnement/le-financement-de-la-vie-politique.html> (consulté le 18 janvier 2024).

Le droit des femmes et les systèmes régionaux de protection internationale des droits de l'homme

Farah El Barnachawy

Abstract

This article seeks to compare women's rights in the three regional systems for the protection of human rights based on the African Charter on Human and People's Rights, the American Convention on Human Rights (Pact of San José) and the European Convention on Human Rights. Particularly, this article delves into a comparison of the substantive notions of vulnerability, discrimination, and gender-based violence and the legal obligations by which States must protect human rights in light of women's reproductive and sexual rights. The article also analyzes the extent to which regional mechanisms and human rights Courts place intersectional approaches at the crux of their reasoning.

Résumé

Cet article vise à comparer les droits des femmes dans les trois systèmes régionaux de protection des droits de l'homme basés sur la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la Convention américaine des droits de l'homme (Pacte de San José) et la Convention européenne des droits de l'homme. En particulier, cet article compare les notions de vulnérabilité, de discrimination et de violence fondée sur le genre, ainsi que les obligations juridiques qui incombent aux États en matière de protection des droits de l'homme à la lumière des droits reproductifs et sexuels des femmes. L'article analyse également la mesure dans laquelle les mécanismes régionaux et les droits de l'homme placent les approches intersectionnelles au cœur de leur raisonnement.

Table des Matières

I. Comparaison des notions substantielles entre les trois systèmes régionaux

- A. Les notions de personnes vulnérables, violence et discrimination a regard des femmes
- B. L'obligation de diligence incombant aux états : outil de prévention et réponse

II. Intégration et prise en compte de nouveaux éléments identitaires

- A. Protection des droits reproductifs et sexuels
- B. Intégration croissante de l'approche intersectionnelle

“Me dijeron que iban a hacerme una revisión para ver si tenía drogas o algo dentro de la vagina. Yo no quise eso. Yo les dije que no. Me rehusé a eso, pero fue peor, pensaron que realmente tenía algo, sino porque tanta resistencia, me dijeron. Entonces me opuse, pero vi como el dedo entró y yo gritaba y movía y me agarraron de los dos brazos, me agarraron de las piernas y en cuestión de segundos estaba sangrando, me dejaron sangrando y sangre por la vagina. Luego fui, no fui atendida, y después me seguían agarrando y después sentí que varios dedos entraban, uno después de otros y lo único que veía eran caras, caras encapuchadas, varias alrededor de la camilla, al frente, a los costados. Miraba hacia atrás, algunos se reían, me agarraban de las piernas, yo seguía gritando “no, no” pero duró eso un rato hasta que alguien me tiró una sábana” - une victime dans l’affaire de Miguel Castro Castro

“I was only 10 or 11 years old, when my father decided to circumcise me. I was to become the fifth wife to a 70-year-old man. I talked to my class teacher and she informed the police chief. Just two hours before the cutting ceremony, the police came and took me away” - Purity Soinato Oiyie

One in three women in the EU has been a victim of physical and/or sexual violence since the age of 15. One in 20 women have been raped. 55% of women have experienced sexual harassment. One in three women has experienced psychological abusive behaviour by a partner. One in three women has experienced physical or sexual violence by an adult during childhood. The large majority of incidents of violence against women do not come to the attention of the police. Only around 30% of victims of violence report the most serious incidents to the police.

Ce sont les mots et les statistiques de victimes de violences à l’égard de femmes, avec pour seul motif d’être une femme, en provenance de trois endroits différents du monde : l’Amérique, l’Afrique et l’Europe. La violence à l’égard des femmes revêt de différentes formes et est une souffrance universelle nécessitant une réponse elle aussi universelle. Comme l’a exprimé Virginia Woolf « *there are still many ghosts to fight, many prejudices to overcome* »¹⁰⁹ et c’est dans cet esprit que s’insèrent les trois instruments régionaux ayant pour objectif de protéger les droits des femmes. La Convention Interaméricaine sur la prévention, la sanction et l’élimination de la violence

¹⁰⁹ Profession for Women, 1942.

contre les femmes, dite la Convention de Belém do Pará, adoptée le 9 juin 1994¹¹⁰ offre, au-delà d'une apparente orientation très spécifique, de nombreuses dispositions se référant aux droits de la femme en général. De tous les traités du système interaméricain des droits de l'homme elle est la convention la plus ratifiée.

En Afrique, c'est le Protocole à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux Droits des Femmes, le Protocole de Maputo adopté le 1^{er} juillet 2003 qui régit la matière¹¹¹. Le protocole protège les droits civils et politiques des femmes, leurs droits économiques, sociaux et culturels ainsi que leurs droits collectifs. Le Protocole de Maputo étend les instruments des Nations Unies sur les droits des femmes. Le Protocole consacre également l'intégration des droits de l'homme et de l'égalité des sexes dans les affaires africaines, un objectif de l'Union Africaine. Ce protocole est un instrument innovateur, relativement aux deux autres, et quelques particularités méritent d'être soulignées d'emblée. L'article 13 confère des droits économiques et de protection sociale aux femmes, disposition qui ne se trouve pas dans les deux autres instruments régionaux. Cet article prévoit une égalité de chances en matière d'emploi, d'accès aux activités économiques ainsi qu'une égalité concernant la rémunération pour des emplois de valeur égale. En outre, il octroie une assurance sociale en faveur des femmes travaillant dans le secteur informel et il appelle à la valorisation du travail domestique des femmes parmi d'autres droits économiques. Traditionnellement conçus comme des concepts occidentaux, les droits de l'homme ont parfois été considérés avec suspicion, mais le Protocole de Maputo est le fruit d'un effort d'origine régional élaboré par les Africains pour les Africains. Contrairement à la Charte Africaine, le Protocole s'éloigne de son approche excessivement positive dans son approbation des traditions, valeurs et coutumes africaines reconnaissant que certaines puissent être discriminatoires et nuisibles aux femmes. Le Protocole de Maputo conçoit la femme comme une entité indépendante et la sépare explicitement de son père/conjoint.¹¹²

¹¹⁰ La Convention est entrée en vigueur le 5 mars 1995. Des 35 États Membres de l'Organisation Américaines des États, 32 l'ont ratifié. Ni le Canada ni les États-Unis ne l'ont signé ou ratifié.

¹¹¹ Le Protocole est entré en vigueur le 25 novembre 2005 et dispose de 49 signatures et 42 ratifications. Le Botswana, l'Égypte et le Maroc n'ont ni signé ni ratifié l'instrument. La réticence à ratifier ce protocole est en soi révélatrice de la situation des droits des femmes en Afrique. Cependant, les instruments de droits de l'homme en Afrique ont historiquement pris beaucoup de temps à être ratifiés et à entrer en vigueur en raison du manque de volonté politique.

¹¹² Articles 13, 15 et 16 Protocole de Maputo, 2003.

En Europe, le droit des femmes est régi par la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, dite la Convention d'Istanbul adoptée le 11 mai 2011.¹¹³ C'est la première convention européenne traitant de la violence à l'égard des femmes, y compris des violences domestiques, qui est juridiquement contraignante et qui autorise à tout État, au-delà des membres du Conseil de l'Europe, à adhérer à la convention¹¹⁴. La Convention définit des standards minimaux que les États doivent incorporer dans leurs législations nationales en matière de prévention de violence à l'égard des femmes, de protection des victimes et de poursuite des auteurs. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et constituant un développement des normes de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), le but ultime de la Convention d'Istanbul est la prévention de toutes les formes de violences couvertes par son champ d'application¹¹⁵. Dans son Préambule, la Convention reconnaît l'inégalité historique, la nature structurelle de la violence fondée sur le genre ainsi que la disproportionnalité du risque à l'égard des femmes.

Alors que le Protocole de Maputo serait l'instrument qui traite du droit des femmes avec un détail inégalé, il existe néanmoins des tendances juridiques qui présentent à la fois des similarités et des différences ainsi que des opportunités et des défis pour les trois systèmes régionaux. Afin d'évaluer cela, il convient d'abord de procéder à une comparaison de la précision de diverses notions substantielles entre les trois systèmes (I). Cette comparaison servira de base pour mieux comprendre la tendance vers l'ouverture des trois systèmes en ce qui concerne l'intégration de nouveaux éléments identitaires (II).

I. Comparaison des notions substantielles entre les trois systèmes régionaux

Les trois systèmes se prévalent d'une utilisation accrue d'une approche qui caractérise certaines personnes comme « personnes vulnérables » ainsi que d'une définition plus précise et élargie des notions de violence et discrimination (A). En outre, il existe un lien constant entre la discrimination

¹¹³ La Convention est entrée en vigueur le 1^{er} août 2014 avec 46 signatures y compris l'Union Européenne et 33 ratifications.

¹¹⁴ Article 81 Convention d'Istanbul, 2011.

¹¹⁵ Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, para. 110.

et la violence à l'égard des femmes nécessitant une réitération de l'obligation de due diligence pour prévenir et répondre à cette violence (B).

A. Les notions de personnes vulnérables, violence et discrimination à l'égard des femmes

C'est le système américain qui est à l'origine de la notion de vulnérabilité ; il s'agit de groupes spécifiques mais aussi de personnes et plus spécifiquement les femmes et les enfants¹¹⁶. S'inspirant du système des Nations Unies, le système interaméricain a été structuré de manière à répondre aux besoins particuliers des personnes et des groupes exposés à un risque accru de violation des droits de l'homme. La Commission a même officiellement intégré cette approche tenant compte de la vulnérabilité dans son plan stratégique pour 2017-2021¹¹⁷. La Cour interaméricaine dans trois arrêts¹¹⁸ a reconnu que les victimes sont des femmes touchées par la pauvreté les rendant ainsi vulnérables aux actes de violence et de discrimination des agents étatiques et des personnes privées.

Dans le système africain, les vulnérables ne sont pas qualifiés explicitement en tant que tels mais le Protocole de Maputo met l'accent sur des groupes qui sont souvent ignorés comme les femmes handicapées¹¹⁹, les femmes en situation de détresse¹²⁰, les femmes exposées au trafic des femmes et aux expériences médicales/scientifiques¹²¹. En ce qui concerne la Convention d'Istanbul, elle ne traite pas la vulnérabilité de la même manière mais détient néanmoins un point commun avec les deux systèmes régionaux dans l'identification d'une personne ou un groupe spécifique comme vulnérable. Quelques facteurs particuliers sont pris en compte : le fait que la personne soit sous le contrôle ou la garde de l'État, l'identification d'une personne/groupe comme étant à risque accru de violations des droits de l'homme par la communauté internationale et les organes des Nations Unies ainsi que le contexte dans lequel la violation a eu lieu. La CEDH a appliqué ce raisonnement dans l'affaire *Talpis c. Italie*¹²², considérant expressément que les autorités nationales doivent prendre en

¹¹⁶ L. BURGOGUE-LARSEN, Les Nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria – Gasteiz*, Universidad del País Vasco, 2009, p. 12.

¹¹⁷ R. CELORIO « Discrimination and The Regional Human Rights Protection Systems: The Enigma of Effectiveness », *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2019, Vol. 40, no. 4, p. 802.

¹¹⁸ CIADH, González et al. c. Mexique, 2009, Inés Fernández Ortega et al. c. Mexique, 2010, Rosenda Cantú et al. c. Mexique, 2010.

¹¹⁹ Article 23, Protocole de Maputo, 2003.

¹²⁰ Article 24, Protocole de Maputo, 2003.

¹²¹ Article 4, Protocole de Maputo, 2003.

¹²² CEDH, *Talpis c. Italie*, 2017, paras. 95-106 ; 126-132. Voir aussi CEDH, *Balsan c. Roumanie*, 2017.

compte les différentes dimensions de la vulnérabilité de la victime comme l'insécurité morale, physique et matérielle, et doivent engager rapidement des poursuites pénales contre les agresseurs lorsque cela est nécessaire. Un espace institutionnel est ainsi ouvert pour traiter les particularités de la situation de la personne concernée et d'établir des obligations de l'État en répondant à ces besoins spécifiques. Cet espace institutionnel permet aussi d'identifier une personne/groupe comme étant vulnérable et d'accroître leur participation au système lui-même et à ses mécanismes. C'est le cas avec les experts en droit des femmes qui ont participé à la rédaction de la Convention d'Istanbul et qui participent actuellement à son suivi. Identifier les vulnérables ouvre la brèche vers l'examen de leur assujettissement à la violence (§1) et à la discrimination (§2), des notions qui ont été davantage clarifiées dans les trois instruments.

§1 Violence à l'égard des femmes

La Convention de Belém do Pará définit la violence contre la femme comme « tout acte ou comportement fondé sur la condition féminine qui cause la mort, des torts ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychiques à la femme, aussi bien dans sa vie publique que dans sa vie privée »¹²³. Alors que la convention prévoit explicitement la compétence consultative de la Cour pour interpréter ses dispositions conformément à l'article 11, elle est moins claire en ce qui concerne sa compétence contentieuse avec un article 12 qui mentionne la seule saisine de la Commission¹²⁴. Mais ces doutes suscitant divers débats doctrinaux furent clarifiés avec l'arrêt Miguel Castro Castro¹²⁵. Dans cette affaire, la Cour interaméricaine aborde directement pour la première fois la question de la violence contre les femmes et prend en considération sa définition dans la convention ouvrant une nouvelle ère pour le droit des femmes dans le système interaméricain. La Cour reconnaît dans cette affaire que les femmes sont considérées non seulement comme des destinataires ordinaires des droits de l'homme mais aussi comme des sujets individuels bénéficiaires de droits en raison de leur condition même de femme¹²⁶. Pour la Cour, l'élément de

¹²³ Article 1, Convention de Belém do Pará, 1994.

¹²⁴ L. BURGOGUE-LARSEN, Les Nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria – Gasteiz*, Universidad del País Vasco, 2009, p. 15.

¹²⁵ CIADH, Miguel Castro Castro c. Pérou, 2006.

¹²⁶ M. FERIA TINTA « Primer caso internacional sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso del penal Miguel Castro Castro; un hito histórico para Latinoamérica », *Revista CEJIL*, 2007, Vol. II no. 3, p. 38

genre recoupaît la violence qui leur était infligée¹²⁷. Lors de son analyse, la Cour a pris en compte des événements spécifiques qui ont eu lieu faisant écho aux éléments de définition à l'article 1 : la souffrance des femmes enceintes pendant l'attaque ; le fait que les femmes ont été forcées d'être nues devant des hommes armés à l'hôpital ; le fait que certaines femmes n'ont reçu aucun complément d'hygiène ; l'inspection vaginale ; l'enfermement ; et le manque d'attention portés aux femmes enceintes avant et après l'accouchement. Le résultat a été de graves souffrances psychologiques et morales et des atteintes à la dignité des prisonnières. En outre, les souffrances physiques auxquelles elles ont été assujetties seraient qualifiées de viol comme les inspections vaginales ont été infligées dans un acte abusif de pouvoir par l'agent étatique. Ce tournant vis-à-vis de la compétence contentieuse résulte probablement du fait qu'en 1997, la Cour était composée uniquement d'hommes alors qu'en 2004 et 2006 elle comptait une femme juge, la juge Cecilia Medina Quiroga, ardente défenseuse des droits des femmes.

Trois jugements ultérieurs contre le Mexique¹²⁸ s'insèrent dans cette ligne pour créer une séquence jurisprudentielle consistante. Il s'agit ici de la compétence de la Cour pour examiner les plaintes déposées sur la base de la Convention Belém do Pará, appliquer son article 1, noter les implications de telles agressions sur la vie familiale et communautaire de la victime et détailler les obligations de diligence incombant sur l'État. Dans l'arrêt González, la Cour précise que « toutes les violations des droits de l'homme commises à l'encontre d'une femme n'impliquent pas nécessairement une violation des dispositions de la Convention Belém do Pará »¹²⁹. Mais la Cour considère les facteurs suivants comme constituant une violence à l'égard des femmes conformément à la définition de l'article 1 : la reconnaissance du Mexique devant la Cour de la gravité du problème de la violence systémique envers les femmes à Juarez accompagnée d'une culture de discrimination ; des rapports d'organisations internationales et organisations non-gouvernementales indiquant que nombre de meurtres commis étaient des manifestations de la violence liée au sexe ; les victimes étaient des jeunes femmes venant de milieux défavorisés qui étaient des travailleuses ou étudiantes ; le cas de nombreuses victimes dans ce contexte ; et les victimes avaient toutes subi des formes d'abus et de violence avant d'être assassinées¹³⁰.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ CIADH, González et al. c. Mexique, 2009, Inés Fernández Ortega et al. c. Mexique, 2010, Rosenda Cantú et al c. Mexique, 2010.

¹²⁹ CIADH, González et al. c. Mexique, 2009, para. 227.

¹³⁰ Ibid, paras. 228-231.

Deux arrêts ultérieurs contre le Mexique confirmèrent également cette conclusion et en s'appuyant sur l'affaire Castro Castro qui se réfère au viol comme une forme paradigmatique de violence dont les conséquences transcendent la personne de la victime¹³¹. La Cour décrit le viol comme une forme de violence qui touche tous les secteurs sociaux conformément au préambule de la Convention. La Cour va jusqu'à considérer que le viol a des effets multiples et interfère dans les zones intimes liées à la vie privée d'une femme, y compris ses valeurs, sa vie sexuelle et sa capacité à adopter des décisions libres, le tout en violation de l'article 11 de la Convention américaine des droits de l'homme¹³². La Cour conclut que le viol, dans les deux arrêts, constitue une torture même s'il ne s'agit que d'un événement isolé ou s'il se produit en dehors des institutions publiques, comme au domicile de la victime¹³³. Elle établit également que les graves souffrances de la victime sont inhérentes à un viol même lorsqu'il n'y a pas de preuve de blessures physiques ou de maladies¹³⁴. Les jugements de la Cour reflètent l'indication expresse contenue dans le préambule de la Convention de Belém do Pará que les droits reconnus ne sont pas des « nouveaux » droits conférés aux femmes, mais relèvent plutôt de droits universellement reconnus déjà présents dans les instruments interaméricains avec un accent particulier sur les femmes¹³⁵.

En comparaison, le Protocole de Maputo contient une définition large de la violence contre les femmes qui est « tous actes perpétrés contre les femmes causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles, psychologiques ou économiques, y compris la menace d'entreprendre de tels actes, l'imposition de restrictions ou la privation arbitraire des libertés fondamentales, que ce soit dans la vie privée ou dans la vie publique, en temps de paix, en

¹³¹ CIADH, Inés Fernández Ortega et al. c. Mexique, 2010 para. 119 ; CIADH, Rosenda Cantú et al c. Mexique, 2010 para. 109.

¹³² CIADH, Inés Fernández Ortega et al. c. Mexique, 2010 para. 129 ; CIADH, Rosenda Cantú et al c. Mexique, 2010 para. 119. Article 11 : Protection de l'honneur et de la dignité de la personne.

¹³³ La Cour applique le critère en trois parties établies dans l'affaire Bueno-Alves c. Argentine 11 mai 2007, para. 79 : 1) l'acte est intentionnel ; 2) il cause de graves souffrances physiques et mentales ; 3) il est commis dans un but précis (CIADH, Inés Fernández Ortega et al. c. Mexique, 2010 para. 120 ; CIADH, Rosenda Cantú et al c. Mexique, 2010 para. 110).

¹³⁴ CIADH, Inés Fernández Ortega et al. c. Mexique, 2010, para. 124 ; CIADH, Rosenda Cantú et al c. Mexique, 2010 para. 114.

¹³⁵ M. FERIA TINTA « Primer caso internacional sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso del penal Miguel Castro Castro; un hito histórico para Latinoamérica », *Revista CEJIL*, 2007, Vol. II, no. 3, p.41.

situation de conflit ou de guerre »¹³⁶. Plus large que la définition américaine, celle-ci couvre tous les domaines dans lesquels les femmes subissent la violence. Son étendue est renforcée par l'exigence de l'article 3 sur la dignité qui stipule que les États doivent protéger les femmes contre toutes les formes de violence, en particulier la violence sexuelle et verbale. La reconnaissance ici de la violence verbale envers les femmes dans un instrument international des droits de l'homme est pionnière. Il convient également de noter que l'État est rendu responsable de la violence, y compris des rapports sexuels forcés dans la sphère privée¹³⁷. Cela laisse entrevoir la possibilité pour les États africains, qui ne l'ont pas encore fait, de légiférer pour rendre le viol conjugal illégal. Curieusement, le Protocole définit le droit des femmes sur la base de leur identification biologique. Les femmes sont définies comme « les personnes de sexe féminin y compris les filles »¹³⁸. La définition est fondée sur la biologie et non sur la construction sociologique du genre, ce qui ouvre la brèche à tout un débat portant sur la différence entre le sexe et le genre. Néanmoins, la force du protocole africain réside dans sa reconnaissance du fait que la violence contre les femmes nécessite une approche holistique. Autrement dit, une approche qui va au-delà de la loi et de la punition pour englober la totalité de la personne dont les droits ont été violés.

La Convention d'Istanbul quant à elle proclame une définition large de la violence comprenant la violence domestique et la violence à l'égard des femmes mais elle distingue les deux. La violence domestique relève de « tous les actes de violence physique, sexuelle, psychologique ou économique commis au sein de la famille ou l'unité familiale ou entre époux ou partenaires, anciens ou actuels, que l'auteur partage ou non la même résidence que la victime »¹³⁹. En revanche la violence contre les femmes comprend « une violation des droits de l'homme et est une forme de discrimination à l'égard des femmes, et désigne tous les actes de violence fondée sur le sexe qui causent ou sont susceptibles de causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles, psychologiques ou économiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée »¹⁴⁰. La définition de la

¹³⁶ Article 1(e), Protocole de Maputo, 2003 : « toute distinction, exclusion, restriction ou tout traitement différencié fondées sur le sexe, et qui ont pour but ou pour effet de compromettre ou d'interdire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quelle que soit leur situation matrimoniale, des droits humains et des libertés fondamentales dans tous les domaines de la vie ».

¹³⁷ Article 4 (2)(a) Protocole de Maputo, 2003.

¹³⁸ Article 1(k) Protocole de Maputo, 2003.

¹³⁹ Article 3(b) Convention d'Istanbul, 2011.

¹⁴⁰ Article 3(a) Convention d'Istanbul, 2011.

violence contre les femmes aurait donc un champ d'application large qui s'applique à toutes les formes de violence en public et en privée. Toutefois, une attention particulière est accordée aux types de violence suivants : psychologique ; harcèlement ; physique ; sexuelle, y compris le viol ; mariage forcé ; mutilations génitales féminines ; avortement forcé et stérilisation forcée ; harcèlement sexuel ; et toute complicité ou tentative de violence contre les femmes¹⁴¹. Cette convention codifie et développe davantage les normes de la CEDAW et considère d'emblée que les droits de la femme sont dérivés des droits de l'homme.

§2 Discrimination à l'encontre des femmes : cycle perpétuel des stéréotypes

L'article 3 de la Convention de Belém do Pará dispose que toute femme a le droit de vivre dans un climat libre de violence¹⁴². Dans l'arrêt *Castro Castro*, la Cour interaméricaine a aussi prononcé, pour la première fois, que les violences fondées sur le genre seraient une forme de discrimination quand elles sont commises à l'égard des femmes¹⁴³. Il faut noter que le sexe et le genre sont des notions liées mais différentes comme a été susmentionné. Le sexe se réfère aux caractéristiques biologiques associées aux hommes et aux femmes tandis que le genre se réfère aux caractéristiques sociales attribuées aux deux sexes. Le sexe, en plus d'être une catégorie biologique, est aussi une catégorie sociale qui identifie et différencie les hommes et les femmes, et est lié à un ensemble de croyances et de prescriptions culturelles sur ce qui est masculin et ce qui est féminin. Le sexe, en tant que catégorie sociale, et le genre, en tant que construction culturelle, interagissent et influencent divers aspects de la vie des gens et peuvent expliquer les différences observées entre les hommes et les femmes¹⁴⁴. En 2001, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a analysé ce problème dans l'affaire *María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala*. La Commission a reconnu que l'utilisation des stéréotypes de genre dans la famille, reflétée dans les articles du Code civil, limite l'exercice des droits et libertés fondamentaux¹⁴⁵ par les femmes et institutionnalise les déséquilibres entre les droits et les devoirs des conjoints¹⁴⁶. La Cour interaméricaine s'est aussi intéressée à l'incidence qu'ont les stéréotypes sur la vie et l'exercice des droits des femmes. La

¹⁴¹ Articles 33 à 41 Convention d'Istanbul, 2011.

¹⁴² Article 6(a) Convention de Belém do Pará : « le droit de la femme d'être libre de toutes formes de discrimination ».

¹⁴³ CIADH, *Miguel Castro Castro c. Pérou*, 2006 para. 303.

¹⁴⁴ E. CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR « Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », *Eunomia Revista en Cultura de la Legalidad*, 2016, Vol. 9, p. 32.

¹⁴⁵ CIADH, *María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala*, 2001, paras. 38-39, 49-50, 52.

¹⁴⁶ *Ibid*, para. 44.

Cour a trouvé que ceux-ci influencent la manière dont les institutions, notamment la police et les organes de l'administration de la justice, réagissent aux violations des droits des femmes en employant des discours et des pratiques discriminatoires¹⁴⁷.

La Cour a aussi souligné dans l'arrêt *Maria da Penha Maia Fernandes c. Brésil* que la violation des droits de la requérante s'est produite dans le cadre d'un modèle de discrimination concernant la tolérance de la violence domestique contre les femmes au Brésil. Il s'agissait d'une action judiciaire inefficace considérée comme une forme de discrimination contre les femmes infligée par l'État¹⁴⁸. Cette utilisation de stéréotypes dans les différents domaines du système judiciaire affecte les femmes en leur refusant le droit d'être traitées de manière égale devant la loi, en leur rendant difficile l'accès à un procès juste et équitable et en leur privant de l'obtention de quelque forme de réparation. Par conséquent, cela favorise les relations sociales qui maintiennent les femmes dans une position subordonnée, les discriminent et encouragent la violence. La Cour dans l'affaire *González*, applique le même raisonnement de la CEDH dans *Opuz c. Turquie* démontrant le décloisonnement entre les systèmes régionaux, et prononce que l'obligation de ne pas discriminer est contenue dans l'article 3 de la Convention Belém do Pará¹⁴⁹. Elle conclut que les commentaires des fonctionnaires à l'égard des membres des familles des victimes laissant entendre qu'elles avaient mené une vie déshonorante et posant des questions sur leur préférence sexuelle, constituaient des stéréotypes et une forme de discrimination¹⁵⁰.

La Cour a aussi considéré les stéréotypes et la discrimination dans l'affaire *Artavia Murillo et al. c. Costa Rica*. Dans cette affaire, la Cour a estimé que l'interdiction de la fécondation *in vitro* (FIV) déclarée par le Costa Rica bien qu'elle ait des effets négatifs sur les hommes et les femmes, affecte les femmes particulièrement en raison du stéréotype normatif et de la pression familiale qui disposent qu'elles doivent être mères et avoir des enfants. Bien que l'interdiction de la FIV ne vise pas expressément les femmes, et semble donc neutre, elle a un impact négatif disproportionné sur

¹⁴⁷ CIADH, *Fornerón e hija c. Argentine*, 2012 ; CIADH, *Atala Riffo y niñas c. Chili*, 2012.

¹⁴⁸ CIADH, *Maria da Penha Maia Fernandes c. Brésil*, 2001, para. 3.

¹⁴⁹ CIADH, *Cotton González et al. c. Mexique*, 2009, para. 201.

¹⁵⁰ *Ibid*, para. 208.

elles¹⁵¹. Les stéréotypes conjugués à la discrimination à l'égard des femmes peuvent être à la fois une cause et une conséquence de la violence à l'égard des femmes qui entraveraient donc l'exercice de plein droit des femmes. C'est également ce qu'ont conclu les systèmes africain et européen.

