



RQDI
Revue québécoise
de droit international

REVUE QUÉBÉCOISE DE DROIT INTERNATIONAL

QUEBEC JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

REVISTA QUEBEQUENSE DE DERECHO INTERNACIONAL

Table des matières

Études

Les amnisties et le droit international : recherche sur l'état du droit

Olivier Grondin 1

L'évolution du droit international des eaux transfrontalières en Amérique du Nord

Yenny Vega Cardenas 23

Le recours à l'accord mixte au fil de l'évolution temporelle et matérielle de la compétence de l'Union européenne en matière commerciale

France Morrissette 39

Le rôle des *Principes de Paris* dans l'institutionnalisation des droits de la personne en droit interne (Étude axée sur quelques États arabes)

Nidhal Mekki 71

The Chinese Hukou System: Reforming Institutions of Inequality. Between the Need for Roots and the Demands of Change

Giulia Raimondo 103

Examens préliminaires à la Cour pénale internationale : Fondements juridiques, pratique du Bureau de la Procureure et développements judiciaires

Azé Kerté Amoulgam 143

En matière d'accès à l'avortement, les États-Unis rencontrent-ils leurs obligations internationales en vertu du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ?

Félix Pominville Archambault 187

Notes et commentaires

De l'OIIT à l'OMC. L'interdiction d'importation des produits intégrant le travail forcé et les pires formes de travail des enfants :

Un appel à la morale ?

Kristine Plouffe-Malette

213

Recensions

Frans von der Dunk and Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015

Maria Manoli

219

Kerry F. Crawford, *Wartime Sexual Violence: From Silence to Condemnation of a Weapon of War*, Washington, Georgetown University Press, 2017

Olivia Malenfant

225

Revue québécoise de droit international
32.1 (2019)

Comité de direction / Editorial Management

François Roch
Kristine Plouffe-Malette
Co-directeur.trice
Université du Québec à Montréal

Olivier Delas
Université Laval

Peter Leuprecht
Université du Québec à Montréal

René Provost
Université McGill

Stéphane Beaulac
Université de Montréal

Geneviève Dufour
Université de Sherbrooke

Comité de rédaction en chef / Editorial Staff

Vanessa Tanguay
Rédactrice en chef / Chief Editor

Andréanne Thibault
Louise Lambert
Solenne Daigle
Rédacteur.trice.s en chef adjoint /
Executive Editors

Noémie Boivin
Louise Lambert
Adjoint.e.s à la rédaction en chef /
Assistant Chief Editor

André-Phillipe Ouellet
Amélie Gravel
Gabrièle Lavallée
Laurie Trottier
Rédactrices aux évaluations
externes / External Review
Editors

Kathryn Blanchette
Victoria Brodeur
Valérie Chevrier
Nicolas Gervais
Amélie Gravel
Simon Legault
Carl Miguel Maldonado
Rédacteurs à l'édition /
Associate Editors

Emilie Binette
Delphine Ducasse
Evelyne Dumas
Éléonore Gauthier
Megan Lee
Priscilla Phan
Julien Simard
Carolyne Valois
Laurence R. Contant
Rédacteurs à la révision finale /
Associate Editors –
Language Revision

Simon Lamontagne
Intégration / Layout Editor

Camille Bédard-Châteauneuf
Victoria Brodeur
Lauriane Brassard-Thibault
Anthonia Fanokoa
Anna Happe-Turcotte
Stagiaires / Interns

Rindra Orimbato Idialisoa
Annie Montplaisir
Camille Raymond
Martina Rompala
Laurie Trottier
Stagiaires / Interns

Evelyne Brunel
Graphiste /
Graphic Designer
Andres Contreras Velandia
Sabrina Tremblay-Huet
Traducteur / Translator

Comité de lecture

Jacques-Yvan Morin
Université de Montréal
Président d'honneur

M. Frédéric Bachand
Université McGill

M. Alberto Costi
University of Wellington

Mme Lucie Lamarche
Université du Québec à Montréal

M. Jean-François Bonin
Ministère de la Justice
du Canada

M. Emmanuel Decaux
Université de Paris II -
Panthéon-Assas

Mme Anne-Marie La Rosa
Comité international de la
Croix-Rouge (CICR)

M. Jean D'Aspremont
Université d'Amsterdam

M. Daniel Dormoy
Université de Paris-Sud

M. Yves Le Bouthillier
Université d'Ottawa

M. Richard Dufour
Cabinet Dufour Mottet

Mme Isabelle Duplessis
Université de Montréal

M. Frédéric Mégret
Université McGill

Mme Jaye Ellis
Université McGill

M. Michel Bourbonnière
Ministère de la Justice
du Canada

M. Marco Sassóli
Université de Genève

Mme Paule Halley
Université Laval

M. Bernard Duhaime
Université du Québec à Montréal

Mme Geneviève Saumier
Université McGill

M. Pierre Bringuier
Université de Montpellier

M. Thierry Bourgoignie
Université du Québec à Montréal

M. William A. Schabas
Irish Center for Human Rights

M. Jean-Yves Carlier
Université Catholique
de Louvain

Mme Gaëlle Breton-Le Goff
Université du Québec à Montréal

M. Maurizio Arcari
Università Degli studi di Parma
Università de Milan Bicocca

M. Jean-Frédéric Morin
Université Libre de Bruxelles

Mme Nicolette Kost-de-Sèvre
DLA Piper

M. Jeffrey Talpis
Université de Montréal

M. Theodore Christakis
Université Grenoble II – Pierre
Mendès

Mme Marie-Françoise Labouz
Université de Versailles/
St-Quentin-en-Yvelines

M. Pierre Bosset
Université du Québec à Montréal

M. Carlos Ivan Fuentes
Université McGill

M. Vincent Chetail
Institut universitaire des Hautes
Études Internationales (Genève)

M. Antoni Pigrau Solé
Universitat Rovira i Virgili
(Tarragona)

Mme Carolina Loayza
Universidad Nacional Mayor de
San Marcos

Mme Ana Bijelic
Département juridique et sinistres
La Réunion aérienne

Mme Élise Groulx
Association internationale des
Avocats de la Défense

M. Evariste Sonon
Université du Québec à Montréal

M. Émile Derlin
Kemfouet Kengny
Université de Limoges

M. Didier Muamba Kabeya
Université Jean-Moulin (Lyon 3)

M. Philippe Kirsch
Juge ad hoc à la CIJ
Ancien Président de la CPI

M. David Luff
Université de Liège, Collège
d'Europe / U. Bocconi à Milan

M. Alain Vallières
Avocat / Chargé d'enseignement
Université de Montréal

Mme Cynthia Eid
Université de Montréal

La *Revue québécoise de droit international* est fière de pouvoir compter sur le support du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada.

Abonnements

Revue québécoise de droit international

Université du Québec à Montréal
Département des sciences juridiques
Case postale 8888, succ. Centre-Ville
Montréal, QC, Canada H3C 3P8
Téléphone : (514) 987-3000, poste 0242
Télécopieur : (514) 987-0115
Courriel : redactionenchef@rqdi.org

L'abonné(e) qui désire ne plus recevoir la revue est prié(e) de nous faire parvenir un avis à cet effet. Sans cet avis, l'abonnement expiré sera automatiquement renouvelé.

Indexation et reproduction

La Société québécoise de droit international autorise la reproduction, pour fins d'enseignement, des textes sur lesquels elle détient les droits, pourvu qu'il soit fait mention tant du nom de l'auteur que de celui de la *Revue québécoise de droit international*. La reproduction pour d'autres fins sera régie par le principe de l'utilisation équitable. Dans les autres cas, l'utilisateur éventuel devra obtenir une autorisation écrite.

©Société québécoise de droit international
ISSN 0828-9999

Dépôt légal, Bibliothèque nationale du Québec et dépôt légal, Bibliothèque nationale du Canada
1^{er} trimestre 2001

SOCIÉTÉ QUÉBÉCOISE DE DROIT INTERNATIONAL

La Société québécoise de droit international (SQDI) est une association scientifique créée en 1982, dont le principal objectif est de favoriser la connaissance et le développement du droit international au Québec. Elle regroupe des internationalistes québécois et étrangers qui s'intéressent à l'enseignement, à la recherche et à la pratique dans le domaine du droit international, public et privé. Elle entretient des relations avec d'autres sociétés de droit international, particulièrement au sein de la francophonie.

La Société québécoise de droit international est responsable de la publication de la *Revue québécoise de droit international* (RQDI). Elle tient tous les ans les *Conférences Maximilien-Bibaud* et *Katia-Boustany*. Elle organise à l'intention des étudiants le *Concours de dissertation en droit international Matthieu-Bernard*. La SQDI se veut le point de ralliement de toutes les personnes qui utilisent, étudient ou s'intéressent à la réglementation juridique des relations internationales.

Comité exécutif

Président honoraire

Jacques-Yvan Morin

Professeur émérite, Université de Montréal

Président du Conseil d'administration

Daniel Turp

Professeur, Université de Montréal

Présidente

Geneviève Dufour

Professeure,

Université de Sherbrooke

Vice-présidents

Konstantia Koutouki
Professeure,
Université de Montréal

Kristine Plouffe-Malette
Professeure associée, UQAM
Co-directrice de la RQDI

François Roch
Professeur, UQAM
Co-directeur de la RQDI

Secrétaire générale

Vanessa Tanguay

Candidate au doctorat, Université McGill

Rédactrice en chef, RQDI

Secrétaire général adjoint

Andres Contreras Velandia

Candidat à la maîtrise, UQAM

Trésorier

Pierrick Pugeaud

Adjoint au doyen, Faculté de science politique et droit, UQAM

LES AMNISTIES DES CRIMES INTERNATIONAUX : RECHERCHE SUR L'ÉTAT DU DROIT

*Olivier Grondin**

L'utilisation de mesures d'amnistie à la fin d'un conflit n'est pas un phénomène nouveau; on retrace cette pratique dans certains accords de paix du milieu du XVII^e siècle. Cependant, l'essor relativement récent de juridictions internationales et régionales, tant pénales que celles visant la protection des droits de la personne, a donné lieu à une remise en question de cette pratique, particulièrement en ce qui concerne les crimes internationaux. Dans le cadre de cette remise en question, de nombreux juristes et organismes internationaux ont affirmé qu'il existait une prohibition absolue des amnisties pour les crimes internationaux. Cet article défend la thèse que bien qu'il soit généralement prohibé d'amnistier les crimes internationaux, cette prohibition n'est pas de nature impérative. Il serait donc possible, en fonction des situations, d'octroyer de telles amnisties. Nous procédons en deux étapes. D'une part, nous cherchons au sein des reconnaissances internationales du pouvoir d'amnistie des États afin d'y observer l'existence d'une telle prohibition qui lui soit inhérente. Ensuite, nous nous penchons sur les différentes limites au pouvoir d'amnistie des États qui émanent de différentes obligations internationales des États. Il ressort de cette étude que, bien qu'il existe plusieurs contraintes qui viennent circonscrire la possibilité pour les États de mettre en place des mesures d'amnistie visant des crimes internationaux, celles-ci demeurent possibles en fonction de la nécessité ou de l'impossibilité d'exécution de l'action pénale.

The use of amnesty measures at the end of a conflict is not a new phenomenon. This practice can be found in peace agreements from mid-17th century. However, the relatively recent rise in international and regional jurisdictions, both criminal and dedicated to the protection of human rights, have led to a reconsideration of this practice, especially as concerns international crimes. In the context of this reconsideration, numerous jurists and international organizations affirmed that there exists an absolute prohibition of amnesties for international crimes. This article contends that while it is generally prohibited to offer amnesty for international crimes, this prohibition is not of an imperative nature. It would thus be possible, depending on each situation, to offer such amnesties. This is done in two steps. Firstly, we search within international recognitions of states' power to grant amnesties, in order to observe the existence of such an inherent prohibition. Secondly, we explore the different limitations to states' power to grant amnesties stemming from their various international obligations. It results that while there exist numerous constraints that circumscribe the possibility for states to implement amnesty measures for international crimes, they remain possible depending on necessity or the impossibility of enforcement of criminal action.

El uso de medidas de amnistía al final de un conflicto no es un fenómeno nuevo. Encontramos esta práctica en ciertos acuerdos de paz desde a mediados del siglo XVII. Sin embargo, el desarrollo relativamente reciente de las jurisdicciones internacionales y regionales, tanto las criminales como las destinadas a la protección de los derechos humanos, ha permitido cuestionar esta práctica, particularmente con respecto a los crímenes internacionales. En el contexto de este cuestionamiento, muchos juristas y organizaciones internacionales han afirmado que existe una prohibición absoluta de amnistías para los crímenes internacionales. Este artículo defiende la tesis de que, aunque generalmente esté prohibido perdonar crímenes internacionales, esta prohibición no es imperativa. Por lo tanto, dependiendo de la situación, es posible otorgar tales amnistías. Para demostrarlo, procedemos en dos etapas. Por un lado, buscamos en los reconocimientos internacionales al poder de amnistía de los Estados para observar la existencia de una prohibición que le sea inherente. Luego, observamos los diferentes límites a la capacidad de otorgar amnistías que emanan de las diferentes obligaciones internacionales aplicables a los estados. De este estudio concluimos que, aunque existan varias restricciones que limitan la posibilidad de introducir medidas de amnistía para crímenes internacionales, estas siguen siendo posibles dependiendo de la necesidad o la imposibilidad de ejecutar procesos penales.

* L'auteur est candidat à la maîtrise en droit et société à l'Université du Québec à Montréal, il détient un baccalauréat en relations internationales et droit international et est membre-étudiant du Centre de recherche en immigration, ethnicité et citoyenneté où il est également auxiliaire de recherche.

Ce texte souhaite remettre en question un certain courant doctrinal et jurisprudentiel selon lequel il existerait une prohibition absolue d'amnistier des crimes de guerre, ainsi que d'autres crimes internationaux.

Pour ce faire, la première section de ce texte s'intéressera aux sources du droit international qui reconnaissent le pouvoir d'amnistie des États. Nous discuterons d'abord de deux sources qui reconnaissent explicitement ce pouvoir, soit le second *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux* (ci-après, *PA II*), et le droit coutumier, ensuite nous discuterons de la reconnaissance implicite de ce pouvoir lors de l'élaboration de la *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées* (*CPDF*).

Cette première section vise donc, d'une part, à établir l'existence en droit international d'un pouvoir d'amnistie des États, et, d'autre part, à démontrer l'absence d'une prohibition qui lui soit inhérente.

La seconde section s'intéressera aux différentes contraintes indirectes ainsi qu'aux limites du pouvoir d'amnistie qui émanent des autres obligations internationales des États. Dans un premier temps, nous allons clarifier la portée temporelle et juridictionnelle de l'amnistie, particulièrement en ce qui concerne la Cour pénale internationale (CPI). Ensuite, nous discuterons des limites au pouvoir d'amnistie qui émanent du droit pénal international (DPI). Finalement, nous expliquerons comment les obligations des États en matière de droits de la personne obligent les États à prendre certaines précautions dans l'élaboration et la mise en œuvre de mesures d'amnistie, particulièrement en ce qui concerne les violations graves de ces droits.

Cette section permettra de démontrer qu'il est généralement contraire aux obligations internationales des États d'amnistier des crimes internationaux. Cependant, une telle prohibition ne relevant pas du *jus cogens*, un État pourrait adopter de manière licite une telle amnistie, si celle-ci était rendue nécessaire en vertu de l'état de nécessité ou d'une situation rendant impossible l'exécution des obligations de poursuivre ou d'extrader. Au demeurant, dans l'éventualité d'une telle amnistie, celle-ci ne saurait être opposable à d'autres juridictions que celle de l'État l'ayant adoptée. Finalement, l'État qui adopterait une telle amnistie devrait voir à protéger le droit des victimes et de la société de connaître la vérité quant aux violations importantes des droits de la personne, ainsi que le droit des victimes et de leurs familles d'obtenir la réparation la plus complète possible pour les violations subies. Il ressort également de cela que, tant au regard du DPI que des droits de la personne, l'autoamnistie serait difficile, voire impossible, à réconcilier avec les obligations internationales des États.

Cependant, avant d'aller plus loin, nous souhaitons utiliser la présente introduction afin de contextualiser la pratique étudiée ainsi que ses différentes formes, préciser notre refus de discuter du débat qui anime la doctrine sur les questions de justice transitionnelle, de paix et de « justice » comme idéal, de même que clarifier certaines considérations permettant de cadrer l'analyse que nous effectuons dans cet article.

L'utilisation de mesures d'amnistie afin de permettre le retour à la paix n'est pas un phénomène nouveau. On retrace d'ailleurs cette pratique dans certains accords de paix du milieu du XVII^e siècle¹. Ce n'est cependant qu'avec l'essor des juridictions internationales et régionales, tant pénales que celles axées sur la protection des droits de la personne, que s'est développée une remise en question de cette pratique². En effet, la multiplication des juridictions internationales permettant aux individus de revendiquer des droits encourage la mise en tension d'impératifs parfois contraires. D'un côté, l'amnistie est vue comme la mise en œuvre du pouvoir régalien de l'État et donc de sa souveraineté³. De l'autre, on affirme que cette souveraineté ne pourrait aller à l'encontre de certaines normes impératives de *jus cogens*, qui seraient « supérieures » à la souveraineté⁴.

En moins d'une décennie, la fin de l'apartheid en Afrique du Sud, la guerre civile en Bosnie-Herzégovine et le génocide du Rwanda furent donc autant d'occasions de définir le rôle du droit international dans l'encadrement et la promotion de la transition vers, et la consolidation de, la paix⁵.

En sous-trame de cette définition du rôle du droit international émerge une volonté de réfléchir aux questions de responsabilité sociale et collective, ainsi qu'aux limites de l'attribution de responsabilité individuelle. En effet, dans le cas du Rwanda (qui mettra en place des procédures de justice pénale), on dira que le « génocide n'est pas un acte de fureur spontanée. [...] il a fallu derrière celui-ci toute la puissance, l'organisation [...] d'un appareil d'État »⁶. On craint alors que l'attribution de responsabilités individuelles au travers des procédures pénales ne dissimule le caractère fondamentalement collectif de ces atrocités⁷. Sensiblement à la même époque, la Commission Vérité et réconciliation en Afrique du Sud tente un modèle distinct qui souhaite faire lumière sur les atrocités et leurs auteurs, sans que cette quête de vérité soit limitée par les contraintes formelles de la procédure pénale. À l'époque,

¹ Della Morte nous renvoie à l'article 2 du traité d'Osnabrück du 24 octobre 1648 qui prévoit « [q]u'il y ait de part et d'autre un oubli et une amnistie perpétuelle de tout ce qui a été fait depuis le commencement de ces troubles en quelque lieu ou en quelque manière que les hostilités aient été exercées par l'une ou l'autre partie ». *Instrumentum Pacis Osnabrugense*, 24 octobre 1648, cité dans Gabriele Della Morte, « Les amnisties en droit international » dans Hélène Ruiz Fabri et al, dir, *La clémence saisie par le droit : Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, vol 14, Paris, Société de législation comparée, 2007, 39 à la p 40 [Della Morte].

² Mireille Delmas-Marty, « La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités) » dans Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, dir, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, 613 à la p 627.

³ Max Pensky, « Amnesty on Trial : Impunity, Accountability, and the Norms of International Law » (2008) 1:1/2 *Ethics & Global Politics* 1 à la p 6 [Pensky, « Amnesty on Trial »]; Max Pensky, « *Jus Post Bellum* and Amnesties » dans Larry May et Elizabeth Edenberg *Jus Post Bellum and Transitional Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 152 à la p 156.

⁴ Michael P Scharf, « From the eXile Files : An Essay on Trading Justice for Peace » (2006) 63:1 *Wash & Lee L Rev* 339 à la p 375 [Scharf, « From the eXile Files »]; Gallo Blandine Koudou, « Amnistie et impunité des crimes internationaux » (2004) 4 *Dr fondamentaux* 67 à la p 91.

⁵ Voir notamment Pensky, « Amnesty on Trial », *supra* note 3.

⁶ Murielle Paradelle, Hélène Dumont et Anne-Marie Boisvert, « Quelle justice pour quelle réconciliation? Le Tribunal pénal international pour le Rwanda et le jugement du génocide » (2005) 50:2 *RD McGill* 359 à la p 369.

⁷ *Ibid* à la p 371.

l'Organisation des Nations Unies (ONU) salue les travaux de cette commission qui amnistie pourtant plusieurs crimes internationaux⁸. De plus, bien que la loi habilitante de cette commission prévoit la possibilité de poursuivre les responsables qui ne s'avoueraient pas coupables de leurs gestes, peu d'enquêtes, et encore moins de procès, furent entreprises⁹. L'auteure Susan Marks fera d'ailleurs remarquer dans ce débat que si cette commission a réussi à imputer la responsabilité individuelle de certaines des atrocités commises lors de l'apartheid, elle n'a cependant pas su mettre au grand jour ceux qui en ont bénéficié, pas plus qu'elle n'a pu mener à bien un exercice de justice sociale permettant de réparer les conséquences sociales et structurelles des inégalités produites et maintenues par l'apartheid¹⁰.

À ce propos, il convient de préciser que l'on peut distinguer les amnisties en fonction de divers facteurs, selon qu'elles sont conditionnelles ou inconditionnelles, les responsabilités (criminelles ou civiles) qui sont visées, leurs bénéficiaires (les adversaires ou les agents de l'État), le processus d'adoption et de conception (par voie référendaire, par déclaration unilatérale, par négociation, etc.), les infractions visées, les mesures de protection des droits des victimes (perte complète des droits, fonds de réparation, etc.), les régimes de peines applicables (sans peine, travaux communautaires, peine maximale réduite, etc.), la période couverte, etc. Cela étant dit, l'objectif de ce texte n'est pas de s'attarder spécifiquement aux conséquences de chacun de ces facteurs sur la licéité des mesures d'amnistie adoptées par un État. Ainsi, la présente liste devrait être pensée comme un aperçu de la pluralité des formes que peuvent prendre les amnisties, laquelle devrait nécessairement être prise en compte lors de l'évaluation de la conformité juridique de mesures d'amnistie spécifiques.

Cela étant dit, il convient finalement de préciser que les études empiriques s'intéressant à la mise en œuvre de mesures d'amnistie semblent démontrer que celles-ci, surtout lorsque couplées à d'autres mesures sociales telles que l'aide au désarmement et à la réintégration professionnelle¹¹, favorisent la transition vers ce que certains appellent la paix¹².

Il convient de préciser que ce texte se veut un exercice doctrinal de mise en lumière du droit positif applicable à la question des amnisties. Il n'a pas pour vocation de prendre la défense des amnisties comme mesure de justice transitionnelle ou d'en attaquer la pertinence. Or, la présente sous-section nous apparaît néanmoins nécessaire puisque nous assistons depuis quelques décennies à la multiplication des commentaires

⁸ Yasmin Naqvi, « Amnesty for War Crimes : Defining the Limits of International Recognition » (2003) 85:851 *Intl Rev Red Cross* 583 à la p 621 [Naqvi].

⁹ Stef Vandeginste, « Bypassing the Prohibition of Amnesty for Human Rights Crimes under International Law : Lessons Learned from the Burundi Peace Process » (2011) 92:2 *Nethl QHR* 189 à la p 204 [Vandeginste].

¹⁰ Susan Marks, « Exploitation as an International Legal Concept » dans *International Law on the Left : Re-examining Marxist Legacies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 281 à la p 281.

¹¹ Louis Joinet, *Study on amnesty laws and their role in the safeguard and promotion of human rights*, Doc off ESC, 38^e sess, Doc NU E/CN.4/Sub.2/1985/16 (1985) 1 au para 84.

¹² *Ibid* aux pp 21-22; HCDH NU, *Les instruments de l'État de droit dans les sociétés sortant d'un conflit*, NU HR/PUB/09/1, New York, NU, 2009 à la p 36 [HCDH NU]; Transitional Justice Institute, « The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability » (2013) à la p 9, en ligne (pdf) : *University of Ulster* <peacemaker.un.org> [perma.cc/4CLB-B3UM].

et des réflexions de juristes qui souhaitent questionner ou défendre la légitimité morale et philosophique de ce type de mesure.

Nous admettons être ignorants quant à savoir lequel des impératifs de paix ou de justice doit, en absolu, primer sur l'autre, voire s'il est possible que l'un existe sans l'autre. Nous ne nous prononcerons donc pas dans le cadre d'un débat qui, réduit à sa plus simple expression, opposera l'axiome « il ne peut y avoir de paix durable sans justice » à l'axiome « la paix est la condition *sine qua non* de la justice ». À défaut de posséder une définition consensuelle, précise et partagée des concepts de « justice » et de « paix », nous nous contenterons donc de rappeler que l'histoire permet de constater qu'il a déjà existé, au moins momentanément, des paix injustes, ainsi que certaines conceptions de justice en temps de guerre. Au regard de ce qui précède, il faut donc comprendre que nous ne souhaitons pas inscrire ce texte au sein de cette discussion.

Cependant, il demeure que des questions de droit importantes sont soulevées par la mise en place de mesures d'amnistie et il nous semble qu'il convient de clarifier l'état du droit sur la question, d'autant plus que plusieurs finalités semblent s'opposer.

En effet, si le droit international humanitaire (DIH) priorise la diminution des souffrances liées aux conflits armés, et donc par extension, la fin de ceux-ci, le DPI accorde une grande importance à la lutte contre l'impunité et à la répression, alors que les juridictions de droits de la personne se préoccupent principalement des conséquences de ces amnisties sur les droits des victimes et de leur famille¹³.

L'amnistie comme outil de justice transitionnelle se retrouve à l'intersection d'intérêts divergents, souvent même en opposition les uns aux autres. Il semble donc d'autant plus important de déterminer la nature de ces limites au regard du droit positif et c'est à cet exercice que s'attèle le présent texte.

Dans la présente sous-section, nous entendons préciser certains des éléments afin de favoriser une meilleure compréhension de notre analyse. Ainsi, nous définirons d'abord le concept « d'amnistie », ensuite, nous discuterons du rapport particulier entre le DIH et la notion d'exceptionnalité, ainsi que les conséquences qui en découlent lorsqu'il est question d'amnistie.

Aux fins de ce texte, nous entendons comme une mesure d'amnistie toute action de l'État, qu'elle soit bureaucratique ou légale, officielle ou officieuse, qui viserait à ce que l'État n'intente pas de procédures judiciaires pénales ou criminelles à l'endroit d'un groupe d'individus quant à des crimes commis à l'intérieur de sa juridiction. Cette définition se veut volontairement large puisqu'il n'existe pas de définition faisant autorité en la matière qui nous permettrait de la circonscrire autrement.

Cette définition étant posée, il convient de revenir sur une particularité du DIH, soit qu'il s'agisse d'un droit qui répond bien plus de la *lex specialis* que de la *lex*

¹³ Scharf, « From the eXile Files », *supra* note 4 à la p 349; Peter Schey et Morgan Rose, « Impunity for Crimes Against Humanity and National Reconciliation : Haiti's Obligations under International Law » (1994) 51:2 *Guild Practitioner* 42 à la p 47 [Schey et Rose].

generalis. Or, son existence est paradoxale, puisqu'il s'agit d'un droit du non-droit. En effet, les règles du DIH ont pour objet de constituer un ensemble normatif qui ne devrait en aucun cas être transgressé, quel que soit le niveau de déliquescence d'une société ou d'une communauté. C'est donc par sa nature même qu'on ne peut invoquer la nécessité afin d'en justifier la transgression. Il en va de sa pertinence que son application ne puisse faire l'objet de dérogation, mais également qu'elle ne soit pas systématiquement confrontée à un régime juridique général.

À ce propos, il faut noter qu'à l'exception des règles spécifiques sur certaines méthodes de guerre, il est évident que les règles prohibitives du DIH s'appliquent tant en temps de paix qu'en temps de guerre. En effet, il serait absurde que l'attaque indiscriminée soit prohibée lors d'un conflit armé, mais qu'elle soit permise en temps de paix. Ainsi, le DIH est fondamentalement un droit de l'exception et il faut garder en tête cette exceptionnalité lorsque l'on tente d'en définir les limites.

À cet égard, la Cour internationale de justice (CIJ) indique bien l'extrême de cette exceptionnalité dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. En effet, la CIJ conclut à l'impossibilité de formuler une prohibition absolue du recours à l'arme nucléaire, puisqu'il est envisageable que l'utilisation de cette arme soit justifiée pour répondre à « une circonstance extrême [...] dans laquelle la survie même d'un État serait en cause »¹⁴. Ainsi, à moins d'une règle conventionnelle prohibitive spécifique, c'est à l'aune de ces circonstances extrêmes qu'il nous faut évaluer l'existence coutumière d'une prohibition absolue de l'exercice de certains pouvoirs de l'État dans le cadre du DIH, notamment celle de négocier et d'ordonner des mesures d'amnistie.

Or, contrairement aux autres règles du DIH, l'amnistie a la particularité d'être une mesure de transition du non-droit au droit. Le paradoxe de l'amnistie est donc qu'elle constitue une mesure d'exception dont la vocation est de rendre caduque l'exceptionnalité qui la rend d'abord possible. D'une part, il est à prévoir que la licéité d'une amnistie évolue en fonction du contexte particulier de l'État qui l'adopte et la maintient, mais, d'autre part, cette évolution doit également prendre en compte que son efficacité à faire cesser les conflits armés dépend de la confiance que les groupes en conflit peuvent placer en elle. Ainsi, il est nécessaire que la détermination de la licéité d'une amnistie réponde au contexte particulier de chaque État et de chaque situation, tant en ce qui concerne ses aspects contemporains que les aspects qui constituaient son contexte d'adoption. À défaut d'une telle analyse, il y aurait alors une incitation claire pour les groupes visés par ladite amnistie à entretenir les conditions d'instabilité et d'exceptionnalité ayant rendu licite l'adoption d'une amnistie en premier lieu, ce qui viendrait à priver l'amnistie de toute pertinence.

Ces considérations ayant été posées, nous nous pencherons dans la prochaine section sur la reconnaissance du pouvoir d'amnistie des États par le droit international.

¹⁴ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] CIJ Rec 226 à la p 266.

I. La reconnaissance juridique du pouvoir d'amnistie des États

La présente section s'intéresse aux diverses règles du droit international qui reconnaissent le pouvoir d'amnistie. L'objectif est donc de préciser si ces reconnaissances contiennent une prohibition de l'amnistie des crimes internationaux qui leur soit inhérente.

À cet effet, nos recherches nous ont permis de mettre en lumière deux reconnaissances positives du pouvoir d'amnistie des États : le *PA II* (A) et le DIH coutumier (B), ainsi qu'une reconnaissance indirecte de celui-ci dans les travaux ayant mené à l'adoption de la *CPDF* (C).

Cependant, avant d'aller de l'avant sur l'étude de ces sources, il convient de rappeler les conclusions de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans l'*Affaire du Lotus*. Dans cet arrêt de principe, la CPJI précisait que les limitations de l'indépendance des États (et donc de l'utilisation de leurs pouvoirs) ne se présument pas, de telles limitations devant être claires et volontaires¹⁵. C'est donc qu'à défaut d'une règle de droit international prohibitive, chaque État reste libre d'adopter la conduite qui lui convient¹⁶ tant que cette conduite est conforme aux autres obligations internationales contractées par l'État.

A. La reconnaissance conventionnelle

Le droit conventionnel est peu loquace en ce qui a trait aux amnisties. S'il faut noter une référence à celles-ci dans le *PA II*, il n'existe cependant aucune autre convention multilatérale qui traite directement et explicitement de cette pratique. L'article pertinent du *PA II* se lit ainsi :

À la cessation des hostilités, les autorités au pouvoir s'efforceront d'accorder la plus large amnistie possible aux personnes qui auront pris part au conflit armé ou qui auront été privées de liberté pour des motifs en relation avec le conflit armé, qu'elles soient internées ou détenues¹⁷.

Il s'agit donc d'une obligation de moyens qui est imposée aux États, ceux-ci devant étudier la faisabilité d'un tel projet d'amnistie et faire des efforts en ce sens. Il n'existe pas d'obligation pour les autorités au pouvoir d'accorder une amnistie, mais il existe une obligation de tenter de le faire.

Certains juristes ont avancé que la bonne foi avec laquelle il faut interpréter toute convention (et donc le *PA II*)¹⁸ implique que les crimes de guerre et les violations graves des droits de la personne ne peuvent faire l'objet d'une amnistie en application

¹⁵ *Affaire du « Lotus » (France c Turquie)* (1927), CPJI (sér A) n°10 à la p 18.

¹⁶ *Ibid* à la p 19.

¹⁷ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*, 8 juin 1977, 1125 RTNU 649, art 6.5 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) [*PA II*].

¹⁸ *Convention de Vienne sur le droit des traités (avec annexe)*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 353 art 31.1 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

de cet article¹⁹. À cela, d'autres rétorquent que ce silence conventionnel est volontaire afin d'accorder aux États le plus de souplesse possible dans la mise en œuvre des mesures visant à atteindre les objectifs de cet article²⁰, soit « d'encourager un geste de réconciliation qui contribue à rétablir le cours normal de la vie »²¹. Il nous semble que l'analyse téléologique est ici la plus appropriée étant donné la souplesse de la formulation de l'article qui n'impose que peu de critères à la mise en œuvre de la norme. S'il serait contraire aux principes de l'interprétation de bonne foi que de conclure que le *PA II* encourage l'adoption d'amnisties de crimes internationaux, il ne nous semble cependant pas que la bonne foi impose une lecture de cet article qui y adjoigne une prohibition implicite de telles amnisties.

Au soutien de l'argument de l'interprétation de bonne foi, certains et certaines ont avancé que le silence du *PA II* s'explique par l'incapacité de ceux et celles qui l'auraient rédigé d'appliquer le concept de « crime de guerre » dans le cadre d'un conflit armé non international (CANI). Cet argument se fonde sur l'absence d'une reconnaissance juridique d'une telle application jusqu'au début des années 1990. En effet, ce n'est qu'avec l'arrêt *Tadic* en 1995 que sera confirmée la possibilité d'appliquer la notion de « crime de guerre » dans le cadre d'un CANI²².

Or, comme l'a souligné le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans cette affaire, il existait à l'époque de nombreuses mentions de la notion de « crime de guerre » lors de CANI, et ce, dès les années 1950. Certaines mentions de cette notion sont d'ailleurs présentes dans le cadre des travaux ayant mené à l'adoption du protocole²³. Conséquemment, il nous semble évident que les États, ou du moins une

¹⁹ Naqvi, *supra* note 8 à la p 604; Juan Carlos Portilla, « Amnesty : Evolving 21st Century Constraints Under International Law » (2014) 38:1 *The Fletcher Forum of World Affairs* 169 à la p 178. Il s'agit également de l'analyse mise de l'avant par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme. HCDH NU, *supra* note 12 à la p 15.

²⁰ Della Morte, *supra* note 1 aux pp 44-45; Louis Joinet, « L'amnistie : Le droit à la mémoire entre pardon et oubli » (1989) 49 *Communications* 213 à la p 218; Vandeginste, *supra* note 9 à la p 191; Pensky, « Amnesty on Trial », *supra* note 3 aux pp 24-25.

²¹ Claude Pilloud et al, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1987 au para 4618.

²² *Le Procureur c Dusko Tadic*, IT-94-1, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence (2 octobre 1995) aux para 139-141 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel) [*Tadic*].

²³ En effet, lorsque le TPIY se penchera sur l'existence ou non de la notion de crime de guerre lors de CANI, il soulignera que dès les années 1950, certains États, dont le Nigéria, les États-Unis et la Grande-Bretagne prévoient au sein de leurs manuels militaires des provisions qui étendent l'application des crimes de guerre aux CANI. *Tadic*, *supra* note 22 au para 131. De plus, lors du conflit au Vietnam, que les États-Unis considéraient comme un CANI puisqu'ils agissaient en soutien au gouvernement de Hanoi, le Pentagone a mis en place le *Vietnam War Crimes Working Group*, ce qui nous confirme qu'au moment de l'élaboration du *PA II*, les États-Unis percevaient minimalement la possibilité d'appliquer le concept de « crime de guerre » à un CANI. Nick Davies, « Vietnam 40 years on : how a communist victory gave way to capitalist corruption » *The Guardian* (22 avril 2015), en ligne : <theguardian.com> [perma.cc/8SJU-835R]. Nous ajoutons également qu'en 1976 et 1977, dans l'Espagne postfranquiste, il fut discuté de la nécessité de prévoir une amnistie qui couvrirait la période de la guerre d'Espagne et la dictature qui suivit. Lors de ces débats, il fut question des « crimes de guerre » commis par les différentes parties lors de cette guerre civile. Voir Thierry Maurice, « La politique mémorielle en Espagne : de la loi d'amnistie à la loi d'extension des droits des personnes affectées par la guerre civile et la dictature (1977-2006) » (2006) 12 *Carnets de bord* 6 à la p 9. Finalement, il nous semble nécessaire de rappeler

part non négligeable de ceux-ci, étaient conscients de la possibilité de discuter de la notion de « crime de guerre » en cas de CANI et que c'est donc délibérément qu'ils n'ont pas prévu une obligation d'exclure ces crimes dans l'élaboration de cet article. Cela étant dit, l'absence d'une telle exclusion ne constitue pas une admission de la légitimité de ce type d'amnistie. Il semble plutôt que cette ambivalence était volontaire et qu'il faut donc garder à l'esprit cette volonté d'ambivalence en évaluant la portée de cet article.

En l'absence d'une prohibition explicite ou implicite, il faut ainsi conclure que le *PA II* ne contient pas une prohibition absolue de l'amnistie des crimes internationaux, et donc des crimes de guerre.

B. La reconnaissance coutumière

La coutume reconnaît également que l'octroi de certaines amnisties à la fin d'un conflit armé, d'une dictature ou de troubles internes est souhaitable²⁴. Il n'existe cependant pas de consensus sur les restrictions qui s'imposent à ce type de pratique.

En effet, dans son étude sur le DIH coutumier, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) précise que cette règle s'applique spécifiquement « dans les conflits armés non internationaux »²⁵ et ajoute que l'amnistie s'applique « à l'exception des personnes soupçonnées ou accusées de crimes de guerre ou condamnées pour crimes de guerre »²⁶. Cependant, plusieurs critiques ont reproché au CICR d'accorder trop de poids aux différentes décisions de juridictions internationales, aux résolutions d'organisations internationales et aux manuels militaires, sans pour autant prendre en compte la pratique réelle des États²⁷. En effet, lorsque l'on s'attarde à la recension des pratiques évoquées par le CICR au soutien de sa conclusion, force est de constater que moins de la moitié des accords et lois d'amnistie recensés contiennent des exclusions

que lors des discussions entourant l'élaboration de cet article, l'URSS a déclaré en 1976 qu'elle « était convaincue que le texte élaboré par le [Comité] ne pourrait pas être interprété afin de permettre aux criminels de guerre, ou à ceux coupables de crime contre la paix et l'humanité, d'échapper à des sanctions sévères en quelques circonstances que ce soit » [notre traduction]. Comité international de la Croix-Rouge, « Practice Relating to Rule 159. Amnesty » (dernière consultation le 31 octobre 2016), en ligne : *International Humanitarian Law Database* <ihl-databases.icrc.org> [perma.cc/DZJ9-P9FR] [CICR].

²⁴ Notamment, le secrétaire général de l'ONU a déjà reconnu que « l'amnistie est une notion juridique acceptée et représente un geste de paix et de réconciliation ». Voir *Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, Doc off CS NU, Doc NU S/2000/915 (2000) 1 au para 22. Également, la pratique des États recensés par le CICR permet d'établir que cette pratique est largement généralisée. Voir CICR, *supra* note 23; Louise Mallinder, « The End of Amnesty or Regional Overreach? Interpreting the Erosion of South America's Amnesty Laws » (2016) 65:3 ICLQ 645 aux pp 647-49 [Mallinder].

²⁵ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier*, traduit par Dominique Léveillé, vol 1 : Règles, Bruxelles, Bruylant, 2006 à la p 811 [Henckaerts et Doswald-Beck].

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Claude Emanuelli, *International Humanitarian Law*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2009 aux pp 86-93; Elizabeth Wilmshurst, « Conclusions » dans Elizabeth Wilmshurst et Susan Breau, dir, *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 401 aux pp 401-404; Éric David, *Principes de droit des conflits armés*, 5^e éd, Bruxelles, Bruylant, 2012 aux pp 67-68 [David].

de certains types de crimes²⁸. C'est donc dire que la majorité des accords et des lois recensés autorisent l'amnistie de crimes internationaux.

De plus, il demeure qu'encore aujourd'hui, malgré une certaine tendance à la hausse des accords de paix qui excluent certains crimes internationaux des mesures d'amnistie, seulement le tiers des accords élaborés depuis le début du XXI^e siècle prévoit ce type d'exception²⁹. Finalement, si le CICR indique spécifiquement l'exclusion des « crimes de guerre » de mesures d'amnistie, la pratique qu'il recense démontre pour sa part une pluralité de crimes exclus de telles mesures qui ne peuvent être subsumés en la notion de « crimes de guerre »³⁰.

Ainsi, il existe des motifs de douter de l'existence d'une obligation coutumière d'exclure les crimes internationaux d'éventuelles mesures d'amnistie.

À ce propos, rappelons qu'une norme coutumière est constituée « d'une pratique générale acceptée comme étant le droit »³¹. Bien qu'il ne soit pas nécessaire qu'une pratique soit uniforme pour qu'elle soit générale, nous sommes d'avis que la généralité d'une pratique demande minimalement que la majorité des États la respecte, ce qui ne semble pas être le cas en espèce.

À cela s'ajoute que la CIJ précisait dans l'*Affaire du plateau continental de la Mer du Nord* que l'*opinio juris* nécessaire à l'existence d'une règle coutumière en droit international demande que soit démontrée l'existence d'une « conviction que [l'obligation invoquée] est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit »³². En espèce, peu d'éléments soutiennent la thèse selon laquelle les États perçoivent l'interdiction d'une amnistie pour crime de guerre comme une obligation juridique.

En effet, les juridictions suprêmes de l'Espagne, du Brésil, de l'Ouganda et de l'Afrique du Sud ont toutes déterminé que la réconciliation et le retour à la démocratie pouvaient justifier le maintien des lois d'amnistie couvrant des crimes internationaux.

Il convient de noter que la littérature sur la question suggère qu'il existerait une telle prohibition coutumière au niveau régional en Amérique du Sud³³. En effet, on constate une certaine tendance par des États d'Amérique du Sud (Argentine, Pérou, El Salvador, Uruguay et Bolivie) à invalider les amnisties pour crimes internationaux qu'ils avaient adoptées précédemment.

Il faut cependant noter que ces invalidations ont systématiquement été précédées par des décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH)

²⁸ CICR, *supra* note 23; Charles Garraway, « War Crimes » dans Wilmshurst et Breau, *supra* note 27 à la p 394, n 70 [Garraway]; Mark Kersten, « Meeting International Standards : Amnesty in the Colombian Peace Deal » (14 octobre 2016), en ligne : [Justice In Conflict <justiceinconflict.org>](http://justiceinconflict.org) [perma.cc/B6F9-CLH2] [Kersten].

²⁹ Kersten, *supra* note 28.

³⁰ Garraway, *supra* note 28 à la p 394.

³¹ *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, 1 RTNU 3 art 38.1b, (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

³² *Affaires du plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c Danemark; République fédérale d'Allemagne c Pays-Bas)*, [1969] CIJ Rec 4 au para 77.

³³ Mallinder, *supra* note 24 aux pp 654-57.

déclarant invalides ces mesures (ou des mesures analogues) et que les demandes ayant mené à ces décisions furent, pour la majorité, contestées par les États concernés³⁴. En l'espèce, il semble donc prématuré de conclure que le retrait de ces mesures d'amnistie démontre que l'exception d'amnistie pour les crimes internationaux est « acceptée comme étant le droit » par les États concernés, et non pas plutôt l'*opinio juris* selon laquelle il convient de respecter et de mettre en œuvre les décisions judiciaires³⁵.

C. La reconnaissance implicite

Finalement, il semble possible de déduire une reconnaissance implicite du pouvoir d'amnistie des États pour des crimes internationaux dans le texte de la *CPDF*. En effet, une étude attentive des différences entre celle-ci et la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (DPDF)* adoptée précédemment par l'Assemblée générale de l'ONU nous permet de révéler une absence notable.

En effet, la *DPDF* prévoit à son article 18 que :

1. Les auteurs et les auteurs présumés d'actes visés au paragraphe 1 de l'article 4 ci-dessus ne peuvent tirer profit d'aucune loi d'amnistie spéciale ni d'autres mesures analogues qui auraient pour effet de les exonérer de toute poursuite ou sanction pénale.
2. Dans l'exercice du droit de grâce, l'extrême gravité des actes conduisant à des disparitions forcées doit être prise en considération³⁶.

Or, lors de l'adoption de la *CPDF*, qui constitue l'instrument juridique par lequel les États ont souhaité se lier juridiquement, les États ont retiré cette prohibition des mesures d'amnistie et lui ont plutôt substitué la notion que le crime de disparition forcée doit être traité par les « autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale » et que « [c]es autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu du droit de cet État partie »³⁷. Or, bien qu'il ne soit pas commun d'amnistier les infractions graves de droit commun, il est généralement admis que la souveraineté de l'État l'autorise à adopter des mesures d'amnistie dans de tels cas.

Ici, contrairement au *PA II*, il n'existe pas d'ambivalence quant à la possibilité pour les États d'envisager la pertinence d'une prohibition des amnisties des crimes visés, une telle prohibition étant absente de la *CPDF*. Comme nous le rappelions plus tôt, les limitations au pouvoir des États ne peuvent être présumées; elles doivent être manifestes et claires, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il faut donc conclure que des amnisties pourraient être accordées pour les auteurs des crimes internationaux prohibés

³⁴ *Ibid.*

³⁵ C'est-à-dire que reconnaître qu'il faut se conformer à un ordre de la cour n'équivaut pas nécessairement à reconnaître que l'ordre est fondé en droit.

³⁶ *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, Rés AG 47/133, Doc off AG NU, 47e sess, supp n°49, Doc NU A/47/49 (1993), art 18.

³⁷ *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, 20 décembre 2006, 2716 RTNU 3 art 11 (entrée en vigueur : 23 décembre 2010).

par la *CPDF*. Bien entendu, cette reconnaissance implicite du pouvoir d'amnistie des États pour les crimes de disparitions forcées ne constitue pas une reconnaissance analogue pour d'autres crimes internationaux, mais elle démontre néanmoins que les États sont réfractaires à l'idée de se voir retirer leur capacité à amnistier les crimes internationaux, ce qui mine d'autant plus la prétention selon laquelle les États perçoivent une telle prohibition comme émanant d'une règle de droit, et qui affaiblit la prétention selon laquelle une telle prohibition serait de nature coutumière.

Au regard de la présente section, il semble donc adéquat de conclure qu'il n'existe pas, au sein des règles reconnaissant l'existence d'un pouvoir d'amnistie, une prohibition des amnisties visant des crimes internationaux qui leur soit inhérente. Cela étant dit, l'absence d'une telle prohibition ne signifie pas que les États n'ont pas à prendre en compte d'autres obligations internationales coutumières et conventionnelles qui pourraient influencer de manière incidente des telles amnisties. Ce sont ces aspects qui seront discutés dans la section suivante.

II. Les contraintes à l'amnistie émanant des obligations internationales des États

Dans cette section, nous explorerons les différentes conventions internationales (ainsi que leurs interprétations par les organes et juridictions internationaux compétents) qui, sans porter directement sur les mesures d'amnistie, constituent le cadre juridique au sein duquel ces mesures doivent être pensées. Dans un premier temps, nous discuterons des limites aux effets de l'amnistie, tant en droit pénal interne qu'international (A). Nous poursuivrons en nous intéressant aux effets des articles de conventions internationales qui prévoient l'existence d'une obligation de poursuivre ou d'extrader (soit les clauses *aut dedere aut judicare*) (B). Finalement, nous nous pencherons sur les obligations relatives aux droits de la personne qui doivent être prises en compte dans l'élaboration de mesures d'amnistie (C).

A. Les effets de l'amnistie en droit pénal

La jurisprudence est claire quant au fait qu'une amnistie portant sur des crimes internationaux ne peut être opposée qu'aux juridictions pénales des États qui les adoptent³⁸.

En effet, puisque la décision d'amnistier est un refus de l'exercice de la souveraineté de l'État, une telle décision ne saurait produire d'effet juridique par-delà les limites de la souveraineté de l'État concerné.

³⁸ *Ould Dah c France* (déc), n° 13113/03, [2009] I CEDH 415 à la p 437; *Prosecutor v Kallon and Kamara*, SCSL-2004-15-AR72 (E) et SCSL-2004-16-AR72(E), Décision relative à l'exception d'incompétence de la Cour (13 mars 2004) au para 67 (Tribunal spécial pour la Sierra Leone, Chambre d'appel); *Prosecutor v Anto Furundžija*, IT-95-17/1-T, Jugement (10 décembre 1998) au para 155 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance) [*Furundžija*].

De plus, si ces amnisties portent sur des crimes internationaux imprescriptibles, tels que les crimes de guerre commis lors de conflits armés internationaux³⁹, ou encore sur des crimes contre l'humanité, d'apartheid et de génocide⁴⁰, celles-ci ne sauraient faire obstacle à des poursuites pénales engagées à la suite du retrait de mesures d'amnistie précédemment octroyées, et ce même par l'État ayant octroyé une amnistie en premier lieu. En effet, la jurisprudence reconnaît que les accusés, dans ce contexte, ne peuvent se prévaloir du principe de *non bis in idem* afin de faire obstacle à la reprise des procédures, puisqu'aucune enquête ni sanction n'avait été imposée en premier lieu⁴¹.

Aussi, comme le confirment les décisions du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens (ECCC), du TPIY et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), bien que ces mesures puissent être légales et valides dans l'ordre juridique qui les adopte, de telles amnisties peuvent être révoquées à tout moment par l'État qui les a prononcées.

Cependant, il convient de préciser que ces décisions ne portent que sur des situations où l'amnistie était inconditionnelle, totale et sans mesure de réparation pour les victimes. Il y a lieu de croire que, dans le contexte d'une amnistie conditionnelle à la reconnaissance de responsabilité et accompagnée de mesures de réparation, le principe de *non bis in idem* pourrait s'appliquer. En effet, dans ce contexte, il y a lieu de considérer que l'admission de culpabilité ainsi que la participation aux mesures de réparation constituent *de facto* un processus de sanction pénale. Il deviendrait ainsi presque impossible de protéger le droit de l'accusé à ne pas témoigner contre lui-même lorsque ce témoignage est effectué dans un cadre qui visait justement à éviter la sanction pénale. Dans une telle situation, il semblerait presque impossible d'assurer la présomption d'innocence d'une personne qui s'est déjà avouée coupable dans un cadre de justice transitionnelle.

L'objet de ce texte n'étant pas d'explorer spécifiquement les conséquences des différentes formes d'amnisties sur la licéité de celles-ci, nous ne nous aventurons pas dans un commentaire élaboré. Cela étant dit, il convient de noter que la présence de sanctions alternatives et de conditions préalables à l'obtention d'une amnistie devrait nécessairement être prise en considération lors de l'analyse juridique entourant une mesure d'amnistie spécifique, notamment dans le contexte où une juridiction complémentaire telle la CPI souhaiterait se saisir de situations couvertes par une mesure d'amnistie. En ce qui concerne la CPI, le Statut de Rome ne dispose pas d'une procédure claire permettant de définir les interactions entre celle-ci et d'éventuelles mesures d'amnistie qui pourraient porter sur des crimes sur lesquels elle pourrait exercer sa compétence. Loin d'être involontaire, il semblerait que ce silence soit le

³⁹ *Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité*, 26 novembre 1968, 754 RTNU 73 art 1(a) (entrée en vigueur : 11 novembre 1970).

⁴⁰ *Ibid.*, art 1b.

⁴¹ *Marguš c Croatie* [GC], n° 4455/10, [2014] III CEDH 87 aux para 140-41; *Furundžija*, *supra* note 38 au para 156; *Co-Prosecutors v Ieng Sary*, n° 002/19-09-2007/ECCCfC, Décision sur la compétence (3 novembre 2011) aux para 53-54 (Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, Chambre de première instance) [*Ieng Sary*].

résultat d'une volonté des États de ne pas disposer de la question⁴². Formellement donc, les amnisties ne sont pas opposables à la CPI et elles ne sauraient nuire à l'exercice de sa compétence.

Cependant, différents commentateurs ont recensé quatre voies par lesquelles les mesures d'amnistie pourraient avoir des répercussions sur les activités de la CPI⁴³.

D'abord, la cour pourrait déclarer un cas irrecevable s'il a

fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce et que cet État a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien des poursuites⁴⁴.

D'autre part, le Conseil de sécurité de l'ONU pourrait demander au procureur de la CPI de s'abstenir de toute poursuite ou enquête pour une période donnée⁴⁵.

Le procureur pourrait également s'abstenir d'user de sa capacité d'initiative lorsque des mesures d'amnisties sont en cours⁴⁶.

Finalement, après enquête, le procureur pourrait s'abstenir de poursuite s'il considère qu'une telle poursuite ne servirait pas les intérêts de la justice⁴⁷.

Les dispositions susmentionnées confèrent une latitude d'action au procureur et à la CPI. Le procureur peut donc entamer des procédures à l'encontre de personnes ayant bénéficié d'amnisties, mais ces procédures peuvent être irrecevables si les circonstances ou une certaine volonté politique (exprimée par le Conseil de sécurité) le justifient.

La souplesse d'action que possède la CPI face aux amnisties ainsi que le critère de gravité suffisante afin de justifier sa compétence⁴⁸ permettent d'imaginer l'élaboration de nouvelles formes théoriques de l'amnistie des crimes internationaux qui soient *de jure* générales, mais *de facto* mixtes. En effet, Milena Sterio propose ce type de mesures d'amnistie pour les États qui, suite à un CANI, n'ont pas la capacité d'assurer la répression des crimes internationaux. L'amnistie adoptée serait générale, et porterait sur des crimes internationaux, mais les principaux responsables de ces crimes demeureraient susceptibles de faire l'objet de poursuites par la CPI⁴⁹.

⁴² Naqvi, *supra* note 8 à la p 590.

⁴³ Nous sommes d'avis que certaines de ces voies sont hautement improbables, mais il nous semble toutefois pertinent de souligner l'existence de ces analyses. Michael P Scharf, « The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court » (1999) 32:3 Cornell Intl LJ 509 à la p 509 [Scharf, « The Amnesty Exception »].

⁴⁴ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3 art 17.1b (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002).

⁴⁵ *Ibid*, art 16.

⁴⁶ *Ibid*, art 15.

⁴⁷ *Ibid*, art 53.2c. C'est entre autres l'approche que défend la professeure Sadat dans le cas d'amnisties conditionnelles appuyées par un processus démocratique tel qu'en Afrique du Sud. Leila Nadya Sadat, « Exile, Amnesty and International Law » (2006) 81:3 Notre Dame L Rev 955 aux pp 1028, 1034.

⁴⁸ *Ibid*, art 17.1d.

⁴⁹ Voir Milena Sterio, « Rethinking Amnesty » (2006) 34:3 Denv J Intl L & Pol'y 373 [Sterio].

Ce type de solution est également cohérent avec les conclusions de la CIJ, qui précisait en 2002 que

[l'immunité] de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts. [...] L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites *pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions*; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale⁵⁰ [nos italiques].

Car c'est bien là ce que constitue une amnistie, une immunité (partielle ou totale) de juridiction pénale accordée par un État.

B. Les obligations de l'État quant au droit international pénal

L'amnistie de crimes internationaux pour lesquels il existerait une obligation d'extrader ou de punir les auteurs de ces crimes va, en règle générale, à l'encontre des obligations des États ayant ratifié ces conventions. En effet, le droit conventionnel prévoit plusieurs clauses qui imposent aux États de poursuivre ou d'extrader les responsables des infractions que ces conventions définissent⁵¹. Il existe cependant un débat à savoir s'il existe une telle obligation dans les cas de crimes de guerre commis lors d'un CANI ou de crimes contre l'humanité en vertu de l'article 3 commun aux *Conventions de Genève*⁵².

⁵⁰ *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique)*, [2002] CIJ Rec 3 au para 60.

⁵¹ *Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907, 54 RTSN 437, art 56 (entrée en vigueur : 26 janvier 1910); *Deuxième protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, 26 mars 1999, 2253 RTNU 172, arts 17-18 (entrée en vigueur : 9 mars 2004); *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, 12 août 1949, 75 RTNU 31, arts 49-50 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [CG I]; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, 12 août 1949, 75 RTNU 85, arts 50-51 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [CG II]; *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, 12 août 1949, 75 RTNU 135, arts 129-30 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [CG III]; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, 75 RTNU 287, arts 146-47 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [CG IV]; *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, 8 juin 1977, 1125 RTNU 3, art 85 (entrée en vigueur : 7 décembre 1978); *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 RTNU 277, art 5 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951); *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85, arts 4-5 (entrée en vigueur : 26 juin 1987); *Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé*, 9 décembre 1994, 2051 RTNU 363, arts 9, 13 (entrée en vigueur : 15 janvier 1999); *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*, 14 décembre 1973, 1035 RTNU 167, arts 3-4 (entrée en vigueur : 20 février 1977); *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*, 15 décembre 1997, 2149 RTNU 256, art 8 (entrée en vigueur : 23 mai 2001).

⁵² Pour David, l'obligation de poursuivre les crimes de guerre prévus par les Conventions de Genève est dorénavant d'ordre coutumier, et elle ne nécessite donc pas de distinguer les crimes de guerre commis dans le cadre d'un CAI ou d'un CANI, bien que le régime prohibitif des CAI soit plus large, notamment en ce qui aurait trait à la possibilité que des violations des principes de précaution, de distinction et de proportionnalité entraînent la responsabilité pénale. David, *supra* note 27 à la p 651.

Le professeur David fait valoir qu'il découle de l'article 1 des *Conventions de Genève*, lequel prévoit que les États « s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances »⁵³, une obligation de poursuivre et de punir les individus responsables de violations de l'article 3 (qui prévoit certaines protections lors de CANI)⁵⁴. Sur ce point, il nous semble que l'argument présente deux failles principales. D'une part, l'article 2 commun de ces conventions prévoit explicitement qu'elles s'appliquent aux conflits armés internationaux (CAI), et sont donc nécessairement exclus les CANI mentionnés à l'article 3. D'autre part, cette interprétation nous semble reposer trop lourdement sur une présomption que c'est par la sanction et la répression que se développe le respect pour un ensemble normatif. Bien que nombreux sont ceux qui affirment que l'impunité encourage les violations⁵⁵, cette hypothèse ne semble pas avoir été confirmée empiriquement. Comme nous le verrons dans la section sur les droits de la personne, la littérature scientifique ne semble pas appuyer l'hypothèse selon laquelle la sévérité de la sanction d'une transgression soit en corrélation avec la propension à transgresser.

D'autres suggèrent qu'en l'absence d'obligations conventionnelles de poursuivre ou d'extrader les auteurs de crimes internationaux, il existerait une obligation coutumière de poursuivre ou d'extrader. Du moins, c'est ce que propose l'étude du CICR⁵⁶, ainsi que l'article 9 du *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* préparé par la Commission du droit international⁵⁷.

Il convient ici de rappeler nos propos de la section précédente à l'égard de l'inconsistance de la pratique des États quant à l'amnistie de crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Si cette pratique ne nous permet pas de conclure qu'il existe une prohibition absolue de l'amnistie des crimes internationaux, nécessairement, l'obligation coutumière de punir ou d'extrader les personnes responsables de certains crimes ne saurait être une obligation coutumière absolue qui aurait atteint le statut de règle impérative.

À ce propos, la CIJ effectue une distinction importante en ce qui a trait au caractère coutumier des obligations de poursuivre ou d'extrader les auteurs de crimes internationaux. En effet, la cour note que

l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et [qu'elle] a acquis le caractère de norme impérative. [...] Toutefois, l'obligation de

Le HCDH suit un raisonnement similaire bien qu'il précise qu'en cas de CANI, l'amnistie serait « d'une validité douteuse » plutôt que clairement illégale. Voir HCDH NU, *supra* note 12 aux pp 14-15.

Scharf défend pour sa part qu'une telle interprétation des Conventions de Genève néglige que celles-ci distinguent déjà les notions de CANI et de CAI par leurs articles 2 et 3. Il serait donc inadéquat de faire fi de cette distinction. Scharf, « The Amnesty Exception », *supra* note 43 à la p 519.

⁵³ *CG I*, *supra* note 51, art 1; *CG II*, *supra* note 51, art 1; *CG III*, *supra* note 51, art 1; *CG IV*, *supra* note 51, art 1.

⁵⁴ David, *supra* note 27 aux pp 935-38; Naqvi, *supra* note 8 à la p 606.

⁵⁵ Scharf, « From the eXile Files », *supra* note 4 à la p 349; HCDH NU, *supra* note 12 à la p 45; Schey et Rose, *supra* note 13 à la p 47.

⁵⁶ Henckaerts et Doswald-Beck, *supra* note 25 aux pp 806-09.

⁵⁷ Commission du droit international, « *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* » dans *Annuaire de la Commission du droit international 1996*, vol 2, partie 2, New York, NU, 1996 à la p 32 (Doc NU A/CN.4/SER.A/1996/Add:1).

poursuivre les auteurs présumés d'actes de torture [...] ne s'applique qu'aux faits survenus après [l'entrée en vigueur de la convention] pour l'État concerné⁵⁸.

Ainsi, contrairement à la prohibition de la torture qui appartient au *jus cogens*, l'obligation de poursuivre ou d'extrader qui l'accompagne est une norme conventionnelle qui, non seulement n'est pas coutumière, mais qui n'a pas le même caractère impératif non plus⁵⁹.

Ainsi, là où l'obligation de poursuivre et d'extrader existe, il reste à déterminer comment elle doit être appliquée dans le contexte d'une amnistie. En effet, dans son arrêt *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* de 2012, la CIJ indique qu'en fonction du droit international coutumier, les décisions d'incompétence rendues par les juridictions de droit interne ne sauraient justifier le fait que l'État ne respecte pas ses obligations conventionnelles de poursuivre ou d'extrader⁶⁰. Un État qui amnistie des crimes internationaux est donc à risque de contrevenir à ses obligations internationales, à moins qu'un motif de dérogation à ses obligations conventionnelles ne puisse être invoqué.

Il convient ici de souligner que la nature précise des sanctions qui satisfont l'obligation de punir demeure inconnue à ce jour. Notons toutefois qu'un bon nombre d'auteurs et d'auteures ont suggéré que l'obligation de juger ou d'extrader pourrait être satisfaite par l'imposition de sanctions qui n'entraînent pas nécessairement la privation de liberté⁶¹.

Cela étant dit, il semble possible que des CANI puissent entraîner des situations qui permettent la dérogation aux clauses *aut dedere aut judicare*, soit l'état de nécessité⁶² et l'impossibilité d'exécution⁶³.

Rappelons que l'impossibilité d'exécution se produit lorsqu'un objet indispensable à l'exécution du traité disparaît ou est détruit. Dans le cas d'un CANI, l'absence d'un contrôle territorial effectif unifié et l'incapacité par les autorités au pouvoir d'assurer le monopole de la violence constituent des circonstances qui pourraient rendre impossible l'exécution de l'obligation de poursuivre ou d'extrader. Dans un contexte d'instabilité particulièrement marqué, un État pourrait légitimement aller à l'encontre de ses obligations conventionnelles de poursuivre ou d'extrader puisqu'il serait dans l'incapacité de les mettre en œuvre.

⁵⁸ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c Sénégal)*, [2012] CIJ Rec 422 aux para 99-100 [*Obligation de poursuivre ou d'extrader*].

⁵⁹ D'ailleurs le TPIY prend soin de préciser que si la prohibition de la torture relève du *jus cogens*, sa mise en œuvre procédurale relève pour sa part d'une obligation *erga omnes* distincte et qui ne revêt pas le même caractère impératif. *Furundžija*, *supra* note 38 au para 151.

⁶⁰ *Obligation de poursuivre ou d'extrader*, *supra* note 58 au para 113.

⁶¹ Michel Deyra, *Droit international humanitaire*, Paris, Gualino, 1998 aux p 133-34; Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 à la p 204 [Zegveld]; Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 à la p 67, n 145.

⁶² *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c Slovaquie)*, [1997] CIJ Rec 7 au para 101.

⁶³ *Ibid* au para 94.

De plus, l'État de nécessité serait également capable d'autoriser une dérogation aux différentes clauses *aut dedere aut judicare*. En effet, même si un État avait la possibilité d'exécuter son obligation de poursuite ou d'extrader, il demeure que dans un contexte où le retour à l'État de droit, à la démocratie et à la paix nécessite d'amnistier des crimes internationaux, l'État serait dans son droit d'agir ainsi et de déroger à ce type de clause.

Il faut cependant rappeler que tant la nécessité que l'impossibilité d'exécution ne peuvent être invoquées que pour la durée où la situation qui les a entraînées perdure⁶⁴. À ce propos, de nombreux juristes s'intéressant à la justice transitionnelle ont proposé la mise en place d'amnisties temporaires, qui offriraient la protection contre les poursuites pour un certain moment, mais qui seraient retirées subséquemment⁶⁵. Au regard de l'aspect paradoxal de l'amnistie dont nous avons parlé en introduction, nous croyons que ce type d'amnistie pourrait avoir des conséquences regrettables.

Finalement, il convient de revenir au rapport final sur les clauses *aut dedere aut judicare* de la Commission du droit international qui précise que « les autorités compétentes gardent la maîtrise du déclenchement des poursuites, dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave en vertu du droit de l'État concerné »⁶⁶. Si c'est effectivement ainsi que doivent être interprétées ces clauses, il convient alors de rappeler qu'il n'existe pas de prohibition à ce que les infractions graves de droit commun soient amnistiées par des États. Cependant, à moins d'une situation permettant d'invoquer la nécessité ou l'impossibilité d'exécution, l'amnistie de crimes internationaux en application d'une telle interprétation des obligations de poursuivre ou d'extrader serait contraire aux obligations d'interpréter de bonne foi les conventions internationales.

C. Les droits de la personne et l'amnistie

En ce qui concerne la relation entre les obligations des États découlant des droits de la personne et son pouvoir d'adopter des amnisties (notamment pour des crimes internationaux), c'est la Commission européenne des droits de l'homme qui semble avoir dégagé la règle générale, soit que « l'État est en droit d'adopter, dans le cadre de sa politique criminelle, les lois d'amnistie qu'il juge nécessaires à condition toutefois qu'un équilibre soit ménagé entre les intérêts légitimes d'un État et l'intérêt des justiciables »⁶⁷.

⁶⁴ *Ibid* aux para 94, 101.

⁶⁵ Zegveld, *supra* note 61 à la p 205; Sterio, *supra* note 49 aux pp 397-98; Orlaith Minogue, « Peace vs. Justice : The Utility of Amnesties » (2010) 29:3 *Crim Justice Ethics* 306 à la p 312; Transitional Justice Institute, *supra* note 12 aux pp 18-19.

⁶⁶ Commission du droit international, « Obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) » dans *Rapport de la Commission du droit international*, Doc off AG NU, 66^e sess, supp n°10, Doc NU A/69/10 (2014) 144 à la p 157.

⁶⁷ *Dujardin et al c France* (1991), 72 *Comm Eur DHDR* 236, *Ann Conv Eur* 119 à la p 122.

Cela étant dit, tant le Comité des droits de l'homme⁶⁸, le Comité contre la torture⁶⁹, le Groupe de travail sur les disparitions forcées⁷⁰, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples⁷¹, la CEDH⁷², ainsi que la CIDH⁷³ ont conclu que l'amnistie de crimes internationaux est généralement contraire aux obligations des États de garantir le droit des victimes d'obtenir réparation et de voir les auteurs de ces violations jugés. Cependant, deux courants jurisprudentiels semblent se dégager quant à la possibilité d'exception à cette règle générale. D'une part, la CEDH admet que, dans certaines circonstances, des exceptions sont possibles, tant que certaines garanties sont assurées. D'autre part, la CIDH suggère plutôt que toute amnistie de crimes internationaux est marquée de nullité absolue.

Avant de nous aventurer dans ce débat, il convient de souligner les aspects consensuels de la jurisprudence quant à trois obligations que l'État doit respecter lorsqu'il adopte des mesures d'amnistie :

1. Les États ne doivent pas adopter d'autoamnistie (mesure d'amnistie ne visant qu'à protéger ses propres agents)⁷⁴;
2. Les États ont le devoir de faire enquête afin de permettre à la société et aux victimes de faire la lumière sur les violations graves des droits de la personne⁷⁵;
3. Les victimes et leurs familles ont le droit d'obtenir une indemnisation et la réadaptation la plus complète possible⁷⁶.

⁶⁸ HRC NU, *Observation générale n°31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, Doc off NU, 2004, Doc NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 aux para 18-20.

⁶⁹ Comité contre la torture, *Observation générale n°2 : Application de l'article 2 par les États parties*, Doc off NU, 2008, Doc NU CAT/C/GC/2 au para 5.

⁷⁰ *Rapport du Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires*, Doc off CDH NU, 2005, 62^e sess, Doc NU E/CN.4/2006/56 aux pp 15-18.

⁷¹ *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe* (2006), Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, n° 245/02 aux para 201-215, 39^e sess, 21^e rapport d'activités.

⁷² *Abdülşamet Yaman c Turquie*, n°32446/96 (2 septembre 2004) CEDH au para 55 [*Yaman*]; *Yeşil et Sevim c Turquie*, n°34738/04 (5 juin 2007) CEDH au para 38 [*Yeşil et Sevim*]; *Marguš c Croatie*, supra note 41 au para 126; *Soare et al c Roumanie*, n° 24329/02 (22 février 2011) CEDH au para 190 [*Soare*]; *Perez c France* [GC], n° 47287/99, [2004] I CEDH 93 au para 70 [*Perez c France*].

⁷³ *Affaire Barrios Altos (Pérou)* (2001), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 75 aux para 42-44; *Affaire Almonacid Arellano et al (Chili)* (2006), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°154 au para 119 [*Almonacid Arellano*]; *Affaire Gomes Lund et al (« Guerrilha do Araguaia ») (Brésil)* (2010), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°219 au para 175 [*Guerrilha do Araguaia*]; *Affaire Massacres d'El Mozote et lieux voisins (El Salvador)* (2012), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°252 au para 284 [*El Mozote*]; *Affaire Gelman (Uruguay)* (2011), Inter-Am Ct HR (Sér C) n°221 au para 229 [*Affaire Gelman*]; OÉA, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Report on the Situation of Human Right in El Salvador*, Doc off OEA/Ser.L/II.85/Doc.28 (1994).

⁷⁴ *Yaman*, supra note 72 au para 55; *Yeşil et Sevim*, supra note 72 au para 38; *Marguš c Croatie*, supra note 41 au para 126; *Affaire Barrios Altos*, supra note 73 aux para 42-44; *Almonacid Arellano*, supra note 73 au para 119.

⁷⁵ *Guerrilha do Araguaia*, supra note 73 au para 175; *El Mozote*, supra note 73 au para 284; *Affaire Gelman*, supra note 73 au para 229; *Soare*, supra note 72 au para 190.

⁷⁶ OÉA, supra note 7372; HRC NU, *Observation générale n°20 : Article 7 (Interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)*, Doc off HRC, 1994, Doc NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) au para 15.

Il convient de préciser que, quand bien même l'autoamnistie ne serait pas prohibée en vertu des obligations internationales des États découlant des droits de la personne, elle resterait, en pratique, impossible à justifier en vertu de la nécessité ou de l'impossibilité d'exécution. Les autoamnisties seraient donc nécessairement contraires aux obligations de l'État issues du DPI.

Cela étant dit, c'est dans le contenu du droit à un recours efficace que se fonde l'embranchement jurisprudentiel sur les amnisties.

D'une part, la CEDH établit dans l'*Affaire Perez* (faisant autorité en la matière pour cette juridiction) que « le droit de faire poursuivre ou condamner pénalement des tiers ne saurait être admis en soi ». Ce n'est que lorsque la procédure civile est éminemment attachée par le droit interne à la procédure pénale que peuvent alors émerger des obligations de poursuite pénale envers un tiers⁷⁷.

Elle précise dans une décision subséquente que les États ont généralement l'obligation internationale d'enquêter et de sanctionner les responsables lorsque le droit à la vie ou à la protection contre la torture d'un individu est compromis⁷⁸, mais que ce n'est que lorsque la capacité d'obtenir une réparation civile est inféodée à l'établissement d'une responsabilité pénale qu'une absence de procédure pénale produit effectivement une violation du droit à un recours effectif en vertu des droits de la personne⁷⁹.

Pour la CEDH, c'est donc l'incapacité d'une victime à obtenir réparation qui est de nature à produire une obligation de poursuite pénale de la personne responsable. Faire poursuivre un tiers par les autorités pénales de l'État n'est donc pas un droit autonome.

Pour sa part, la CIDH, dans l'*Affaire Barrios Altos c. Pérou*, conclut que les lois d'amnistie sont contraires aux droits à des garanties judiciaires⁸⁰ et à la protection judiciaire⁸¹, et donc qu'elles constituent une violation de l'obligation des États d'adopter des mesures de droit interne⁸² afin de respecter les droits reconnus par la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*⁸³. En effet, pour la CIDH, non seulement ces droits exigent qu'une enquête soit effectuée et que des réparations soient accordées, mais ils impliquent également un devoir de l'État de juger pénalement les responsables⁸⁴. À partir de cette jurisprudence, qui portait sur une loi d'autoamnistie, la CIDH formule que ce type d'amnistie est nulle *ab initio*⁸⁵. Or, si cette première déclaration de nullité porte sur une loi d'autoamnistie, la CIDH s'est cependant basée sur cette loi, en en élargissant la portée, afin de déclarer toute amnistie pour des

⁷⁷ *Perez c France*, *supra* note 72 au para 70.

⁷⁸ *Soare*, *supra* note 72 au para 190.

⁷⁹ *Ibid* au para 193.

⁸⁰ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123, art 8.1 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978).

⁸¹ *Ibid*, art 25.

⁸² *Ibid*, art 2.

⁸³ *Ibid*, art 1.

⁸⁴ *Affaire Barrios Altos*, *supra* note 73 au para 48.

⁸⁵ *Ibid* au para 44.

violations graves des droits de la personne comme étant atteinte de la même nullité, qu'elle soit adoptée par voie référendaire⁸⁶ ou qu'il s'agisse d'une amnistie prévue par un accord de paix ou dans une perspective de mettre fin à un conflit armé⁸⁷.

En guise de synthèse, la divergence entre les deux courants jurisprudentiels peut donc se formuler ainsi : les victimes de violations graves de leurs droits ont-elles un droit de voir les responsables des dites violations punis?

D'entrée de jeu, pour répondre à cette question, il nous faut souligner qu'au regard de la littérature scientifique⁸⁸, il ne semble pas exister de lien causal entre la sévérité d'une sanction et la dissuasion à commettre l'action sanctionnée. Il nous semble donc plus prudent d'éviter de déduire d'une obligation positive de garantir certains droits, ou d'assurer la mise en œuvre de certaines obligations, une obligation implicite de prévoir une sanction pénale en cas d'atteinte à ces droits, et ce particulièrement au regard du principe de l'*Affaire du Lotus* dont nous discutons dans la section précédente. À défaut d'un droit clair de faire punir autrui, il serait précipité de considérer un tel droit comme implicite.

À ce propos, il nous semble que la jurisprudence européenne offre une position plus cohérente au regard des principes de justice naturelle pour deux raisons. D'abord, les décisions de la CEDH qui encadrent les amnisties font preuve de plus de prudence afin de garantir le respect du droit à l'*audit alteram partem* des bénéficiaires des mesures d'amnistie. Ensuite, la position défendue par la CIDH semble plus inspirée du militantisme juridique que de l'analyse juridique rigoureuse et cohérente.

En effet, l'ensemble de la jurisprudence de la CIDH produite sur la question des amnisties est le produit de requêtes introduites par les victimes. Dans ce contexte, les parties à la procédure étaient, d'une part, les victimes, et, d'autre part, l'État, ce qui veut donc dire que les potentiels inculpés ne pouvaient être parties à la procédure. Conséquemment, ils ne pouvaient pas faire valoir leurs droits et leurs arguments. Or, lorsque la CIDH déclare nulle une amnistie, c'est spécifiquement le droit et les intérêts de ces potentiels inculpés qui sont compromis.

Pour sa part, la CEDH adopte une attitude plus prudente. En effet, lorsqu'elle constate que l'absence de procédures pénales fait obstacle aux droits de la victime d'obtenir réparation, elle se garde d'imposer un modèle unique de conduite de l'action pénale, et ordonne que les torts subis par la victime soient réparés. Cependant, la CEDH ne dicte pas les modalités de la correction qu'il convient d'appliquer en ce qui concerne les éventuels inculpés. Ainsi, lorsque la CEDH se prononce sur l'encadrement du pouvoir pénal des États, ce n'est pas lorsque des victimes sont parties, mais plutôt lorsque des inculpés, anciennement bénéficiaires de ces amnisties, allèguent que le retrait de ces mesures porte atteinte à leurs droits en tant qu'accusés. En ce sens, les

⁸⁶ *Affaire Gelman*, supra note 73 au para 238.

⁸⁷ *Guerrilha do Araguaia*, supra note 73 au para 175; *El Mozote*, supra note 73 au para 284; *Affaire Gelman*, supra note 73 au para 229.

⁸⁸ Pour une synthèse des études qui questionnent le lien causal entre la sanction et la dissuasion, voir Jennifer Earl, « The Process Is the Punishment : Thirty Years Later » (2008) 33:3 Law & Soc Inquiry 737 aux pp 749-50.

principaux arrêts de la CEDH portant sur les amnisties font suite à des requêtes où les bénéficiaires de l'amnistie étaient parties, représentées et entendues.

Finalement, il nous semble que l'évolution des décisions de la CIDH visant à déclarer nulle toute amnistie portant sur des violations graves trahit à bien des égards une position qui relève bien plus de la militance que de la volonté de faire ressortir l'état du droit. Deux aspects doivent ici être soulignés :

En premier lieu, la généralité avec laquelle la CIDH s'est prononcée, dès 2001, sur les mesures d'amnistie attaquées, déclarant une « incompatibilité manifeste [...] entre les lois d'autoamnistie et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* »⁸⁹, élargissant son analyse par-delà le strict nécessaire afin de résoudre la question en litige.

En deuxième lieu, la mobilisation de cette conclusion portant sur une autoamnistie afin de l'appliquer à une loi d'amnistie générale, déclarant que

[c]ette Cour s'est déjà prononcée antérieurement sur cette question et ne trouve pas les bases juridiques pour s'écarter de sa jurisprudence constante [...] aux fins de la présente affaire, la Cour réitère que "ne sont pas admissibles les dispositions de l'amnistie, les dispositions en matière de prescription et la mise en place de clauses excluant toute responsabilité et qui visent à empêcher d'enquêter et de sanctionner les auteurs de graves violations des droits de l'homme"⁹⁰.

On notera que, pour sa part, depuis la décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'*Affaire Dujardin c. France* en 1990, la CEDH a toujours maintenu un espace d'indétermination quant à la validité des lois d'amnistie lorsqu'elles répondent d'un intérêt légitime des États.

Sur ce point, les décisions de la CEDH s'inscrivent en continuité avec les décisions du TPIY, du TSSL et des ECCC en ce que ces juridictions ne formulent pas de déclarations générales quant à la validité des mesures d'amnisties adoptées, mais se prononcent plutôt sur l'opposabilité d'une mesure d'amnistie au cas d'espèce. Par exemple, en 2007 les ECCC se prononçaient ainsi sur l'état du droit d'amnistier des violations graves des droits de la personne : « *this practice demonstrates at a minimum a retroactive right for third States, internationalised and domestic courts to evaluate amnesties and to set them aside or limit their scope should they be deemed incompatible with international norms* »⁹¹.

En conséquence, nous rejoignons la position de la professeure Mallinder qui affirme que la situation sud-américaine est politiquement et juridiquement exceptionnelle et qu'il faut donc faire preuve de prudence avant de considérer que sa jurisprudence reflète l'état du droit international sur la question⁹². Nos réserves quant aux conclusions de la CEDH n'impliquent pas que nous rejetions que les droits

⁸⁹ *Affaire Barrios Altos*, *supra* note 73 au para 44.

⁹⁰ *Guerrilha do Araguaia*, *supra* note 73 au para 171, citant *Affaire Barrios Altos*, *supra* note 73 au para 41.

⁹¹ Ieng Sary, *supra* note 41 au para 53.

⁹² Mallinder, *supra* note 24 à la p 749.

universellement reconnus par l'article 2 au paragraphe 3 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁹³ établissent un certain nombre d'obligations positives aux États qui restreignent la possibilité d'octroyer des amnisties. Cependant, il ne nous semble pas établi que le droit des victimes d'avoir accès à un recours efficace, d'obtenir réparation et de connaître les faits qui entourent les violations qu'elles ont vécues emporte nécessairement l'obligation pour l'État d'exercer sa juridiction pénale contre les responsables de ces violations.

L'objectif de cet article était de contester l'affirmation selon laquelle il existerait une prohibition absolue de l'amnistie des crimes internationaux en droit international. Nous avons d'abord tenté de déterminer si une telle prohibition était inhérente à la reconnaissance de ce pouvoir par le droit international, puis nous avons tenté de voir si une telle prohibition pouvait découler d'autres obligations internationales des États.

Il ressort de l'exercice que, bien que la règle générale soit une prohibition des amnisties relatives à des crimes internationaux visées par une obligation de poursuivre ou d'extrader, cette prohibition n'a toutefois pas le statut de norme impérative à laquelle aucune dérogation n'est permise. Conséquemment, un État pourrait adopter une telle mesure si celle-ci était nécessaire eu égard aux circonstances ou si l'État qui l'adoptait se retrouvait dans l'impossibilité d'assurer la conduite de procédures pénales et criminelles quant à ces violations. Cependant, nonobstant l'adoption d'une telle mesure par un État, cette amnistie ne saurait être opposable à une juridiction tierce ni n'empêcherait la conduite de procédures pénales engagées suite au retrait de ces mesures d'amnistie par l'État qui les a d'abord octroyées. Au demeurant, l'État qui adopte de telles mesures devrait également s'assurer de garantir que les victimes et leurs proches puissent obtenir réparation, que la lumière soit faite sur les violations graves des droits de la personne et que l'amnistie ne constitue pas une autoamnistie.

On peut donc conclure que le pouvoir d'amnistie des États en ce qui concerne les crimes internationaux est fortement encadré, mais qu'il n'est pas entièrement inexistant. À bien des égards, il est souhaitable qu'il en soit ainsi. Cependant, le statut particulier des règles entourant la conduite des conflits armés, ainsi que de celles encadrant la transition vers la paix, nous semble appeler à la prudence et à la réserve lorsqu'il est question de les circonscrire.

En effet, le DIH constitue un ultime rempart qui vise à protéger l'humanité d'elle-même dans tout ce qu'elle peut produire de violence et de désolation. Il est le produit étrange et paradoxal d'une volonté de définir des règles qui subsisteraient à l'effondrement de toutes les autres règles.

⁹³ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 2.3 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

Pour qui est juriste, il est donc tout à fait compréhensible de souhaiter consolider, renforcer et solidifier ce socle de règles minimales communes, puisque celles-ci sont perçues comme garantes des idéaux de justice et d'humanité. Or, il faut garder à l'esprit que l'effectivité du DIH pour endiguer les volontés destructrices et meurtrières dépend nécessairement de la reconnaissance morale de celui-ci comme inviolable.

Le DIH doit permettre la violence, l'atrocité et l'injustice ordinaire puisque ce n'est qu'au coût de cette permission de l'ordinaire qu'il peut atteindre ses objectifs d'interdire l'extraordinaire et le monstrueux. S'il est évident que la pulsion génocidaire appartient au champ de l'extraordinaire et qu'il faut en tout temps la prohiber, il nous semble moins évident qu'il s'agisse d'une injustice également extraordinaire que de laisser cette pulsion impunie, particulièrement si cette absence de punition permet de mettre un terme à cette même pulsion.

Or, comme domaine académique, philosophique et juridique, le DIH se retrouve dans une position paradoxale. Alors que ceux et celles qui le pensent et l'étudient (et par l'exercice de rédaction doctrinale, l'élaborent en partie) sont majoritairement portés vers ce domaine par des inspirations et des valeurs humanistes, il s'avère que ceux et celles qui en animent la réalité se retrouvent pourtant dans un contexte qui est en rupture avec ces valeurs. En ce sens, il importe que les premiers, dont nous faisons partie, s'assurent de l'adhérence continue des seconds dans l'élaboration doctrinale de celui-ci sous peine de priver le DIH de toute effectivité. Dit autrement : le DIH a cela de contradictoire qu'il encourage le militantisme juridique en tant qu'objet d'étude, mais qu'il lui est particulièrement hostile en tant que réalité vécue.

Nous nous permettons donc, en guise de clôture de ce texte, un retour sur notre ignorance quant aux questions morales soulignées en introduction. Nous ne savons pas s'il est acceptable, en absolu, d'échanger la cessation de crimes internationaux contre l'impunité de ceux et celles qui ont commis ces mêmes crimes dans un premier temps. Cependant, il nous semble qu'à moins d'une indication claire en ce sens de la part des sociétés et nations qui seront appelées à faire face à ce dilemme, l'humilité et l'ouverture d'esprit que requiert l'exercice scientifique et juridique devraient nous imposer de nous abstenir d'une réponse définitive sur la question.

L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL DES EAUX TRANSFRONTALIÈRES EN AMÉRIQUE DU NORD

*Yenny Vega Cárdenas**

Les problèmes liés à la disponibilité de l'eau douce se sont intensifiés dans les dernières années. L'importance de concevoir des modèles politico-juridiques innovateurs pour la gestion et gouvernance des ressources au niveau national et international est de nos jours un enjeu majeur. C'est dans ce contexte que nous analyserons l'évolution du droit international des eaux transfrontalières en Amérique du Nord, notamment par rapport à l'évolution des relations entre le Canada et les États-Unis ainsi qu'entre les États-Unis et le Mexique. Nous observerons que les tensions, négociations et solutions retenues pour la distribution de l'eau diffèrent fortement au sein même du continent, des réalités qui reflètent la double rationalité concernant la gestion des ressources hydriques partagées. Nous présenterons plus précisément l'opposition entre ceux en faveur de la création de nouveaux marchés de l'eau et ceux qui encouragent la préservation de l'eau et de l'environnement.

Problems related to the availability of fresh water have intensified in the past years. The importance of developing innovative politico-legal models for the management and governance of resources at the national and international level is a major issue nowadays. It is in this context that we will analyze the evolution of the international law applicable to transboundary waters in North America, namely as concerns relations between Canada and the United States as well as between the United States and Mexico. We observe that the tensions, negotiations and solutions selected for the distribution of water vastly differ within the continent itself, realities which reflect the double rationality related to the management of shared water resources. We will outline more specifically the opposition between those who favor the creation of new water markets and those who encourage the conservation of water and the environment.

Los problemas relacionados con la disponibilidad de agua dulce se han intensificado en los últimos años. La importancia de diseñar modelos político-legales innovadores para la gestión y la gobernanza de estos recursos a nivel nacional e internacional es hoy en día un problema importante. En este contexto, analizaremos la evolución del derecho internacional de aguas transfronterizas en América del Norte, particularmente al respecto de la evolución de las relaciones entre Canadá y Estados Unidos, así como entre Estados Unidos y México. Observaremos que las tensiones, negociaciones y soluciones adoptadas para la distribución del agua difieren enormemente en el continente, realidades que reflejan la doble racionalidad en relación con la gestión de los recursos hídricos compartidos. Presentaremos más precisamente la oposición entre quienes están a favor de la creación de nuevos mercados del agua y quienes fomentan la preservación del agua y el medio ambiente.

* Ph.D. Spécialiste en droit de l'eau. L'auteure remercie les évaluateurs du présent texte pour leurs commentaires fort pertinents et judicieux. Elle remercie également le professeur François Roch pour son encouragement et confiance, ainsi que l'étudiant Guillermo Uria pour son soutien dans la révision du texte et des notes.

L'eau est essentielle à la vie et elle a toujours joué un rôle fondamental dans le développement des sociétés et la survie des écosystèmes. Paradoxalement, 97,5 % de l'eau sur la planète se trouve dans les mers et océans et ne peut pas être consommée par les êtres humains ni utilisée pour d'autres fins étant donné qu'elle est salée¹. En réalité, seulement 0,25 % de l'eau douce sur la planète est accessible et peut être consommée par les humains, le reste se trouve dans des glaciers ou des nappes très profondes².

Cette ressource est inégalement distribuée dans la planète puisque neuf pays disposent de 60% des ressources d'eau douce disponibles : le Brésil (5 418 milliards de m³/année), la Russie (449 360 de m³/année), l'Indonésie (2 838 de m³/année), la Chine (2 812 de m³/année), le Canada (2 740 de m³/année), les États-Unis (2 071 de m³/année), la Colombie (2 133 de m³/année), le Pérou (1 746 de m³/année) et l'Inde (1 279 de m³/année)³. La situation est totalement différente pour plus de vingt pays qui se sont déclarés en situation de stress hydrique, c'est-à-dire qu'ils ne disposent que d'approximativement 1 700 m³ d'eau par personne annuellement⁴. En effet, le nombre de pays dans cette même situation ne cesse d'augmenter et il pourrait même doubler dans les années à venir.

Outre cela, plus de quatre-vingt pays, représentant 40 % de la population mondiale, se trouvent en situation de pénurie hydrique, c'est-à-dire qu'ils disposent de moins de 1000 m³ d'eau par personne annuellement⁵. Il a été estimé qu'en dessous de ce seuil, le développement économique d'un pays et la santé de sa population se voient sérieusement affectés. En dessous de 500 m³ par personne annuellement, la survie de la population est gravement menacée⁶. Effectivement, autour de quarante-neuf pays se trouvent dans des situations de stress hydrique, neuf pays vivent en situation de pénurie hydrique et vingt-et-un pays représentant plus d'un milliard de personnes n'ont pas accès à de l'eau potable⁷.

Parallèlement, la pollution des sources d'eau renforce le manque d'eau potable. Dans ce sens, l'irrigation des cultures contribue à la salinisation des fleuves et des aquifères, le refroidissement des centrales thermiques et nucléaires produit une

¹ Environ 2,5% de l'eau présente sur terre est de l'eau douce. Organisation mondiale de la Santé (OMS), « Changement climatique et santé humaine », dernière consultation le 2 juin 2019, en ligne : Organisation mondiale de la santé <www.who.int/globalchange/ecosystems/water/fr>; Voir aussi, Alexandre Taithe, *Partager l'eau : Les enjeux de demain*, Paris, Éditions Technip, 2006 à la p 12.

² Sylvie Paquerot, *Un monde sans gouvernail: enjeux de l'eau douce*, Outremont, Éditions Athéna, 2005 à la p 2005 [Paquerot].

³ Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), « Ressources en eau », dernière consultation le 2 juin 2019, en ligne : *Aquastat*, <www.fao.org/nr/water/aquastat/water_res/indexfra.stm>; Voir aussi FAO, « Review of World Water Resources by Country » (2003), en ligne : *Food and Agriculture Organization of the United Nations* <www.fao.org/3/Y4473E/y4473e.pdf>. Voir aussi Taithe, *supra* note 1 à la p 14.

⁴ « Water Scarcity », dernière consultation le 2 juin 2019, en ligne : *UN-Water* <www.unwater.org/water-facts/scarcity/#>; Voir aussi : Paquerot, *supra* note 2 à la p 34.

⁵ *Ibid* UN-Water et Paquerot aux pp 3 et 65.

⁶ Vandana Shiva, *La guerre de l'eau : privatisation, pollution et profit*, Paris, Parangon : L'aventurine, 2003 à la p 15.

⁷ UN-Water, *supra* note 4; voir aussi Organisation mondiale de la santé, *supra* note 1.

pollution thermique de l'environnement aquatique et n'oublions pas que la grande majorité des déversements industriels ne sont pas biodégradables.

Les problèmes liés à la disponibilité de l'eau douce se sont intensifiés dans les dernières années. De nos jours, il est devenu essentiel de penser à des modèles politico-juridiques innovateurs pour la gestion et gouvernance des ressources au niveau national et international. Effectivement, approximativement 60% de l'eau douce du monde obéit à des découpes transnationales⁸. À ce sujet, certains auteurs proposent de soustraire la souveraineté exclusive des États sur les ressources hydriques en leur accordant le statut de patrimoine commun de l'humanité, comme c'est déjà le cas pour le fond des mers, les océans, l'espace et la Lune⁹. D'autres suggèrent plutôt le statut de « patrimoine public universel »¹⁰ ou de « bien commun mondial »¹¹. Plus récemment, certains auteurs suggèrent que les ressources hydriques soient présentées comme un intérêt commun mondial¹².

Au niveau national, nous retrouvons aussi des avis partagés par rapport à la nature juridique de l'eau, ce qui influence la gestion internationale des ressources. Ainsi, certains proposent le maintien du statut traditionnel de l'eau en tant que bien commun¹³, chose commune ou *common trust*¹⁴ dans le but de favoriser l'approche communautaire de la gestion internationale des eaux. D'autres acteurs suggèrent plutôt

⁸ Il existe approximativement 276 bassins transnationaux, qui représentent 60% de l'eau douce disponible sur Terre. Presque trois milliards de personnes habitent dans ce territoire qui à la fois implique 145 pays différents. UN-Water, « Good practices in Transboundary Water Cooperation » (2015), en ligne (pdf) : *United Nations Economic Commission for Europe* <www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/publications/WAT_Good_practices/2015_PCCP_Flyer_Good_Practices_LIGHT.pdf>.

⁹ François Houtart, « L'eau, principe de vie et patrimoine collectif » dans François Houtart, dir, *L'eau patrimoine commun de l'humanité*, Paris, L'Harmattan, 2002 à la p 28.

¹⁰ Sylvie Paquerot, *Le Statut de l'eau douce en droit international : penser la Res Publica Universelle*, thèse de doctorat en Science politique et juridique, Université de Paris VII Denis-Diderot, 2003 à la p 477. L'auteure indique que la notion de patrimoine commun ne peut pas être employée en droit international étant donné qu'elle ne reconnaît pas un sujet de droit collectif universel et ne peut pas être légitimée dans une communauté politique. Elle propose plutôt de définir l'eau selon le statut de patrimoine public universel.

¹¹ Marjolaine Normier, « Les forums internationaux », *Journal Libération* (25 août 2006), en ligne : <www.liberation.fr/dossiers/eau/comprendre/200485.FR.php>. Dans le cadre du Forum sur l'eau de 2005, plusieurs associations et ONGs ont proposé de reconnaître l'eau à titre de « bien commun mondial ». Voici leur déclaration : « L'accès à l'eau ne peut pas être perçu comme un besoin vital, mais plutôt comme un droit humain. L'eau n'est pas insuffisante, mais plutôt mal gérée. L'eau n'est pas une marchandise, mais plutôt un bien commun ». Le professeur Riccardo Petrella est l'un des personnages les plus emblématiques qui soutient cette cause.

¹² Beatriz Garcia, *The Amazon from an International Law Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2011 à la p 279. Ce statut n'est pas contraire à la souveraineté des pays sur l'eau, ils auraient plutôt l'obligation de préserver la nature avec le soutien économique et scientifique de la communauté internationale. C'est un statut qui a été pensé pour l'Amazonie.

¹³ Maude Barlow et Tony Clarke, *L'or bleu : L'eau, nouvel enjeu stratégique et commercial*, Montréal, Boréal, 2005 à la p 353 [Barlow et Clark]. Ces auteurs proposent d'adopter un projet d'accord international pour la gestion et protection de l'eau douce à titre de bien commun.

¹⁴ Madeleine Cantin-Cumyn, Michelle Cumyn et Claire Skrinda, « Le statut juridique de l'eau en droit québécois », Mémoire présenté à la Commission sur la gestion de l'eau au Québec, Montréal, 23 au 30 novembre 1999 à la p 2, en ligne (pdf) : *MétéoPolitique* <mteopolitique.com/Fiches/eau/Droit/documentation/a003.pdf>.

de renforcer le statut de bien appartenant au domaine public national afin de maintenir les ressources en eau sous l'égide de la souveraineté nationale. De plus, certains acteurs internationaux, préoccupés par les pénuries d'eau des dernières années, proposent de considérer l'eau comme un bien économique soumis aux règles de l'offre et la demande, pouvant être approprié et faisant partie d'un marché international. Cette définition ouvre la porte à la gestion internationale des ressources hydriques suivant le modèle des autres marchés de ressources naturelles comme le pétrole, l'or, etc. Récemment, certains pays ont octroyé le statut de personne ou entité ayant des droits à certains fleuves¹⁵.

Le débat sur la définition juridique de l'eau nous conduit à contempler une restructuration des principes de droit international qui se développent à l'égard des cours d'eau. C'est dans ce contexte que nous analyserons l'évolution du droit international de l'eau en Amérique du Nord, et plus précisément les relations entre le Canada et les États-Unis et entre les États-Unis et le Mexique. Il est connu que ces trois pays partagent une histoire commune et entretiennent des relations politico-économiques significatives. Néanmoins, les dernières élections présidentielles aux États-Unis ont remis en question la stabilité des relations qui se développent depuis plusieurs décennies.

I. Le contexte hydrique en Amérique du Nord

Les configurations hydrique et géographique des trois pays du continent nord-américain ont un impact sur les politiques publiques ayant été adoptées pour l'eau. Alors que, d'une part, le Canada dispose de 9% des réserves d'eau douce mondiales, d'autre part, le Mexique s'est déclaré en situation de stress hydrique au début du 21^e siècle¹⁶. Par ailleurs, le contexte hydrique aux États-Unis varie considérablement en fonction des régions : le nord du pays est richement doté en ressources, alors que le sud-ouest connaît des périodes de sécheresse extrême.

Même si le Canada a accès à une quantité relativement abondante de ressources hydriques, leur qualité demeure un des principaux défis à surmonter, situation qu'on retrouve aussi dans les pays voisins¹⁷.

Le Canada et le Mexique partagent des eaux frontalières avec les États-Unis. D'un côté, le Canada partage plusieurs fleuves et lacs frontaliers avec ses voisins du sud, parmi lesquels nous trouvons les Grands Lacs qui contiennent presque 20% de l'eau douce renouvelable de la planète. Un grand nombre d'industries, notamment du secteur automobile et pharmaceutique, se sont établies dans la région. Au fil des ans,

¹⁵ Nous faisons référence au cas de l'Inde (fleuves Gange et Yamuna), la Nouvelle-Zélande (Whanganui), le Bangladesh et la Colombie (fleuve Atrato).

¹⁶ Comisión Nacional del Agua, *La participación privada en la prestación de los servicios de agua y saneamiento*, Mexique, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2003.

¹⁷ Yenny Vega Cárdenas, « La protección jurídica de la calidad del agua en Canadá » dans Patricia Urteaga et Aaron Verona, dir. *Cinco años de la ley de recursos hídricos en el Perú: Segundas Jornadas de Derecho de Aguas*, Lima, PUCP, 2015.

cette situation a eu impact négatif sur la qualité de l'eau des Grands Lacs et la biodiversité dans la région¹⁸.

D'autre part, la zone frontalière entre le Mexique et les États-Unis est considérée comme une région semi-aride. Le volume annuel des précipitations atteint une moyenne de 264 mm, ayant un rôle important à jouer dans le renouvellement de l'eau et la recharge des aquifères¹⁹. Les sources principales d'approvisionnement de la région sont les fleuves qui traversent la région avant de déboucher plusieurs kilomètres au sud, par exemple le fleuve Colorado, qui trouve sa source au sommet des montagnes Rocheuses. Ce fleuve est considéré comme le système hydrique le plus important du sud-ouest des États-Unis et le nord-ouest mexicain. Le fleuve Colorado et le fleuve Rio Grande fournissent les villes, les industries et les zones agricoles de la région, comme la Vallée impériale (États-Unis) et la vallée de Mexicali (Mexique). En effet, la croissance démographique et l'expansion industrielle font monter les tensions entre les utilisateurs de ressources hydriques. La demande croissante d'eau dépasse les quantités disponibles et il devient de plus en plus rare de voir de l'eau qui débouche dans la mer. En outre, ces fleuves transportent une grande quantité de matières polluantes difficiles à décomposer, notamment les matières provenant des déchets industriels. Cette pollution a eu pour effet de détériorer la qualité de l'eau et les écosystèmes de la région.

De plus, lorsque le gouvernement de la Californie déclara une situation de crise hydrique, une proposition de vente avait été envoyée au Canada pour l'approvisionnement de 1% de ses ressources d'eau qui débouchent dans la mer pour pallier les pénuries dans la région appelée le miracle vert du sud-ouest²⁰.

Comme dans la plupart des cas de gestion conjointe des eaux frontalières, les trois pays de l'Amérique du Nord ont été confrontés à des problèmes complexes en lien avec la gestion de ces ressources. La création de forums bilatéraux de négociation, comme la Commission Mixte Internationale entre le Canada et les États-Unis et la Commission Internationale de Frontières et Eaux entre les États-Unis et le Mexique, est le résultat de la volonté de ces pays d'améliorer la gestion commune des ressources hydriques.

Dans ce même sens, plusieurs instruments internationaux ont été mis en place pour la résolution de conflits et l'encadrement des négociations concernant les ressources hydriques communes. Il est important de souligner que les principales doctrines de droit international de l'eau ont été créées lors des conflits entre le Mexique et les États-Unis, ainsi qu'entre les États-Unis et le Canada. Paradoxalement, aucun de ces trois pays n'a ratifié des instruments internationaux relatifs à l'eau, comme c'est le cas de la *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Comisión Nacional del Agua, « Estadísticas del agua en México, edición 2011 » (2011), en ligne (pdf) : *Comisión Nacional del Agua* <<http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Publicaciones/Publicaciones/SGP-1-11-EAM2011.PDF>>.

²⁰ Barlow et Clarke, *supra* note 13 à p 197.

à des fins autres que la navigation (*Convention de New York*)²¹ et la *Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention de Helsinki)*²², préférant de la sorte, leurs propres instruments et coutumes internationaux régionaux reliés à la gestion de l'eau.

Dans la partie suivante, nous décrirons de façon plus précise l'évolution des principes et des doctrines juridiques qui ont encadré les relations entre les trois pays pour la gestion de l'eau.

II. Une étude comparée de l'évolution des doctrines juridiques concernant la gestion des cours d'eau en Amérique du Nord

Les modèles de gestion des eaux frontalières en Amérique du Nord varient en fonction de la région étatsunienne concernée. Il existe une grande différence entre les modèles de gestion au nord et au sud du pays. Même si aux États-Unis il existe une grande quantité de problèmes liés aux sources d'eau en amont, d'autres facteurs exercent aussi une grande influence sur les négociations et l'application des traités portant sur les ressources communes, notamment les différences en termes de disponibilité de ressources hydriques et l'asymétrie des relations politiques États-Unis — Mexique et États-Unis — Canada. Nous pouvons constater que les tensions, les négociations et les solutions proposées pour la gestion de l'eau diffèrent fortement au sein même du continent. Ceci reflète la double rationalité qui existe par rapport à la gestion des ressources hydriques communes. Plus précisément, il est question d'une opposition entre le discours en faveur de la marchandisation de l'eau et celui qui donne priorité à la préservation de l'eau et l'environnement.

A. La gestion des ressources hydriques communes dans un contexte de pénurie (Mexique et le sud-ouest des États-Unis).

La frontière entre le Mexique et les États-Unis a fait l'objet de plusieurs modifications au cours du temps. Parmi les traités les plus importants concernant les frontières entre ces deux pays, nous retrouvons le *Traité Guadalupe Hidalgo* du 2 février 1848 et le *Traité de Mesilla* de 1853²³. Néanmoins, les lignes frontalières

²¹ *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*, 21 mai 1997, Doc off AG NU, 51 sess, annexe, Doc NU AG/RES/51/229, 36 ILM 700 (entrée en vigueur : 14 août 2014) [*Convention de New York*].

²² *Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux*, 17 mars 1992, 1936 RTNU 269 (entrée en vigueur : 6 octobre 1996) [*Convention d'Helsinki*]; Voir aussi Frédéric Lasserre et Yenny Vega Cardenas, (2016) « L'entrée en vigueur de la Convention de New York sur l'utilisation des cours d'eau internationaux : quel impact sur la gouvernance des bassins internationaux ? » 29.1 RQDI [Lasserre et Cardenas].

²³ Roberto Cruz Miramontes, « La doctrina Harmon, el Tratado de Aguas de 1994 y algunos problemas derivados de su aplicación » (1965) 6:1 Foro Internacional 49 à la p 51; *Traité Guadalupe Hidalgo* (entrée en vigueur : 30 mai 1848), en ligne : <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=614&depositario=0>. *Traité de Mesilla* (entrée en vigueur : 30 juin 1854)

inscrites dans les traités étaient difficiles à repérer, étant donné que le fleuve Rio Grande changeait d'apparence avec le temps. C'est dans ce contexte qu'il a été créée la Commission des Frontières, confirmée officiellement via *la Convention entre les États-Unis et le Mexique visant à faciliter l'application des principes de gestion commune des fleuves Rio Bravo et du Colorado*²⁴, convention qui est entrée en vigueur le 24 décembre 1890.

À cette époque, les problèmes liés à l'utilisation de l'eau du Rio Grande par les habitants des États du Colorado et le Nouveau Mexique aux États-Unis concernaient directement les agriculteurs mexicains, et en particulier ceux qui se situaient dans la vallée de Juarez, du fait de la diminution du volume d'eau²⁵. C'est dans ce contexte que l'État mexicain a décidé de prendre conseil auprès de deux spécialistes du droit international²⁶, lesquels ont émis un avis signalant l'interdiction des États côtiers en amont de faire des travaux de construction sur le fleuve qui pourraient nuire aux États côtiers en aval. D'après les experts, le Mexique avait le droit de demander le démantèlement des constructions qui entravaient le débit d'eau ainsi qu'une indemnisation des dommages et préjudices causés par la déviation des cours d'eau²⁷.

Sur la base de cet avis, le gouvernement mexicain demanda en 1885 une compensation pour les préjudices encourus à son homologue étatsunien. Cette demande était soutenue par la Commission Nationale des Frontières, qui suggérait que la dispute soit résolue par la signature d'un nouveau traité dans un esprit amical et équitable. De son côté, le président des États-Unis, Grover Cleveland, avait pris conseil auprès du procureur général Judson Harmon, l'un des grands juristes dans le domaine. Ce dernier considérait que même si le *Traité de Guadalupe Hidalgo* interdisait de réaliser des travaux de construction sur les cours d'eau internationaux, rien n'empêchait de le faire sur la partie qui se trouve à l'intérieur du territoire national. C'est ainsi qu'est née la doctrine Harmon, qui indique que les États n'ont pas l'obligation de restreindre l'utilisation de l'eau qui se trouve sur leur territoire étant donné qu'elle est soumise à la souveraineté exclusive et absolue du pays dans laquelle elle se trouve, même si cela peut avoir un impact sur les ressources hydriques d'un autre État²⁸.

La doctrine Harmon a été incorporée aux divers traités qui ont été signés par la suite entre le Mexique et les États-Unis et entre le Canada et les États-Unis, même si cette même doctrine ne pouvait pas être utilisée à l'intérieur des États-Unis dû au grand nombre de fleuves partagés par différents États. De plus, la théorie de Harmon contredit la doctrine américaine des droits des États côtiers, appelée aussi *riparian doctrine*, soutenue par plusieurs tribunaux étatsuniens chargés de résoudre les conflits entre les

<https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=615&depositario=0>.

²⁴ *Convention entre les États-Unis et le Mexique pour faciliter l'exécution des principes contenus dans le traité du 12 novembre 1884 et éviter des difficultés occasionnées par les changements qui ont lieu dans les lits de fleuves Rio Bravo du Nord et Colorado* (entrée en vigueur: 24 décembre 1890), en ligne: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=620&depositario=0>.

²⁵ Cruz Miramontes, *supra* note 23 à la p 53.

²⁶ Il s'agit de Ignacio L Vallarta et José Gamboa.

²⁷ Jorge Flores, *La labor diplomática de don Ignacio Luis Vallarta como secretario de Relaciones Exteriores*, Mexique, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1961 à la p 65.

²⁸ Cruz Miramontes, *supra* note 23 à la p 6.

différents États du pays. Cette doctrine peut être résumée de la façon suivante :

*All that the law requires of the party by or over whose land a stream passes is that he should use the water in a reasonable manner and so as not to destroy, or render useless, or materially diminish, or affect the application of the water by the proprietors below on the stream*²⁹.

En raison du recours en justice entrepris par le gouvernement mexicain, la Commission des Frontières a été appelée à intervenir dans les négociations d'un traité pour la résolution des conflits autour du fleuve Rio Grande. Les négociations ont abouti à la signature du *Traité de 1906 pour la distribution équitable des eaux du fleuve Rio Grande*³⁰, dans lequel les États-Unis s'engageaient à la remise d'un certain volume d'eau (soixante mille acres-pieds) du fleuve Rio Grande au Mexique. Les articles IV et V du Traité indiquent que cette remise ne représente d'aucune façon la reconnaissance d'un droit d'accès à ces ressources pour le Mexique. De son côté, le Mexique s'engageait à abandonner les procédures concernant le Rio Grande, suivant l'esprit de bon voisinage et de courtoisie internationale qui caractérisait l'accord. C'est pourquoi le traité ne pouvait pas être considéré comme un principe général de droit ni un précédent.

Toutefois, plusieurs auteurs de droit international interprètent ce traité comme une obligation juridique pour les États-Unis et non pas comme un geste de courtoisie internationale. Plus précisément, dans le cadre d'une présentation devant l'Institut de Droit International en 1911, les auteurs Kaufmann et Von Bar³¹ ont manifesté leur point selon lequel l'*Accord de 1906* consacrait de façon implicite le principe qui indique que les États côtiers en amont ne peuvent pas utiliser l'eau d'un fleuve au détriment des États côtiers en aval, contrairement à ce que dit la doctrine Harmon.

Toutefois, le *Traité des Eaux de 1909 entre le Canada et les États-Unis*³² a explicitement incorporé la doctrine Harmon, dans son article 2, écartant ainsi le rejet généralisé au niveau international de cette doctrine et du Traité de 1906 avec le Mexique³³. Cette même tendance sera retenue lors de la signature du *Traité des Eaux de 1944 entre le Mexique et les États-Unis*³⁴, dans lequel on retrouve des mécanismes

²⁹ Theodore E Lauer, « The Common Law Background of the Riparian Doctrine » (1963) 28:1 MLR 60 à la p 60.

³⁰ *Convención para la equitativa distribución de las Aguas del Río Grande*, 21 mai 1906, en ligne : cila.sre.gob.mx/cilanorte/index.php/avisos/127-tratconv.

³¹ Institut de Droit International, *Annuaire de l'Institut de droit international*, Madrid, Éditions juridiques et sociologiques (Bâle), 1911 à la p 180, en ligne : gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5721849j/f206.item.r=%C3%A9tats-unis.

³² *Traité des eaux limitrophes de 1909*, États-Unis et Grande-Bretagne, 11 janvier 1909, CUS 312, en ligne : *International Joint Commission* <www.ijc.org/fr/traité-relatif-aux-eaux-limitrophes-de-1909> (consulté le 4 juin 2019) [*Traité des eaux limitrophes*]

³³ L'article II du traité entre le Canada et les États-Unis indique la suprématie exclusive des États en amont (États-Unis) pour l'utilisation des ressources jusqu'à la frontière. Néanmoins, ce principe sera assoupli dans la pratique (Gouvernements des États-Unis et du Canada, 1909).

³⁴ Ce traité changera le nom de la Commission Frontalière, qui devient la Commission Internationale des Frontières et Eaux, comprenant un représentant mexicain et un représentant étatsunien. Les membres de la commission ne sont pas autonomes; ils représentent leur gouvernement respectif. Voir *Tratado*

de gestion et de distribution des volumes d'eau des fleuves transfrontaliers, notamment pour le Rio Grande, le Colorado et le Tijuana, mais qui ne prévoit pas la gestion intégrée de divers bassins.

Cependant, le Traité de 1944, toujours en vigueur, fait l'objet de nombreuses critiques, la plupart en raison de sa nature léonine. En effet, ce texte n'apporte pas les solutions nécessaires pour l'apaisement des tensions liées à la pollution de l'eau par les États-Unis et ne prend pas en considération la gestion durable des ressources. Aucune clause concernant la qualité de l'eau ne figure dans ce traité. Bien qu'un nouvel accord, l'*Acte 242*³⁵, a été signé en 1973 pour améliorer la qualité de l'eau en provenance des États-Unis, le Mexique reçoit toujours des volumes d'eau impropres à la consommation humaine ou l'agriculture du fait de sa haute teneur en sel, notamment entre les mois de septembre et février³⁶.

De plus, le traité ne comporte aucune indication par rapport à la gestion des nappes souterraines ni par rapport aux volumes d'eau nécessaires pour la préservation des écosystèmes. Avant la construction de nombreux barrages sur le fleuve Colorado, l'eau coulait librement en aval jusqu'à son embouchure au Golfe de la Californie et était une source de vie pour une grande variété d'espèces. Étant donné que ni le *Traité de 1944* ni la législation nationale des deux pays ne désignent un volume d'eau réservé à la protection de l'environnement, la partie en aval du fleuve Colorado reçoit de l'eau que quand les États-Unis libèrent un volume d'eau supérieur à celui établi dans le traité. Cette situation est de plus en plus sporadique en raison de la hausse constante de la demande en eau dans la région³⁷.

Il est vrai que les gouvernements mexicain et étatsunien font des efforts pour résoudre ces problèmes, par exemple à travers la création d'organisations binationales ayant comme mandat de diminuer les conséquences environnementales des échanges commerciaux entre les deux pays, surtout depuis la signature de l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)*. Dans cette optique, deux institutions seront constituées après la signature de l'*ALENA* pour offrir un financement aux projets qui encouragent le rétablissement de l'environnement : la Commission de coopération écologique frontalière (BECC en anglais) et la Banque de développement nord-américaine (NADB)³⁸. Cependant, les critiques adressées à ces institutions ne se feront pas attendre, notamment en provenance de la population et les organismes non

firmado en 1944 entre México y los Estados Unidos que establece la asignación de las aguas de los ríos Tijuana, Colorado y Bravo desde Fort Quitman, hasta el Golfo de México (Tratado de Aguas), 3 février 1944, (en vigueur : 8 novembre 1945), en ligne :

<https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/muestratratado_nva.sre?id_tratado=672&depositario=0>.

³⁵ *Acta No. 242. Solución permanente y definitiva del problema internacional de la salinidad del río Colorado*, signée le 20 août 1973, entre les États-Unis et le Mexique, en ligne : <<http://www.cila.gob.mx/actas/242.pdf>>.

³⁶ Francisco Bernal Rodríguez, « Retos internacionales para el manejo del agua del bajo río Colorado » dans Alfonso Cortez Lara, Scott Whiteford et Manuel Chavez, dir, *Seguridad, agua y desarrollo. El futuro de la frontera México-Estados Unidos*, Tijuana, El colegio de la Frontera Norte, 2005 à la p 394.

³⁷ *Ibid* à la p 404.

³⁸ Stephen Mumme et Christopher Brown, « Decentralizing Water Policy on the U.S.-Mexico Border » dans Scott Whiteford et Roberto Melville, dir, *Protecting a Sacred Gift : Water and Social Change in Mexico*, San Diego, Center for US Mexican Studies, University of California, 2002.

gouvernementaux, car le financement des projets est sujet à l'adoption de principes directeurs relatifs à l'économie de marché, dont la marchandisation de l'eau³⁹. L'inactivité de ces institutions et la non-utilisation des fonds disponibles font preuve de la méfiance des acteurs de la société civile⁴⁰. Par conséquent, même si les efforts mis en place sont réels, les tensions frontalières pour la gestion de l'eau et l'environnement n'ont cessé d'augmenter⁴¹.

La signature de l'*Accord 319* en 2012⁴² arrive de façon subite lors d'un tremblement de terre qui a causé des dommages aux canaux d'irrigation de la vallée de Mexicali. Cet accord a pour résultat la création d'un nouveau modèle de gestion internationale des eaux à travers des échanges marchands internationaux entre les deux pays.

En vertu de cet accord, il a été envisagé d'utiliser le lac Mead comme réservoir d'eau pour le Mexique, avec une certaine quantité de mètres cubes qui pourraient être vendus au voisin du Nord. Ainsi, le lac Mead, qui se trouve du côté des États-Unis, deviendrait une banque d'eau. Le Mexique peut aussi stocker un certain volume d'eau dans ce lac (jusqu'à atteindre la capacité maximale du lac) et peut s'en servir à tout moment sauf lorsque le niveau d'eau est critique, c'est-à-dire quand il est en dessous du seuil établi dans l'*Accord 319*⁴³. Cette disposition fait l'objet de contestations étant donné que la demande d'eau du côté mexicain dépasse la disponibilité d'eau dans la région frontalière, zone extrêmement aride. La pertinence et les avantages pour le Mexique sont remis en question, car l'eau stockée dans le lac Mead est principalement une réserve utilisée en cas de sécheresse. Or, si la sécheresse s'étale — chose qui est plutôt habituelle — tout au long du bassin qui entoure le lac Mead, le Mexique ne pourrait pas accéder à ce réservoir.

En raison de la déclaration d'état de sécheresse extrême dans le bassin du fleuve Colorado, le volume d'eau accordé au Mexique à travers le traité de 1944 a été renégocié. Ainsi, le nouvel *Accord 319* signé en 2012 établit que pendant les périodes où l'eau du lac Mead — créé de façon artificielle par le barrage Hoover aux États-Unis — se trouve en dessous des seuils établis dans l'accord, le volume d'eau remis au Mexique devra être diminué de façon proportionnelle. En contrepartie, il est aussi indiqué que pendant les périodes où le niveau du lac Mead est supérieur au seuil, le

³⁹ Helen Ingram et Suzanne Levesque, « Las instituciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y a más allá » dans Alfonso Cortez Lara, Scott Whiteford y Manuel Chavez, dir, *Seguridad, agua y desarrollo. El futuro de la frontera México-Estados Unidos*, Tijuana, El colegio de la Frontera Norte, 2005 à la p 132.

⁴⁰ *Ibid* à la p 141.

⁴¹ Ismael Aguilat et Mitchell Mathis, « Agua y desarrollo económico en la región binacional del bajo río Grande/rio Bravo, Estados Unidos-México » dans Alfonso Cortez Lara, Scott Whiteford y Manuel Chavez, dir, *Seguridad, agua y desarrollo; El futuro de la frontera México-Estados Unidos*, Tijuana, El colegio de la Frontera Norte, 2005 à la p 113.