L'article 2 du Protocole de Maputo porte sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et énonce les mesures que doivent prendre les États à cette fin. Par exemple, la modification des schémas de comportement socioculturel de la femme et de l'homme en éduquant le public, par le biais des campagnes d'information et de communication, afin de parvenir à l'élimination des pratiques culturelles et traditionnelles néfastes. L'article 12 portant sur le droit à l'éducation et à la formation vise quant à lui à son paragraphe (b) l'élimination des stéréotypes perpétuant la discrimination dans les manuels scolaires, programmes d'enseignement et médias. Le Protocole est détaillé dans son examen du rôle de la culture dans la limitation de la jouissance par les femmes de leurs droits. Ainsi, l'article 17 est clair dans son injonction que les femmes ont le droit de vivre dans un contexte culturel positif et d'être impliquées dans la détermination des politiques culturelles. Le Protocole précise dans son préambule, contrairement à la Charte, que les valeurs africaines doivent être fondées sur les principes d'égalité, de paix, de liberté, de dignité, de justice, de solidarité et de démocratie. Par le biais de ces dispositions, il est évident que les stéréotypes et leurs effets sont visés et le Protocole donne aux droits des femmes la prééminence sur les facteurs culturels. Par sa vision novatrice, le Protocole de Maputo offre un respect du facteur culturel mais, contrairement à la Charte de Banjul, il accorde une nouvelle perspective à la dignité féminine en séparant le concept de dignité de la dimension collective. Les opposants au Protocole ont critiqué l'idée selon laquelle, le texte du protocole symbolise un affront aux valeurs culturelles africaines, en vertu desquelles les femmes ne peuvent être séparées du rôle de mère et d'épouse, et en promouvant les droits reproductifs et le droit à l'avortement.

La Cour, une cour naissante ce qui explique le faible nombre d'affaires appliquant le Protocole jusqu'à présent, a eu l'occasion de se prononcer pour la première fois sur le droit des femmes et en application du Protocole de Maputo dans l'affaire *Association pour le progrès et la défense des*

¹⁵¹ CIADH, *Artavia Murillo et autres ("fécondation in vitro") c. Costa Rica*, arrêt du 28/11/2012 (exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens), paras. 295-299. Voir aussi : CIADH, *Atala Riffa c. Chili* et CIADH, *Fornerón c. Argentine* jugées en 2012 sur les stéréotypes concernant les rôles des hommes et des femmes dans la famille ; IV c. *Bolivie* jugée le 30 novembre 2016 au sujet de la stérilisation forcée d'une femme où la Cour a exprimé au paragraphe 265 le risque et la vulnérabilité accrue des femmes au sein des institutions de santé publique en raison de leur discrimination historique et des stéréotypes sexistes négatifs concernant leur manque de capacité à adopter des décisions importantes concernant leur santé et vie reproductive.

droits des femmes maliennes (APDF) et l'Institut pour les droits de l'homme et le développement en Afrique (IHRDA) c. Mali en 2018. L'affaire a été portée devant la Cour par deux ONG maliennes de défense des droits de l'homme affirmant que le code de la famille adopté en 2011 viole plusieurs traités internationaux de défense des droits de l'homme ratifiés par le Mali, dont le Protocole de Maputo. Les requérants ont soutenu qu'en fixant l'âge minimum du mariage pour les femmes à 16 ans, et à 15 ans avec le consentement de leur père, le Code de la famille violait l'article 6 (b) du Protocole, qui lui fixe l'âge minimum du mariage pour les femmes à 18 ans. De plus, le Code de la famille viole le droit à l'héritage équitable selon l'article 21(2) de Maputo. La Cour a déclaré qu'indépendamment des pratiques culturelles et religieuses actuelles perpétuant des stéréotypes, l'adoption de ce Code violait les engagements internationaux du Mali à éliminer la discrimination à l'égard des femmes. La Cour a ordonné la modification et la mise-en-conformité du Code au Protocole et aux normes internationales en matière de droits de l'homme. En outre, elle a ordonné des campagnes d'éducation et d'information à l'égard de la population quant à ces droits et obligations.

Dans le système européen, l'un des buts de la Convention d'Istanbul énoncé à l'article 1 est « de contribuer à éliminer toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes [...] ». La Convention impose aux États d'inclure la notion d'égalité des sexes dans leur constitution ou leur législation ; d'adopter une approche d'intégration de la dimension du genre dans leurs initiatives politiques, législatives, de planification et de programmation ; et d'adopter des mécanismes d'action positive pour remédier aux inégalités existantes¹⁵². D'autres dispositions dans la Convention ont pour fin de combattre les stéréotypes. L'article 6 par exemple porte sur les politiques sensibles au genre. L'article 12(1) met à la charge des États la prise de mesures nécessaires pour changer les modes de comportement socioculturels des femmes et des hommes afin d'éradiquer « les préjugés, les coutumes, les traditions et toute autre pratique fondée sur l'idée de l'infériorité des femmes ou sur un rôle stéréotypé des femmes et des hommes ». Enfin, les articles 13 et 14 portent respectivement sur la sensibilisation et l'éducation avec pour finalité le changement des attitudes socioculturelles.

Dans l'arrêt *VC c. Slovaquie* concernant la stérilisation d'une femme rom sans son consentement, la CEDH fait référence à un langage faisant allusion aux stéréotypes. Ces stéréotypes auraient conduit

¹⁵² Article 2 Convention d'Istanbul, 2011.

à cette décision médicale, qualifiant les actions du personnel hospitalier de paternalistes, au mépris total du choix et de l'autonomie de la femme concernée en tant que patiente¹⁵³. Quelques années plus tard, la CEDH reconnaît plus explicitement que lorsque l'utilisation de stéréotypes négatifs sur un groupe atteint un certain niveau, c'est susceptible d'avoir un impact sur le sentiment d'identité du groupe et de ses membres. Certes, l'affaire sortait du champ strict du droit des femmes mais ce qui compte c'est la reconnaissance par la Cour que les stéréotypes négatifs peuvent constituer un problème de droits de l'homme¹⁵⁴. Une telle reconnaissance pourrait dans un deuxième temps être transposée au droit des femmes et à la discrimination qui en résulte¹⁵⁵. Au travers sa jurisprudence la Cour a démontré que la pertinence sociale attribuée à la famille a contribué à la formation de stéréotypes qui masquent la gravité de la violence subie par certains de ses membres, telle que la normalisation de la violence familiale et la réconciliation obligatoire d'une femme avec son mari¹⁵⁶. De toute manière, et malgré les variations minimales entre les trois systèmes régionaux en ce qui concerne la discrimination, il incombe aux États une obligation de due diligence œuvrant à la protection et l'amélioration du droit des femmes dans les trois régions.

B. L'obligation de diligence incombant aux États : outil de prévention et réponse

La mise en œuvre des trois instruments régionaux se fait par l'obligation de due diligence mise à la charge des États parties. L'obligation de due diligence des États est consacrée dans le chapitre III de la Convention de Belém do Pará. La Commission interaméricaine à la fin des années 1990 a précisé les obligations concrètes suivantes : l'obligation des États y compris leurs branches judiciaires d'agir avec la due diligence nécessaire et sans délai pour prévenir, enquêter, sanctionner et offrir des réparations pour les actes de violence contre les femmes¹⁵⁷ ; l'obligation de garantir un accès *de jure et de facto* à des recours judiciaires adéquats et efficaces ; l'obligation pour les fonctionnaires de toutes les branches du gouvernement de traiter les victimes et les membres de leur famille avec respect et dignité tout au long de la procédure judiciaire ; l'obligation d'adopter des mesures publiques pour éradiquer toutes les formes de violence contre les femmes et les comportements

¹⁵³ CEDH, VC c. Slovaquie, 2011, paras. 114-18.

¹⁵⁴ CEDH, Aksu c. Turquie, 2012, para. 58.

¹⁵⁵ Voir CEDH, Konstantin Markin c. Russie, 2012.

¹⁵⁶ CEDH, Eremia c. Moldavie, 2013, para. 87.

¹⁵⁷ Voir Raquel Martin de Majia v. Peru (1996), Maria Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala (2001), Ana, Beatriz and Celia Gonzalez Perez v. Mexico (2001), Maria Da Penha Maia Fernandes v. Brazil (2001).

stéréotypés qui favorisent leur traitement inégal dans leurs sociétés ; et l'obligation de qualifier juridiquement le viol comme torture lorsqu'il est perpétré par des agents publics¹⁵⁸.

Dans l'arrêt *Castro-Castro*, la Cour a évalué si le Pérou avait mené les enquêtes nécessaires en considérant les articles 8 et 25 de la Convention interaméricaine sur le droit des hommes combinés avec l'article 7(b) de la Convention de Belém do Pará qui impose l'obligation d'enquêter et de punir les violences. La Cour a reconnu que le non-respect de ces obligations causait des souffrances particulières aux détenues et, dans le cas des détenues enceintes en l'espèce, une violation supplémentaire de leur intégrité personnelle¹⁵⁹. L'affaire *Maria Da Penha Maia Fernandes c. Brésil* porte sur une victime devenue paraplégique à la suite de la violence domestique perpétrée par son mari. Elle avait déposé plusieurs plaintes et l'affaire est restée en instance pendant plus de 15 ans devant les tribunaux pénaux brésiliens¹⁶⁰. La Commission conclut que le Brésil avait violé son obligation de due diligence et constate l'inefficacité judiciaire à l'égard des cas de violences domestiques¹⁶¹. Pour la Commission, cela révèle une négligence créant un climat propice à la violence, aucune preuve de la volonté de l'État de prendre des mesures efficaces pour sanctionner de tels actes n'ayant été démontrée¹⁶².

Les trois cas jugés contre le Mexique, González, Fernandez et Cantú, s'inscrivent dans un schéma de disparitions et d'assassinats de femmes à Juarez depuis 1993, où la Cour clarifie le contenu de l'obligation de due diligence énoncée dans la Convention de Belém do Pará. En ce qui concerne la prévention, la Cour souligne que même s'il s'agit d'une obligation de moyens et non de résultats, le devoir est toujours global. Il englobe l'adoption de mesures juridiques, d'ordre public et institutionnel visant à prévenir ces actes et à protéger en définitive les femmes contre les facteurs de risque qui augmentent leur exposition à la violence¹⁶³. En ce qui concerne l'obligation d'enquêter aussi une obligation de moyens, la Cour définit plusieurs types d'enquête, en se tenant à l'élément du genre : une enquête qui inclut des pistes spécifiques liées à la violence sexuelle ; une enquête

¹⁵⁸ R. CELORIO, « The Rights of Women in the Inter-American System of Human Rights: Current Opportunities and Challenges in Standard-setting », *University of Miami Law Review*, 2011, p. 843.

¹⁵⁹ CIADH, *Castro-Castro, Miguel Castro Castro c. Pérou*, 2006, para. 332.

¹⁶⁰ CIADH, *Maria da Penha Maia Fernandes c. Brésil*, 2001.

¹⁶¹ *Ibid* para. 50.

¹⁶² *Ibid* paras. 44, 56.

¹⁶³ CIADH, *Rosenda Cantú et al c. Mexique*, 2010, paras. 242-258.

menée conformément à des protocoles et des manuels s'alignant aux normes des droits de l'homme où les membres de la famille des victimes peuvent accéder régulièrement aux informations et aux dossiers ; et une enquête menée par des fonctionnaires hautement qualifiés dans la lutte contre la discrimination et la violence basée sur le genre¹⁶⁴. Dans les affaires Cantú et Fernandez, la Cour traite de la question de la preuve en cas de viol. Elle interprète la déclaration de la victime comme cruciale dans un cas de viol en raison de la nature des actes et de l'absence de témoins, même en présence d'incohérences dues à la nature traumatisante des événements¹⁶⁵. Une contribution importante de l'utilisation de la norme de due diligence est sa définition des obligations incombant aux autorités étatiques étant donné que de nombreuses affaires jugées par la Commission et la Cour ont porté sur des actes perpétrés par eux.

Le Protocole de Maputo quant à lui démontre un changement axé sur les normes qui est impulsé par l'obligation de diligence. Les États parties sont tenus pour responsables non seulement des violations actives des droits de l'homme, mais aussi de l'inaction et de toute violation à l'intérieur de leurs frontières. La barre de la responsabilité de l'État dans le Protocole est très haute et exige des États plusieurs choses : assurer l'éducation ; punir les coupables ; mettre en œuvre des programmes de réhabilitation aux femmes victimes ; et fournir des réparations¹⁶⁶. Cela fait écho au test Velasquez pour la due diligence des États¹⁶⁷ : « en vertu du droit international général et des pactes spécifiques aux droits de l'homme, les États peuvent également être responsables d'actes privés s'ils n'agissent pas avec due diligence pour prévenir les violations des droits ou pour enquêter et punir les actes de violence, et pour fournir une indemnisation »¹⁶⁸. L'objet et le but du Protocole sont de créer des normes juridiquement contraignantes pour le droit des femmes à l'égard des États. Cela est fait en définissant certains droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels des femmes et de fournir un mécanisme efficace de contrôle des obligations contractées. Selon le

¹⁶⁴ CIADH, González et al. c. Mexique, 2009, para. 455; Voir aussi CIADH, Rosenda Cantú et al c. Mexique, 2010 et CIADH, Ana, Beatriz et Celia González Pérez c. Mexique, 2001.

¹⁶⁵ CIADH, Inés Fernández Ortega et al. c. Mexique, 2010, paras. 100, 104-105, 108, 170 ; CIADH, Rosenda Cantú et al c. Mexique, 2010 paras. 89-90, 93, 108 ; Dans l'arrêt Fernandez au §115, la Cour se réfère à la jurisprudence internationale (Procureur c. Kunarac, Kovac & Vukovic, TPIY, 22 février 2001) pour souligner que la preuve d'une résistance physique n'est pas requise pour prouver un viol, surtout lorsque les actes sont commis dans un environnement de coercition.

¹⁶⁶ Article 4 (d-f) Protocole de Maputo, 2003.

¹⁶⁷ Également énoncé dans la recommandation générale n° 19 du CEDAW.

¹⁶⁸ CIADH, Velásquez-Rodríguez c. Honduras, 1988, para. 9 ; F. BANDA « The African Protocol on Women's Rights Comes into Force », *Journal of African Law*, 2006, Vol. 50, no. 1, p. 78.

préambule, il s'agit de veiller à ce que les droits des femmes soient promus, réalisés et protégés afin de leur permettre de jouir pleinement de tous leurs droits¹⁶⁹. Trois obligations spécifiques découlent de cette disposition : protéger, promouvoir et réaliser. Il faut que les États parties prennent des mesures visant directement à éliminer les préjugés, les pratiques coutumières, toutes les pratiques perpétuant la notion d'infériorité ou de supériorité ainsi que les rôles stéréotypés des hommes et des femmes¹⁷⁰.

La Convention d'Istanbul contient aussi un chapitre III énonçant les mesures de prévention que doivent prendre les États parties¹⁷¹. La convention exige expressément que les États exercent leur due diligence pour prévenir les actes de violence privés¹⁷². Elle prévoit également des mesures visant à protéger les personnes déjà victimes de violence contre de nouveaux actes de violence et à apporter un soutien et une assistance pour reconstruire la vie des victimes¹⁷³. La convention s'appuie sur quatre composantes : la prévention, la protection contre de nouvelles violences, la poursuite des auteurs et les politiques intégrées¹⁷⁴. L'objectif est de prévenir les violences et discriminations en employant des mesures systémiques qui vont au-delà d'une approche qui se limite au cas par cas. La convention ne contient aucune référence à un seuil minimum de gravité de la violence pour déclencher l'obligation d'intervention de l'État. Il semble alors qu'un risque de violence qui n'est pas négligeable devrait en tant que tel être suffisant pour exiger des États qu'ils prennent des mesures préventives. Une particularité de l'obligation dans le système européen exige des États d'entreprendre la collecte de données et la recherche¹⁷⁵ pour mieux allouer les ressources de prévention.

De surcroît, la Convention impose à ses États parties un certain nombre d'obligations positives comme la criminalisation de la violence physique ; le mariage forcé ; les mutilations génitales

¹⁶⁹ Préambule du Protocole de Maputo, 2003, para. 14.

¹⁷⁰ F. BANDA, « The African Protocol on Women's Rights Comes into Force », *Journal of African Law*, 2006, Vol. 50, no. 1, p. 78.

¹⁷¹ Article 12 : obligations générales ; article 13 : sensibilisation ; article 14 : éducation ; article 15 : formation des professionnels ; article 16 : programmes préventifs d'intervention et de traitement ; article 17 : participation du secteur privé et des médias.

¹⁷² Article 5(2), Convention d'Istanbul, 2011.

¹⁷³ Rapport explicatif, para. 110.

¹⁷⁴ Rapport explicatif, para. 63.

¹⁷⁵ Article 1, Convention d'Istanbul, 2011.

féminines ; la violence psychologique intentionnelle¹⁷⁶ ; et l'aide ou l'encouragement intentionnel à la commission de ces actes¹⁷⁷. La convention énumère aussi des obligations vis-à-vis de la prise en charge des victimes telles que la mise en place d'un nombre suffisant de refuges et de lignes téléphoniques d'assistance 24 heures sur 24¹⁷⁸ ; la création de refuges spécialisés pour chaque type de violence¹⁷⁹ ; et la formation des professionnels sur les procédures à suivre¹⁸⁰. La Convention créé un système complet en exigeant des États de prendre les mesures législatives efficaces nécessaires pour protéger les victimes. La Convention prévoit aussi la création de mécanismes appropriés pour assurer une coopération efficace entre les agents publics concernés tels que les juges, les procureurs, la police, les autorités locales et régionales et les ONG. L'idée qui sous-tend est la protection et le soutien des victimes de violence en tenant compte de la relation entre les victimes, les auteurs et les enfants ainsi que de leur environnement social au sens large¹⁸¹. Les autorités ont une obligation positive d'intervenir pour protéger les adultes vulnérables contre la violence des membres de la famille également¹⁸². La CEDH a rendu un certain nombre de décisions avant l'adoption de la Convention concluant que les États n'avaient pas protégé les différentes victimes d'actes de violence imminents perpétrés par des particuliers lorsqu'il était considéré que les autorités avaient connaissance d'une situation de risque réel ou immédiat pour la victime¹⁸³. Dans l'arrêt *Opuz c. Turquie*, la Cour a conclu que l'État était responsable de son manquement à protéger la requérante se trouvant dans une situation de vulnérabilité. La requérante, Nahide Opuz et sa mère étaient assujetties à une forme continue de violence domestique, ayant entraîné le décès de cette dernière¹⁸⁴. C'est grâce à ces affaires que se trouve cette obligation dans la Convention et permettant à ces instruments régionaux de tenir compte de nouveaux éléments.

¹⁷⁶ Article 33, Convention d'Istanbul, 2011.

¹⁷⁷ Article 41(1), Convention d'Istanbul, 2011.

¹⁷⁸ Articles 23 et 24, Convention d'Istanbul, 2011.

¹⁷⁹ Rapport explicatif, para. 115.

¹⁸⁰ Ibid para. 99.

¹⁸¹ Article 18, Convention d'Istanbul, 2011.

¹⁸² CEDH, M et M c. Croatie, 2015, para. 136.

¹⁸³ CEDH, Branko Tomašić et autres c. Croatie, 2009 paras. 7-17.

¹⁸⁴ CEDH, Opuz c. Turquie, 2009, paras. 99-100.

II. Intégration et prise en compte de nouveaux éléments identitaires

Contrairement aux systèmes américains et européens, le Protocole de Maputo consacre explicitement la protection des droits reproductifs et sexuels des femmes (A). Si cette base de droits était garantie pour toutes les femmes, cela permettrait d'élargir les droits par le biais d'une meilleure intégration de l'approche intersectionnelle (B).

A. Protection des droits reproductifs et sexuels

La protection de tels droits est une particularité innovante du Protocole de Maputo. Il convient de noter que ces droits ne sont pas mentionnés de manière expresse ni dans la Convention de Belém do Pará ni dans la Convention d'Istanbul, cette dernière ne consacrant qu'une infraction pénale aux mutilations génitales féminines¹⁸⁵. En outre, la violence de l'honneur, souvent liée aux rapports sexuels de la femme, n'est explicitement mentionnée que dans le contexte de l'obligation de veiller à ce que la culture, la coutume, la religion, la tradition ou l'honneur ne soient pas considérés comme une justification de tout acte de violence.

La Convention de Belém do Pará fournit quelques indications par le biais de la jurisprudence de la Cour. Dans l'affaire de la Communauté indigène *Sawhoyamaxa c. Paraguay*, la Cour a dit qu'en « matière de droit à la vie, l'État ne peut se dissocier de la situation tout aussi vulnérable des femmes enceintes dans la Communauté. Les États doivent accorder une attention et un soin particuliers à la protection de ce groupe et adopter des mesures spéciales pour garantir aux mères, notamment pendant la grossesse, l'accouchement et la période d'allaitement, l'accès à des services de santé adéquats »¹⁸⁶. La Cour rattache cette protection de santé reproductive et sexuelle au droit à la vie. La Cour prend la même position dans une deuxième affaire où elle déclare que « l'extrême pauvreté et le manque de soins médicaux adéquats pour les femmes en état de grossesse ou de post-grossesse sont des causes de mortalité et de morbidité maternelles élevées. Par conséquent, les États doivent mettre en place des politiques de santé adéquates qui permettent d'aider à l'accouchement avec un personnel suffisamment formé, des politiques de prévention de la mortalité maternelle par des contrôles prénataux et post-partum adéquats, et des instruments juridiques et administratifs dans les politiques de santé qui permettent de documenter de manière adéquate les cas de mortalité maternelle. En effet, les femmes enceintes ont besoin de mesures de protection particulières »¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Article 38, Convention d'Istanbul, 2011.

¹⁸⁶ CIADH, Communauté indigène *Sawhoyamaxa c. Paraguay*, 2006, para. 177.

¹⁸⁷ CIADH, *Xákmok Kásek c. Paraguay*, 2010.

Dans le système américain, les droits reproductifs et sexuels seraient seulement attachés au droit à la vie, et ne sont pas consacrés comme droits en tant que tels.

En revanche, le Protocole de Maputo confère aux femmes explicitement des droits reproductifs et sexuels. L'article 14 énonce le droit à la santé et au contrôle des fonctions de reproduction, les femmes ont le droit de décider de leur maternité, du nombre d'enfants, de l'espacement des naissances et de leur choix de contraception. L'article dispose même que les femmes ont le droit de se protéger contre les infections sexuellement transmissibles y compris le VIH/SIDA. Mais la crainte du rejet ou de la violence pour avoir osé défier le « chef de famille » signifie que cette disposition devra être appliquée conjointement avec l'article 2 du Protocole sur le changement des attitudes et la remise en question des stéréotypes¹⁸⁸. Bien que le Protocole ne mentionne pas spécifiquement le droit à une vie sexuelle sans risque, ce droit est directement invoqué par les dispositions sur le droit des femmes à se protéger et à être protégées contre les infections sexuellement transmissibles. Toutefois, l'État a l'obligation de s'assurer que les femmes ont accès aux services médicaux nécessaires pour leur santé sexuelle et reproductive.

L'article 5 élimine les pratiques néfastes à l'encontre des femmes comme les mutilations génitales féminines. Certains auteurs ont critiqué cet article appelant directement à son élimination car ledit article s'écarterait de l'article 5 de la CEDAW. Selon Malera la modification de certaines pratiques nuisibles pour les rendre conformes aux droits de l'homme est beaucoup plus réalisable que l'appel à leur élimination totale¹⁸⁹. Certes, mais le Protocole de Maputo n'est pas fait pour être une copie de la CEDAW et une telle disposition est bénéfique pour les femmes africaines. Par exemple, en Afrique du Sud, la Constitution protège les femmes contre la violence et les préjudices et protège leurs droits à la vie, à la dignité et à la santé. Cependant, il n'existe pas de politique détaillée sur des pratiques nocives spécifiques telles que les mutilations génitales féminines, les tests de virginité, les « relations sexuelles sèches »¹⁹⁰, à l'enlèvement ou au mariage forcé, à l'« *ukungena* »¹⁹¹, ou

¹⁸⁸ R. GAWAYA et R. SEMAFUMU MUKASA « The African Women's Protocol : A New Dimension for Women's Rights in Africa », *Gender and Development*, 2005, Vol. 13, no. 3, p. 47.

¹⁸⁹ G. MALERA TIKAMBENJI « Women, Reproductive Rights and HIV/AIDS: The Value of the African Charter Protocol », *Empowering Women for Gender Equity*, 2007, Vol. 72, p. 131.

¹⁹⁰ L'assèchement du vagin à l'aide de substances chimiques avant les rapports sexuels augmentant la vulnérabilité aux blessures et donc aux infections.

¹⁹¹ La prise de contrôle d'une veuve par un homme de la famille du mari sans son consentement.

l'incinération et la victimisation des femmes qui ont été qualifiées de sorcières¹⁹². L'article 5 conjugué avec l'article 14 du Protocole interviendraient pour imposer aux États la prise de mesures législatives, entre autres, pour adresser ces pratiques néfastes entravant la protection des droits sexuels et reproductifs des femmes.

L'article 14(2)(c) du Protocole a fait l'objet de fortes objections car il enjoint aux États d'autoriser l'avortement pour les femmes en cas de viol, inceste, ou menace à la santé de la mère ou la vie du fœtus. L'article a été contesté par la Libye, le Rwanda et le Sénégal et il est probable que les États invoqueraient les pressions religieuses pour justifier leur non-respect de cette obligation. Quelles que soient ses perspectives d'application, cette disposition constitue la première fois dans le droit international des droits de l'homme qu'un droit à l'avortement est inscrit dans la loi. Les dispositions relatives à l'avortement assurent l'adoption et la promotion d'une image reconstruite de la femme africaine en vertu de laquelle elle devient indépendante. Elle affirme également son autonomie corporelle et dépasse les schémas culturels imposés selon lesquels la valeur de la femme africaine est liée uniquement à la procréation¹⁹³. Pour un État comme la Zambie par exemple, il s'agit d'une avancée dans la législation nationale, car les femmes zambiennes qui souhaitent se faire avorter par voie médicale ont actuellement besoin d'un panel de trois médecins pour convenir que la santé de la mère est menacée. Si ce n'est pas le cas, la loi zambienne ne prévoit pas l'interruption de grossesse, même en cas de viol, d'agression sexuelle ou d'inceste¹⁹⁴. Cette disposition sur l'avortement n'est pas reprise dans la Convention d'Istanbul. Néanmoins son article 39, portant sur l'avortement et stérilisation forcée, oblige les États d'introduire des législations pénales si un avortement est pratiqué sans l'accord préalable et éclairé de la femme. Dans le système interaméricain, aucune disposition similaire n'existe dans la Convention Belém do Pará. Mais une indication par la Cour a été fournie dans l'affaire *Artavia Murillo et autres c. Costa Rica*¹⁹⁵ où elle a jugé qu'il n'était pas approprié d'interpréter de manière restrictive la portée des lois pénales qui autorisent l'avortement

¹⁹² R. GAWAYA et R. SEMAFUMU MUKASA « The African Women's Protocol : A New Dimension for Women's Rights in Africa », *Gender and Development*, 2005, Vol. 13, no. 3, p. 47.

¹⁹³ F. BANDA « The African Protocol on Women's Rights Comes into Force », *Journal of African Law*, 2006, Vol. 50, no. 1, p. 81.

¹⁹⁴ R. GAWAYA et R. SEMAFUMU MUKASA « The African Women's Protocol : A New Dimension for Women's Rights in Africa », *Gender and Development*, 2005, Vol. 13, no. 3, p. 48.

¹⁹⁵ CIADH, *Artavia Murillo et autres c. Costa Rica*, 2012.

dans certaines circonstances¹⁹⁶. En matière des droits reproductifs et sexuels, c'est le Protocole de Maputo qui prend l'avance en les consacrant de manière explicite et clair contrairement aux systèmes américain et européen. Conférant une autonomie aux femmes, en garantissant ces droits, il sera possible de se pencher vers d'autres éléments identitaires qui combinés peuvent nuire aux femmes et au plein exercice de leurs droits.