⁴² Comisión Internacional de Límites y Aguas, « Medidas interinas de cooperación internacional en la cuenca del río colorado hasta el 2017 y ampliación de las medidas de cooperación del acta 318, para atender los prolongados efectos de los sismos de abril de 2010 en el valle de Mexicali, Baja California » (2012), en ligne (pdf) : *Comisión internacional de límites y aguas entre México y los Estados Unidos* <www.cila.gob.mx/actas/319.pdf> [*Accord 319*].

⁴³ *Ibid*.

Mexique recevra un volume d'eau supérieur à celui de l'accord, suivant le principe de la réciprocité. Nous tenons à souligner l'innovation par rapport à la création implicite de marchés internationaux d'eau. Il est à souligner que cet accord avait une durée de cinq ans, c'est-à-dire jusqu'en décembre 2017.

Suite aux dernières élections présidentielles aux États-Unis, le renouvellement de l'accord et sa renégociation ont été suspendus en raison des nouvelles postures politiques du gouvernement élu. Cependant, malgré l'incertitude qui régnait dans les relations diplomatiques, un nouvel accord a été récemment signé (l'*Accord 323*⁴⁴) lequel est venu confirmer certaines dispositions de l'*Accord 319* de 2012⁴⁵. Ce nouvel accord (323), en plus de confirmer les dispositions relatives aux diminutions et augmentations des volumes d'eau à faire couler vers le Mexique qui varieront selon le niveau des eaux du lac Mead, est venu confirmer la création d'une commission bilatérale qui travaillera de pair avec des ONGs qui militent pour la création d'un débit minimal d'eau pour l'environnement⁴⁶.

Effectivement, les conflits liés à la gestion de l'eau dans la frontière entre les États-Unis et le Mexique s'intensifient en fonction de la hausse de la demande en eau et la diminution de la disponibilité des ressources. Le changement climatique a un impact notable sur cette dynamique, surtout si on considère que ce phénomène est la cause de l'état de sécheresse extrême qui perdure dans la région depuis presque une décennie. Les derniers accords signés entre les deux pays proposent des moyens innovateurs pour faire face aux longues périodes de sécheresse, rétablir l'écosystème et impliquer les différents acteurs sociaux dans la gestion des ressources hydriques. Cependant, la création d'une banque d'eau dirigée par les États-Unis en vertu de l'*Accord 319*, et la volonté expressément consacrée dans le nouvel *Accord 323* relatif aux développements de nouvelles usines de désalinisation de l'eau⁴⁷ ne fait qu'accroître les disparités entre les deux pays et ouvre la porte à la commercialisation internationale de l'eau au bénéfice des États fédérés à la recherche de nouvelles sources d'approvisionnement. Ce modèle peut potentiellement intensifier les tensions entre les pays et les communautés locales, faute du manque de prise en considération des externalités de l'impact environnemental de la désalinisation de l'eau dans l'évaluation du prix de l'eau.

Ayant établi la situation si complexe de gestion internationale de l'eau dans un contexte de rareté à la frontière États-Unis Mexique, nous présenterons ci-dessous en guise de comparaison, les principes directeurs de la gestion des ressources hydriques transfrontalières entre le Canada et les États-Unis gestion qui se fait dans un contexte d'abondance hydrique.

⁴⁴ *Accord 323 de 2017, Ampliación de las medidas de cooperación y adopción de un plan binacional de contingencia ante la escasez de agua en la cuenca del Río Colorado*, en ligne (pdf) : *Comisión internacional de límites y aguas entre México y los Estados Unidos* <www.cila.gob.mx/actas/323.pdf> [Accord 323].

⁴⁵ *Accord 319*, supra note 42.

⁴⁶ *Accord 323*, supra note 44 aux pp 17-20.

⁴⁷ *Ibid*, aux pp 22-23.

B. La gestion des ressources hydriques communes dans un contexte d'abondance relative (les Grands Lacs, entre les États-Unis et le Canada).

Le *Traité des eaux limitrophes* signé en 1909 entre les États-Unis et le Canada⁴⁸ détermine les principes de la gestion des eaux frontalières qui se trouvent entre les deux pays. Ce traité a eu comme conséquence la création de la Commission mixte internationale (CMI), chargée d'apaiser les conflits entre les parties, notamment pour ce qui concerne la gestion de ressources hydriques. Plusieurs accords ont été signés par ces deux pays dans l'objectif de trouver une solution à des problèmes précis, comme le *Traité pour la dérivation des eaux du Niagara* en 1950⁴⁹, le *Traité relatif au Skagit* (1984)⁵⁰ et l'*Accord relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs* (1972, 1978, 1987 et 2012)⁵¹ entre autres. Même si l'article deuxième du *Traité des eaux limitrophes* de 1909⁵² fait allusion à la doctrine Harmon, il est en désuétude pour les questions liées à la gestion des ressources hydriques à cause d'un assouplissement de la doctrine de la souveraineté territoriale absolue, concept remplacé par celui de la souveraineté limitée.

La doctrine de la souveraineté limitée a comme source principale une jurisprudence de 1941, rendue par un tribunal d'arbitrage dans l'*Affaire de la Fonderie de Trail* qui opposait les États-Unis au Canada. Dans cet arrêt, le Canada a été condamné à remédier aux dommages causés aux agriculteurs et citoyens des États-Unis, et notamment de l'État de Washington, par les émanations provenant de la fonderie qui se situe sur le territoire canadien.

Sur recommandation de la CMI, un tribunal d'arbitrage a été désigné pour analyser le conflit et quantifier les dommages. Le Canada a finalement été condamné à payer pour les dommages causés, créant ainsi le précédent de droit international suivant :

aucun État n'a le droit d'user de son territoire ou d'en permettre l'usage de manière à ce que des fumées causent des dommages sur le territoire d'un autre État ou les propriétés des personnes qui s'y trouvent, s'il s'agit de conséquences sérieuses et si le préjudice est prouvé par des preuves claires et convaincantes⁵³.

⁴⁸ *Traité des eaux limitrophes de 1909*, États-Unis et Grande-Bretagne, 11 janvier 1909, CUS 312, en ligne : *International Joint Commission* <www.ijc.org/fr/traite-relatif-aux-eaux-limitrophes-de-1909> (consulté le 4 juin 2019) [*Traité des eaux limitrophes*].

⁴⁹ *Traité concernant la dérivation des eaux de la rivière Niagara*, 10 octobre 1950, RTC 3, en ligne : *Affaires mondiales Canada* <www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=100418&Lang=fra> (consulté le 3 août 2019).

⁵⁰ *Traité de la rivière Skagit*, 2 avril 1984, RTC no 16, en ligne : *Affaires mondiales Canada* <www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=100403&Lang=fra> (consulté le 3 août 2019).

⁵¹ *Accord relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs* [1987], RTC no 32, en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/protection-grands-lacs/accord-qualite-eau-2012.html> (consulté le 3 août 2019), cet accord a été adopté en 1972 et modifié en 1978, en 1987 et en 2012.

⁵² *Traité des eaux limitrophes*, supra note 48.

⁵³ *Canada c États-Unis, décision rendue dans l'affaire Fonderie de Trail* (1941), Recueil des sentences arbitrales vol III (ONU). Le texte original en anglais se lit comme suit : « [...] *no State has the right to*

Ce principe de souveraineté limitée a été incorporé au droit international de l'environnement et de l'eau. En reprenant l'essence de ce principe, les *Règles de Helsinki* de 1966 ont incorporé un régime de responsabilité objective et l'obligation de dédommager les victimes⁵⁴. Dans ce même esprit, la *Déclaration de Stockholm sur l'environnement* de 1972 intègre l'obligation de ne pas porter préjudice (*no harm*) et l'obligation de dédommagement⁵⁵. Plus récemment, l'article 7 de la *Convention de New York* de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation reprend ce même principe⁵⁶.

Le contexte du partage des ressources entre les États-Unis et le Canada pousse à une évolution constante du droit des eaux internationales. Plus récemment, en raison des phénomènes de sécheresse et l'augmentation de la demande en eau des États du sud-ouest états-unien, les ressources des Grands Lacs ont été convoitées par des États comme la Californie. Néanmoins, les États situés autour des Grands Lacs refusaient de transférer des ressources au sud-ouest états-unien, c'est ce qui explique la signature par huit États d'un traité destiné à la création d'une commission pour la gestion des ressources hydriques de la région. En raison de ce blocage, la Californie avait décidé d'entamer les négociations avec le Canada pour la création d'un marché d'eau⁵⁷

Toutefois, la question de la dérivation des cours d'eau en provenance du Canada pour l'approvisionnement des États du sud-ouest restait un sujet polémique aux yeux des États situés autour des Grands Lacs, surtout lorsqu'on prévoyait d'exporter l'eau du bassin. Les États côtiers des États-Unis craignaient la création de projets pouvant imposer l'exportation des ressources du côté canadien. En réponse à ces appréhensions, huit États étatsuniens et deux provinces canadiennes ont signé la *Charte des Grands Lacs* de 1985, une initiative du Conseil des Gouverneurs des Grands Lacs, visant à empêcher le transfert de ressources hydriques à d'autres États.

Un nouvel accord sera signé en 2005 en réponse à la nécessité de renforcer l'entente qui empêchait le transfert des ressources hydriques des Grands Lacs. Il s'agit de l'*Entente sur les ressources en eaux durables du bassin des Grands Lacs et du fleuve*

use or emit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence », à la p 1965, en ligne (pdf) : *Office of Legal Affairs – United Nations* < http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf > (consulté le 3 juin 2019).

⁵⁴ *Règles d'Helsinki de 1966*, ILA Report of the Fifty-second Conference Helsinki 1966, art 10 et 11, en ligne (pdf) : *International Water Law Project*

<www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA/Helsinki_Rules-original_with_comments.pdf> (consulté le 4 juin 2019).

⁵⁵ Conférence des Nations Unies sur l'environnement, *Déclaration de Stockholm*, 1972, principes 21 et 22; Voir aussi Gerald Fitzgerald, « Le Canada et le développement du droit international : La contribution de l'Affaire de la fonderie de Trail à la formation du nouveau droit de la pollution atmosphérique transfrontalière » (1980) 11:3 *Études internationales* 393, à la p 410.

⁵⁶ L'obligation de ne pas causer des dommages sensibles se trouve à l'article 7 de la *Convention de New York de 1997*, entrée en vigueur en 2014.

⁵⁷ Peter H Pearce, Françoise Bertrand et James W Maclaren, *Vers un renouveau, Rapport définitif de l'Enquête sur la politique fédérale relative aux eaux*, Ottawa, Environnement Canada, 1985.

Saint-Laurent, qui intègre des objectifs de gestion commune des ressources⁵⁸. Même si cet accord ne peut pas être considéré comme un traité international, il s'agit d'une entente transnationale qui crée des obligations contractuelles pour huit états côtiers des États-Unis et deux provinces canadiennes. C'est un précédent transnational qui complète la doctrine de la communauté d'intérêts. Cette doctrine de droit international de l'eau encourage la création d'une véritable communauté juridique, capable de respecter l'égalité des droits d'utilisation pour tous les États côtiers du bassin, tel qu'il a été établi dans l'arrêt *Gabcinkovo-Nagyvaros* de 1997⁵⁹. En vertu de cette doctrine, on considère le bassin comme une entité unique au-delà des frontières qui doivent être gérées par le biais des mécanismes institutionnels transnationaux. Ces mécanismes devraient permettre un partage des bénéfices aux communautés riveraines et l'adoption des procédures de gestion et de règlement pacifique des différends de commun accord par les parties concernées⁶⁰.

En effet, l'*Accord de 2005* prévoit de coordonner l'utilisation et la consommation de l'eau et limiter les déviations des cours d'eau en provenance des Grands Lacs, lesquels seront destinés à l'approvisionnement de la demande en eau des populations des États ou provinces signataires. Il consacre également une procédure spécifique de règlement de conflits. Bien que plusieurs auteurs se demandent si la préservation de l'écosystème fait partie de l'intérêt commun des signataires, ce résultat sera atteint par leur volonté de conserver l'eau à l'intérieur du bassin et d'éviter son exportation⁶¹. Donc, l'*Accord de 2005*, innovateur dans son genre non seulement par son caractère transnational et non bilatéral, mais aussi par les mécanismes de consultations qui ont été inscrits, semble répondre aux défis majeurs de conservation d'un immense bassin hydrique transfrontalier.

Certes, la préservation de l'écosystème des Grands Lacs sera le résultat imprévu auquel on aboutira par l'entremise de deux facteurs de la politique interne canadienne et étatsunienne. Premièrement, les pratiques de consommation concurrentielle n'existent pas dans la région étant donné l'abondance des ressources. Deuxièmement, la faible valeur de l'eau des Grands Lacs, les coûts liés à l'exploitation des ressources et les risques environnementaux font en sorte qu'il ne soit pas envisageable dans un futur proche de pomper l'eau du lac pour l'envoyer aux régions plus arides du Canada ou des États-Unis ou même la transporter à d'autres pays à l'aide de camions-citernes⁶².

⁵⁸ *Entente sur les ressources en eaux durables du bassin des Grands Lacs et du Fleuve Saint-Laurent*, Gouvernements de l'Illinois, Indiana, Michigan, Minnesota, New York, Ohio, Ontario Pennsylvanie, Québec, Wisconsin, 13 décembre 2005 [*Accord de 2005*].

⁵⁹ *Projet Gabcinkovo-Nagyvaros (Hongrie c Slovaquie)*, [1997] CIJ Rec 7.

⁶⁰ Sylvie Paquerot, *Eau douce: La nécessaire refondation du droit international*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2005 aux pp 151-93.

⁶¹ Nayive Vega et Yenny Vega, « ¿Agua para exportar? La posición de Canadá frente a la exportación del agua de los Grandes Lagos de Norteamérica » (2013) 9 *Derecho y Ciencias Sociales* : Universidad Nacional de la Plata 53, en ligne : *Universidad Nacional de la Plata* <revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/736>.

⁶² A Dan Tarlock, « The Great Lakes as an environmental heritage of humankind: an international law perspective » (2007) 40:4 *Journal of Law Reform* 995 à la p 996.

Finalement, il est important de souligner que la question de la qualité de l'eau des Grands Lacs est plutôt définie par l'*Accord relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs* (1972, 1978, 1987 et 2002) entre les États-Unis et le Canada, qui contient des mesures destinées à la préservation de l'eau et les écosystèmes du bassin. C'est grâce à ces accords que les Grands Lacs profitent d'un financement considérable de la part des gouvernements fédéraux pour la protection et la restauration de la qualité de l'eau qui avait connu une forte détérioration dans les années 1970 à cause de l'apparition de nombreuses industries dans la région.

Ainsi, les efforts étatiques pour la bonne gestion des ressources hydriques, suivant le principe de droit des États côtiers qui considère le bassin comme un tout, conjugués au financement des initiatives pour l'amélioration de la qualité de l'eau par les gouvernements fédéraux, on obtient une alliance parfaite pour assurer la préservation d'une des réserves d'eau les plus importantes du monde.

Néanmoins, l'industrialisation ne cesse de progresser et les déchets toxiques sont de plus en plus difficiles à décomposer. Le changement climatique cause aussi des problèmes par rapport aux volumes d'eau disponibles et la gestion des températures de l'eau, deux problèmes qui peuvent avoir un impact négatif sur la biodiversité. Concernant ce dernier point, les nouvelles politiques du gouvernement des États-Unis tendent à réduire le budget alloué à la protection des Grands Lacs, créant ainsi une situation d'incertitude par rapport au futur de cette réserve hydrique.

La gestion des eaux frontalières en Amérique du Nord diffère selon qu'on se retrouve au nord ou au sud du territoire. Le contexte hydrique n'est pas le seul facteur ayant influencé la gestion transfrontalière des ressources, c'est surtout l'asymétrie qui existe dans les relations diplomatiques entre les trois pays du continent.

L'histoire des conflits hydriques en Amérique du Nord dépeint l'évolution de grandes doctrines de gestion de l'eau qui prennent souvent des positions opposées. Nous pouvons constater la transition entre la doctrine Harmon, qui prônait la souveraineté absolue des États et qui émane du conflit entre le Mexique et les États-Unis, et la nouvelle doctrine de la souveraineté limitée qui a été reconnue par un tribunal d'arbitrage dans l'affaire *Fonderie Trial* — litige opposant les États-Unis et le Canada. Le principe de la souveraineté limitée impose l'obligation de ne pas porter préjudice au pays voisin ainsi que le devoir de dédommager les victimes qui ont subi des dommages significatifs, semble avoir une influence non négligeable sur l'évolution des instruments internationaux portant sur la gestion de l'eau. Tel est le cas de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, plus connue sous le nom de *Convention de New York*, signée en 1997⁶³.

⁶³ Lasserre et Cardenas, *supra* note 22.

Toutefois, l'évolution dans la gestion des ressources hydriques en Amérique du Nord suit des voies différentes dépendamment de l'accès aux ressources : d'un côté, le contexte de sécheresse extrême et la nécessité de créer un marché pour l'approvisionnement du sud-ouest américano-mexicain, de l'autre, une abondance relative et la prise de conscience pour la protection et préservation de l'eau au nord-est américano-canadien.

Nous constatons que les nouveaux instruments juridiques adoptés aux deux extrêmes du continent diffèrent de façon notable. Au nord-ouest, les parties adoptent la doctrine de la communauté d'intérêts, aussi connue sous le nom de doctrine des États côtiers, qui comprend un modèle de gestion commune du bassin pour préserver l'eau et interdire les exportations. En revanche, la région sud-ouest du continent adopte un modèle complètement différent, basé sur la création de marchés internationaux et des banques d'eau. Ce dernier modèle soustrait l'eau de son rôle environnemental, social, humain et écologique, et exclut la possibilité de gérer le bassin de façon commune. Certes, on aurait intérêt à uniformiser les normes de gestion des bassins transfrontaliers en s'inspirant de la doctrine de la communauté d'intérêts qui semble prévaloir au nord du continent, plus particulièrement dans le cadre de la gestion de l'eau entre le Canada et les États-Unis. Cependant, force est de constater que le contexte hydrique du sud de l'Amérique du Nord, ainsi que le contexte culturel et économique de cette partie du monde, rend difficile une harmonisation du droit international régional de l'eau dans l'ensemble du continent.

À l'heure actuelle, l'incertitude est un facteur omniprésent tant au nord qu'au sud du continent, notamment à cause des effets néfastes du changement climatique et les dernières élections présidentielles aux États-Unis. Au Nord, le débat tourne autour des effets pervers de la réduction budgétaire des projets visant à protéger la qualité de l'eau et les nouveaux défis que pose le changement climatique. Ces deux facteurs pourraient éventuellement limiter l'application des instruments internationaux adoptés dans les dernières années. Au Sud, les projets mis en place pour le rétablissement des écosystèmes hautement endommagés ont été suspendus et semblent vouloir se développer plutôt timidement. Conjugué à ça, ils existent aussi des incertitudes par rapport aux effets de la création de nouveaux marchés internationaux de l'eau et des impacts des projets d'usines gigantesques de désalinisation de l'eau pour approvisionner notamment les États américains assoiffés en passant, bien entendu, par le territoire mexicain.

En conclusion, les tendances relatives à la gestion et la gouvernance des eaux frontalières en Amérique du Nord ne sont pas uniquement déterminées par le contexte hydrique de chaque région. Il y a aussi une influence tant des relations diplomatiques que de la culture juridique de chaque pays frontalier. Plus encore, la définition juridique qu'on donne à l'eau dans chaque territoire, soit comme une ressource vitale et commune, soit comme un bien économique qui obéit aux lois du marché influence de manière déterminante la gestion des eaux transfrontalières. À ce sujet, nous nous interrogeons si la nouvelle tendance de reconnaître la personnalité juridique aux fleuves, pourrait voir le jour dans ce continent, étant donné que tant au Canada qu'aux

États-Unis, particulièrement en Californie⁶⁴ et en Ohio⁶⁵, les citoyens entreprennent diverses actions afin de reconnaître les fleuves à titre de personne-non humaine. Certes, ce sujet fera l'objet de nos futures recherches.

⁶⁴ Reed D Benson, « Is there a right to life for the Colorado River? » *The Denvers Post*, 15 décembre 2017, en ligne : <www.denverpost.com/2017/12/15/is-there-a-right-to-life-for-the-colorado-river/>.

⁶⁵ Aaron Hutchins, « Why Lake Erie has the same rights as a person in Toledo, Ohio », *Macleans*, 20 mai 2019, en ligne: <<https://www.macleans.ca/society/environment/why-lake-erie-has-the-same-rights-as-a-person-in-toledo-ohio/>>.

LE RECOURS À L'ACCORD MIXTE AU FIL DE L'ÉVOLUTION TEMPORELLE ET MATÉRIELLE DE LA COMPÉTENCE DE L'UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE COMMERCIALE

*France Morrissette**

Cette étude examine l'obligation de recourir à l'accord mixte lorsque l'ex-CE/UE avait allégué sa compétence commerciale exclusive pour conclure un accord. Nous constatons que le contenu matériel de la Politique Commerciale Commune (PCC) a connu une évolution non linéaire au fil des transformations historiques de l'ex-CE/UE, ce qui a eu des répercussions sur l'étendue de sa compétence commerciale exclusive et, conséquemment, sur l'obligation de recourir à l'accord mixte pour ses conventions commerciales. Trois périodes marquent cette transformation de la PCC. La première période connaît un recul de la mixité en matière commerciale grâce à l'*Avis 1/75*, qui affirme que la compétence intrinsèquement exclusive de l'ex-CE en matière de politique commerciale a un contenu identique à celle d'un État souverain, et à l'*Avis 1/78*, qui ajoute que la PCC n'exclut pas les mécanismes évolués du commerce international en se limitant à ses aspects classiques, comme les droits de douane. L'*avis 1/94* commence la deuxième période en écartant de la PCC plusieurs manifestations non traditionnelles du commerce international, tels les droits de propriété intellectuelle. Cette interprétation étroite de la PCC imposera alors la mixité pour la conclusion de plusieurs accords commerciaux communautaires, dont les accords du cycle d'Uruguay. La troisième période débute en 2009 avec l'article 207 TFUE du *Traité de Lisbonne* qui attribue à l'UE une compétence exclusive pour pratiquement tous les sujets de l'OMC que l'*Avis 1/94* avait exclus de la PCC. L'affaire *Daiichi* confirmera cette nouvelle vision de la PCC et elle y établira également les fondements d'un test destiné à préciser les critères de rattachement à cette politique. La troisième période marque donc un retour à une interprétation large de la PCC qui incite à penser qu'il y aura probablement, dans les années à venir, un recul du recours à l'accord mixte pour les accords commerciaux de l'UE.

This study examines the obligation to use the mixed agreement where the EU (ex-EC) had nevertheless asserted its exclusive commercial competence to justify the conclusion of the agreement. The analysis highlights that the material content of the Common Commercial Policy (CCP) has undergone a non-linear evolution in the course of the historical transformations of the EU (ex-EC), which has had repercussions on the extent of its competence in respect of commercial agreements and consequently on the necessity and the frequency of recourse to the mixed agreement for its commercial agreements. The study finds that the transformation of the CCP went through three periods. The first period was marked by a decline in the use of mixed agreements in commercial matters due to *Opinion 1/75* of the ECJ, which declared that the former EC has an intrinsically exclusive competence in matters of commercial policy whose content is identical to that of a sovereign state, and to the *Opinion 1/78*, which added that the CCP cannot exclude the more advanced mechanisms of international trade by limiting itself to its classic aspects (customs duties and non-tariff barriers). The second period begins with *Opinion 1/94* which excludes from the CCP several non-traditional manifestations of international trade (intellectual property rights and certain services). Such a narrow interpretation of the CCP then imposes the mixed procedure for the conclusion of several Community trade agreements, including the Uruguay Round agreements. The third period begins in 2009 with the *Lisbon Treaty* and its article 207 TFEU, which gives the EU exclusive competence for practically all WTO matters that *Opinion 1/94* had excluded from the CCP. The *Daiichi* affair confirms this new vision of the CCP and also establishes the foundations of a test intended to specify the connecting factors to this policy. The third period therefore marks a return to a broad interpretation of the CCP which suggests the probability of a decline in the use of the mixed agreement for EU trade agreements in the coming years.

En este estudio, hemos optado por examinar la obligación de utilizar el acuerdo mixto cuando la UE (ex-CE) ha alegado su competencia comercial exclusiva para justificar la conclusión del acuerdo. Nuestro análisis

* Professeure de droit international à la Section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

destaca que el contenido material de la Política Comercial Común (PCC) ha experimentado una evolución no lineal sobre las transformaciones históricas de la UE (ex-CE), lo que ha tenido repercusiones en el alcance de su competencia comercial exclusiva y, por consiguiente, en la necesidad y la frecuencia de recurrir al acuerdo mixto para sus acuerdos comerciales. Descubrimos que la transformación de la PCC ha pasado por tres períodos. El primer período estuvo marcado por una disminución del carácter mixto de los asuntos comerciales debido al *Dictamen 1/75*, que establece que la antigua CE tiene una competencia intrínsecamente exclusiva en asuntos de política comercial, cuyo contenido es idéntico al de un Estado soberano, y al *Dictamen 1/78*, que agrega que la PCC no puede excluir los mecanismos más avanzados del comercio internacional limitándose a los aspectos clásicos del mismo (aranceles aduaneros y barreras no arancelarias). El segundo período comienza con el *Dictamen 1/94* que excluye de la PCC varias manifestaciones no tradicionales del comercio internacional (derechos de propiedad intelectual y ciertos servicios). Esta interpretación estrecha de la PCC impondrá el procedimiento mixto para la celebración de varios acuerdos comerciales comunitarios, incluidos los acuerdos de la Ronda de Uruguay. El tercer período comienza en 2009 con el artículo 207 del TFUE del *Tratado de Lisboa*, que otorga a la UE una competencia exclusiva para prácticamente todos los asuntos ligados a la OMC que el *Dictamen 1/94* había excluido de la PCC. El asunto *Daiichi* confirmará esta nueva visión de la PCC y también establecerá los fundamentos de una evaluación destinada a especificar los criterios para la adhesión a esta política. Por lo tanto, el tercer período marca el regreso a una interpretación amplia de la PCC que sugiere que probablemente habrá una disminución en el uso del acuerdo mixto para los acuerdos comerciales de la UE en los próximos años.

L'ex-Communauté européenne¹ (ex-CE) et depuis 2009, l'Union européenne² (UE) ont historiquement conclu de nombreux traités en matière commerciale soit comme seul partenaire avec des États tiers, soit sous la forme d'un accord mixte bilatéral entre l'ex-CE ou l'UE (Ex-CE/UE) et ses États membres, d'une part, et, les États tiers, d'autre part, ou soit sous la forme d'un accord mixte multilatéral avec l'ex-CE/UE, ses États membres et les tiers y participant sur un pied d'égalité. Dans la présente étude, nous concentrerons notre attention sur la participation conjointe bilatérale ou multilatérale de l'Ex-CE/UE et des États membres, au processus de conclusion d'une convention mixte dans les cas où elle est requise parce que celle-ci traite d'un sujet dont certains éléments relèvent de la compétence de l'Ex-CE/UE alors que d'autres tombent encore sous la juridiction des États membres³. Le recours à l'accord mixte emporte avec lui des conséquences de nature procédurale importantes, ce qui freine l'action internationale de l'UE. Ainsi, selon la pratique actuelle, l'ex-CE/UE doit attendre avant de déposer son instrument de ratification d'une convention mixte, que tous ses États membres aient déposé leur propre instrument de ratification conformément aux exigences de leur constitution respective. Avec le nombre croissant des États membres de l'ex-CE/UE, certains auteurs soulignèrent que le processus de conclusion des conventions mixtes pouvait prendre jusqu'à trois années au minimum pour être complété⁴. De plus, au niveau du droit de l'UE, l'obligation de coopérer entre l'ex-CE/UE et ses États membres, consignée à l'article 4 (3) du *Traité sur l'Union européenne (TUE)*, tel que modifié par le *Traité de Lisbonne (TL)*, devient, dans le contexte d'une convention mixte, essentiel selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'ex-CE/UE (Cour européenne de justice ou CEJ) et ce, tant au

¹ L'ex-Communauté européenne représenta l'ex-premier pilier de l'Intégration européenne (IE) sous le *Traité sur l'Union européenne (TUE)*, 7 février 1992, JO, C 191 (entrée en vigueur : 1er novembre 1993) [*Traité de Maastricht (TM)*], le *Traité d'Amsterdam*, le 2 octobre 1997, JO, C 340 (entrée en vigueur : 1er mai 1999) [*Traité d'Amsterdam (TA)*] et le *Traité de Nice*, 26 février 2001, JO, C 80 (entrée en vigueur : 1er février 2003) [*Traité de Nice (TN)*]. Il était régi par le *Traité instituant la Communauté européenne (TCE)*, désigné ci-après, selon le traité susmentionné en vigueur : *TCE (TM)*, *TCE (TA)* et *TCE (TN)*. Le *Traité instituant la communauté économique européenne (TCEE)*, 25 mars 1957, JO, C 325 (entrée en vigueur : 1er janvier 1958) [*Traité de Rome (TR)*] créa l'ancêtre de la CE, soit la Communauté économique européenne (CEE).

² En 2009, le *Traité de Lisbonne*, 13 décembre 2007, JO C 306 (entrée en vigueur : 1er décembre 2009) [*Traité de Lisbonne (TL)*] intégra les trois ex-piliers de l'IE (soit l'ex-premier pilier : la CE; l'ex-deuxième pilier : la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne (PESC) et l'ex-troisième pilier : la Cour permanente de justice internationale (CPJI) dans une structure juridique unique désignée sous le nom d'UE. Cette dernière est régie par le *TUE* tel que modifié par le *TL*, ci-après *TUE (TL)*, et par le *Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)*, 25 mars 1957, JO C 83 (entrée en vigueur : 1er janvier 1958) [*Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)*]. Sous le *TM*, le *TA* et le *TN*, l'IE relative aux piliers PESC et CPJI était également régie par un *Traité sur l'Union européenne (TUE)*, désigné ci-après, selon le traité susmentionné en vigueur : *TUE (TM)*, *TUE (TA)* et *TUE (TN)*.

³ Le type d'accord mixte (parfois désigné accord mixte classique) auquel nous référerons souvent correspond à cette définition. L'accord mixte représente un phénomène complexe qui se décline sous différentes facettes qui dépassent le cadre de la présente étude. À cet égard, voir, Christophe Hillion et Panos Koutrakos, *Mixed Agreements Revisited : The EU and its Member States in the World*, Oxford, Hart Publishing, 2010 [Hillion et Koutrakos]; Eleftheria Neframi, *Les accords mixtes de la Communauté européenne : aspects communautaires et internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2007 [Neframi, *Accords*].

⁴ Pieter Jan Kuijper et al, *The Law of EU External Relations*, 2^eéd, Oxford, Oxford University Press, 2015 à la p 157.

niveau de la négociation, de la conclusion et de l'exécution des obligations qui découlent de tels traités⁵.

Bien entendu, l'emploi de l'accord mixte ne s'est pas limité historiquement aux seuls cas où la compétence commerciale de l'ex-CE/UE était en jeu. Au contraire, il fut aussi beaucoup utilisé lors de conventions traitant de sujets relevant de la compétence ex-concurrente ou partagée générale⁶ de l'ex-CE/UE, lesquels n'avaient pas encore fait l'objet d'une « préemption complète » en raison de l'action législative de l'ex-CE/UE⁷. Toutefois, comme l'exercice de la compétence commerciale fut, à notre avis, capital pour la reconnaissance de l'ex-CE/UE comme acteur international incontournable, nous avons choisi, dans la présente étude, de nous limiter à examiner le recours à l'accord mixte classique dans les situations où la compétence commerciale de l'ex-CE/UE fut notamment alléguée et ce, au fil de l'évolution temporelle et matérielle de celle-ci.

I. La compétence commerciale de l'ex-CE/UE : une compétence d'attribution intrinsèquement exclusive

Depuis le *TL*, les articles 3 (1) (e) et 207 du *Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)*⁸ confèrent à l'UE le pouvoir d'attribution intrinsèquement exclusif de conclure seule des accords avec des États tiers dans des matières relevant de la politique commerciale commune (PCC) européenne⁹. Toutefois, c'est l'*Avis de la Cour du 11 novembre 1975 - Arrangement concernant une norme pour les dépenses*

⁵ Panos Koutrakos, *EU International Relations Law*, 2^e éd, Oxford, Hart Publishing, 2015 aux pp 182, 196 [Koutrakos, *EU International* (2)]; Piet Eeckhout, *EU External Relations Law*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2011 aux pp 241-266 [Eeckhout, *EU External Relations*].

⁶ Depuis le *TL*, une compétence est partagée générale (auparavant ex-concurrente) entre l'UE et les États membres quand ces derniers demeurent compétents à l'interne et à l'externe dans le domaine concerné jusqu'à l'intervention législative de l'UE dans ledit domaine. Les compétences partagées générales (se trouvant à *TFUE*, *supra* note 2, arts 4 (1), (2)) exercées par l'UE deviennent exclusives par acquisition pour celle-ci, dans les limites et selon les modalités de son exercice. Jean-Luc Sauron, *Comprendre le traité de Lisbonne*, Paris, Gualino, 2008 aux pp 86-88.

⁷ L'exercice par l'UE de ses pouvoirs partagés généraux instaure un système évolutif et graduel de transfert de compétences exclusives par acquisition interne et implicites externes en faveur de l'UE. Le concept de préemption intervient pour préciser l'aire de compétences exclusives internes et implicites externes de l'UE, de laquelle les États membres sont exclus entièrement, auquel cas il y a préemption complète, ou en partie uniquement, auquel cas il y a préemption limitée. Voir Neframi, *Accords*, *supra* note 3 aux pp 30-141. Pour l'origine de la théorie des compétences exclusives par acquisition de l'UE, codifiée dans *TFUE*, *supra* note 2, art 3 (2) (en 3 situations possibles), voir notamment *Commission des Communautés européennes c Conseil des Communautés européennes, accord européen sur les transports routiers*, C-22/70, [1971] ECR I-00263 [AETR]; *Avis de la Cour du 26 avril 1977 – Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2 du traité CEE – Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure*, C-1/76 [1977] ECR I-00741 [Avis 1/76].

⁸ *TCEE-TCE (TM)*, *supra* note 2, ex-art 113, *TCE (TA)-TCE (TN)*, *supra* note 1, art 133. *TCE* désignera parfois les dispositions quasi identiques du *TCEE* et du *TCE (TM)*.

⁹ *TFUE*, *supra* note 2, arts 206-207.

locales élaborée dans le cadre de l'OCDE (*Avis 1/75*)¹⁰, en date du 11 novembre 1975, qui a reconnu un tel effet à l'ex-article 113 du *Traité instituant la communauté économique européenne (TCEE)* (actuellement, art 207 *TFUE*), en raison « de la manière dont la [PCC] est conçue par le traité »¹¹. Voyons d'abord le contexte qui a conduit la Cour à conclure de la sorte.

Cette affaire porte sur un projet d'arrangement concernant la définition d'une norme à respecter pour l'octroi de crédits publics à l'exportation couvrant les dépenses locales. Ce projet était destiné à être mis en vigueur par le biais d'une résolution obligatoire du conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Sur la base de l'ex-article 228 (1) al 2 *TCEE*¹², la Commission avait alors saisi la CEJ d'une demande d'avis préalable sur la question de la compétence de l'ex-Communauté pour conclure un tel arrangement.

Dans son *Avis*, la Cour décrète que l'ex-CEE possède un tel pouvoir en vertu de l'ex-article 113 *TCEE*. Selon la CEJ, la matière réglée par l'arrangement de l'OCDE considéré en l'espèce, relève sans aucun doute de la catégorie des aides à l'exportation visée à l'ex-article 112 *TCEE*¹³; lequel reconnaît une compétence communautaire en la matière. De plus, le domaine de la politique d'exportation, énuméré expressément à l'ex-article 113 *TCEE* en tant qu'élément d'une PCC communautaire englobe nécessairement les aides à l'exportation et plus particulièrement le projet susmentionné de l'OCDE. Par conséquent, conclut la Cour, celui-ci relève de la PCC de l'ex-CEE telle que définie à l'ex-article 113¹⁴. Pour la CEJ, de telles mesures concernant les crédits à l'exportation « constituent, en fait, un élément important de la politique commerciale dont la notion a le même contenu, qu'elle s'applique dans la sphère d'action internationale d'un État ou dans celle de la Communauté »¹⁵. En outre, ajoute la Cour, cette notion de PCC permet à la Communauté non seulement d'adopter, sur la base de l'ex-article 113, des règles autonomes de droit communautaire¹⁶, mais aussi de conclure des conventions avec les États tiers, comme celle dont il est question en l'occurrence¹⁷.

Après ces quelques précisions sur le contenu de l'ex-article 113, la CEJ souligne le caractère intrinsèquement exclusif de la compétence communautaire fondée

¹⁰ *Avis de la Cour du 11 novembre 1975 - Arrangement concernant une norme pour les dépenses locales élaborée dans le cadre de l'OCDE- Procédure de l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2 du traité CEE*, C-1/75, [1975] ECR I-1355 [*Avis 1/75*].

¹¹ *Ibid* point B-2 au para 1.

¹² Actuel *TFUE*, *supra* note 2, art 218 (11).

¹³ *TL*, *supra* note 2, art 2 (112). L'article 2 (112) *TL* abrogea cette disposition (devenue *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-art 132.

¹⁴ *Avis 1/75*, *supra* note 10 point B-1 au para 7.

¹⁵ *Ibid* au para 5.

¹⁶ Les mesures de sauvegarde, les mesures compensatoires en cas de subventions et les droits antidumping en cas de dumping en sont des exemples. Sur ce sujet voir, Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 447-458; Philippe C Schmitter et Catherine Smits, « La politique commerciale commune et les accords commerciaux » dans Jean-Victore Louis et Marianne Dony, dir, *Commentaire J Mégret: Le droit de la CE et de l'Union européenne, Relations extérieures*, vol 12, 2e éd, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, 215 aux pp 250-256 [Schmitter et Smits].

¹⁷ *Avis 1/75*, *supra* note 10 point B-1 au para 10.

sur cette disposition. Pour la Cour, la PCC est conçue par l'ex-article 113 « dans la perspective du fonctionnement du marché commun pour la défense de l'intérêt global de la Communauté »¹⁸. Ce caractère fondamental de la PCC fait que, dans un domaine comme celui réglé par l'arrangement de l'OCDE, dont il est question en cette affaire, « [l']action unilatérale des États membres risquerait en effet d'aboutir à des disparités, dans les conditions d'octroi du crédit à l'exportation, de nature à fausser la compétition des entreprises des différents États membres sur les marchés extérieurs »¹⁹.

« On ne saurait dès lors admettre [qu']il y ait [dans le domaine susmentionné] une compétence des États membres parallèle à celle de la communauté, dans l'ordre communautaire aussi bien que dans l'ordre international »²⁰.

Selon la Cour, la nature intrinsèquement exclusive de l'ex-article 113 ne serait, en outre, aucunement affectée par le fait que les obligations financières entraînées par l'exécution de l'arrangement de l'OCDE en cause soient directement à la charge des États membres et non de la Communauté²¹. La Cour exclut donc ici le recours à l'accord mixte malgré cette implication claire des États membres²². La CEJ pousse même la nature intrinsèquement exclusive de cette compétence communautaire en lui reconnaissant la prépondérance, si des produits soumis au *Traité CECA*²³ étaient touchés par le projet susmentionné de l'OCDE. Pour la Cour, l'ex-article 71 du *Traité CECA*, qui sauvegarde la compétence des États membres sur de tels produits, ne saurait rendre inopérants les ex-articles 113 et 114 *TCEE*²⁴ et affecter la compétence de l'ex-communauté de négocier et de conclure des accords internationaux relevant de la PCC²⁵.

La nature intrinsèquement exclusive du pouvoir de l'UE sur la PCC fut donc établie assez tôt dans l'histoire de l'UE²⁶. Cette compétence d'attribution exclusive fut reconnue par la jurisprudence comme étant totale et *ab initio*, en ce sens que les États membres ne peuvent adopter aucune mesure unilatérale interne ou conventionnelle dans les matières qui relèvent de la PCC et ce, même si l'UE n'a pas encore exercé sa

¹⁸ *Ibid* point B-2 au para 4. La politique commerciale commune (PCC) vise l'uniformisation des règles relatives aux relations commerciales extérieures de l'ex-CE/UE et la suppression des différences normatives entre les États membres qui pourraient causer des distorsions sur le marché interne et externe de l'ex-CE/UE; Voir, Schmitter et Smits, *supra* note 16 aux pp 275-76.

¹⁹ *Avis 1/75*, *supra* note 10 à la p 1364.

²⁰ *Ibid* au point B-2 aux para 6-7.

²¹ *Ibid* au para 9.

²² La Cour changera de position dans *Avis de la Cour du 4 octobre 1979, Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité CEE - Accord international sur le caoutchouc naturel*, C-1/78, [1979] ECR I-2875 [*Avis 1/78*]; Ci-dessous, le texte correspondant aux notes 93 à 109.

²³ *Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, 18 avril 1951, JO, C 33 (entrée en vigueur : 23 juillet 1952) aux para 28-31 [*CECA*]. À noter que ce traité a expiré le 23 juillet 2002.

²⁴ Le *TM*, *supra* note 1, art G (29) (abroge l'ex-art 114 du *TCEE*).

²⁵ *Avis 1/75*, *supra* note 10 point B-2 aux para 10-12.

²⁶ *Ibid*. L'*Avis 1/75* reconnaît la compétence exclusive de l'ex-CEE de conclure des traités concernant la PCC. Sa compétence exclusive d'adopter des mesures autonomes internes de PCC fut proclamée dans l'affaire 41/76; *Suzanne Donckerwolcke épouse Criel et Henri Schou c Procureur de la République au tribunal de grande instance de Lille et Directeur général des douanes et droits indirects*, C-41/76, [1976] ECR I-1921; Voir également, Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 274.

compétence²⁷. Cela signifie également que contrairement à une compétence externe implicite²⁸, l'article 207 *TFUE* autorise l'UE à conclure des conventions même dans des domaines qui n'ont pas encore fait l'objet d'une réglementation interne²⁹. Cela étant bien établi, c'est donc plutôt au niveau de l'étendue de la PCC que les questions se posèrent et continuent de se poser. En effet, il fut vite évident qu'une interprétation large des domaines couverts par celle-ci aurait pour effet de réduire d'autant le contrôle des États membres sur leur commerce extérieur et d'accroître d'autant les pouvoirs de l'UE sur celui-ci³⁰, ce qui ne pouvait que soulever la controverse et des opinions divergentes sur le sujet. En septembre 1986, la polémique atteignit son paroxysme au début des négociations du cycle d'Uruguay³¹. Ces dernières portaient effectivement sur plusieurs projets de conventions, dont l'*Accord général sur le commerce des services (GATS)*³² et l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou TRIPS)*³³, à propos desquels on se demandait si l'ex-CE avait la compétence nécessaire pour les conclure seule au titre de l'ex-article 113 *TCE (TM)* ou si ses États membres devaient se joindre à elle pour procéder à leur conclusion sous la forme d'accords mixtes.

II. L'étendue matérielle de la PCC : une détermination essentielle pour justifier le recours à l'accord mixte avant le *Traité de Lisbonne (TL)*

Puisque les États membres perdent tout pouvoir d'agir dans leur ordre juridique interne ou par convention internationale dans les matières visées par la PCC, l'histoire de l'ex-CE/UE sera marquée par le souci de préciser le plus exactement possible l'étendue des activités qui relèvent conséquemment de cette compétence d'attribution intrinsèquement exclusive. Pour certaines instances européennes, cet exercice, nous le verrons, visait pour beaucoup à réduire l'obligation de recourir à la mixité conventionnelle.

Très tôt dans l'histoire de l'ex-CE/UE, la Commission et le Conseil ont donc élaboré leurs propres thèses au sujet de la portée de la PCC, auxquelles s'est ajoutée la jurisprudence de la Cour européenne de justice sur la question. Notons ici que la

²⁷ Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 275.

²⁸ Voir *supra* notes 6 et 7.

²⁹ Schmitter et Smits, *supra* note 16 aux pp 251-56.

³⁰ Panos Koutrakos, *EU International Relations Law*, 1^{ère} éd, Portland, Hart Publishing, 2006 à la p 33 [Koutrakos, *EU International* (1)].

³¹ Organisation mondiale du commerce, « Éléments essentiels : Le Cycle d'Uruguay » (23 septembre 2019), en ligne : OMC <www.wto.org/French/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact5_f.htm>.

³² *Accord général sur le commerce des services, Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 219 (entrée en vigueur : 15 avril 1995).

³³ Acronymes français et anglais de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 332 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*Accord sur les ADPIC*].

jurisprudence, dont nous traiterons dans les rubriques subséquentes, porte tant sur les mesures autonomes internes que sur les conventions adoptées au titre de la PCC. Comme la CEJ l'a très bien souligné dans l'*Avis 1/75* : « Une politique commerciale est en effet édiflée par le concours et l'interaction de mesures internes et externes, sans qu'il y ait priorité pour les unes ou les autres : tantôt [...] les accords constituent l'exécution d'une politique préalablement fixée, tantôt la politique est définie par les accords mêmes »³⁴.

Ainsi, bien que notre étude vise à mesurer le recours à l'accord mixte au fil de l'évolution historique de l'étendue du pouvoir exclusif européen de conclure des conventions relevant de la PCC, une telle analyse ne peut pas s'effectuer en excluant entièrement l'aspect interne de cette dernière.

A. L'étendue matérielle de la PCC selon la Commission et le Conseil

Très tôt, la Commission adopta une conception instrumentale de la PCC alors que celle du Conseil fut finaliste. Ces deux thèses illustrent le conflit historique entre la position progressiste de la Commission et l'attitude défensive du Conseil envers l'intégration européenne³⁵. Pour le Conseil, l'objectif poursuivi représente l'unique critère qui détermine si un domaine se rattache ou non à la PCC. Suivant la théorie finaliste du Conseil, seules les mesures qui ont pour but d'influencer le volume ou le courant des échanges avec les États tiers relèvent de la politique commerciale. Pour la Commission, les mesures de PCC constituent plutôt des instruments qui, en raison de leur nature spécifique, ont pour effet de réglementer le commerce international³⁶. D'après la Commission, « la finalité liée à l'utilisation de ces instruments serait sans importance »³⁷.

Certains auteurs estimèrent à l'époque que la thèse de la Commission était trop extensive. Ils notèrent effectivement qu'en vertu de la théorie de la Commission, une mesure, comme une restriction à l'importation, qui par sa nature même réglemente le commerce international, relèverait toujours de l'ex-article 113 *TCEE*, même si l'objectif poursuivi était par exemple la protection de l'environnement ou de la santé publique. Ils critiquèrent également la thèse du Conseil comme étant trop restrictive³⁸, notamment puisque des mesures inhérentes à toute politique commerciale, comme les règles relatives à l'origine des biens, ne relèveraient probablement pas de la PCC, « *since it would more than often be difficult to affirm that they aim at influencing the*

³⁴ *Avis 1/75*, *supra* note 10 à la p 1363.

³⁵ Peter Gilsdorf, « Portée et délimitation des compétences communautaires en matière de politique commerciale » (1989) 20:326 *R du Marché Commun* 195 à la p 196 [Gilsdorf].

³⁶ *Ibid*; Christiaan Willem Anton Timmermans, « La libre circulation des marchandises et la politique commerciale commune » dans Paul Demaret dir, *Relations extérieures de la Communauté européenne et marché intérieur : aspects juridiques et fonctionnels*, Bruxelles, E Story-Scientia, série collège d'Europe 1988 à la p 94 [Timmermans « Libre »].

³⁷ Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 147.

³⁸ Timmermans « Libre », *supra* note 36 à la p 95; Gilsdorf, *supra* note 35 aux pp 196-97.

*volume or pattern of trade*³⁹ ». Cela dit, il faut souligner ici qu'avec les années « ni la Commission ni le Conseil n'ont strictement adhéré respectivement à la thèse de l'instrument et à celle de l'objectif⁴⁰ ».

Voyons maintenant dans quelle mesure la CEJ s'est alignée sur la position de la Commission ou sur celle du Conseil et comment, par ses décisions et avis principaux, elle a défini la PCC de l'ex-CE/UE et précisé en conséquence les conditions du recours à la mixité conventionnelle.

B. L'évolution de la jurisprudence antérieure au *TL* sur l'étendue de la politique commerciale commune

Après l'*Avis 1/75*, qui a reconnu le caractère intrinsèquement exclusif de l'ex-article 113 *TCEE* (actuellement, art 207 *TFUE*)⁴¹, la jurisprudence de la CEJ s'inscrit globalement dans deux courants distincts qui ont eu un impact sur l'obligation de recourir à la mixité et dont l'évolution ne fut pas nécessairement toujours parfaitement chronologique et linéaire⁴². D'abord, une tendance où la Cour adopte une interprétation large de la PCC, qui fut marquée au début par l'espoir soulevé par l'*Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité CEE - Accord international sur le caoutchouc naturel (l'Avis 1/78)*⁴³, et l'autre courant, d'origine plus récente, où la PCC reçoit une acception restrictive, que l'*Avis de la Cour du 15 novembre 1994 - Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle (Avis 1/94)*⁴⁴ plaça sous le signe de l'espoir déçu⁴⁵.

1. L'*AVIS 1/78* ET SES RÉPERCUSSIONS

a) *L'espoir soulevé par une interprétation large de la PCC dans l'Avis 1/78*

En réponse à une demande de la Commission fondée sur l'ex-article 228 (1) al 2 *TCEE*, la CEJ rend l'*Avis 1/78*⁴⁶ le 4 octobre 1979. La Commission s'interrogeait

³⁹ Jacques H J Bourgeois, « The Common Commercial Policy - Scope and Nature of the Powers » dans Edmond L M Völker, dir, *Protectionism and the European Community*, 2^e éd, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987, 1 à la p 5 [Bourgeois, « Common »].

⁴⁰ Paul Demaret, « La politique commerciale : perspectives d'évolution et faiblesses présentes » dans Jürgen Schwarze et Henry G Schermers dir, *Structure and Dimensions of European Community Policy*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, 69 à la p 72.

⁴¹ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 18-25; *TFUE*, supra note 2 art 207.

⁴² Panos Koutrakos, « Legal Basis and Delimitation of Competence in EU External Relations » dans Marise Cremona et Bruno De Witte, dir, *EU Foreign Relations Law, Constitutional Fundamentals*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2008, 171 aux pp 175-76 [Koutrakos, « Legal Basis »].

⁴³ Neframi, *Accords*, supra note 3 à la p 150.

⁴⁴ *Avis de la Cour du 15 novembre 1994 - Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle - Procédure de l'article 228, paragraphe 6, du traité CE*, C-1/94 [1994] ECR I-05267 [*Avis 1/94*].

⁴⁵ Schmitter et Smits, supra note 16 à la p 233.

⁴⁶ *Avis 1/78*, supra note 22; Actuellement *TFUE*, supra note 2, art 218 (11), équivaut à *TCEE*, supra note 1, ex-art 228 (1) al 2.

alors sur la compétence de la CEE pour conclure l'*Accord international sur le caoutchouc naturel* qui était en cours de négociation dans le cadre de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)⁴⁷. En cette affaire, la Commission alléguait que la CEE avait un tel pouvoir intrinsèquement exclusif en vertu de l'ex-article 113 *TCEE*, car conformément à sa thèse, l'accord en question avait pour caractère spécifique de constituer un instrument de réglementation du commerce international⁴⁸. Le Conseil, par ailleurs, soutenait que cette convention devait être conclue en tant qu'accord mixte⁴⁹, car elle faisait intervenir étroitement des compétences des États membres avec des compétences de la CEE. Cet accord, selon sa thèse, n'avait pas pour seul objet d'influencer le volume ou le courant des échanges au sens de l'ex-article 113 *TCEE*. Il concernait plutôt l'aide au développement⁵⁰, la politique d'approvisionnement en matières premières et la politique de défense, pour laquelle le caoutchouc représente un produit stratégique. Or, ajoutait-il, de telles politiques requéraient encore l'intervention des États membres⁵¹.

En l'espèce⁵², la CEJ n'a pas tranché clairement entre la théorie instrumentale de la Commission et la thèse finaliste du Conseil. Dans le cours de son raisonnement, elle y mêla plutôt les deux⁵³, pour en arriver à donner une interprétation large de l'ex-article 113 *TCEE*, ce qui devait susciter beaucoup d'espoir chez les tenants d'une PCC étendue, surtout à l'occasion des négociations commerciales du cycle d'Uruguay⁵⁴. Un tel espoir se justifiait d'autant plus que la conséquence immédiate de l'*Avis 1/78* fut la conclusion de la plupart des accords du cycle de Tokyo⁵⁵ par la CEE agissant seule sur la base de l'ex-article 113, sans la participation des États membres⁵⁶.

Ainsi, dans l'extrait qui suit de l'*Avis 1/78*, la CEJ adopta, selon nous, l'approche instrumentale pour interpréter largement l'ex-article 113 *TCEE* :

On ne saurait [...] limiter la politique commerciale commune à l'utilisation des instruments destinés à avoir une prise sur les seuls aspects traditionnels du commerce extérieur à l'exclusion de mécanismes plus évolués, tels qu'ils apparaissent dans l'accord envisagé⁵⁷.

⁴⁷ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, « About UNCTAD » (25 septembre 2019), en ligne : CNUCED <www.unctad.org/fr/Pages/aboutus.aspx>; *Accord international de 1987 sur le caoutchouc naturel*, 20 mars 1987, 1521 RTNU 112 (entrée en vigueur : 29 décembre 1988).

⁴⁸ *Avis 1/78*, *supra* note 22 aux para 2, 38.

⁴⁹ *Ibid* au para 2.

⁵⁰ Relevant d'un nouveau titre de compétence depuis le *TM*, *supra* note 1, arts 130 (u)-130 (y) *TCE (TM)*, actuellement *TFUE*, *supra* note 2, arts 208-11.

⁵¹ *Avis 1/78*, *supra* note 22 aux para 39-40.

⁵² Neframi, *Accords*, *supra* note 3 aux pp 149-50.

⁵³ Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 270.

⁵⁴ Lors du cycle d'Uruguay (1986-1993), cette interprétation large de la PCC suscita des inquiétudes chez les États membres de l'ex-CE.

⁵⁵ Le cycle de négociations commerciales de Tokyo (1973-1979) a précédé le cycle d'Uruguay.

⁵⁶ Claus-Dieter Ehlermann, « The Scope of Article 113 of the EEC Treaty » dans *Études de droit des communautés européennes : Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, 145 à la p 151.

⁵⁷ *Avis 1/78*, *supra* note 22 au para 44.

L'énumération, dans l'article 113, des objets de la politique commerciale est conçue comme une énumération non limitative⁵⁸.

[Elle] ne doit pas, en tant que telle, fermer la porte à la mise en œuvre, dans un cadre communautaire, de tout autre procédé [la constitution d'un stock régulateur]⁵⁹ destiné à régler les échanges extérieurs⁶⁰.

À cette étape de l'avis, il est évident que, pour la Cour, ledit *Accord sur le caoutchouc naturel* relevait de la PCC et que, par conséquent, la CEE était donc, en principe⁶¹, exclusivement compétente pour le conclure seule sans la participation de ses États membres à ses côtés⁶². Toutefois, le raisonnement de la CEJ ne s'arrêta pas là. Elle le compléta, nous semble-t-il, en épousant cette fois l'optique finaliste. Nous en tenons pour preuve l'énoncé qui suit :

la présence éventuelle, dans l'accord, de clauses concernant [...] les programmes de recherche, les conditions de travail [...] susceptibles d'avoir une incidence sur le prix du caoutchouc, ne sauraient modifier la qualification de l'accord, qui doit être faite en considération de l'objet essentiel de celui-ci⁶³ [équilibrer l'offre et la demande de caoutchouc]⁶⁴ et non en fonction de clauses particulières, de caractère somme toute accessoire ou auxiliaire⁶⁵.

Pour la Cour, les répercussions de cette convention notamment sur la politique d'approvisionnement en matières premières, l'aide au développement, la politique des prix et la politique de défense des États membres ne constituaient conséquemment pas des raisons « d'exclure de tels objets du champ d'application des règles relatives à la politique commerciale commune »⁶⁶.

b) *Une PCC non traditionnelle dans la jurisprudence postérieure à l'Avis 1/78*

L'affaire 45/86 (Préférences) du 26 mars 1987⁶⁷ s'inscrit entièrement dans la voie tracée par l'*Avis 1/78* en donnant également une interprétation large et évolutive à la PCC⁶⁸. L'arrêt 45/86 (Préférences) répondait à un recours de la Commission, en vertu

⁵⁸ *Ibid* au para 45.

⁵⁹ *Ibid* au para 21.

⁶⁰ *Ibid* au para 45; Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 150.

⁶¹ Toutefois, l'*Accord sur le caoutchouc naturel* pourrait être mixte si les États membres finançaient le stock. Voir *Avis 1/78*, *supra* note 22 aux para 28-31.

⁶² *Ibid* aux para 59 et 63.

⁶³ *Ibid* au para 56.

⁶⁴ *Ibid* au para 20.

⁶⁵ *Ibid* au para 56; Voir Timmermans « Libre », *supra* note 36 à la p 95.

⁶⁶ *Avis 1/78*, *supra* note 22 au para 49.

⁶⁷ *Commission des Communautés européennes c Conseil des Communautés européennes*, C-45/86, [1987] ECR I-01493 [*Commission c Conseil*]; Le Système généralisé de préférences (SGP), instauré par la CNUCED en 1968, permet aux pays industrialisés d'octroyer individuellement des préférences tarifaires, sans réciprocité ni discrimination, souvent sur les produits manufacturés et semi-finis des pays en voie de développement (PVD); Voir, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, « About GSP » (25 septembre 2019), en ligne : *CNUCED* <www.unctad.org/en/pages/ditc/gsp/about-gsp.aspx>.

⁶⁸ Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 22-23.

de l'ex-article 173 al 1 *TCEE*⁶⁹, qui visait l'annulation des règlements numéros 3599/85 et 3600/85 du Conseil portant application de certaines préférences tarifaires généralisées pour l'année 1986⁷⁰. Pour la Commission, le Conseil était compétent pour adopter de tels règlements sur la base du seul ex-article 113⁷¹. Le Conseil admettait que les préférences tarifaires prévues par les règlements susmentionnés équivalaient à des modifications tarifaires au sens de cette disposition. Toutefois, ajoutait le Conseil, comme les règlements litigieux poursuivaient aussi des objectifs importants de politique de développement, la mise en œuvre d'une telle politique débordait du cadre de l'ex-article 113 et exigeait de recourir aussi à l'ex-article 235 *TCEE*⁷².

En l'espèce, la CEJ donne entièrement raison à la Commission. La Cour souligne d'abord « que la notion de politique commerciale a le même contenu, qu'elle s'applique dans la sphère d'action internationale d'un État ou dans celle de la Communauté »⁷³, rappelant en cela l'*Avis 1/75*⁷⁴. Elle note ensuite qu'en raison principalement des travaux de la CNUCED, le lien entre le commerce et le développement s'est progressivement établi dans la société internationale, comme en témoigne l'insertion de la Partie IV dans l'*Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce (GATT)*⁷⁵. Pour la CEJ, le système généralisé de préférences élaboré par la CNUCED, qui a servi de modèle au système communautaire, est le résultat de cette conception nouvelle des relations commerciales internationales faisant une large place à des objectifs de développement⁷⁶. Pour terminer, la Cour, s'appuyant sur l'*Avis 1/78*, affirme que le lien avec le développement ne fait pas échapper un acte de l'ex-article 113 *TCEE*. À son avis, les dispositions du *TCEE* relatives à la PCC non seulement permettent, mais doivent pour garder leur sens, tenir compte des conceptions nouvelles de la société internationale qui étendent les moyens d'action au-delà des instruments traditionnels du commerce extérieur⁷⁷.

Le 29 mars 1990, la CEJ rend l'arrêt *République hellénique c Conseil des Communautés européennes (Tchernobyl)*⁷⁸ qui, sans référer expressément à l'*Avis 1/78*, témoigne aussi d'une vision large de l'ex-article 113 *TCEE*. En l'espèce, la Cour devait

⁶⁹ Actuellement, *TFUE*, *supra* note 2, art 263 al 2.

⁷⁰ *Commission c Conseil*, *supra* note 67 au para 1; CE, *Règlement (CEE) 3599/85 du Conseil du 17 décembre 1985 portant application de préférences tarifaires généralisées pour l'année 1986 à certains produits industriels originaires de pays en voie de développement*, [1985] JO, L 352/1; CE, *Règlement (CEE) no 3600/85 du Conseil du 17 décembre 1985 portant application de préférences tarifaires généralisées pour l'année 1986 aux produits textiles originaires de pays en voie de développement*, [1985] JO, L 352/107.

⁷¹ *Commission c Conseil*, *supra* note 67 au para 14.

⁷² *Ibid* aux para 10 et 14; Actuellement à *TFUE*, *supra* note 2, art 352.

⁷³ *Ibid* au para 16.

⁷⁴ *Avis 1/75*, *supra* note 10 point B-1 au para 5.

⁷⁵ *Commission c Conseil*, *supra* note 67 au para 17; La Partie IV de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187 (entrée en vigueur: 1er janvier 1948), art XXXVI-XXXVIII [*GATT*] intitulée « Commerce et développement », fut ajoutée au *GATT* en 1966, sous la pression de la CNUCED. Elle prévoit l'application du principe de non-réciprocité lors des négociations commerciales avec les PVD.

⁷⁶ *Ibid* au para 18.

⁷⁷ *Ibid* aux para 19-20.

⁷⁸ *République hellénique c Conseil des Communautés européennes*, C-62/88, [1990] ECR I-01527 [*Tchernobyl*].

se prononcer sur une requête, présentée par la Grèce, en vertu de l'ex-article 173 *TCEE*⁷⁹. La République hellénique y demandait l'annulation du règlement no 3955/87 du Conseil « relatif aux conditions d'importations de produits agricoles originaires des pays tiers à la suite de l'accident survenu à la centrale nucléaire de Tchernobyl »⁸⁰. Ce règlement avait été adopté sur la base de l'ex-article 113 *TCEE* et il soumettait la « mise en libre pratique de certains produits agricoles originaires des pays tiers au respect de tolérances maximales de contamination radioactive »⁸¹. En cas de non-respect des tolérances maximales, le règlement imposait « de prendre les mesures requises pouvant aller jusqu'à l'interdiction de l'importation des produits en cause »⁸².

Pour la Grèce, le règlement susmentionné visait uniquement à protéger la santé de la population des États membres contre les conséquences de l'accident de Tchernobyl. Il aurait donc dû être fondé notamment sur les ex-articles 130 r et 130 s du *TCEE* relatifs à l'environnement⁸³.

En l'occurrence, la Cour exclut toutefois les ex-articles 130 r et 130 s comme bases juridiques dudit règlement même s'il visait à protéger la santé publique, à savoir l'un des objets de l'action communautaire en matière d'environnement prévu à l'ex-article 130 r (1)⁸⁴. Pour justifier cette exclusion, la Cour s'appuie sur l'ex-article 130 r (2) :

en vertu duquel les exigences en matière de protection de l'environnement sont une composante des autres politiques de la Communauté. Cette disposition qui traduit le principe que toutes les mesures communautaires doivent répondre aux exigences de protection de l'environnement implique qu'une mesure communautaire ne saurait relever de l'action de la communauté en matière d'environnement en raison du seul fait qu'elle tient compte de ces exigences⁸⁵.

Dans l'arrêt *Tchernobyl*, la décision de la CEJ évoque une combinaison des théories de la Commission et du Conseil sur la portée de la PCC. Ainsi, s'appuyant « sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel », la Cour choisit la base juridique du règlement attaqué en fonction notamment de son objectif, tel qu'il est énoncé dans ses considérants, à savoir que la Communauté doit :

veiller [...] à ce que les produits agricoles et transformés, destinés à l'alimentation humaine et susceptibles d'être contaminés, ne soient introduits dans la Communauté que selon des modalités communes et qu'il importe que ces modalités communes sauvegardent [...] l'unicité du marché et préviennent les détournements de trafic⁸⁶.

⁷⁹ Actuellement, *TFUE*, *supra* note 2, art 263.

⁸⁰ *Tchernobyl*, *supra* note 78 au para 1; CE, *Règlement (CEE) n° 3955/87 du Conseil du 22 décembre 1987 relatif aux conditions d'importation de produits agricoles originaires des pays tiers à la suite de l'accident survenu à la centrale nucléaire de Tchernobyl*, [1987] JO, L 371/14.

⁸¹ *Tchernobyl*, *supra* note 78 au para 2.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid* au para 4 ; Actuellement, *TFUE*, *supra* note 2, arts 191-92.

⁸⁴ *Ibid* au para 18.

⁸⁵ *Ibid* au para 20.

⁸⁶ *Ibid* au para 14; Voir également Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 41-42.

La CEJ analyse aussi le contenu des dispositions du règlement en question et elle constate qu'elles ont avant tout pour but d'établir « des règles uniformes en ce qui concerne les conditions dans lesquelles les produits agricoles susceptibles d'être contaminés *peuvent être importés* [nos italiques] dans la Communauté en provenance des pays tiers »⁸⁷. Conséquemment, estime la Cour, les éléments objectifs susmentionnés du règlement analysé, soit son but et son contenu, conduisent à la conclusion qu'il a pour objet de régir les échanges entre la CEE et les pays tiers et qu'il relève donc de l'ex-article 113 *TCEE*⁸⁸.

c) *Remarques sur le recours à la mixité même dans le contexte d'une PCC interprétée largement*

Dans les paragraphes précédents, nous avons constaté la propension de la Cour à interpréter largement l'ex-article 113 depuis l'*Avis 1/78*⁸⁹. Comme nous le verrons, l'*Avis 1/94*⁹⁰, rendu dans le contexte du cycle d'Uruguay⁹¹, s'écartera de cette tendance. La CEJ y modifiera effectivement son point de vue sur le contenu de cette disposition. Ce changement s'explique en grande partie par la multiplicité des sujets abordés dans ce cycle. À cette occasion, le Conseil, le Parlement européen (PE) et plusieurs États membres adoptèrent une attitude négative et méfiante à l'égard d'une PCC jusqu'alors largement interprétée. Ils craignaient que l'ex-Communauté se voit reconnaître la compétence d'attribution intrinsèquement exclusive de conclure une pareille ronde de négociations⁹².

Cela dit, avant de passer à l'analyse de la position modifiée de la CEJ dans l'*Avis 1/94* sur la portée de l'ex-article 113, il convient de signaler l'attitude ambivalente de cette cour même dans le contexte d'une PCC interprétée largement. En effet, dans son *Avis 1/78*, la Cour s'est montrée étonnamment ouverte au recours à la mixité pour un traité qu'elle avait par ailleurs estimé relever de la PCC et par conséquent de la seule compétence de l'ex-CEE.

Dans cet *Avis 1/78*⁹³, la Cour, rappelons-le, affirme clairement que l'*Accord international sur le caoutchouc naturel* de la CNUCED relevait de la compétence intrinsèquement exclusive de l'ex-CEE, selon l'ex-article 113 *TCEE* et ce, d'autant plus si les charges financières prévues par l'accord étaient inscrites au budget communautaire⁹⁴. Toutefois, précise-t-elle, si le financement du stock régulateur créé par l'accord susmentionné devait dépendre des budgets des États membres, la Cour estime alors que cela impliquerait la participation de ces États aux mécanismes

⁸⁷ *Tchernobyl*, *supra* note 78 au para 15.

⁸⁸ *Ibid* au para 16.

⁸⁹ *Avis 1/78*, *supra* note 22.

⁹⁰ *Avis 1/94*, *supra* note 44.

⁹¹ *Cycle d'Uruguay*, *supra* note 31.

⁹² Jacques H J Bourgeois, « The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94: An Echtermach procession » (1995) 32:3 *Common Market L Rev* 763 à la p 786 [Bourgeois, « EC »].

⁹³ *Avis 1/78*, *supra* note 22; Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 46-66.

⁹⁴ *Ibid* aux para 57-59; L'*Avis 1/78*, *supra* note 22 précéda la désignation des responsables du financement du stock régulateur.

décisionnels du stock « ou, à tout le moins, leur accord sur les modalités de financement envisagées et par conséquent leur participation à l'accord ensemble avec la Communauté. Une compétence exclusive de la Communauté ne pourrait être envisagée dans cette hypothèse »⁹⁵.

Plusieurs auteurs émirent alors de vives critiques envers cette partie de l'*Avis 1/78* qui représentait évidemment une réponse pragmatique de la Cour aux pressions internes des États membres de l'ex-CEE. La plus importante, selon nous, tient au fait que l'*Avis 1/78* donne la possibilité aux membres du Conseil de décider de la procédure de conclusion d'un accord, soit par la seule ex-CEE, soit sous la forme d'un « faux accord mixte »⁹⁶, simplement en optant pour un mode de financement plutôt que pour un autre⁹⁷, alors que les dispositions normatives de l'accord relèvent entièrement de la compétence intrinsèquement exclusive de l'ex-CEE. Pour les tenants d'une telle critique, cette faculté du Conseil mettait en danger les pouvoirs externes de l'ex-CEE, en laissant le financement déterminer l'exclusivité de l'intervention plutôt que de laisser l'exclusivité d'une compétence déterminer le responsable du financement⁹⁸. À l'époque, l'*Avis 1/78* eut effectivement pour conséquence de mener à la conclusion, en mars 1981, d'un arrangement entre la Commission et le Conseil, désigné sous le nom de PROBA 20⁹⁹, en vertu duquel toute convention future sur les produits de base relevant du programme intégré de la CNUCED adopté en 1976¹⁰⁰, devrait être conclue sous la forme d'un « faux accord mixte », impliquant l'intervention des États membres aux côtés de l'ex-CEE. Dans le même ordre d'idée, l'arrangement entre le Conseil et la Commission nommée PROBA 33¹⁰¹ organisa l'acceptation conjointe par l'ex-CEE et par les États membres des statuts du Groupe d'étude internationale du nickel (GEIN) ainsi que la participation conjointe de l'ex-CEE et des États membres dans la structure institutionnelle du GEIN. En concluant l'arrangement PROBA 33, la Commission et le Conseil écartèrent ainsi volontairement la question relative à la compétence respective de la CEE et des États membres d'accepter les statuts des différents groupes d'études sur les produits de base et de participer à leurs travaux. Dans le même ordre d'idées, signalons aussi la décision du Conseil concernant la signature et la conclusion de l'*Accord international de 2001 sur le café*¹⁰², adopté sur la base de l'ex-article 133 *TCE (TA)*¹⁰³, qui au point 5 de son préambule stipulait que : « Nonobstant la compétence exclusive de la Communauté en la matière, et afin d'éviter certains problèmes pratiques

⁹⁵ *Ibid* au para 60.

⁹⁶ L'appellation « faux accords mixtes » désigne les conventions, semblables à l'accord de l'*Avis 1/78*, *supra* note 22 qui sont conclues sous la forme mixte alors que leurs dispositions normatives relèvent entièrement de la compétence intrinsèquement exclusive de l'ex-CEE. Voir, Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 222.

⁹⁷ Gilsdorf, *supra* note 35 à la p 204.

⁹⁸ Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 20-21.

⁹⁹ Voir Edmond L M Völker et Jacques Steenbergen, *Leading cases and materials on the external relations law of the EC*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1985 à la p 48.

¹⁰⁰ Dominique Carreau, « Le programme intégré pour les produits de base » (1978) 9:2 *Études int* 194.

¹⁰¹ Voir CE, *Décision 91/537/CEE du Conseil relative à l'acceptation des statuts du groupe d'étude international du nickel*, [1991] JO, L 293/23.

¹⁰² *Accord international de 2001 sur le café*, 28 septembre 2000, 2161 RTNU 308 (entrée en vigueur : 1 octobre 2001).

¹⁰³ Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 207.

temporaires, il y a lieu d'autoriser les États membres à conclure l'accord, parallèlement à la Communauté, et à participer à titre temporaire au nouvel arrangement »¹⁰⁴.

D'aucuns, reprochèrent également à l'*Avis 1/78* de contredire l'*Avis 1/75*¹⁰⁵ où la Cour avait écarté le recours à l'accord mixte¹⁰⁶ malgré l'allégation que les charges financières de l'accord incombaient directement aux États membres¹⁰⁷; opinion qui fut par ailleurs contestée par les auteurs Eeckhout et Neframi qui soulignèrent la différence entre ces deux avis. Selon ses derniers, l'objectif de la convention impliquée dans l'*Avis 1/75* était de mettre un plafond sur les crédits à l'exportation offerts par les États participants, sans les obliger à s'engager dans de telles dépenses, tandis que dans le contexte de l'*Avis 1/78*, les parties à l'accord en cause devaient financer le stock régulateur qui occupait une place centrale et faisait partie de l'objet même de ladite convention, justifiant ainsi sa mixité¹⁰⁸.

Cela étant, notre objectif ici n'est pas de trancher entre les critiques et les justifications doctrinales suscitées après coup par l'*Avis 1/78*. Nous désirons plutôt attirer l'attention sur cette jurisprudence et ces précédents où l'on n'a pas hésité, par pragmatisme et par réalisme politique, à exiger le recours au « faux accord mixte » afin de contenir les tensions internes susceptibles de perturber le bon fonctionnement de l'ex-CE/UE et de maintenir l'harmonie qui doit régner entre ses acteurs¹⁰⁹.

Signalons également que le recours à un « faux accord mixte » dans un domaine relevant d'une compétence intrinsèquement exclusive comme la PCC (ou devenu exclusif par acquisition en raison de la préemption¹¹⁰) s'explique aussi par des facteurs qui sont indépendants ou extérieurs à l'ordre juridique de l'ex-CE/UE. Il en serait ainsi : 1) si la convention est négociée dans le cadre d'une organisation internationale dont le statut ne permet pas à l'Union européenne d'y participer (ex : l'Organisation internationale du travail (OIT), l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) et l'Organisation maritime internationale (OMI)¹¹¹), 2) si les partenaires conventionnels potentiels de l'ex-CE/UE refusent ou évitent toute relation directe avec elle (ex : l'attitude des ex-États socialistes)¹¹² et 3) si les États tiers exigent l'inclusion d'une clause de mixité obligatoire dans la convention dont l'effet est d'autoriser une organisation internationale, telle l'ex-CE/UE, à y participer uniquement

¹⁰⁴ CE, *Décision 2001/877/CE du Conseil relative à la signature et à la conclusion au nom de la Communauté de l'accord international sur le café de 2001*, [2001] JO, L 326/22 préambule au para 5.

¹⁰⁵ *Avis 1/75*, *supra* note 10.

¹⁰⁶ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 21-22.

¹⁰⁷ Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 197; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 20.

¹⁰⁸ *Ibid*; *Ibid* à la p 21.

¹⁰⁹ Koutrakos, *EU International (2)*, *supra* note 5 à la p 164.

¹¹⁰ Voir, *supra* note 7.

¹¹¹ Voir Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 215; L'ex-CE/UE, auparavant membre *de facto* du GATT, *supra* note 75. Voir Bourgeois, « EC », *supra* note 92 à la p 764, devient membre *de jure* de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3, art XI (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*Accord OMC*].

¹¹² Voir Jacques H J Bourgeois, « Some comments on the Practice » dans Christiaan Willem Anton Timmermans et Edmond L M Völker, dir, *Division of powers between the European Communities and their Member States in the field of external relations*, Deventer, Kluwer, 1981, 97, à la note 34 à la p 105.

si ses États membres en sont aussi des parties contractantes¹¹³. Dans les situations précédentes, les membres n'interviennent pas en leur propre nom comme États souverains, mais plutôt comme organes de l'ex-CE/UE et sur mandat de celle-ci, octroyé par le biais d'une décision du Conseil, qui les autorise à conclure le traité envisagé¹¹⁴. Ils posent conséquemment une *actio pro communitate*. Un tel « faux accord mixte » est pour les cocontractants une convention des États membres dans l'ordre juridique international alors que dans l'ordre juridique intraeuropéen, il ne lie que l'UE, qui devra donc l'appliquer ou le mettre en œuvre¹¹⁵.

Dans la rubrique précédente, nous avons fait état du courant jurisprudentiel issu de l'*Avis 1/78*¹¹⁶ où la CEJ adopte globalement une vision large de la compétence intrinsèquement exclusive de l'ex-CE en matière de PCC. Dans le prochain point, nous constaterons le changement de cap de la CEJ à partir de l'*Avis 1/94*¹¹⁷, qui fut émis à l'occasion de la ronde de négociations commerciales du cycle d'Uruguay¹¹⁸.

2. L'AVIS 1/94 ET SES RÉPERCUSSIONS

a) *L'espoir déçu par une interprétation restreinte de la PCC dans l'Avis 1/94*

En plus de s'être prononcée sur l'étendue des « compétences externes implicites par acquisition » de l'ex-CE¹¹⁹ en relation avec les accords commerciaux multilatéraux du cycle d'Uruguay¹²⁰, la Cour devait aussi, pour répondre à la demande d'avis de la Commission introduite au titre de l'ex-article 228 (6) *TCE (TM)*¹²¹, examiner si l'ex-article 113 *TCE (TM)*¹²² s'appliquait aux accords susmentionnés. La Commission alléguait, en effet, que lesdites conventions relevaient du pouvoir d'attribution intrinsèquement exclusif de l'ex-CE en matière de PCC¹²³. Après avoir écarté, à l'instar de l'*Avis 1/75*¹²⁴, l'argument portugais selon lequel la contribution des États membres au budget de fonctionnement de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) justifiait à elle seule la participation de ces derniers à la conclusion de l'*Accord OMC*¹²⁵, la Cour soulève dans l'*Avis 1/94* plusieurs motifs qui l'amènent à classer ce traité dans la catégorie des conventions mixtes¹²⁶.

¹¹³ Neframi, *Accords*, *supra* note 3 aux pp 222, 276-79.

¹¹⁴ *Ibid* à la p 216.

¹¹⁵ *Ibid* aux pp 215-21.

¹¹⁶ *Avis 1/78*, *supra* note 22.

¹¹⁷ *Avis 1/94*, *supra* note 44.

¹¹⁸ Voir, *supra* note 31.

¹¹⁹ Voir, *supra* note 7.

¹²⁰ Voir, *supra* note 31. Ce cycle donna naissance à l'OMC qui remplaça le *GATT* de 1947 le 1^{er} janvier 1995.

¹²¹ Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 218 (11).

¹²² *Ibid*, art 207.

¹²³ *Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 1, 22, 35.

¹²⁴ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 21-22.

¹²⁵ L'*Accord OMC*, *supra* note 111, comprend quatre annexes. Les trois premières font partie intégrante dudit accord selon son article II (2). L'*Avis 1/94*, *supra* note 44 examine l'annexe 1 qui comprend l'annexe 1A: les Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises, (énumérés à l'Accord OMC, *supra* note 111 à la page 24), l'annexe 1B: le *GATS*, *supra* note 32 et l'annexe 1C: L'*Accord sur les ADPIC*, *supra* note 33.

¹²⁶ Ci-dessus, le texte correspondant à la note 3.

S'agissant des Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises (Annexe 1A)¹²⁷, on s'est entendu, dès le départ, qu'ils relevaient, pour la plupart, de la compétence d'attribution intrinsèquement exclusive de l'ex-CE au titre de la PCC. Seulement quelques doutes subsistaient sur l'application de l'ex-article 113 *TCE (TM)* dans certaines situations. Ainsi, si les conventions susmentionnées devaient s'appliquer à des produits Euratom, l'ex-article 113 *TCE (TM)* serait toujours pertinent selon la Cour, vu que le *Traité Euratom*¹²⁸ ne comportait aucune disposition sur le commerce extérieur¹²⁹. Dans le cas des produits soumis au *Traité CECA*¹³⁰, la CEJ reprend et complète le raisonnement qu'elle avait suivi dans l'*Avis 1/75*¹³¹. La Cour signale d'abord que l'ex-article 71 du *Traité CECA* fut rédigé à une époque où l'ex-CEE n'existait pas. Cette disposition ne pouvait donc avoir en vue que les produits du charbon et de l'acier, ce qui demeure vrai, ajoute la Cour, même si l'ex-article 232 (1) *TCE (TM)*¹³² spécifie que le *TCE* ne modifie pas les dispositions du *Traité CECA*¹³³. Selon la CEJ, l'article 71 du *Traité CECA* :

ne saurait réserver un titre de compétence aux États membres que pour des accords portant spécifiquement sur les produits CECA. En revanche, la Communauté est seule compétente en vertu de l'[ex-] article 113 du *Traité CE* pour conclure un accord externe à caractère général, c'est-à-dire englobant toutes espèces de marchandises même si, parmi ces marchandises, il y a des produits CECA¹³⁴.

En l'espèce, conclut la CEJ, les Accords de l'Annexe 1A ne visent pas spécifiquement les produits CECA; ils relèvent conséquemment de la compétence d'attribution intrinsèquement exclusive de l'ex-CE en vertu de l'ex-article 113 *TCE (TM)*¹³⁵.

Quant à l'*Accord sur l'agriculture*¹³⁶, la CEJ s'en remet à son préambule où on souligne qu'il « a pour objet d'établir sur le plan mondial, un système de commerce de produits agricoles [...] équitable et axé sur le marché ». Cet accord peut donc être conclu au titre de l'ex-article 113 *TCE (TM)* et ce, même si « les engagements souscrits dans le cadre de cet accord impliquent que des mesures d'exécution internes soient adoptées sur la base de l'ex-article 43 »¹³⁷ vu qu'ils affectent le régime interne d'organisation des marchés agricoles. En décidant ainsi, la Cour confirme qu'un traité conclu sur la base de l'ex-article 113, en raison de son aspect « commerce international », puisse requérir, pour sa mise en œuvre interne, l'intervention d'une autre disposition, comme l'ex-article 43 *TCE (TM)*, s'il impacte un régime

¹²⁷ *Accord OMC*, *supra* note 111 à la p 24.

¹²⁸ Sur cette convention voir, *Version consolidée du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique*, [2016] JO, C 203/1.

¹²⁹ *Avis 1/94*, *supra* note 44 au para 24.

¹³⁰ *CECA*, *supra* note 23.

¹³¹ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 23-25; Bourgeois, « EC », *supra* note 92 à la p 778.

¹³² *TL*, *supra* note 2, art 280 abrogea cette disposition devenue *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-art 305 (1).

¹³³ *Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 26- 27.

¹³⁴ *Ibid* au para 27.

¹³⁵ *Ibid*.

¹³⁶ Inclus dans l'*Accord OMC*, Annexe 1A, *supra* note 125.

¹³⁷ *Avis 1/94*, *supra* note 44 au para 29.

communautaire intérieur¹³⁸.

Concernant *l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* et *l'Accord sur les obstacles techniques au commerce* conclus dans le cadre du cycle d'Uruguay, la CEJ note qu'ils relèvent aussi de l'ex-article 113 *TCE (TM)*, car ils visent tous les deux à réduire les obstacles non nécessaires au commerce international¹³⁹.

En résumé, selon l'*Avis 1/94*, tous les Accords de l'annexe 1A dépendent de la compétence d'attribution intrinsèquement exclusive de l'ex-CE au titre de l'ex-article 113 *TCE (TM)*. Jusqu'ici, cet avis nous rappelle dès lors les thèses de la Commission sur la PCC¹⁴⁰.

Dans l'*Avis 1/94*, la Cour devait aussi se prononcer sur l'application de l'ex-article 113 *TCE (TM)* aux accords du *GATS* et de l'*ADPIC*¹⁴¹ issus du cycle d'Uruguay¹⁴². Pour les services autres que les services de transports¹⁴³, la CEJ s'oppose à leur exclusion de principe du champ d'application de l'ex-article 113, vu l'évolution du commerce international et le caractère ouvert de la politique commerciale commune au sens du traité¹⁴⁴. La Cour paraît ainsi s'inscrire dans la voie tracée par l'*Avis 1/78*, auquel elle réfère d'ailleurs expressément¹⁴⁵. À l'appui, la CEJ invoque également l'*Avis 1/75* qui reconnut que les crédits, couverts par l'ex-article 113, destinés au financement des dépenses locales liées à des opérations d'exportation concernent, sans distinction, les dépenses engagées pour la fourniture tant de biens que de services¹⁴⁶.

Cela dit, la Cour procède ensuite à l'analyse des quatre modes de fourniture de services prévus dans le *GATS* afin d'identifier ceux qui relèvent de la PCC. Elle estime que les fournitures transfrontalières de services sont couvertes par l'ex-article 113 *TCE (TM)*, car elles n'impliquent « ni déplacement du prestataire vers le pays du bénéficiaire ni, en sens inverse, déplacement du bénéficiaire vers le pays du prestataire »¹⁴⁷. La Cour voit dans cette situation une analogie avec l'échange de marchandises qui dépend de la PCC de l'ex-CE¹⁴⁸.

Pour les trois autres types de services du *GATS* qui supposent un franchissement des frontières extérieures des États membres par des prestataires ou des bénéficiaires de services ressortissants d'États tiers¹⁴⁹, la CEJ estime que de tels

¹³⁸ *Ibid* aux para 28-29; Jacqueline Dutheil de La Rochère, « L'ère des compétences partagées. À propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté européenne » (1995) 390 R du Marché Commun & Union Européenne 461 aux pp 463-64.

¹³⁹ *Avis 1/94, supra* note 44 aux para 30-33.

¹⁴⁰ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 36-37; Voir Neframi, *Accords, supra* note 3 aux pp 167, 171.

¹⁴¹ *Supra* notes 32-33; *Accord sur les ADPIC, supra* note 33.

¹⁴² *Avis 1/94, supra* note 44 au para 35.

¹⁴³ *Ibid* au para 37.

¹⁴⁴ *Ibid* aux para 37, 41.

¹⁴⁵ *Ibid* au para 39.

¹⁴⁶ *Ibid* au para 38.

¹⁴⁷ *Ibid* au para 44.

¹⁴⁸ *Ibid*.

¹⁴⁹ *Ibid* aux para 43, 45. Ces trois modes de fourniture de services sont : la consommation, la présence commerciale et la présence de personnes physiques sur le territoire étranger.

services ne relèvent pas de la PCC. La Cour souligne effectivement l'existence dans le traité de chapitres consacrés à la libre circulation des personnes¹⁵⁰, tant physiques que morales, qui, en raison de leur nature spécifique, doivent englober les trois modes susmentionnés de fourniture de services. Contrairement à l'ex-article 113 *TCE (TM)*, lesdits chapitres confèrent à l'ex-CE une compétence uniquement ex-concurrente¹⁵¹.

Les services de transports reçoivent de la part de la CEJ un traitement similaire au sort réservé aux trois modes de services impliquant le déplacement transfrontalier de personnes. La Cour indique que les services de transports sont couverts par un titre spécial du *TCE (TM)*, soit l'ex-titre IV¹⁵². C'est donc ce titre qui doit s'appliquer aux transports et non la PCC. Cette conclusion, ajoute la Cour, s'impose d'autant plus que la théorie des « compétences externes implicites » fut développée, dans la jurisprudence *AETR* et *Avis de la Cour du 26 avril 1977 – Avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, alinéa 2 du traité CEE – Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure (Avis 1/76)*¹⁵³, au sujet de conventions concernant des questions de transport, ce qui revenait en fait à exclure de tels traités de l'ex-article 113¹⁵⁴. L'opinion de la Cour sur cette question reste inchangée, malgré l'existence de multiples précédents, cités par la Commission, où l'interruption des services de transports avait accompagné des mesures d'embargo sur l'exportation et l'importation de produits fondées sur l'ex-article 113. Pour la Cour, de telles interruptions représentaient uniquement des accessoires nécessaires à la réalisation des mesures principales d'embargo, qui, en conséquence, devaient recevoir la qualification juridique de ces dernières¹⁵⁵. À l'appui de sa position, la CEJ invoque également une jurisprudence constante selon laquelle « une simple pratique du Conseil n'est pas susceptible de déroger à des règles du traité et ne peut [...] créer un précédent [...] quant au choix de la base juridique correcte »¹⁵⁶. En résumé, selon la Cour, la compétence de l'ex-CE sur les services de transports ne relève donc pas de la PCC. Elle se fonde plutôt, sur un titre particulier du *TCE (TM)* qui confère des pouvoirs communautaires de nature ex-concurrente¹⁵⁷.

Sur l'*ADPIC*, la Cour estime que les dispositions interdisant la mise en libre pratique de marchandises de contrefaçon relèvent de l'ex-article 113 *TCE (TM)*, car ces mesures sont appliquées par les autorités douanières aux frontières extérieures de l'espace communautaire. En dehors des règles susmentionnées, l'ex-article 113 *TCE (TM)*, affirme la Cour, ne couvre pas le reste de l'*ADPIC*. La CEJ admet qu'il y a un

¹⁵⁰ Ibid au para 46; *TCE (TM)*, *supra* note 1, ex-arts 48-73 (h), actuellement, *TFUE*, *supra* note 2, arts 45-66.

¹⁵¹ Compétence partagée générale depuis le *TL*, *supra* note 6. Dans son analyse sur l'étendue de la compétence externe implicite de l'ex-CE en l'occurrence, la Cour constatera, vu l'absence de préemption complète (Voir, *supra* note 7) dans ces domaines, que la compétence de l'ex-CE n'était pas exclusive sur ceux-ci, mais qu'elle était plutôt partagée entre l'ex-CE et les États membres (*Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 95-98), rendant ainsi la mixité requise pour le *GATS*, *supra* note 32.

¹⁵² *TCE (TM)*, *supra* note 1, ex-arts 74-84; Actuellement, *TFUE*, *supra* note 2, arts 90-100.

¹⁵³ Voir *AETR*, *supra* note 7; *Avis 1/76*, *supra* note 7.

¹⁵⁴ *Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 48-50.

¹⁵⁵ *Ibid* au para 51.

¹⁵⁶ *Ibid* au para 52.

¹⁵⁷ Vu l'absence de préemption complète (Voir, *supra* note 7) sur les transports, la Cour conclura dans l'*Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 76, 77, 98 que la compétence dans ce secteur était partagée entre l'ex-CE et les États membres, rendant ainsi la mixité requise pour le *GATS*, *supra* note 32.

lien entre la propriété intellectuelle et le commerce des marchandises. En effet, « [p]ouvoir interdire l'usage d'une marque, [...], la copie d'un modèle, la reproduction d'un livre, [...] a inmanquablement des effets sur le commerce »¹⁵⁸. Toutefois, « les droits de propriété intellectuelle ne portent pas spécifiquement sur les échanges internationaux [...] car ils touchent tout autant et sinon plus au commerce interne qu'au commerce international »¹⁵⁹. Pour la Cour, l'objectif premier de l'*ADPIC* est d'harmoniser la protection de la propriété intellectuelle à l'échelle mondiale¹⁶⁰. D'ailleurs,

[1] a Commission elle-même a admis que, comme [l'*ADPIC*] fixe des règles [internationales] dans des domaines où il n'y pas d'harmonisation communautaire, sa conclusion permettrait de réaliser, dans le même temps une harmonisation à l'intérieur de la Communauté et, par-là, de contribuer à l'établissement et au fonctionnement du marché commun¹⁶¹.

Un tel argument, soutient la CEJ, est inacceptable pour justifier la conclusion de l'*ADPIC* sur la base de l'ex-article 113 *TCE (TM)*, car le pouvoir interne communautaire d'harmoniser des législations nationales concernant la propriété intellectuelle dépend en fait des ex-articles 100, 100 (a) ou 235 *TCE (TM)*¹⁶², lesquels sont en outre soumis à des exigences procédurales bien supérieures à celles qu'impose l'ex-article 113 *TCE (TM)*¹⁶³. En conséquence, déclare la CEJ :

[s]i une compétence exclusive était reconnue à la Communauté pour s'engager dans des accords avec des pays tiers en vue de l'harmonisation de la protection de la propriété intellectuelle et pour réaliser, dans le même temps, une harmonisation sur le plan communautaire, les institutions communautaires seraient en mesure de se soustraire aux contraintes qui leur sont imposées sur le plan interne en ce qui concerne la procédure et le mode de vote¹⁶⁴.

Finalement, rappelle la CEJ, aucune pratique des institutions de l'ex-CE, où de telles mesures auraient déjà été adoptées au titre de l'ex-article 113¹⁶⁵, ni aucune clause relative à la propriété intellectuelle, figurant uniquement à titre accessoire, dans des accords valablement conclus sur la base de l'ex-article 113¹⁶⁶ ne lui permettent de déroger aux dispositions du *TCE* lorsqu'elle choisit la base juridique correcte d'un acte communautaire. Pour la Cour, un accord international comme l'*ADPIC* ne saurait donc relever de la seule compétence communautaire au titre de l'ex-article 113 *TCE (TM)*, sauf pour la mise en libre pratique de marchandises de contrefaçon¹⁶⁷.

¹⁵⁸ *Avis 1/94, supra* note 44 au para 57.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Ibid* aux paras 58, 63.

¹⁶¹ *Ibid* au para 58.

¹⁶² Actuellement *TFUE, supra* note 2, arts 115, 114, 352.

¹⁶³ Comme exemple, l'ex-article 113 *TCE (TM)*. Cet article exige la majorité qualifiée au Conseil alors que les ex-articles 100, 235, *TCE (TM)*, exigent l'unanimité.

¹⁶⁴ *Avis 1/94, supra* note 44 au para 60.

¹⁶⁵ *Ibid* aux paras 61-65.

¹⁶⁶ *Ibid* aux paras 66-68.

¹⁶⁷ *Ibid* au para 71. Vu l'absence de préemption complète (Voir, *supra* note 7) sur le volet harmonisation de l'*ADPIC, supra* note 33, la Cour conclura dans l'*Avis 1/94, supra* note 44, aux para 102, 103, 105 que la

Avec l'*Avis 1/94*, l'ex-article 113 fut privé d'une grande partie du potentiel que la jurisprudence antérieure semblait vouloir lui attribuer. Avec cet avis, la teneur de la politique commerciale de l'ex-CE devint nettement différente de celle d'un État souverain¹⁶⁸, contrairement à ce qu'avait déclaré la Cour dans l'*Avis 1/75*¹⁶⁹. En raison de cette affaire, les États membres obtinrent ainsi au sein de l'OMC plus de pouvoirs en matière de services et de propriété intellectuelle que l'ex-CE. L'auteur Denys Simon remarqua à l'époque que la Cour était conséquemment revenue à une version étriquée de l'article 113¹⁷⁰.

Lors de l'analyse de l'*Avis 1/94*, nous avons constaté que, malgré certaines références préliminaires de la Cour favorables à l'*Avis 1/78*¹⁷¹, l'ensemble de son raisonnement eut plutôt pour effet d'en réduire l'impact. Les compétences communautaires intrinsèquement exclusives découlant de l'ex-article 113 s'en trouvèrent réduites au minimum. Le recours à l'accord mixte classique s'imposa donc pour conclure l'*Accord OMC* et ce, d'autant plus, que l'ex-CE n'avait pas, selon la Cour, la compétence exclusive par acquisition de s'engager envers lui, vu que la préemption complète était inexistante sur plusieurs questions couvertes par ce traité¹⁷². Après l'*Avis 1/94*, la participation directe des États membres, aux côtés de l'ex-Communauté, devint donc requise pour toutes futures négociations internationales concernant des secteurs non traditionnels du commerce interétatique. Les pressions intracommunautaires résultant de l'intervention de nombreux États membres dans l'Affaire *1/94* expliquent sûrement ce revirement de position de la CEJ sur la PCC. En outre, lors de la Conférence intergouvernementale sur l'Union politique lancée en décembre 1990, qui mena au *Traité de Maastricht*, les États membres avaient rejeté les propositions de la Commission visant à incorporer dans le *TCEE* la notion de

politique commune des relations économiques extérieures qui devait englober non seulement les échanges de marchandises, mais aussi les régimes de crédit à l'exportation, les échanges de services, de capitaux et d'investissements [...] et] les relations en matière de propriété intellectuelle¹⁷³.

Dans un tel contexte, la Cour, n'a vraisemblablement pas voulu que soit réalisé par interprétation judiciaire, ce que les États membres avaient refusé lors de la Conférence susmentionnée¹⁷⁴.

Pour certains auteurs, la CEJ a probablement souhaité définir, dans l'*Avis 1/94*, une PCC dont la portée et l'application étaient consistantes avec l'état d'avancement

compétence sur ce sujet était partagée entre l'ex-CE et les États membres, rendant ainsi la mixité requise pour l'ADPIC.

¹⁶⁸ Bourgeois, « EC », *supra* note 92 à la p 779.

¹⁶⁹ *Supra* note 10 au para 5.

¹⁷⁰ Denys Simon, « La compétence de la Communauté pour conclure l'*Accord OMC* : l'*Avis 1/94* de la Cour de justice » (1994) R Europe 9 à la p 2.

¹⁷¹ Ci-dessus, le texte correspondant à la note 145.

¹⁷² Voir *supra* notes 151, 157, 167.

¹⁷³ Josiane Auvret-Finck, « *Avis 1/94* de la Cour, du 15 novembre 1994 » (1995) 31:2 RTD eur 322 à la p 327.

¹⁷⁴ *Ibid.*

de la répartition, alors effective, des compétences au niveau intracommunautaire¹⁷⁵. À l'instar de l'agriculture, elle aurait conséquemment fait intervenir la PCC uniquement si les normes conventionnelles proposées relevaient déjà en tant que mesures autonomes internes non plus de la compétence des États membres, mais plutôt de la compétence exclusive par acquisition de l'ex-CE. Ainsi, comme la réglementation sur les services provenait encore des États membres et non de l'ex-CE lors de l'*Avis 1/94*, le *GATS* portait effectivement atteinte à certains aspects de cette législation étatique¹⁷⁶. Selon le professeur Eeckhout : « *The Court may have been reluctant to effect, through judicial pronouncement rather than political consensus, what it perhaps saw as a significant transfer of competences from the Member States to the Community, particularly in light of the exclusive nature of trade policy competences* »¹⁷⁷.

Cela dit, voyons maintenant jusqu'à quel point la jurisprudence ultérieure de la CEJ s'est inscrite dans la voie tracée par l'*Avis 1/94*. Dans les paragraphes suivants, nous ferons également état des amendements successifs qui furent apportés aux traités fondateurs¹⁷⁸ afin d'atténuer l'impact de l'*Avis 1/94* sur les pouvoirs communautaires en matière de commerce international. Ce faisant, nous mettrons évidemment l'accent sur les modifications importantes apportées à la PCC par le *TL*.

b) *La continuité dans la jurisprudence postérieure à l'Avis 1/94*

Dans l'*Avis de la Cour du 24 mars 1995 - Compétence de la Communauté ou de l'une de ses institutions pour participer à la troisième décision révisée du Conseil de l'OCDE relative au traitement national (Avis 2/92)*¹⁷⁹, la Cour détermine, si l'ex-CE détient, selon l'ex-article 113 TCE, la compétence de participer seule à la « troisième décision » du Conseil de l'OCDE. Suivant cette décision, les pays membres de l'OCDE et l'ex-Communauté s'engagent à octroyer aux entreprises opérant sur leur territoire, qui sont contrôlées par des ressortissants d'un autre pays membre de l'OCDE, un traitement non moins favorable que celui dont bénéficient les entreprises nationales¹⁸⁰. Cette règle du traitement national, constate la Cour, concerne autant les échanges intracommunautaires, lesquels sont régis par les règles du marché intérieur de

¹⁷⁵ Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 aux pp 46-47; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 30-32.

¹⁷⁶ Voir Neframi, *Accords*, *supra* note 3 aux pp 167-168, 170-171; Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 240, soulignent qu'il est contradictoire pour l'*Avis 1/94*, *supra* note 44 d'exclure les services de transports de la PCC vu l'existence de l'ex-titre IV, *TCE (TM)*, *supra* note 1, ex-arts 74-84 sur le transport (ci-dessus, le texte correspondant aux notes 152-154), alors qu'il inclut l'*Accord* sur l'agriculture dans la PCC, malgré l'existence de l'ex-titre II ex-arts 38-47 du *TCE (TM)*, sur l'agriculture. Neframi explique cette contradiction du fait que la politique agricole était déjà à l'interne une compétence exclusive par le jeu de la préemption, alors que la compétence communautaire interne et externe sur les transports était encore ex-concurrente.

¹⁷⁷ Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 31-32.

¹⁷⁸ Voir *supra* notes 1-2.

¹⁷⁹ *Avis de la Cour du 24 mars 1995 - Compétence de la Communauté ou de l'une de ses institutions pour participer à la troisième décision révisée du Conseil de l'OCDE relative au traitement national*, C-2/92 [1995] ECR I-00521 [*Avis 2/92*].

¹⁸⁰ *Ibid* au para 3.

l'ex-Communauté et non par sa PCC, que les conditions de participation des entreprises sous contrôle étranger aux échanges commerciaux internationaux de l'ex-CE avec des pays tiers¹⁸¹. De plus, comme elle vise aussi les transports internationaux de l'ex-CE avec des pays tiers, elle se situe assurément, vu l'*Avis 1/94*, hors du domaine d'application de l'ex-article 113¹⁸². La Cour conclut donc que la compétence pour participer à la « troisième décision » de l'OCDE était partagée entre les États membres et l'ex-CE¹⁸³. Conséquemment, le recours à l'accord mixte classique aurait dû être privilégié en l'espèce.

L'énoncé de l'*Avis 2/92* sur les transports internationaux s'inscrit clairement dans la voie tracée par l'*Avis 1/94*¹⁸⁴. L'influence de ce dernier avis nous paraît également vraisemblable lorsque la Cour écarte l'application de la PCC en raison de l'impact de la « troisième décision » de l'OCDE sur les échanges intracommunautaires. Dans l'*Avis 2/92*, la Cour avait effectivement relevé l'existence de mesures susceptibles de fonder une certaine compétence externe implicite exclusive de l'ex-CE au sens de l'arrêt *AETR*¹⁸⁵. Toutefois, elle n'en avait pas pour autant conclu à la préemption complète¹⁸⁶ en faveur de l'ex-CE, car cette réglementation ne couvrirait pas tous les domaines d'activité visés par la « troisième décision » de l'OCDE¹⁸⁷. Dans la logique de l'*Avis 1/94*, où le contenu de la PCC sembla dépendre de la répartition effective des compétences au niveau intracommunautaire¹⁸⁸, il eut été étonnant, après une telle exclusion de la préemption complète, que la Cour reconnaisse, en vertu de l'ex-article 113 *TCE*¹⁸⁹, la compétence exclusive de l'ex-Communauté sur la « troisième décision » de l'OCDE.

En 1995, l'affaire *Werner*¹⁹⁰ portait sur le refus de la République fédérale d'Allemagne (RFA) d'octroyer une licence pour l'exportation de pièces d'équipement vers la Libye, pour le motif qu'elles pourraient servir à la production de missiles. Similairement, dans l'arrêt *Leifer*¹⁹¹, un certain nombre de personnes furent poursuivies au criminel pour avoir notamment exporté des produits chimiques vers l'Irak sans avoir obtenu au préalable une licence d'exportation des autorités compétentes de la RFA. Celles-ci estimaient que lesdits produits chimiques avaient été utilisés dans le cadre du programme irakien d'armement chimique. Dans ces deux affaires, il fut demandé à la CEJ¹⁹² d'évaluer si un État membre peut adopter des mesures nationales qui exigent l'obtention d'une licence pour exporter des biens « à double usage », utilisables à des fins civiles ou militaires, afin de protéger la sécurité et la politique étrangère de cet État.

¹⁸¹ *Ibid* aux para 24-26; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 34-35.

¹⁸² *Ibid* au para 27.

¹⁸³ *Ibid* à la p I-561.

¹⁸⁴ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 152-157.

¹⁸⁵ Voir, *supra* note 7.

¹⁸⁶ *Ibid*.

¹⁸⁷ *Avis 2/92*, *supra* note 179 aux para 31, 33-35.

¹⁸⁸ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 175-177.

¹⁸⁹ Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 207.

¹⁹⁰ *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH c Allemagne*, C-70/94, [1995], ECR I-03189 [*Werner*];

¹⁹¹ *Procédure pénale c Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf et Otto Holzer*, C-83/94 [1995], ECR I-03231 [*Leifer*].

¹⁹² Selon *TCE*, *supra* note 1, ex-art 177, actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 267.

En réponse, la Cour affirme « [qu'] une mesure [nationale] ayant pour effet d'empêcher ou de restreindre l'exportation de certains produits [...] ne saurait être soustraite du domaine de la politique commerciale commune au motif qu'elle vise à atteindre des objectifs de politique étrangère et de sécurité »¹⁹³ ou parce que la restriction à l'exportation concerne des produits à « double usage »¹⁹⁴. Pour la Cour, comme l'entière responsabilité de la PCC relève de l'ex-CE, un État membre ne peut pas en restreindre la portée en décidant unilatéralement, à la lumière de ses propres impératifs de politique étrangère ou de sécurité qu'une de ses mesures relève ou non de l'ex-article 113 TCE¹⁹⁵, sauf s'il peut établir que ladite mesure nationale fut spécifiquement autorisée par l'ex-CE par l'article 11 du règlement communautaire n° 2603/69¹⁹⁶ relatif au régime commun des exportations¹⁹⁷.

Le raisonnement de la CEJ en ces deux affaires rappelle jusqu'ici la thèse instrumentale de la Commission¹⁹⁸, car les mesures réglementent spécifiquement le commerce avec les États tiers sans vouloir en influencer le volume. D'un côté, on peut aussi estimer qu'elles s'inscrivent dans la voie tracée par l'*Avis I/78*, puisque la Cour y autorise l'action des États membres dans un domaine de PCC qui relève par ailleurs de la compétence intrinsèquement exclusive de l'ex-CE¹⁹⁹. Bien que la question du recours à l'accord mixte n'entraîne aucunement en ligne de compte dans ces décisions, une telle façon de procéder évoque une forme de mixité pragmatique. D'un autre côté, ces deux décisions ne s'éloignent pas, à notre avis, de la retenue judiciaire qui expliqua, pour une certaine doctrine, l'interprétation restrictive que la Cour donna à l'ex-article 113 TCE dans l'*Avis I/94*²⁰⁰. Effectivement, dans les arrêts *Werner et Leifer*, la Cour a finalement validé les mesures nationales de la RFA exigeant l'obtention d'une licence pour l'exportation de biens à « double usage », pour le motif que celles-ci relevaient du domaine de l'article 11 du règlement n° 2603/69 et qu'elles étaient en conséquence autorisées par cette disposition²⁰¹. Conséquemment, tout comme la structure et l'organisation interne de l'ex-Communauté orienta, selon certains, le raisonnement adopté dans l'*Avis I/94*, nous sommes d'avis que les affaires *Werner* et *Leifer* témoignent également du même souci de la Cour de définir une PCC qui ne soit pas dissociée et indépendante du système communautaire auquel elle doit son existence.

¹⁹³ *Werner*, *supra* note 190 au para 10.

¹⁹⁴ *Leifer*, *supra* note 191 au para 11.

¹⁹⁵ *Werner*, *supra* note 190 au para 11; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 37.

¹⁹⁶ CE, *Règlement (CEE) n° 2603/69 du Conseil, du 20 décembre 1969, portant établissement d'un régime commun applicable aux exportations*, [1969] JO, L 324/25. L'article 11 permettait aux États membres d'appliquer des restrictions quantitatives à l'exportation justifiées notamment par des raisons de sécurité publique. Il représentait une exception pragmatique au caractère exclusif de la compétence sur la PCC.

¹⁹⁷ *Werner*, *supra* note 190 au para 12; *Leifer*, *supra* note 191 au para 12; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 38.

¹⁹⁸ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 36-37.

¹⁹⁹ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 93-98.

²⁰⁰ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 168-177.

²⁰¹ *Werner*, *supra* note 190 au para 27; *Leifer*, *supra* note 191 au para 29. Voir, Schmitter et Smits, *supra* note 16 aux pp 281-84. Pour une problématique similaire, mentionnons l'affaire C-124/95, *The Queen, ex parte Centro-Com Srl c HM Treasury et Bank of England*, C-124/95, [1997] ECR I-00081 aux para 30-53.

Quant à l'affaire C-360/93 (*Marchés*)²⁰², la CEJ s'inspire directement de l'*Avis 1/94*, pour annuler une décision du Conseil adoptée sur la base de l'ex-article 113 *TCE*. Cette décision approuvait la conclusion d'un accord entre l'ex-CEE agissant seule, sans la participation des États membres, et les États-Unis dont l'objet était d'étendre les bénéfices d'une directive communautaire en matière de marchés publics (90/531/CEE) aux entreprises américaines²⁰³. Ladite convention visait notamment d'éventuels contrats relatifs à la fourniture de biens ou d'autres services qui, selon la Cour, pourraient possiblement impliquer la présence commerciale ou la présence de personnes physiques sur le territoire où le service serait rendu. Se référant à l'*Avis 1/94*, la Cour rappelle que seule la livraison transfrontalière de services n'impliquant aucun déplacement de personnes pouvait relever de la PCC, ce qui n'était évidemment pas le cas en l'espèce²⁰⁴.

Dans l'arrêt *ERSA*²⁰⁵, la Cour décide que l'*Accord CE-Hongrie sur les vins*²⁰⁶ relève de la compétence externe exclusive de l'ex-CE en vertu de l'ex-article 133 *TCE* (*TN*)²⁰⁷ et non de la compétence partagée de l'ex-CE et des États membres en matière de protection des droits de la propriété intellectuelle, comme l'avaient allégué la *Regione autonoma*, *ERSA* et le gouvernement italien²⁰⁸. Pour la CEJ, bien que cet accord comporte un régime de protection des dénominations géographiques relevant de la propriété industrielle et commerciale, son objectif principal est :

de promouvoir les échanges commerciaux entre les parties contractantes en favorisant sur une base de réciprocité d'une part, la commercialisation des vins originaires des pays tiers concernés, en assurant à ces vins la même protection que celle prévue pour les [... vins] d'origine communautaire, et, d'autre part, la commercialisation dans ces pays tiers de vins originaires de la Communauté²⁰⁹.

Cette convention, conclut la CEJ, représente conséquemment « un instrument influant directement sur le commerce des vins »²¹⁰. Par ailleurs, notre lecture de cette affaire nous porte également à croire que cette décision s'inscrit dans la tradition de l'*Avis 1/94*. En effet, selon la Cour, l'*Accord CE-Hongrie sur les vins* relevait de l'article 63 du règlement communautaire no 822/87 qui prévoit

que les vins importés [...] à l'aide d'une indication géographique, peuvent

²⁰² *Parlement européen c Conseil de l'Union européenne*, C-360/93, [1996] ECR I-01195 [C-360/93 (*Marchés*)].

²⁰³ Directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, [1990] JO, L 297/1.

²⁰⁴ C-360/93 (*Marchés*), *supra* note 202, aux para 29-30; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 35.

²⁰⁵ *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et Agenzia regionale per lo sviluppo rurale c Ministero delle Politiche Agricole e Forestali*, C-347/03, [2005] ECR I-03785 [*ERSA*].

²⁰⁶ *Accord entre la Communauté européenne et la République de Hongrie relatif à la protection réciproque des dénominations de vins*, [1993] JO, L 337/94.

²⁰⁷ Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 207.

²⁰⁸ *ERSA*, *supra* note 205 au para 76.

²⁰⁹ *Ibid* au para 80.

²¹⁰ *Ibid* aux para 75, 81 (au même effet).

bénéficier pour leur commercialisation dans la Communauté, sous condition de réciprocité, du contrôle et de la protection prévus pour les v q p r d [vins de qualité produits dans une région déterminée] et que cette disposition sera mise en œuvre par des accords avec les pays tiers intéressés à négocier et à conclure selon la procédure prévue à l'article 133 CE²¹¹.

Au moment de sa conclusion, l'Accord CE-Hongrie en cause était donc directement lié à des mesures en vigueur de politique agricole commune, soit, en l'occurrence, le cadre réglementaire sur l'organisation commune du marché viti-vinicole²¹². Ainsi, à l'instar de l'*Avis 1/94*, nous avons ici l'impression que la Cour fait encore preuve de retenue judiciaire en conservant en l'espèce la même interprétation limitée de la PCC. Elle nous laisse en effet à penser qu'elle fait intervenir l'ex-article 133 *TCE* principalement parce que le domaine de l'accord en litige relevait déjà à l'interne de la compétence communautaire exclusive par le jeu de la préemption complète²¹³.

Finalement, pour bien mesurer l'impact qu'eut l'*Avis 1/94* sur la jurisprudence ultérieure, il nous faut faire état de quatre litiges où la CEJ détermine lequel de l'ex-article 133 *TCE*²¹⁴ ou de l'ex-article 175 (1) *TCE*²¹⁵, relatif à la compétence communautaire ex-concurrente²¹⁶ en matière d'environnement, représente la base juridique correcte pour conclure ou mettre en œuvre les accords concernés par ces affaires. D'abord, en 2001, l'*Avis de la Cour du 6 décembre 2001 - Avis rendu en vertu de l'article 300 CE, Protocole de Cartagena (Avis 2/00)*²¹⁷ met en cause le *Protocole de Cartagena*²¹⁸, adopté en 1997 dans le cadre de la *Convention sur la diversité biologique* de 1992²¹⁹. En l'occurrence, la Cour répondait à une demande d'avis présentée par la Commission au titre de l'ex-article 300 (6) *TCE (TA)*²²⁰ sur le choix de la base juridique appropriée pour conclure ledit protocole. La CEJ estime alors que

le protocole est, au regard [du contexte dans lequel il a été adopté²²¹], de sa finalité et de son contenu, un instrument destiné essentiellement à prévenir les risques biotechnologiques²²² [...] qui pourraient résulter des activités impliquant le traitement des OVM [organismes vivants modifiés], et

²¹¹ *Ibid* aux para 78-79. CE, *Règlement (CEE) 822/87 du Conseil du 16 mars 1987 portant organisation commune du marché viti-vinicole*, [1987] JO, L 84 /1.

²¹² *ERSA*, *supra* note 205 aux para 27-49, 74, 77.

²¹³ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 168-177; Voir *supra* note 7.

²¹⁴ Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 207.

²¹⁵ *Ibid*, art 192 (1).

²¹⁶ Compétence partagée générale depuis le *TL*, *supra* note 6.

²¹⁷ *Avis de la Cour du 6 décembre 2001 - Avis rendu en vertu de l'article 300 CE, Protocole de Cartagena*, C-2/00 [2001] ECR I-09713 [*Avis 2/00*]; Voir, Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 aux pp 48-56; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 42-48; Alan Dashwood, « Opinion 2/00, Cartagena Protocol on Biosafety, 6 December 2001, not yet reported », (2002) 39:2 CML Rev 353.

²¹⁸ *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la convention sur la diversité biologique*, 29 janvier 2000, 2226 RTNU 208 (entrée en vigueur : 11 septembre 2003) [*Protocole*].

²¹⁹ *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 RTNU 79 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993).

²²⁰ Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 218 (11).

²²¹ *Avis 2/00*, *supra* note 217 au para 26.

²²² *Ibid* au para 37.

notamment des mouvements transfrontières de ceux-ci²²³ [...], que ces déplacements poursuivent ou non des fins commerciales²²⁴.

Le simple fait, ajoute la CEJ, qu'une mesure environnementale soit susceptible, comme en l'espèce, d'avoir des implications sur les échanges commerciaux ne suffit pas pour la faire relever de l'ex-article 133 *TCE (TA)* et ce, car la PCC ne bénéficie d'aucune priorité sur les autres champs de compétences communautaires²²⁵. Selon la Cour, le protocole relève de la politique environnementale de l'ex-CE, car il ne représente pas un instrument qui a pour but de promouvoir, de faciliter ou de régir les échanges commerciaux. L'ex-CE devait donc s'appuyer sur l'ex-article 175 (1) *TCE (TA)* pour le conclure et non sur l'ex-article 133 *TCE (TA)*²²⁶. De plus, comme la CEJ note en l'espèce que « l'harmonisation réalisée sur le plan communautaire, dans le domaine d'application du protocole, ne couvre que très partiellement [par préemption limitée²²⁷] un tel domaine »²²⁸, on peut vraisemblablement en déduire qu'à l'exemple de l'*Avis 1/94*, la Cour n'a pas voulu définir une PCC qui soit dissociée de la répartition des compétences prévalant alors au niveau intracommunautaire²²⁹. Pour la Cour, l'ex-Communauté « et ses États membres » avaient ainsi « une compétence partagée pour conclure le protocole²³⁰ »; celui-ci aurait dû conséquemment prendre la forme d'un accord mixte classique.

En 2002, l'affaire C-281/01²³¹ porte sur l'Accord *Energy Star*²³². Suivant cette entente, l'ex-CE et les États-Unis conviennent de coordonner leurs programmes respectifs d'étiquetage de l'efficacité énergétique des équipements de bureau, en introduisant sur le marché communautaire le programme américain d'étiquetage « Energy Star », plutôt que d'y développer un programme d'étiquetage distinct. D'après la Cour, l'Accord *Energy Star* « poursuit à la fois un objectif de politique commerciale et un objectif de protection de l'environnement »²³³, car :

une telle coordination facilite nécessairement le commerce dans la mesure où les fabricants ne doivent plus se référer qu'à une seule norme en matière d'étiquetage et se soumettre qu'à une seule procédure d'enregistrement auprès d'un seul organe de gestion pour la commercialisation d'équipements arborant le logo Energy Star sur les marchés européen et américain²³⁴.

²²³ *Ibid* au para 34.

²²⁴ *Ibid* au para 38.

²²⁵ *Ibid* au para 40.

²²⁶ *Ibid* au para 37.

²²⁷ Voir *supra* note 7.

²²⁸ *Avis 2/00, supra* note 217 au para 46.

²²⁹ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 168-177.

²³⁰ *Avis 2/00, supra* note 217 au para 47.

²³¹ *Commission des Communautés européennes c Conseil de l'Union européenne*, C-281/01, [2002] ECR I-12049 [*Energy Star*]; Voir, Eleftheria Neframi, « Politique commerciale et protection de l'environnement : une approche instrumentale du contentieux de la base juridique selon l'arrêt Commission/Conseil du 12 décembre 2002 », (2003) 470 R du Marché Commun & Union Européenne 461.

²³² *Accord entre le gouvernement des États-Unis d'Amérique et la Communauté européenne concernant la coordination des programmes d'étiquetage relatifs à l'efficacité énergétique des équipements de bureau*, [2006] JO, L 381/26.

²³³ *Energy Star, supra* note 231 au para 39.

²³⁴ *Ibid* au para 37.