B. Intégration croissante de l'approche intersectionnelle

L'intersectionnalité sur le continent américain a trouvé son expression pour la première fois dans les rapports de la Commission concernant le Canada et la Colombie. Il s'agissait de la situation des femmes indigènes et afro-descendantes et à leur accès à la justice. L'article 9 de la Convention Belém do Pará exige des États qu'ils prennent en compte la vulnérabilité accrue des femmes à la violence sur la base de plusieurs facteurs, dont leur âge, leur race, leur origine ethnique et leur situation de handicap, entre autres. La Cour interaméricaine a adopté une approche croissante de l'intersectionnalité tenant compte des multiples identités et facteurs qui peuvent exposer une personne donnée à la discrimination. L'affaire *Gonzales Lluy et al. c. l'Équateur* illustre parfaitement cette approche où la Cour a statué que Talia Gonzales Lluy, après avoir été infectée par le VIH à la suite d'une transfusion sanguine, avait subi une discrimination découlant de sa situation de personne vivant avec le VIH, de femme et de personne vivant dans des conditions de pauvreté. Dans le cadre de cette conclusion, la Cour a énuméré ces facteurs non seulement comme des facteurs de vulnérabilité, mais aussi comme des motifs croisés qui ont accru sa discrimination et l'ont stigmatisé en tant que personne vivant avec le VIH¹⁹⁷. La Cour a continué à intégrer cette approche dans sa jurisprudence de manière consistante. Elle a conclu que le viol et la torture d'une femme autochtone de 27 ans par l'armée mexicaine revêtait plusieurs formes de discrimination en raison de son sexe, sa race et son statut socio-économique¹⁹⁸. La Cour a aussi fait référence à des facteurs tels que le fait de parler une langue différente, de ne pas avoir accès à des interprètes, le manque de ressources économiques pour engager un avocat ainsi que l'ostracisme de femmes de leurs communautés lorsqu'elles dénoncent des crimes¹⁹⁹.

¹⁹⁶ A. KEMELMAJER DE CARLUCCI « La violencia contra la mujer en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ».

¹⁹⁷ CIADH, *Gonzales Lluy et al c. Équateur*, 2015, paras. 290-291.

¹⁹⁸ CIADH, *Inés Fernández Ortega et al. c. Mexique*, 2002.

¹⁹⁹ CIADH, *Inés Fernández Ortega et al. c. Mexique*, 2010, para. 78 ; CIADH, *Rosenda Cantú et al c. Mexique*, 2010, para. 185 ; Voir aussi CIADH, *Ana, Beatriz et Celia González Pérez c. Mexique*, 2001.

Ni le Protocole de Maputo ni la Convention d'Istanbul ne contiennent une disposition analogue à l'article 9 de la Convention Belém do Pará tenant compte de l'intersectionnalité des femmes. En Afrique, quelques éléments factuels dégagés par la doctrine ont illustré que certaines femmes devraient jouir davantage de protection telles que les femmes handicapées mentalement qui sont particulièrement vulnérables à la stérilisation forcée et à la violence sexuelle. En outre, les femmes handicapées appartenant à des minorités ethniques et raciales sont souvent désavantagées par l'intersection du sexe avec l'ethnicité et la race²⁰⁰. Alors que la Convention d'Istanbul ne prévoit pas l'intersectionnalité dans son texte, dans l'affaire *B.S. c. Espagne* la Cour conclut que les tribunaux nationaux n'ont pas pris en compte la vulnérabilité particulière de la requérante inhérente à sa position de femme africaine travaillant comme prostituée²⁰¹. Même si la Cour ne fait pas référence au concept d'intersectionnalité en soi, l'affaire pourrait marquer le début d'une réflexion sur le lien entre différents motifs ou identités qui peuvent exposer une personne à la discrimination.

Conclusion

En conclusion, les trois instruments régionaux prévoient des mécanismes de mise en œuvre et de suivi. Dans le système américain, la Cour interaméricaine en est le garant depuis l'arrêt *Castro Castro*. Dans le système africain, l'article 26 du Protocole de Maputo renvoi à l'obligation de soumission des rapports périodiques à la Commission et c'est la Cour africaine qui détient la responsabilité de l'interprétation du Protocole. Dans le système européen, la Convention d'Istanbul prévoit à son chapitre IX le mécanisme de suivi notamment avec le Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (GREVIO) qui surveille la mise en œuvre de la Convention²⁰² ainsi que la participation des parlements nationaux au suivi²⁰³. Alors que les trois instruments régionaux posent des jalons importants, chacun des instruments fait face à des défis. Sur le continent américain, l'exécution des jugements de la Cour est particulièrement faible en raison de l'administration de la justice, les questions d'impunité ainsi que la pression politique des États faisant obstacle. En Afrique, les défis relèvent des pratiques culturelles contraires aux droits des femmes, du faible niveau d'éducation des femmes, de l'accès limité aux soins de santé et du manque de volonté politique en faveur des droits des femmes, comme en témoigne la non-

²⁰⁰ M. SSENIONJO « Culture and the Human Rights of Women in Africa: Between Light and Shadow », *Journal of African Law*, 2007, Vol. 51, no. 1, p. 54.

²⁰¹ CEDH, *B.S. c. Espagne*, 2012, §58-63.

²⁰² Article 66, Convention d'Istanbul, 2011.

²⁰³ Article 70, Convention d'Istanbul, 2011.

ratification du Protocole. Ces divers éléments peuvent entraver la mise en œuvre du Protocole, surtout qu'il ne prévoit aucune sanction en cas de non-respect. En Europe, un défi à surmonter survient du fait qu'un certain nombre d'États ont des problèmes persistants de mise en œuvre, toutefois différentes stratégies ont été employées, comme l'adoption du protocole 15.

Il faut éliminer le fossé entre la théorie et la pratique et favoriser des synergies entre les développements internationaux et régionaux pour mieux protéger le droit des femmes. L'interprétation des instruments doit évoluer avec les conditions sociales actuelles et les besoins des femmes tout en adoptant une approche intersectionnelle pour parvenir à la pleine protection des différents droits indivisibles et interdépendants des femmes : droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels²⁰⁴. Une double approche peut contribuer à faire du droit des femmes une priorité et non une simple réflexion théorique. Les tribunaux doivent d'abord faire un effort pour inclure des femmes juristes dans leurs rangs. Les femmes et leurs représentants doivent aussi s'assurer d'engager des actions qui traitent des questions de la violence et la discrimination contre les femmes²⁰⁵. Les mesures opérationnelles, telles que les ordonnances d'interdiction, mettant à distance les auteurs potentiels et les victimes sont nécessaires pour atténuer les risques immédiats de violence, mais ne constituent pas une solution à long terme²⁰⁶. En plus de ces mesures, un changement d'attitude des auteurs est nécessaire afin qu'ils ne recourent pas à la violence. En fin de compte, l'État est le principal gardien des droits de l'homme. Par conséquent, les États doivent faire preuve d'un niveau d'engagement significatif en faveur de la promotion des droits de la femme. Les États devraient commencer à considérer les femmes comme faisant partie intégrante des différents processus de développement. Cela souligne la nécessité pour les États de respecter, promouvoir, protéger et réaliser les droits des femmes, y compris les droits reproductifs, si l'on veut que les femmes réalisent leur plein potentiel.

Bibliographie

²⁰⁴ R. CELORIO « The Rights of Women in the Inter-American System of Human Rights: Current Opportunities and Challenges in Standard-setting », *University of Miami Law Review*, 2011, p. 864.

²⁰⁵ K. QUINTANA OSUNA « Recognition of Women's Rights before the Inter-American Court of Human Rights », *Harvard Human Rights Journal* 2008, Vol. 21, no. 2, p. 311.

²⁰⁶ L. GRANS « The Istanbul Convention and the Positive Obligation to Prevent Violence », *Human Rights Law Review*, 2018, Vol. 18, p. 154.

BANDA, Fareda « The African Protocol on Women's Rights Comes into Force », *Journal of African Law*, Vol. 50, no. 1, pp. 72-84, 2006.

BEATRICE BERNA, Maria « The Cultural Factor and Women's Rights within the African Charter on Human and Peoples' Rights and its Protocol », Titu Majorescu University, pp. 11-26, 2015.

BOSAK, Martina et MUNIVRANA VAJDA, Maja « The reality behind the Istanbul convention : Shattering conservative delusions », *Women's Studies International Forum* 74, pp. 77-83, 2019.

BURGOGUE-LARSEN, Laurence, « Les Nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria – Gasteiz*, Universidad del Pais Vasco, pp. 149-180, 2009.

CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, Emanuela « Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », *Economía Revista en Cultura de la Legalidad*, no. 9 pp. 26-48, 2016.

CELORIO, Rosa M. « Discrimination and The Regional Human Rights Protection Systems: The Enigma of Effectiveness », *University of Pennsylvania Journal of International Law* 40, no. 4 pp. 781-838, 2019.

CELORIO, Rosa M. « The Rights of Women in the Inter-American System of Human Rights: Current Opportunities and Challenges in Standard-setting », *University of Miami Law Review* pp. 819-866, 2011.

COOK, Rebecca J. « Fostering Compliance with Women's Rights in the Inter-American System », *Revue Québécoise de droit international*, volume 11-1, pp. 129-143, 1998.

ESIMAI, Chinwe « The Convergence of Local and International Law: Family Law in the Protocol on the Rights of Women in Africa », *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* Vol. 101, Cambridge University Press, pp. 135-138, 2007.

FERIA TINTA, Mónica « Primer caso internacional sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso del penal Miguel Castro Castro; un hito histórico para Latinoamérica », *Revista CEJIL II* no. 3 pp. 30-45, 2007.

GAWAYA, Rose et SEMAFUMU MUKASA, Rosemary « The African Women's Protocol : A New Dimension for Women's Rights in Africa », *Gender and Development*, Vol. 13, no. 3, pp. 42-50, 2005.

GRANS, Lisa « The Istanbul Convention and the Positive Obligation to Prevent Violence », *Human Rights Law Review*, 18, pp. 133-155, 2018.

GROSSMAN, Claudio « The Inter-American System: Opportunities for Women's Rights », *American University Law Review* 44, no. 4, pp. 1305-1310, 1995.

MALERA TIKAMBENJI, Grace « Women, Reproductive Rights and HIV/AIDS: The Value of the African Charter Protocol », *Empowering Women for Gender Equity*, no. 72, pp. 127-137, 2007.

MOHAMED JAMA, Faiza « 11 Years of the African Women's Rights Protocol: Progress and challenges », *Development* 57, no. 1, pp. 71-76, 2014.

QUINTANA OSUNA, Karla I. « Recognition of Women's Rights before the Inter-American Court of Human Rights », *Harvard Human Rights Journal* 21, no. 2, pp. 301-312, 2008.

ŠIMONVIĆ, Dubravka « Global and Regional Standards on Violence Against Women : The Evolution and Synergy of the CEDAW and Istanbul Conventions », *Human Rights Quarterly*, Vol. 36, No. 3, pp. 590-606, 2014.

SSENYONJO, Manisuli « Culture and the Human Rights of Women in Africa: Between Light and Shadow », *Journal of African Law*, Vol. 51, no. 1, pp. 39-67, 2007.

AUTRES RESSOURCES

GRAOZAIL, Mathilde « Comparaison du système international et du système régional latinoaméricain de protection des droits de la femme », 7 avril 2009, <https://blogs.parisnanterre.fr/content/comparaison-du-syst%C3%A8me-international-et-du-syst%C3%A8me-r%C3%A9gional-latinoam%C3%A9ricain-de-protection-de>

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida « La violencia contra la mujer en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », <https://www.vocesenelfenix.com/content/la-violencia-contra-la-mujer-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-interamericana-de-derechos-hum>

La Convention de Belém do Pará, 9 juin 1994

La Convention d'Istanbul, 11 mai 2011

Le Protocole de Maputo, 1 juillet 2003

Parlement Européen, « The Issue of Violence Against Women in the European Union », 2016.

Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique

JURISPRUDENCE

Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme :

Ana, Beatriz et Celia González Pérez c. Mexique, jugement du 4 avril 2001,

Artavia Murillo et autres ("fécondation in vitro") c. Costa Rica, jugement du 28 novembre 2012

Atala Riffo y niñas c. Chili, jugement du 24 février 2012

Communauté indigène Sawhoyamaxa c. Paraguay, jugement du 29 mars 2006

Fornerón e hija c. Argentine, jugement du 27 avril 2012

Gonzales Lluy et al c. Équateur, jugement du 1er septembre 2015

González et al. c. Mexique, jugement du 16 novembre 2009

Inés Fernández Ortega et al. c. Mexique, jugement du 31 août 2010

IV c. Bolivie, jugement du 30 novembre 2016

Maria da Penha Maia Fernandes c. Brésil, jugement du 16 avril 2001

María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala, jugement du 19 janvier 2001

Miguel Castro Castro c. Pérou, jugement du 25 novembre 2006

Rosenda Cantú et al c. Mexique, jugement du 31 août 2010

Velásquez-Rodríguez c. Honduras, jugement du 29 juillet 1988

Xákmok Kásek c. Paraguay, jugement du 24 août 2010

Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples :

Association pour le progrès et la défense des droits des femmes maliennes (APDF) et l'Institut pour les droits de l'homme et le développement en Afrique (IHRDA) c. Mali, 11 mai 2018, N° 046/2016

Cour Européenne des Droits de l'Homme :

Aksu c. Turquie, No. 4149/04 et 41029/04, arrêt du 15 mars 2012

B.S. c. Espagne, No. 47150/08, arrêt du 24 juillet 2012

Balsan c. Roumanie, No. 49645, arrêt du 23 mai 2017

Branko Tomašić et autres c. Croatie, No. 46598/06, arrêt du 15 janvier 2009

Eremia et autres c. Moldavie, No. 3564/11, arrêt du 28 mai 2013

Konstantin Markin c. Russie, No. 30078/06, arrêt du 22 mars 2012

M et M c. Croatie, No. 10161/13, arrêt du 3 septembre 2015

Opuz c. Turquie, No. 33401/02, arrêt du 9 juin 2009

Talpis c. Italie, No. 41237/14, arrêt du 2 mars 2017

VC c. Slovaquie, No. 18968/07, arrêt du 8 novembre 2011

Les « crimes d'honneur » devant le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes

Chloé Kreuder

Abstract:

On March 2nd, 2023, the CEDAW reminded Georgia of its obligations under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, recommending, *inter alia*, to act against gender-based violence, including violence related to honour. These recommendations echo with the ruling of the Committee on October 25th, 2021, still against Georgia, and in which it ruled on a communication seeking to establish violations of the Convention by the State party, as a result of the alleged commission of an “honour crime” against Ms JEIRANOVA. In the present case, the Committee concluded that several violations of the Convention had been committed by Georgia, mainly due to the inadequacy of the measures taken by its authorities although they were aware of the risk of honour killing, but also because of the discriminatory behaviour of these authorities. The views of 2021 combined with the recommendations of 2023 have constituted a rare opportunity grasp by the CEDAW to take a position on the issue of “honour crime”. These have highlighted, on the one hand, the seriousness of the acts committed and the importance of combating violence “in the name of honour”, and, on the other, the lack of a specific legal regime for such acts. However, the absence of a specific legal regime does not mean that the issue has not been accordingly to the law, as the Committee fully and appropriately incorporates “honour” violence into the legal regime of discrimination against women.

Résumé :

Le 2 mars 2023, le CEDEF a rappelé à la Géorgie ses obligations au titre de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, lui recommandant notamment de lutter contre les violences liées au genre, dont celles relatives à l'honneur. Ces recommandations font écho à des constatations rendues le 25 octobre 2021 contre ce même État et dans lesquelles le CEDEF s'est prononcé sur une communication demandant la reconnaissance de violations de la Convention par l'État partie à la suite de la vraisemblable commission d'un « crime d'honneur » à l'encontre de Mme JEIRANOVA. En l'espèce, le Comité a conclu à plusieurs violations de la Convention, principalement en raison de l'insuffisance des mesures prises par les autorités, qui avaient connaissance du risque de « crime d'honneur », mais aussi en raison des comportements discriminatoires de ces mêmes autorités. Ces constatations ont représenté une occasion rare pour le CEDEF réitérée dans ses recommandations de 2023 de se prononcer sur la problématique des « crimes d'honneur ». Ces dernières ont mis en évidence, d'un côté la gravité des faits commis et l'importance de la lutte contre les violences « d'honneur », et de l'autre l'inexistence d'un régime juridique propre à ceux-ci. Néanmoins, cette absence de régime spécifique ne signifie pas une absence de traitement juridique de la question, le Comité intégrant pleinement et avec pertinence les violences « d'honneur » dans le régime juridique des discriminations faites aux femmes.

Table des matières

1. Une assimilation des « crimes d'honneur » aux notions et régimes juridiques préexistants

II.1. Des définitions doctrinales aux définitions institutionnelles : de l'autonomie à l'assimilation

II.1.1. Une définition doctrinalement autonome

1.1.2. Les définitions institutionnelles du « crime d'honneur » écartant son autonomisation

1.2 Un régime juridique assimilé : le « crime d'honneur » et la discrimination à l'égard des femmes

1.2.1. Les « crimes d'honneur » et la notion « parapluie » de discriminations à l'égard des femmes

a.2. Le « crime d'honneur » comme forme de violence faite aux femmes

2. Étude de la pertinence d'un régime juridique autonome des « crimes d'honneur »

B.1. Les enjeux juridiques classiques du « crime d'honneur »

B.2. L'importance de la consécration de la notion en dépit de l'absence de régime juridique spécifique

3. Conclusion

Introduction

Selon le Fonds des Nations unies pour la population, ce sont chaque année *a minima* cinq-mille « crimes d'honneur »²⁰⁷ qui sont commis à travers le monde²⁰⁸. Ce chiffre reste une estimation plancher puisque les informations et données recueillies sont peu nombreuses et globalement insuffisantes²⁰⁹, ces crimes ayant lieu au sein de la sphère familiale, bien souvent réticente à signaler ce type d'événements aux autorités²¹⁰.

C'est dans ce contexte d'omerta que, le 25 octobre 2021, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (ci-après, le « Comité » ou le « CEDEF »²¹¹) a rendu ses constatations à la suite d'une plainte individuelle présentée au nom de Mme JEIRANOVA à l'encontre de l'État de Géorgie²¹². Son époux et ses deux enfants ont fait valoir leur droit à formuler une plainte individuelle devant le Comité contre leur État qui aurait violé plusieurs obligations énoncées dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ci-après, la « Convention »)²¹³.

Ces constatations, en plus de porter sur une thématique rarement traitée par le Comité ou tout autre organe de protection des droits de l'homme²¹⁴, témoignent de la difficulté de faire évoluer les

²⁰⁷ Les notions de « crime d'honneur » et violence d'« honneur » étant contestables et contestées, ceux-ci seront mis entre guillemets tout au long de cet article.

²⁰⁸ FNUAP, *État de la population mondiale 2000* (New York, FNUAP, 2000). Voir aussi : Assemblée générale des Nations unies (AGNU), *Étude approfondie de toutes les formes de violence à l'égard des femmes – Rapport du Secrétaire Général*, A/61/122/Add. 1., § 124. : « Au Pakistan, un rapport public a signalé que les “karo-kari” (crimes d'honneur) ont coûté la vie à 4 000 hommes et femmes entre 1998 et 2003 et qu'ils ont fait deux fois plus de morts chez les femmes que chez les hommes. » ; Assemblée générale des Nations unies, R. MANJOO, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, A/HRC/20/16, § 44.

²⁰⁹ A/61/122/Add. 1, *ibid.*, § 124 ; A/HRC/20/16, *ibid.*, §44.

²¹⁰ F. SOKULLU-AKINCI, « Homicides committed for honour: the case of Turkey, Sweden and Germany », *International Annals of Criminology*, Vol. 44, No 1-2, 2006, p. 81.

²¹¹ L'acronyme anglais « CEDAW » sera utilisé pour les références institutionnelles.

²¹² CEDAW, H. H., I. H. et Y. H. c. Géorgie, constatations du 25 octobre 2021, communication n° 140/2019, CEDAW/1/80/D/140/2019. Voir aussi : H. TIGROUDJA, L. HENNEBEL, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Éditions A. Pedone, 2018, 2^e édition, 1721 pages, p. 290.

²¹³ Voir : Article 2 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, New York, 06 octobre 1999. La Géorgie a adhéré au Protocole facultatif le 1^{er} août 2002 sans émettre de réserves. Voir aussi : H. TIGROUDJA, L. HENNEBEL, *ibid.*, p. 289 : Le CEDAW est « l'organe en charge de la supervision de la Convention ».

²¹⁴ Voir *infra*.

pratiques liées aux « crimes d'honneur ». Comme le relève le Comité dans ses observations finales rendues le 2 mars 2023 concernant le sixième rapport périodique de la Géorgie, l'État n'a toujours pas défini le « crime d'honneur »²¹⁵ contrairement à ce qui lui était recommandé dans les constatations rendues le 25 octobre 2021²¹⁶. Par ailleurs, dans ces mêmes observations finales, le Comité recommande à l'État un ensemble de mesures reprenant substantiellement celles déjà indiquées deux ans auparavant dans les constatations de 2021, mais qui n'ont toujours pas été mises en œuvre²¹⁷.

Ces présentes constatations serviront ici de point de départ pour une analyse plus générale de l'appréhension des « crimes d'honneur » devant le Comité à titre principal, et en droit international des droits de l'homme à titre subsidiaire. En effet, et comme il le sera démontré, ce cas d'espèce met en exergue plusieurs difficultés inhérentes à ce type de crime et ses liens avec d'autres notions de droit international des droits de l'homme.

En l'espèce, le 16 septembre 2014, Mme JEIRANOVA a été humiliée et agressée par plusieurs habitants de son village, car ceux-ci la suspectaient d'entretenir une relation extra-conjugale. Ils voulaient que tous les habitants soient informés qu'elle « avait couvert sa famille de honte »²¹⁸. La victime a ensuite été emmenée au domicile parental par son père, qui l'a également agressée.

Mme JEIRANOVA a pu témoigner auprès du gouverneur du village et des forces de l'ordre, et a confié les pressions exercées par sa famille afin de la pousser au suicide. Elle a également exprimé son inquiétude sur l'absence de mesures prises à l'encontre de ses agresseurs. Néanmoins, la victime étant membre de la minorité azerbaïdjanaise et ne parlant donc qu'azéri, le gouverneur du village a refusé de traduire ses propos aux forces de l'ordre.

Finalement, le 18 septembre, la mère de Mme JEIRANOVA a retrouvé « le corps de celle-ci pendu à une corde dans l'abri de jardin, sa main gauche placée entre la corde et son cou. Elle dit au gouverneur du village que Mme JEIRANOVA s'était suicidée. »²¹⁹.

²¹⁵ CEDAW, *Observations finales concernant le sixième rapport périodique de la Géorgie*, CEDAW/C/GEO/CO/6, 2 mars 2023, § 26.

²¹⁶ CEDAW/1/80/D/140/2019, précité, § 9 b) iii.

²¹⁷ CEDAW/C/GEO/CO/6, précité, § 26.

²¹⁸ CEDAW/1/80/D/140/2019, précité, § 2.1.

²¹⁹ *Ibid.*, § 2.3.

Aucun examen médico-légal post-mortem n'a été effectué sur demande expresse de la famille de la victime, et alors même que :

« les mollahs qui ont préparé le corps pour l'enterrement ont indiqué que les vêtements de la défunte étaient couverts de sang, que son corps avait été "réduit en bouillie" et qu'elle était couverte d'ecchymoses noires et bleues, notamment au visage, sous le menton et autour de la poitrine. Elle avait également une profonde entaille et des égratignures au niveau du cou »²²⁰.

À la suite de ces événements, du 24 septembre 2014 jusqu'en 2018, les parents de la victime, puis son mari²²¹, ont envoyé de nombreux courriers à plusieurs organes et institutions officiels géorgiens. Ces courriers remplissaient plusieurs objectifs. Tout d'abord, il s'agissait de demander la conduite d'une enquête pénale, puis la réouverture de l'enquête après que celle-ci « a été close, concluant que Mme JEIRANOVA s'était suicidée en raison de son comportement "honteux" et de son infidélité envers son mari »²²². Une fois l'enquête rouverte à la suite de la médiatisation de l'affaire, ils demandèrent une enquête efficace et diligente. Puis, ils ont soulevé les retards accumulés et l'absence d'interrogatoire des témoins. Ensuite, ils ont demandé que Mme JEIRANOVA soit considérée comme victime d'un « crime d'honneur » et d'une discrimination fondée sur le genre et l'origine ethnique. Enfin, ils demandèrent que soit diligentée une procédure disciplinaire contre les policiers chargés de l'enquête²²³.

Le 19 septembre 2018, presque quatre ans après le décès de Mme JEIRANOVA, une communication a été présentée devant le CEDEF par son mari et leurs deux enfants contre l'État géorgien, fondée sur la violation des articles 1^{er}²²⁴ définissant la discrimination à l'égard des femmes, 2 alinéas b), c), d),

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ Il peut paraître étonnant que le mari de Mme JEIRANOVA ainsi que ses parents aient porté le recours contre leur État au nom de la victime, compte tenu de leurs comportements lors de la commission des faits. Néanmoins, il s'agit uniquement du mari de Mme JEIRANOVA et de leurs enfants qui se présentèrent devant le CEDEF, qui considéra que seuls les enfants avaient un intérêt à agir. Voir : *Ibid.*, § 2.13.

²²² *Ibid.*, § 2.4.

²²³ *Ibid.*, §§ 2.7 à 2.11.

²²⁴ « (...) l'expression "discrimination à l'égard des femmes" vise 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 et des libertés fondamentales dans les domaines politiques, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine. ».

e), f)²²⁵, visant respectivement l'obligation de prendre des mesures appropriées, d'instaurer une protection juridictionnelle, de s'abstenir de tout acte ou pratique discriminatoire, de prendre toutes mesures appropriées pour éliminer les discriminations pratiquées par une personne, une organisation ou une entreprise, de prendre les mesures appropriées pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire ou coutume constituant une discrimination à l'égard des femmes, et 5 alinéa a)²²⁶ de la Convention obligeant l'État à prendre les mesures appropriées pour modifier les schémas et modèles socio-culturel pour parvenir à l'élimination de ces discriminations.

À l'appui de leurs prétentions, les auteurs ont notamment dénoncé l'absence de mesures raisonnables prises par les forces de l'ordre pour protéger la victime, alors même qu'elles savaient, ou auraient dû savoir, qu'elle était vulnérable, et l'absence d'enquête impartiale et efficace, de poursuites et de sanctions²²⁷.

Par la suite, ils ont soutenu la violation de l'obligation de s'abstenir d'actes ou pratiques discriminatoires des autorités publiques en s'appuyant sur le comportement du Procureur, des forces de l'ordre, et du gouverneur du village, chacun ayant eu un comportement discriminatoire fondé sur la prétendue atteinte à l'honneur commise par la victime. Le Procureur chargé de l'affaire a dans un premier temps clos l'enquête en attribuant à la victime toute la responsabilité. Les forces de l'ordre ont fait le choix de cibler l'enquête sur le comportement de la victime, et le gouverneur du village l'a qualifiée de « traîtresse » et a attribué son suicide à la honte²²⁸, omettant par la même le caractère vraisemblablement « forcé » de celui-ci puisque Mme JEIRANOVA a été sévèrement battue et que sa main était placée entre la corde et son cou.

²²⁵ « Les États parties (...) s'engagent 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; c) Instaurer une protection juridictionnelle des droits des femmes sur un pied d'égalité avec les hommes et garantir, par le truchement des tribunaux nationaux compétents et d'autres institutions publiques, la protection effective des femmes contre tout acte discriminatoire; d) S'abstenir de tout acte ou pratique discriminatoire à l'égard des femmes et faire en sorte que les autorités publiques et les institutions publiques se conforment à cette obligation; e) Prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque; f) Prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes; (...) ».

²²⁶ « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour : a) Modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ; (...) ».

²²⁷ *Ibid.*, § 3.2. Les auteurs se fondent sur les alinéas c) et e) de l'article 2.

²²⁸ *Ibid.*, § 3.6. Les auteurs se fondent sur l'article 2 alinéa d).

Par ailleurs, les auteurs ont fait valoir Mme JEIRANOVA aurait dû être considérée comme victime d'un féminicide et qu'un examen des coups portés contre elle aurait dû être diligenté²²⁹.

Enfin, les auteurs ont cherché à démontrer que Mme JEIRANOVA a été victime de violences « d'honneur », de genre, de comportements patriarcaux, traditionalistes et religieux, toujours persistants en Géorgie, et ce en raison de l'insuffisance des mesures prises par l'État partie en vue de les éradiquer²³⁰.

En définitive, après avoir rejeté les arguments présentés par l'État géorgien²³¹, le Comité a conclu à la violation par celui-ci de l'article 1^{er}, des alinéas c), d), e) et f) de l'article 2, de l'article 3, et de l'article 5 alinéa a) de la Convention compte tenu des Recommandations générales n°19 et 35²³². Face à l'argumentaire des auteurs considérant la mort de Mme JEIRANOVA comme illustration d'un « crime d'honneur »²³³, le CEDEF, dans un premier temps, corrobore l'existence d'un tel crime en contredisant les arguments de l'État géorgien à l'appui des moyens soulevés par les auteurs soutenant la qualification de « crime d'honneur »²³⁴. Dans un second temps, au stade final de ses recommandations, le Comité, « d'une manière générale »²³⁵, adresse à l'État de Géorgie neuf recommandations sur treize portant directement sur la violence « d'honneur », allant de sa définition à sa prise en charge, jusqu'à la lutte contre celle-ci²³⁶.

Les « crimes d'honneur », et plus généralement de violence « d'honneur », restent toujours victimes d'une prise en compte et d'un intérêt variables des États. Ce constat est particulièrement manifeste dans les sociétés fondées sur un système patriarcal et dans lesquelles s'imposent des traditions

²²⁹ *Ibid.*, § 3.7. Les auteurs se fondent sur les alinéas c), d) et e) de l'article 2.

²³⁰ *Ibid.*, § 3.8. Les auteurs se fondent sur l'article 2 alinéa f), l'article 5 alinéa 1, l'article 1^{er}, ainsi que les recommandations générales n°19 (1992) et 35 (2017).

²³¹ Les arguments de l'État géorgien seront évoqués ultérieurement.

²³² *Ibid.*, §§ 7.1 à 7.7.

²³³ CEDAW/1/80/D/140/2019, précité §§2.8, 3.2, 3.5-3.7, 3.9, 5.5, 5.9.

²³⁴ *Ibid.*, §§ 6.4 et 7.4.

²³⁵ *Ibid.*, § 9 b).

²³⁶ *Ibid.*, §§ 9 b) i) – xiii). Voir par exemple : « Lutter contre l'impunité et veiller à ce que (...) les violences d'« honneur » soient traitées avec diligence et de manière approfondie et que les auteurs de ces actes fassent l'objet d'enquêtes, de poursuites et de sanctions » ; « Définir la violence commise au nom de l'« honneur » et la violence fondée sur le genre, et les ajouter comme circonstance aggravante dans le Code pénal » ; « Renforcer les mesures visant à faire respecter, à protéger et à concrétiser le droit des femmes à la vie et le droit de ne pas être soumis à la torture ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, en mettant l'accent sur les communautés isolées, fermées ou dans lesquelles s'appliquent des normes fondées sur l'« honneur ».

anciennes pouvant être source d'inégalités, ce qui serait par exemple le cas en Géorgie²³⁷ où la notion d'unité familiale est sacrée et profondément ancrée²³⁸. Ainsi, la place de l'honneur y est centrale et, avec elle, s'accroissent les risques d'atteinte aux droits des femmes par un renforcement de la domination masculine²³⁹.

C'est ainsi que le CEDEF eut à se pencher sur des faits de violences liées au genre, et plus particulièrement à un « crime d'honneur », notion qui apparaît naturellement comme devant relever de sa compétence au regard de son article 1^{er}.

Néanmoins, et comme il le sera développé, il n'existe pas de définition spécifique et exhaustive, ou de régime juridique propre aux « crimes d'honneur » devant le Comité ou en droit international des droits de l'homme. Au contraire, les « crimes d'honneur » sont systématiquement appréhendés par le Comité *via* d'autres notions, telles que les discriminations à l'égard des femmes ou les violences faites aux femmes. Comparativement, et comme il le sera développé, la doctrine a quant à elle permis le développement d'une définition particulièrement exhaustive mettant en exergue des caractéristiques propres à ces « crimes ».

Ainsi, ces constatations mettent en exergue ce contraste entre d'un côté l'existence d'un corps exhaustif de définitions insistant sur la spécificité de ces crimes et de l'autre, l'assimilation du régime des « crimes d'honneur » à d'autres notions et régimes (1). Ce constat fait ainsi émerger la question de la pertinence d'un régime juridique propre à ces crimes devant le Comité (2).

1. Une assimilation des « crimes d'honneur » aux notions et régimes juridiques préexistants

L'assimilation se définit comme le fait de « soumettre, en tout ou en partie, l'élément assimilé au même régime juridique que la catégorie de rattachement »²⁴⁰. Ainsi, pour caractériser une assimilation des « crimes d'honneur » au même régime juridique que d'autres catégories de

²³⁷ Voir Fempower, « Forced marriage and honour crimes », *Frauen Stadt Wien*, n° 11, 2/2005.

²³⁸ M. CHITASHVILI, N. JAVAKHISHVILI, L. ARUTIUNOV et al., *National research on domestic violence against women in Georgia – Final report*, ACT Research et Centre for Social Science, Tbilissi, 2010, p. 15.

²³⁹ Voir Assemblée générale des Nations unies, *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, 48e session, 20 décembre 1993, U.N. doc. A/RES/48/104, p. 1; The European Union for Georgia, GeoStat et UN Women, *National Study on Violence Against Women 2017 – Summary Report*, p. 4; Déclaration et Programme d'action de Beijing, précité, § 14.

²⁴⁰ G. CORNU et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, coll. Quadrige, Paris, PUF, 13^e éd., 2020, V° Assimilation. Définition notamment utilisée par, E. NICOLAS, *L'assimilations en droit. Essai de philosophie de la technique juridique*, coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2022, 188 p.

rattachement (1.2), il faut en premier lieu s'accorder sur ce qu'il faut entendre par « crime d'honneur » comme élément assimilé (1.1).

1. Des définitions doctrinales aux définitions institutionnelles : de l'autonomie à l'assimilation

Le « crime d'honneur » a été longuement étudié par la doctrine qui a permis de mettre en exergue plusieurs critères définitionnels propres (1.1.1), quand les institutions – notamment onusiennes – se sont quant à elles principalement fondées sur d'autres notions déjà connues d'elles pour l'appréhender (1.1.2).

1. Une définition doctrinalement autonome

Le concept d'honneur, en dépit de son intrinsèque relativité en fonction du contexte social, économique et culturel²⁴¹, a fait l'objet de plusieurs tentatives de définitions dans l'étude doctrinale du « crime d'honneur », même si ces définitions restent principalement contextuelles. Ce proche parent du respect, de l'estime ou du prestige, emporte un sens différent selon qu'il concerne un homme ou une femme. Pour un homme, l'honneur est une condition de l'intégrité, il emporte une dimension positive. Pour la femme, l'honneur est le pendant négatif de la honte, en particulier sexuelle. Son honneur est conditionné à la réputation que lui octroie sa famille, sa communauté. Il n'est donc pas intrinsèque, comme pour l'homme, mais extrinsèque, assigné par un élément extérieur²⁴².

La femme serait « porteuse » de l'honneur de l'homme qui en est le réel détenteur, il possède cet honneur et subit la honte de sa perte, perte qui est quasi systématiquement du fait de la femme²⁴³. Ainsi, il est important de noter cette caractéristique particulière de l'honneur qu'est sa « *losability* »,

²⁴¹ A. T. FILDIS, précité, p. 2.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ Voir : N. V. BAKER, P. R. GREGWARE et M. A. CASSIDY, « Family Killing Fields : Honour Rationales in the Murder of Women », *Violence Against Women*, Vol. 5, No. 2:1, 1999. Voir D. KANDIOYOTI, « Emancipated but Unliberated? Reflection on the Turkish Case », *Feminist Studies*, Vol. 13, No. 2, Été 1987, pp. 317-338 : « Women are vested with immense negative power because any misbehaviour on their part can bring shame and dishonour to the male members of a whole community, lineage or family. » ; A. GILL, « Honour killings and the quest for justice in black and minority ethnic communities in the UK », *Criminal Justice Policy Review*, Vol. 20, pp. 475-494, tel que cité dans A. GILL, précité, p. 249 : « Women are symbolically (and, to an extent, literally) viewed as the vases that “hold” the family's honour, while men are seen as responsible for guarding them against any behaviour that might be seen as shameful. ». La perte d'honneur et, *a fortiori*, les victimes de crimes d'honneur peuvent être des hommes, mais cela reste très marginal, voir : K. LUOPAJARVI, « International accountability for honour killings as human rights violations », *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, Vol. 22, No. 1, 2004, p. 3. ; F. STEWART, *Honour*, Chicago University Press, Chicago, 1994, 190 pages.

sa possibilité d'être perdue²⁴⁴. Cette perte peut survenir dans plusieurs cas, le plus souvent elle sera liée à la sexualité de la femme (par exemple, la perte de sa virginité, adultère, relation homosexuelle...)²⁴⁵. Cette perte peut être uniquement fondée sur des rumeurs. Ce qui compte c'est bien que ce que pense la communauté de l'honneur détenu par la femme. La vérité n'est pas primordiale, c'est la rumeur qui apporte le déshonneur²⁴⁶. Ainsi, comme l'indiquait Pierre Bourdieu, l'honneur est toujours appréhendé ouvertement dans sa dimension publique²⁴⁷, « *it's a sentiment, a manifestation of this conduct, and the evaluation of this conduct in others* »²⁴⁸. Par conséquent, le déshonneur est un phénomène public nécessitant de la publicité²⁴⁹ et, *a fortiori*, le « crime d'honneur » devient un moyen public de réparer ce préjudice qu'est le déshonneur, mais aussi de « *publicly displaying this patriarchal power* »²⁵⁰.

Les définitions doctrinales du « crime d'honneur » ainsi que la littérature y afférant sont extrêmement nombreuses²⁵¹, néanmoins un ensemble d'éléments constitutifs peuvent être mis en évidence. Quatre éléments constitutifs peuvent particulièrement être relevés, ceux-ci étant des

²⁴⁴ A. T. FILDIS, précité, p. 8. Voir aussi G. LERNER, *The Creation of Patriarchy*, Oxford University Press, New-York, 1986, p. 80 : « The very concept of honour, for men embodies autonomy, the power to dispose of oneself and decide for oneself, and the right to have that autonomy recognized by others. But women under patriarchal rule do not dispose of themselves and decide for themselves. Their bodies and their sexual services are at the disposal of their kin group, their husbands, and their fathers. Women do not have "honour" ».

²⁴⁵ A. K. GILL, précité, p. 248. Voir aussi R. MONDAL, « Evil of Honour Killing in India: A Socio-Legal Study », *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 5, 2022, p. 650. D'autres raisons peuvent intervenir, comme le refus d'un mariage arrangé ou encore le fait d'avoir porté une tenue non traditionnelle considérée comme inacceptable.

²⁴⁶ Voir A. K. GILL, précité, p. 248. ; R. HUSSEINI, *Murder in the Name of Honor : The True Story of One Woman's Heroic Fight Against Unbelievable Crime*, Oneworld Publications, Oxford, 2010, 264 p. L'auteur y indique que les autopsies réalisées sur des femmes victimes de crimes d'honneur en raison de la perte de leur virginité présumée sont en réalité, dans l'écrasante majorité des cas, toujours vierges. ; R. L. TERMAN, précité, p. 9. ; K. LUOPAJARVI, précité, p. 2. ; R. A. RUANE, « Murder in the name of honour : Violence against women in Jordan and Pakistan », *Emory International Law Review*, Vol. 14, 2000, pp. 1523 et 1531.

²⁴⁷ A. K. GILL, *op. cit.*, p. 249, commentant Pierre BOURDIEU : « Thus, in many countries where honour killings occur regularly, perpetrators who are arrested proudly display their handcuffs. Some men who have killed in the name of honour even go to the police to voluntarily confess their crimes. ».

²⁴⁸ J. PITT-RIVERS, *Honour and Social Status. In honour and shame: The values of Mediterranean society*, Ed. J. G. Perisitany, Chicago University Press, 1971, p. 21.

²⁴⁹ R. L. TERMAN, précité, p. 8.

²⁵⁰ A. K. GILL, précité, p. 249 ; Voir aussi R. MONDAL, précité, p. 650.

²⁵¹ Voir par exemple K. LUOPAJARVI, précité, p. 2. ; T. D. CHOUDHURI, précité ; Division for the Advancement of Women, Expert paper prepared by F. KHAFAGY, The Association of Legal Aid for Women in Cairo, *Honour Killing in Egypt*, Expert Group Meeting organized by the UN Division for the Advancement of Women, in collaboration with the UN Office on Drugs and Crime, 2005, p. 3. ; A. KHAN, « Honour Killings in Pakistan : Judicial and Legal Treatment of the Crime : A Feminist Perspective », *LUMS Law Journal*, Vol. 7, 2020, p. 76 ; S. T. KHAN, *Beyond Honour A Historical Materialist Explanation of Honour related Violence*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 47 ; R. MONDAL, précité, p. 615 ; A. T. FILDIS, précité, p. 1 ; U. WIKAN, *In Honor of Fadime : Murder and Shame*, University of Chicago Press, Chicago, 2008, p. 73.

dénominateurs communs aux nombreuses définitions existantes²⁵². Le premier élément constitutif est qu'il s'agit d'un meurtre où, dans l'écrasante majorité des cas, la victime est une femme, et qui est commis par des membres de la famille de la victime. Le meurtre est en général perpétré par les hommes (frère, père, mari...), mais les femmes peuvent aussi être impliquées, en général, dans l'organisation du crime. La belle-famille n'est d'ordinaire pas impliquée, l'honneur de la femme reste rattaché à celui de sa famille « de naissance », qui, en l'ayant élevée, est responsable de sa honte²⁵³. Le deuxième élément constitutif est que l'auteur du crime n'agit pas seul, il bénéficie de « l'approbation implicite ou explicite, voire [d']un encouragement par les autres membres de la famille »²⁵⁴, la possession par la femme de l'honneur étant conditionnée à son octroi par la communauté. L'ensemble de cette communauté est alors impliqué dans la réparation du déshonneur. Cette collectivisation du crime rend ainsi particulièrement difficile la traduction en justice des accusés. Le troisième élément constitutif est la valeur probatoire accordée aux rumeurs. La simple suspicion au sein de la communauté suffit à justifier le crime. Et, enfin, le quatrième élément constitutif est la préméditation du crime. Il s'agit d'un acte planifié et organisé, ce qui le distingue notamment du crime passionnel avec lequel il est souvent confondu²⁵⁵.

Ainsi, « choisir d'utiliser ce terme [le crime d'honneur] ou non revient à déterminer si c'est un crime qui revêt des caractéristiques particulières »²⁵⁶.

2. *Les définitions institutionnelles du « crime d'honneur » écartant son autonomisation*

²⁵² R. L. TERMAN, précité, p. 9.

²⁵³ Voir U. WIKAN, précité, p. 73 ; P. SEN, « Crimes Of Honour, Value and Meaning », dans L. WELCHMAN et S. HOSSEIN, *“Honour” : Crimes, Paradigms, and Violence Against Women*, Zed Books, Londres, 2005, pp. 46-50.

²⁵⁴ R. L. TERMAN, précité, p. 9.

²⁵⁵ Sur la distinction entre « crime d'honneur » et crime passionnel, voir : S. T. Khan, précité. L'auteur fonde la différence entre les deux crimes sur l'existence ou non d'une relation sexuelle ou amoureuse entre la victime et son meurtrier. Par ailleurs, le crime passionnel n'a pas de dimension collective, mais uniquement individuelle, et il n'est généralement pas prémédité. Voir aussi : L. ABU-ODEH, « Crimes of Honour and the Construction of Gender in Arab Societies » dans M. Yamani, *Feminism and Islam : Legal and Literary Perspectives*, New York University Press, New-York, 1996.

²⁵⁶ R. L. TERMAN, précité, p. 24.

Il est vrai qu'en dépit de l'origine millénaire²⁵⁷, de l'universalité²⁵⁸, et de la large reconnaissance des violences institutionnalisées contre les femmes comme tentatives de contrôle de leurs libertés et sexualités, il n'y a pas de définition unique statutaire universellement acceptée du « crime d'honneur »²⁵⁹.

Néanmoins, la pratique institutionnelle du CEDEF et d'autres organes onusiens s'intéressant de près à la question des droits des femmes ont déjà eu à se pencher sur les « crimes d'honneur », mais ne l'ont systématiquement défini que sous l'angle d'autres notions déjà connues, notamment des violences fondées sur le genre.

En effet, le Comité, dans sa Recommandation générale n°35, décrivait les « meurtres commis au nom de l'«honneur» et les suicides forcés » comme formes de violence fondées sur le genre et qui touchent les femmes à tous les âges²⁶⁰, faisant ainsi référence implicite à la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, et notamment à son article 2 définissant la violence contre les femmes et incluant les violences physiques issues de pratiques traditionnelles²⁶¹.

Par ailleurs, cette forme particulière de violence a été développée dans le rapport de la Rapporteuse spéciale des Nations unies sur la violence à l'égard des femmes du 23 mai 2012²⁶². Dans ce rapport, la Rapporteuse considère les crimes d'honneur comme exemple de meurtres de femmes en raison de leur genre²⁶³, ceux-ci se définissant comme manifestation de violence extrême à l'égard des

²⁵⁷ Voir A. T. FILDIS, « The Historical Roots and Occurrence of Honour-Related Violence in Non-Muslim and Muslim Societies », *Journal of Women of the Middle East and the Islamic World*, Vol. 11, 2013, pp. 1-15.

²⁵⁸ A. H. JAFRI, *Honour Killing: Dilemma, Ritual, Understanding*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 21 : « Family killings and other violence committed in the name of “honour” or reputation occur beyond the Arab world and the Middle East; it is by no means endemic to the religion of Islam or tied to any particular group. ».

²⁵⁹ L. GRANS, « The State Obligation to Prevent Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment of Punishment: The Case of Honour-Related Violence », *Human Rights Law Review*, Vol. 15, No. 4, Novembre 2015, p.696. Voir : T. D. CHOUDHURI, « Honour Killing : Socio-Legal Issue », *Supremo Amicus*, Vol. 22, 2020, pp. 30-37. ; R. L. TERMAN, « To Specify of Single Out : Should We Use the Term “Honor Killing” ? », *Muslim World Journal of Human Rights*, Vol. 7, No. 1, 2010, p. 7.

²⁶⁰ CEDAW, *General recommendation No.35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No.19*, 14 juillet 2017, CEDAW/C/GC/35, § 14.

²⁶¹ Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, précitée. Voir aussi A/HRC/20/16, précité, § 83 : « Gender-based violence has been recognized as one of the most extreme and pervasive forms of discrimination, severely impairing and nullifying the enforcement of women's rights. The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Declaration on the Elimination of Violence against Women address all forms of violence, which include the killing of women, as acts of violence that are prohibited under international law. ».

²⁶² Assemblée générale des Nations unies, R. MANJOO, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, 23 mai 2012, U.N. doc. A/HRC/20/16.

²⁶³ *Ibid.*, § 14 : Les crimes d'honneur sont considérés comme des « *gender-related killings of women* » au même titre que les féminicides, feminicides, crimes passionnels, etc.

femmes²⁶⁴ s'inscrivant dans une logique institutionnelle plutôt qu'individuelle, et ce afin de maintenir et perpétuer les relations sociales hiérarchiques entre genres et ainsi perpétuer les inégalités qui en découlent²⁶⁵. Par ailleurs, les « crimes d'honneur » seraient des exemples « actifs » de ces « *gender-related killings* » puisqu'ils se manifestent par des meurtres et ne sont pas la conséquence « accidentelle » de mauvais traitement²⁶⁶.

Dans ce même rapport, la Rapporteuse spéciale accorde finalement une importance particulière aux « crimes d'honneur », alors définis comme « *the most severe manifestations of harmful practices* »²⁶⁷. Ce rapport, reprenant largement celui de 2006 du Secrétaire général²⁶⁸, fait état de plusieurs éléments caractéristiques de ces crimes que sont leur large impunité et le rôle joué par les membres masculins de la famille dans leur commission, avec pour objectif le contrôle de la sexualité et de la liberté des femmes. Cette « punition » prend alors une dimension collective afin d'atteindre un but qui serait objectif, à savoir le retour de l'honneur de la famille²⁶⁹. C'est d'ailleurs utilement que le rapport fait mention du suicide forcé comme forme de « crime d'honneur »²⁷⁰.

Ainsi, les organes institutionnels spécialisés dans la protection des droits des femmes adoptent une définition consistant à faire des « crimes d'honneur » un cas particulier de violences fondées sur le genre. Même si les éléments substantiels de définition apportés par ces organes sont pertinents, l'on peut s'interroger l'opportunité d'une telle approche au lieu d'une définition autonome.

En effet, et cela va sans dire, les « crimes d'honneur » sont une forme de violence fondée sur le genre. Néanmoins, le fait pour ces institutions de ne pas proposer de définition plus exhaustive et autonome ne permet pas de mettre en lumière leurs caractéristiques propres. Comme la doctrine l'a bien mis en exergue, les « crimes d'honneur » sont une catégorie de crimes bien spécifiques qui

²⁶⁴ *Ibid.*, § 15. Voir aussi N. SHALHOUB-KEVORKIAN, « Reexamining Femicide: Breaking the Silence and Crossing Scientific Borders », *Signs*, The University of Chicago Press, Vol. 28, No. 2, 2002, p. 581 : « Women subjected to continuous violence and living under conditions of gender-based discrimination and threat are always on “death row, always in fear of execution ».

²⁶⁵ D. L. HUTCHINSON, « Ignoring the Sexualization of Race Heteronormativity, Critical Race and Anti-Racist Politics », *Buffalo Law Review*, Vol. 47, 1999, p. 20.

²⁶⁶ A/HRC/20/16, précité, § 16.

²⁶⁷ *Ibid.*, § 4 3. Voir aussi A/61/122/Add. 1, précité, § 78. La traduction française est ici moins percutante : « facteurs déterminants de la violence à l'égard des femmes, notamment les croyances liées aux pratiques traditionnelles nuisibles ».

²⁶⁸ A/61/122/Add. 1, 2006, précité.

²⁶⁹ *Ibid.*, § 45.

²⁷⁰ *Ibid.* Voir aussi : A/61/122/Add. 1, précité, § 84.

mettent en lumière des pratiques discriminatoires particulières²⁷¹. Ne pas développer de manière plus appuyée ces caractéristiques propres pourrait entraîner une réaction contre-productive puisque cela risquerait d'invisibiliser ces pratiques discriminatoires spécifiques.

2. Un régime juridique assimilé : le « crime d'honneur » et la discrimination à l'égard des femmes

Le « crime d'honneur » ne bénéficie pas d'un régime juridique propre devant le CEDEF. Lorsque le Comité est appelé à se prononcer sur cette notion – que ce soit dans le cadre des plaintes individuelles ou dans ses divers travaux – il mobilise alors le régime général lié à sa compétence qu'est celui de la discrimination à l'égard des femmes (1.2.1), dont un de ses pendants que sont les violences faites aux femmes (1.2.2).

1. *Les « crimes d'honneur » et la notion « parapluie » de discriminations à l'égard des femmes*

La commission d'un « crime d'honneur » peut entraîner une qualification de discrimination à l'égard des femmes et violer l'article 2 alinéa e) de la Convention enjoignant aux États contractants de « prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination »²⁷².

Pour rappel, la discrimination à l'égard des femmes est définie à l'article 1^{er} de la Convention 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 et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine. »

La discrimination à l'égard des femmes peut être considérée comme étant une notion « parapluie » puisqu'elle comprend un ensemble particulièrement vaste de qualifications, comme les violences faites aux femmes²⁷³, et son régime est celui de la Convention.

²⁷¹ Voir *supra* I. A. 1.

²⁷² Voir K. LUOPAJARVI, précité, p. 17.

²⁷³ Voir *infra* I. B. 2.

Dans ses constatations du 25 octobre 2021, le CEDEF a relevé plusieurs violations de la Convention commises par la Géorgie, toutes résultantes de formes de discriminations caractéristiques des « crimes d'honneur ».

En effet, concernant notamment la violation des articles 2 alinéas c) et e) de la Convention, lus conjointement avec l'article 3, le Comité a démontré la commission d'une discrimination par l'État géorgien à l'égard de Mme JEIRANOVA en raison de la place accordée à l'honneur par les autorités.

Sans s'attarder à rappeler les caractéristiques fondamentalement sexistes, et donc discriminatoires, que peut impliquer la notion d'honneur, la persistance de la prise en compte de l'honneur par les autorités est un élément typique des crimes qui y sont associés. La persistance d'attitudes stéréotypées au sein de la police par exemple, face à des dénonciations de crimes d'honneur, reste malheureusement courante, la victime étant avant tout vue comme coupable de la perte d'honneur²⁷⁴, cet écueil étant notamment ancré en Géorgie²⁷⁵.

En l'espèce, le Comité a déploré le manque de considération des autorités au témoignage de Mme JEIRANOVA ainsi qu'aux faits ayant eu lieu les 16 et 17 septembre, alors même que celle-ci courait un « extrême danger »²⁷⁶. Par ailleurs, c'est en considération de l'honneur que l'enquête a été close le 28 septembre 2014²⁷⁷, et c'est également la culpabilité inhérente de Mme JEIRANOVA aux yeux des forces de police qui a conduit à ce que les interrogatoires concomitants à son décès portent uniquement sur sa prétendue infidélité, sans faire référence aux violences subies²⁷⁸.

Par ailleurs, le Comité a conclu à une violation de l'alinéa f) de l'article 2 et de l'alinéa a) de l'article 5, lus conjointement avec l'article premier et l'article 3, compte tenu des Recommandations générales n° 19 et n° 35. À l'appui de cette conclusion, le CEDEF s'est fondé, entre autres et à nouveau, sur les considérations faites à l'honneur et, *a fortiori*, le peu de considérations accordées à la victime, ce qui est à l'origine des discriminations. En effet :

²⁷⁴ Voir par exemple K. LUOPAJARVI, précité, p. 6 ;

²⁷⁵ A/HRC/32/42/Add. 3, précité, § 20 : « The Special Rapporteur noted that in many cases of killings committed by former or current intimate partners, the victims had reported acts of violence to the police but had not been provided with adequate and effective protection. » ; CEDAW, *Observation finales sur le rapport unique valant quatrième et cinquième rapports périodiques de la Géorgie*, 2014, CEDAW/C/GEO/CO/4-5, § 20 (concernant le refus régulier des services de police d'enregistrer les plaintes pour violence domestique).

²⁷⁶ CEDAW/C/80/D/140/2019, précité, § 7.4.

²⁷⁷ *Ibid.*, § 2.4 : « Le 28 septembre 2014, l'enquête a été close, concluant que Mme Jeiranova s'était suicidée en raison de son comportement "honteux" et de son infidélité envers son mari ».

²⁷⁸ *Ibid.*, § 2.4.