De plus, ajoute la Cour, en stimulant l'offre et la demande de produits énergétiquement efficaces, le programme d'étiquetage constitue également une mesure de politique environnementale, puisqu'il est destiné à promouvoir des économies d'énergie²³⁵. Toutefois, constate la CEJ, de telles économies et les bénéfices pour l'environnement qui en résulteront ne représentent que des « effet[s] indirect[s] et lointain[s] », alors que son impact « sur le commerce des équipements de bureau [...] est direct et immédiat »²³⁶. Le programme d'étiquetage Energy Star est avant tout, estime la Cour, un instrument portant directement sur le commerce des équipements de bureau, car il a principalement et de façon prépondérante pour objectif de permettre aux fabricants de faire usage « d'un logo commun pour identifier, à l'intention des consommateurs, certains produits [...] énergétiquement efficaces], qu'ils entendent commercialiser sur les marchés américain et communautaire »²³⁷. Finalement, affirme la CEJ, le fait que l'Accord *Energy Star* relève de l'ex-article 133 *TCE (TA)*²³⁸ en tant qu'instrument de réglementation du commerce extérieur communautaire n'empêche pas que les dispositions sur la réalisation de la politique environnementale et du marché intérieur communautaires aient été choisies comme bases juridiques pour mettre en œuvre les effets intracommunautaires de cet accord. Pour la Cour, l'ex-article 133 *TCE (TA)* a trait « au commerce extérieur, il ne pourrait pas, servir de base juridique pour une mesure ayant uniquement des effets »²³⁹ à l'intérieur de l'ex-CE. Cette position, rappelons-le, est en tout point conforme à l'énoncé de la Cour sur la mise en œuvre de l'Accord sur l'agriculture dans l'*Avis 1/94*²⁴⁰.

En outre, comme le Conseil signale dans son argumentation présentée à la Cour l'existence entre autres du règlement communautaire « no 880/92 du 23 mars 1992 concernant un système communautaire d'attribution de label écologique »²⁴¹, fondé sur l'ex-article 130 (s) *TCEE*²⁴², on peut, sous toutes réserves penser que, lors de la conclusion de l'Accord *Energy Star*, le domaine concerné relevait déjà, en application du principe de la préemption complète²⁴³, de la compétence exclusive de l'ex-CE. Dans la logique de l'*Avis 1/94*²⁴⁴, il devenait politiquement acceptable pour les États membres et plus facile pour la CEJ de fonder ledit accord sur la PCC vu que cela correspondait de toute manière au système communautaire de partage des compétences internes et ce, d'autant plus que le programme d'étiquetage Energy Star présentait « un caractère non contraignant »²⁴⁵.

²³⁵ *Ibid* au para 38.

²³⁶ *Ibid* au para 41; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 47-48.

²³⁷ *Energy Star*, *supra* note 231 au para 40.

²³⁸ Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 207.

²³⁹ *Energy Star*, *supra* note 231 au para 46; Piet Eeckhout, *External Relations of the European Union, Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, Oxford University Press, 2004 aux pp 47-48 [Eeckhout, *External Relations EU, Legal*].

²⁴⁰ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 136-138.

²⁴¹ *Energy Star*, *supra* note 231 au para 30; CE, *Règlement (CEE) n° 880/92 du Conseil, du 23 mars 1992, concernant un système communautaire d'attribution de label écologique*, [1992] JO, L 99/1.

²⁴² Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 192.

²⁴³ Voir, *supra* note 7.

²⁴⁴ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 168-177.

²⁴⁵ *Energy Star*, *supra* note 231 au para 44.

En 2006, dans l'affaire C-94/03 (*Rotterdam*)²⁴⁶, la Commission invoque l'ex-article 230 *TCE (TN)*²⁴⁷ pour demander l'annulation de la décision du Conseil 2003/106/CE²⁴⁸ qui avait approuvé, au nom de l'ex-CE, la *Convention de Rotterdam*²⁴⁹ pour le motif qu'elle était fondée sur l'ex-article 175 (1) *TCE (TN)* et non sur l'ex-article 133 *TCE (TN)*²⁵⁰. Pour la Cour, le préambule, le texte de la *Convention de Rotterdam* et les enceintes internationales (PNUE et FAO) où elle fut négociée indiquent clairement que celle-ci a pour objectif la protection de la santé humaine et de l'environnement. La CEJ note qu'en effet, cette entente vise notamment « à empêcher qu'une partie [...] ne soit confrontée à l'importation de produits chimiques dangereux sans avoir eu, au préalable, la possibilité de prendre les précautions requises pour protéger la santé humaine et l'environnement »²⁵¹.

Toutefois, souligne la CEJ, il est également évident que la composante commerciale de cet accord n'est pas purement accessoire, car il contient des « normes qui régissent [le commerce ou] les échanges de produits chimiques dangereux, [lesquelles] ont des effets directs et immédiats sur ces échanges »²⁵². À titre d'exemples, la Cour mentionne notamment : 1) la procédure de consentement préalable en connaissance de cause dont la mise en œuvre est régie par des dispositions de nature commerciale qui obligent les parties à établir un régime d'importation applicable aux produits soumis à cette procédure et les parties exportatrices à assurer le respect de tels régimes et 2) l'article 13 de la convention qui impose une obligation d'étiquetage approprié lors de l'exportation de produits chimiques dangereux. Pour la Cour, de telles mesures régissent évidemment le commerce international des produits concernés et elles relèvent en conséquence de la PCC²⁵³. De plus, ajoute-t-elle, il ressort du titre même de la *Convention de Rotterdam*

que cette dernière n'est applicable qu'à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international lequel constitue, à son tour, une condition *sine qua non* de l'inscription desdits produits à l'annexe III de la convention et, partant, de leur participation à la procédure [de consentement susmentionné]. Un lien aussi explicite entre le commerce et l'environnement faisait défaut dans le protocole de Carthagène

²⁴⁶ *Affaire Commission des Communautés européennes c Conseil de l'Union européenne*, C-94/03, [2006] ECR I-00001 [C-94/03 (*Rotterdam*)]; Voir aussi *Commission des Communautés européennes c Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, C-178/03, [2006] ECR I-00107. Le raisonnement de la Cour dans ces deux affaires étant similaire, nous analyserons uniquement la décision C-94/03 (*Rotterdam*).

²⁴⁷ Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 263.

²⁴⁸ CE, *Décision 2003/106/CE du Conseil du 19 décembre 2002 concernant l'approbation, au nom de la Communauté européenne, de la convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international*, [2002] JO, L 63/27.

²⁴⁹ *Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international*, 10 septembre 1998, 2244 RTNU 337 (entrée en vigueur : 24 février 2004).

²⁵⁰ Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, arts 192 (1), 207; Voir, C-94/03 (*Rotterdam*), *supra* note 246 au para 1.

²⁵¹ C-94/ 03 (*Rotterdam*), *supra* note 246 au para 38. Voir également *ibid*, aux para 37, 41.

²⁵² *Ibid* au para 42.

²⁵³ *Ibid* aux para 44, 46, 48.

examiné par la Cour dans l'*Avis 2/00*²⁵⁴.

Vu ce qui précède, la CEJ annule donc la décision du Conseil contestée en l'espèce, pour le motif que, tant sur le plan des finalités poursuivies que sur celui de son contenu, la *Convention de Rotterdam* comprend

deux composantes liées de façon indissociable, sans que l'une puisse être considérée comme seconde ou indirecte par rapport à l'autre, relevant l'une, de la politique commerciale commune [, soit de l'ex-article 133 *TCE (TN)*] et, l'autre, de la protection de la santé humaine et de l'environnement [, soit de l'ex-article 175 (1) *TCE (TN)*]²⁵⁵.

En outre, le texte même de la décision C-94/03 (*Rotterdam*) et le contexte communautaire, tel que décrit dans les conclusions présentées en l'occurrence par l'avocat général Kokott²⁵⁶, nous amènent aussi à y retrouver la logique sous-jacente au raisonnement de la Cour dans l'*Avis 1/94*. D'abord, dans l'arrêt C-94/03 (*Rotterdam*), la CEJ réfère à certains règlements communautaires concernant les exportations et les importations de produits chimiques dangereux²⁵⁷. À l'instar de l'*Avis 1/94*, une pareille réglementation peut donc avoir incité la Cour à recourir à l'ex-article 133 *TCE (TN)*, comme deuxième base juridique de la *Convention de Rotterdam*, pour les éléments de celle-ci qui relevaient déjà à l'interne de la compétence exclusive de l'ex-CE²⁵⁸.

Quant au choix du pouvoir ex-concurrent²⁵⁹ sur l'environnement prévu à l'ex-article 175 (1), comme autre base juridique de cet accord²⁶⁰, il nous semble que, comme pour l'*Avis 1/94*, la Cour fit aussi preuve en l'espèce de retenue judiciaire. Nous sommes d'avis qu'elle témoigna alors de son souci de ne pas étendre le champ d'application de l'ex-article 133 *TCE (TN)* à des domaines qui risqueraient de porter atteinte à la répartition des compétences prévalant alors au niveau intracommunautaire²⁶¹. Certains facteurs tirés du contexte entourant la *Convention de Rotterdam* ont pu effectivement conforter la Cour dans un tel choix. Ainsi, en décembre 2002, les États membres décidèrent à l'unanimité, par l'entremise du Conseil, de fonder la décision d'approuver la *Convention de Rotterdam* sur l'ex-article 175 (1) *TCE (TN)* plutôt que sur l'ex-article 133 *TCE (TN)*, comme le proposait la Commission²⁶². De plus, la plupart des États membres de l'ex-CE manifestèrent directement leur intérêt pour la *Convention de Rotterdam* en la ratifiant

²⁵⁴ *Ibid* au para 44.

²⁵⁵ *Ibid* au para 51; Koutrakos, « Legal Basis », *supra* note 42 aux pp 176-185. Koutrakos critique l'incertitude créée par la décision C-94/03 (*Rotterdam*) qui contredit sans justification évidente l'*Avis 2/00*, *supra* note 217 et l'affaire *Energy Star*, *supra* note 231.

²⁵⁶ *Commission des Communautés européennes c Conseil de l'Union européenne, Recours en annulation - Décision 2003/106/CE du Conseil concernant l'approbation de la convention de Rotterdam*, C-94/03, [2005] ECR I-00001 [C-94/03, *Conclusions KoKott*].

²⁵⁷ C-94/ 03 (*Rotterdam*), *supra* note 246 au para 18.

²⁵⁸ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 175-177.

²⁵⁹ Désigné partagé général depuis le *TL*, *supra* note 6.

²⁶⁰ Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 53.

²⁶¹ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 175-177.

²⁶² C-94/ 03, *Conclusions KoKott*, *supra* note 256 au para 16.

en leur propre nom²⁶³, évoquant ainsi la procédure de l'accord mixte multilatéral²⁶⁴. En procédant de la sorte, ils démontraient, à notre avis, qu'ils avaient encore une compétence résiduaire en la matière²⁶⁵. En effet, même dans les domaines couverts par la réglementation communautaire mettant en œuvre la *Convention de Rotterdam*²⁶⁶, l'ex-article 176 *TCE (TN)* autorisait les États membres à adopter des mesures plus strictes, sur simple notification à la Commission²⁶⁷. Conséquemment, l'objet du recours de la Commission en l'espèce n'était clairement pas de savoir si l'ex-CE avait à l'époque une compétence exclusive par acquisition²⁶⁸ en matière de politique environnementale²⁶⁹. La Cour n'avait donc pas à se prononcer sur cette question et par conséquent sur la mixité²⁷⁰. Toutefois, en choisissant les ex-articles 133 et 175 (1) comme doubles bases juridiques de la *Convention de Rotterdam*, la Cour, nous semble-t-il, souhaitait, à l'instar de l'*Avis I/94*, rendre un jugement qui respectait l'état d'avancement de l'organisation interne du système communautaire de l'époque²⁷¹. Elle tenait ainsi à fournir

des indications à l'attention des autres parties à la convention tant en ce qui concerne l'étendue de la compétence communautaire relative à cette convention [...] qu'en ce qui concerne la répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres²⁷².

Sur l'interaction entre la PCC et la compétence de l'ex-Communauté en matière d'environnement, mentionnons finalement l'arrêt C-411/06 (*Transfert*) du 8 septembre 2009²⁷³. En l'occurrence, la CEJ se prononce sur un recours de la Commission²⁷⁴ qui demandait l'annulation du règlement communautaire no 1013/2006 concernant les transferts de déchets²⁷⁵, pour le motif que celui-ci se fondait uniquement

²⁶³ *Ibid* au para 18.

²⁶⁴ Ci-dessus, le texte correspondant à la note 3 pour une définition. L'accord mixte est partiel si tous les membres de l'UE n'y participent pas, ce qui rend sa mise en œuvre problématique. Voir, Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 264.

²⁶⁵ Voir *supra* aux notes 6-7

²⁶⁶ Qui pouvait être plus stricte que les dispositions mêmes de la *Convention de Rotterdam*, *supra* note 249, art 15 (4). Voir, Panos Koutrakos, « Annotation on Case C-94/03, *Commission v Council* and Case C178/03, *Commission v Parliament and Council* », (2007) 44:1 CML Rev 171, aux pp 187, 190.

²⁶⁷ Dora Schaffrin, « Dual legal bases in EC environmental law revisited: note on the judgments of the European court of justice in the cases C-94/03 (*Commission of the European communities v Council of the European union*) and C-178/03 (*Commission of the European communities v European parliament and council of the European union*) » (2006) 15:3 RECIEL 339 aux pp 340-341, 343. Selon *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-art 176, les mesures plus strictes des États membres doivent toutefois demeurer compatibles avec le *TCE*. Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 193 est au même effet.

²⁶⁸ Voir *supra* notes 6-7.

²⁶⁹ C-94/ 03, *Conclusions KoKott*, *supra* note 256 aux para 18, 47.

²⁷⁰ *Ibid*.

²⁷¹ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 175-177.

²⁷² C-94/ 03 (*Rotterdam*), *supra* note 246 au para 55; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 51.

²⁷³ *Commission des Communautés européennes c Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Recours en annulation - Règlement (CE) n° 1013/2006, C-411/06*, [2009] ECR I-07585 [C-411/06 (*Transfert*)]; Voir, Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 52-57.

²⁷⁴ Fondé sur *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-art 230, soit actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 263.

²⁷⁵ Voir règlement attaqué : CE, *Règlement (CE) n° 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant les transferts de déchets*, [2006] JO, L 190/1.

sur l'ex-article 175 (1) *TCE (TN)* et non sur les ex-articles 133 et 175 (1) *TCE (TN)*²⁷⁶. La Cour distingue d'abord le règlement de mise en œuvre de la *Convention de Rotterdam*, valablement fondé sur cette même double base juridique²⁷⁷, du règlement attaqué en l'espèce. En effet, la *Convention de Rotterdam*, comme le règlement qui l'incorporait, avait « deux composantes relevant de la [PCC] et de la protection de la santé humaine et de l'environnement [qui étaient] liées de façon indissociable [...] sans que l'une puisse être considérée comme seconde ou indirecte par rapport à l'autre »²⁷⁸. À l'égard du règlement 1013/2006, la Cour adopte plutôt une approche très semblable à celle de l'*Avis 2/00*²⁷⁹ relatif au *Protocole de Cartagena*²⁸⁰. En bref, elle juge que tout

comme la procédure d'accord préalable en connaissance de cause établie par le *Protocole de Cartagena* [...], la procédure de notification et de consentement écrits préalables prévus par le règlement attaqué [comme procédure principale de contrôle,] peut être qualifiée d'instrument typique de la politique de l'environnement²⁸¹.

Selon la Cour, tant par son objectif et son contenu²⁸², le règlement sur les transferts de déchets vise prioritairement à protéger la santé humaine et l'environnement. Il relève donc de l'article 175 (1) *TCE (TN)*, « même si les mesures prévues par ledit acte sont susceptibles d'affecter les échanges commerciaux »²⁸³. Un acte communautaire, précise la Cour, relève de la compétence exclusive en matière de PCC uniquement

s'il porte spécifiquement sur les échanges internationaux en ce qu'il est essentiellement destiné à promouvoir, à faciliter ou à régir les échanges commerciaux et a des effets directs et immédiats sur le commerce ou les échanges des produits concernés²⁸⁴.

En choisissant l'ex-article 175 (1) *TCE (TN)* comme fondement juridique correct du règlement sur les transferts de déchets, il nous semble, qu'à l'instar de l'*Avis 1/94*, la CEJ témoigna par la même occasion du souci de délimiter la portée de l'ex-article 133 *TCE (TN)* en fonction de l'état d'avancement effectif du partage des compétences intracommunautaires de l'époque. À notre avis, plusieurs éléments tirés du contexte entourant l'adoption dudit règlement confortèrent la Cour dans son choix de procéder de la sorte. Ainsi, la *Convention de Bâle*²⁸⁵, mise en œuvre en droit communautaire par le règlement attaqué no 1013/2006, fut elle-même conclue par une décision du Conseil adoptée le 1^{er} février 1993 sur la base de l'ex-article 130 (s) *TCEE*,

²⁷⁶ Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, arts 192 (1), 207.

²⁷⁷ CE, *Règlement (CE) n° 304/2003 du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant les exportations et importations de produits chimiques dangereux*, [2003] JO, L 63/1.

²⁷⁸ C-411/06 (*Transfert*), *supra* note 273 au para 75. Voir, Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 56.

²⁷⁹ *Avis 2/00*, *supra* note 217. Voir ci-dessus, le texte correspondant aux notes 214-230.

²⁸⁰ *Protocole de Cartagena*, *supra* note 218.

²⁸¹ C-411/06 (*Transfert*), *supra* note 273 aux para 55, 59.

²⁸² *Ibid* aux para 51-59.

²⁸³ *Ibid* au para 70.

²⁸⁴ *Ibid* au para 71.

²⁸⁵ *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, 22 mars 1989, 1673 RTNU 57 (entrée en vigueur : 5 mai 1992) [*Convention de Bâle*].

soit l'ex-175 :1 *TCE (TN)*²⁸⁶. De plus, ce règlement no 1013/2006 fut introduit pour remplacer et pour mettre à jour le règlement antérieur d'incorporation de la *Convention de Bâle*, daté du 1^{er} février 1993, que l'arrêt C-187/93 avait reconnu comme étant justement fondé sur l'ex-article 130 (s) *TCEE*²⁸⁷. En outre, lors de la ratification de la *Convention de Bâle* en 1994 par l'UE, tous ses États membres la ratifièrent en leur propre nom. Par la suite, la plupart des nouveaux membres de l'UE manifestèrent directement leur intérêt pour cette convention en la ratifiant également²⁸⁸, évoquant conséquemment la procédure de l'accord mixte multilatéral²⁸⁹. À notre avis, ils démontrèrent ainsi, tel que nous l'avons mentionné dans le contexte de la *Convention de Rotterdam*, qu'ils avaient encore une compétence résiduaire en la matière²⁹⁰. En effet, rappelons ici que, même dans les domaines couverts par la réglementation communautaire mettant en œuvre la *Convention de Bâle*, l'ex-article 176 *TCE (TN)*²⁹¹ autorisait les États membres à adopter des mesures plus strictes, sur simple notification à la Commission.

c) *Le point sur la PCC antérieure au TL*

Des paragraphes qui précèdent, on remarque d'abord que, sauf pour les affaires *Werner* et *Leifer*, la CEJ n'a pas choisi entre les thèses « instrumentale et finaliste » défendues par les instances communautaires²⁹² pour modeler ses décisions ou ses avis sur l'étendue de la PCC. Au contraire, la Cour semble plutôt s'être inspirée d'un mariage des deux pour développer ses analyses. Ensuite, à l'instar de l'*Avis 1/94*, on note que, dans la jurisprudence ultérieure où des domaines également non traditionnels du commerce international firent l'objet du différend, soit dans l'*Avis 2/92*²⁹³, dans l'affaire C-360/93 (*Marchés*)²⁹⁴ et dans l'arrêt *ERSA*²⁹⁵, la Cour nous paraît avoir maintenu la même interprétation restrictive de la PCC, en faisant intervenir cette compétence uniquement dans les cas de préemption complète interne en faveur de l'ex-Communauté sur un sujet donné. Finalement, on constate que le souci de la Cour dans l'*Avis 1/94*, de ne pas réaliser de « transfert judiciaire » de pouvoirs en faveur de l'ex-CE par le biais d'une interprétation large de la PCC, nous semble également présent dans les affaires étudiées relatives à des questions

²⁸⁶ *Commission des Communautés européennes c Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Recours en annulation - Règlement (CE) n° 1013/2006 - Transfert de déchets*, C-411/06, [2009], ECR I-07585 au para 33 [C-411/06, *Conclusions Maduro*].

²⁸⁷ *Ibid* au para 32; *Parlement européen c Conseil de l'Union européenne, Règlement sur les transferts de déchets*, C-187/93 [1994], ECR I-02857.

²⁸⁸ Pour les parties à la *Convention de Bâle*, *supra* note 285, en ligne: <<http://www.basel.int/>>.

²⁸⁹ Ci-dessus, le texte correspondant à la note 3 pour une définition.

²⁹⁰ Voir, *supra* notes 6-7.

²⁹¹ Actuellement *TFUE*, *supra* note 2, art 193 est au même effet.

²⁹² Ci-dessus le texte correspondant aux notes 35-40. La Commission et le Conseil utilisèrent même la thèse de l'autre institution quand cela les arrangeait; Voir, Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 270.

²⁹³ *Avis 2/92*, *supra* note 179.

²⁹⁴ C-360/93 (*Marchés*), *supra* note 202.

²⁹⁵ *ERSA*, *supra* note 205.

environnementales ou de politique étrangère et de sécurité nationale²⁹⁶. Pour la CEJ, il fallait effectivement éviter de modifier les compétences communautaires en l'absence de consensus politique préalable de la part des États membres²⁹⁷.

À ce propos, en 2008, le professeur Panos Koutrakos releva également cette retenue judiciaire de la Cour à l'égard du champ d'application de la PCC qu'il expliqua de la façon suivante :

[I]n the early 1970s, [ex-]Article 133 EC was at the very core of the Community's external relations. [...] widely understood CCP was essential to the effectiveness of the Community's system of external relations. However as time went by, the development of the doctrine of implied external competence, its acceptance as part of the main stream EC external relations law and the introduction of new legal bases for external action at the successive amendments of the EC Treaty rendered [ex-]Article 133 EC a part of a [wider] system of EC external relations legal bases [...]. The gradual establishment of this system entailed an equally gradual shift of emphasis from the need to consolidate the political and normative position of CCP to ensuring the effectiveness of the other legal bases provided in the EC Treaty²⁹⁸.

Cela dit, il devint rapidement évident qu'une pareille interprétation limitée de la PCC pourrait avoir un impact négatif sur le rôle éventuel de l'ex-CE dans le développement du droit commercial international. Ainsi, en raison de la jurisprudence étudiée plus haut, qui imposait en fait la procédure mixte, c'est-à-dire l'intervention des États membres²⁹⁹, pour la conclusion de plusieurs accords commerciaux communautaires, il devenait difficile, alléguaient les organes de l'ex-CE, d'être efficace et d'avoir un pouvoir de négociation réel au sein notamment d'un organisme comme l'OMC. En bout de ligne, ils estimaient que ce handicap pouvait avoir des conséquences sérieuses pour la croissance du commerce communautaire lui-même. Cependant, les États membres étaient assez satisfaits de cette solution qui les impliquait directement dans de nombreuses tractations commerciales. Toutefois, ils se rendaient compte que, dans certains cas, les résultats pourraient possiblement être plus avantageux si l'ex-Communauté ne parlait que d'une seule voix. Avec ce constat à l'esprit, les acteurs communautaires ont tenté, sous l'impulsion de la Commission³⁰⁰, de concilier, avec plus ou moins de succès, ces deux positions. Différentes propositions furent dès lors incorporées dans les modifications successives du TCE, soit à l'occasion du *Traité d'Amsterdam* de 1999, du *Traité de Nice* de 2003 et du *Traité de Lisbonne* de 2009. Voyons, dans les prochains paragraphes, les solutions qui furent ainsi retenues.

²⁹⁶ Les affaires *Werner*, *supra* note 190; *Leifer*, *supra* note 191; *Energy Star*, *supra* note 231; C-94/03 (Rotterdam), *supra* note 246; C-411/06 (*Transfert*), *supra* note 273; *L'Avis 2/00*, *supra* note 217.

²⁹⁷ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 175-177.

²⁹⁸ Koutrakos, « Legal Basis », *supra* note 42 aux pp 184-85.

²⁹⁹ Sur cette procédure voir, Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 255-266; Ivan Smyth, « Mixity in Practice-A Member State Practitioner's Perspective » dans Christophe Hillion et Panos Koutrakos, dir, *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 304 aux pp 304-19.

³⁰⁰ Eeckhout, *External Relations EU, Legal*, *supra* note 239 à la p 49.

III. La portée et l'étendue matérielle de la PCC : une détermination essentielle pour justifier le recours à l'accord mixte depuis le *Traité de Lisbonne (TL)*

A. La recherche d'une solution à l'impasse issue de l'*Avis 1/94* menant au *TL*

D'abord, le *Traité d'Amsterdam* tente en 1999, de remédier à l'impasse provoquée spécialement par l'*Avis 1/94*, en ajoutant un paragraphe 5 à l'ex-article 133 *TCE (TA)*. Cette nouvelle clause autorisait le « Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, [à] étendre l'application des paragraphes 1 à 4³⁰¹ [soit la PCC à l'époque de l'*avis 1/94*³⁰²,] aux négociations et accords internationaux concernant les services et les droits de propriété intellectuelle dans la mesure où ils ne sont pas visés par ces paragraphes »³⁰³. Selon le professeur Eeckhout, ce nouveau paragraphe 5 était problématique au niveau de sa légitimité juridique, car il autorisait le Conseil à élargir les pouvoirs exclusifs de l'ex-CE par le biais d'une simple décision unanime de sa part³⁰⁴. Or, le Conseil est composé uniquement de représentants des gouvernements, lesquels n'ont souvent pas le pouvoir, en vertu de leur constitution interne, de transférer eux-mêmes des compétences à une organisation internationale³⁰⁵. Il conférerait donc aux États membres du Conseil un pouvoir, politiquement quasi impraticable. Il ne représentait en fait que le maintien déguisé du *statu quo*, tel qu'il avait été établi notamment par l'*Avis 1/94*. De plus, cette nouvelle disposition permettait uniquement l'extension externe du champ d'application de la PCC dans les domaines des accords susnommés³⁰⁶. Elle ne visait pas la compétence de l'ex-CE d'adopter des mesures autonomes internes dans ces secteurs. Conséquemment, il en résultait uniquement une insertion partielle des services et de la propriété intellectuelle dans la PCC³⁰⁷. Le professeur Koutrakos constata également que l'ex-article 133 (5) *TCE (TA)* ne contenait aucune référence au domaine de l'investissement³⁰⁸. Finalement, ce nouveau paragraphe 5 de l'ex-article 133 *TCE (TA)* manquait nettement de clarté. La preuve en est que l'ex-article 133 (5) *TCE (TA)* n'indiquait pas s'il entendait conférer un caractère définitif à une pareille extension de la PCC. En outre, il ne précisait pas si cet élargissement devait englober nécessairement

³⁰¹ *TCE (TA)*, *supra* note 1, arts 133 (4), 300 (3) al 1 prévoient la règle de la majorité qualifiée sans consultation du Parlement européen pour conclure les conventions relevant de la PCC.

³⁰² Les paragraphes 1-4 de l'ex-article 133 *TCE (TA)* couvraient donc l'Annexe 1A, *supra* note 125, de l'*Accord OMC*, *supra* note 111, incluant les échanges de produits CECA, les fournitures transfrontalières de services n'impliquant aucun déplacement de personnes et les accords prohibant le commerce de marchandises de contrefaçon contrevenant aux droits de propriété intellectuelle. Voir, *Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 22-34, 44, 55-56, 71; Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 127-140, 147-148, 158.

³⁰³ *TCE (TA)*, *supra* note 1, art 2(20). L'ex-art 133(5) portait donc en principe sur les conventions concernant les services et les droits de propriété intellectuelle (non énumérées à *supra* note 302) qui furent exclus de la PCC par l'*Avis 1/94*, *supra* note 44. Voir, *Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 45-47, 58-68, 71; Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 149-167.

³⁰⁴ Eeckhout, *External Relations EU, Legal*, *supra* note 239 à la p 49.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 179.

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 aux pp 59-60.

l'ensemble des accords susmentionnés ou s'il devait s'appliquer uniquement au cas par cas³⁰⁹. Étant donné ce qui précède, on ne saurait donc s'étonner du fait que l'ex-article 133 (5) *TCE (TA)* ne fut jamais appliqué³¹⁰.

Afin de remédier aux insuffisances de la solution arrêtée par le *Traité d'Amsterdam (TA)*, le *Traité de Nice (TN)* introduit en 2003 l'ex-article 133 *TCE (TN)*, dont les paragraphes 5 à 7 étaient destinés à étendre la PCC à certains secteurs commerciaux non traditionnels. À l'instar du *TA*, ces dernières dispositions instaurent un système qui ignorait, dans les nouveaux domaines commerciaux, le volet interne de la PCC pour ne s'attarder qu'à la dimension externe de celle-ci³¹¹. Mentionnons d'abord les paragraphes 1 à 4 de l'ex-article 133 *TCE (TN)*, qui s'appliquaient aux accords commerciaux traditionnels relevant, selon l'*Avis 1/94*³¹², de la compétence communautaire d'attribution intrinsèquement exclusive³¹³. En raison de l'ex-article 133 (5) al 1 *TCE (TN)*, les paragraphes 1 à 4 de l'ex-article 133 *TCE (TN)* s'appliquaient également aux autres « accords dans les domaines du commerce des services et des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » qui avaient été exclus de la PCC par l'*Avis 1/94*³¹⁴. En principe, l'ex-article 133 (1) à (4) *TCE (TN)* confèrait à l'ex-CE la compétence de négocier et de conclure seule les accords susdits après avoir notamment³¹⁵ obtenu l'autorisation du Conseil adopté à la majorité qualifiée³¹⁶. Toutefois, pour les accords visés par l'ex-article 133 (5) al 1 *TCE (TN)* qui comprenaient des dispositions pour lesquelles le *TCE (TN)* requerrait l'unanimité pour l'adoption de règles internes³¹⁷ ou qui portaient « sur un domaine dans lequel la Communauté n'a[vait] pas encore exercé, en adoptant des règles internes, ses compétences en vertu du [*TCE (TN)*] »³¹⁸, l'ex-CE pouvait, selon l'article 133 (5) al 2 *TCE (TN)*, négocier et conclure seule de telles ententes uniquement après avoir obtenu l'autorisation du Conseil adoptées à l'unanimité³¹⁹.

³⁰⁹ Schmitter et Smits, *supra* note 16 aux pp 242-243.

³¹⁰ Eeckhout, *External Relations EU, Legal, supra* note 239 à la p 49.

³¹¹ *Ibid* aux pp 50-51.

³¹² *Avis 1/94, supra* note 44.

³¹³ Voir, *supra* note 302.

³¹⁴ Voir, *supra* note 303.

³¹⁵ *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-art 300 (3) al 1 stipulait que le Parlement européen (PE) n'était pas consulté pour la conclusion d'accords relevant de *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-art 133 (3). Ironiquement *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-art 133 (7) exigeait la consultation du PE (et l'unanimité au Conseil) pour que les accords de propriété intellectuelle ne touchant pas aux aspects commerciaux de celle-ci relèvent (en général ou au cas par cas, ce n'est précisé) de *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-arts 133 al 1-4 lequel ne prévoyait pas la consultation du PE. Koutrakos, *EU International (1)*, *supra* note 30 aux pp 60, 63 fit ce même commentaire concernant *TCE (TA)*, *supra* note 1, ex-art 133(5).

³¹⁶ Koen Lenaerts et Piet Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, 2e éd, London, Sweet et Maxwell, 2005, à la p 83 [Lenaerts et Van Nuffel, *Constitutional Law EU*]. Pour la définition de la majorité qualifiée sous le *Traité de Nice* voir aux pp 418-20.

³¹⁷ *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-arts 47(2), 57(2), 67(1), 93-94, 308. Ces dispositions exigeaient notamment l'unanimité pour l'adoption de règles internes; Koutrakos, *EU International (1)*, *supra* note 30 aux pp 68-69.

³¹⁸ *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-art 133(5) al 2.

³¹⁹ Cette disposition voulait éviter que la règle de l'unanimité exigée à l'interne soit contournée à l'externe par une action communautaire soumise à la majorité qualifiée. Voir, Eeckhout, *External Relations EU, Legal, supra* note 239 à la p 51. L'exigence d'unanimité au Conseil s'appliquait aussi aux conventions de nature horizontale mentionnées sans définition à l'ex-article 133(5) al 3 *TCE (TN)*. Lenaerts et Van Nuffel,

Ainsi, même quand l'ex-article 133 (5) al 2 *TCE (TN)* reconnaissait à l'ex-CE le pouvoir d'agir seule à l'externe, cette compétence n'était pas exclusive au même titre qu'elle l'était pour les accords commerciaux traditionnels³²⁰. L'alinéa 2 de l'ex-article 133 (5) *TCE (TN)* rappelait les motifs sous-jacents qui expliquèrent l'interprétation restrictive que la CEJ donna à la PCC depuis l'*Avis 1/94*³²¹. Cette disposition révélait en effet le souci des États membres de conserver le contrôle de leurs compétences externes dans les secteurs susnommés du commerce international, en favorisant une PCC dont le plein effet dépendrait, à l'instar de la compétence communautaire externe implicite par acquisition, de l'application de la préemption et de l'étendue de la compétence communautaire exclusive interne sur un sujet donné³²².

Dans le même ordre d'idée, l'ex-article 133 (5) al 4 *TCE (TN)* prévoyait que les États membres conservaient le droit de maintenir et de conclure des conventions dans les domaines visés par l'ex-article 133 (5) al 1 *TCE (TN)*, soit sur les services et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, « pour autant que lesdits accords respectent le droit communautaire et les autres accords internationaux pertinents »³²³. Conséquemment, il en résultait, selon les auteurs Schmitter et Smits, qu'en l'absence d'accord de l'ex-CE dans les domaines considérés, les États membres restaient « compétents pour exercer, sur le plan externe, la compétence [résiduaire] qui découle du caractère [ex-] concurrent de la compétence communautaire interne »³²⁴ et que « les règles traditionnelles de répartition des compétences entre les États membres et la Communauté, résultant de la doctrine *AETR*³²⁵, [trouvaient donc] à s'appliquer »³²⁶. Contrairement à la compétence détenue pour les accords commerciaux traditionnels, l'ex-CE ne disposait donc pas, en vertu de l'ex-article 133 (5) al 4 *TCE (TN)*, d'une compétence d'attribution intrinsèquement exclusive totale dans les secteurs non traditionnels du commerce international³²⁷.

L'ex-article 133 (6) al 1 et 2 *TCE (TN)* confirmait également l'intention des États membres de diluer le caractère exclusif de la PCC, en imposant la procédure mixte pour les ententes sur le commerce des services culturels, audiovisuels, sociaux, de santé humaine et d'éducation³²⁸, ainsi que pour tout autre accord qui entraînerait une harmonisation des dispositions réglementaires ou législatives des États membres dans

Constitutional Law EU, *supra* note 316 aux pp 832-33, supposèrent que les accords horizontaux toucheraient, d'une part, au commerce des services et aux aspects commerciaux de la propriété intellectuelle et, d'autre part, à des sujets relevant de *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-art 133(5) al 2 ou ex-article 133(6) al 2 (analysé ci-après); Voir, également Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 aux pp 65, 69-71.

³²⁰ Tels que définis dans l'*Avis 1/94*, *supra* note 44 aux para 22-34, 44-47, 55-56, 58-68, 71 et dans la jurisprudence postérieure à cet avis.

³²¹ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 171-298; Selon l'interprétation donnée à *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-art 133(5) al 2 cette disposition pouvait à la limite annuler l'effet de *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-art 133(5) al 1.

³²² Voir, *supra* notes 6 et 7; Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 aux pp 68-69.

³²³ *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-art 133(5) al 4.

³²⁴ Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 288.

³²⁵ Voir, *supra* notes 6 et 7.

³²⁶ Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 288. Voir, aussi Neframi, *Accords*, *supra* note 3 aux pp 186-187.

³²⁷ Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 aux pp 71-72.

³²⁸ Voir, les ex-articles, *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-arts 149(4), 150(4), 151(5), 152(4). Voir, Schmitter et Smits, *supra* note 16 à la p 247.

un domaine où le *TCE (TN)* excluait une pareille harmonisation. Cette disposition permettait évidemment aux États membres de protéger leurs compétences en ces matières. Elle privait l'ex-CE de toute autonomie externe dans ces domaines, en faisant dépendre ses initiatives de la volonté des États membres³²⁹. Finalement, l'ex-article 133 (6) al 3 *TCE (TN)* s'inscrivait aussi dans la voie tracée par l'*Avis 1/94* puisque, comme lui, il excluait de la PCC les accords sur les services de transports, en les faisant relever de l'ex-Titre V *TCE (TN)*³³⁰, où l'étendue de la compétence communautaire est déterminée en fonction de l'application des principes relatifs à la préemption³³¹.

On le constate, l'ex-article 133 *TCE (TN)* présentait une grande complexité. Ses termes firent l'objet de plusieurs interprétations incertaines, sur lesquelles il n'y eut aucun consensus³³². Il est difficile d'imaginer qu'une pareille disposition puisse écarter le recours à la procédure mixte pour les accords que l'*Avis 1/94* et la jurisprudence subséquente avaient exclus de la PCC³³³. Du reste, nous n'avons relevé qu'une seule circonstance où cette clause fut utilisée, ce qui confirme l'échec de la solution élaborée dans l'ex-article 133 *TCE (TN)*³³⁴. Il fallut attendre le *Traité de Lisbonne*³³⁵, reprenant en cela le projet avorté de Constitution européenne³³⁶, pour que soit proposée sur cette question une disposition plus satisfaisante et plus facile d'approche, soit l'article 207 *TFUE*³³⁷.

L'article 207 *TFUE*, consacré à l'établissement d'une PCC mieux adaptée aux réalités du commerce extérieur actuel, diffère considérablement de l'ex-article 133 *TCE (TN)*. D'abord, ses paragraphes 1 et 2 étendent le champ d'application de la PCC en y intégrant sans réserve le commerce des services, les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle³³⁸ et les investissements étrangers directs³³⁹. Dans ces matières,

³²⁹ *Ibid* aux pp 289-290.

³³⁰ *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-arts 70-80.

³³¹ Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 à la p 67.

³³² *Ibid* aux pp 68-73; Eeckhout, *External Relations EU, Legal*, *supra* note 239 aux pp 49-53.

³³³ Eeckhout, *External Relations EU, Legal*, *supra* note 239 à la p 53.

³³⁴ Voir, *Avis de la Cour (grande chambre) du 30 novembre 2009 - Avis rendu en vertu de l'article 300, paragraphe 6, CE - Accord général sur le commerce des services (GATS) C-1/08* [2009] ECR I-11129 [Avis 1/08]. La Cour y souligne que les accords de *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-arts 133(6) al 2-3 doivent être mixtes même s'ils contiennent aussi des éléments qui relèvent de la compétence exclusive de l'ex-CE selon *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-art 133(5) al 1.

³³⁵ *Traité de Lisbonne (TL)*, *supra* note 2; Voir Jean-Luc Sauron, *supra* note 6.

³³⁶ *Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 18 juillet 2003, JO, C 169/1 [Projet Constitution européenne]. Voir, Giuliano Amato, Hervé Bribosia, *Genève et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007 [Amato et Bribosia « Genève »].

³³⁷ *TFUE*, *supra* note 2, art 207, reprend l'art III-315 du *projet Constitution européenne*, *supra* note 336 reproduit dans Koutrakos, *EU International* (1), *supra* note 30 à la p 73. La doctrine écrite sur l'article III-315 est utile pour expliquer *TFUE*, *supra* note 2, art 207.

³³⁸ Contrairement à *TCE (TN)*, *supra* note 1, art 133(7) (voir, *supra* note 315), *TFUE*, *supra* note 2, art 207 ne permet pas d'étendre la PCC aux aspects non commerciaux de la propriété intellectuelle. Pour agir à l'externe dans ces domaines, l'UE devra s'appuyer sur d'autres dispositions des traités fondateurs. Koen Lenaerts et Piet Van Nuffel, *European Union Law*, 3e éd, London, Sweet et Maxwell, 2011, à la p 965 [Lenaerts et Van Nuffel, *EU Law*].

³³⁹ Jean-François Brakeland, « Politique commerciale commune, coopération avec les pays tiers et aide humanitaire » dans Amato et Bribosia « Genève », *supra* note 336 à la p 861.

l'UE pourra ainsi non seulement conclure des accords internationaux, mais aussi adopter des mesures autonomes, ce qui n'était pas le cas avec l'article 133 (5) *TCE (TN)*³⁴⁰. De plus, les dispositions qui empêchaient l'exclusivité totale et de plein droit des compétences communautaires en certains secteurs de la PCC, tels les ex-articles 133 (5) al 2 et 4 ainsi que 133 (6) al 1 et 2 *TCE (TN)*³⁴¹, disparaissent entièrement de l'article 207 *TFUE*. Cette nouvelle disposition renverse donc la tendance instaurée depuis l'*Avis 1/94*, en établissant une PCC qui reconnaît la compétence d'attribution intrinsèquement exclusive de l'UE sur pratiquement tous les sujets faisant l'objet de négociations au sein de l'OMC³⁴². Seules les conventions touchant aux services de transports y échappent. Celles-ci continuent, en vertu de l'article 207 (5) *TFUE*, comme sous l'ex-article 133 (6) al 3 *TCE (TN)*, de relever de la compétence partagée générale³⁴³ de l'UE en matière de transports³⁴⁴. Dans ce dernier secteur, la procédure de négociation et de conclusion des accords mixtes devrait donc en principe s'appliquer si l'accord envisagé porte sur des questions relevant encore de la compétence résiduaire des États membres³⁴⁵.

Selon l'article 207 (2) *TFUE*, les mesures autonomes relevant de la PCC sont adoptées suivant la procédure législative ordinaire où la majorité qualifiée et le Parlement européen jouent un rôle central³⁴⁶. Pour la négociation et la conclusion des conventions de PCC, le mode de décision nettement favorisé par l'article 207 (3), (4) *TFUE* est la majorité qualifiée au Conseil après, selon l'article 218 (6) al 2 (a) (v) *TFUE*, l'approbation du Parlement européen pour l'étape de la conclusion³⁴⁷. Toutefois, le paragraphe 4 de cette disposition oblige encore l'unanimité au Conseil pour les accords suivants : 1) s'ils comprennent des dispositions pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes³⁴⁸, ce qui, dans ce cas,

³⁴⁰ Ci-dessus, le texte correspondant à la note 311; *Ibid* aux pp 861-862; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 59.

³⁴¹ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 317-320, 328-329; Brakeland, *supra* note 339 à la p 860; Marise Cremona, « The Union's external action: Constitutional perspectives » dans Amato et Bribosia « *Genèse* », *supra* note 336 à la p 1215 [Cremona, « Union »].

³⁴² Voir, *supra* note 125.

³⁴³ Voir, *supra* note 6.

³⁴⁴ *TFUE*, *supra* note 2, arts 4 (2) (g), 90-100; ; Lenaerts et Van Nuffel, *EU Law*, *supra* note 338 à la p 965; Brakeland, *supra* note 339 aux pp 860- 861 désapprouve, pour le motif déjà énoncé à *supra* note 176 l'inclusion de l'agriculture dans la PCC alors que les transports en sont exclus.

³⁴⁵ Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 194. Cependant, dans l'*Avis de la Cour (assemblée plénière) du 16 mai 2017- Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE*, C-2/15 [2017], ECLI:EU:C:2017:376 aux para 175-212 [*Avis 2/15*]; La CEJ a conclu que les engagements de l'*Accord libre échange [ALE] Singapour* concernant les services de transport par route, maritime et ferroviaire relevaient d'un domaine couvert en grande partie par la réglementation de l'UE. Sur ces questions, la mixité n'était donc pas requise, car l'UE avait la compétence exclusive par acquisition pour prendre lesdits engagements en application du principe de la préemption complète; Voir, *supra* note 7.

³⁴⁶ Sur la procédure législative ordinaire voir, *TFUE*, *supra* note 2, art 294; Lenaerts et Van Nuffel, *EU Law*, *supra* note 338 aux pp 663-72.

³⁴⁷ Pour en savoir plus sur *TFUE*, *supra* note 2, arts 207 (2)-(4), voir Lenaerts et Van Nuffel, *EU Law*, *supra* note 338 aux pp 965-966, 1034; Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 61-62, 202-204, 458. L'approbation requise du Parlement européen pour la conclusion des conventions de PCC représente une grande innovation du *TL*, *supra* note 2, car auparavant même sa consultation n'était pas exigée par les traités fondateurs. Voir *supra* note 301 et 315.

³⁴⁸ Comme exemples de telles dispositions Voir *TFUE*, *supra* note 2, arts 64 (3), 113, 115, 352 (1).

maintient un lien entre la PCC externe et les pouvoirs internes de l'UE³⁴⁹ afin d'éviter que la règle de l'unanimité exigée à l'interne soit contournée à l'externe par une action communautaire sujette à la majorité qualifiée, 2) s'ils portent sur le commerce des services culturels et audiovisuels, « lorsqu'ils risquent de porter atteinte à la diversité culturelle et linguistique de l'Union »³⁵⁰ et 3) s'ils touchent au commerce des services sociaux, d'éducation et de santé, « lorsqu'ils risquent de perturber gravement l'organisation de ces services au niveau national et de porter atteinte à la responsabilité des États membres pour la fourniture de ces services »³⁵¹. Bien que l'unanimité au Conseil ainsi requise permette aux États membres de ne pas être isolés de la conduite de certains aspects de la PCC³⁵² et de conserver le contrôle au niveau de la négociation et de la conclusion des accords susmentionnés, il n'en demeure pas moins que cette exigence s'inscrit dans le contexte d'une PCC qui relève nettement de la compétence intrinsèquement exclusive de l'UE. L'article 207 (4) *TFUE* constitue en effet une amélioration par rapport à l'article 133 (5) al 2 et 3 *TCE (TN)*, en ce sens qu'il n'impose plus l'unanimité pour les conventions de nature horizontale difficiles à définir³⁵³, ni pour les ententes portant sur un domaine où l'UE n'a pas encore adopté de règles internes sur la base de ses compétences. L'abandon de cette dernière hypothèse constitue un net progrès, car, rappelons-le, elle avait étrangement pour effet de limiter le plein effet de la PCC en la faisant dépendre en quelque sorte du concept de préemption utilisé normalement pour déterminer l'étendue de la compétence externe implicite exclusive par acquisition de l'UE³⁵⁴. De même, l'article 207 (4) *TFUE* maintient les accords relatifs au commerce des services culturels, audiovisuels, sociaux, d'éducation et de santé dans le giron d'une PCC exclusive, en n'exigeant plus, à l'instar de l'article 133 (6) al 2 *TCE (TN)*, la mixité pour leur négociation et leur conclusion³⁵⁵.

À ce point-ci, nous pouvons constater que, par rapport à l'article 133 *TCE (TN)*, l'article 207 *TFUE* représente une réelle tentative de définir une PCC qui tranche avec le courant jurisprudentiel issu de l'*Avis 1/94*. Il définit effectivement une PCC qui est exclusive pour pratiquement tous les sujets relevant de l'OMC³⁵⁶, qui est également plus adaptée aux circonstances nouvelles du commerce international et qui est moins alignée sur la nature et le partage des compétences internes entre l'UE et les États membres³⁵⁷. Toutefois, sur ce dernier point, il reste encore l'article 207 (4) *TFUE*, mentionné au paragraphe précédent, qui réfère aux accords relevant de la PCC qui

³⁴⁹ Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 61.

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 61-62; Lenaerts et Van Nuffel, *EU Law*, *supra* note 338 à la p 966.

³⁵² Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 à la p 62; Brakeland, *supra* note 339 aux pp 865-866.

³⁵³ Voir, *supra* note 319.

³⁵⁴ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 318-319.

³⁵⁵ Ci-dessus, le texte correspondant à la note 328; *Supra* note 334; Brakeland, *supra* note 339 à la p 860. Toutefois le Conseil devra statuer à l'unanimité pour la négociation et la conclusion de tels accords, s'ils présentent les caractéristiques mentionnées plus haut dans le présent paragraphe.

³⁵⁶ Sauf pour les services de transports qui en sont encore exclus suivant *TFUE*, *supra* note 2, art 207 (5). Toutefois, selon l'*Avis 2/15*, *supra* note 345 les services de transport par route, maritime et ferroviaire relèvent aujourd'hui de la compétence exclusive par acquisition de l'UE. (Voir *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 180-182, 192-193, 202, 210-211).

³⁵⁷ Comme c'était le cas depuis l'*avis 1/94*, *supra* note 44 et avec *TCE (TN)*, *supra* note 1, ex-art 133.

comprennent des dispositions pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption de règles internes³⁵⁸ et il nous faut surtout signaler ici l'article 207 (6) *TFUE*. Cet article renvoie en effet au système intraeuropéen de distribution des compétences puisqu'il exige que l'exercice des pouvoirs attribués à l'UE dans le domaine de la PCC « n'affecte pas la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres et n'entraîne pas une harmonisation des dispositions législatives ou réglementaires des États membres dans la mesure où les traités excluent une telle harmonisation »³⁵⁹. Cette disposition reprend en fait l'article 133 (6) al 1 *TCE (TN)*³⁶⁰. À l'instar de celui-ci, ses termes sont clairs lorsqu'elle interdit l'harmonisation quand les traités fondateurs la prohibent. Ils le sont toutefois beaucoup moins, quand elle impose l'obligation de ne pas affecter la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres. Ce lien maintenu entre le respect dudit partage des pouvoirs et l'exercice de la PCC est gênant dans le contexte d'une disposition qui semble vraiment vouloir apporter une vision nouvelle, autonome et corrigée de la PCC. À la limite, la préservation d'une telle dépendance pourrait pratiquement annuler les effets de l'article 207 *TFUE*, selon l'interprétation qui sera donnée à son sixième alinéa. Pour éviter ce scénario catastrophe, les auteurs Lenaerts et Van Nuffel l'expliquent en limitant son application aux restrictions qui concernent l'action de l'Union au niveau interne, comme, par exemple, les exigences en matière de vote au Conseil³⁶¹ et la prohibition d'harmoniser quand elle est interdite³⁶². Avec le même souci, Brakeland soutient, à l'égard de l'article III-315 (6) du projet de Constitution européenne, lequel est identique en tous points à l'article 207 (6) *TFUE*, que

La compétence exclusive de l'Union en matière commerciale étant fermement établie par différentes dispositions de la Constitution, on ne peut que conclure au caractère purement déclaratoire de l'article III-315 [(6)]. [...] Ce reliquat de l'[ex] article 133 [(6)], alinéa 1 du *TCE*, dont le maintien fut demandé lors des travaux du groupe de travail VII sur l'action externe, semble destiné à rassurer certains États membres face à la crainte d'un pourtant peu vraisemblable « *AETR* à l'envers » [notes omises]³⁶³.

³⁵⁸ Pour autoriser la négociation et la conclusion de tels accords, *TFUE*, *supra* note 2, art 207 (4) exige une décision unanime du Conseil.

³⁵⁹ *TFUE*, *supra* note 2, art 207 (6).

³⁶⁰ Neframi, *Accords*, *supra* note 3 aux pp 193-194; Koutrakos, *EU International* (2), *supra* note 5 à la p 52.

³⁶¹ Ces auteurs, avaient peut-être ici à l'esprit *TFUE*, *supra* note 2, art 206 (4) qui oblige une décision unanime du Conseil pour les accords qui comprennent des dispositions pour lesquelles l'unanimité est requise pour l'adoption des règles internes. Nous avons déjà souligné que cette exigence permet d'éviter que la règle de l'unanimité requise à l'interne soit contournée à l'externe par une action communautaire sujette à la majorité qualifiée. Voir ci-dessus, le texte correspondant aux notes 348-350.

³⁶² Lenaerts et Van Nuffel, *EU Law*, *supra* note 338 à la p 966.

³⁶³ Brakeland, *supra* note 339 aux pp 862-863. Le refus de l'effet « *AETR* à l'envers » s'explique par la crainte que la conclusion d'un traité par l'UE en vertu de sa compétence en matière de PCC puisse conférer à celle-ci des compétences internes exclusives correspondantes qu'elle ne possède pas par ailleurs. Voir, pour des détails Cremona, « Union », *supra* note 341 à la p 1216; Koutrakos, *EU International* (2), *supra* note 5 aux pp 51-52. Selon Yole Tanghe, *TFUE*, *supra* note 2, art 207 (6) représente uniquement une mise en garde contre une interprétation trop expansive de la compétence en matière de PCC. Pour Tanghe, une telle mise en garde viserait à limiter l'impact de *TFUE*, *supra* note 2, article 216 (2) qui consacre l'effet « *AETR* à l'envers », en conséquence duquel l'accord conclu par l'UE dans un domaine de PCC lie les États membres, ce qui limite donc indirectement la compétence interne

Les commentaires précédents sur l'article 207 (6) *TFUE* rassurent et nous semblent validés par le principe dégagé dans l'affaire *Van Gend et Loos*³⁶⁴, selon lequel l'interprétation d'une disposition des traités fondateurs se fait, non seulement en fonction de ses termes, mais aussi à la lumière de son esprit et de son économie³⁶⁵. Or, l'article 207 *TFUE*, dans son ensemble s'inscrit dans un mouvement de réforme positive qui vise à réduire le recours à la mixité en matière commerciale. Cette disposition ne nous semble pas compatible avec ce qui équivaldrait à un net recul. Cependant, il n'en demeure pas moins que l'article 207 (6) *TFUE* ouvre une brèche dont les États membres pourraient vouloir se prévaloir. Cela dit, il appartiendra à la CEJ d'en clarifier le sens lorsque les circonstances s'y prêteront.

B. Sur la PCC issue du *TL*

La PCC a toujours représenté pour l'ex-CE/UE un domaine de compétence qui lui a permis d'affirmer sa personnalité internationale et d'agir au niveau de ses relations extérieures³⁶⁶. Comme son caractère intrinsèquement exclusif fut reconnu très tôt, c'est la délimitation de son champ d'application qui a suscité et qui continue, même sous le *TL*, de susciter plusieurs controverses entre les institutions de l'ex-CE/UE et ses États membres³⁶⁷. Ainsi, en plus de l'impact incertain de l'article 207 (6) *TFUE* souligné au paragraphe précédent³⁶⁸, les expressions « échanges de services », « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle », et « investissements étrangers directs » utilisées à l'article 207 (1) *TFUE* ont déjà opposé les acteurs de l'UE devant la CEJ. Dans les paragraphes suivants, nous allons traiter de cinq affaires qui sont particulièrement importantes pour mesurer l'étendue de la PCC depuis l'adoption de cette disposition et pour évaluer conséquemment sa propension à réduire le recours à la mixité au niveau du processus de conclusion des traités.

a) Sur les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle

Sur l'expression « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » que l'on retrouve à l'article 207 (1) *TFUE*, on constate d'abord qu'elle n'a pas fait l'objet d'une définition de la part des auteurs du *TL*³⁶⁹. Toutefois, cette incertitude juridique s'est en grande partie estompée avec la décision de la CEJ (grande chambre) dans

de ces derniers. Voir sur ce point Yole Tanghe, « The Borders of EU Competences with Regard to the International Regulation of Intellectual Property Rights: Constructing a Dam to Resist a River Bursting its Banks » (2016) 32:82 *Utrecht J Intl & Eur L* 27 à la p 38 [Tanghe, « Borders »].

³⁶⁴ *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend et Loos c Administration fiscale néerlandaise*, C-26/62 [1963], ECR I-00003 [*Van Gend et Loos*].

³⁶⁵ Lenaerts et Van Nuffel, *EU Law*, *supra* note 338 à la p 814.

³⁶⁶ Koutrakos, « Legal Basis », *supra* note 42 à la p 184.

³⁶⁷ Neframi, *Accords*, *supra* note 3 à la p 143.

³⁶⁸ La CEJ ne s'est pas encore prononcée sur cette disposition voir, Yole Tanghe, « The EU's external competence in IP matters: the contribution of the Daiichi Sankyo case to cloudy constitutional concepts, blurred borders, and corresponding court jurisdiction » (2015) 22:1 *Colum J Eur L* 139 à la p 156 [Tanghe, « External »].

³⁶⁹ *Ibid* aux pp 141, 148; Tanghe, « Borders », *supra* note 363 à la p 32.

l'affaire C-414/11³⁷⁰. En arrière-plan de cette décision, trois entreprises se sont trouvées devant le Tribunal de grande instance d'Athènes (TGIA), soit : 1) Daiichi Sankyo (Daiichi), qui détenait depuis 1986 un brevet grec sur le processus de fabrication du lévofloxacine hémihydrate (LH), lequel brevet fut prolongé en 1992 par un CCP³⁷¹ jusqu'en 2011; 2) Sanofi-Aventis (Sanofi), qui distribuait en Grèce le médicament Tanavic qui contenait du LH en raison d'une licence obtenue de Daiichi et d'une autorisation de mise en marché obtenue de l'autorité hellénique compétente (Autorité)³⁷² et 3) DEMO, qui avait reçu de l'Autorité la permission de mettre sur le marché grec le médicament générique Talerin qui contenait du LH. Pour que cesse la commercialisation du Talerin, Daiichi et Sanofi introduisirent donc un recours à cet effet devant le TGIA³⁷³. Pour lui permettre de résoudre ce différend, le TGIA posa alors trois questions préjudicielles à la CEJ, dont la première nous concerne plus particulièrement. Elle visait l'article 27 de l'ADPIC. Le TGIA se demandait si cette disposition, qui fixe la protection des brevets, relevait encore de la compétence des États membres de l'UE³⁷⁴.

Sur cette question, les entreprises susmentionnées et neuf États membres de l'UE³⁷⁵ argumentaient devant la CEJ que la jurisprudence de celle-ci avait établi que l'ADPIC était un accord mixte et qu'il fallait conséquemment mesurer l'étendue de la compétence de l'UE en fonction de l'activité législative de celle-ci dans le secteur de la brevetabilité couvert par l'article 27 de l'ADPIC. Selon eux, le droit substantif sur les brevets relevait toujours du domaine des compétences partagées en matière de marché intérieur, lequel était toujours régi par les articles 114 et 118 TFUE³⁷⁶. La Commission alléguait plutôt que la jurisprudence antérieure de la CEJ n'était plus pertinente vu le libellé de l'article 207 (1) TFUE qui incluait désormais les « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle ». Or, comme l'ensemble de l'ADPIC traite de ce sujet, il relève donc, ajoutait-elle, entièrement de la PCC³⁷⁷.

Dans cette affaire, la CEJ (grande chambre) donnera raison à la Commission³⁷⁸. La CEJ constate d'emblée que la définition de la PCC a beaucoup

³⁷⁰ *Daiichi Sankyo Co Ltd et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH c DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon*, C-414/11 [2013] [C-414/11].

³⁷¹ Certificat complémentaire de protection. Pour plus de détails sur ce certificat voir C-414/11, *ibid* au para 9.

³⁷² *Ibid* au para 33. En juin 2012, Sanofi s'est retirée du recours contre DEMO.

³⁷³ C-414/11, *supra* note 370 au para 28; Tanghe, « External », *supra* note 368 à la p 142; Joris Larik, « No mixed feelings : The post-Lisbon Common Commercial Policy in Daiichi Sankyo and Commission v Council (Conditional Access Convention) » (2015) 52:3 CML Rev 779 à la p 781 [Larik].

³⁷⁴ C-414/11, *supra* note 370 au para 32; Larik, *supra* note 373 aux pp 780-81; Tanghe, « External », *supra* note 368 à la p 143.

³⁷⁵ Sur l'argumentation des parties voir, Tanghe, « External », *supra* note 368 aux pp 143-44; Larik, *supra* note 373 aux pp 782-83; Koutrakos, *EU International* (2), *supra* note 5 aux pp 44-45; Miquel Montaña Mora, « The practical consequences of the CJEU judgment of 18 July 2013 changing its doctrine on the respective competences of the EU and its member states to apply trips agreement: have we seen the tip of the Daiichi iceberg yet » (2017) 48:7 Intl rev IP & Competition L 784, à la p 792 [Mora]

³⁷⁶ C-414/11, *supra* note 370 aux para 41-42, 44, 56.