« les mauvais traitements infligés à Mme Jeiranova, le refus de procéder à une autopsie en raison de l’objection des proches dont on savait qu’ils représentaient une menace pour Mme Jeiranova, le fait que le Procureur de Kakheti a qualifié le comportement de cette dernière de “déhonorant” et la décision de mettre fin à l’enquête fondée sur la conclusion qu’elle s’était suicidée en raison de son comportement “honteux” et de son infidélité confirment que Mme Jeiranova a été victime d’une discrimination »²⁷⁹.

Le Comité n’a donc, là encore, pas donné crédit à l’argument de l’État partie concernant les violations des articles susmentionnés, celui-ci s’étant borné à lister « les mesures prises pour lutter contre la violence à l’égard des femmes et l’inégalité femmes-hommes »²⁸⁰, mais n’étayant pas en quoi ces mesures ont pu être en faveur de la victime²⁸¹.

Dès lors, chacune des violations commises par l’État géorgien relevées par le Comité se fonde sur des discriminations dont Mme JEIRANOVA a été victime, sans pour autant que le Comité ne mentionne la mise en œuvre d’un régime juridique propre aux « crimes d’honneur ».

2. *Le « crime d’honneur » comme forme de violence faite aux femmes*

Les « crimes d’honneur » peuvent s’appréhender comme une forme de violences faites aux femmes. En effet, le CEDEF, dans ses présentes constatations, recommande à la Géorgie de manière générale de « lutter contre l’impunité et veiller à ce que les plaintes concernant les violences fondées sur le genre à l’égard des femmes et les violences d’“honneur” soient traitées avec diligence et de manière approfondie (...) »²⁸².

Les violences faites aux femmes s’inscrivent comme le fer de lance du travail du CEDEF et des institutions et organes spécialisés dans les droits des femmes. Ces violences fondées sur le genre sont les formes les plus extrêmes et les plus répandues de discriminations, qui entravent gravement

²⁷⁹ *Ibid.*, § 7.7.

²⁸⁰ *Ibid.*, § 4.15.

²⁸¹ *Ibid.*, § 7.6.

²⁸² *Ibid.*, §9 b) i).

et privent d'effectivité l'exercice des droits des femmes²⁸³ et comprennent donc logiquement « *the killings of women* » condamnés par le droit international²⁸⁴.

Les violences à l'égard des femmes sont appréhendées comme une forme de discrimination mettant en péril la jouissance par les femmes de leurs droits et libertés à égalité avec les hommes²⁸⁵, comme le confirme l'article 1^{er} de la Convention tel qu'interprété par le Comité dans sa Recommandation générale n°19²⁸⁶. Par ailleurs, au regard de la Convention, les discriminations sur le genre peuvent être imputables à l'État, aussi bien en raison du comportement des organes de l'État, que des actes privés si l'État n'agit pas avec la diligence requise pour prévenir la violation des droits, ou enquêter, punir et réparer²⁸⁷, comme le rappelle le Comité dans ses constatations²⁸⁸.

Les définitions institutionnelles du « crime d'honneur » étant peu nombreuses et disparates²⁸⁹, le régime juridique du « crime d'honneur » est le plus souvent assimilé à la catégorie des violences

²⁸³ A/HRC/20/16, précité, § 83. Voir aussi Conseil des droits de l'homme, *Résolution 14/12 sur l'intensification de l'action menée pour éliminer toutes formes de violence à l'égard des femmes : veiller à ce que s'exerce la diligence due en matière de prévention*, A/HRC/RES/14/12, 30 juin 2010 ; Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, *ibid.* ; CEDAW, *Recommandation générale n°19 sur la violence à l'égard des femmes*, 11^e session, 1992, UN A/47/38 ; *Déclaration et Programme d'action de Beijing*, Annexe II, précité, §112 : « Violence against women is an obstacle to the achievement of the objectives of equality, development and peace. Violence against women both violates and impairs or nullifies the enjoyment by women of their human rights and fundamental freedoms ».

²⁸⁴ A/HRC/20/16, précité, § 83 ; Voir aussi *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, précité article 1^{er} ; Assemblée générale des Nations unies, *Résolution 61/143 sur l'intensification de l'action menée pour éliminer toutes formes de violence à l'égard des femmes*, A/RES/61/143, 19 décembre 2006 ; Assemblée générale des Nations unies, *Résolution 62/133 sur l'intensification de l'action menée pour éliminer toutes formes de violence à l'égard des femmes*, A/RES/62/133, 18 décembre 2007 ; Assemblée générale des Nations unies, *Résolution 63/155 sur l'intensification de l'action menée pour éliminer toutes formes de violence à l'égard des femmes*, A/RES/63/155, 18 décembre 2008.

²⁸⁵ UN A/47/38, précité, § 1. Voir aussi K. LUOPAJARVI, précité, p. 17.

²⁸⁶ *Ibid.*, § 6 : « L'article premier de la Convention définit la discrimination à l'égard des femmes. Cette définition inclut la violence fondée sur le sexe, c'est-à-dire la violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme. Elle englobe les actes qui infligent des tourments ou des souffrances d'ordre physique, mental ou sexuel, la menace de tels actes, la contrainte ou autres privations de liberté. La violence fondée sur le sexe peut violer des dispositions particulières de la Convention, même si ces dispositions ne mentionnent pas expressément la violence. ».

²⁸⁷ *Ibid.*, § 9 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, articles 2 e), 2 f) et 5 ; Voir aussi L. Grans, précité, p. 705 : « (...) on the basis of state practice and *opinio juris* one can conclude that there is a rule of customary international law that obliges States to prevent and respon to acts of violence against women committed by non-State actors with due diligence. ». Voir aussi Luopajarvi, précité, p. 17.

²⁸⁸ CEDAW/C/80/D/140/2019, précité, § 7.2.

²⁸⁹ Voir *supra*, I. A.

fondées sur le genre. Cette violence contre les femmes en raison de leur genre²⁹⁰ vise notamment la violence domestique à laquelle les « crimes d'honneur » sont également assimilés²⁹¹.

Les violences domestiques et « d'honneur » partagent plusieurs points communs permettant un rapprochement de régime. Toutes deux impliquent des violences – majoritairement – contre des femmes et parce qu'elles sont des femmes, intervenant dans la sphère privée et visant l'oppression de ces dernières²⁹². Ces violences se voient par ailleurs renforcées lorsqu'elles s'inscrivent dans des pratiques traditionnelles, basées sur des comportements stéréotypés, et visant à asseoir de manière générale la subordination des femmes, même si cette caractéristique est plus marquée concernant les « crimes d'honneur »²⁹³.

Ainsi, les « crimes d'honneur » sont une forme de violence domestique et plus généralement de violence à l'égard des femmes. La violence à l'égard des femmes constituant une forme de discrimination, les « crimes d'honneur » sont ainsi également une forme de discrimination lorsqu'appréhendés sous l'angle de ces violences.

Dès lors, la mention de « violences fondées sur le genre à l'égard des femmes » et « violences d'«honneur» » au sein des constatations ne peut être considérée comme anodine, et implique par conséquent de traiter les violences « d'honneur » au même titre que les autres formes de violences faites aux femmes. Cette conclusion fait alors écho à la Résolution portant sur « *The Elimination of All Forms of Violence against Women including Crimes identified in the Outcome of Beijing +5* » considérant les « crimes d'honneur » comme violences contre les femmes²⁹⁴.

2. Étude de la pertinence d'un régime juridique autonome des « crimes d'honneur »

Puisque les « crimes d'honneur » ne sont jamais pas appréhendés de manière autonome, mais toujours sous l'angle de la discrimination à l'égard des femmes ou de notions qui en découlent

²⁹⁰ Voir L. GRANS, précité, p. 696 et 717 : « Requiring States to prevent honour-related violence, and by implication other forms of gender-based violence, will not impose an impossible burden on the State » ; UN A/47/38 , précité, § 6.

²⁹¹ A. TRIPATHI et S. YADAV, « For the Sake of Honour: But Whose Honour – Honour Crimes against Women », *Asia-Pacific Journal on Human Rights and the Law*, Vol. 5 , No. 2, 2004, pp. 7475 : « The UN Special Rapporteur on Violence against Women classifies the so-called “honour crimes” against women as a form of domestic violence (...) ».

²⁹² A. TRIPATHI et S. YADAV, précité, pp. 74-75 ; CEDAW/C/GC/35, précité, § 10.

²⁹³: CEDAW/C/GC/35, précité, § 9 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, articles 2 f) et 5 et 10 c).

²⁹⁴ A. TRIPATHI et S. YADAV, précité, pp. 74-75. Voir aussi A/61/122/Add.1, *ibid.*, § 5.

comme les violences faites aux femmes, il semble légitime de s'interroger sur la pertinence qu'aurait une approche autonomisée.

Nonobstant l'extrême gravité de ces crimes, ceux-ci soulèvent des enjeux en réalité classiques pour le Comité, laissant ainsi suggérer qu'il est pertinent d'appréhender ces crimes sous l'angle de notions et régimes déjà connus (2.1). Cependant, ne pas autonomiser l'approche juridique faite par le Comité sur les « crimes d'honneur » n'empêche pas d'envisager d'autres approches (2.2).

1. Les enjeux juridiques classiques du « crime d'honneur »

Les constatations rendues par le Comité le 25 octobre 2021 mettent en lumière plusieurs enjeux juridiques caractéristiques des discriminations à l'égard des femmes.

Concernant la lenteur de la procédure, combinée à l'absence d'enquêtes, de poursuites et de sanctions, celles-ci sont courantes dans ce type d'affaires, que ce soit en raison de la mauvaise foi des autorités dans la prise en charge, ou encore des obstacles érigés par les membres de la famille ou de la communauté²⁹⁵.

En l'espèce, pour les auteurs de la communication, la procédure concomitante au décès de Mme JEIRANOVA semble faire état de ces écueils²⁹⁶. En effet, ceux-ci s'appuient, entre autres, sur la clôture de l'enquête au motif que la victime s'était suicidée en raison de « son comportement honteux », puis sa réouverture à la suite d'une émission télévisée, ainsi qu'à l'absence d'identification des auteurs et de détermination de la cause du décès alors que les faits remontent à septembre 2014²⁹⁷, violant ainsi la Convention²⁹⁸. Par ailleurs, la famille de la victime et sa communauté auraient contribué à ralentir l'enquête en refusant que soit pratiquée une autopsie, et en ne coopérant pas avec les autorités. À ces arguments, la Géorgie a principalement avancé la complexité de l'affaire, l'interdiction de faire peser sur les autorités un fardeau excessif et la complaisance des proches de la victime²⁹⁹.

²⁹⁵ Voir Conseil des droits de l'homme, Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences, sur sa mission en Géorgie, 22 juillet 2016, U.N. doc. A/HRC/32/42/Add.3, § 94 ; K. LUOPAJARVI, précité, p. 6 ; Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1327 (2003), § 10.1.3.

²⁹⁶ CEDAW/1/80/D/140/2019, précité, §§ 3.1 à 3.8.

²⁹⁷ CEDAW/1/80/D/140/2019, précité, §§ 3.4-3.6.

²⁹⁸ Pour rappel, les auteurs allèguent une violation des articles 1^{er}, 2 alinéas b), c), d), e), f) et 5 alinéa a) de la Convention. Voir : *Ibid.*, §§9 a) i) ; 9) b) i) – xiii).

²⁹⁹ *Ibid.*, §§ 4.1 – 4.16.

L'obligation d'enquête, de poursuites et de sanctions à la charge des États est régulièrement rappelée par le Comité dans ses Recommandations générales, que ce soit concernant les autorités publiques responsables elles-mêmes d'actes discriminatoires ou en raison de l'absence d'enquête, de poursuite ou de sanctions de personnes privées³⁰⁰. Dans ces constatations sont mis en exergue ces deux possibilités puisque sont visées les autorités géorgiennes qui ont elles-mêmes véhiculé des préjugés sexistes³⁰¹, mais aussi en raison de leur absence de diligence dans l'enquête concernant la mort de Mme JEIRANOVA³⁰².

Les éléments évoqués par le Comité dans le traitement de ces violences faites aux femmes que sont les « crimes d'honneur » sont d'autant plus classiques qu'ils se retrouvent également dans les travaux et constatations d'autres comités conventionnels qui ont eu à se prononcer sur cette thématique, même si leurs analyses s'adaptent bien entendu à leurs champs de compétence *materiae* spécifiques.

En effet, le Comité des droits de l'homme par exemple a eu l'occasion d'indiquer dans son Observation générale n° 28, que « [l]a commission de “crimes justifiés par l'honneur”, et en conséquence impunis, constitue de graves violations du Pacte et notamment de ses articles 6, 14 et 26 »³⁰³. Dans ses constatations en date du 24 juillet 2019, le Comité des droits de l'homme a pu illustrer ce positionnement en se fondant, entre autres, sur l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, afin de condamner le Danemark. En l'espèce, les autorités danoises souhaitaient expulser du territoire deux ressortissants afghans qui, en raison de relations sexuelles antérieures à leur mariage, et alors que l'épouse était fiancée – contre son gré – à un autre homme, risquaient d'être victimes de crimes d'honneur à leur retour³⁰⁴. Ici cependant, le Comité étend quelque peu le champ des articles applicables aux crimes d'honneur tel qu'issu de l'Observation générale n° 28 en incluant, en plus du droit à la vie (article 6), l'interdiction de la torture et autres

³⁰⁰ Voir par exemple : CEDAW, *Recommandation générale n°19 sur les violences à l'égard des femmes*, 11^{ème} session, 1992, § 9 ; CEDAW, *Recommandation générale n° 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, CEDAW/C/GC/28, 16 décembre 2010, §§ 17, 19, 34 ; CEDAW, *Recommandation générale n°33 sur l'accès des femmes à la justice*, CEDAW/C/GC/33, 3 août 2015, §§ 18, 51.

³⁰¹ CEDAW/1/80/D/140/2019, précité, § 7.6.

³⁰² CEDAW/1/80/D/140/2019, précité, § 5.9.

³⁰³ Comité des droits de l'homme, *Observation générale n°28 : Article 3 (Égalité des droits entre hommes et femmes)*, 68^e session, 29 mars 2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, § 31.

³⁰⁴ Comité des droits de l'homme, Constatations adoptées par le Comité au titre de l'article 5 (par. 4) du Protocole facultatif, concernant la communication n°2685/2015, 24 juillet 2019, U.N. doc. CCPR/C/126/D/2685/2015.

peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 7). Ainsi, le Comité a notamment suivi le rapport de 1996 du Rapporteur spécial des Nations unies sur les violences à l'égard des femmes³⁰⁵, mais aussi son propre Rapport pour l'année 2002 dans lequel il « relevait avec préoccupation des cas [...] de “crimes d'honneur” [...] (art. 3, 6 et 7 du Pacte) » dans la société suédoise³⁰⁶.

Le Comité contre la torture reconnaît, lui, que les actes privés de violence peuvent constituer un acte de torture tel qu'envisagé par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ci-après, la « Convention contre la torture »)³⁰⁷, faisant ainsi écho au rapport de 1996 considérant que les violences contre les femmes pouvaient être interprétées comme actes de torture³⁰⁸. Par ailleurs, le Comité contre la torture a explicitement reconnu que les crimes d'honneur « constituent des violations de la Convention »³⁰⁹.

Selon son Observation générale n°2, une violation de l'État dans ces circonstances est possible uniquement si les autorités publiques avaient connaissance des actes de violence tombant dans le champ d'application de la Convention contre la torture, et n'ont pas agi avec la diligence requise pour prévenir la violation des droits, enquêter, poursuivre et punir. De plus, l'indifférence ou l'inaction de l'État peut être interprétée comme une forme d'encouragement et / ou de permission *de facto*, y compris lorsque les faits d'espèce concernent des violences fondées sur le genre – donc potentiellement des crimes d'honneur³¹⁰. Cette mention de l'obligation de *due diligence* dans le cadre des violences fondées sur le genre n'est pas sans rappeler la Recommandation générale n°19 du CEDEF indiquant que : « les États peuvent être également responsables d'actes privés s'ils n'agissent pas avec la diligence voulue pour prévenir la violation de droits ou pour enquêter sur des actes de violence, les punir et les réparer »³¹¹. Cette responsabilité de l'État pour des actes privés telle qu'issue explicitement de la Recommandation générale n°19 et du droit international général

³⁰⁵ L. GRANS, précité, p. 695.

³⁰⁶ Assemblée générale, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, 57^e session, Supplément n°40, U.N. doc. A/57/40, Vol. 1, 2002, p. 46, § 8.

³⁰⁷ Comité contre la torture, *Observation générale n°2 : Application de l'article 2 par les États parties*, 24 janvier 2008, CAT/C/GC/2, § 22. Voir aussi : L. GRANS, précité, p. 695.

³⁰⁸ E/CN.4/1996/53, précité, §§ 4450 ; L. GRANS, précité, p. 707.

³⁰⁹ Comité contre la torture, *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la Fédération de Russie, adoptées par le Comité à sa quarante-neuvième session (29 octobre – 23 novembre 2012)*, U.N. doc. CAT/C/RUS/CO/5, § 13.

³¹⁰ CAT/C/GC/2, précité, § 18.

³¹¹ UN A/47/38, précité, § 9.

est reprise dans les constatations du CEDEF du 25 octobre 2021 dans l'argumentation développée par le Comité³¹².

Ainsi, les enjeux juridiques soulevés par les « crimes d'honneur », notamment en termes de violations substantielles, semblent être plutôt classiques dans la pratique des comités conventionnels et pourraient être vraisemblablement envisagés sans difficulté sous l'angle d'autres notions classiquement mobilisées par ces comités.

2. L'importance de la consécration de la notion en dépit de l'absence de régime juridique spécifique

Affirmer qu'un régime juridique propre aux « crimes d'honneur » ne serait pas opportun ne revient cependant pas à conclure que la notion de « crime d'honneur » n'est pas opportune. Comme il l'a été démontré précédemment, les « crimes d'honneur » présentent des caractéristiques particulières et sont un crime bien spécifique porté contre les femmes. Admettre la particularité de leur définition revient, entre autres, à mettre en avant leur ignominie. À ce titre, il semble opportun de proposer un parallèle avec les féminicides, parallèle directement présenté par le Comité dans les présentes constatations.

En effet, concomitamment au « crime d'honneur », le CEDEF a mentionné le féminicide dans ses Recommandations générales adressées à l'État géorgien, laissant ainsi présumer la commission d'un féminicide à l'encontre de Mme JEIRANOVA, ce qu'elle ne peut là encore affirmer en raison de l'enquête en cours³¹³.

Le choix du Comité de mentionner à la fois les termes « crime d'honneur » et féminicide n'est pas anodin, les « crimes d'honneur » pouvant être appréhendés comme une sous-catégorie du féminicide³¹⁴. En effet, les féminicides peuvent se définir comme « *the murders of women by men motivated by hatred, contempt, pleasure or a sense of ownership of women* »³¹⁵. Plus que le meurtre d'une femme et donc au-delà d'une définition étymologique, le féminicide est avant tout le meurtre

³¹² CEDAW/C/80/D/140/2019, précité, § 7.2.

³¹³ *Ibid.*, § 9 b) xi.

³¹⁴ A/HRC/20/16, précité, §22. Voir aussi : J. KAYE, « Féminicide », *Online Encyclopedia of Mass Violence*, 2007.

³¹⁵ J. CAPUTI et D. RUSSEL, « Féminicide: Speaking the unspeakable », *The World of Women*, Vol. 1, No. 2, 1990 tel que cité dans A/HRC/20/16, précité, §21. Voir aussi : R. HARMES et D. RUSSEL, *Féminicide in Global Perspective*, New York Teachers College Press, 2001, tel que cité dans A/HRC/20/16, précité, §21.

d'une femme parce qu'elle est une femme³¹⁶. Le meurtre est motivé par son genre³¹⁷. En dépit des débats doctrinaux et juridictionnels autour de la distinction entre « fémicide » et « féminicide »³¹⁸, le féminicide, contrairement au fémicide, « vise à rendre compte de la mise en œuvre systémique et institutionnalisée de la domination patriarcale »³¹⁹, il permet dès lors « d'appréhender le cadre étatique patriarcal dans lequel prennent place les fémicides »³²⁰.

Le CEDEF n'est pas le premier à lier de la sorte « crime d'honneur » et fémi(ni)cide. L'Organisation mondiale de la Santé avait déjà considéré comme fémicides les crimes qui :

« (...) impliquent une fille ou une femme qui est assassinée par un membre masculin ou féminin de sa famille parce qu'elle a ou est censée avoir commis une transgression sexuelle ou comportementale, notamment un adultère, des relations sexuelles ou une grossesse hors mariage – ou même parce qu'elle a été violée »³²¹.

Dès lors, plusieurs conclusions peuvent être tirées de l'utilisation du terme « féminicide » par le Comité dans ses constatations³²². En effet, en choisissant d'intégrer le féminicide, même de manière subsidiaire, le CEDEF fait état de la possibilité que les faits d'espèce soient qualifiables de féminicide, et donc évoque l'éventualité d'une mise en œuvre systémique et institutionnalisée de la domination patriarcale en Géorgie. Ceci est d'autant plus intéressant qu'en l'espèce, de nombreux comportements patriarcaux sont reprochés aux autorités géorgiennes, notamment par les forces de

³¹⁶ OMS, *Comprendre et lutter contre la violence à l'égard des femmes*, WHO/RHR/12.38, 2012. Voir aussi L. DUMONT, *Le droit international des droits humains comme métathéorie de la justice*, Thèse soutenue à Aix-Marseille Université le 9 mai 2022, p. 664.

³¹⁷ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Gonzalez et al. (« Cotton field ») c. Mexique*, Série C n°205, 16 novembre 2009, § 143.

³¹⁸ A/HRC/20/16, précité, §§ 25 et 28 ; Voir par exemple L. DUMONT, précité, : « Dans l'affaire dite « champ de coton », le fémi[ni]cide a été défini par la Cour interaméricaine comme le meurtre d'une femme motivé par son genre.³³⁸ Le « ni » est ici mis entre crochets, car dans l'arrêt en espagnol la Cour utilise "femicidio", alors que dans l'arrêt en anglais est utilisé "femicide". Or, non seulement les représentants des victimes avaient proposé une définition plus développée et connotée du fémicide,³³⁹ mais ils avaient aussi proposé le concept de féminicide, qui se distingue donc du fémicide et rend plus regrettable encore la confusion des termes lors de la traduction de l'arrêt de la Cour. » ; A. CARCEDO, *Análisis y diagnósticos de legislación comparada*, Étude présentée lors de la Conférence internationale sur les violences et fémicides en Bolivie, 7 au 9 novembre 2011.

³¹⁹ L. DUMONT, précité.

³²⁰ L. DUMONT, précité, p. 665 ; Voir aussi A. LOPEZ et J. INÉS, « The cotton field case: genre perspective and feminist theories in the inter-american court of human rights jurisprudence », *International law : Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 21, Juillet / Décembre 2012.

³²¹ Organisation mondiale de la Santé, « Comprendre et lutter contre la violence à l'égard des femmes, Le fémicide », 2012, WHO/RHR/12.38, p. 1. Voir aussi : S. WATTIER, « La reconnaissance juridique du féminicide : quelle apport en matière de protection des droits des femmes ? », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, Vol. 118, N°2, 2019, § 10.

³²² CEDAW/1/80/D/140/2019, précité, § 9 b) xi).

police, les procureurs ainsi que le gouverneur du village. Combiné au décès de Mme JEIRANOVA s'apparentant fortement à un « crime d'honneur », le CEDEF semble peut-être y déceler, plus qu'un « crime d'honneur », une institutionnalisation des féminicides.

Tout comme les « crimes d'honneur », la qualification d'un fait en féminicide n'est pas sans importance et permet de mettre en lumière certains éléments spécifiques, principalement le caractère systémique des atteintes faites aux femmes. Ainsi, même s'il n'y a pas nécessairement de conséquences juridiques spécifiques lorsqu'une telle qualification est faite, chacune d'entre elles permet, petit à petit, de dénoncer les atteintes systémiques faites aux femmes et lutter contre celles-ci.

2. Conclusion

Comme il l'a été démontré, ces constatations du 25 octobre 2021, combinées aux observations finales rendues le 2 mars 2023 concernant le sixième rapport périodique de la Géorgie, témoignent des enjeux que soulèvent les « crimes d'honneur » en droit international des droits de l'homme, et plus spécifiquement devant le CEDEF. Pour rappel donc, l'inexistence d'un régime spécial des « crimes d'honneur », distinct du régime général de la discrimination à l'égard des femmes, ne devrait absolument pas conduire à une minimisation de la gravité de ces crimes ni de la nécessité de lutter toujours plus intensément contre ceux-ci.

Cette lutte contre les « crimes d'honneur » se manifeste notamment, pour le Comité, par son positionnement sur les discriminations ayant pour origine, ou s'épanouissant, dans « la culture, la coutume, la religion et la tradition »³²³. Face à cette situation courante de mise en balance entre traditions et pratiques discriminatoires, le CEDEF, par nature, penche toujours vers la lutte contre les pratiques discriminatoires, écartant ainsi tout argument culturel et relativiste³²⁴. Cette inclination est constitutive du CEDEF puisqu'inscrite à l'article 5 alinéa a) de la Convention.

Le « crime d'honneur » ne fait dès lors pas figure d'exception, le CEDEF ayant donné crédit à la violation de l'article 5 alinéa a) avancée par les auteurs de la communication en raison de l'insuffisance des mesures prises par les autorités :

« (...) pour modifier les schémas de comportement social et culturel, en particulier dans les communautés ethniques telles que celle de Kvemo Lambalo et

³²³ CEDAW/C/80/D/140/2019, précité, § 9 iv).

³²⁴ Voir A. T. FILDIS, précité, p. 2 : « Cultural relativism or respect for multiculturalism is often employed to excuse the violation of women's rights » ; H. TIGROUDJA, L. HENNEBEL, précité, p. 63.

concernant les comportements stéréotypés et discriminatoires à l'égard des femmes en Géorgie »³²⁵.

La culture n'est pas une cause d'exonération de la responsabilité³²⁶ et elle ne peut être présentée comme immuable lorsqu'elle entraîne des violations des droits de l'homme, telles que des « crimes d'honneur ». Elle doit être remise en question sous l'impulsion du droit, c'est pourquoi le CEDEF n'hésite pas à requérir des États parties de prendre toutes les mesures appropriées pour « modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturels de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination [...] des pratiques coutumières »³²⁷, ces mesures pouvant être des modifications législatives, c'est le cas en l'espèce³²⁸.

Ainsi, pour le CEDEF, rien ne semble être en mesure de justifier ou de minimiser les crimes d'honneur et, dans ces présentes constatations, rien ne semblait empêcher une condamnation de la Géorgie³²⁹.

³²⁵ CEDAW/C/80/D/140/2019, précité, §§ 3.8 et 7.6.

³²⁶ Voir par exemple *Résolution 48/104*, précité, article 4 ; E/CN.4/1996/53, précité, §§ 100-116 ; Conférence mondiale sur les droits de l'homme, *Déclaration de programme d'action de Vienne*, 1993, § 5 ; L. GRANS, précité, pp. 697-698.

³²⁷ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, précité, article 5 a).

³²⁸ CEDAW/C/80/D/140/2019, précité, § 9 b) iii) ; Voir aussi CEDAW/C/GC/35, précité, § 29 ; H. TIGROUDJA, L. HENNEBEL, précité, p. 674.

³²⁹ *National Study on Violence Against Women 2017 – Summary Report*, précité, p. 4 sur la place des violences faites aux femmes dans la société géorgienne.