³⁷⁷ *Ibid* au para 43.

³⁷⁸ Sur la décision de la Cour voir, Tanghe, « External », *supra* note 368 aux pp 146-47; Larik, *supra* note 373 aux pp 783-84, 792-93; Tanghe, « Borders », *supra* note 363 aux pp 29-32; Mora, *supra*

évolué avec les modifications intervenues dans le droit primaire. Ainsi depuis le *TL*, l'article 207 (1) définit la PCC en des termes très différents que ne le faisaient l'article 133 (1) *TCE (TN)* et l'article 113 *TCE (TM)*. Pour la CEJ, l'*Avis 1/94* n'est donc plus pertinent pour déterminer le contenu de la PCC qui doit plutôt être évaluée en fonction du *TFUE* actuellement en vigueur³⁷⁹. Selon la CEJ, par l'expression « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle », l'article 207 (1) réfère à l'action extérieure et aux échanges commerciaux de l'UE « avec les États tiers et non aux échanges sur le marché intérieur »³⁸⁰. Toutefois, énonce la Cour, le fait pour un acte de l'UE, comme la conclusion d'un traité, d'avoir certaines implications sur les échanges internationaux ne suffit pas pour en faire un acte relevant de la PCC³⁸¹. Pour relever de la PCC, il faut plutôt, ajoute la Cour, que l'acte de l'UE, « porte spécifiquement [par opposition à incidemment] sur les échanges internationaux en ce qu'il est essentiellement destiné à promouvoir, à faciliter ou à régir ces échanges et a des effets directs et immédiats sur ceux-ci »³⁸². En application de ce critère, la CEJ jugera que les dispositions de l'*ADPIC* ont un lien spécifique avec les échanges internationaux³⁸³ pour les trois motifs suivants. Tout d'abord, l'*ADPIC* fait partie, avec d'autres accords multilatéraux, du système de l'OMC et ce, à tel point que la violation de l'*ADPIC* peut donner lieu à la suspension de concessions de manière croisée provenant de toutes ces autres ententes de l'OMC³⁸⁴. En deuxième lieu, affirme la CEJ, les auteurs de l'article 207 (1) *TFUE* ont sûrement réalisé que l'expression « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » de cette disposition est pratiquement identique au titre de l'*ADPIC*³⁸⁵. Comme troisième raison, la CEJ réfère au préambule de l'*ADPIC* qui précise que cet accord a pour but, auquel contribue l'article 27, de réduire les distorsions du commerce international en garantissant que chaque membre de l'OMC offre sur son territoire une protection efficace des droits de propriété intellectuelle³⁸⁶. À la lumière de ce qui précède, la CEJ conclut donc que les normes de brevetabilité de l'article 27 *ADPIC* relèvent de la PCC, car elles visent l'amélioration des échanges internationaux et non pas l'harmonisation législative pour les fins du marché intérieur de l'UE³⁸⁷.

note 375 aux pp 793-96; Eleftheria Neframi, « Vertical Division of Competences and the Objectives of the European Union's External Action » dans Marise Cremona et Anne Thies, *The European Court of Justice and External Relations Law*, Oxford, Hart Publishing 2014, 73 à la p 80 [Neframi, « Vertical »].

³⁷⁹ C-414/11, *supra* note 370 aux para 46-48. Rappelons que dans l'*Avis 1/94*, *supra* note 44 la CEJ ne s'était pas rangée du côté de la Commission qui avait allégué que les droits de propriété intellectuelle relevaient de la PCC vu le lien étroit existant entre ces droits et le commerce des produits auxquels ils s'appliquent. Voir, Koutrakos, *EU International (2)*, *supra* note 5 aux pp 42-43.

³⁸⁰ C-414/11, *supra* note 370 au para 50.

³⁸¹ *Ibid* au para 51.

³⁸² *Ibid*. La Cour reprend ici textuellement le principe déjà énoncé, avant l'entrée en vigueur du *TL*, dans l'arrêt C-411/06 (*Transfert*), *supra* note 273 au para 71. Ci-dessus, le texte correspondant à la note 284.

³⁸³ C-414/11, *supra* note 370 au para 53.

³⁸⁴ *Accord OMC*, *supra* note 111, Annexe 2, art 22(3) donne cette possibilité. Voir C-414/11, *supra* note 370 au para 54.

³⁸⁵ *Ibid* au para 55.

³⁸⁶ *Ibid* au para 58.

³⁸⁷ *Ibid* au para 59-61; Pour la CEJ, cette conclusion n'a pas pour conséquence d'empêcher l'UE de légiférer, en vertu de *TFUE*, *supra* note 2, arts 114, 118 sur les droits de propriété intellectuelle pour le marché

Dans l'affaire *Daiichi*, la CEJ interprète donc largement l'article 207 (1) en incluant toutes les dispositions de l'*ADPIC* dans la PCC³⁸⁸. Elle tourne le dos à une jurisprudence importante comme l'*Avis 1/94* pour donner plein effet aux changements résultant du *TL*. Elle augmente ainsi l'efficacité de la représentation de l'UE au sein de l'OMC³⁸⁹, en écartant l'obligation de la mixité pour l'*ADPIC*. En interprétant largement la PCC issue du *TL*, « *the Court returned to its reasoning in Opinion 1/75³⁹⁰ and Opinion 1/78³⁹¹ in which it had opted for a dynamic and flexible approach to the CCP in light of evolutions within the international trade framework* »³⁹². Le raisonnement de la CEJ en cette affaire incite même à penser que toutes les dispositions des *Accords de OMC* relèvent maintenant de la PCC³⁹³; même celles qui, à l'instar de l'article 27 de l'*ADPIC*, peuvent à première vue sembler être du droit substantif relevant toujours du domaine des compétences partagées en matière de marché intérieur. Pour l'auteur Tanghe, il aurait été artificiel et inefficace pour la Cour de ne pas lier la PCC à l'OMC. Cela dit, la décision *Daiichi* a aussi fait naître plusieurs incertitudes³⁹⁴. Ainsi, l'expression « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle au sens de l'article 207 (1) *TFUE* » est-elle susceptible de couvrir d'autres accords en matière de propriété intellectuelle qui ne seraient pas liés à l'OMC? En effet, vu que le contexte « commercial » de l'OMC, dans lequel s'inscrit l'*ADPIC*, fut, dans la décision *Daiichi*, un élément déterminant pour juger que ses dispositions relèvent de la PCC³⁹⁵, l'auteur Tanghe se demanda, si la PCC inclura les dispositions sur les droits de propriété intellectuelle (DPI) négociées par l'UE dans le contexte d'accords commerciaux multilatéraux ou bilatéraux de libre-échange (le CETA par exemple)³⁹⁶. Également, comme le contenu de l'*ADPIC* fut largement inspiré de traités administrés par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, le même auteur Tanghe s'interrogea si dorénavant les dispositions contenues dans ces dernières ententes relèveront forcément, par analogie ou en raison de leur nature même, de la PCC³⁹⁷.

Les incertitudes susmentionnées s'expliquent principalement par l'imprécision des modalités d'application du critère de rattachement à la PCC utilisé par la CEJ dans l'affaire *Daiichi*, à savoir notamment que l'acte de l'UE relèvera de la PCC « s'il porte spécifiquement sur les échanges internationaux »³⁹⁸. Dans l'*Avis de la Cour (grande chambre) du 14 février 2017 - Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE-Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des*

intérieur de l'UE. Toutefois, de telles normes de l'UE devront respecter les dispositions de l'*ADPIC*, *supra* note 33; Koutrakos, *EU International* (2), *supra* note 5 à la p 45.

³⁸⁸ Tanghe, « External », *supra* note 368 à la p 148; Larik, *supra* note 373 aux pp 793, 798; Tanghe, « Borders », *supra* note 363 à la p 37.

³⁸⁹ Tanghe, « External », *supra* note 368 aux pp 148, 162-63; Larik, *supra* note 373 aux pp 780, 792.

³⁹⁰ *Avis 1/75*, *supra* note 10.

³⁹¹ *Avis 1/78*, *supra* note 22.

³⁹² Tanghe, « Borders », *supra* note 363 à la p 30. Voir, également Tanghe, « External », *supra* note 368 à la p 149.

³⁹³ Tanghe, « Borders », *ibid* aux pp 30-31; Tanghe, « External », *ibid* à la p 152.

³⁹⁴ Tanghe, « Borders », *supra* note 363 à la p 35; Larik, *supra* note 373 aux pp 793-95.

³⁹⁵ Tanghe, « External », *supra* note 368 à la p 163.

³⁹⁶ Tanghe, « Borders », *supra* note 363 aux pp 31, 43; Tanghe, « External », *ibid* aux pp 151-52.

³⁹⁷ Tanghe, « Borders », *ibid* à la p 30; Tanghe, « External », *ibid* aux pp 149, 152, 163;

³⁹⁸ Ci-dessus, le texte correspondant à la note 382.

déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées (3/15)³⁹⁹, la CEJ (grande chambre) énonce certains éléments qui, à notre avis, clarifient ce critère en relation avec le domaine des droits de propriété intellectuelle (DPI). Dans cette affaire, le *Traité de Marrakech (T Marrakech)*⁴⁰⁰, négocié dans le cadre de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), était en cause. Cet accord visait à faciliter l'accès des aveugles et des déficients visuels aux œuvres publiées en stipulant à l'article 4 (1) (a) que :

Les Parties contractantes [PC] prévoient, dans leur législation nationale relative au droit d'auteur, une limitation ou une exception au droit de reproduction, au droit de distribution et au droit de mise à la disposition du public tel que prévu par le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) pour mettre plus facilement des œuvres en format accessible à la disposition des personnes [déficientes visuelles].

La CEJ était donc en présence d'une convention contenant des dispositions qui créaient des exceptions relatives au droit d'auteur. En l'espèce, la Commission allègue entre autres que, en prévoyant l'harmonisation des législations des PC, le préambule du *T Marrakech* indique clairement que l'objectif premier de ce traité et de l'article 4 (précité) est de favoriser les échanges internationaux d'exemplaires en format accessible pour les handicapés visuels. Conséquemment, en s'appuyant sur la décision *Daiichi*, la Commission soutient que les normes sur les DPI du *T Marrakech* relèvent de la PCC, car elles présentent un lien spécifique avec les échanges commerciaux internationaux, et ce, ajoute-t-elle, même si elles ne sont pas liées à l'OMC et même si lesdits exemplaires sont produits à des fins non lucratives⁴⁰¹.

Dans cette affaire, la CEJ ne donnera pas raison à la Commission. Pour déterminer si le *T Marrakech* relève de la PCC et donc de la compétence exclusive de l'UE, la CEJ s'est concentrée sur l'examen des finalités et du contenu⁴⁰² de l'accord *T Marrakech* sans faire référence à la nature commerciale ou non du contexte « OMC » dans lequel cet accord avait été adopté⁴⁰³ et sans l'exclure automatiquement de l'application de l'article 207 (1) pour le motif qu'il n'était pas lié à l'OMC⁴⁰⁴. Pour la Cour, le titre et le préambule du *T Marrakech* indique que sa finalité ou objectif premier est de faciliter l'accès des handicapés visuels aux œuvres publiées et d'améliorer la

³⁹⁹ *Avis de la Cour (grande chambre) du 14 février 2017 -Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE-Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées*, C-3/15 [2017] [Avis 3/15]. Sur cet *Avis* voir, Gesa Kübek, « Redefining the boundaries of the common commercial policy and the ERTA doctrine: Opinion 3/15, *Marrakesh Treaty* », (2018) 55:3 CML Rev 883; Daniel Acquah, « CJEU invokes ERTA principle to assert EU competence to ratify *Marrakesh Treaty* », (2017) 12:7 J Intell Prop L & Practice 548.

⁴⁰⁰ *Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées*, 27 juin 2013, OMC (entrée en vigueur : 30 septembre 2016) [T Marrakech].

⁴⁰¹ *Avis 3/15*, *supra* note 399 aux para 27-30.

⁴⁰² Mora, *supra* note 375 aux pp 808-09; *Accord sur les ADPIC*, *supra* note 33. Concernant l'affaire *Daiichi*, l'auteur Mora constate que le contenu substantif de l'*ADPIC*, par exemple de l'article 27 sur la brevetabilité, fut entièrement ignoré par la CEJ au profit du contexte OMC de l'*ADPIC*.

⁴⁰³ *Avis 3/15*, *supra* note 399 au para 19.

⁴⁰⁴ *Ibid* au para 78.

condition de ces personnes. Le préambule, ajoute la Cour, indique clairement que, pour les PC, l'harmonisation des exceptions et des limitations à certains droits d'auteur, dont les modalités sont précisées dans le *T Marrakech* à l'article 4 (1) (précité), ne vise qu'à permettre cette finalité première du *T Marrakech*⁴⁰⁵. La Cour se penche ensuite sur le contenu du *T Marrakech* qui prévoit deux instruments afin de réaliser l'objectif premier du *T Marrakech*⁴⁰⁶. En plus de l'harmonisation demandée aux PC par l'article 4 (1) (précité), tout en leur laissant toutefois une large marge de manœuvre à cet égard⁴⁰⁷, les articles 5, 6 et 9 du *T Marrakech* « instituent certaines obligations [comme l'obligation de coopérer⁴⁰⁸] relatives à l'échange transfrontalier d'exemplaires en format accessible »⁴⁰⁹. On y prévoit ainsi que la distribution desdits exemplaires destinés aux handicapés visuels situés dans une autre partie contractante peut être effectuée par une entité autorisée par le gouvernement d'une PC⁴¹⁰. Il y est également stipulé que cette entité autorisée peut également importer, au profit des handicapés visuels de tels exemplaires sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur⁴¹¹. Pour la CEJ, de pareilles normes d'harmonisation ont pour objectif premier de faciliter l'accès des handicapés visuels aux œuvres publiées « et non de promouvoir [...] ou de régir le commerce international des exemplaires en format accessible »⁴¹². Conséquemment, les règles sur le DPI du *T Marrakech* ne rencontrent pas le critère requis par l'affaire *Daiichi* du lien spécifique avec les échanges internationaux, car le régime instauré par le *T Marrakech* affecte uniquement de tels échanges de manière indirecte⁴¹³. Par conséquent, elles ne sont pas régies par la PCC⁴¹⁴. Cela dit, la CEJ estime cependant que le *T Marrakech* n'est pas un accord mixte, car il relève par ailleurs de la compétence externe implicite par acquisition de l'UE devenue exclusive en raison de la réalisation du troisième cas de figure mentionné à l'article 3 (2) *TFUE*⁴¹⁵.

À notre avis, l'*Avis 3/15* nous permet de préciser les modalités d'application du critère susmentionné de l'affaire *Daiichi*⁴¹⁶. Dans cette dernière décision, la Cour l'avait appliqué en référant uniquement au contexte d'adoption lié à l'OMC et au but de l'*ADPIC*. La CEJ n'y avait effectué aucune analyse du contenu de l'*ADPIC*, en évitant par exemple de souligner la nature non intrinsèquement commerciale de son article 27, pourtant en cause⁴¹⁷. Dans l'*Avis 3/15*, la CEJ examine, pour déterminer le caractère de PCC du *T Marrakech*, non seulement les finalités du *T Marrakech*, mais aussi son contenu et ce, tel que mentionné plus haut, sans référer au contexte commercial ou non de l'OMPI qui a servi de cadre pour les négociations du

⁴⁰⁵ *Ibid* aux para 8 (considérant du para 12), 63-70.

⁴⁰⁶ *Ibid* au para 71.

⁴⁰⁷ *Ibid* au para 72.

⁴⁰⁸ *Ibid* aux para 16, 76.

⁴⁰⁹ *Ibid* aux para 72-73.

⁴¹⁰ *Ibid* aux para 9, 14, 74.

⁴¹¹ *Ibid* aux para 9, 15, 75.

⁴¹² *Ibid* au para 82.

⁴¹³ *Ibid* au para 100.

⁴¹⁴ *Ibid* au para 86.

⁴¹⁵ *Ibid* aux para 102-30. C'est-à-dire par préemption complète voir, *supra* note 7.

⁴¹⁶ *Ibid* aux para 61; Ci-dessus, le texte correspondant à la note 382.

⁴¹⁷ Mora, *supra* note 375 à la p 809.

*T Marrakech*⁴¹⁸ et sans exclure automatiquement ce traité de l'application de l'article 207 (1) pour le motif qu'il n'était pas lié à l'OMC⁴¹⁹. De plus, en réponse à la Commission qui avait allégué que seules les règles touchant au droit moral⁴²⁰ ne relevaient pas de l'article 207 (1) *TFUE*, la CEJ a aussi précisé qu'il ne fallait pas étendre excessivement le champ de la PCC en y rattachant des normes qui ne sont pas liées spécifiquement avec les échanges commerciaux internationaux⁴²¹.

Dans l'*Avis 2/15*⁴²², la CEJ (grande chambre) s'est également penchée sur l'expression « *aspects commerciaux de la propriété intellectuelle* » [notre citation]⁴²³. Dans cet avis, la CEJ devait préciser, sur demande de la commission⁴²⁴, l'étendue de la compétence de l'UE pour signer et conclure l'accord bilatéral de libre-échange, alors envisagé, entre la République de Singapour et l'UE (ALE Singapour)⁴²⁵. Cet avis de la Cour est particulièrement important, car il traite de cette question en relation avec l'un des premiers accords de libre-échange « de nouvelle génération », à savoir un traité de commerce

qui contient, outre les dispositions traditionnelles relatives à la réduction des droits de douane et des obstacles non tarifaires affectant les échanges de marchandises [...], des dispositions dans diverses matières liées au commerce, telle la protection de la propriété intellectuelle [les services], les investissements [et leur protection], les marchés publics, la concurrence et le développement durable⁴²⁶,

auxquelles s'ajoute parfois une procédure de règlement des différends investisseur État⁴²⁷. En l'espèce, il s'agissait pour la Cour d'identifier les dispositions de l'ALE Singapour qui relevaient 1) soit de la compétence exclusive de l'UE (en vertu de l'article 207 (1) *TFUE* ou en application de l'effet *AETR*⁴²⁸ consigné dans la dernière

⁴¹⁸ *Avis 3/15*, *supra* note 399 au para 19.

⁴¹⁹ *Ibid* au para 78. Ce point répond à l'une des interrogations soulevées à ci-dessus le texte correspondant aux notes 394-397.

⁴²⁰ Pour une définition juridique du droit moral; Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques, « Comprendre le droit d'auteur » dernière consultation le 26 octobre 2019, en ligne : *SACD* <www.sacd.fr/droit-moral-droit-patrimonial>.

⁴²¹ *Avis 3/15*, *supra* note 399 au para 85.

⁴²² *L'Avis de la Cour (assemblée plénière) du 16 mai 2017 - Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE, C-2/15 [2017] [Avis 2/15]*, *supra* note 345.

⁴²³ Sur l'*Avis 2/15* voir, Marise Cremona, « Shaping EU Trade Policy post-Lisbon: Opinion 2/15 of 16 May 2017 » (2018) 14:1 *Eur Const L Rev* 231 aux pp 239-240 [Cremona, « Shaping »]; Denys Simon, « L'*Avis 2/15* sur l'accord de libre-échange entre l'Union et Singapour : un apport majeur pour les modalités de conclusion des accords ultérieurs de « nouvelle génération » (2017) 27:7 *R Europe* 6 au para 12 [Simon, « 2/15 »].

⁴²⁴ En vertu de *TFUE*, *supra* note 2, art 218 (11).

⁴²⁵ Dans les développements qui suivent sur l'*Avis 2/15*, *supra* note 345 nous référerons à la numérotation des chapitres de l'ALE Singapour qui avait cours lorsque celui-ci fut présenté comme projet à l'analyse de la CEJ. Depuis lors, le texte de cet accord fut retravaillé, ce qui a donné une nouvelle numérotation des chapitres. Pour la version retravaillée de cet accord, European Commission, « EU-Singapore trade and investment agreements: Free Trade Agreement » (juillet 2019) en ligne: *European Commission* <trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>.

⁴²⁶ *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 17.

⁴²⁷ Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 233.

⁴²⁸ *Supra* note 7.

situation de l'article 3 (2) *TFUE*⁴²⁹); 2) soit de la compétence partagée de l'UE (faute de règles de droit dérivé adoptées par l'UE); 3) soit de la compétence exclusive des États membres⁴³⁰. La portée de l'*Avis 2/15* est considérable, car la Cour y a effectué une réflexion globale sur les différentes facettes (intrinsèque et implicite) de la compétence externe exclusive de l'UE telles qu'elles furent codifiées par le *TL*⁴³¹. Dans le cadre de la présente étude, nous concentrerons toutefois notre analyse sur les aspects de l'*Avis 2/15* qui permettent de mesurer la portée des expressions « échanges de services », « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle », et « investissements étrangers directs » introduites à l'article 207 (1) *TFUE* par le *TL*, afin notamment d'en mesurer l'impact sur le recours à la mixité pour la conclusion de traités concernant de tels domaines.

Cela dit, dans la section de l'*Avis 2/15* qui touche aux « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » de l'article 207 (1) *TFUE*, la CEJ adopte une position comparable à celle qu'elle avait adoptée dans l'*Avis 3/15*. Elle se concentre ainsi sur l'examen du contenu et de l'objectif des engagements relatifs aux droits de propriété intellectuelle⁴³² compris dans le chapitre 11 de l'ALE Singapour⁴³³, et ce, sans faire aucune référence au contexte ou à la nature commerciale de l'accord dont il fait partie⁴³⁴. Pour la Cour, les dispositions de ce chapitre 11 rappellent les obligations prises par l'UE et par Singapour au titre de divers traités internationaux⁴³⁵ dans le but essentiellement d'assurer à leurs entrepreneurs respectifs une certaine homogénéité au niveau des standards de protection de leurs droits de propriété intellectuelle sur le territoire de l'autre partie contractante⁴³⁶. Ce rappel ne s'inscrit pas, affirme la Cour, dans un processus d'harmonisation des législations des États membres de l'UE, mais il a plutôt pour objectif de faciliter la commercialisation de produits créatifs et de régir la libéralisation des échanges entre l'UE et Singapour⁴³⁷. Selon la Cour, le chapitre 11 est également de nature à avoir des effets directs et immédiats sur les échanges commerciaux entre l'UE et Singapour en raison de la place essentielle que la protection des droits de propriété intellectuelle occupe dans de tels échanges et dans la lutte contre le commerce illicite⁴³⁸. Par conséquent, la Cour estime, en application du test de l'affaire *Daiichi*, concrétisé par l'examen du contenu et de l'objectif des dispositions du chapitre 11, que celles-ci présentent un lien spécifique avec les échanges

⁴²⁹ *Ibid.* Selon cette dernière situation, l'UE a la compétence exclusive implicite de conclure un accord qui est susceptible d'affecter ou d'altérer la portée des règles de droit dérivé qu'elle a adoptées.

⁴³⁰ *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 1.

⁴³¹ Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 235.

⁴³² *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 113-24. Ces engagements concernent le droit d'auteur, les droits voisins, les marques de commerce, les indications géographiques, les dessins ou modèles, les brevets et les variétés végétales.

⁴³³ Devenu chapitre 10 de l'ALE Singapour, version retravaillée, *supra* note 425.

⁴³⁴ Comme dans le cas de l'*Avis 3/15*, *supra* note 399; Voir ci-dessus, le texte correspondant à la note 403. Ce point répond à l'une des interrogations soulevées à ci-dessus, le texte correspondant aux notes 394-397. Sur cette section de l'*Avis 2/15* voir, Cremona, « Shaping », *supra* note 423 aux pp 239-40; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 au para 12.

⁴³⁵ *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 113-30.

⁴³⁶ *Ibid* aux para 121-24.

⁴³⁷ *Ibid* aux para 125-26.

⁴³⁸ *Ibid* aux para 127.

commerciaux internationaux parce qu'elles sont destinées à les régir, à les promouvoir ou à les faciliter et parce qu'elles ont aussi des effets directs et immédiats sur ceux-ci⁴³⁹. La réalisation de ces deux derniers éléments devient ainsi nécessaire pour conclure au lien spécifique avec les échanges commerciaux, ce qui, nous semble-t-il, représente une précision additionnelle sur les modalités d'application du test Daiichi. Cela dit, la Cour conclut, en l'occurrence, que le chapitre 11 relève des « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » de l'article 207 (1) *TFUE* et donc de la compétence intrinsèquement exclusive de l'UE⁴⁴⁰.

L'affaire C-389/15⁴⁴¹ présente également un grand intérêt pour les précisions et clarifications additionnelles qu'on y trouve sur le contenu de l'expression « les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » ainsi que sur les modalités d'application du critère Daiichi. En l'espèce, la Commission contestait la validité de la décision du Conseil qui avait autorisé l'ouverture des négociations ayant pour but de réviser l'Arrangement de Lisbonne. La Commission alléguait que le Conseil aurait dû choisir l'article 207 (1) *TFUE* comme base juridique de cette décision, car l'arrangement révisé relevait de la PCC⁴⁴². Le Conseil soutenait au contraire que ladite décision devait se fonder sur l'article 114 *TFUE*, car l'arrangement révisé avait pour vocation d'instaurer un cadre procédural uniforme de protection des appellations d'origine et des indications géographiques dont l'effet sur les échanges commerciaux était uniquement indirect et secondaire⁴⁴³. Dans cette affaire, la Cour donnera raison à la Commission.

La Cour rappelle d'abord, en application du critère Daiichi, que les accords sur des sujets de propriété intellectuelle de l'UE relèvent de la PCC s'ils satisfont aux deux conditions permettant de conclure qu'ils ont un lien spécifique avec les échanges commerciaux internationaux, à savoir : 1) s'ils sont destinés à promouvoir, à faciliter ou à régir les échanges commerciaux et 2), dans l'affirmative, s'ils ont des effets directs et immédiats sur ceux-ci⁴⁴⁴. Dans un premier temps, la Cour doit donc évaluer si l'Arrangement de Lisbonne révisé (projet ALR) a pour finalité ou objectif de promouvoir, de faciliter ou de régir les échanges commerciaux entre l'UE et les États tiers. Pour ce faire, la Cour examine le contexte conventionnel dans lequel ce projet ALR s'inscrit, vu que le préambule ou le contenu de ce dernier sont silencieux à ce sujet⁴⁴⁵. Ainsi, souligne d'abord la Cour, le projet ALR étend, avec certains ajouts

⁴³⁹ *Ibid* aux para 36-38, 112.

⁴⁴⁰ *Ibid* au para 128.

⁴⁴¹ *Commission européenne c Conseil de l'Union européenne, Recours en annulation – Décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations sur un arrangement de Lisbonne révisé concernant les appellations d'origine et les indications géographiques* C-389/15 [2017] [C-389/15]. Sur cette affaire voir, Denys Simon, « Compétences externes de l'Union, Accords internationaux », (2017) 27:12 R Europe 16; Yves Petit, « Annulation de la décision du Conseil autorisant l'ouverture de négociations relatives à un arrangement de Lisbonne révisé concernant les appellations d'origine et les indications géographiques », (2018) 464:6 Rev dr rural 40.

⁴⁴² C-389/15, *supra* note 441 au para 39.

⁴⁴³ *Ibid* au para 43.

⁴⁴⁴ *Ibid* au para 49.

⁴⁴⁵ *Ibid* aux para 52-53.

procéduraux et normatifs⁴⁴⁶, la protection de l'Arrangement de Lisbonne (AL) aux indications géographiques⁴⁴⁷. Pour compléter la garantie générale d'un traitement national réciproque que la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*⁴⁴⁸ (CPPI) offre à ses États membres afin de protéger les différents types de propriété industrielle⁴⁴⁹, l'AL a, sur la base de l'article 19 de la CPPI⁴⁵⁰, instauré un système d'enregistrement international spécifiquement pour les appellations d'origine protégées dans un État partie à la CPPI⁴⁵¹. Le projet ALR, note la Cour, s'inscrit donc dans la finalité de cet ensemble conventionnel dont il fait évidemment partie⁴⁵². L'objectif dudit ensemble apparaît clairement au préambule de la CPPI. Celui-ci stipule, en effet, que la CPPI accorde des standards homogènes de protection des droits de propriété industrielle aux ressortissants de ses États membres dans le dessein « de permettre à ces derniers de participer sur un pied d'égalité au commerce international »⁴⁵³ entre eux et dans le but de protéger un tel commerce en développant la loyauté des échanges commerciaux entre ses États Membres⁴⁵⁴. Il en résulte donc, conclut la Cour, que le projet ALR a aussi pour finalité de régir et de faciliter les échanges commerciaux entre ses États membres⁴⁵⁵.

Toutefois, précise la Cour, pour que le projet ALR relève de la PCC la réalisation de la première condition du test Daiichi ne suffit pas, il faut, dans un deuxième temps, que ledit projet respecte la seconde condition de ce test, c'est-à-dire qu'il ait des effets directs et immédiats sur les échanges commerciaux qui vont au-delà de certaines implications sur ceux-ci⁴⁵⁶. Pour mesurer si le projet ALR satisfait à cette dernière exigence, la Cour évalue donc le contenu de cet accord. Elle constate alors qu'il étend aux indications géographiques des États membres le mécanisme d'enregistrement international, administré par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, qui bénéficiait, depuis l'AL, aux seules appellations d'origine protégées de ces États⁴⁵⁷. Elle constate également qu'il oblige les parties contractantes à se doter d'un système de protection réciproque constituée de règles normatives et procédurales homogènes⁴⁵⁸. Pour la Cour, le projet ALR permet ainsi aux opérateurs économiques de faire respecter leurs droits et de se protéger contre les actes de concurrence déloyale, et ce, sans avoir à faire des demandes d'enregistrement dans chacune des parties contractantes⁴⁵⁹. Selon la Cour, ledit projet modifie les conditions d'exercice du commerce entre ses parties contractantes. Il a conséquemment des effets directs et

⁴⁴⁶ *Ibid* aux para 17-18, 66-69.

⁴⁴⁷ *Ibid* au para 62.

⁴⁴⁸ *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, 20 mars 1883, 828 RTNU 107 (entrée en vigueur le 4 janvier 1962).

⁴⁴⁹ C-389/15, *supra* note 441 aux para 56, 58-59.

⁴⁵⁰ *Ibid* au para 54.

⁴⁵¹ *Ibid* au para 59.

⁴⁵² *Ibid* au para 62.

⁴⁵³ *Ibid* aux para 57, 60.

⁴⁵⁴ *Ibid*.

⁴⁵⁵ *Ibid* au para 62.

⁴⁵⁶ *Ibid* au para 65.

⁴⁵⁷ *Ibid* aux para 59, 62, 64.

⁴⁵⁸ *Ibid* aux para 67-68.

⁴⁵⁹ *Ibid* aux para 70-72.

immédiats sur les échanges commerciaux entre celles-ci⁴⁶⁰. La décision du Conseil autorisant l'ouverture des négociations sur le projet ALR touchait conséquemment à la PCC. Elle aurait dû se fonder sur l'article 207 (1) et non sur l'article 114 *TFUE*, puisque ce projet ne relève pas du rapprochement des législations dans le marché interne de l'UE⁴⁶¹.

Terminons ces paragraphes consacrés à l'affaire C-389/15 en mettant en exergue certaines clarifications concernant l'expression « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle » qui nous viennent de cette décision. On y confirme ainsi qu'une convention n'a pas à être négociée dans le cadre de l'OMC pour relever de la PCC. De plus, on y remarque que la *CPPI* relève de la PCC en raison de sa nature même telle qu'elle se dégage de son préambule. La Cour n'y a fait aucune référence au contexte de l'OMC. Elle n'y établit effectivement aucune analogie entre l'*ADPIC* et la *CPPI* pour le motif que cette dernière aurait en partie inspiré ledit accord⁴⁶². Cette affaire précise également les modalités d'application du critère Daiichi. Il est dorénavant indéniable que la détermination du lien spécifique d'un accord avec les échanges commerciaux internationaux requiert la réalisation successive des deux conditions suivantes, à savoir si l'accord est d'abord destiné à promouvoir, à faciliter ou à régir les échanges commerciaux et dans l'affirmative, s'il a ensuite des effets directs et immédiats sur ceux-ci.

b) *Sur les échanges de services*

Si l'on se penche à présent sur l'expression « échanges de services », le professeur Koutrakos souligne qu'aucune indication n'apparaît à l'article 207 (1) *TFUE* sur le sens à donner au terme services⁴⁶³. En droit interne de l'UE, le droit d'établissement est visé par un chapitre distinct⁴⁶⁴ de celui qui est consacré aux services⁴⁶⁵. Or, si cette distinction s'était imposée dans le contexte de la PCC décrite à l'article 207 (1), le concept de services n'inclurait donc pas le droit d'établissement, ce qui nous aurait fait revenir en quelque sorte à l'*Avis 1/94*⁴⁶⁶. Selon Koutrakos,

*In the light of the ever-present link between the expansion of the scope of the CCP and GATS following the establishment of the WTO and the ruling of the Court of Justice in Opinion 1/94, it would be wrong to interpret 'services' under Article 207(1) TFEU consistently with the strict definition afforded within the Union legal order*⁴⁶⁷.

⁴⁶⁰ *Ibid* aux para 71-72.

⁴⁶¹ *Ibid* aux para 74-75.

⁴⁶² Ces points répondent à certaines des interrogations soulevées à ci-dessus, le texte correspondant aux notes 394-397.

⁴⁶³ Koutrakos, *EU International* (2), *supra* note 5 à la p 40.

⁴⁶⁴ Voir, *TFUE*, *supra* note 2, au ch 2, Titre IV, arts 49-55.

⁴⁶⁵ *Ibid* au ch 3, Titre IV, arts 56-62.

⁴⁶⁶ Voir, *supra* note 44. Voir ci-dessus, le texte correspondant aux notes 149-157.

⁴⁶⁷ Koutrakos, *EU International* (2), *supra* note 5 à la p 41.

Dans la décision C-137/12⁴⁶⁸ et dans l'*Avis 2/15* nous verrons que la CEJ (grande chambre) s'est prononcée sur la question des « échanges de services » visés à l'article 207 (1) *TFUE* d'une manière large qui est parfaitement compatible avec l'opinion du professeur Koutrakos.

Ainsi, dans l'affaire C-137/12, le différend portait sur le choix de la base juridique de la décision du Conseil (décision attaquée)⁴⁶⁹ autorisant la signature de la *Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel* [*Convention de protection*]⁴⁷⁰. Cette *Convention de protection* visait à rendre illégale toute activité, comme le piratage, qui permettait un accès non autorisé à des services protégés, tels des programmes de télévision ou de radio, qui sont subordonnés à l'obtention d'une autorisation du prestataire de services ou qui sont fournis moyennant paiement⁴⁷¹. Cet accord visait à étendre à l'ensemble des quarante-sept membres du Conseil de l'Europe, une protection similaire à celle que la directive 98/84/EC⁴⁷² offrait aux États membres de l'UE sur la même question⁴⁷³. Pour le Conseil, puisque la directive susmentionnée avait été adoptée sur la base de l'article 114 *TFUE* relatif à l'harmonisation des législations pour le marché intérieur, la décision attaquée aurait dû également se fonder particulièrement sur cette même disposition⁴⁷⁴. Selon le Conseil, la *Convention de protection* avait pour objectif principal de rapprocher les législations des parties contractantes afin d'améliorer le marché intérieur de l'UE. Cet accord visait avant tout, ajoutait le Conseil, à éliminer entre autres le risque de piratage provenant d'États tiers qui pourrait porter atteinte au fonctionnement du marché intérieur de l'UE⁴⁷⁵. Par ailleurs, la Commission soutenait que la décision attaquée relevait de la PCC et que, en conséquence, son adoption aurait dû notamment se baser sur l'article 207 (4) *TFUE*⁴⁷⁶.

Dans cette affaire, la CEJ (grande chambre) donne raison à la Commission. Elle estime que l'article 207 (1) *TFUE*, qui comprend les échanges de services, doit être interprété dans le contexte de la PCC, qui s'inscrit dans l'action extérieure de l'Union et qui est donc « relative aux échanges commerciaux avec les États tiers et non aux échanges sur le marché intérieur »⁴⁷⁷. Pour conclure ainsi, la Cour réfère au critère

⁴⁶⁸ *Commission européenne c Conseil de l'Union européenne, Recours en annulation - Décision 2011/853/UE du Conseil - Convention européenne sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel*, C-137/12 [2013] [C-137/12].

⁴⁶⁹ CE, *Décision 2014/893/UE de la Commission du 9 décembre 2014 établissant les critères écologiques pour l'attribution du label écologique de l'Union européenne aux produits cosmétiques à rincer*, [2014] JO, L 354/47.

⁴⁷⁰ *Convention européenne sur la protection juridique des services à l'accès conditionnel et des services d'accès conditionnel*, 24 janvier 2001, 2299 RTNU 338 (entrée en vigueur le 1er juillet 2003).

⁴⁷¹ C-137/12, *supra* note 468 au para 11-12.

⁴⁷² CE, *Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel*, [1998] JO, L 320/54.

⁴⁷³ C-137/12, *supra* note 468 au para 22; Koutrakos, « *EU International (2)* », *supra* note 5 aux pp 41-42.

⁴⁷⁴ *TFUE*, *supra* note 2, art 218 (5) qui servait par ailleurs de fondement procédural à la décision attaquée, ne fut pas contesté par les parties au litige; C-137/12, *supra* note 468 au para 51.

⁴⁷⁵ C-137/12, *supra* note 468 aux para 44-47.

⁴⁷⁶ *Ibid* au para 36.

⁴⁷⁷ *Ibid* au para 56; Koutrakos, « *EU International (2)* » *supra* note 5 aux pp 41-42.

énoncé dans l'affaire *Daiichi*, à savoir que peuvent relever de la PCC uniquement les actes de l'UE qui ont un lien spécifique avec les échanges commerciaux internationaux, en ce qu'ils ont des effets directs et immédiats sur ceux-ci et sont essentiellement destinés à les promouvoir, à les faciliter et à les régir⁴⁷⁸. De plus, note la CEJ, si une mesure de l'UE poursuit plus d'un objectif, la base juridique appropriée sera celle qui correspond au but principal⁴⁷⁹. En l'occurrence, estime la Cour, le rapprochement des législations au sein de l'UE avait été grandement effectué par la directive 98/84/EC, ce qui, ajoute la Cour, est confirmé par le contenu de la clause de déconnexion, insérée à l'article 11 (4) de la *Convention de protection*, qui prévoit « que, dans leurs relations mutuelles, les États membres de l'Union appliquent les règles de cette dernière et, par conséquent, ils n'appliquent les règles établies par cette convention qu'en l'absence de règles de l'Union régissant le sujet particulier concerné »⁴⁸⁰. La *Convention de protection* n'avait donc pas pour but principal d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur de l'UE⁴⁸¹. Vu le rapport explicatif de la *Convention de protection* et les considérants de la décision attaquée du Conseil lu conjointement avec cette Convention⁴⁸², l'entente susnommée avait plutôt pour objectif prioritaire d'inciter les États membres du Conseil de l'Europe à la ratifier largement afin que les normes de l'UE en matière de protection des services à accès conditionnel soient étendues aux marchés des parties contractantes du Conseil de l'Europe non membres de l'UE et ce, afin de promouvoir la fourniture de ces services vers lesdits marchés par des prestataires de l'UE⁴⁸³.

Le but principal de la décision attaquée, attesté par sa finalité et son contenu⁴⁸⁴, avait donc un lien spécifique avec les échanges commerciaux internationaux de tels services⁴⁸⁵. Elle devait donc relever de la compétence intrinsèquement exclusive de l'UE en vertu de la PCC même si la *Convention de protection* contenait certaines dispositions nouvelles sur la coopération internationale entre les parties contractantes ainsi que des mesures pénales de saisies et de confiscation qui n'apparaissaient pas dans la directive 98/84/CE⁴⁸⁶. Selon la Cour, de semblables dispositions contribuaient à la réalisation de l'objectif principal de la convention, à savoir la facilitation du commerce international des services à accès conditionnel au-delà de l'UE, même si elles visaient aussi à améliorer l'efficacité du fonctionnement du marché intérieur de l'UE⁴⁸⁷. Pour la Cour, cette dernière finalité avait uniquement « un caractère accessoire par rapport à l'objectif principal »⁴⁸⁸.

⁴⁷⁸ C-137/12, *supra* note 468 aux para 57-58; Neframi, « Vertical », *supra* note 378 à la p 80; Larik, *supra* note 373 à la p 788.

⁴⁷⁹ C-137/12, *ibid* aux para 52, 53; Larik, *supra* note 373 à la p 788.

⁴⁸⁰ C-137/12, *ibid* au para 67; Larik, *ibid* à la p 789.

⁴⁸¹ C-137/12, *ibid* au para 67.

⁴⁸² *Ibid* aux para 60-62, 65.

⁴⁸³ *Ibid* aux para 62-64, 67.

⁴⁸⁴ *Ibid* au para 74.

⁴⁸⁵ *Ibid* aux para 65, 68, 76.

⁴⁸⁶ *Ibid* au para 70.

⁴⁸⁷ *Ibid* aux para 65, 70-71; Larik, *supra* note 373 à la p 796; Tanghe, « Borders », *supra* note 363 aux pp 41-42.

⁴⁸⁸ C-137/12, *supra* note 468 aux para 71, 76.

Dans l'affaire C-137/12, la Cour confirme et complète le critère du lien spécifique avec les échanges commerciaux internationaux énoncé quelque mois auparavant dans la décision *Daiichi*⁴⁸⁹. Toutefois, contrairement à cette dernière affaire où l'accent fut mis sur l'environnement commercial et sur la recherche de l'objectif de l'*ADPIC*, dans l'arrêt C-137/12 c'est l'examen combiné du contenu et de la finalité de la *Convention de protection*, sans référence au contexte commercial ou non de celle-ci, qui justifie la Cour d'appliquer le critère susmentionné du lien spécifique⁴⁹⁰. Cette décision invoque également, comme élément d'analyse, la question du choix de la base juridique en cas de double finalité du traité à l'étude. Dans l'affaire *Daiichi*, la Cour avait complètement omis d'orienter sa décision en fonction de cette question. Pourtant un tel examen aurait pu être pertinent dans le cas d'un accord comme l'*ADPIC* qui paraît au premier abord avoir une double finalité, à savoir l'échange commercial par son préambule et l'harmonisation des lois des États membres en raison notamment du contenu de l'article 27 de l'*ADPIC* sur la brevetabilité⁴⁹¹. La Cour a donc profité des circonstances de l'affaire C-137/12 pour rappeler et pour appliquer, dans le contexte de l'article 207 (1) *TFUE*, une des règles sur le choix de la base juridique d'un traité qui présente une double finalité, soit celle de l'identification de l'objectif principal⁴⁹². En l'espèce, comme la *Convention de protection* a le commerce pour finalité principale, la Cour juge que sa base juridique devait être l'article 207 (1), y compris pour les mesures, comme les sanctions pénales mentionnées au paragraphe précédent, qui affectaient le marché intérieur de l'UE de manière accessoire. En l'occurrence, la CEJ a donc ignoré l'opinion de certains États qui demandaient la mixité pour le motif que de telles mesures pénales outrepassaient les compétences de l'UE à l'interne.

Dans l'*Avis 2/15*, la CEJ (grande chambre) devait notamment se prononcer sur la compétence de l'UE de conclure seule le Chapitre 8 de l'ALE Singapour⁴⁹³ consacré aux échanges de services entre l'UE et Singapour⁴⁹⁴. Dans le cadre de son analyse, la Cour a ainsi précisé le sens à donner à l'expression « échanges de services » contenue à l'article 207 (1) *TFUE*; lequel s'inscrit du reste parfaitement dans l'opinion du professeur Koutrakos dont nous avons fait état précédemment⁴⁹⁵. En l'occurrence, la Cour transpose pour les « échanges de services » de l'article 207 (1) *TFUE* l'interprétation qu'elle avait antérieurement donnée, dans son *Avis de la Cour (grande chambre) du 30 novembre 2009 - Avis rendu en vertu de l'article 300, paragraphe 6, CE - Accord général sur le commerce des services (GATS) (Avis 1/08)*⁴⁹⁶, au

⁴⁸⁹ C-414/11, *supra* note 370.

⁴⁹⁰ Ce point répond à l'une des interrogations soulevées à ci-dessus le texte correspondant aux notes 394-397. Voir, également Tanghe, « Borders », *supra* note 363 à la p 43.

⁴⁹¹ *Ibid* à la p 39. En vertu de *TFUE*, *supra* note 2, art 216 (2) un traité conclu par l'UE devient la loi de l'UE et s'impose à ses institutions et aux États membres. Conséquemment l'exercice de la PCC peut conduire à l'harmonisation de mesures internes. Voir, Neframi, « Vertical », *supra* note 378 aux pp 79-80.

⁴⁹² Eeckhout, *EU External Relations*, *supra* note 5 aux pp 44, 47-48.

⁴⁹³ L'ALE Singapour, version retravaillée, *supra* note 425, a conservé le même numéro 8 pour le chapitre sur les services.

⁴⁹⁴ Sur cette section de l'*Avis 2/15* voir, Simon, « 2/15 », *supra* note 423 aux para 6-8; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 239.

⁴⁹⁵ Ci-dessus le texte correspondant aux notes 463-468.

⁴⁹⁶ *Avis 1/08*, *supra* note 334 aux para 4, 118-119.

« commerce des services » de l'ex-article 133 *TCE (TN)*. La CEJ estime effectivement que ces deux notions sont en substance identiques⁴⁹⁷. Ainsi, pour la Cour, « les quatre modes de fourniture de services répondant à la classification employée par l'OMC [...] relèvent tous de la politique commerciale commune »⁴⁹⁸ décrite à l'article 207 (1) *TFUE*⁴⁹⁹. Conséquemment, le sens à donner à la fourniture, aux échanges ou au commerce de services couverts par le chapitre 8 de l'ALE Singapour est dès lors lié au contexte de l'OMC et l'UE a donc en principe la compétence intrinsèquement exclusive pour s'engager envers lui en application du critère Daiichi⁵⁰⁰. En effet, comme les dispositions du chapitre 8 ambitionnent d'ouvrir le marché de Singapour aux fournisseurs de services de l'UE et vice versa, il a essentiellement, selon la Cour, « pour objet de promouvoir, de faciliter et de régir les échanges »⁵⁰¹. De plus, vu les engagements en matière d'accès au marché qu'il contient, ce chapitre, ajoute la Cour, est également susceptible d'avoir des effets directs et immédiats sur les échanges de services entre l'UE et Singapour⁵⁰².

Toutefois, en raison de l'article 207 (5) *TFUE*, la Cour exclut de la PCC les quatre modes précités⁵⁰³ de fourniture de services lorsqu'ils concernent le transport⁵⁰⁴. Elle écarte aussi de la PCC tous les autres services de ce chapitre 8 qui sont « intrinsèquement liés à un acte physique de déplacement de personnes ou de marchandises d'un endroit à un autre grâce à un »⁵⁰⁵ des moyens de transport énumérés dans l'ALE Singapour, à savoir le transport maritime international, le transport ferroviaire et le transport par route⁵⁰⁶. Pour la Cour, de tels services de transports relèvent de la politique commune des transports du titre VI de la troisième partie du *TFUE* et non de la PCC. Seule la réalisation d'une des situations de l'article 3 (2) *TFUE* pourrait, ajoute la CEJ, éviter la mixité pour le chapitre 8, en conférant à l'UE une compétence exclusive implicite dans ces secteurs⁵⁰⁷, ce qui fut d'ailleurs le cas en l'espèce⁵⁰⁸.

⁴⁹⁷ *Avis 2/15, supra* note 345 au para 54.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ Les 4 modes de fourniture de services de l'OMC sont : la fourniture transfrontalière de services sans mouvement de personne (mode 1), la consommation, la présence commerciale et la présence de personnes physiques sur le territoire étranger (respectivement modes 2, 3 et 4). *Ibid; Avis 1/94, supra* note 44 au para 29.

⁵⁰⁰ Ci-dessus, le texte correspondant à la note 382; *Avis 2/15, supra* note 345 aux para 36-38.

⁵⁰¹ *Avis 2/15, supra* note 345 au para 52.

⁵⁰² *Ibid* au para 53.

⁵⁰³ Voir, *supra* note 499.

⁵⁰⁴ *Avis 2/15, supra* note 345 aux para 56, 60; Voir ci-dessus, le texte correspondant aux notes 343-345.

⁵⁰⁵ *Avis 2/15, ibid* au para 61. La CEJ estime par ailleurs que les services de réparation et de maintenance d'aéronefs retirés du service, les services de vente, de commercialisation et de réservation de services de transport aérien ne relèvent pas de *TFUE, supra* note 2, art 207 (5), mais plutôt de la PCC, car ils ne sont pas intrinsèquement liés à l'acte de déplacer des personnes ou des marchandises. Voir aussi *Avis 2/15, supra* note 345 aux para 66-67; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 239; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 aux para 6-9.

⁵⁰⁶ *Avis 2/15, ibid* au para 62.

⁵⁰⁷ *Ibid*, aux para 70, 168-212.

⁵⁰⁸ *Ibid*. Sur l'application de la 3e situation de *TFUE, supra* note 2, art 3 (2) aux services de transports du chapitre 8 de l'ALE Singapour voir, *supra* notes 7, 345, 356; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 aux para

c) *Sur les investissements étrangers directs*

Voyons maintenant ce qu'il faut entendre par l'expression « investissements étrangers directs » de l'article 207 (1) *TFUE*. Sur ce point, l'*Avis 2/15* est déterminant, car la Cour y aborde pour la première fois cette expression depuis son insertion dans la PCC par le *TL*⁵⁰⁹. Tout d'abord, la Cour constate que l'article 207 (1) *TFUE* ne réfère qu'aux investissements étrangers directs⁵¹⁰. S'inspirant de sa jurisprudence interne dans le contexte des mouvements de capitaux⁵¹¹, la CEJ définit ensuite l'investissement direct étranger de l'article 207 (1) *TFUE* comme étant :

des investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques ou morales [d'un État tiers dans L'UE et inversement] qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique [...] [et qui leur] donnent la possibilité de participer effectivement à la gestion de cette société ou à son contrôle⁵¹².

Cette mention explicite des investissements étrangers directs à l'article 207 (1) *TFUE* indique, affirme la Cour, une intention claire d'écarter de l'application de cette disposition tout autre type d'investissement non direct⁵¹³, comme les investissements dits « de portefeuille » qui se présentent « sous la forme d'acquisitions de titres de société dans l'intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise »⁵¹⁴ ou comme les mouvements de capitaux « tels que certaines catégories d'investissements immobiliers ou le recours à l'emprunt »⁵¹⁵.

18-21; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 aux pp 247-248; *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 188-194, 201-203, 210-212, 216- 217.

⁵⁰⁹ Rumiana Yotova, « Opinion 2/15 of the CJEU: Delineating the Scope of the New EU Competence in Foreign Direct Investment » (2018) 77:1 Cambridge LJ 29 aux pp 29-30; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 240.

⁵¹⁰ *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 83.

⁵¹¹ *Ibid* au para 80; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 240; Yotova, *supra* note 509 à la p 30.

⁵¹² *Ibid* au para 80. La CEJ donne comme exemple d'investissement direct la prise de participations dans une entreprise constituée sous forme de société par actions qui permet de participer effectivement à la gestion ou au contrôle de cette entreprise. Voir, *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 80, 82; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 240; Pour d'autres définitions et d'autres exemples d'investissements directs, voir *Avis 2/15*, *Conclusions de l'avocat général Mme E. Sharpston, présentée le 21 décembre 2016; Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE; Accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour – Accord "nouvelle génération" négocié après l'entrée en vigueur des traités UE et FUE* [2016] aux para 317-322 et les notes correspondantes [*Conclusions Sharpston*]. La Cour dans l'*Avis 2/15* n'a pas exigé, comme l'OCDE et comme elle l'avait déjà fait antérieurement, que l'investisseur direct détienne au moins 10% des droits de vote de l'entreprise recevant l'investissement direct. On peut supposer que la Cour s'est rangée à l'avis de l'avocat général Sharpston qui a estimé que ce seuil de 10% n'était pas déterminant et qu'il n'était qu'une indication en matière de preuve. Sur ce dernier point voir, *Conclusions Sharpston, ibid*, aux para 319, 320 et 322.

⁵¹³ *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 83; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 240; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 au para 10.

⁵¹⁴ *Avis 2/15, ibid* au para 227.

⁵¹⁵ *Ibid* au para 228; Yotova, *supra* note 509 à la p 30. Pour d'autres définitions de l'investissement de portefeuille et d'autres exemples de types d'investissements non directs voir, *Conclusions Sharpston, supra* note 512 aux para 321, 367 et les notes correspondantes.

Une fois établie la distinction entre les deux classes d'investissement susmentionnées, la Cour note dans l'*Avis 2/15* que la section A du chapitre 9 de l'ALE Singapour⁵¹⁶ est consacrée à la protection des investissements une fois que ceux-ci ont été admis dans l'UE et dans la République de Singapour et que cette même section A traite non seulement de la protection des investissements directs, mais aussi de celle des investissements non directs. Concernant les dispositions de la section A qui portent sur la protection des investissements directs, la Cour adopte un raisonnement qui s'inscrit dans le courant jurisprudentiel analysé dans les paragraphes précédents. Elle leur applique, en effet, le test développé dans l'affaire *Daiichi*⁵¹⁷ pour conclure qu'elles relèvent de la PCC et donc de la compétence intrinsèquement exclusive de l'UE en raison de leur contenu et des objectifs qu'elles poursuivent. Pour la CEJ, cette section A comprend en effet un « ensemble d'engagements de [...] traitement non moins favorable [...] et d'interdictions de traitement arbitraire »⁵¹⁸ qui contribuent à la sécurité légale des investisseurs directs sur le territoire de l'autre partie. La Cour estime en conséquence, sur la base du test Daiichi, 1) que ladite section A instaure un cadre juridique qui vise à promouvoir, à faciliter et à régir les échanges commerciaux entre l'UE et Singapour; 2) que cette section a en plus des effets directs et immédiats sur les échanges d'investissements directs, car elle porte sur le traitement des entrepreneurs se livrant à des activités économiques sur le territoire de l'autre partie et 3) qu'elle a ainsi un lien spécifique avec de tels échanges⁵¹⁹.

Pour les dispositions de la section A du chapitre 9 de l'ALE Singapour qui régissent les investissements non directs et leur protection, seule la réalisation d'une des situations prévues à l'article 3 (2) *TFUE* pourrait, selon la Cour, conférer une compétence exclusive implicite à l'UE⁵²⁰, ce qui ne fut pas le cas en l'espèce. La Cour estime plutôt que l'UE ne pouvait pas s'engager seule envers les dispositions relatives à de tels investissements non directs, car, en l'état actuel du droit de l'Union, ceux-ci relèvent encore d'une compétence partagée entre l'UE et les États membres en vertu des paragraphes 1 et 2 (a) de l'article 4 *TFUE*⁵²¹. Dans le même ordre d'idées, le chapitre 15 de l'ALE Singapour, qui établit un mécanisme de règlement des différends « entre les parties (l'UE et la République de Singapour) », ne saurait, selon la Cour, être approuvé par l'UE seule, car il est susceptible de régir des différends concernant la section A qui portent notamment sur la protection des investissements non directs⁵²².

⁵¹⁶ Le chapitre 9 de l'ALE Singapour ayant fait l'objet de l'*Avis 2/15*, *supra* note 345 fut transformé depuis lors en *Accord sur la protection de l'investissement*, qui comprend l'instauration d'un mécanisme de règlement des différends sur ce sujet. Voir, *supra* note 425.

⁵¹⁷ Ci-dessus, le texte correspondant à la note 382; *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 36, 87.

⁵¹⁸ *Ibid* au para 94. Pour le détail de ces engagements voir, *Ibid* aux para 88-94.

⁵¹⁹ *Ibid* aux para 94-96; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 241; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 au para 10.

⁵²⁰ *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 226.

⁵²¹ *Ibid* aux para 227-243; Sur la question de l'application *TFUE*, *supra* note 2, art 3 (2) aux investissements non directs voir, Simon, « 2/15 », *supra* note 423 au para 22; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 aux pp 248-250; Yotova, *supra* note 509 à la p 30.

⁵²² Voir, *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 304 où la Cour s'appuie sur les raisons indiquées aux para 243-44. Le régime de règlement des différends « entre investisseurs et États » instauré par la section B du chapitre 9 de l'ALE Singapour relève également d'une compétence partagée entre les États membres et l'UE (Voir, *Ibid* au para 293). Selon ce régime, l'investisseur requérant peut à sa discrétion décider de soumettre un différend à la procédure d'arbitrage, sans que l'État membre concerné puisse

Pour donner suite à cet avis de la Cour, l’ALE Singapour sera donc conclue sous la forme d’un accord mixte.

Dans le cadre de leurs arguments en faveur de la nature mixte de l’ALE Singapour, le Conseil et certains des États membres ont également souligné que les dispositions sur la protection des investissements de la section A du chapitre 9 comportent des règles

qui permettent aux États membres d’apprécier si l’application de l’accord envisagé est conforme à leurs impératifs d’ordre public et de sécurité publique ainsi qu’à d’autres objectifs d’intérêt public ou qui concernent le droit de propriété, le droit pénal, le droit fiscal et la sécurité sociale⁵²³.

Le Conseil et lesdits États membres ont alors allégué que de telles dispositions portent sur des matières qui relèvent, en raison de leur nature même, de la compétence exclusive des États membres. L’UE ne peut donc pas, ajoutaient-ils, contracter de tels engagements en lieu et place de ceux-ci⁵²⁴. Pour la Cour, cette argumentation est infondée, car les dispositions en question ne créent aucun engagement pour les États membres. Elles ne font que leur reconnaître la possibilité d’exercer de telles compétences d’une manière qui ne constitue pas une restriction déguisée qui priverait « de leurs effets utiles les engagements commerciaux contractés par »⁵²⁵ l’UE en matière d’investissements étrangers directs⁵²⁶. Selon la Cour, en vertu de la section A, les États membres peuvent, s’ils le jugent nécessaire, exercer leurs pouvoirs de déployer leurs forces armées, de déclarer l’état d’urgence nationale, de nationaliser ou d’exproprier, de légiférer en droit pénal, en droit fiscal et en matière de sécurité sociale à la condition qu’ils garantissent aux investisseurs directs de l’autre partie, en l’occurrence de Singapour, un traitement équitable, non arbitraire et non discriminatoire dans le respect des principes, des droits fondamentaux et des règles fondamentales qui régissent l’UE et ses États membres⁵²⁷.

d) *Sur l’objectif de développement durable comme partie intégrante de la PCC*

Dans l’*Avis 2/15*, La Cour adopte une position étonnante et remarquable à l’égard du chapitre 13⁵²⁸ du projet ALE Singapour, intitulé « commerce et

s’y opposer (Voir, *Ibid* au para 291). Pour la Cour « un tel régime, qui soustrait des différends de la compétence juridictionnelle des États membres, ne saurait [...] être instauré sans le consentement de ceux-ci » (Voir, *Ibid* au para 292). Ceci représente un autre motif pour lequel l’ALE Singapour fut conclu sous la forme d’un accord mixte. Voir, aussi Cremona, « Shaping », *supra* note 423 aux pp 255-56; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 aux para 25-27; Yotova, *supra* note 509 à la p 31.

⁵²³ *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 97. Pour une description plus détaillée de ces dispositions voir, *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 97-109. Ces dispositions se trouvent aux articles 9.3, 9.5-9.7 de l’ALE Singapour.

⁵²⁴ *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 100.

⁵²⁵ *Ibid* au para 103.

⁵²⁶ *Ibid* aux para 101-102, 104, 107-108. Sur ce point voir, aussi *Conclusions Sharpston*, *supra* note 512 au para 335; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 241; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 au para 11.

⁵²⁷ *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 102, 104-105, 107-108; *Conclusions Sharpston*, *supra* note 512 au para 340 et les notes correspondantes.

⁵²⁸ Devenu chapitre 12 de l’ALE Singapour, version retravaillée. Voir *supra* note 425.

développement durable ». En effet, la Cour estime qu'une lecture combinée de l'article 21 (3) *TUE (TL)* avec les articles 207 (1), seconde phrase, 205, 9 et 11 *TFUE* indique que la PCC de l'UE s'inscrit dans l'action extérieure de celle-ci qui doit être conduite dans le respect des principes et des objectifs énoncés à l'article 21 (1) et (2) *TUE (TL)*. Conséquemment, l'UE doit, entre autres⁵²⁹, mettre en œuvre sa PCC de façon à y intégrer les exigences liées à la garantie d'une protection sociale adéquate⁵³⁰ et de manière à assurer le développement durable en participant à la formation de règles internationales destinées à préserver et à améliorer « la qualité de l'environnement et la gestion durable des ressources naturelles mondiales »⁵³¹. En l'occurrence, la Cour en arrive donc à la conclusion « que l'objectif de développement durable fait désormais partie intégrante de la »⁵³² PCC de l'UE⁵³³.

Une fois cela établi, la Cour se penche, à l'instar de l'affaire C-137/12⁵³⁴ et de l'*Avis 3/15*⁵³⁵, sur le contenu et sur la finalité poursuivie en l'espèce par le chapitre 13 de l'ALE Singapour. Elle note d'abord que ledit chapitre, reprend le but énoncé dans le préambule de l'ALE Singapour⁵³⁶, en affirmant clairement « à ses articles 13.1 et 13.3, que le développement durable, dont la protection sociale des travailleurs et la protection de l'environnement sont des composantes [...], fait partie des objectifs des relations commerciales »⁵³⁷ entre l'UE et Singapour. Pour ce qui est du contenu du chapitre 13, la Cour constate qu'il évoque les obligations de l'UE et de Singapour au titre de conventions de l'Organisation internationale du travail en matière de protection sociale des travailleurs et de traités sur la protection de l'environnement⁵³⁸, tout en leur reconnaissant l'entière compétence de légiférer en ces matières sur leurs territoires respectifs d'une manière compatible avec lesdits engagements internationaux⁵³⁹. Ce rappel de telles obligations internationales, déclare la Cour, ne vise donc pas à harmoniser ou à réglementer

les niveaux de protection sociale et environnementale sur le territoire respectif des parties, mais [plutôt à] régir les échanges commerciaux entre l'Union et la République de Singapour en subordonnant la libéralisation de ceux-ci à la condition que les parties respectent leurs obligations internationales en matière de protection sociale des travailleurs et de protection de l'environnement⁵⁴⁰.

Selon la Cour, la teneur des dispositions du chapitre 13 présente donc, en application du critère Daiichi, un lien spécifique avec les échanges commerciaux entre

⁵²⁹ Nous utilisons « entre autres », parce que la Cour semble ouverte à ce que l'ensemble des objectifs de *TUE (TL)*, *supra* note 2, arts 21 (1)-(2) soient potentiellement partie intégrante de la PCC. Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 243.

⁵³⁰ *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 142-146.

⁵³¹ Voir, *TUE (L)* *supra* note 2, art 21 (2) (f).

⁵³² *Avis 2/15*, *supra* note 345 aux para 147 et 163.

⁵³³ Simon, « 2/15 », *supra* note 423 au para 14; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 243.

⁵³⁴ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 469-493.

⁵³⁵ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 399-421.

⁵³⁶ *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 148.

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ *Ibid* au para 152.

⁵³⁹ *Ibid* aux para 152, 165.

⁵⁴⁰ *Ibid* au para 166.

l'UE et Singapour⁵⁴¹, d'abord parce qu'il régit ces échanges en les soumettant au respect des conventions susmentionnées par les parties et en s'assurant notamment qu'aucune mesure ne soit adoptée et appliquée en vertu de ces conventions de manière à créer une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée à l'égard de tels échanges⁵⁴². Ensuite, parce que les dispositions de ce chapitre 13 ont également, des effets directs et immédiats sur les échanges commerciaux entre l'UE et Singapour⁵⁴³. Elles évitent effectivement entre autres que les standards internationaux de protection environnementale et sociale qui lient les parties soient abaissés afin d'encourager le commerce ou soient utilisés pour des fins protectionnistes. Elles contribuent aussi à ce que les entrepreneurs de l'UE et de Singapour participent au libre-échange sur un pied d'égalité⁵⁴⁴. Finalement la Cour souligne, toujours en application du critère Daiichi, que les règles du chapitre 13 sur la protection des travailleurs et de l'environnement ont d'autant plus un lien spécifique avec les échanges commerciaux entre Singapour et l'UE que la violation de ces normes par l'une d'elles autoriserait l'autre partie à avoir recours à l'article 60 (1) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁵⁴⁵ pour mettre un terme ou suspendre la libéralisation des échanges commerciaux entre elles⁵⁴⁶. Sur la base de ce qui précède, la Cour conclut dès lors que le chapitre 13, qui vise l'instauration d'un libre-échange commercial entre l'UE et Singapour dans le respect du développement durable, relève de la PCC et en conséquence de la compétence intrinsèquement exclusive de l'UE⁵⁴⁷. En appliquant le critère Daiichi, concrétisé par l'analyse de la nature et de l'objectif des dispositions en cause, la Cour a conséquemment intégré entièrement le développement durable dans la PCC, omettant ainsi de le considérer comme ayant uniquement un caractère incident ou accessoire par rapport à celle-ci⁵⁴⁸.

e) *Le point sur la PCC issue du TL*

Dans la jurisprudence analysée dans les paragraphes précédents où la Cour s'est notamment penchée sur le sens des expressions « échanges de services », « aspects commerciaux de la propriété intellectuelle », et « investissements étrangers directs » utilisées à l'article 207 (1), on remarque que la Cour suit un raisonnement qui conjugue, comme avant le *TL*, les thèses de la Commission et du Conseil sur la portée de la PCC⁵⁴⁹. Toutefois, depuis le *TL*, on observe principalement que les décisions de la Cour adoptent systématiquement une interprétation extensive de la compétence

⁵⁴¹ *Ibid* aux para 155, 161.

⁵⁴² *Ibid* aux para 156, 166.

⁵⁴³ *Ibid* au para 157.

⁵⁴⁴ *Ibid* aux para 157-59; Cremona, « Shaping », *supra* note 423 aux pp 243, 245.

⁵⁴⁵ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980); L'article 60 (1) traite effectivement des conséquences de la violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties; Voir, Cremona, « Shaping », *supra* note 423 aux pp 244-45; Simon, « 2/15 », *supra* note 423 au para 15.

⁵⁴⁶ *Avis 2/15*, *supra* note 345 au para 161.

⁵⁴⁷ *Ibid* au para 163.

⁵⁴⁸ Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 243.

⁵⁴⁹ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 35-37.

intrinsèquement exclusive de l'UE en matière de PCC. Cette vision large de la PCC résulte notamment de l'application constante du test Daiichi, selon lequel un acte de l'UE relèvera de la PCC, s'il « porte spécifiquement [par opposition à incidemment] sur les échanges internationaux [commerciaux] en ce qu'il est essentiellement destiné à promouvoir, à faciliter ou à régir ces échanges et a des effets directs et immédiats sur ceux-ci »⁵⁵⁰. Au fil de la jurisprudence de la CEJ étudiée plus haut, nous avons noté que les critères et les modalités d'application de ce test deviennent progressivement de plus en plus précis. En ce qui concerne les critères d'application, on constate d'abord que l'environnement commercial peut s'avérer important pour identifier les actes de PCC de l'UE. Tel fut le cas pour les clauses de l'*ADPIC* où la Cour a accordé une importance déterminante au contexte OMC entourant l'adoption de cette entente⁵⁵¹ et il en sera vraisemblablement de même pour les dispositions de tous les autres accords de l'OMC. Le contexte OMC fut aussi concluant pour arrêter le sens de l'expression « échanges de services » se trouvant à l'article 207 (1) *TFUE*⁵⁵². Par ailleurs, la plupart des affaires examinées révèlent que le cadre commercial, OMC ou autres (comme les accords de libre-échange), dans lequel s'inscrivent les dispositions concernées est rarement considéré pour conclure qu'elles relèvent de la PCC⁵⁵³.

En général, la jurisprudence considérée indique plutôt que l'application du test Daiichi requiert l'analyse de la finalité et du contenu des dispositions ou de l'accord en cause. Pour isoler les finalités recherchées par une mesure, l'examen des éléments suivants est jugé important, à savoir : son préambule, son titre, son libellé, le rapport explicatif de son adoption, les considérants de la décision attaquée du Conseil lus conjointement avec le texte de celle-ci et ce, afin de déterminer si le document en question vise, en application d'une des conditions du test, à promouvoir, à faciliter ou à régir les échanges internationaux commerciaux. Dans certains cas, on a remarqué que la recherche des objectifs permet également de déceler une double finalité, par exemple faciliter le commerce et améliorer le fonctionnement du marché intérieur européen⁵⁵⁴. Dans cette situation pour relever de la PCC selon le test Daiichi⁵⁵⁵, le commerce facilité entre les parties devra être reconnu comme étant l'objectif prioritaire du document, reléguant ainsi le meilleur fonctionnement du marché interne au rang d'accessoire par rapport au but principal⁵⁵⁶. En plus d'aider, le cas échéant, à identifier l'objet de l'entente ou des dispositions en cause, l'analyse approfondie de leur contenu permet, selon les précédents examinés, de juger si elles ont en plus, en application de l'autre exigence du test, des effets directs et immédiats sur de tels échanges qui vont au-delà de simples implications sur celles-ci⁵⁵⁷. À titre d'exemples, mentionnons les clauses de l'accord qui rappellent à ses parties (l'UE et l'État tiers) leurs obligations

⁵⁵⁰ C-414/11, *supra* note 370 au para 51. Voir également ci-dessus, le texte correspondant à la note 382.

⁵⁵¹ Voir C-414/11, *supra* note 370, ci-dessus, le texte correspondant à la note 384.

⁵⁵² Voir *Avis 2/15*, *supra* note 345, ci-dessus, le texte correspondant aux notes 498-500.

⁵⁵³ Voir C-389/15, *supra* note 441, ci-dessus, le texte correspondant aux notes 461-462.

⁵⁵⁴ Voir C-137/12, *supra* note 468, ci-dessus, le texte correspondant aux notes 484-487.

⁵⁵⁵ Le critère de la double finalité a été ignoré dans l'affaire C-414/11, *supra* note 370 alors qu'il aurait pu être pertinent vu le contenu de l'*Accord sur les ADPIC*, *supra* note 33, art 27 sur la brevetabilité. Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 490-491.

⁵⁵⁶ Voir C-137/12, *supra* note 468, ci-dessus, le texte correspondant à la note 492.

⁵⁵⁷ Voir C-389/15, *supra* note 441, ci-dessus, le texte correspondant aux notes 456-461.

internationales respectives au titre de conventions internationales afin de créer des conditions homogènes pour leur commerce⁵⁵⁸. Cette étude du contenu se fait évidemment au cas par cas étant donné la variabilité des textes à scruter. Terminons les critères d'application dégagés de la jurisprudence examinée, en relevant que, selon l'*Avis 2/15*, la PCC devra, comme action extérieure de l'UE, être conduite dans le respect de l'ensemble des principes et des objectifs énoncés à l'article 21 (1) et (2) *TUE (TL)*⁵⁵⁹. Dans cette affaire, en plus d'avoir utilisé ces clauses pour établir les deux conditions constitutives du critère Daiichi, la Cour les a considérées comme des éléments essentiels à respecter par les parties impliquées. Dans le cas de l'UE, elle en a fait également un critère additionnel d'application et une part intégrante de la PCC, dont la violation pourrait donner lieu à la suspension ou à l'annulation d'un accord⁵⁶⁰.

Pour ce qui est à présent des modalités d'application du test Daiichi, il est clair, selon la jurisprudence analysée, qu'il faut procéder par étapes successives pour pouvoir conclure qu'une initiative de l'UE relève de la PCC parce qu'elle a un lien spécifique avec les échanges commerciaux internationaux. D'abord, il est nécessaire d'établir que cette action a pour finalité de promouvoir, de faciliter ou de régir les relations commerciales extérieures. Si ce premier élément est prouvé, il faudra dans un deuxième temps démontrer que la mesure en question a des effets directs et immédiats sur de tels échanges. Un acte de l'UE pourrait effectivement avoir pour but de promouvoir, de faciliter et de régir le commerce sans avoir concrètement un effet direct et immédiat sur celui-ci. Cela étant, dans l'application actuelle du test Daiichi, on retrouve des critères qui avaient déjà été utilisés dans la jurisprudence antérieure au *TL* (par exemple la référence au contexte, à l'objet, au contenu, au préambule, à la double finalité d'un accord, aux considérants d'un règlement⁵⁶¹) et, parfois, le recours à la même formulation que celle du test Daiichi⁵⁶². Toutefois, par rapport à cette jurisprudence, dans les affaires postérieures au *TL*, la Cour a systématisé, organisé et ordonné le recours à de tels critères qui permettent d'établir, dans le contexte du test Daiichi, le lien spécifique requis avec les échanges commerciaux internationaux.

Dans le cadre de cette étude, nous avons pu constater que le contenu matériel de la PCC a connu une évolution non linéaire au fil des transformations historiques de l'ex-CE/UE, ce qui a évidemment eu des répercussions sur l'importance du recours à l'accord mixte classique⁵⁶³ dans ce domaine. La première période de ce cheminement se caractérise par l'interprétation large que la CEJ donne à la PCC et en conséquence

⁵⁵⁸ Voir, *Avis 2/15*, *supra* note 345, ci-dessus, le texte correspondant aux notes 541-544.

⁵⁵⁹ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 528-533.

⁵⁶⁰ Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 243; Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 545-548.

⁵⁶¹ Comme exemples, ci-dessus le texte correspondant aux notes 75, 86, 136-137, 160, 209, 222, 233, 250-251, 255, 282.

⁵⁶² Voir C-411/06 (*Transfert*), *supra* note 273, ci-dessus le texte correspondant à la note 284.

⁵⁶³ Ci-dessus, le texte correspondant à la note 3.

par un certain recul de la mixité en matière commerciale. Rappelons ici le cycle de Tokyo qui fut alors conclu sur la base de l'ex-article 113 *TCEE* par l'ex-CEE agissant seule⁵⁶⁴. Cette première période débute en 1975 avec l'*Avis 1/75*, lorsque la CEJ déclare que l'ex-CE possède une compétence intrinsèquement exclusive en matière de politique commerciale et que celle-ci a le même contenu que celle d'un État souverain⁵⁶⁵. En 1979, la CEJ complète cette vision large de la PCC dans l'*Avis 1/78* en précisant qu'elle ne saurait exclure les mécanismes plus évolués du commerce extérieur en se limitant aux aspects classiques de celui-ci, comme la réduction des droits de douane et des obstacles non tarifaires⁵⁶⁶. La Cour maintient cette même ouverture envers la compétence intrinsèquement exclusive de l'ex-CE en matière de PCC jusqu'en 1994, lorsqu'elle rend l'*Avis 1/94* à l'occasion du cycle d'Uruguay⁵⁶⁷.

L'*Avis 1/94* marque donc le début de la seconde période de ce processus pendant laquelle la Cour change complètement de cap au sujet du contenu de la PCC. Dans cet avis et dans la jurisprudence postérieure à celui-ci, la Cour exclut de la PCC plusieurs manifestations nouvelles ou non traditionnelles du commerce international, comme celles concernant les droits de propriété intellectuelle et certains types de services⁵⁶⁸. D'aucuns soutiendront que la Cour a semblé alors faire intervenir la PCC uniquement en cas de préemption complète interne en faveur de l'ex-CE sur un sujet donné, évitant ainsi de modifier les compétences communautaires en l'absence d'accord préalable des États membres⁵⁶⁹. À l'époque, une pareille interprétation étroite de la PCC impose la procédure mixte pour la conclusion de plusieurs accords commerciaux communautaires, dont bien entendu les accords du cycle d'Uruguay. En conséquence, le rôle de l'ex-CE dans le développement des règles du droit commercial international, et plus spécifiquement au sein de l'OMC, s'en trouva considérablement affecté, puisqu'il fallait dorénavant l'intervention et l'accord des États membres de l'ex-CE sur ces sujets⁵⁷⁰.

Notre étude nous a également permis d'observer que l'entrée en vigueur du *TL* en 2009 marque le point de départ de la troisième période de ce développement, lequel est clairement confirmé par la suite en 2013, par la décision de la CEJ dans l'affaire *Daiichi*⁵⁷¹. En ce qui concerne le *TL*, l'article 207 *TFUE* représente une réelle tentative de définir une PCC offrant une vision nouvelle qui tranche avec le courant jurisprudentiel issu de l'*Avis 1/94*. La PCC de l'article 207 est alors devenue une compétence d'attribution exclusive de l'UE pour pratiquement tous les sujets relevant de l'OMC, à savoir le commerce des services (sauf en matière de transports), les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle et les investissements étrangers directs. Elle

⁵⁶⁴ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 55-56. Toutefois, rappelons PROBA 20 et PROBA 33, ci-dessus le texte correspondant aux notes 99, 101.

⁵⁶⁵ Ci-dessus le texte correspondant à la note 15.

⁵⁶⁶ Ci-dessus, le texte correspondant à la note 57.

⁵⁶⁷ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 67-88, 116-118. Voir comment le professeur Koutrakos explique cette conception extensive de la PCC par la CEJ pendant cette première période à ci-dessus le texte correspondant à la note 298.

⁵⁶⁸ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 141-167, 293-296.

⁵⁶⁹ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 171-177, 292-297.

⁵⁷⁰ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 299-300.

⁵⁷¹ C-414/11, *supra* note 370.

devient ainsi une PCC qui est plus adaptée aux circonstances nouvelles du commerce international. De plus, le paragraphe 4 de l'article 207 *TFUE* éloigne la PCC du jeu de la préemption, puisque l'unanimité n'y est plus exigée pour les ententes portant sur un domaine dans lequel l'UE n'aurait pas encore exercé ses compétences, par l'adoption de règles internes⁵⁷². Cela dit, c'est l'affaire *Daiichi* qui donne plein effet à l'article 207 *TFUE*. La Cour y abandonne effectivement l'*Avis 1/94* en écartant le recours à la mixité pour toutes les dispositions de l'*ADPIC*. Elle y formule également le test à appliquer pour identifier les domaines relevant de la PCC, qu'elle a ensuite développée en système dans une série d'affaires postérieures à cette décision⁵⁷³. Contrairement à la jurisprudence de la deuxième période, nous avons aussi constaté que ledit test semble jusqu'à présent avoir été appliqué sans tenir compte de l'évolution des règles communes de l'UE sur le sujet en litige et indépendamment donc du concept de préemption⁵⁷⁴. Avec la décision *Daiichi*, la Cour est en fait revenue à l'interprétation dynamique, large et flexible qu'elle avait donnée de la PCC dans les *Avis 1/75* et *1/78* de la première période⁵⁷⁵.

Conséquemment, le *TL* et la jurisprudence qui a appliqué l'article 207 *TFUE* nous incitent à penser que, dans les années à venir, il y aura probablement un recul du recours à l'accord mixte pour les accords de commerce de l'UE, si cette dernière tire les leçons de l'*Avis 2/15*⁵⁷⁶, en excluant de telles ententes tout ce qui concerne les investissements non directs⁵⁷⁷. En matière commerciale, notamment au sein de l'OMC, et sur la scène internationale en général, les États membres verront possiblement leur présence et leur rôle progressivement réduit à celui de figurants, si cette tendance jurisprudentielle se poursuit⁵⁷⁸. En effet, au nom du test *Daiichi*, la Cour pourrait entre autres intégrer dans la PCC, excluant ainsi le recours à la mixité, plusieurs dispositions qui ne relèvent pas a priori de la compétence de l'UE. Comme exemple, citons l'affaire 137/12 où la Cour inclut dans la PCC les mesures pénales de saisies et de confiscation qui n'apparaissaient pas dans la directive 98/84/CE, en alléguant comme une évidence qu'elles contribuent à titre d'accessoires à la réalisation de l'objectif principal de la convention, à savoir la facilitation du commerce⁵⁷⁹. La lecture de la jurisprudence de la troisième période nous donne effectivement l'impression qu'il est

⁵⁷² Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 353-354.

⁵⁷³ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 378-382, 398 et ss.

⁵⁷⁴ Voir, les conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, présentées le 31 janvier 2013; *Daiichi Sankyo Co Ltd et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH c DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon* [2013] aux para 31, 80-81 [Conclusions Villalón] où il souligne que le droit de l'UE en matière de brevet était très lacunaire à l'époque de l'affaire C-414/11, *supra* note 370 ce qui n'a pas empêché la Cour de conclure que l'article 27 de l'*ADPIC*, *supra* note 33 relevait de la PCC. Dans le même ordre d'idées voir également Mora, *supra* note 375 aux pp 797-99. De plus, dans l'affaire C-389/15, *supra* note 441 la Cour donne raison à la Commission qui allègue la PCC pour la protection des appellations d'origine et des indications géographiques à l'égard de tous les produits, même non agricoles, malgré que les règles communes de l'UE couvrent uniquement les produits agricoles. Voir, C-389/15, *supra* note 441 au para 40.

⁵⁷⁵ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 390-392.

⁵⁷⁶ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 520-522.

⁵⁷⁷ Ce que l'UE a d'ailleurs fait dans le cas de l'ALE Singapour. Voir, à ce sujet, les nouveaux accords qui en ont résulté à *supra* note 425.

⁵⁷⁸ Larik, *supra* note 373 aux pp 793-95.

⁵⁷⁹ Ci-dessus, le texte correspondant aux notes 485-488.

devenu difficile pour le Conseil et les États membres de convaincre la Cour d'exclure de la PCC de nombreux domaines qui n'auraient probablement pas relevé de cette politique à une autre époque. Bien que systématisé, le test Daiichi laisse assurément à la Cour une très grande marge de manœuvre au niveau de son application, ce qui rend le résultat d'un différend objectivement imprévisible pour les acteurs de l'UE⁵⁸⁰. Selon Cremona, « *it is a test which favours flexibility over predictability* »⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ Cremona, « Shaping », *supra* note 423 à la p 242.

⁵⁸¹ *Ibid.*

LE RÔLE DES *PRINCIPES DE PARIS* DANS L'INSTITUTIONNALISATION DES DROITS DE LA PERSONNE EN DROIT INTERNE (ÉTUDE AXÉE SUR QUELQUES ÉTATS ARABES)

*Nidhal Mekki**

Les principes de Paris concernant le statut et le fonctionnement des institutions nationales pour la protection et la promotion des droits de l'homme sont venus consacrer une évolution qui a pris naissance dans les droits nationaux depuis plusieurs décennies. Ils marquent l'institutionnalisation grandissante des droits de la personne dans les droits internes et soulignent le rôle central des institutions nationales comme relais indispensable pour le droit international des droits de la personne en vue d'être pleinement respecté dans les droits nationaux. En effet, l'État et ses organes sont les premiers destinataires des normes sur les droits de la personne et la responsabilité de les protéger leur incombe en premier lieu. Les États arabes, surtout depuis 2011, date du déclenchement du printemps arabe, constituent un intéressant cas d'étude du rôle des Principes de Paris dans l'institutionnalisation des droits de la personne. Après de longues décennies de dictature ayant cantonné le droit international des droits de la personne dans une optique largement formelle, les bouleversements politiques et sociaux que connaît la région depuis quelques années permettent d'espérer des améliorations dans l'articulation des droits nationaux au droit international des droits de la personne et une meilleure protection de ces derniers dans laquelle les institutions nationales pourraient jouer un rôle plus actif. L'étude se propose de décrire le mouvement de généralisation de ces institutions dans le monde arabe, d'étudier les interactions qu'elles ont avec le tissu institutionnel interne et international avant de conclure avec une évaluation de leur efficacité dans la protection et la promotion des droits de la personne dans cette région du monde.

The Paris Principles on the Status and Functioning of National Institutions for the Protection and Promotion of Human Rights have come to embody an evolution that has sprung up in national law for several decades. They mark the growing institutionalization of human rights in domestic law and underline the central role of national institutions as indispensable relays for international human rights law in order to be fully respected in national laws. Indeed, the state and its organs are the first recipients of human rights standards and the responsibility to protect them is their primary responsibility. The Arab States, especially since 2011, when the Arab Spring began, are an interesting case study of the role of the Paris Principles in the institutionalization of human rights. After long decades of dictatorship confining international human rights law from a broadly formal perspective, the political and social upheavals that the region has experienced in recent years offer hope for improvements in the articulation of national laws with international human rights law and better protection of these rights in which national institutions could play a more active role. The study aims to describe the generalization movement of these institutions in the Arab world, to study the interactions they have with the internal and international institutional fabric before concluding with an evaluation of their effectiveness in the protection and promotion of human rights in this part of the world.

Los Principios de Paris relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos encarnan la evolución surgida en la legislación nacional durante las últimas décadas. Así, señalan la institucionalización creciente de los derechos humanos en la legislación nacional y subrayan el papel central de las instituciones nacionales como dispositivos indispensables para el derecho internacional de los derechos humanos para permitir que estos sean plenamente respetados en las leyes nacionales. De hecho, el estado y sus órganos son los primeros receptores de las normas de derechos humanos y la responsabilidad de protegerlos es su principal responsabilidad. Los Estados árabes, especialmente desde 2011, cuando comenzó la Primavera Árabe, son un interesante estudio de caso sobre el papel de los Principios de Paris en la institucionalización de los derechos humanos. Después de largas décadas de dictadura que circunscribieron el derecho internacional de los derechos humanos a una perspectiva formal, los trastornos

* Doctorant à l'Université Laval.

políticos y sociales que ha experimentado la región en los últimos años ofrecen esperanzas de mejoras en la articulación de las leyes nacionales con el derecho internacional de los derechos humanos y a una mejor protección de estos derechos. En el que las instituciones nacionales podrían desempeñar un papel más activo. El objetivo del estudio es describir el movimiento de generalización de estas instituciones en el mundo árabe y estudiar las interacciones que tienen con el tejido institucional interno e internacional para concluir con una evaluación de su efectividad en la protección y promoción de los derechos humanos en esta parte del mundo.

L'application du droit international revient au premier chef à l'État. Ce dernier est donc « le principal agent d'exécution du droit international »¹. En effet,

it is common knowledge that international law can only be implemented by State bodies [...]. Plainly, [international rules] can produce their effects only if national authorities (courts, enforcement agencies...) behave in the way prescribed by the rules².

Tous les organes des États³ sont concernés par cette obligation d'exécution et le droit international est indifférent aux moyens et techniques mis en œuvre par les États pour réaliser cette fin⁴. Ce sont, évidemment, les organes « classiques » de l'État qui sont chargés d'appliquer le droit international (parlements, tribunaux, administration, etc.), mais la place centrale qu'occupe depuis quelques décennies, le droit international des droits de la personne (ci-après DIDP) et les défaillances certaines des organes internes ont fait apparaître de nouvelles institutions qui ont pour missions, non pas de suppléer les organes internes classiques, mais de compléter leur rôle en matière de protection des droits de la personne et de remplir un rôle essentiel en matière de promotion de ces droits en propageant la culture des droits humains. Ces institutions sont communément appelées Institutions nationales des droits de la personne (ci-après INDPs) et ont vu les principes fondamentaux concernant leur statut et leur fonctionnement proclamés dans ce qui allait être connu sous le nom des *Principes de Paris*. Un rappel historique s'impose à ce niveau pour retracer l'évolution qu'ont connue ces institutions, depuis leurs premières apparitions jusqu'à aujourd'hui, et pour bien cerner les *Principes de Paris*.

L'Organisation des Nations Unies s'est intéressée, dès 1946, à la question des INDPs⁵. En 1960, le Conseil économique et social rappelle dans la Résolution 772 (XXX) « l'importance de la contribution que peuvent apporter, en vue d'assurer le respect effectif des droits de l'homme, des organismes représentant dans chaque pays,

¹ Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, *Droit international public*, 12e éd, Paris, Dalloz, 2014 à la p 445.

² Joseph Weiler et Alan T Nissel, *International Law*, vol 3, Londres (R-U) et New York, Routledge, 2001, à la p 7 [Weiler et Nissel]; Voir aussi Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public*, 8e éd, Paris, LGDJ, 2009 à la p 250 [Daillier, Forteau et Pellet]; Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 7e éd, Paris, Montchrestien, 2006 à la p 167 et à la p 180; Hugh M Kindred, Phillip M Saunders et Robert J Currie, *International Law, Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 8e éd, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2014 à la p 149: « *Under the international legal system [...] the states are the centres of authority not only for governing their own societies but also for ensuring the performance of international legal obligations* »; Denis Alland, *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, à la p 351 : « Le destin du droit international dépend du sort qui est réservé aux actes internationaux dans l'ordre juridique interne des États ».

³ Joseph Weiler et Alan T Nissel parlent de « domestic machinery for implementing international law », Weiler et Nissel, *supra* note 2 à la p 8.

⁴ Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 2 aux pp 250 et s (voir aussi la bibliographie aux pp 249–50).

⁵ Le Conseil économique et social s'est penché sur la question dès 1946. Il a « invité les États membres à examiner l'opportunité de créer, dans le cadre de leurs pays respectifs, des groupes d'information ou des comités locaux des droits de l'homme qui collaborent avec eux au développement des activités de la Commission des droits de l'homme », Nations Unies, Fiche d'information no 19, *Institutions nationales pour la promotion et protection des droits de l'homme*, 1994 à la p 2 [Nations Unies, Fiche d'information]. Voir aussi Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Institutions nationales pour les droits de l'homme : Historique, principes, fonctions et attributions*, New York et Genève, 2010 à la p 8 [Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme].

une opinion informée sur les questions de droits de l'homme » et reconnaît que de tels organismes « peuvent jouer un rôle important dans l'éducation du public » relativement à ces questions⁶.

En 1978, la Commission des droits de l'homme⁷ a « organisé un séminaire qui a produit un avant-projet de principes directeurs concernant la structure et le fonctionnement des institutions nationales »⁸. Après cette date, beaucoup de pays se sont dotés d'INDPs⁹ et en 1991, « le premier Atelier international sur les institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme a été tenu à Paris »¹⁰. Les conclusions de cet atelier sont connues sous le nom de *Principes de Paris*¹¹. Ils furent consacrés de manière solennelle par la Résolution 48/134 de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 20 décembre 1993¹². Entre temps, la *Déclaration et le programme d'action de Vienne* ont insisté sur le rôle central que jouent les INDPs dans la promotion et la protection des droits de la personne¹³. Le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme définit les INDPs comme étant « des organes de l'État dotés d'un mandat constitutionnel ou législatif qui leur donne pour mission de protéger et de promouvoir les droits de l'homme. Elles font partie intégrante de l'appareil de l'État et sont financées par les fonds publics »¹⁴.

Les INDPs

ont toutes un caractère administratif -au sens où elles ne sont ni judiciaires ni parlementaires. En règle générale, elles détiennent une autorité consultative permanente en ce qui concerne les droits de l'homme au niveau national [...] Elles poursuivent leurs objectifs soit au niveau général, en formulant des opinions et des recommandations, soit en examinant des plaintes soumises par des individus ou des groupes et en se prononçant sur ces plaintes¹⁵.

⁶ *Conseil économique et social des Nations Unies*, Rés CES 772 (XXX), Doc off CES NU, 25 juillet 1960.

⁷ Qui a été remplacée à partir de 2006 par le Conseil des droits de l'homme.

⁸ Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *supra* note 5 à la p 8.

⁹ *Ibid.* C Raj Kumar aborde de manière très détaillée l'historique des INDP dans son article « National Human Rights Institutions: Good Governance Perspectives of Institutionalization of Human Rights » (2003) 19:2 Am U Intl L Rev aux pp 266 et s [Kumar].

¹⁰ Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *supra* note 5 à la p 8.

¹¹ Kumar, *supra* note 9 à la p 268. Pour une présentation détaillée et critique des *Principes de Paris*, voir Gauthier de Beco, *A Commentary on the Paris Principles on National Human Rights Institutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; Rachel Murray, « National Human Rights Institutions: Criteria and Factors for Assessing their Effectiveness » (2007) 25:2 Nethl QHR à la p 189 [Beco].

¹² Les *Principes de Paris* sont annexés à la résolution sous le titre : Commission des droits de l'homme, *Principes concernant le statut des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme*, Rés 48/134, Doc off AGNU, supp n°2, doc NU (1993), en ligne : *Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme* <www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx> [*Principes de Paris*].

¹³ « La Conférence mondiale sur les droits de l'homme réaffirme le rôle important et constructif que jouent les institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme, en particulier en leur qualité de conseillers des autorités compétentes, ainsi que leur rôle dans l'action visant à remédier aux violations dont ces droits font l'objet et celui concernant la diffusion d'informations sur les droits de l'homme et l'éducation en la matière », *Déclaration et programme d'action de Vienne*, Rés 48/121, Doc off AG NU, 48^e sess, Doc NU A 48/121 (1993). (Adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, 25 juin 1993).

¹⁴ Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *supra* note 5 à la p 15.

¹⁵ Nations Unies, Fiche d'information, *supra* note 5 à la p 4.

Pour mener à bien sa mission de promotion et de protection des droits de la personne, l'INDP doit être conforme aux *Principes de Paris* qui peuvent être résumés en six « critères principaux »¹⁶:

- Mandat et compétence: un mandat aussi étendu que possible basé sur les normes universelles des droits de l'homme;
- Autonomie vis-à-vis du gouvernement;
- Indépendance garantie par leurs statuts ou la constitution;
- Pluralisme, garanti par leur composition et par une coopération effective;
- Ressources adéquates;
- Compétences adéquates en matière d'investigation ou d'enquête¹⁷.

Cet intérêt porté par les *Principes de Paris* à la création d'institutions nationales qui œuvrent à la promotion et à la protection des droits de la personne ne peut pas être compris en dehors d'un contexte d'institutionnalisation du droit international dans son ensemble,¹⁸ mais qui était particulièrement intense en DIDP comme en témoigne le foisonnement d'instruments, d'institutions et de mécanismes universels et régionaux¹⁹. En mettant en valeur la création d'INDP, les *Principes de Paris* donnent corps aux droits de la personne qui bénéficient d'un support supplémentaire pour en faire la promotion et en assurer la protection²⁰. En ce sens, la prolifération des INDPs dans divers pays est en soi bénéfique. Selon un auteur, « cette institutionnalisation présente la vertu non seulement de soutenir l'internationalisation normative de l'État de droit, mais aussi, de viser à l'amélioration des actions sur le terrain »²¹. Par ailleurs, l'institutionnalisation des droits de la personne portée par les *Principes de Paris* en droit interne rend nécessaire une coordination avec la myriade d'institutions nationales ainsi qu'avec des mécanismes régionaux et internationaux. Les deux ensembles d'institutions (internes et internationales) se soutenant mutuellement, on en arrive à un cercle vertueux pour la cause des droits de la personne dans lequel les mécanismes régionaux de coordination soutiennent les INDPs et où ces dernières

¹⁶ Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *supra* note 5 à la p 35.

¹⁷ *Ibid.* C'est le sous-comité d'accréditation du Comité international de coordination qui vérifie la conformité des INDPs aux *Principes de Paris* et décide de les accréditer d'un statut A (conformité totale) ou d'un statut B (conformité partielle). Comité international de coordination des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme, *Rapport et recommandations du Sous-comité d'accréditation*, (30 avril 2008), en ligne (pdf) : *Alliance mondiale des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme* <nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAcreditiation/Documents/Report_Sub-Committee_30avril_2008-FRENCH.pdf>.

¹⁸ Sur cette institutionnalisation du droit international qui s'est accélérée avec la création de l'ONU en 1945, voir Dominique Carreau et Fabrizio Marella, *Droit international*, 11e éd, Paris, Pedone, 2012 aux pp 57 et s [Carreau et Marella]; Emmanuel Decaux et Olivier de Frouville, *Droit international public*, 9e éd, Paris, Dalloz, 2014 aux pp 8 et s; Daillier, Forteau et Pellet, *supra* note 2 à la p 184; Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 aux pp 586 et s.

¹⁹ Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *supra* note 5 aux pp 4 et s.

²⁰ Nous pensons que l'institutionnalisation doit être comprise dans un sens large comprenant non seulement la création d'institutions, mais également la définition de procédures et de processus ainsi que le dialogue entre les acteurs en présence, voir Carreau et Marella, *supra* note 18 aux pp 8 et s.

²¹ Mulry Mondélice, *Le droit international et l'État de droit : enjeux et défis de l'action internationale à travers l'exemple d'Haïti*, Thèse, Université Laval, Québec, 2015 à la p 133 [Mondélice].

participent de l'efficacité des mécanismes régionaux et internationaux²². Enfin, l'institutionnalisation portée par les *Principes de Paris* ne se limite pas à une création et une coordination formelle des INDPs : Elle a un contenu en quelque sorte axiologique puisqu'aussi bien l'existence des INDPs que leur coordination doivent refléter certaines valeurs contenues dans les critères fondamentaux des *Principes de Paris* (larges attributions, autonomie vis-à-vis du gouvernement, indépendance et pluralisme). C'est qu'on n'institutionnalise pas pour le simple plaisir de créer et de multiplier des institutions. On institutionnalise les droits de la personne pour que ces institutions jouent le rôle qui est le leur à savoir l'amélioration effective de la situation des droits de la personne dans les États. Autrement dit, il faut que cette institutionnalisation soit efficace²³ sinon elle serait inutile et deviendrait même contre-productive.

Si la multiplication des INDPs est un phénomène universel, elle revêt dans certaines régions du monde un intérêt particulier. C'est le cas notamment du monde arabe. En effet, longtemps soumis à des régimes autoritaires, les pays arabes ont des régimes parmi les moins reluisants en matière de droits de la personne. L'institutionnalisation de ces derniers est très faible, essentiellement en raison de la méfiance des gouvernements à l'égard de tous les acteurs et de toutes les institutions qui œuvrent à la protection des droits humains. Ainsi, l'apparition de ces institutions dans ces pays²⁴ suscite intérêt et interrogations.

Intérêt, d'un côté, car elles sont appelées à évoluer dans des climats politiques souvent hostiles ce qui justifie l'étude de leur travail et de leur interaction avec leur environnement national. Cette interaction est d'autant plus problématique que les INDP sont le fruit du développement de certaines règles et principes du droit international alors que ce dernier est souvent tenu en suspicion par les régimes autoritaires.

Interrogations, d'un autre côté, car la nature très autoritaire de certains régimes pose la question de l'indépendance des INDPs par rapport aux gouvernements et, à défaut d'indépendance, de l'intérêt même de l'existence de ces INDPs ; si elles n'ont aucun impact réel sur la situation des droits de la personne dans le pays.

Par ailleurs, les évolutions récentes dans le monde arabe peuvent alimenter l'espoir quant à une démocratisation progressive de certains pays (la Tunisie et dans une moindre mesure le Maroc) ou l'engagement d'autres dans des processus de

²² Monsieur Mulry Mondélice évoque cet aspect consubstantiel à l'institutionnalisation qu'est la coordination quand il écrit : « l'ampleur des activités menées ou appelées à l'être, ainsi que le besoin d'une diffusion des normes de l'État de droit dans une certaine cohérence justifie cette institutionnalisation qui contribue à renforcer l'adhésion des acteurs internationaux à l'État de droit », Mondélice, *ibid* à la p 133. Dans un autre endroit de sa thèse, il parle de la « synergie institutionnelle », *ibid* à la p 155. Les INDPs jouent également un rôle important dans le renforcement des autres institutions étatiques (notamment judiciaires et sécuritaires), Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *supra* note 5 à la p 25.

²³ Nous citons toujours monsieur Mulry Mondélice qui écrit « dès lors, vient en jeu non seulement la question de l'apport de cette institutionnalisation à l'appropriation, par l'État, des exigences de l'État de droit [...], mais également, celle de l'efficacité de ces institutions [...] », *ibid* à la p 134.

²⁴ Le Comité supérieur pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales en Tunisie a été créé, par exemple, en 1991.

transitions démocratiques (l'Algérie et le Soudan). Ceci pourrait favoriser l'indépendance des INDPs par rapport aux gouvernements et leur donner une plus grande latitude d'action.

Au vu de ces considérations, quel rôle peuvent jouer les *Principes de Paris* dans l'institutionnalisation des droits de la personne dans le droit interne des pays arabes²⁵?

En suivant les trois éléments que nous avons proposés, plus haut, pour cerner cette notion d'institutionnalisation telle que portée par les *Principes de Paris*, nous examinerons successivement la généralisation des INDPs dans le monde arabe (I), l'interaction des INDPs arabes avec le tissu institutionnel international et interne (II) et l'efficacité de l'institutionnalisation des droits de la personne (III).

I. La généralisation des INDPs dans le monde arabe

L'importance du rôle que les INDPs sont appelées à jouer dans l'institutionnalisation des droits de la personne en droit interne explique la multiplication rapide de leur nombre à partir des années 1990²⁶ suite notamment à la Résolution 48/134 de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les *Principes de Paris*. C'est ainsi que, à la date du 26 décembre 2018, on dénombre cent-douze INDPs accréditées par le Sous-comité d'accréditation (ci-après SCA) de la *Global Alliance of National Human Rights Institutions* (ci-après GANHRI)²⁷. Soixante-dix-neuf institutions nationales ont le statut A (conformité totale avec les *Principes de Paris*), trente-trois ont le statut B (conformité partielle). Il existe quelques autres INDPs (une dizaine) qui ne sont pas conformes aux *Principes de Paris* et qui de ce fait ne figurent pas dans le rapport de la GANHRI pour 2018. Les INDPs font face dans la plupart des pays à des défis variés qui vont de la difficulté à évaluer leur impact sur la situation des droits de la personne et de leurs rapports avec les autres institutions ou organes nationaux œuvrant dans le domaine de la protection des droits de la personne à des questions touchant leur indépendance en passant par des questions de moyens humains et financiers. Il est vrai, cependant, que dans plusieurs pays où la création de ces INDPs

²⁵ On se focalisera sur les expériences de quelques pays arabes vu que seulement douze pays se sont dotés d'INDP : ceux-ci sont les suivants selon la liste établie par la GANHRI : Statut A : Égypte, Jordanie, Maroc, Mauritanie, Palestine et Qatar. Statut B : Algérie, Bahreïn, Irak, Libye, Oman et Tunisie (l'ordre est alphabétique). La liste est disponible à l'adresse suivante : Haut-commissariat des Nations Unies, « OHCHR and NHRIs » (2018), en ligne : *United Nations Human Rights Office of the High Commissioner* <www.ohchr.org/EN/Countries/NHRI/Pages/NHRIMain.aspx>. Lorsque la nouvelle INDP tunisienne (Instance des droits de l'homme) sera mise sur pieds, nul doute qu'elle passera au statut A vu qu'elle est conforme aux *Principes de Paris*.

²⁶ Ryan Goodman et Thomas Pegram, « Introduction », dans Ryan Goodman et Thomas Pegram, dir, *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*, New York, Cambridge University Press, 2011, 1 à la p 1 [Goodman et Pegram].

²⁷ Global Alliance of National Human Rights Institutions, « 2018 Annual Report: 25 years Advancing Human Rights with National Human Rights Institutions and our Partners » (2018), en ligne (pdf) : Alliance Mondiale des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme <nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAnnualReports/Documents/GANHRI_Annual%20Report_2018_LQ.pdf> à la p 10.

remonte à longtemps et où le contexte politique leur a permis d'exercer leur rôle de manière satisfaisante, elles se sont enracinées et font, désormais, partie du paysage institutionnel du pays. Par contre, dans d'autres pays, notamment les pays arabes, dont certains sortent d'une longue période de dictatures très hostiles aux droits de la personne, les INDPs peinent encore à s'affirmer et à participer réellement à une protection des droits de la personne. Nous examinerons l'état des lieux avant (A) et après (B) le printemps arabe afin de mesurer l'évolution qui a eu lieu et de déterminer l'étendue de l'institutionnalisation des droits de la personne à travers la création d'INDP dans la région.

A. Les INDPs d'avant le printemps arabe

Il peut paraître paradoxal d'imaginer des INDP créées sous les régimes dictatoriaux et liberticides²⁸ qui étaient en place dans les pays arabes avant 2011. Pourtant, dès le début des années 1990, on a assisté à l'apparition des premières institutions dites « nationales indépendantes » dans la région²⁹. En réalité, ces institutions faisaient plus partie des réformes cosmétiques mises en place par les régimes de la région pour embellir leur image à l'échelle internationale qu'elles ne reflétaient une volonté de démocratisation et de respect des droits de la personne. Les régimes arabes cherchaient, à l'époque, à réduire la pression des gouvernements étrangers et des ONGs nationales et internationales quant à la question des droits de la personne. Plus précisément, « *[they] may be motivated by a desire to appease critics, while controlling the human rights agenda* »³⁰. On a pu qualifier ces institutions d'« écran de fumée »³¹ servant uniquement à cacher la vraie nature de régimes très peu soucieux des droits de la personne.

Il en est ainsi de l'une des plus vieilles institutions nationales à compétence générale créées dans la région ; à savoir le Comité supérieur pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales en Tunisie (ci-après CSDHLF). Cette institution a été créée en 1991³² (donc avant même la Résolution 48/134 AG sur les *Principes de Paris*)

²⁸ Voir Sonia Cardenas et Andrew Flibbert, « National Human Rights Institutions in the Middle East » (2005) 59:3 *Middle East Journal* à la p 411 [Cardenas et Flibbert].

²⁹ Création d'INDP en Algérie, Maroc et Tunisie. Le phénomène s'est généralisé et accéléré à partir des années 2000 (Égypte, Jordanie, Mauritanie, Qatar).

³⁰ Cardenas et Flibbert, *supra* note 28 à la p 414.

³¹ « Smoke-screen », l'expression est de Randa Siniora, « Establishing and/or Re-Establishing Trust Among the Public », dans Paul Dalton et Mu'ayyadMehyar, dir, *The Role of NHRIs in Countries in Transition in the Arab World : The Danish Institute for Human Rights*, 2012 à la p 18. Georges J Assaf, quant à lui écrit que : « *It is widely recognised that NHRIs in the MENA region suffer from direct or indirect domination of such institutions by government, either due to lack of financial autonomy or through the exercise of influence over appointment procedures or daily operations or both. The principle of independence is also comprised by public perceptions of NHRIs as being quasi-governmental institutions...* » [Siniora], Georges J Assaf, « A Reading in the Paris Principles in the Wake of the Arab Spring : Independence and Accountability », dans Dalton et Mehayar, *ibid* à la p 11.

³² *Décret relatif au Comité supérieur pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales*, Décret 91/54, (7 janvier 1991), en ligne (pdf) : *Centre National Universitaire de Documentation Scientifique et Technique* <www.cnudst.mrt.tn/jo0391.pdf> [*Décret relatif au Comité supérieur pour les droits de l'homme et les libertés*].

par décret. Ce « statut juridique [de] l'institution »³³ en dit long sur le rôle qu'elle était supposée jouer à l'époque. En effet, ce rang décrétal place, évidemment, le Comité dans un rang inférieur dans la hiérarchie normative de l'État, en dessous et de la constitution et de la loi. Ceci est en contradiction flagrante avec une exigence fondamentale des *Principes de Paris* qui prévoient que les institutions nationales sont « dotées d'un mandat aussi étendu que possible et clairement énoncé dans un texte constitutionnel ou législatif [...] »³⁴.

Par ailleurs, le Comité n'avait rien d'une institution nationale indépendante puisque, aux termes de l'article premier du décret de 1991, il est dit que « il est institué auprès du Président de la République un Comité supérieur des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». C'est, par conséquent, un organe relevant de la présidence de la République, donc directement rattaché au pouvoir exécutif³⁵. Deux autres points attestent, enfin, du caractère dépendant de ce comité par rapport à l'exécutif, à savoir la nomination de ses membres par le Président de la République³⁶ et le fait que le Comité ne pouvait traiter que des questions qui lui étaient soumises par le Président³⁷. Autant dire que le Comité était loin de remplir le critère d'indépendance qui est l'une des exigences fondamentales des *Principes de Paris*. Or,

Independence is central to the Paris Principles and the accreditation of an NHRI. It also goes to the heart of the effectiveness of an NHRI. The value of

³³ L'expression est du professeur Emmanuel Decaux : Emmanuel Decaux, « Le dixième anniversaire des principes directeurs des institutions nationales des droits de l'homme dits " Principes de Paris " » (2003) R Dr fondamentaux, en ligne (pdf) : *Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire* <<http://droits-fondamentaux.uparis2.fr/sites/default/files/publication/principesdeparis.pdf>>, à la p 21.

³⁴ *Principes de Paris*, supra note 12, art A (2).

³⁵ Cette idée de rattachement au pouvoir exécutif et précisément au Président de la République est encore explicitée par l'article 2 du décret de 1991 qui dispose que le Comité « assiste le Président de la République en vue de consolider et promouvoir les droits de l'homme et les libertés fondamentales ».

³⁶ *Décret relatif au Comité supérieur pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales*, supra note 33, art 4. Une partie des membres du CSDHLF (au nombre de 10; voir l'article 3 c du décret) sont des représentants de certains ministères. Vu le contexte politique de l'époque, on comprend bien le rôle qu'ils jouaient au sein du Comité. Voir les remarques du Sous-comité d'accréditation concernant le Comité tunisien dans son rapport du 9 novembre 2009. Disponible à l'adresse suivante, en ligne (pdf) : Alliance mondiale des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme <http://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/SCA%20REPORT_NOV%2009%20FINAL_%20FRENCH.pdf>. Malgré les nombreuses remarques très sérieuses quant à l'indépendance du Comité tunisien, le sous-comité recommande de lui accréditer le statut B (conformité partielle avec les *Principes de Paris*). Le sous-comité, par ailleurs, recommandera d'accréditer d'autres INDPs arabes avec le statut A alors que, manifestement, et de par ses propres remarques même, il y a un énorme hiatus entre les *Principes de Paris* et ces institutions comme l'a relevé Randa Siniara: « *Many of these NHRIs, even those with an "A status" from the International Coordinating Committee of National Institutions for the Protection and Promotion of Human Rights (ICC), have provided a smoke-screen for the actions of despotic and non-democratic regimes* », Siniara, supra note 31 à la p 18.

³⁷ *Décret relatif au Comité supérieur pour les droits de l'homme et les libertés*, supra note 32, art 2(2). Ceci est en évidente contrariété avec une autre exigence fondamentale des *Principes de Paris* à savoir la possibilité pour une institution nationale d'utiliser d'une faculté d'auto-saisine relativement à une question intéressant les droits de la personne. D'autres points attestaient également de la dépendance de ce Comité à l'égard de l'exécutif notamment l'étendue très limitée de son mandat, la nomination du président du Comité par le Président de la République ainsi que la remise d'un rapport annuel uniquement au Président de la République.

*an independent body is that its distance, conversely, enables it to act as a bridge or mediate between government and non-government entities – a partner – trusted yet separate from both*³⁸.

La situation de la première institution nationale créée au Maroc, le Conseil consultatif des droits de l'homme (ci-après CCDH)³⁹, n'était pas meilleure. En effet, on trouve de nombreuses limites à l'indépendance et à l'étendue du mandat de ce Conseil. D'abord, tout comme le Comité tunisien de 1991, le Conseil marocain a été créé par Dahir royal et donc pas par une disposition constitutionnelle ou législative. Ensuite, l'article premier du Dahir précisait qu'« il est institué auprès de Notre Majesté un Conseil consultatif des droits de l'homme. Son rôle est d'assister Notre Majesté pour toutes les questions qui concernent les droits de l'homme »⁴⁰. On est, donc, toujours dans cette logique d'organe rattaché au chef de l'État et qui le conseille sur les questions des droits de la personne. Enfin, il est intéressant de souligner que les ministres de l'Intérieur, de la Justice et des Affaires étrangères (entre autres) étaient membres de droit du Conseil et qu'il était présidé par le premier président de la Cour suprême du Royaume⁴¹.

Si en Tunisie une loi⁴² est venue rehausser le statut institutionnel du CSDHFL et le doter de la personnalité juridique et de l'autonomie financière⁴³, le Conseil marocain créé en 1990 est resté cantonné à son rang infralégislatif⁴⁴. Résumant la

³⁸ Beco, *supra* note 11 à la p 82.

³⁹ Conseil consultatif des droits de l'homme, *Décret relatif au conseil des droits de l'homme*, Dahir n°1-90-12, (20 avril 1990), en ligne (pdf) : Secrétariat Général du Gouvernement <http://www.sgg.gov.ma/BO/Fr/1990/BO_4044_Fr.pdf>.

⁴⁰ *Ibid*, art 1.

⁴¹ *Ibid*. Une révision du Dahir de 1990 est venue limiter cette présence des ministres au ministre délégué auprès du premier ministre chargé des droits de l'homme (voir Conseil consultatif des droits de l'homme, *Décret modifiant et complétant l'article 2 du Dahir n° 1-90-12 du 20 avril 1990 relatif au Conseil consultatif des droits de l'homme*, Dahir n° 1-93-519, (24 janvier 1994), en ligne (pdf) : *Secrétariat Général du Gouvernement* <www.sgg.gov.ma/BO/Fr/1994/BO_4242_Fr.pdf>. Nous avons fait le choix de ne pas nous étaler sur les institutions antérieures au printemps arabe car elles ne répondaient pas de toute évidence aux *Principes de Paris*. Cependant, pour une étude approfondie de ces INDPs dans la région avant le printemps arabe voir Cardenas et Flibbert, *supra* note 28, notamment aux pp 414 et s.

⁴² *Loi n° 2008-37 du 16 juin 2008, relative au Comité supérieur des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, en ligne : *Centre National Universitaire de Documentation Scientifique et Technique* <www.cnudst.mrt.tn/jortsrc/2008/2008fjo0512008.pdf>.

⁴³ Article 1^{er} de la loi n° 2008-37 du 16 juin 2008. Mais sur bien d'autres aspects il n'y a pas eu de changements (notamment le fait qu'il continue de jouer le rôle de conseil du Président de la République en matière de droits de la personne, article de la loi de 2008).

⁴⁴ Conseil consultatif des droits de l'homme, *Dahir n° 1-00-350 du 10 avril 2001 portant sur la réorganisation du Conseil consultatif des droits de l'homme*, Dahir n° 1-00-350, (10 avril 2001). Nous devons comprendre que ces révisions et modifications des textes instituant le Comité tunisien et le Conseil marocain sont venues répondre aux critiques des instances onusiennes et à celles des ONG. Mais la réponse n'a évidemment pas été à la hauteur des attentes et s'est limitée à des opérations cosmétiques qui permettaient de garder les institutions nationales sous le contrôle du pouvoir. Toutefois, le Conseil marocain a pu, à partir des années 2000, avoir des attitudes critiques à l'égard du gouvernement (Voir Moataz El Fegieri, « The Effectiveness of Human Rights Commissions in the Arab World » (12 août 2008) Fondation Carnegie pour la paix internationale [El Fegieri]. À notre avis, le contexte politique particulier au Maroc y a joué un rôle déterminant : le Conseil pouvait critiquer le gouvernement tant que le roi reste intouchable. Il faut souligner, également, que la composition du Conseil est devenue, au fil des ans et des retouches du Dahir, plus représentative et pluraliste.

situation et l'action (plutôt l'inaction) de ces premières institutions nationales Randa Siniora a écrit

*[...] the NHRLs in question were not independent from government at all in practice. As such, they were incapable of accurately and objectively reflecting the status of human rights in their countries. NHRLs have been incapable of investigating or documenting serious human rights violations taking place in countries in the region*⁴⁵.

L'auteur souligne le rôle néfaste qu'ont joué les considérations politiques, notamment en Égypte⁴⁶ et en Tunisie, dans la nomination et la composition des INDPs qui a conduit à une « impotence » de ces institutions⁴⁷. Très tôt donc, une institutionnalisation des droits de la personne se réclamant des *Principes de Paris* (ou ce qui allait être dénommé ainsi par la suite) a commencé dans la région arabe. Mais comme on l'a vu plus haut cette institutionnalisation tenait moins d'un choix des régimes d'améliorer la situation effective des droits de la personne que d'une volonté de mieux soigner leur réputation à l'échelle internationale⁴⁸.

Les choses ont-elles évolué à la suite du printemps arabe?

B. Les INDPs au lendemain du printemps arabe

Le printemps arabe a, sans aucun doute, et malgré certains échecs, ouvert une

⁴⁵ Siniora, *supra* note 31 à la p 18. Nous pouvons citer également l'exemple de l'Observatoire national des droits de l'homme en Algérie créé par le décret présidentiel n° 92-77 du 22 février 1992 et qui a été remplacé par la *Commission Nationale Consultative de Promotion et de protection des Droits de l'Homme* instituée par le décret n° 01-71 du 25 mars 2001. Elle présente les mêmes limites et défaillances concernant son indépendance et a été rétrogradée en 2010 du statut A au statut B par le SCA à cause des : « *serious comments made by the ICC Accreditation Sub-committee regarding lack of transparency in the appointment of its members' and the NHRLs lack of independence from the government* », Siniora, *supra* note 31 à la p 21. D'autres INDP ont été créées au cours de la même période et étaient, globalement, dans la même situation que celles des institutions tunisiennes, marocaines et égyptiennes notamment les institutions du Qatar mais aussi du Yémen et de l'Arabie saoudite (ces deux dernières ne figurent pas dans la liste de l'Alliance globale des INDP des pays dotés d'une INDP [2018] à cause de la situation des droits de la personne dans ces deux pays); Voir El Fegieri, *supra* note 44 .

⁴⁶ Le Conseil national des droits de l'homme égyptien a été créé en 2003 et fut présidé par Boutros Ghali, ex-secrétaire général des Nations Unies. Le Conseil n'a pas pu, toutefois, s'émanciper comme il se devait du pouvoir politique et son bilan jusqu'en 2011 est resté mitigé; Voir El Fegieri, *supra* note 44, (l'auteur rappelle, entre autres, les critiques adressées au Conseil pour sa défense du gouvernement contre les ONGs internationales concernant le bilan du régime en matière de droits de la personne).

⁴⁷ « *The very nature of their composition and their previous political affiliations with the governing regimes, have been major contributors to their relative impotence* », Siniora, *supra* note 31 à la p 20. Constat corroboré par Moataz El Fegieri qui écrit :

« *In the end, political will on the part of governments is what determines the role NHRLs play. Given the deterioration of the democratic transformation in most Arab states and the strained relations between the ruling authorities and civil and political societies, the formation of NHRLs has not led to improvement in human rights situations [...]* », El Fegieri, *supra* note 44.

⁴⁸ « *One should not confuse the creation of NHRLs with a government's greater respect for human rights. It may well be that governments with poor human rights records establish NHRLs to improve their reputations* », Kumar, *supra* note 9 aux pp 280-3281. Voir aussi le rapport de Human Rights Watch : *Protectors or Pretenders? Government Human Rights Commissions in Africa*, Rapport, 2001, en ligne: Human Rights Watch <www.hrw.org/legacy/reports/2001/africa/overview/record.html> à la p280.

nouvelle ère dans le monde arabe⁴⁹. Certains pays ont mené à bien leur transition démocratique même si les acquis restent fragiles et nécessitent une consolidation constante (en Tunisie notamment). À cet égard, les INDPs sont doublement concernées : d'abord parce que la nouvelle conjoncture est une opportunité pour assurer une plus grande conformité avec les *Principes de Paris* (notamment l'indépendance, la représentativité et l'autonomie financière), mais aussi parce que cette même conjoncture, caractérisée par des régimes soit démocratiques soit moins autoritaires, leur permettra de jouer un rôle plus effectif dans l'institutionnalisation des droits de la personne en droit interne et dans la quête d'une plus grande effectivité du droit international des droits de la personne dans les droits nationaux.