**“The Fight Against Impunity under the Draft Articles
on Prevention and Punishment of Crimes Against
Humanity: A Comparative Commentary”**

Elie Tassel

Abstract

In 2019, the U.N. International Law Commission published a new version — the latest one — of the Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity. Surprisingly, they include no provision requiring States to punish perpetrators or, at least, to hold them personally accountable. Yet such a duty is a staple of post-World War II multilateral treaties addressing international crimes. The prosecution and punishment of core crimes perpetrators have become a routine matter under international law. Human rights courts have also become more demanding when dealing with serious human rights abuses. Although they have long given governments substantial discretion in determining the most appropriate means to ensure rights are secured, they now interfere in States' national legal order to ensure that the authorities comply with their requirements. In short, States are required to investigate, prosecute, and punish those found responsible. By contrast, the Draft Articles are less ambitious. This paper aims to discuss from a comparative perspective the four provisions dealing more or less directly with the punishment requirement and highlights the consequences of their wording.

Résumé

En 2019, la Commission du droit international des Nations Unies publie une nouvelle version — la dernière en date — de son projet d'articles sur la prévention et la répression des crimes contre l'humanité. Curieusement, le texte n'oblige pas les États signataires à punir les personnes reconnues coupables ou *a minima* à les tenir pénalement responsables alors que le devoir de répression est un classique des traités multilatéraux de lutte contre la criminalité internationale depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. La lutte contre l'impunité est un enjeu majeur du droit international contemporain. On le voit par exemple à l'évolution des systèmes régionaux de protection des droits fondamentaux ces trente dernières années. Alors que les cours européenne et interaméricaine avaient coutume de laisser aux États une certaine marge de manœuvre, elles sont de plus en plus interventionnistes et n'hésitent pas à s'immiscer dans leur ordre juridique pour vérifier que les pouvoirs publics se conforment bien à leurs décisions. Ils sont tenus de réagir à toute violation grave d'un droit fondamental en enquêtant, en poursuivant et en punissant les responsables à des peines adaptées et proportionnées. Le projet d'articles de la Commission du droit international semble, lui, moins ambitieux. L'idée de ce texte est de discuter dans une perspective comparative des différentes dispositions traitant plus ou moins directement de la répression pénale et d'essayer d'identifier les conséquences juridiques qui découlent de la manière dont elles sont rédigées.

To Léa for her help, presence, and unfailing support

Table des matières

Introduction

1. *Ex ante* obligations

- 1 The undertaking to punish crimes against humanity
 - 1.1 The autonomy of Draft Article 3(2)
 - 1.2 The autonomy of general clauses in international human rights law
- 2 The obligation to criminalize
 - 2.1 The conceptual flaw of the obligation to criminalize
 - 2.1 The obligation to criminalize in the European Court's case-law

2. *Ex post* obligations

- 1 The obligation to investigate
 - 1.1 The procedural obligation in the European Court's case-law
 - 2.1 The scope of the procedural obligation
- 2 The *aut dedere aut judicare* obligation
 - 1.2 The issue of prosecutorial discretion
 - 2.2 The interdependency of prosecution and punishment

Conclusion

« C'est le droit et le privilège de l'homme qu'il ne doive pas se déclarer en accord avec tout événement naturel, et donc aussi avec toute croissance biologique du temps. Ce qui s'est passé, s'est passé : cette phrase est tout aussi vraie qu'elle est ennemie de la morale et de l'esprit. [...] L'homme moral exige que le temps soit aboli – dans le cas qui nous intéresse ici : en clouant le malfaiteur à son méfait. Ce faisant, et le processus d'inversion morale du temps une fois accompli, il se peut alors qu'il devienne le prochain de la victime. »

—Jean Améry, *Par-delà le crime et le châtement*³³⁰

Introduction

³³⁰ J. Améry, *Par-delà le crime et le châtement. Essai pour surmonter l'insurmontable* [*Jenseits von Schuld und Sühne*] (trans. by Françoise Wuilmart), Arles: Actes Sud, 1995 [1966], pp. 114-125. Quoted in G. Agamben, "Auschwitz, l'archive et le témoin" [*Quel che resta di Auschwitz*], in *Homo Sacer. L'intégrale 1997-2015* (trans. by Pierre Alferi), Paris: Le Seuil, 2016 [1998], p. 881.

In 2019, the International Law Commission (ILC) adopted a revised version of the Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity.³³¹ The project has been extensively debated in the Sixth Committee since the ILC added "crimes against humanity" to its long-term program of work in 2014.³³² Some States immediately welcomed this inclusion with enthusiasm. They hoped that "the ILC's work on this topic would help to develop international criminal law and fill gaps in the international legal framework as well as reflect and build upon the ILC's prior work."³³³ Some others were more cautious or even skeptical. They thought that there was no need for a new treaty given that the 1998 Rome Statute was already prohibiting crimes against humanity and imposing on States to prosecute perpetrators.³³⁴

Today there is no doubt that the Draft Articles are of prime importance. First, among other international crimes, crimes against humanity are the only ones not to be subject to a special convention. Crimes of genocide are regulated by the 1948 Convention for the Prevention and the Punishment of the Crime of Genocide,³³⁵ and war crimes by the fourth 1949 Geneva Conventions³³⁶ and their Additional Protocols.³³⁷ Second, many of States around the world do not have legislation on crimes against humanity (notably the United States). Third, too many States did not ratify the

³³¹ International Law Commission, *Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity with Commentaries*, Report to the UNGA, U.N. Doc. A/74/10, reproduced in *Yearbook of the International Law Commission*, 2019, vol. II, Part Two, pp. 11-21 [hereinafter Draft Articles with Commentaries].

³³² L. N. Sadat & M. George, "An Analysis of State Reactions to the ILC's Work on Crimes Against Humanity", *African Journal of International Criminal Justice*, 2020, Vol. 6, p. 163.

³³³ K. Kittichaisaree, *The Obligation to Extradite or Prosecute*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2018, p. 320.

³³⁴ L. N. Sadat & M. George, *supra* note 3, p. 163.

³³⁵ Convention for the Prevention and the Punishment of the Crime of Genocide (Paris, December 9, 1948), 78 U.N.T.S. 77.

³³⁶ Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea; Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War; Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Times of War (Geneva, June 8, 1949), 75 U.N.T.S. 31-287 [hereinafter Geneva Convention (I), (II), (III) and (IV)].

³³⁷ Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts; Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Switzerland, January 23, 1977), 1125 U.N.T.S. 3-609; Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem (Geneva, January 15, 2007), 2404 U.N.T.S. 261.

Rome Statute and among them three permanent members of the United Nations Security Council (the United States, China and Russia).³³⁸

While the Draft Articles are a necessary step in the right direction, there are still some gaps in its coverage. What draws your attention when you first read them is the absence of a clear provision requiring from States to punish perpetrators or, at least, to hold them individually accountable. This is quite puzzling for an instrument dealing with the prevention and punishment of crimes against humanity. Such a provision on punishment is a feature of multilateral treaties addressing international crimes since the end of Second World War.

Moreover, this choice goes against the developments of international human rights law for over the past thirty years. Whereas its original primary function was to protect individuals from “the odious nature of criminal law”³³⁹, it now imposes upon States to resort to criminal law as the main instrument — or at least the most effective one — for the protection of human rights.³⁴⁰ States must carry out and enforce a duty to punish perpetrators even if in various and varies forms some of which lack straightforwardness³⁴¹. This duty to punish would “find its origin in the positive obligations of prevention” and would require “in the name of the execution of international norms and decisions, to criminalize, to investigate, to prosecute, to try, to sentence and to enforce the sentence.”³⁴²

Some scholars took it one step further and pointed out, shortly after the collapse of the Soviet Union — even if it has not been generally accepted and still remains under discussion, mainly due

³³⁸ Rome Statute of the International Criminal Court (Rome, July 1, 2002), 2187 U.N.T.S at 3 [hereinafter ICC Statute].

³³⁹ F. Tulkens, “The Paradoxical Relationship Between Criminal Law and Human Rights”, *Journal of International Criminal Justice*, 2011, Vol. 9, p. 593.

³⁴⁰ D. F. Orentlicher, “Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation”, in L. Henkin & J. L. Hargrove (eds), *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, Washington DC: The American Society of International Law, 1994 [reproduced in *Studies in Transnational Legal Policy*, 1994, Vol. 26, p. 428].

³⁴¹ *Id.*, p. 426.

³⁴² G. Giudicelli-Delage, “Introduction” in S. Manacorda & J. Tricot (eds), *“Devoir de punir” ? Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Paris : Société de législation comparée, 2013, p. 13, [« [...] Le devoir de punir [...] impose, au nom du devoir d’exécution de normes et décisions internationales, à l’État d’incriminer, enquêter, poursuivre, juger, condamner, exécuter la sanction. »].

to insufficient state practice —³⁴³ the emergence of an international customary duty on States to prosecute *in principle*, not merely core crimes, but every grave violation of physical integrity³⁴⁴. However, discussions persist not only on the existence of a customary duty to prosecute, but on its precise scope, if it exists at all. Some authors believe that such an obligation exists irrespective of where the crime was committed and therefore of the type of jurisdiction used by national tribunals,³⁴⁵ while others consider that only the territorial State (the one in which the crime was committed) or the national State (the one of which the victim or the perpetrator is a national) is

³⁴³ See e.g. M. P. Scharf, “Swapping Amnesty for Peace: Was There a Duty to Prosecute International Crimes in Haiti?”, *Texas International Law Journal*, 1996, Vol. 31, pp. 38-39; M. P. Scharf, “The Letter of the Law: The Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, 1996, pp. 58-59; J. E. Méndez, “Accountability for Past Abuses”, *Human Rights Quarterly*, 1997, Vol. 19, p. 261; S. R. Ratner, “New Democracies, Old Atrocities: An Inquiry in International Law”, *Georgetown Law Journal* 1999, Vol. 87, pp. 714-715; J. Dugard, “Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?”, *Leiden Journal of International Law* 1999, Vol. 12, pp. 1003-1004; M. P. Scharf, “From the eXile files: An Essay on Trading Justice for Peace”, *Washington and Lee Law Review*, Vol. 63, 2006, pp. 360, 362; A. Seibert-Fohr, *Prosecuting Serious Human Rights Abuses*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2009, pp. 264-265.

³⁴⁴ See e.g. N. Roht-Arriaza, “State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law”, *California Law Review*, Vol. 78, 1990, pp. 496-497; D. F. Orentlicher, “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, *Yale Law Journal*, 1991, Vol. 100, pp. 2585, 2593; M. C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, La Haye / Londres / Boston, Kluwer Law International, 1^e éd., 1992, pp. 489-499; C. Edelenbos, “Human Rights Violations: A Duty to Prosecute?”, *Leiden Journal of International Law*, 1994, Vol. 7, p. 15; N. Roht-Arriaza, “Introduction”, in Naomi Roht-Arriaza (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford, New York: Oxford University Press, 1995, p. 6.

Authors who argue that there is a customary duty to prosecute despite the absence of uniform state practice often cite two judgments:

“It is not to be expected that in the practice of States the application of the rules in question should have been perfect, in the sense that States should have refrained, with complete consistency, from the use of force or from intervention in each other's internal affairs. The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way *prima facie* incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule.” (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 98, para. 186)

“The fact that the prohibition of torture is often honored if the breach does not diminish its binding effect as a norm of international law. As one commentator has put it, “The best evidence for the existence of international law is that every actual State recognizes that it does not exist and that it is itself under an obligation to observe it. States often violate international law, just as individuals often violate municipal law, but no more than individuals do States defend their violations by claiming that they are above the law.”” (*Filartiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876, 884 (2d Cir. 1980))

³⁴⁵ *Id.*

required to prosecute.³⁴⁶ In other words, States have the *right*, but not the *duty* to prosecute crimes committed abroad.

The customary duty to prosecute would have emerged under the combined action of three factors: the frequent reiteration of a duty to punish grave violations of physical integrity in international instruments,³⁴⁷ the transformation of the prohibition of torture, enforced disappearances, and extra-legal executions into a peremptory norm of international law (*jus cogens*),³⁴⁸ and the trials that have been taking place since the 2000's in Europe, Africa, and Latin America from crimes committed in the former Yugoslavia, Rwanda, and during dictatorships of the Southern Cone.³⁴⁹

The war in Ukraine reminds us of the importance of such a debate, given the widespread and systematic attacks allegedly committed against the civilian population on national, political, ethnic, and racial grounds, two of the criteria for crimes against humanity along with “a State or organizational policy to commit such attack.”³⁵⁰ According to US Secretary of State Anthony J. Blinken “members of Russia’s force have committed execution-style killings of Ukrainian men,

³⁴⁶ See e.g. L. A. Steven, “Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of Its International Obligations”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 39, 1999, p. 442 ; W. A. Schabas, “Prosecuting International Crime: Justice, Democracy and Impunity in Post-genocide Rwanda”, *Criminal Law Forum*, Vol. 7, 1996, p. 553 ; M. C. Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice*, New York (NY): Oceana Publications Inc., 2002, p. 37 ; C. Tomuschat, “The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals”, in H.-J. Cremer, T. Giegerich, D. Richeter & A. Zimmermann (dir.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlin, Heidelberg: Springer, 2002, pp. 315, 339, 342 et 348 ; O. Ben-Naftali & M. Sharon, “What the ICJ Did Not Say about the Duty to Punish Genocide”, *Journal of International Criminal Justice* 2007, Vol. 8, pp. 864-865 ; O. Ben-Naftali, “The Obligation to Prevent and to Punish Genocide”, in P. Gaeta (ed.), *The United Nations Genocide Convention: A Commentary*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2009, pp. 47-48 ; M. Karavias, “Duty to Punish”, in Antonio Cassese (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2009, p. 306; B. Schiffbauer, “Article VI”, in C. Tams, L. Berster, B. Schiffbauer (eds), *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. A Commentary*, Munich, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2014, p. 241.

³⁴⁷ D. F. Orentlicher, “Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation”, *supra* note 11, p. 430.

³⁴⁸ *Id.*, p. 442.

³⁴⁹ See e.g. Jonathan Gilbert, “Ex-Military Officers Convicted of Human Rights Crimes During Argentina Dictatorship”, *The New York Times*, August 25, 2016 ; Daniel Politi & Ernesto Lodoño, “29 Argentines Sentenced to Life in Prison in “Death Flights” Trials”, *The New York Times*, November 29, 2017 ; Luciana Bertoia, “La pata gerencial de la dictadura”, *Página/12*, July 5, 2023; Angeline Montoya, « Le prince de l’ombre, Mario Sandoval » et « Sandoval, l’homme de tous les réseaux », *Le Monde*, July 12-13, 2023, Angeline Montoya, « Au Chili, la fin de l’impunité pour les assassins de Victor Jara », *Le Monde*, September 1, 2023.

³⁵⁰ Draft Article 2(2)(a) [see Draft Articles with Commentaries, *supra* note 2, pp. 27-28]; Article 7(2)(a) ICC Statute [see ICC Statute, *supra* note 9, p. 93]. See also M. C. Bassiouni, *International Criminal Law, Vol.1: Sources, Subjects, and Content*, La Haye: Martinus Nijhoff, 3rd ed., 2008, pp. 437-492.

women, and children; torture of civilians in detention through beatings, electrocution, and mock executions; rape; and alongside other Russian officials, have deported hundreds of thousands of Ukrainian civilians to Russia, including children who have been forcibly separated from their families.”³⁵¹

The duty to punish perpetrators or at least to hold them personally accountable is particularly important in the matter of crimes against humanity and more broadly in the fight against impunity³⁵². Yet the notion of punishment is mentioned in six provisions of the Draft Articles. But out of these six provisions, three are irrelevant, as they merely set out procedural arrangements for extradition purposes, and one (the Preamble) although it outlines the importance of the fight against impunity and the “duty of every State to exercise its criminal jurisdiction with respect to crimes against humanity,” merely has an introductory function which excludes *per se* legally binding effects. The punishment requirement is thus achieved or at least is supposed to be achieved through four types of provisions which are features of treaties dealing with international crimes since the end of Second World War: the general obligation to “undertake to prevent and punish” crimes against humanity (Article 3(2)), the obligation to criminalize conducts constituting crimes against humanity and to avoid any mechanism aimed at eliminating criminal accountability (Article 6(3-7)), the obligation to establish territorial and personal jurisdiction, universal jurisdiction being permissive but not mandatory (Article 7), the obligation to investigate (Article 8), and the obligation either to extradite or prosecute better known as *aut dedere aut judicare* (Article 9).

As we shall see, these four provisions, while a step in the right direction, leave too much discretion to States to ensure impunity for perpetrators of crimes against humanity, while at the same time complying fully with the framework set out in the draft treaty and thus fulfilling their international obligations. The aim of this paper is to tackle with the legal consequences stemming from these four provisions, to properly evaluate the Draft Articles and the gaps in its framework, bearing in mind the circumstances, complexities (legal, political, social, economic) that post-conflict or transitional societies are often faced with, *i.e.* when a successor government has to deal

³⁵¹ A. J. Blinken, “Crimes Against Humanity in Ukraine”, Press Statement, February 18, 2023.

³⁵² See e.g. J. E. Méndez, “In Defense of Transitional Justice”, in A. J. McAdams (ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame, London: University of Notre Dame Press 1997, p. 5.

with a legacy of past human rights abuses committed by a former regime³⁵³. The recent history of Latin America includes numerous examples of countries where the army had formally left power but retained it *de facto*, and therefore had the capacity to regain it. This paper situates the discussion at the crossroads of international criminal law, international human rights law, and transitional justice.

In the first part, the focus will be on the obligations which are required *before* a violation has occurred: States have a general obligation to undertake to punish perpetrators of crimes against humanity supplemented with the obligation to establish national criminal jurisdiction over offences constituting crimes against humanity, to criminalize some prohibited conducts and to provide appropriate penalties (1.). The obligations required *after* a violation has occurred will be addressed in the second part: States must investigate and either to extradite or to prosecute perpetrators (2.).

1. *Ex ante* obligations

The Draft Articles establish a first set of State obligations which, if situated on a timeline, are required *before* a violation has occurred. Some overlap with the two overall objectives set out by the general clause of Draft Article 3(2): the undertaking to prevent and punish crimes against humanity. The three other obligations are more specific and substantiated: States have to enact criminal legislation so as to criminalize a list of prohibited conduct (Draft Article 6(1)), to provide for appropriate penalties “taking into account their grave nature” (Draft Article 6(7)), and to establish territorial and personal jurisdiction over offences constituting crimes against humanity (Draft Article 7).

But these provisions raise different issues if we bear in mind the purpose of the treaty: the *effective* punishment of perpetrators. First, the general clause of Draft Article 3(2) faces the same problem as all its counterparts in international treaty law. Although it appears to have a binding effect, its autonomy is far from certain because it needs to be backed up by other provisions (1.1.). Secondly, the obligation to criminalize simply requires States to implement the Draft Articles, transposing them into the national legal order through the enactment of criminal law. They must

³⁵³ See e.g. J. Zalaquett, “Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints”, in A. Henkin (ed.), *State Crimes, Punishment or Pardon*, Papers and Report of the Conference, The Aspen Institute, Wye Center (MD), November 4-6, 1988, pp. 23-70 [reproduced in *Hamline Law Review*, Vol. 13, 1990, pp. 646-654] ; J. Malamud-Goti, “Trying Violators of Human Rights: The Dilemma of Transitional Democratic Governments”, in A. Henkin (ed.), *State Crimes, Punishment or Pardon*, *op. cit.*, pp. 71-88 ; C. S. Nino, “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, n°8, 1991, pp. 2619-2640; D. F. Orentlicher, ““Settling Accounts” Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”, *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, pp. 10-22.

criminalize offences constituting crimes against humanity and provide for “appropriate penalties.” But the provision says nothing about the enforcement of criminal law once an alleged perpetrators has been arrested (1.2.).

1.1. The undertaking to punish crimes against humanity

Like many other multilateral instruments, the Draft Articles contain a general clause according to which “[e]ach State undertakes to prevent and punish crimes against humanity, which are crimes under international law, whether or not committed in time of armed conflict.”³⁵⁴ But such a provision, when taken separately and not in conjunction with a substantive one, might not be sufficient to produce by itself legally binding effects and often creates difficulties. This is further strengthened by the ILC’s choice to include a substantive provision on prevention.³⁵⁵ A reason for this might be the fact that the prevention and punishment requirements have merged and form a whole. Scholars insist since time immemorial on the preventive effect of punishment.³⁵⁶ Deterrence is considered with retribution and redress as one of the main rationales for punishment and, more broadly, of any policy dealing with past human rights abuses.³⁵⁷ But this relationship of dependency is usually done at the expense of prevention given that the latter “is subsumed into punishment and loses any independent existence.”³⁵⁸

1.1.1. The autonomy of Draft Article 3(2)

The notion of "punishment" appears among the general obligation that Draft Article 3(2) imposes upon States. One might wonder what is the exact nature of such a provision: is it only an introduction, a sort of statement of intent or presentation of the text’s general philosophy, or does it create distinct, *per se* obligations? To answer the question, the ILC relied on the International Court of Justice’s (ICJ) interpretation of the 1948 Convention for Prevention and Punishment of Crimes of

³⁵⁴ Draft Article 3(2) [*see* Draft Articles with Commentaries, *supra* note 2, p. 47].

³⁵⁵ Draft Article 4 [*see* Draft Articles with Commentaries, *supra* note 2, p. 54].

³⁵⁶ *See e.g.* G. P. Fletcher, *The Grammar of Criminal Law, Vol. 2: International Criminal Law*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2nd ed., 2019, pp. 60-66.

³⁵⁷ J. Zalaquett, *supra* note 24, pp. 635 ff.

³⁵⁸ O. Ben-Naftali, “The Obligations to Prevent and to Punish Genocide”, *supra* note 17, p. 30.

Genocide, as Article I of the 1948 Convention looks very much like Draft Article 3(2): “The undertaking to prevent and punish crimes against humanity, as formulated in paragraph 2 of draft article 3, is intended to express the same kind of legally binding obligation upon States; it, too, is not merely hortatory or purposive, and is not merely an introduction to later draft articles.”³⁵⁹ However, it seems that the ILC slightly jumps ahead of itself in some assumptions that it appears to be making. The problem is not so much about its findings on Draft Article 3(2) as it is about the consequences that would follow from these findings. The ILC is undeniably right when it asserts that Draft Article 3(2) is an independent provision. This is confirmed by another passage of the *Genocide Convention* case which follows shortly after the one quoted by the ILC: “Article I does impose distinct obligations *over and above* those imposed by other Articles of the Convention.”³⁶⁰ The same could doubtless be said, for instance, of common Article 1 to the four 1949 Geneva Conventions although the issue is still debated.³⁶¹ For some commentators, it is simply a “truism”, “a soap bubble”, “an innocuous opening phrase.”³⁶² But the International Committee of the Red Cross made some important clarifications and interpreted the requirement “to ensure respect” as creating both negative and positive obligations.³⁶³ Besides, it seems to be confirming the

³⁵⁹ Draft Articles with Commentaries, *supra* note 2, pp. 49-50.

³⁶⁰ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports*, 2007, p. 111, para. 162 [hereinafter *Genocide Convention* case], [“The ordinary meaning of the word ‘to undertake’ is to give a formal promise, to bind or engage oneself, to give a pledge or promise, to agree, to accept an obligation. It is a word regularly used in treaties setting out the obligation of the Contracting Parties... It is not merely hortatory or purposive. The undertaking is qualified... and it is not to be read merely as an introduction to later express references to legislation, prosecution and extradition. Those features support the conclusion that Article I, in particular its undertaking to prevent, creates obligations distinct from those which appear in the subsequent Articles.”]

³⁶¹ Art. 1 Geneva Conventions I, II, III and IV.

³⁶² C. Focarelli, “Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, n°1, 2010, pp. 125-171; F. Karlshoven, “The Undertaking to Respect and Ensure in All Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 2, 1999, pp. 3-61. Quoted in R. Geiß, “The Obligation to Respect and to Ensure Respect for the Conventions”, in A. Clapham, P. Gaeta & M. Sassòli (eds), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, New York: Oxford University Press, 1st ed., 2015, p. 113.

³⁶³ J.-M. Henckaerts, “Article 1 – Respect for the Convention”, in International Committee of the Red Cross (K. Dörmann, L. Lijnzaad, M. Sassòli & P. Spoerri (eds)), *Commentary on the First Geneva Convention*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2nd ed., 2017, p. 48; J.-M. Henckaerts, “Article 1 – Respect for the Convention”, in International Committee of the Red Cross (K. Dörmann, L. Lijnzaad, M. Sassòli & P. Spoerri (eds)), *Commentary on the Second Geneva Convention*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2nd ed., 2017, p. 56; J.-M. Henckaerts, “Article 1 – Respect for the Convention”, in International Committee of the Red Cross (K. Dörmann, L. Lijnzaad, M. Sassòli & P. Spoerri (eds)), *Commentary on the Third Geneva Convention*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2nd ed., 2021, p. 50.

independence of Article 1 from other rights secured in the Geneva Conventions even if it is not said explicitly.

The flipside of this observation is self-sufficiency. If one furthers the ILC's reasoning about Draft Article 3(2), he or she will be tempted to state that since it creates *per se* legally binding obligations, it is self-sufficient and does not need to be detailed in further provisions. Yet, the ICJ's reasoning in the *Genocide Convention* case suggests otherwise. Indeed, when dealing with punishment, the ICJ never handles Article 1 separately but stems the obligation to punish the crime of genocide from "article 1 and the other relevant provisions of the Convention."³⁶⁴ Unfortunately, the Court never specifies what the other relevant provisions are. One of them has to be the duty, under Article IV, to ensure punishment of *génocidaires* even if in the *Genocide Convention* case, the ICJ puts more emphasis on the duty, under article VI, either to prosecute or to extradite perpetrators. But this may be easily explained by two key elements: the particular background of the *Genocide Convention* case and the confusion between prosecution and punishment in the ICJ's reasoning.

First, it is worth keeping in mind that Serbia was not required to punish, nor to try General Ratko Mladić insofar as the Srebrenica massacre had been committed abroad (in Bosnia and Herzegovina). Serbia was merely compelled to arrest Ratko Mladić who had been on its territory several times and to transfer him to the ICTY. But it did neither of them and thus breached its obligation to cooperate under Article VI.³⁶⁵ Second, the ICJ does not seem to be clearly distinguishing the prosecution from the punishment.³⁶⁶ In fact, there is even some confusion among scholars who often indiscriminately employ these two terms.³⁶⁷ Björn Schiffbauer notes that "the "duty to punish" is treated as a synonym of the "duty to prosecute." However, such an "equalizing" reading does not do justice to the Convention's fine textual distinctions."³⁶⁸

In sum, Article I of the Genocide Convention lays down the principle and the other provisions substantiate it by setting out the procedural arrangements. It functions "by way of *renvoi*: while

³⁶⁴ *Genocide Convention* case, *supra* note 31, p. 226, para. 439.

³⁶⁵ *Id.*, pp. 227-229, paras 439-449.

³⁶⁶ *Id.*

³⁶⁷ See e.g. M. P. Scharf, *supra* note 14, p. 20; J. E. Méndez, *supra* note 14, pp. 257, 273; W. A. Schabas, "National Courts Finally Begin to Prosecute Genocide, the "Crime of Crimes"", *Journal of International Criminal Justice*, 2003, Vol. 1, p. 62; O. Ben-Naftali & M. Sharon, 'What the ICJ Did Not Say about the Duty to Punish Genocide', *supra* note 17, pp. 862, 872.

³⁶⁸ B. Schiffbauer, "Article IV", in C. Tams, L. Berster & B. Schiffbauer (eds) *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. A Commentary*, München, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2014, p. 194.

Article I enshrines the duty, its scope is determined by other provisions of the Convention, notably Articles IV and VI, but also Articles V and VII.”³⁶⁹ Similarly, there are reasons to doubt the self-sufficiency of Draft Article 3(2). Since it is only laying down the principle of punishment for perpetrators of crimes against humanity and includes no further substantive development, it does need to be concretized by other provisions. This assumption is confirmed by comparing Draft Article 3(2) to other general clauses contained in comprehensive human rights conventions.

1.1.2. The autonomy of general clauses in international human rights law

If we look at other general clauses in human rights treaties, we quickly realize that their wording is very similar to that of Draft Article 3(2). This type of provision is usually put in front the text or at least ranks among the very first ones. The three examples that come to mind are Article 2 of the of the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 1 of the European Convention on Human Rights, and Article 1(1) of the American Convention on Human Rights. Though their wording is noticeably different, everyone agrees that these provisions create positive obligations by requiring States to respect, to protect, and to ensure the rights secured in the convention. In international investment law, these provisions are referred to as “umbrella clauses” or “*pacta sunt servanda* clauses.”³⁷⁰ Despite the widespread use of these general clauses, there is one key problem: their autonomy is far from being certain.

For the International Covenant and the European Convention, the situation is clear. However long and comprehensive Article 2 of the ICCPR and Article 1 of the ECHR might be, they do not produce *per se* legally binding effects, and thus, are not independent, nor autonomous. In his commentary on the ICCPR, Manfred Nowak emphasizes that “a violation of Art. 2 can occur *only in conjunction* with the concrete exercise (but not necessarily violation) of one of the substantive

³⁶⁹ B. Schiffbauer, “Article I”, in C. Tams, L. Berster & B. Schiffbauer (eds) *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. A Commentary*, München, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2014, p. 43.

³⁷⁰ See e.g. J. Cazala, “La clause de respect des engagements”, in C. Leben (ed.), *Droit international des investissements et de l’arbitrage transnational*, Paris: A. Pedone, 2015, p. 347; S. Lemaire, “La mystérieuse “umbrella clause” : interrogations sur l’impact de la clause de respect des engagements sur l’arbitrage en matière d’investissements”, *Revue de l’arbitrage*, 2009, Vol. 3, pp. 479-502; B. Poulain, “La clause de respect des engagements : une clause d’extension de la compétence du juge du traité aux “contract claims””, *Cahiers de l’arbitrage*, 2012, Vol. 4, pp. 930 ff.

rights ensured by the Covenant.”³⁷¹ It is a sort of “*umbrella clause*” applicable to all rights secured by the Covenant.”³⁷² For its part, the European Court finds that Article 1 is a “framework provision that cannot be breached on its own.”³⁷³ It is drafted “by reference to the provisions contained in Section I and thus comes into operation *only when taken in conjunction with them*; a violation of Article 1 follows automatically from, but adds nothing to, a breach of those provisions.”³⁷⁴ Moreover, both the United Nations Human Rights Committee and the European Court of Human Rights made it a habit to combine these general clauses with substantive provisions. This type of interpretation is a very effective tool that enables them to create new positive obligations.

In cases of enforced disappearances for example, the Human Rights Committee reads Article 2(3) (the right to an effective remedy) in conjunction with Articles 6 (the right to life) and 7 (the protection of physical integrity), among other ICCPR provisions, to determine the obligations on State Parties. Specifically, the Committee found that a State Party is under an obligation: (i) to “conduct a thorough and effective investigation” and “to prosecute, try and punish those responsible”; (ii) to “take steps to prevent similar violations in the future.”³⁷⁵

³⁷¹ M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl, Strasbourg, Arlington: Norbert Paul Engel, 2nd ed., 2005, p. 31. *Emphasis added*.

³⁷² *Id.*

³⁷³ *Streletz, Kessler, and Krenz v. Germany* [GC], nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, para. 112, ECHR 2001-II.

³⁷⁴ *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 238, Series A no. 25 quoted in W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2015, p. 88. *Emphasis added*.

³⁷⁵ HRC, *Zerrougui v. Algeria*, 2013, Communication no. 796/2006, Report to the UNGA, Supp. no. 40, UN Doc. A/69/40, Vol. II, Part. One, pp. 48-62, paras 9-10; HRC, *Azouz v. Algeria*, 2013, Communication no. 1798/2008, Report to the UNGA, Supp. no. 40, UN Doc. A/69/40, Vol. II, Part. One, pp. 66-79, paras 9-10; HRC, *Larbi v. Algeria*, 2013, Communication no. 1831/2008, Report to the UNGA, Supp. no. 40, UN Doc. A/69/40, Vol. II, Part. One pp. 92-105, paras 9-10; HRC, *Mihoubi v. Algeria*, 2013, Communication no. 1974/2009, Report to the UNGA, Supp. no. 40, UN Doc. A/69/40, Vol. II, Part. One, pp. 175-187, paras 9-10.

The European Court's reasoning is exactly the same. In cases of arbitrary killings, enforced disappearances and torture or ill-treatments, it underlines that Article 2³⁷⁶ or Article 3,³⁷⁷ "read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the [European] Convention to "secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention" requires by implication to take preventive measures, and, if an alleged violation has occurred, to conduct an investigation" — the wording may be slightly different from a case to another — "capable of leading to the identification and punishment of those responsible."³⁷⁸

With regard to the American Convention on Human Rights, it must be noted that the Inter-American Court's interpretation of Article 1(1) has changed over time. In its very first decision, the Court found that Article 1(1) of the Convention had a legal effect, and interpreted the obligation it imposed "to "ensure" the free and full exercise of rights recognized by the Convention to every person subject to its jurisdiction" broadly.³⁷⁹ The Court found implicit in this obligation was a State's duty "to organize the governmental apparatus and, in general, all the structures through which public power is exercised, so that they are capable of juridically ensuring the free and full enjoyment of human rights."³⁸⁰ This included an obligation to prevent breaches of rights secured by the Convention but also an obligation to investigate and to punish offenders.³⁸¹

But the Inter-American Court's position changed under the presidency of Judge Augusto A. Cançado Trindade (1999-2003) when it started to combine Article 1(1) with Article 8 (the right to a

³⁷⁶ *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995, para. 161, Series A no. 324; *Kaya v. Turkey*, 19 February 1998, para. 78, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I; *Güleç v. Turkey*, 27 July 1998, para. 77, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV; *Ergi v. Turkey*, 28 July 1998, para. 82, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-IV; *Gül v. Turkey*, no. 262676/93, para. 88, 14 December 2000; *Armani Da Silva v. the United Kingdom* [GC], no. 5878/08, para. 230, 30 March 2016.

³⁷⁷ *Assenov and Others v. Bulgaria*, 8 October 1998, para. 102, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII; *Corsacov v. Moldova*, no. 18944/02, para. 68, 4 April 2006; *Ali and Ayşe Duran v. Turkey*, no. 42942/02, para. 60, 8 April 2008; *Beganović v Croatia*, no. 46523/06, para. 69, 25 June 2009; *Georgiy Bykov v. Russia*, no. 24271/03, para. 51, 14 October 2010; *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no. 39630/09, para. 182, ECHR 2012.

³⁷⁸ *Egmez v. Cyprus*, No. 30873/96, para. 66, ECHR 2000-XII; *Natchova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, para. 113, ECHR 2005-VII; *Denis Vasilyev v. Russia*, no. 32704/04, para. 100, 17 December 2009; *Janowiec and Others v. Russia* [GC], no. 5508/07 et al., para. 143, CEDH 2013; *Jeronovičs v. Latvia* [GC], no. 44898/10, para. 107, 5 July 2016.

³⁷⁹ *Vélásquez-Rodríguez v. Honduras*, Merits, Judgment of July 29, 1988, Series C no. 4, para. 166.

³⁸⁰ *Id.*

³⁸¹ *Id.*

fair trial) and Article 25 (the right to judicial protection).³⁸² In doing so, it held that States were obliged to seek the truth through an efficient investigation, prompt court proceedings, effective punishments, and satisfactory compensation.³⁸³ However, some judges did not agree with this systematic merging of provisions. For example, Judges Cecilia Medina Quiroga and Sergio García Ramírez called for a case-by-case approach by combining Article 1(1) with the relevant substantive provision at issue in the particular case.³⁸⁴ The Court followed this approach in the mid-2000's under the presidency of Judge Cecilia Medina Quiroga, thus applying the same logic as the European Court.³⁸⁵ In cases of arbitrary killings for instance, it read Article 4 (the right to life) in combination of Article 1(1) to impose both negative and positive obligations.³⁸⁶ But the Court has since backtracked and reaffirmed its commitment to the traditional method.³⁸⁷

³⁸² L. Burgorgue-Larsen, "The Right to the Truth", in L. Burgorgue-Larsen & A. Úbeda de Torres (eds), *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary* (trans. by Rosalind Greenstein), Oxford, New York: Oxford University Press, 2011, p. 705.

³⁸³ *Id.*

³⁸⁴ *Id.* See Partially dissenting opinion of Judge Cecilia Medina Quiroga in *Nineteen Tradesmen v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 5 July 2004, Series C no. 109 and in *Moiwana Community v. Suriname*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of June 15, 2005, Series C no. 124. Laurence Burgorgue-Larsen notes that Judge Sergio García Ramírez subscribed to this interpretation (Concurring Opinion of Judge Sergio García Ramírez in *Escué Zapata v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of July 4, 2007, Series C no. 165). See L. Burgorgue-Larsen, 'The Right to the Truth,' *supra* note 53, p. 705.

³⁸⁵ For a recent commentary of the interactions and mimicries between the European and Inter-American Courts, see L. Burgorgue-Larsen, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme* in context. *La justice qui n'allait pas de soi*, Paris : A. Pedone, 2020, pp. 313 ff.

³⁸⁶ *Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs, Judgment of June 7, 2003, Series C no. 99, para. 110; *Gómez Paquiyauri Brothers v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of July 4, 2004, Series C no. 110, para. 153; *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 2005, 2003, Series C no. 101, para. 153; *Cantoral-Humaní and García Santa-Cruz v. Peru*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of July 10, 2007, Series C no. 167, para. 135.

³⁸⁷ *Gómez Virulo et al. v. Guatemala*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 21, 2019, Series C no. 393, paras 90-91; *Mota Abarullo et al. v. Venezuela*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 18, 2020, Series C no. 417, paras 120-127 ; *The Workers of the Fireworks Factory in Santo Antônio de Jesus and their Families v. Brazil*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of July 15, 2020, Series C no. 407, paras 217 ff.; *Los Josefinos Massacre v. Guatemala*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 3, 2021, Series C no. 442, paras 114-116.

On the one hand, States are required to protect the right to life of those within their jurisdiction – providing particular attention to vulnerable persons such as human rights defenders,³⁸⁸ children,³⁸⁹ inmates³⁹⁰ or any person deprived of his or her liberty.³⁹¹ On the other hand, if an alleged violation has occurred, States are required to investigate the alleged violation for the purpose of prosecution and punishment of offenders.³⁹²

Taken altogether, these opinions demonstrate that absent a substantive provision, Article 1(1) lacks autonomy. To achieve the purpose and goals of the Convention, Article 1(1) must be read in conjunction with a substantive provision. This substantive provision might be Draft Article 6 which requires States to implement international obligations by enacting criminal law. But, as we shall see, this provision alone cannot achieve the objective of effectively punishing perpetrators.

1.2. The obligation to criminalize

Draft Article 6 is one of the longest provisions of the text. It requires States: to pass legislation to ensure that crimes against humanity are offences under their criminal law (paras 1-2); to “preclude certain defences,” which means ensuring that commanders, subordinates or any person holding an official position are criminally responsible and accountable (paras 2-5); to exclude statutory limitations (para. 6); and to provide for appropriate penalties (para. 7). But in the next sections, the focus will be on the two provisions that directly deal with the punishment of offenders: paragraphs 1 and 7. It is a conscious choice, then, to leave aside some very interesting aspects of the obligation to criminalize, such as the different forms of participation (direct or indirect) or the accountability of actors irrespective of whether they are commanders or subordinates, namely the issue of due obedience.

³⁸⁸ *Nogueira de Carvalho et al. v. Brazil*, Preliminary Objections and Merits, Judgment of November 28, 2006, Series C no. 161; *Kawas Fernández v. Honduras*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of April 3, 2009, Series C, no. 196; *Valle Jaramillo et al. c. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 27, Series C no. 192, para. 87.

³⁸⁹ *Bulacio v. Argentina*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 19 September 2003, Series C no. 100, para. 138.

³⁹⁰ *Ximenes Lopes v. Brazil*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 4 July 2006, Series C no. 149.

³⁹¹ *Mapiripán Massacre v. Colombia*, Preliminary Objections, Judgment of 7 March 2005, Series C no. 122, para. 162.

³⁹² *Pueblo Bello Massacre v. Colombia*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 31 January 2006, Series C no. 140, para. 120.

1.2.1. The conceptual flaw of the obligation to criminalize

The obligation to criminalize is a main feature of multilateral instruments dealing with international crimes. Paragraphs 1 and 7 form two parts of a whole which sets out a clear obligation to implement the Draft Articles and – at least for the dualist States – to transpose them in the national legal order through the enactment of criminal law. Criminalization is part of a broader obligation to adapt the domestic legal order to the conventional standard.

States are required: (i) to criminalize some acts that constitute crimes against humanity and (ii) to provide for appropriate penalties “taking into account their grave nature.” Such a requirement is of prime importance for the effective prosecution and punishment of core-crimes, given that treaty provisions can rarely be considered as self-executing. This is what the ICJ suggested in the *Questions relating to the Obligation to Prosecute or to Extradite* case when it held that delay in enacting necessary legislation was affecting the implementation of the States’ obligation to conduct a preliminary inquiry and to submit the case to their competent authorities for the purpose of prosecution³⁹³. States must then adapt their criminal laws to the special features of international crimes in order to avoid a lacuna in their legal systems. If this requirement weren’t met, there may be situations in which, at best perpetrators would be indicted and convicted under outdated and lenient legislations, at worst there would be no prosecutions and convictions at all. At the national level too, the discrepancy between the gravity of the crimes and the law which was into force when they were committed raise many issues. This was especially the case in Rwanda³⁹⁴ and in Bosnia and Herzegovina³⁹⁵ which for a while had no special legislation criminalizing genocide.

The obligation to criminalize is of course fundamental, but it has to be supplemented with a provision requiring from States to enforce their criminal law and to ensure the punishment of those found responsible. Many treaties or draft treaties dealing with international crimes include such a provision: for instance, the Genocide Convention, the Nuremberg Principles, the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind and the Rome Statute. In most cases, the

³⁹³ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2012, pp. 451-452, paras 76-77.

³⁹⁴ W. A. Schabas, *supra* note 38, pp. 45-46.

³⁹⁵ *Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina* [GC], nos. 2312/08 and 34179/08, paras 26-32, ECHR 2013 (extracts). See also HRC, Concluding Observations: Bosnia and Herzegovina, 13 November 2006, U.N. Doc. CCPR/C/BIH/CO/2, para. 7.

obligation to hold perpetrators criminally accountable and to punish them is added to the obligation to criminalize and to provide for penalties. It is not used as a substitute for the latter. The wording of the provisions differs slightly from one text to another, but they are all formulated in the passive voice and follow the same grammatical structure. The crucial difference between these wordings is that they leave more or less leeway to the contracting States.

The first type of provision is usually written as follows: “An individual who commits [or who is responsible] for [such] a crime shall be liable to punishment.” Some texts include as an antecedent the principle of offenders’ individual criminal responsibility. It is, then, construed as follows: “A person who commits [such] a crime shall be individually responsible and liable for punishment.” This type a provision is found in the 1950 Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal (Principle I),³⁹⁶ the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (Art. 3),³⁹⁷ and the Rome Statute (Art. 25(2)).³⁹⁸ They simply reiterate two fundamental principles of international criminal law: the individual responsibility of perpetrators and their liability to punishment.

The second category is much more compelling as it imposes upon States, not only a duty to punish, but above all, a “duty to (ensure) punish(ment of) perpetrators.”³⁹⁹ The only known and visible illustration is the 1948 Genocide Convention. The duty to ensure punishment is mostly related to Article IV: “Persons committing genocide or any of the other acts enumerated in article III *shall be punished*, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals.” Such a provision is very ambitious — it is unlike any other in international criminal law and international human rights law — in the sense that it strictly prohibits any form of leniency. States have no discretion and shall punish *génocidaires*. However, there is a very an important safeguard: the bounds of due process. The verb “committing” implies that only persons who have been found responsible after trial must be punished. This is confirmed by Article V which requires

³⁹⁶ International Law Commission, *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*, Report to the UNGA, UN Doc. A/1639 [reproduced in *Yearbook of International Law Commission*, 1950, vol. II, pp. 191-195].

³⁹⁷ International Law Commission, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Report to the UNGA, UN Doc. A/74/10 [reproduced in *Yearbook of International Law Commission*, 1996, vol. II, Part. II, pp. 17-56].

³⁹⁸ Rome Statute, *supra* note 9, p. 105.

³⁹⁹ Björn Schiffbauer, “Article IV”, *supra* note 39, p. 197.

from States to provide effective penalties for persons “*guilty of genocide* or of any of the other acts enumerated in Article III.”⁴⁰⁰

By contrast, the ambitions of the Draft Articles are much smaller. Such a difference is not a matter of legal quibbling but has concrete impacts. Indeed, the two provisions start from two distinct points of view. When focusing on the offence rather than on the offender, the provision mechanically moves away from its concrete implementation, *i.e.* the effective punishment of offenders. In contrast, by stating that the offender “shall be punishable” or “shall be punished”, the provision endeavors to produce immediate effects. The punishment is not merely considered as a possibility, an eventuality but as something that the State is required to implement. In other words, the provision does not focus on the effect that it *can* produce but on the one that it *must* produce. Without wishing to oversimplify the matter, one could say that these two types of provisions correspond to two concurring movements. One starts from the prohibited conduct and goes to the internal criminal-law for the reason that it requires from States to legislate by criminalizing the prohibited conduct (para. 1) and including appropriate penalties (para. 7) whereas the other starts from the criminal-law and goes to the prohibited conduct since it focuses on the implementation of the punishment — even if there is no law enforcement mechanism.

1.2.2. The obligation to criminalize in the European Court’s case-law

Such a discussion is reminiscent of the early European Court’s case-law. In its very first decisions on positive obligations, the Court emphasized that the ECHR is intended to guarantee “not rights that are theoretical and illusory but rights that are concrete and effective.”⁴⁰¹ Consequently, “the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective.”⁴⁰² It is therefore not surprising to find that the European Court’s

⁴⁰⁰ *Emphasis added.*

⁴⁰¹ See *e.g.* *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”* (merits), 23 July 1968, para. 3, Series A no. 8; *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, para. 35, Series A no. 18; *Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany*, 28 November 1978, para. 42, Series A n°29; *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, para. 31, Series A no. 31; *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, para. 24, Series A no. 32; *Artico v. Italy*, 13 May 1980, para. 33, Series A no. 37.

⁴⁰² *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, para. 87, Series A n°61; *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections), 23 March 1995, para. 87, Series A no. 310; *McCann and Others v. the United Kingdom*, 27 September 1995, para. 146, Series A no. 324.

approach to prevention and repression of crime through positive obligations is quite extensive, and more specifically when it deals with articles 2 and 3, two of the “basic values of the democratic societies.”⁴⁰³ The Court regularly holds that “the first sentence of Article 2(1) enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction.”⁴⁰⁴ But prevention includes different parameters. As indicated by the Court itself, “the obligation in this respect extends beyond [the State’s] primary duty to secure the right to life.”⁴⁰⁵ The State has to “put in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of such provisions.”⁴⁰⁶

The Court’s wording on the right to life and the right to physical integrity is very similar. Regarding Article 3 ECHR, it highlights that if the contracting States were not “doing enough to prosecute and punish those responsible, it would be possible in some cases for agents of the State to abuse the rights of those within their control with virtual impunity, and the general legal prohibition of torture and inhuman and degrading treatment, despite its fundamental importance, would be ineffective in practice.”⁴⁰⁷ In relation to Article 2, the Court finds that “the domestic legal system [has] to demonstrate its capacity to enforce criminal law against those who have unlawfully taken the life of another.”⁴⁰⁸ Underscoring this approach is the notion that enforcement of criminal-law

⁴⁰³ For article 2, see e.g. *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 9 October 1997, para. 171, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VI; *Solomou and Others v. Turkey*, no. 36832/97, para. 63, 24 June 2008; *Giuliani and Gaggio v. Italy* [GC], no. 23458/02, para. 174, ECHR 2011 (extracts). For article 3, see e.g. *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, para. 95, ECHR 1999V; *Labita v. Italie* [GC], no. 26772/95, para. 119, ECHR 2000-IV *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, ECHR 2010.

⁴⁰⁴ *L.C.B. v. the United Kingdom*, 9 June 1998, para. 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III.

⁴⁰⁵ *Osman v. the United Kingdom*, 28 October 1998, para. 115, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII; *Mahmut Kaya v. Turkey*, no. 22535/93, para. 87, ECHR 2000-III; *Akkoç v. Turkey*, nos. 22947/93 and 22948/93, paras 82, ECHR 2000-X; *Mastromatteo v. Italy* [GC], no. 37703/97, para. 67, ECHR 2002-VIII; *Makaratzis v. Greece* [GC], no. 50385/99, para. 57, ECHR 2004-XI.

⁴⁰⁶ *Id.*

⁴⁰⁷ *Krastanov v. Bulgaria*, no. 50222/99, para. 60, 30 September 2004; *Çamdereli v. Turkey*, no. 28433/02, para. 29, 17 July 2008; *Vladimir Romanov v. Russia*, no. 41461/02, para. 78, 24 July 2008; *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, para. 119, ECHR 2010. See also *Assenov and Others v. Bulgaria*, 8 October 1998, para. 86, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII; *Opuz v. Turkey*, no. 33401/02, paras 150-152, ECHR 2009; *Beganović v Croatia*, no. 46523/06, para. 156, 25 June 2009.

⁴⁰⁸ *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, no. 7888/03, para. 57, 20 December 2007; *Mojsiejew v. Poland*, no. 11818/02, para. 53, 24 March 2009; *Ghimp and Others v. the Republic of Moldova*, no. 32520/09, para. 44, 30 October 2012; *Enukidze and Girgvliani v. Georgia*, no. 25091/07, para. 243, 26 April 2011; *Fedorchenko and Lozenko v. Ukraine*, no. 387/03, para. 43, 20 September 2012; *Eduard Popa v. the Republic of Moldova*, no. 17008/07, para. 47, 12 February 2013. Quoted in Krešimir Kamber, *Prosecuting Human Rights Offences. Rethinking the Sword Function of Human Rights Law*, Leiden, Boston: Brill, Nijhoff, 2017, pp. 221-222.

protection includes identification, prosecution, and punishment of those responsible. In sum, the protection of the right to life and the right to physical integrity is a two-steps process: (i) to put in place effective criminal-law provisions, which means to criminalize quite a few conducts and to enact appropriate penalties and (ii) to create a law-enforcement machinery to sanction any breach of that legal framework. One cannot have one without the other. To impose upon States to enact law without having to enforce it is far from satisfactory.

2. *Ex post* obligations

The Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity also obligate States to act once a violation has occurred. They must investigate and, if sufficiently strong evidences have been collected, prosecute the alleged perpetrators. The alternative solutions would be to extradite the alleged perpetrators to a requesting State or to render them to an existing international tribunal. This is commonly referred to as the principle of *aut dedere aut judicare*. But these provisions alone do not achieve the objective of effectively punishing the perpetrators. Firstly, because the obligation to investigate says nothing about the consequences of the results of the investigation (2.1.). Secondly, because the obligation either to extradite or prosecute (*aut dedere aut judicare*) does not expressly require States to prosecute. Like many of its counterparts in international treaty law, Draft Article 10 orders “submission of the case to the competent authority for the purpose of prosecution” with extradition as an option. As such, the provision gives States considerable leeway, given that in many countries prosecutors are neither independent nor autonomous from political power (2.2.).

2.1. The obligation to investigate

Draft Article 8 requires from States to investigate whenever a crime against humanity has been allegedly committed. It is quite classical and complies with the main requirements of international human right law. But unlike the procedural obligation in the regional court’s jurisprudence, it does not pay any attention to the outcome of the investigation: the prosecution of offenders, the holding of a trial, the imposition and the enforcement of a sentence. As indicated above, this is related to the absence of a provision clearly requiring from States to punish perpetrators. By contrast,

international human rights law has shifted over time. The European and Inter-American Courts have been increasingly interventionist, so as to become quasi-criminal tribunals.⁴⁰⁹

2.1.1. The procedural obligation in the European Court's case-law

Draft Article 8 does not add much to the obligation to investigate as it has been created and modelled by international human rights bodies: the investigation must be prompt, thorough and impartial. The monitoring bodies were initially reluctant to insist on the enforcement requirement of repressive measures. The procedural obligation appeared through the purposive interpretation of human rights treaties and the development of positive obligations. Whereas States used to enjoy a measure of discretion, a “margin of appreciation”⁴¹⁰ in determining the most appropriate means to be used to secure the rights at issue, they are now compelled to carry out a procedural obligation once a violation has occurred. This procedural obligation includes, notably but not exclusively, a duty to lead an inquiry.

The classical dichotomy in the European Court's case-law between theoretical and illusory rights on the one hand, and concrete and effective ones on the other, is the *raison d'être* of procedural obligations. The jurisprudential illustrations are countless. For instance, one could mention the *İlhan v. Turkey* case in which the Courts emphasizes that “[p]rocedural obligations have been implied in varying contexts under the Convention, where this has been perceived as necessary to ensure that the rights guaranteed under the Convention are not theoretical or illusory but practical and effective.”⁴¹¹ As opposed to the substantive obligation which intervenes *before* a violation, the procedural obligation is required *once* it has occurred. The investigation is one component among many others of the procedural obligation.

2.1.2. The scope of the procedural obligation

⁴⁰⁹ F.Mégret & J.-P. S. Calderón, “The Move Towards a Victim-Centered Concept of Criminal Law and the ‘Criminalization’ of Inter-American Human Rights Law. A Case of Human Rights Law Devouring Itself?”, in Y. Haeck, O. Ruiz-Chiriboga & C. Burbano-Herrera (eds), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2015, pp. 419-441; A. Huneeus, ‘International Criminal Law by Other Means: The Quasi-criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts’, *American Journal of International Law*, 2013, Vol. 107, pp. 1-44.

⁴¹⁰ *X. and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985, para. 24, Series A no. 91.

⁴¹¹ *İlhan v. Turkey* [GC], no. 22277/93, para. 91, ECHR 2000-VII.

What is quite interesting is that in the human rights courts' case-law, the procedural obligation extends far beyond mere investigation. The scope of the procedural obligation is incredibly broad: it ranges from the start of the investigation to the imposition and the enforcement of the sentence. As indicated by the European Court:

“The requirements of Articles 2 and 3 go beyond the stage of the official investigation, where this has led to the institution of proceedings in the national courts: the proceedings as a whole, including the trial stage, must satisfy the requirements of the positive obligation to protect lives through the law and the prohibition of illtreatment. While there is no absolute obligation for all prosecutions to result in conviction or in a particular sentence, the national courts should not under any circumstances be prepared to allow lifeendangering offences and grave attacks on physical and moral integrity to go unpunished”⁴¹².

The Court does not hesitate to disavow national jurisdictions. First, it monitors the appropriateness of the sentence, its proportionality to the gravity of the facts. The Court considers that the State failed to fulfil its procedural obligation under Article 2 and Article 3 and then engages its responsibility when it finds that it imposed a “manifestly disproportionate”⁴¹³ or “derisory”⁴¹⁴ sentence. This is the case, for instance, since the defendants were given the minimum sentence which, then, was suspended.⁴¹⁵ By contrast, in a case involving war crimes committed by men in uniform of the Croatian army during the war in the former Yugoslavia, the Court did not consider inadequate sentences of nine and ten years' imprisonment.⁴¹⁶ In other words, the Court sanctions the fact that by being too lenient, the State ensures a form of impunity and fails to protect the right to life and the right to physical integrity of those within its jurisdiction. The penalty incurred must be sufficiently heavy to deter future violations.

⁴¹² *Salman v. Turkey* [GC], no. 21986/93, paras 104-109, ECHR 2000VII; *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, paras 95-96, ECHR 2004-XII; *Okkallı v. Turkey*, no. 52067/99, para. 65, ECHR 2006-XII (extracts); *Ali and Ayşe Duran v. Turkey*, no. 42942/02, para. 66, 8 April 2008.

⁴¹³ *Fadime and Turan Karabulut v. Turkey*, no. 23872/04, para. 47, 27 May 2010; *Kopylov v. Russia*, no. 3933/04, para. 141, 29 July 2010; *Darraj v. France*, no. 34588/07, para. 49, 4 November 2010. Quoted in Krešimir Kamber, *supra* note 79, p. 262.

⁴¹⁴ *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, para. 116, ECHR 2004-XII.

⁴¹⁵ *Okkallı v. Turkey*, no. 52067/99, paras 71-78, ECHR 2006-XII (extracts).

⁴¹⁶ *Mileusnić and Mileusnić-Espenheim v. Croatia*, no. 66953/09, para. 71, 19 February 2015. Quoted in Krešimir Kamber, *supra* note 76, pp. 262-263.

Next, the Court checks that the sentence imposed is effectively enforced. States sometimes recourse to statutory limitations to prevent a sentence from being enforced and, in doing so, breach their procedural obligation. This is the case, for instance, in *Enukidze and Girgvliani v. Georgia* where states agents responsible for ill-treatment and death of an individual were pardoned by the President of Georgia and then recommended for release on license by the prison authorities.⁴¹⁷ Evidently, statutory limitations fall within a strict prohibition in international human rights law although this issue still remains under discussion⁴¹⁸. But impunity does not necessarily take such a blunt shape. In the *Ali and Ayşe Duran* case for instance, the authorities use no statutory limitation but merely suspend the execution of the perpetrators' prison sentences⁴¹⁹.

For its own part, the Inter-American Court does not use *expressis verbis* the notions of “substantive” and “procedural” obligations but it has the same expectations. It adopts a very broad interpretation of impunity which considerably extends the scope of the procedural obligation. Impunity is defined as “the total lack of investigation, prosecution, capture, trial and conviction of

⁴¹⁷ *Id.* See *Enukidze and Girgvliani v. Georgia*, no. 25091/07, paras 273-277, 26 April 2011.

⁴¹⁸ As the current academic debate makes it clear, certain type of amnesties – personal and conditional – may be permissible when they are part of a transitional policy. But core crimes should be left outside their scope. The European and Inter-American Courts paid lip service to this issue in two emblematic cases involving war crimes committed in the former Yugoslavia (*Marguš v. Croatia* [GC], no. 4455/10, para. 139, ECHR 2014 (extracts) and in El Salvador (*Case of the Massacres of El Mozote and surrounding areas v. El Salvador*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of October 25, 2012, Series C no. 252, paras 283-286).

The current of doctrinal thinking that supports the admissibility of amnesties is commonly referred to as “less evil literature.” The authors are listed in the *amicus curiae* submitted to the European Court in the *Marguš* case (paras 108-113). See e.g. L. Mallinder, *Amnesty Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide*, Oxford: Hart, 2008; M. Freeman, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2009. See also N. Kyriakou, “Rights Cast into Oblivion? Amnesties in the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights”, in Y. Haeck, O. Ruiz-Chiriboga & C. Burbano-Herrera (eds), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2015, p. 462; S. Landsman, “Alternative Responses to Human Rights Abuses: of Prosecution and Truth Commissions”, *Law and Contemporary Problems*, 1996, Vol. 59, p. 81; M. P. Scharf, “The Letter of the Law: the Scope of the International Legal Obligation to Prosecute Human Rights Crimes”, *Law and Contemporary Problems*, 1996, Vol. 59, p. 50; W. Burke-White, “Reframing Impunity: Applying Liberal International Theory to an Analysis of Amnesty Legislation”, *Harvard International Law Journal*, 2001, Vol. 42, p. 467; R. Weiner, “Trying to Make Ends Meet: Reconciling the Law and Practice of Human Rights Amnesties”, *St. Mary's Law Journal*, 2004, Vol. 26, p. 871; C. Trumbull, “Giving Amnesties a Second Chance”, *Berkeley Journal of International Law*, 2007, Vol. 25, p. 299; K. McEvoy & L. Mallinder, “Amnesties in Transition: Punishment, Restoration, and the Governance of Mercy”, *Journal of Law & Society*, 2012, Vol. 39, p. 410; L. N. Sadat, ‘A Contextual and Historical Analysis of the International Law Commission’s 2017 Draft Articles for a New Global Treaty on Crimes Against Humanity’, *Journal of International Criminal Justice*, 2018, Vol. 16, p. 699.

⁴¹⁹ Krešimir Kamber, *supra* note 79, p. 263.

those responsible for violations of the rights protected by the American Convention”⁴²⁰. The Inter-American Court goes one step further by considering that access to justice which “gives rise to obligations *erga omnes* for the States to adopt all necessary measures to ensure that violations do not remain unpunished”⁴²¹ and the obligation to investigate and to punish perpetrators of enforced disappearances — and by extension perpetrators of arbitrary killings — are peremptory norms of international law (*jus cogens*)⁴²². What is at stake is the court’s interpretation of the authorities’ attitude, whether they “intended to shield the accused party from criminal responsibility” or, on the contrary, they had a “real intent to bring those responsible to justice.”⁴²³ For instance, the Inter-American Court reminds that the *ne bis in idem* principle which ranks among the most fundamental principles of contemporary criminal law is not absolute, and therefore is not applicable if there is no real intent to bring those responsible to justice.⁴²⁴ It considers that when the rules of due process have not been respected or when judges have not acted with independence and impartiality, there was a “fraudulent *res judicata*,”⁴²⁵ *i.e.* there was no real trial.

The Inter-American Court’s case-law on the “ban of impunity”⁴²⁶ has led to the reopening of numerous investigations on the whole American continent. Hundreds of offenders who had

⁴²⁰ *The White Van* *Paniagua Morales et alii v. Guatemala*, Merits, Judgment of March 8, 1998, Series C, no. 37, para. 173; *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, Reparations and Costs, Judgment of February 22, 2002, Series C no. 91, para. 64; *Bulacio v. Argentina*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 19 September 18, 2003, Series C no. 100, para. 120; *Maritza v. Guatemala*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 27, 2003, Series C no. 103, para. 126; *The Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador*, Merits, Reparations and Cost, Judgment of March 1, 2005, Series C no. 120, para. 60; *Huilca Tecse v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of March 3, 2005, Series C no. 121, para. 82.

⁴²¹ *Goiburú et al. v. Paraguay*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 22 September 2006, Series C no. 153, para. 134.

⁴²² *Id.*, para. 84. *See also Tiu Tojin v. Guatemala*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of November 26, 2008, Series C no. 190, para. 91; *Ibsen Cárdenas and Ibsen Peña v. Bolivia*, Merits, Reparation and Costs, Judgment of September 1, 2010, Series C no. 217, para. 197.

⁴²³ *Case of Almonacid Arellano et al. v. Chile*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgments of September 26, 2006, Series C no. 154, para. 154.

⁴²⁴ *Id.*; *La Cantuta v. Peru*, Merits, Reparation and Costs, Judgment of November 29, 2006, Series C no. 162, para. 153.

⁴²⁵ *Carpio Nicolle et al. v. Guatemala*, Merits, Reparations and Costs, Judgement of November 22, 2004, Series C no. 117, para. 131.

⁴²⁶ L. Burgogue-Larsen, “Le bannissement de l’impunité : décryptage de la politique jurisprudentielle de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2012, Vol. 89, pp. 3-42.

benefited of statutory limitations at transitional times were prosecuted notably in Peru, in Chile, and in Argentina⁴²⁷.

2.2. The *aut dedere aut judicare* obligation

Like many other multilateral instruments dealing with international crimes, the Draft Articles include a provision imposing upon States to prosecute or to extradite alleged perpetrators of crimes against humanity. This obligation has its own requirements, some of which overlap with those we have seen earlier: to criminalize some prohibited conduct, to establish the necessary legislation — which necessarily reflects an exercise of universal jurisdiction if the forum State has no nexus with the crime other than the mere presence of its alleged perpetrator within its territory,—⁴²⁸ to lead a primary inquiry whenever there is reasonable ground to believe that a crime has been committed and to prosecute or alternatively to extradite/surrender. Such an obligation may appear at first sight adequate and in line with the two overall objectives of the Draft Articles. But as we will see, if not supplemented with another provision, the obligation to prosecute as it is worded reaches its limits. The effective prosecution and punishment of offenders could easily be undermined.

2.2.1. The issue of prosecutorial discretion

Draft Article 10 offers two alternatives to a contracting State in which an alleged offender is present: (i) to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution (ii) to extradite the alleged offender to another requesting State or to surrender him to a competent international tribunal. This obligation is commonly referred to as the principle of *aut dedere aut*

⁴²⁷ F. Viganò, 'Les obligations de protection pénale des droits fondamentaux', in S. Manacorda & J. Tricot (eds), *"Devoir de punir" ? Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Paris: Société de législation comparée, 2013, p. 64; P. Galella, "Amnesty Laws in the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights", in Y. Haeck, O. Ruiz-Chiriboga & C. Burbano-Herrera (eds), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2015, pp. 419-441; L. Burgorgue-Larsen, "The Right to *ad intra* Enforcement of the Convention", in L. Burgorgue-Larsen & A. Úbeda de Torres (eds), *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary* (trans. by Rosalind Greenstein), Oxford, New York: Oxford University Press, 2011, pp. 243-268; N. Roht-Arriaza, "After Amnesties Are Gone: Latin American National Courts and the New Contours of the Fight Against Impunity," *Human Rights Quarterly*, Vol. 37, 2015, pp. 341-382.

⁴²⁸ M. Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Cambridge: Intersentia, 2005, p. 122. Quoted in International Law Commission, *The Obligation to Extradite or Prosecute (Aut Dedere Aut Judicare)*, Report to the UNGA, UN Doc. A/69/10 [reproduced in *Yearbook of the International Law Commission*, 2014, Vol. II, Part Two p. 8 para. 19].

judicare, the obligation either to extradite or prosecute offenders.⁴²⁹ It is meant to reinforce the mutual cooperation among States by encouraging the prosecution and the punishment of conducts which harm the interests of the international community.⁴³⁰ Draft Article 10 reflects the prosecutorial discretion principle. It does not expressly require from States to prosecute offenders. States have considerable leeway in determining whether or not the alleged perpetrators must be prosecuted and, alternatively, extradited to another requesting State or an international tribunal. The ICJ interpreted Article 7(1) of the Convention against Torture in the same way: “The obligation to submit the case to the competent authorities [...] may or may not result in the institution of proceedings, in the light of the evidence before them, relating to the charges against the suspect.”⁴³¹ The very same can be said of the common provision to the four Geneva Conventions on penal sanctions.⁴³² The obligation to try someone or to bring him to justice as it is formulated in these provisions cannot be considered as an absolute obligation to prosecute or *a fortiori* as an absolute obligation to punish.⁴³³

The prosecutorial discretion principle is of prime importance and the aim of this paper is not to support its suppression from the Draft Articles. It is no coincidence that the principle is contained in numerous treaties dealing with international crimes, and in particular the Rome Statute which the ILC mentions in its commentaries.⁴³⁴ But what the ILC forgets to note is that there is huge difference between these two texts. Contrary to Draft Articles, the Rome Statute has a highly-efficient tool which undermines the little inclination of States to prosecute their own nationals: the

⁴²⁹ Draft Articles with Commentaries, *supra* note 2, p. 92.

⁴³⁰ R. Jennings & A. Watts (eds), *1 Oppenheim's International Law*, Oxford, New York: Oxford University Press, 9th ed., 1992, p. 971 quoted in M. C. Bassiouni & E. M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare. The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff, 1995, p. 3.

⁴³¹ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2012*, p. 456, para. 95.

⁴³² Art. 49 Geneva Convention I; Art. 50 Geneva Convention II; Art. 129 Geneva Convention III; Art. 146 Geneva Convention IV.

⁴³³ E. La Haye, “Article 49 – Penal Sanctions”, in International Committee of the Red Cross (K. Dörmann, L. Lijnzaad, M. Sassòli & P. Spoorri (eds)), *Commentary on the First Geneva Convention*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2nd ed., 2017, p. 1017; E. La Haye, “Article 49 – Penal Sanctions”, in International Committee of the Red Cross (K. Dörmann, L. Lijnzaad, M. Sassòli & P. Spoorri (eds)), *Commentary on the Second Geneva Convention*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2nd ed., 2017, p. 1040 ; E. La Haye, “Article 49 – Penal Sanctions”, in International Committee of the Red Cross (Knut Dörmann, Liesbeth Lijnzaad, Marco Sassòli & Philip Spoorri (eds)), *Commentary on the Third Geneva Convention*, Cambridge, New York / Cambridge University Press, 2nd ed., 2021, p. 1057.

⁴³⁴ Draft Articles with Commentaries, *supra* note 2, p. 95.

monitoring of the ICC. Under Article 17, the ICC can determine in a discretionary manner that a case is admissible: (i) if the State is “unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;”⁴³⁵ (ii) if the State has investigated and decided not to prosecute but the decision results “from [its] unwillingness or inability genuinely to prosecute.”⁴³⁶ The ICC has, then, considerable power and can overcome the State’s lack of will or the State’s inability to prosecute and, by extension, to punish perpetrators of international crimes. In other words, the ICC is able to “decide on case-by-case basis whether the judgments of other courts are worthy of its respect.”⁴³⁷

By contrast, the Draft Articles do not provide for a monitoring organ apart from the ICJ, but the ICJ’s functions are very different. The ILC’s assertion whereby a State “refraining from pursuing prosecution or conducting “sham” proceedings solely to shield an alleged offender from accountability has not fulfilled the obligation set forth in draft article 10” is a scant consolation⁴³⁸. Concretely, there are no way of overcoming a decision not to prosecute, even though it is meant to undermine criminal proceedings and shield perpetrators.

Prosecution, firstly, is a matter of policy. The authority in charge of criminal prosecutions is compelled to enforce the policy decided by the government. Public prosecutors often lack independency *vis-à-vis* the executive power as a result of the overall organization and their subordination relationship. The European Court, for instance, refuses to equate the French public prosecutor with “a judge or other officer authorize by law to exercise judicial power” within Article 5(3), considering that is not sufficiently impartial, nor independent.⁴³⁹ It has long been established in its case-law that public prosecutors in general cannot be “independent to the parties” as a result of their nature.⁴⁴⁰ The European Court is particularly demanding with regard to Article 5. It does note that Article 5 is made of two kinds of expressions, some of which are precise – “court” (para. 1 (a) and (b), para. 4) and “judge” (para. 3) (art. 5-3) – and the other rather vague – “competent legal authority” (para. 1 (c)) and “officer authorised by law to exercise judicial power” (para. 3).⁴⁴¹ But

⁴³⁵ Article 17(1)(a) ICC Statute.

⁴³⁶ Article 17(1)(b) ICC Statute.

⁴³⁷ G. P. Fletcher, “Against Universal Jurisdiction”, *Journal of International Criminal Justice*, 2003, Vol. 1, p. 582.

⁴³⁸ Draft Articles with Commentaries, *supra* note 2, p. 95.

⁴³⁹ *Medvedyev and Others v. France* [GC], no. 3394/03, paras 41, 117-134, ECHR 2010.

⁴⁴⁰ *Huber v. Switzerland*, 23 October 1990, para. 43, Series A no. 188.

⁴⁴¹ *Schiesser v. Switzerland*, 4 December 1979, para. 29, Series A no. 34.

the Court considers that these expressions are synonyms and “form a whole.”⁴⁴² All actors of the process must have common attributes whatever their legal qualification is: independence, neutrality and objectivity.⁴⁴³ Since public prosecutors cannot meet these requirements, they are not equated with “regular” judges – those exercising adjudicating power on legal disputes but also investigating judges which, according to the Court, are fully in line with Article 5(3).⁴⁴⁴

Secondly, in transitional periods, States may have no choice but to preclude prosecutions because the national courts are in a state of collapse and then are unable to dispense justice or because of peculiar obstacles and constraints⁴⁴⁵. In such cases, forgoing criminal prosecutions might be a factor of pacification or simply the only way of avoiding the resurgence of hostilities⁴⁴⁶. The executive power could easily ensure *de facto* impunity of perpetrators in giving informal instructions to public prosecutors to dismiss cases while perfectly respecting the prohibition of statutory limitations. In Argentina in 1986 for instance, the army pressured the Raul Alfonsín’s government who took a series of measure to restrict the scope of the verdicts pronounced against militaries.⁴⁴⁷ The Ministry of Defense issued instructions to military prosecutors (*Instrucciones a los Fiscales Militares*) to radically reduce the number of prosecutions, including those concerning facts of torture, kidnapping and murder.⁴⁴⁸ But even outside the particular context of a transition towards democracy — in “ordinary times” then —there might be situations where tribunals do not frankly obstruct the procedure. They are merely passive. They take window-dressing measures for the conduct of investigations, making sure that perpetrators will never be identified, and if so, that judicial proceedings will not result in a conviction. Passivity is one of the three stratagems —

⁴⁴² *Id.*

⁴⁴³ *Id.*, paras 30-31.

⁴⁴⁴ *A.C. v. France* (dec.), no. 37547/97, 14 December 1999; *Zervudacki v. France*, no. 73947/01, para. 51, 27 July 2006.

⁴⁴⁵ José Zalaquett, *supra* note 24, pp. 643-645.

⁴⁴⁶ *Id.*

⁴⁴⁷ A. M. Garro & H. Dahl, “Legal Accountability for Human Rights Violations in Argentina: One Step Forward and Two Steps Backward”, *Human Rights Law Journal*, Vol. 8, 1987, pp. 284-344; J. Malamud-Goti, *supra* note 24, pp. 71-88; C. S. Nino, *supra* note 24, pp. 2619-2640; C. H. Acuña & C. Smulovitz, “Guarding the Guardians in Argentina: Some Lessons about the Risks and Benefits of Empowering the Courts”, in A. J. McAdams (ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, Notre Dame, London: University of Notre Dame Press, 1997, pp. 105-106.

⁴⁴⁸ *Id.*

“probably the simplest but fearsomely efficient” —⁴⁴⁹ used by Latin American countries to perpetuate a culture of impunity⁴⁵⁰. For instance, the Inter-American Court noted in a famous case involving a summary execution committed by the *Policía Federal Argentina*, that “despite commencement of several judicial proceedings, to date — over twelve years after the facts — no one has been punished for his responsibility.”⁴⁵¹ But this problem is not confined to Latin America. In Europe too, some States are reluctant to effectively investigate crimes committed by security forces, often with the executive’s acquiescence. The European Court’s case-law mainly concerns Russia for the crimes committed against Muslim populations in Chechnya⁴⁵² and Turkey for the crimes committed against Kurd populations in South-East of the country.⁴⁵³

2.2.2. The interdependency of prosecution and punishment

As the earlier discussion makes clear, prosecution and punishment are two interdependent requirements which reinforce each other. First, there is material difference between prosecution and punishment. If they both go the same direction, they intervene at two different steps. The punishment of perpetrators is achieved through and then *after* their prosecution. Consequently, under the Genocide Convention, “[w]hilst Article VI focuses on the procedure to be employed (*i.e.* prosecution as the consequence that suspects ‘shall be tried’) to arrive at the punishment, Article IV formulates the normative result to be achieved: perpetrators of genocide ‘shall be punished.’”⁴⁵⁴ In

⁴⁴⁹ L. Burgorgue-Larsen, “Le bannissement de l’impunité : décryptage de la politique jurisprudentielle de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2012, Vol. 89, p. 4; A. Úbeda de Torres, “Extrajudicial Executions”, in L. Burgorgue-Larsen & A. Úbeda de Torres (eds), *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary* (trans. by Rosalind Greenstein), Oxford, New York: Oxford University Press, 2011, p. 365.

⁴⁵⁰ *Id.* See also C. Medina Quiroga, ‘Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte interamericana’, *ADH*, 2009, pp. 15-24, spe. 26-7.

⁴⁵¹ *Bulacio v. Argentina*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 19 September 2003, Series C no. 100, para. 119.

⁴⁵² See *e.g.* *Vakhayeva and Others v. Russia*, no. 1758/04, para. 157, 29 October 2009; *Shokkarov and Others v. Russia*, no. 41009/04, para. 107, 3 May 2011; *Umarova and Others v. Russia*, no. 25654/08, para. 94, 31 July 2012; *Aslakhanova and Others v. Russia*, nos. 2944/06 *et al.*, para. 123, 18 December 2012.

⁴⁵³ See *e.g.* *Taş v. Turkey*, no. 24396/94, para. 70, 14 November 2000; *Yaşa v. Turkey*, 2 September 1998, para. 107, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V; *Mahmut Kaya v. Turkey*, no. 22535/93, para. 106, ECHR 2000-III.

See also J. Chevalier-Watts, “Enforced Disappearances in Turkey and Chechnya: Strasbourg’s Noble Cause?”, *Human Rights Law Review*, 2010, Vol. 11, pp. 469-489.

⁴⁵⁴ B. Schiffbauer, “Article IV”, *supra* note 39, p. 194.

both Common Law and Civil Law systems, the punishment is imposed after the indictment drawn up by the public prosecutor. From a chronological point of view, proceedings are held as follows: (i) investigation, (ii) prosecution — or extradition to another State/cooperate with an international tribunal, (iii) trial, (iv) imposition of the punishment, (v) enforcement of the punishment. That is why in international human rights law, the procedural obligation has such an extended scope. To secure the effective prosecution and punishment of perpetrators, it is required all along the proceedings: from the opening of the investigation to the enforcement of the sentence.

Second, within the Genocide Convention, prosecution and punishment do not have the same scope. Article VI requires from States either to prosecute alleged perpetrators – if an act constituting a crime of genocide is committed on their territory – or to surrender them to an international tribunal. Article VI, then, only recognizes two bases for jurisdiction: territorial and international – even if the latter was merely prospective at the time of the drafting. By contrast, Article IV applies to “an indefinite circle of states”⁴⁵⁵ which are all required to punish *génocidaires* (they “shall be punished”). A literal interpretation of Article VI would generate an absurd result: all member States would be required to punish perpetrators while the territorial State would be the sole able to prosecute them. This is probably one the reasons why the ICJ expands bases for jurisdiction and admits non-territorial prosecutions.⁴⁵⁶ It harmonizes its interpretation of Article VI with the higher level of protection offered by Article IV in the interest of consistency of the Genocide Convention.

Moreover, in precluding other States from exercising extra-territorial jurisdiction, Article VI would ensure impunity for perpetrators. Territorial States might be unable or unwilling to prosecute them given that they did not start their transition towards democracy and are still governed by those who ordered or were implicated in the events.⁴⁵⁷ Article VI would be then at odds with the absolute requirement of punishment deriving from Article IV.⁴⁵⁸ As rightly pointed out by Ruti G. Teitel,

⁴⁵⁵ *Id.*, p. 198.

⁴⁵⁶ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 1996*, p. 616, para. 31; *Genocide Convention case*, *supra* note 24, p. 226, para. 442.

⁴⁵⁷ This was outlined by French representatives during the drafting of the Genocide Convention (see UN Doc. E/AC.25/SR.7) but mostly by the UN Special Rapporteur in 1978. See Nicodème Ruhashyankiko, Report to the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of National Minorities: “Study of the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/416, July 4, 1978 quoted in V. Thalmann, “National Criminal Jurisdiction Over Genocide”, in P. Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention. A Commentary*, Oxford, New York: Oxford University Press, 2009, p. 256.

⁴⁵⁸ B. Schiffbauer, “Article IV”, *supra* note 39, p. 252.

“transitional justice implies a non-linear approach of time.”⁴⁵⁹ The pursuit of justice requires a political change and a democratic transition – this phenomenon has sometimes been characterized as the “Scilingo Effect” after the conviction of an Argentine naval officer in Spain two decades after the end of the Dirty War.⁴⁶⁰

Conclusion

While the Draft Articles on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity are a clear step in the right direction, they are an unfinished building. They do impose on States a set of obligations, some of which are required before a violation has occurred (*preventive measures*), and some others after (*repressive measures*). But they lose sight of the most important thing: the effective prosecution and punishment of perpetrators. As we have seen, many multilateral treaties endeavored to secure this goal by requiring States to ensure the punishment of perpetrators, notably the Genocide Convention.

As a conclusion, I would like to try to anticipate two remarks which could rightly be made.

Some would *firstly* say that States need some freedom of action for the purpose of investigating, prosecuting and punishing perpetrators. They should be granted what we call in ECHR’s law a margin of appreciation. They would be able to decide, in the light of the evidences collected during the investigation, whether or not the alleged perpetrators should be prosecuted and they could then dismiss a case prior to trial. It is indeed the traditional position taken by international human rights law which used to give to governments substantial discretion in determining the most appropriate means to ensure the rights secured while international criminal law has often focused on the right — but not the duty — to prosecute and to punish crimes committed abroad⁴⁶¹. But as we have seen, the States’ margin of appreciation has sensibly decreased. While they were enjoying a wide one, they are now controlled, not merely in the decision to prosecute or not to prosecute the alleged

⁴⁵⁹ R. G. Teitel, “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, 2003, Vol. 16, p. 86.

⁴⁶⁰ *Id.* See also C. M. Amador, *Ethics and Literature in Chile, Argentina and Paraguay*, New York: Palgrave Mcmillan, 2016, pp. 99-144.

⁴⁶¹ J. Zalaquett, *supra* note 24, p. 628.

perpetrators, but also in the aftermath of the trial, at the stage of the enforcement of the sentence. From a procedural standpoint, has the sentence been correctly enforced? From a substantial standpoint, was the sentence appropriate, proportionate? If the perpetrator has been convicted to imprisonment, was the length of the sentence sufficient?

In sum, we always get back to the same question: did the authorities really intend to punish the perpetrators or were they too lenient? Did they try to shield them from criminal accountability? These are matters which both international human rights courts and the ICC do not hesitate to interfere in. Of course, it would be totally impossible to incorporate all of the above-mentioned requirements surrounding the procedural obligation into a single or several provision(s). Such a provision (or provisions) would certainly not reach the approval stage and, assuming that it would do so, too few States would ratify the text. Nonetheless, this exercise of comparison is quite interesting insofar as it reveals the cautiousness of the ILC.

One could *secondly* argue that there is a great difference between the ILC's Draft Articles and most human rights treaties. The latter instruments have a monitoring organ which can intervene in last resort on an individual claim whereas the former is reliant on the States' goodwill. Of course, there are two safeguards — the ICJ and the ICC — but their role is limited. The ICJ, first, only intervenes at the inter-State level and has the sole power to engage the States' responsibility whenever it finds that they breached their international obligations. It cannot disavow the States' decisions not to prosecute even if this decision obviously intends to shield a perpetrator from accountability. The ICC, then, has considerable powers some of which have been mentioned earlier. But they are limited to States which have accepted its jurisdiction in ratifying the Rome Statute. In sum, the Draft Articles need to be supplemented with another provision because they have no proper monitoring organ and, then, are exposed to greater risk. Of course, there is no ideal solution. Whatever we might choose, there is always an incompressible margin of error which could potentially benefit to any State. But the ILC could have included, as many other treaties dealing with international crimes do, a provision based one of the above-mentioned models. Clearly, in doing so, the ILC would not fundamentally change the Draft Articles' framework. It would not require prosecution and punishment of *every* perpetrator. States' international obligations must be interpreted in a manner avoiding to impose upon them tasks which are impossible or very difficult to discharge, particularly in post-conflict or transitional periods when justice cannot be dispensed

normally.⁴⁶² Applied to judicial authorities, this principle seemingly implies that gradual, selective prosecutions, exemplary punishments — as, for example, in Argentina after the "Dirty War" — and even non-custodial sentences are compatible with international law and even more if they are part of a transitional policy.⁴⁶³

⁴⁶² D. F. Orentlicher, "Addressing Gross Human Rights Abuses: Punishment and Victim Compensation", *supra* note 11, p. 439.

⁴⁶³ *Id.*, at 440; N. Kyriakou, *supra* note 89, p. 462; J. Dugard, *supra* note 14, p. 1012.