Les institutions nouvellement créées (ou régénérées) et le fonctionnement de celles qui ont traversé le printemps arabe confirment-ils ces hypothèses?

En Tunisie, il est fort probable que l'INDP aura devant elle des jours meilleurs. En effet, l'Instance des droits de l'homme⁵⁰ se voit hisser à la dignité constitutionnelle, en tant qu'institution constitutionnelle indépendante⁵¹. Ce nouveau statut institutionnel mettra la nouvelle instance à l'abri des aléas législatifs et la dotera d'une aura particulière qui l'installera plus facilement dans le schéma institutionnel du pays. Par ailleurs, l'article 125 (commun à toutes les instances constitutionnelles) pose une obligation générale à toutes les institutions de l'État de lui « faciliter l'accomplissement de [sa] mission »⁵² et indique qu'elles seront élues par l'Assemblée des représentants du peuple à laquelle elles soumettront un rapport annuel⁵³. D'autres améliorations du mandat et de l'indépendance de l'Instance des droits de l'homme sont prévues par l'article 128 de la constitution. Ainsi, elle sera « obligatoirement consultée sur les projets de loi se rapportant à son domaine de compétence », elle enquêtera sur les cas de violation des droits de l'homme et surtout elle pourra les régler⁵⁴. Par ailleurs, l'article dispose que ses membres sont indépendants et « exercent leurs missions pour un seul mandat de six ans »⁵⁵ ce qui réduit considérablement les risques de pression ou d'influence, notamment de l'exécutif. Il est important de signaler que toutes ces nouveautés qui reprennent clairement les *Principes de Paris* figurent parmi les recommandations faites à l'Assemblée nationale constituante de Tunisie par la

⁴⁹ Voir par exemple : Bichara Khader, « Le "printemps arabe" : Un premier bilan, points de vue du sud » (2012) 19:2 *Alternatives Sud*; Jean Pierre Filiu, *La révolution arabe : Dix leçons sur le soulèvement démocratique*, Paris, Fayard, 2011; Rex Brynen et al, *Beyond the Arab spring : authoritarianism & democratization in the Arab world*, Boulder, Colo, Lynne Rienner Publishers, 2012; et aussi une très riche bibliographie en français : Bibliothèque de la Maison de l'Orient et de la Méditerranée, « Une bibliographie sur le "Printemps Arabe" (V) » (18 octobre 2013), en ligne : [Carnet de la Bibliothèque de la Maison de l'Orient et de la Méditerranée <prefixesmom_hypotheses.org/1244>](http://Carnet.de.la.Bibliothèque.de.la.Maison.de.l'Orient.et.de.la.Méditerranée-prefixesmom_hypotheses.org/1244).

⁵⁰ Qui remplacera, lorsqu'elle sera mise en place, l'actuel Comité supérieur des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁵¹ *Constitution du 27 janvier 2014*, en ligne (pdf) : *Le Centre pour la gouvernance du secteur de la sécurité, Genève* <www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_343158.pdf>, art 125 [*Constitution du 27 janvier 2014*].

⁵² *Ibid.*, art 125.

⁵³ Et non plus au Président de la République comme c'est le cas avec le Comité supérieur.

⁵⁴ *Constitution du 27 janvier 2014*, *supra* note 51, art 128. Par contre, le Comité mis en place par la loi de 2008 se contentait de les soumettre aux autorités compétentes.

⁵⁵ *Ibid.*

Commission de Venise en 2013⁵⁶. Ceci dit, la nouvelle instance n'a pas encore été mise en place plus de cinq ans après la promulgation de la nouvelle constitution! En effet, la loi relative à l'Instance des droits de l'homme n'a été adoptée que le 29 octobre 2018⁵⁷ et la mise en place de l'Instance ne semble pas à l'agenda des différents acteurs dans le pays. La nouvelle loi marque, toutefois, une avancée certaine dans la consécration des *Principes de Paris*. Reste à voir si la pratique sera à la hauteur des textes juridiques.

Au Maroc, pays qui a promulgué la première constitution du printemps arabe⁵⁸, des changements sont aussi à constater. Le CCDH qui devient le Conseil national des droits de l'homme (ci-après CNDH) est désormais prévu dans la Constitution même ainsi que l'institution du Médiateur et l'Autorité chargée de la parité et de la lutte contre toutes les formes de discrimination⁵⁹. Par ailleurs, le Maroc a adopté en 2018 une nouvelle loi sur le CNDH⁶⁰. Il s'agit, indiscutablement, d'une amélioration du statut institutionnel de l'INDH marocaine, mais on doit noter quand même un point qui pourrait se révéler inquiétant : l'article 161 de la constitution, tout en constitutionnalisant le Conseil et en le chargeant de la mission de la promotion et de la protection des droits de la personne, précise que cela doit se faire « dans le strict respect des référentiels nationaux et universels en la matière ». S'il est clair que les référentiels universels en la matière pour le Conseil sont les *Principes de Paris* mais aussi les Conventions internationales relatives aux droits de la personne, une ambiguïté entoure les référentiels nationaux et le rapport qu'il y aura entre eux et ceux universels⁶¹. En dépit de cela, l'INDP marocaine a été jugée par le Sous-comité de l'accréditation comme globalement plus conforme aux *Principes de Paris* que sa version précédente⁶².

En Égypte, le Conseil national des droits de l'homme (CNDH) évolue dans un

⁵⁶ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Vienne), *Avis conjoint sur la loi n° 2008-37 du 16 juin 2008 relative au comité supérieur des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Avis n° 724/2013 (17 juin 2013), 95^e session, en ligne : [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2013\)019-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2013)019-f) à la p 4.

⁵⁷ *Loi organique n° 51-2018 du 29 octobre 2018 relative à l'Instance des droits de l'homme (Tunisie)*. Elle a été précédée par la *Loi organique n° 47-2018 du 7 août 2018 portant dispositions communes aux instances constitutionnelles indépendantes*.

⁵⁸ Le Maroc n'a évidemment pas connu de révolution, mais l'onde de choc de la révolution tunisienne a obligé le Roi à réagir et à anticiper les revendications populaires.

⁵⁹ Ces deux dernières institutions sont conçues comme des institutions nationales spécialisées.

⁶⁰ Conseil consultatif des droits de l'homme, *Dahir n°1-18-17 du 22 février 2018 portant sur la promulgation de la loi n° 76-15 relative à la réorganisation du Conseil national des droits de l'homme*, Dahir n°1-18-17, (22 février 2018). Cette loi est venue abroger le Dahir n°1-11-19 du 1^{er} mars 2011 portant création du Conseil national des droits de l'homme.

⁶¹ Ceci est d'autant plus inquiétant que dans presque toutes les dispositions relatives aux droits de la personne et notamment au droit international dans la constitution il est fait un rappel de la nécessité de prendre en considération les constantes du Royaume et son droit interne. Voir : Omar Bendourou, « La nouvelle constitution marocaine du 29 juillet 2011 » (2012) *Rev fr dr constl* (91e) à la p 511.

⁶² Voir le rapport du SCA de novembre 2015 : Comité international de coordination des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme, *Rapport et recommandations de la session du Sous-comité d'accréditation (SCA)*, (novembre 2015), en ligne (pdf) : Alliance mondiale des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme <nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/ICCAccreditation/Documents/SCA%20FINAL%20REPORT%20%20NOVEMBER%202015-French.pdf>.

climat politique très difficile à cause de la dérive autoritaire du régime⁶³. Même si le Sous-comité d'accréditation de la GANHRI recommande de le ré-accréditer avec le statut A, il souligne de nombreux points sur lesquels la conformité du Conseil aux *Principes de Paris* est, pour le moins, très douteuse. Ainsi, on peut lire dans le rapport du SCA datant de mai 2018 que : « le SCA a reçu des informations préoccupantes quant à l'efficacité du CNDH dans le traitement de problèmes graves de droits de l'homme, y compris les cas de torture, les disparitions forcées et la protection des défenseurs des droits de l'homme »⁶⁴. La procédure de sélection et de désignation des membres du CNDH est, par ailleurs, jugée par le SCA comme « pas suffisamment ample et transparente »⁶⁵. En matière de ratification d'instruments internationaux de droits de la personne, le SCA « constate que la loi ne charge pas explicitement le CNDH d'encourager l'adhésion ou la ratification des instruments internationaux de droits de l'homme »⁶⁶. Or, observe le SCA, « encourager l'adhésion ou la ratification des instruments internationaux est l'une des principales fonctions des INDP »⁶⁷. On peut évidemment se demander pourquoi malgré toutes ces déficiences, le SCA a maintenu le statut A pour le CNDH? Une réponse possible serait que le SCA est conscient de l'énorme pression qui pèse sur le CNDH de la part du régime et qu'une rétrogradation du statut du Conseil non seulement n'aiderait pas à améliorer sa situation, mais ajouterait une autre pression qui rendrait sa position intenable. La « politique d'accréditation » serait dans ce cas basée sur un réalisme qui prend en compte la situation des INDP dans leurs contextes nationaux et qui s'inscrit dans une logique de dialogue constructif et d'une amélioration progressive du statut des INDPs et des droits de la personne dans chaque pays.

Ce sont peut-être ces mêmes considérations qui ont amené le SCA à recommander que le Centre national jordanien pour les droits de l'homme soit ré-accrédité avec le statut A⁶⁸. De nombreux points de « préoccupation » ont été soulevés par le SCA concernant la sélection et la désignation des membres (pas suffisamment ample et transparente), la présence de représentants politiques dans le Conseil du Centre (trois députés), l'absence de garanties procédurales accompagnant la destitution d'un membre du Conseil ainsi que l'obligation d'obtenir l'autorisation du gouvernement pour obtenir des dons de l'étranger⁶⁹.

⁶³ Voir le rapport accablant de Human Rights Watch pour l'année 2019. Human Rights Watch : *Rapport mondial 2018 : Égypte*, Rapport, 2019, en ligne : Human Rights Watch <<https://www.hrw.org/fr/world-report/2019/country-chapters/326294>>.

⁶⁴ Alliance mondiale des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme, *Rapport et recommandations de la session du Sous-comité d'accréditation (SCA)*, (20 mai 2018), en ligne (pdf) : Alliance mondiale des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme <nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/SCA%20Report%20May%202018-Fr.pdf> à la p 20.

⁶⁵ *Ibid* à la p 21.

⁶⁶ *Ibid* à la p 23.

⁶⁷ *Ibid*.

⁶⁸ Alliance mondiale des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme, *Rapport et recommandations de la session du Sous-comité d'accréditation (SCA)*, (18 novembre 2016), en ligne (pdf) : Alliance mondiale des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme : <nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/SCA%20Final%20Report%20-%20Nov%202016%20-%20French.pdf> à la p 30.

⁶⁹ *Ibid* aux pp 30 et s.

Le cas du Conseil national des droits de l'homme en Algérie n'est pas meilleur. Le SCA a recommandé en mai 2018 de le ré-accréditer avec le statut B⁷⁰ tout en notant de nombreux points de non-conformité avec les *Principes de Paris* (procédure de sélection et de désignation, présence de représentants du gouvernement et du Parlement dans le Conseil, révocation des membres, collaboration non suffisante avec le système international des droits de la personne). Évoquant les mesures décrites par le Conseil algérien pour traiter les violations graves des droits de la personne (actes de torture, disparitions forcées et expulsion de migrants), le SCA considère que ces mesures « sont limitées et ne constituent pas un traitement adéquat de ces violations des droits humains »⁷¹.

La Commission mauritanienne des droits de l'Homme représente un cas extrême. En 2018, le Sous-comité d'accréditation de la GANHRI a recommandé de rétrograder l'INDP au statut B⁷². Le SCA justifie sa décision par le fait que « l'indépendance réelle et perçue de la CNDH n'a pas été établie »⁷³ et qu'au vu des informations dont il dispose, il « n'est pas convaincu que la CNDH ait prouvé qu'elle remplit son mandat qui consiste à promouvoir et à protéger efficacement tous les droits de l'homme »⁷⁴.

Peu de temps après le début du printemps arabe Randa Siniora a écrit,

*the recent political changes witnessed in numerous Arab countries have brought new challenges, but also important opportunities for NHRIs to (re) establish the confidence of Arab public in them as relevant actors in protecting and promoting democracy, the rule of law and human rights*⁷⁵.

Ainsi, malgré les énormes défis que doivent encore surmonter les institutions nationales arabes des droits de la personne, on peut espérer que le printemps arabe inaugurerait une nouvelle ère politique dans la région qui devrait leur être plus favorable⁷⁶

⁷⁰ Rapport et recommandations de la session du Sous-comité d'accréditation, *supra* note 64 à la p 15. Notons que le Conseil algérien a été rétrogradé au statut B en 2009 : Voir *Rapport et recommandations de la session du Sous-comité d'accréditation (SCA)*, (26-30 mars 2009), en ligne (pdf) : *Alliance mondiale des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme* <nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/SCA_REPORT_March%202009%20Session_French_.pdf> à la p 8.

⁷¹ Rapport et recommandations de la session du Sous-comité d'accréditation (SCA), *supra* note 64 à la p 17.

⁷² Alliance mondiale des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme, *Rapport et recommandations de la session du Sous-comité d'accréditation (SCA)*, (15-19 octobre 2018), en ligne (pdf) : *Alliance mondiale des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'homme* <nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/SCA%20Report%20October%202018-FR%20FINAL.pdf> à la p 26.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid* à la p 29. Le SCA considère globalement que : « sur la base de toutes les preuves dont disposait le SCA lors de la présente session et lors de sessions précédentes, la CNDH n'a pas démontré qu'elle se conduit de manière à promouvoir la protection de tous les droits de l'homme. Dans le cas qui nous occupe, le SCA est d'avis que ce manquement témoigne d'un manque d'indépendance et que, en conséquence, la CNDH s'acquitte de son mandat d'une manière qui compromet gravement son respect des Principes de Paris », *ibid* à la p 30.

⁷⁵ Siniora, *supra* note 31 à la p 18.

⁷⁶ Outre la réorganisation du Conseil marocain, deux autres pays ont créé des INDPs au lendemain du printemps arabe : la Libye (2011) et Bahreïn (2014).

II. L'interaction des INDPs arabes avec le tissu institutionnel (international et interne)

Le rôle des *Principes de Paris* dans l'institutionnalisation des droits de la personne en droit interne n'est plus discuté aujourd'hui⁷⁷. Cette institutionnalisation a lieu à deux niveaux : d'abord, au niveau international, à travers une référence de plus en plus présente dans des textes d'origine internationale, conventions et protocoles additionnels, et qui s'est traduite par la création d'organes ou mécanismes internes (A) et ensuite, au niveau interne, à travers les rapports qu'entretiennent les INDPs avec les organes de l'État et la société civile (B).

A. Les rapports des *Principes de Paris* avec les organes et les instruments internationaux

Les *Principes de Paris* accordent une place de choix au rôle que doivent jouer les INDP en matière de mise en œuvre du droit international des droits de la personne en droit interne. Ainsi, il leur revient de « promouvoir et veiller à l'harmonisation de la législation, des règlements et des pratiques nationaux avec les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, auxquels l'État est partie, et leur mise en œuvre effective »⁷⁸. Les INDPs doivent également « encourager la ratification desdits instruments ou l'adhésion à ces textes et s'assurer de leur mise en œuvre »⁷⁹. Par ailleurs, elles ont pour attribution de :

d- contribuer aux rapports que les États doivent présenter aux organismes et comités des Nations Unies...e- coopérer avec l'Organisation des Nations Unies et toute autre institution de la famille des Nations Unies et avec les institutions régionales et nationales d'autres pays...

De plus en plus, on voit que les INDPs assurent le relais entre le droit international et le droit interne et servent de « pont » entre les deux systèmes juridiques⁸⁰.

Ainsi, les INDPs deviennent des partenaires privilégiés dans le dialogue qui s'établit entre l'État partie aux instruments internationaux des droits de la personne et l'ONU et toutes les institutions qui relèvent d'elle (participation à la préparation des rapports étatiques aux organes de contrôle des traités, efforts entrepris à l'égard de l'État pour harmoniser sa législation interne avec ses obligations internationales,

⁷⁷ Leur rôle va évidemment bien au-delà de l'institutionnalisation puisqu'elles contribuent à la mise en œuvre du DIDP en droit interne : « *NHRIs [...] gained recognition as potentially important links in the transmission of human rights norms from the international to the domestic level* » Goodman et Pegram, *supra* note 26 à la p 2 ; Kumar, *supra* note 9.

⁷⁸ *Principes de Paris*, *supra* note 12, point b.

⁷⁹ *Ibid.*, point c.

⁸⁰ Richard Carver a noté que « *Discussions of National Human Rights Institutions (NHRIs), Whether among Academics or Practitioners, Routinely Refer to the Role that these Bodies Play as a Bridge between International Human Rights Standards and their Implementation at the National Level* », Richard Carver, « A New Answer to an Old Question: National Human Rights Institutions and the Domestication of International Law » (2010) 10:1 *HR L Rev* à la p 2 [Carver].

invitation à ratifier de nouveaux traités en matière de DIDP). À travers cette coopération, les INDPs s'affirment comme acteurs institutionnels majeurs dans la mise en œuvre du droit international en droit interne et dans sa promotion⁸¹. Pour bien remplir cette fonction, les INDPs doivent être suffisamment outillées. À cet égard, on a pu constater que : « *there is an increasing tendency to assign powers to NHRIs to enforce international law at the municipal level* »⁸². Cette tendance était déjà présente en ce qui concerne le mandat du CSDHLF en Tunisie (du moins au niveau du texte juridique). En effet, la loi de 2008 reprenait presque à la lettre les points b, c, d et e des *Principes de Paris*⁸³. Au Maroc, la nouvelle loi portant réorganisation du Conseil national marocain des droits de l'homme (2018) s'inscrit, également, dans cette même logique. Ainsi, l'article 24 de la loi de 2018 dispose que

le Conseil étudie [...] l'harmonisation des textes législatifs et réglementaires en vigueur avec les conventions internationales relatives aux droits de l'Homme que le Royaume a ratifiées ou auxquelles il a adhéré ainsi qu'à la lumière des observations finales et des recommandations émises par les instances onusiennes notamment les mécanismes conventionnels, et des recommandations acceptées par le Royaume du Maroc.

L'article 31 de la même loi énonce que « le Conseil veille [...] à établir une coopération et un partenariat avec le système des Nations Unies et les institutions qui en relèvent [...] »⁸⁴.

À ce rôle assuré par les INDP dans la promotion et la mise en œuvre du DIDP en droit interne, s'ajoute le fait que les *Principes de Paris* tendent à devenir un référentiel inévitable concernant la création de mécanismes nationaux en matière de droits de la personne. On ne peut qu'affirmer avec C. Raj Kumar que

*Today we must re-examine the Paris Principles since they not only affect our understanding of the institutionalization of human rights in specific countries, but also have an impact on the formation of institutions that achieve the goals of protecting and promoting human rights*⁸⁵.

Deux exemples illustrent ce propos.

Le premier est celui de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*⁸⁶ qui prévoit dans son article 33 alinéa 2 que

les États Parties, conformément à leurs systèmes administratif et juridique, maintiennent, renforcent, désignent ou créent, au niveau interne, un dispositif, y compris un ou plusieurs mécanismes indépendants, selon qu'il conviendra, de promotion, de protection et de suivi de l'application de la

⁸¹ L'impact de leur travail va au-delà même du droit interne puisque : « *national institution representatives increasingly involved in the development of international law, including by involvement in drafting treaties* », Carver, *ibid.*

⁸² Carver, *ibid* à la p 8.

⁸³ Articles 2 § 3, 3§ 3-4 et 6. Le projet de loi sur la nouvelle Instance des droits de l'homme contient des dispositions analogues.

⁸⁴ Voir aussi les articles 25, 26, 27, 29, 30 et 32 de la même loi.

⁸⁵ Kumar, *supra* note 9 à la p 270.

⁸⁶ *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, RTNU 2006, n° 44910, Vol 2515 à la p 97.

présente Convention. En désignant ou en créant un tel mécanisme, ils tiennent compte des principes applicables au statut et au fonctionnement des institutions nationales de protection et de promotion des droits de l'homme.

Le deuxième exemple est le *Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*⁸⁷ dont l'article 18 alinéa 4 dispose que « lorsqu'ils mettent en place les mécanismes nationaux de prévention, les États Parties tiennent dûment compte des Principes concernant le statut des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme »⁸⁸.

Ces deux exemples démontrent que les *Principes de Paris* sont appelés, par le biais des INDPs, à accroître l'institutionnalisation des droits de la personne en droit interne puisque :

*both the Optional Protocol to the Convention Against Torture (OPCAT) and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) explicitly assign a role to national-level institutions in their implementation or monitoring [...] Increasingly there is an expectation that NHRIs will act as links to the international human rights regime*⁸⁹.

La Tunisie ayant adhéré le 29 juin 2011 au *Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, elle a créé une Instance nationale de prévention contre la torture,⁹⁰ mais il y a lieu de noter qu'à aucun endroit de la loi créant cette instance il n'est fait mention des *Principes de Paris* pas plus que du Protocole facultatif ou de la Convention contre la torture. Cette instance semble complètement détachée du corpus juridique international qui a, manifestement, appelé et inspiré sa création. Au Maroc, la nouvelle loi portant réorganisation du CNDH⁹¹ crée un mécanisme national de prévention de la torture (régé par les articles 13 à 17). L'article 14 précise que le rapport entre ce mécanisme national et le Sous-comité pour la prévention de la torture créé en vertu du *Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* se base sur « la coopération, la concertation et l'assistance mutuelle à travers le président du conseil chaque fois que ce dernier en fait la demande »⁹². Contrairement au cas tunisien, donc, il existe un arrimage au droit international des droits de la personne même s'il dépend de l'initiative du Président du CNDH. Par la même loi, le Maroc crée également le Mécanisme national de protection

⁸⁷ *Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, RTNU 2002, n° A-24841, Vol 2375 à la p 237.

⁸⁸ C'est l'article 17 du protocole qui prévoit la création de tels mécanismes : « Chaque État Partie administre, désigne ou met en place au plus tard un an après l'entrée en vigueur ou la ratification du présent Protocole, ou son adhésion audit Protocole, un ou plusieurs mécanismes nationaux de prévention indépendants en vue de prévenir la torture à l'échelon national. Les mécanismes mis en place par des entités décentralisées pourront être désignés comme mécanismes nationaux de prévention aux fins du présent Protocole, s'ils sont conformes à ses dispositions ».

⁸⁹ Carver, *supra* note 80 à la p 3.

⁹⁰ *Loi organique n° 2013-43 du 23 octobre 2013, relative à l'Instance nationale pour la prévention de la torture*.

⁹¹ *Loi n° 76-15 du 22 février 2018 portant sur la réorganisation du Conseil national des droits de l'Homme*.

⁹² *Ibid*, art 14.

des droits des personnes en situation de handicap (articles 19 à 23). L'article 19 in fine précise que ce mécanisme « est...chargé du renforcement des droits prévus par la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* et son Protocole facultatif et veille à l'observation de l'application desdits instruments ».

Le Liban, le Maroc, la Mauritanie, la Palestine et la Tunisie sont à ce jour, les seuls États arabes à avoir ratifié le Protocole facultatif à la Convention contre la torture. Ceci en dit long sur le manque d'empressement de la part des États arabes de créer des mécanismes nationaux de prévention. Un auteur appelle à se saisir du contexte de la transition démocratique dans certains pays pour créer de tels mécanismes :

*The transitional phase in which these countries are at present offers opportunities to progressively integrate the international rule of law and advocate to the authorities, especially legislative branch of government for the incorporation of the international human rights standards in the internal legislation. In this respect, ratification of OPCAT in some MENA countries...makes it mandatory to establish a National Preventive Mechanism (NPM), either as a new institution or within the framework of the existing NHRI (as has been seen proposed in Lebanon)*⁹³. Si l'interaction des INDPs arabes avec le tissu institutionnel international est caractérisée par sa faiblesse, leur interaction avec le tissu institutionnel interne doit surmonter un défi de taille : un contexte politique et institutionnel interne délicat et très complexe.

B. L'interaction des INDPs avec le tissu institutionnel interne

Si l'on veut utiliser une formule classique, mais qui n'a rien perdu de sa pertinence, on dira que les INDPs sont nécessaires, mais qu'elles ne sont pas suffisantes. Les INDPs n'évoluent pas dans un vide juridique et institutionnel (fort heureusement). En effet, « coopération et coordination sont deux exigences énoncées dans les *Principes de Paris*, outre qu'elles sont des nécessités pratiques »⁹⁴. Les INDPs sont amenées à coopérer avec les institutions et organes nationaux qui œuvrent en matière de droits de la personne et il va de soi que c'est de la nature de cette coopération et de son degré de succès que dépend l'avancement des droits de la personne dans un pays déterminé. Le Sous-comité d'accréditation souligne l'importance de cette « synergie institutionnelle »⁹⁵ dans l'accomplissement de la mission d'une INDP:

L'efficacité d'une INDP à mettre son mandat visant à protéger et à promouvoir les droits de l'homme en œuvre dépend largement de la qualité de ses relations de travail avec d'autres institutions démocratiques nationales, comme: les ministères; les organismes judiciaires; les organisations d'avocats; les organisations non gouvernementales; les médias; et d'autres associations de la société civile⁹⁶.

⁹³ Assaf, *supra* note 31 à la p 14.

⁹⁴ Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *supra* note 5 à la p 27.

⁹⁵ L'expression est de Mulry Mondélice, *supra* note 21 à la p 155.

⁹⁶ Comité international de coordination des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme, *Observations générales du sous-comité d'accréditation (SCA)*, OG, 1.5 (mai 2013),

Cette coordination de l'action des différentes institutions et organes internes en matière de droits de la personne ne vise pas uniquement à créer une atmosphère d'harmonie et des relations « cordiales » entre eux. Il s'agit de parvenir à « une meilleure compréhension des questions liées aux droits de l'homme à l'échelle de l'État⁹⁷, d'éviter le chevauchement et d'optimiser les capacités de chaque institution à « fournir des mécanismes de protection des droits de la personne adéquats au grand public »⁹⁸. Les INDPs sont amenées par la nature même de leurs attributions à dialoguer avec les branches du gouvernement. Une attention particulière doit être, à cet égard, accordée au rapport entre les INDPs et les organes juridictionnels⁹⁹, notamment lorsque les premières sont dotées, dans certains cas, du pouvoir de traiter certaines affaires (et pas seulement d'émettre des avis ou des recommandations). Il ne faut surtout pas qu'une sorte d'engouement pour les INDPs se traduise par la négligence du rôle de la justice. On doit comprendre que « *the fact that NHRIs are exclusively designed human rights institutions should not affect, nullify, or even alter the role played by national judicial institutions* »¹⁰⁰. Les INDPs et le système de justice dans un pays donné ne s'excluent pas mutuellement et sont au contraire complémentaires tant et si bien que les INDPs « *are most effective when other social control mechanisms are operating in an efficient manner* »¹⁰¹. En effet, les juridictions disposent des moyens juridiques nécessaires pour assurer la mise en œuvre des décisions des INDPs et contribuent ainsi à leur effectivité et à leur efficacité dans la société¹⁰².

Ces remarques sont d'autant plus vraies dans les pays arabes, aussi bien ceux qui ont connu des révolutions que ceux qui sont toujours dans la préhistoire démocratique. Dans les premiers,

*at times of democratic political transition, NHRIs can: play a more central role, as they provide a viable forum for the investigation and resolution of human rights complaints in countries where the judicial system is weak, politicized, slow or otherwise incapacitated[...] and thereby contribute to the democratisation process*¹⁰³.

Dans les seconds, il n'est pas de l'intérêt des INDPs d'entretenir une relation conflictuelle avec les organes en place notamment le pouvoir judiciaire, car cela risquerait d'aboutir à leur marginalisation totale. Il faut surtout garder à l'esprit que les juges ont, dans certains cas (Égypte et la justice administrative en Tunisie) joué un rôle important de contrepoids même dans les moments les plus sombres des dictatures

en ligne (pdf) : Association francophone des commissions nationales des droits de l'homme <afcnhdh.org/wp-content/uploads/2016/04/Observations-G%C3%A9n%C3%A9rales-SCA-2013.pdf> à la p 17 [*Observations générales du sous-comité d'accréditation*].

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Principes de Paris*, point 6.

¹⁰⁰ Kumar, *supra* note 9 à la p 294.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² « *Since national judiciaries are designed with an enforcement mechanism, they can assist NHRIs in ensuring that human rights are enforced. Enforcement of human rights is one vital issue in which there could be greater interaction between national judiciaries and NHRIs* », *ibid* à la p 296.

¹⁰³ Siniora, *supra* note 31 à la p 19.

arabes¹⁰⁴, d'où l'intérêt pour les INDPs non seulement de coopérer avec eux, mais, aussi, de s'inspirer de leur capacité de résilience.

Une autre coordination sur laquelle les *Principes de Paris* insistent, c'est la coopération avec la société civile¹⁰⁵. Le Sous-comité d'accréditation estime que la société civile bénéficie d'une « meilleure accessibilité »¹⁰⁶ par rapport aux citoyens, entre autres parce que les organisations de la société civile « ont probablement des relations plus étroites avec les groupes vulnérables, puisqu'elles jouissent souvent d'un réseau plus élaboré que les INDH¹⁰⁷ et ils sont presque toujours plus susceptibles de se trouver à proximité du terrain »¹⁰⁸. Les INDPs ont donc un intérêt à ce que la société civile soit « forte et efficace »¹⁰⁹. Elle pourra mettre à profit leur accessibilité ainsi que leur expertise¹¹⁰ sur des questions particulières de droits de la personne touchant des groupes vulnérables. L'INDP peut ainsi devenir « le point focal d'un pays pour les droits de l'homme »,¹¹¹ mais elle doit éviter la tentation de monopoliser la protection et la promotion des droits de la personne ou le cantonnement de la société civile dans le rôle de « partenaire de second rang »¹¹².

En général, les INDPs arabes sont constituées sur une base représentative et comprennent des représentants de diverses organisations non-gouvernementales œuvrant dans le domaine de la promotion et la protection des droits de la personne¹¹³. Par contre, le Bahreïn dont l'INDP est récente (2014) s'est vu reprocher par le Sous-comité d'accréditation que la loi instituant l'INDP « ne prévoit rien concernant spécifiquement les relations avec les organisations de la société civile »¹¹⁴. Le Sous-comité d'accréditation a, par ailleurs, invité l'INDP du Bahreïn à

¹⁰⁴ Pour le cas égyptien voir : Nathalie Bernard-Maugiron, « La Haute Cour constitutionnelle égyptienne gardienne des libertés publiques », (1999) 2 *Egypte-Monde arabe*, à la p 17. Pour le cas tunisien : Faycel Bouguerra, *La théorie des droits permanents dans la jurisprudence du Tribunal administratif tunisien*, Mémoire, Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, en ligne : *Memoire online* <www.memoireonline.com/11/07/697/m_la-theorie-des-droits-permanents-jurisprudence-tribunal-administratif-tunisien6.html>.

¹⁰⁵ *Principes de Paris*, *supra* note 12, point 7.

¹⁰⁶ *Observations générales du sous-comité d'accréditation*, *supra* note 96 à la p 18. Raj C Kumar estime aussi que les acteurs de la société civile « have unique characteristics that make them independent and autonomous of any limitations that would otherwise restrict the work of other democratic institutions in any society », Kumar, *supra* note 9 aux pp 297 et s. L'auteur développe dans les pages suivantes plusieurs arguments d'une grande pertinence sur l'importance des acteurs de la société civile et la plus-value qu'ils peuvent apporter au travail des INDPs.

¹⁰⁷ Nous reprenons le sigle tel qu'il figure dans la référence. Nous avons également respecté, dans cette étude, le texte original lorsqu'il parle de « droits de l'homme ».

¹⁰⁸ *Observations générales du sous-comité d'accréditation*, *supra* note 96 à la p 18.

¹⁰⁹ Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *supra* note 5 à la p 27.

¹¹⁰ *Observations générales du sous-comité d'accréditation*, *supra* note 96 à la p 18.

¹¹¹ Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *supra* note 5 à la p 28.

¹¹² *Ibid.* À cet égard, les *Principes de Paris* mettent un accent particulier sur le pluralisme qui doit caractériser la composition des INDPs. « Ce pluralisme doit caractériser non seulement [leur] structure interne, mais aussi la manière dont l'action de proximité et la programmation sont menées », *ibid* à la p 27.

¹¹³ INDP du Maroc, de la Tunisie, de la Jordanie entre autres.

¹¹⁴ Comité international de coordination des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme, *Rapport et recommandations du Sous-comité d'accréditation*, (mai 2016), en ligne (pdf) : *Association francophone des commissions nationales des droits de l'homme* <afcnhdh.org/wp-content/uploads/2016/04/Rapport-du-Sous-comit%C3%A9-daccr%C3%A9ditation-Mai-2016.pdf>.

entamer, formaliser et entretenir des relations de travail avec d'autres institutions nationales chargées de la promotion et de la protection des droits de l'homme, ainsi qu'avec des institutions thématiques, des organisations de la société civile et des ONG¹¹⁵.

La représentation de la société civile dans une INDP peut poser des problèmes pratiques très épineux dans des pays qui entament une période de transition démocratique comme c'est le cas dans certains pays arabes. En effet, on peut se demander lesquelles parmi la multitude d'ONG sont véritablement représentatives des différentes forces sociales? Pourquoi telle ONG et pas une autre? Sur quel critère se baser pour représenter des ONG et ne pas représenter d'autres? Ces questions ne sont pas anodines surtout qu'il y a une avalanche d'ONG travaillant dans le domaine des droits de la personne dans les pays arabes depuis 2011. La société civile est traversée par la même fracture idéologique que les sociétés (celles opposant les modernistes aux traditionalistes) et chaque groupe d'ONG défend une vision des droits de la personne parfois diamétralement opposée à la vision de l'autre groupe. Il n'est pas aisé d'apporter une solution définitive à ces problématiques de représentativité au sein de la société civile elle-même. Tout au plus, peut-on réfléchir à un système de rotation préconisé par le Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme qui a eu l'occasion de préciser que

si le pluralisme est le mieux illustré quand la composition de l'institution reflète visiblement les forces sociales en jeu dans l'État, cela signifie non pas que tous les groupes doivent être représentés à tout moment, mais que, par le jeu d'une alternance dans le temps, tous les groupes ont un sentiment d'appartenance¹¹⁶.

III. L'efficacité de l'institutionnalisation des droits de la personne

L'institutionnalisation des droits de la personne en droit interne est, certes, très importante, mais elle n'est pas un but en soi. Elle n'a aucun sens si elle revêt un caractère purement formel¹¹⁷ et peut, dans ce cas, nuire à la cause des droits de la personne au lieu de lui être bénéfique. S'il ne fait aucun doute, comme le souligne Raj C. Kumar, que « *with the work of NHRIs, international human rights norms can be*

¹¹⁵ *Ibid.* Le SCA a eu l'occasion dans le même rapport de rappeler au Qatar et à l'Égypte de mieux respecter les principes de diversité et de pluralisme dans la composition de leurs INDPs.

¹¹⁶ Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *supra* note 5 à la p 44.

¹¹⁷ En effet, pour certains États, la création d'une INDP a été un moyen de faire face aux pressions internationales (États et ONG internationales) et interne (ONG) en donnant l'impression de prendre des mesures concrètes en matière de droits de la personne. Sonia Cardenas écrit : « *The empirical evidence strongly suggests that numerous states, especially those subject to human rights pressures or poor human rights records, have created NHRIs largely to appease powerful critics* », Sonia Cardenas, « National Humans Rights Institutions and State Compliance » dans Ryan Goodman et Thomas Pegram, dir, *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*, New York, Cambridge University Press, 2011, 29 la p 34 [Cardenas]. Dans ces cas, l'INDP devient simplement une vitrine : Amy Hawthorne, « *Egypt's New National Council for Human Rights : Watchdog or Window Dressing?* » (2003) 1:2 *Arab Reform Bulletin*.

enforced effectively »¹¹⁸, encore faut-il que les INDP travaillent, et plus précisément, que les États les laissent se constituer et travailler en conformité avec les *Principes de Paris*.

Cette question de l'efficacité revêt une importance particulière dans les États arabes. Car si l'on a assisté, dans la région, durant les années 1990-2000, à la création de nombreuses INDPs, elles étaient, dans leur écrasante majorité, inféodées au pouvoir politique et avaient pour principale mission de défendre son bilan en matière de droits de la personne sapat, de la sorte, la confiance du public dans toutes les institutions y compris celles appartenant à la société civile¹¹⁹. L'opinion publique s'est trouvée de la sorte incapable de séparer le bon grain de l'ivraie. L'institutionnalisation doit avoir un impact réel sur la situation des droits de la personne sinon elle n'aura été qu'un leurre et un trompe-l'œil¹²⁰. D'où la nécessité de mesurer l'efficacité des INDPs dans la mise en œuvre effective des droits de la personne.

Mais il faut garder à l'esprit en essayant de mesurer, autant que faire se peut, le degré de cette efficacité que les INDPs ne sont qu'une partie du système national global de promotion et de protection des droits de la personne. Elles n'ont pas à assumer toutes seules ses échecs et ses défaillances. Le succès des INDPs dans leur mission, et donc leur efficacité, dépend de :

*numerous factors, including the rule of law that prevails in a certain society; the effectiveness of other institutions that are already in place; the nature of the particular government (democratic or autocratic); the nature of the legal system and the existing guarantees relating to rights and freedoms in the Constitution, bill of rights, or other legislation; the freedom of the press; the role of nongovernmental organizations ("NGOs"); and the extent of "civil society" participation in public affairs*¹²¹.

Dans les États arabes, et si l'on veut user d'un euphémisme, nous dirons que le bilan n'est pas très positif jusqu'à aujourd'hui (A), mais le nouveau contexte politique dans la région ouvre de nouvelles opportunités devant les INDPs pour qu'elles jouent, de manière efficace, le rôle qui est le leur (B).

A. L'inefficacité des INDPs dans les États arabes

Le cadre très limité de cette étude ne nous permet pas de prétendre dresser un bilan de l'action et du rôle de toutes les INDPs du monde arabe depuis les

¹¹⁸ Kumar, *supra* note 9 à la p 265.

¹¹⁹ Siniora, *supra* note 31 à la p 20.

¹²⁰ Dans plusieurs pays, les INDPs jouent un rôle central de relais entre le droit international et le droit interne. Richard Carver écrit : « *Many NHRIs now routinely apply international standards in their monitoring and case-handling activities, while most promote human rights treaties and monitor national legislation for compliance with these standards* », Carver, *supra* note 80 à la p 2. Il ajoute plus loin que : « *there is an increasing tendency to assign powers to NHRIs to enforce international law at the municipal level* », Carver, *supra* note 80 à la p 8.

¹²¹ Kumar, *supra* note 9 à la p 276.

années 1990¹²². Cependant, un examen de la littérature relative à ce sujet nous a permis de conclure que le rôle que les différentes INDPs de la région ont joué dans l'amélioration de la situation des droits de la personne sur le terrain et dans le quotidien des individus est très limité¹²³.

Évidemment, les critères servant à évaluer l'efficacité en cette matière ne sont pas souvent très clairs ou d'une application aisée. Mais on s'entend sur le fait que certains nombres d'éléments permettent de mesurer l'efficacité ou l'inefficacité de manière générale d'une INDP. Parmi ces critères on peut citer les mesures prises par le gouvernement suite aux recommandations d'une INDP (création d'institutions, ratification d'instruments internationaux de droits de la personne, programmes d'éducation et de sensibilisation aux droits de la personne destinés aussi bien aux citoyens qu'aux forces de l'ordre, renforcement de l'indépendance de l'appareil judiciaire, renforcement des capacités de la société civile, amélioration de la situation de détention des prisonniers, etc.)¹²⁴. Par conséquent, ce qui importe le plus dans l'évaluation de l'efficacité d'une INDP, ce ne sont pas tant les recommandations qu'elle fait (et qui peuvent être très intéressantes) que la réactivité du gouvernement (ou des autres destinataires) et la suite qu'il donne à ces recommandations.

Si l'on applique ces critères, force est de reconnaître que le bilan des INDPs arabes reste, jusqu'à aujourd'hui, très maigre. Ainsi, au Maroc, le Conseil consultatif des droits de l'homme (au cours des années 1990) a pu contribuer à améliorer relativement la situation dans les prisons ou à relâcher certains prisonniers et à insérer dans le débat public la question de la torture et des mauvais traitements¹²⁵ ainsi que

¹²² Nous ne pensons pas qu'il serait ici opportun ou même juste de parler d'un avant et d'un après printemps arabe. Les INDPs n'ont vu leur situation s'améliorer après 2011 que de manière presque imperceptible et celle créée par la constitution tunisienne n'est même pas encore mise en place.

¹²³ Ainsi, le CSDHLF en Tunisie a été décrit comme « *nothing more than a mouthpiece to defend government abuses* », HRW, *Protectors or defenders? Government Human Rights Commission in Africa*, New York, Human Rights Watch, 2001 à la page 37 [HRW]. Sonia Cardenas et Andrew Flibert expliquent ce rôle limité par le fait que les régimes arabes créaient ces institutions pour répondre aux pressions internationales sans une volonté sincère de se réformer :

« *In an era of shrinking state capacity and democratization pressures, resilient authoritarian rulers in the Middle East have used NHRIs as a political mechanism for responding to domestic and international activism by NGOs and regime critics. By creating semi-autonomous institutions to counter private activity in a less overt and heavy-handed manner, state authorities can claim to be protecting rights while keeping such institutions in check* », Cardenas et Flibert, *supra* note 28 aux pp 413 et s.

¹²⁴ Sur cette question des facteurs permettant de mesurer l'efficacité d'une INDP, voir Cardenas et Flibert, *ibid.*

¹²⁵ Il faut reconnaître que l'INDP marocaine jouissait d'une « liberté d'expression » nettement plus grande que son homologue tunisienne. Ainsi, dans son *Rapport annuel Sur l'état des droits de l'Homme et sur l'activité du Conseil Consultatif des Droits de l'Homme au cours de l'année 2008*, le Conseil Consultatif des Droits de l'Homme du Maroc notait que : « L'année 2008 a enregistré une recrudescence sensible des cas d'atteintes à l'intégrité physique et de mauvais traitements lors des arrestations », en ligne (pdf) : *Conseil Consultatif des Droits de l'Homme* <www.cndh.org.ma/sites/default/files/documents/Rapport_CCDH_2008_V_francais.pdf> à la p 73. La lecture du rapport du CSDHLF tunisien de 2005 nous montre à quel point le Comité était inféodé au régime et à quel point ce dernier déniait la réalité de ses violations des droits de la personne en invoquant toujours acquis et réalisations sans aucune mention des violations, pourtant avérées et documentées par les ONG. Voir le texte du rapport sur le lien suivant, en ligne (pdf) : *Droits de l'homme* <www.droitsdelhomme.org.tn/fr/wp-content/pdfs/rapport_annuel_2005.pdf>. Human Rights Watch note dans son rapport : « *In the view of Tunisia's independent*

celle des personnes disparues (il a même établi une liste)¹²⁶.

En Tunisie, le CSDHLF a joué un rôle encore plus limité. Sans minimiser l'importance de la publication au journal officiel du texte des deux Pactes internationaux de 1966 (que la Tunisie a ratifié en 1968) puisque cette publication a ouvert la voie à leur applicabilité et à leur justiciabilité en Tunisie, on ne trouve pas de mesures marquantes¹²⁷. Le Comité ne pouvait de toute manière pas être efficace et changer la politique et la pratique du gouvernement en matière de droits de la personne puisqu'il se contentait d'énumérer les réalisations du régime en la matière sans rien recommander¹²⁸.

À l'instar de son homologue tunisien, l'Observatoire algérien des droits de l'homme a été totalement au service du régime et a dépensé toute son énergie à défendre ce dernier contre les accusations de violations des droits de la personne provenant de l'étranger. Selon Sonia Cardenas, « *for more than a decade, this...institution acted almost exclusively as a government mouthpiece* »¹²⁹. L'INDP palestinienne est la seule dans la région à avoir accompli un travail sérieux améliorant de manière efficace et tangible la situation des droits de la personne dans les territoires occupés¹³⁰. Deux facteurs importants peuvent expliquer ce rôle distingué; le premier est le fait que l'Autorité palestinienne ne finançait pas du tout l'INDP palestinienne (puisque ce financement provenait de donateurs étrangers comprenant États et organisations internationales)¹³¹ et le deuxième serait, à notre avis, la fragilité de l'Autorité palestinienne dans le contexte du conflit israélo-palestinien; ce qui a laissé une marge de manœuvre assez importante à l'INDP.

Cependant, cette inefficacité ne veut pas dire l'inutilité totale de ces INDPs. Les auteurs s'accordent qu'en général l'existence même de ces INDPs a placé les droits

human rights community, the Higher Committee has contributed little if anything to redressing or deterring abuses, but rather is one among many government-created entities whose sole purpose is to burnish the government's human rights record », HRW, *supra* note 123.

¹²⁶ « [In Morocco] the institution has had some discernable impact, but the fact of its creation to placate regime critics has left an indelible legacy. Only nominally independent, the institution has taken on relatively innocuous cases of human rights protection, while avoiding serious confrontations with the regime. Emblematic of Morocco's half measures and limited improvements in political freedom since the 1990s, the CCDH represents both the promises and failures of Moroccan political reform », Cardenas, *supra* note 28 aux pp 415 et s.

¹²⁷ Le ministère de l'Intérieur a lancé un programme de formation aux droits de la personne aux agents de l'ordre et une Commission a été constituée pour enquêter sur des allégations de violations de droits de la personne, *ibid* à la p 419.

¹²⁸ Voir Rapport du Comité de 2005, déjà cité. HRW dans son rapport note que « *Tunisia's Higher Committee for Human Rights and Fundamental Liberties has shown itself to be nothing more than a mouthpiece to defend government abuses. In its public pronouncements and reports, it has steadfastly portrayed Tunisia's poor rights record in a positive light and has minimized or more often ignored glaring violations of Tunisia's international human rights obligations* », HRW, *supra* note 123.

¹²⁹ Cardenas et Flibbert, *supra* note 28 à la p 421. Randa Siniora note de son côté que, très souvent, les membres des INDPs arabes sont choisis pour leur proximité avec le pouvoir et d'autres sont des représentants du gouvernement (ministères), Siniora, *supra* note 31 à la p 20.

¹³⁰ « *Of all the state human rights institutions in the Middle East, the Palestinian Independent Commission for Citizen's Rights (PICCR) is the most active and substantial* », Cardenas et Flibbert, *supra* note 28 à la p 422.

¹³¹ *Ibid* à la p 423.

de la personne au cœur des débats publics dans les pays arabes alors soumis à des dictatures policières et liberticides. On a pu observer que

*even when NHRIs are constrained severely in what they can do, their very existence may limit state action in surprising and consequential ways. By committing formally to international norms or inserting talk of human rights into public discourse, states with NHRIs are legitimizing the idea of human rights and, perhaps unwittingly, contributing to the construction of new social demands*¹³².

C'est que, comme l'a noté justement Susan E. Waltz « *the human rights rhetoric had a power of its own and imposed limits on acceptable policy* »¹³³. En un mot, l'existence d'une INDP bouleverse le paysage institutionnel du pays puisque cette institution devient un acteur incontournable dans le débat social sur les droits de la personne¹³⁴. Par ailleurs, l'existence de membres très qualifiés au sein des INDPs a, malgré les énormes difficultés, maintenu un niveau minimum de professionnalisme. Même si, en général, ces membres ont préféré une approche diplomatique à une approche de confrontation avec les pouvoirs en place¹³⁵. Enfin, la création par les régimes d'une INDP sous contrôle étroit visant à marginaliser les ONG a eu, dans certains cas, des effets totalement inverses. C'était le cas, notamment, en Égypte où « *state hypocrisy invigorates or unifies human rights activists [as] NGOs have undertaken formal and regular collaboration precisely to protest the state's new human rights body* »¹³⁶. La nouvelle situation créée par le printemps arabe permet-elle de nourrir de tels espoirs?

B. Les opportunités s'offrant aux INDPs arabes : Vers une réelle efficacité?

Le nouveau contexte politique dans les États arabes après 2011 offre une occasion aux INDP pour faire de l'institutionnalisation un élément efficace dans la mise en œuvre effective des droits de la personne dans les droits internes. Les régimes n'ont

¹³² *Ibid* à la p 414. On retrouve la même idée dans le rapport de Human Rights Watch : « *[e]ven in the most repressive regimes, the establishment of an official state body devoted to human rights may, on occasion, create an official space for a human rights discourse and may foster greater, even if limited, activism and awareness* », HRW, *Protectors or defenders? Government Human Rights Commission in Africa*, New York, Human Rights Watch, 2001 à la p 3, cité par Kumar, *supra* note 9 à la p280.

¹³³ Susan E Waltz, *Human Rights and Reform : Changing the face of North African Politics*, Berkeley, University of California Press, 1995 à la p 183.

¹³⁴ Sonia Cardenas écrit : « *Even if an NHRI does not always advance the state's compliance, NHRIs – whether through independent activism, cooperation or collusion with the state, or seemingly innocuous promotive work – can alter the human rights landscape domestically. For good or ill, incrementally or dramatically, their incorporation into national human rights struggles cannot be ignored* », Cardenas, *supra* note 117 à la p 29.

¹³⁵ Sonia Cardenas et Andrew Flibert soulignent que dans le cas de l'INDP égyptienne, dont le président a longtemps été Boutros Ghali, ce dernier a préféré une approche basée sur la « patience » et la « diplomatie » à la confrontation directe avec le régime, Cardenas et Flibert, *supra* note 28 à la p 426. On peut prendre la juste mesure du ton très conciliant de l'ex-Secrétaire Général des Nations Unies en lisant son article : Boutros Ghali, « *Egypt's Path to Rights* », *The Washington Post* (7 avril 2004), en ligne : <www.washingtonpost.com/archive/opinions/2004/04/07/egypts-path-to-rights/ac6440ce-0b48-4bdb-af9a-6bcc9c1b9867/>.

¹³⁶ *Ibid* à la p 436.

plus le pouvoir quasi illimité qu'ils avaient avant les révolutions arabes et font de plus en plus attention à leurs actions (et exactions) en matière de droits de la personne. L'intérêt particulier dont les processus constitutants ont fait l'objet dans trois pays de la région (Égypte¹³⁷, Maroc et surtout Tunisie) prouve que les régimes sont désormais conscients de l'importance des règles juridiques et des institutions. En parallèle, l'internationalisation de la question des droits de la personne, qui n'a cessé de prendre de l'ampleur depuis plus de trois décennies (notamment après la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de Vienne de 1993), a réduit de manière significative la marge de manœuvre des États en cette matière. Ces derniers sont devenus étroitement contrôlés par leurs pairs, d'abord, mais aussi par les organisations internationales, les organisations régionales et leurs organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels ainsi que par les ONG et une opinion publique internationale très active et de plus en plus institutionnalisée et puissante.

Les États arabes ne sont pas en reste de cette évolution. Mais il ne faut pas pécher par un excès d'optimisme. D'abord, plusieurs régimes dans la région sont restés à l'écart de l'onde de choc du printemps arabe (les États du Golfe notamment). Ensuite, certains États qui ont connu le renversement d'un régime dictatorial ont fait une rechute autoritaire (Égypte). Or, il est notoire que dans ces deux catégories de pays, la situation des droits de la personne ne s'est guère améliorée hormis quelques mesures purement cosmétiques. Ce climat politique n'est pas propice à l'institutionnalisation des droits de la personne et à l'implantation d'INDP conformes aux *Principes de Paris*. Certes, il y aura des INDP, mais elles seront soumises aux mêmes contraintes qu'avant le printemps arabe.

Enfin, même dans les pays qui ont mené à terme un processus de transition démocratique (Tunisie) ou qui ont engagé de sérieuses et significatives réformes constitutionnelles (Maroc), les acquis restent fragiles tant les velléités autoritaires restent présentes chez une partie de la classe politique. On peut espérer que dans deux pays au moins de la région (Tunisie et Maroc), le contexte politique favorable permettra aux INDPs de déployer une grande partie de leurs potentiels et de mieux mettre en œuvre les droits de la personne tels qu'universellement reconnus. Mais rien n'est absolument sûr et les démons du passé autoritaire peuvent resurgir à tout moment à l'occasion de crises politiques ou sociales. C'est la raison pour laquelle la mobilisation doit rester forte afin que les INDPs nouvellement mises en place ou rénovées soient entièrement en conformité avec les *Principes de Paris* en étant dotées d'attributions aussi larges que possible, d'une indépendance et d'un pluralisme réels ainsi que d'une représentativité large des forces vives du pays. Ceci ne peut pas être atteint uniquement par les textes juridiques ou les statuts des institutions nationales, mais par la pression continue des ONG sur les pouvoirs et par la coordination entre les INDP et les ONG et entre ces dernières elles-mêmes ainsi qu'avec des médias libres et professionnels¹³⁸. Le

¹³⁷ Même si les événements ont pris une tournure dramatique en Égypte après le coup d'État militaire du général Al-Sissi.

¹³⁸ Comme l'écrivent Ryan Goodman et Thomas Pegram : « *An NHRI may successfully carry out its particular role and functions, but the ultimate impact on human rights depends on the behavior of other actors and institutions in their own areas of influence and responsibility* », Goodman et Pegram, *supra* note 26 à la p 15. Sur la nécessaire interaction entre les INDP et les autres acteurs dans le domaine des

rôle de la société civile peut être déterminant dans l'amélioration de l'efficacité d'une INDP : le maintien de la pression sur cette dernière l'amènera à justifier son existence (sa raison d'être en quelque sorte) et à défendre sa crédibilité devant l'opinion publique¹³⁹.

Pour les régimes arabes, la création des INDPs a été souvent une manière de résorber la pression des ONG nationales et internationales des droits de la personne à travers des institutions formelles et sans substance. Mais dans plusieurs cas « l'arroseur a été arrosé » et ces institutions conçues pour être un outil de propagande ont fait de louables efforts pour s'émanciper du pouvoir, autant que la situation politique le permettait, et pour s'incruster dans le paysage institutionnel du pays¹⁴⁰. La nouvelle ère, qui ne fait que commencer, doit être marquée par une « ingratitude » des INDPs. De même que le juge constitutionnel doit être ingrat à l'égard de l'autorité politique qui l'a nommé et n'être loyal qu'à l'égard de la Constitution, l'INDP ne doit être loyale qu'aux *Principes de Paris* et au DIDP. Les INDPs arabes, et plus précisément leurs membres, doivent évoluer dans un environnement des plus difficiles. À cet égard, elles doivent définir une stratégie de rapports avec les gouvernements qui évite la confrontation directe, souvent périlleuse, et qui cherche à leur faire comprendre qu'ils ont plus à gagner en respectant les droits de la personne qu'en les transgressant. Les INDPs arabes doivent, également, inscrire leur travail dans une logique de complémentarité avec les autres acteurs (justice, ONG, médias) qui leur permettra de marquer, petit à petit, aussi bien la vision des droits de la personne que leur pratique. Il est vrai que les États et les régimes restent forts mais ils ne sont plus tout puissants. Comme l'a écrit Pierre-Marie Dupuy :

Le droit international de la protection de la personne fait courir objectivement un risque aux États du seul fait qu'ils y affirment, par conviction, par tactique ou par mimétisme, un certain type d'idéologie humaniste [...]. Les États se paient sans doute de mots, mais ils permettent du même coup aux individus... de les prendre aux mots¹⁴¹.

Dans les esprits des tyrans, la création des institutions dans l'État est un jeu. Mais ils ignorent que, dans notre monde qui change sans cesse, ce jeu peut s'avérer dangereux et leur réserver de bien mauvaises surprises.

droits de la personne notamment la société civile voir Obiora C Okafor, « National Human Rights Institutions in Anglophone Africa : Legalism, Popular Agency, and the 'Voices of Suffering' », dans Goodman, *supra* note 26 aux pp 124 et s.

¹³⁹ Cardenas, *supra* note 117 à la p 421.

¹⁴⁰ « *NHRIs, then, are not a passing fad. Even when they reflect simple window dressing, or attempts to appease international critics, their existence is still consequential. NHRIs signal the entry of the modern-bureaucratic state into the domestic human rights arena – institutionalizing practices designed to regulate human rights locally* », Cardenas, *supra* note 117 à la p 29.

¹⁴¹ Pierre-Marie Dupuy, « Situation et fonction des normes internationales » dans Mario Bettati et Bernard Kouchner, *Le devoir d'ingérence*, Denoël, Paris, 1987 à la p 159.

THE CHINESE HUKOU SYSTEM: REFORMING INSTITUTIONS OF INEQUALITY BETWEEN THE NEED FOR ROOTS AND THE DEMANDS OF CHANGE

*Giulia Raimondo**

Since 1978, economic reform and opening-up in the People's Republic of China have dramatically reoriented the previous planned economy towards the free market, generating an increasingly dynamic economy. The exodus of the rural labour force from the countryside to the industries of the cities significantly sustained the process of industrialization and economic reform. The rapid economic growth did not, however, coincide with appropriate social developments and has not yet led to a commensurate recognition and extension of socio-economic, civil and political rights. This dichotomy is reflected in the maintenance of the *hukou* (household registration) system, which limits the mobility of the population discriminating between citizens depending on their *hukou* status. This contribution will explore the evolution of the Chinese *hukou* system and its human rights implications. It will consider China's human rights approach in relation to the management of internal migration and the recent proposals to reform the *hukou* system. Specific human rights concerns will be underscored with regard to the right of freedom of movement and residence within the territory of a State, which is inexorably intertwined with many other fundamental human rights. Unearthing the far-reaching and transversal human rights impact of the *hukou* system will unveil the overarching principle of equality and non-discrimination as the ultimate benchmark of protection for Chinese internal migrants. A holistic human rights approach to the recently propounded institutional changes is crucial to uphold China's economic and social stability as well as to better safeguard its founding principle of equality.

Depuis 1978, la réforme économique et l'ouverture de la République populaire de Chine ont dramatiquement réorienté ce qui était auparavant une économie planifiée vers le libre marché, résultant en une économie de plus en plus dynamique. L'exode de la force de travail rurale de la campagne aux industries des villes a significativement soutenu le processus d'industrialisation et de réforme économique. Toutefois, la croissance économique rapide n'a pas coïncidé avec des développements sociaux appropriés, et n'a pas encore mené à une reconnaissance et à une extension proportionnelles des droits socio-économiques, civils et politiques. Cette dichotomie se reflète dans le maintien du système de *hukou* (enregistrement des ménages), qui limite la mobilité de la population, discriminant entre citoyens selon leur statut *hukou*. Cette contribution explore l'évolution du système de *hukou* chinois et ses conséquences en matière de droits humains. L'approche de la Chine envers les droits humains sera considérée en relation avec la gestion de la migration interne et les récentes propositions de réforme du système de *hukou*. Des préoccupations spécifiques relatives aux droits humains seront soulignées eu égard au droit à la liberté de mouvement et de résidence au sein du territoire d'un État, qui est inexorablement interdépendant avec plusieurs autres droits humains fondamentaux. Lever le voile sur les impacts transversaux et de grande portée en matière de droits humains du système *hukou* situe le principe général d'égalité et de non-discrimination en tant que standard ultime pour la protection des migrants internes chinois. Une approche holistique relative aux droits humains appliquée aux changements institutionnels récemment proposés s'avère cruciale afin de maintenir la stabilité économique et sociale de la Chine, ainsi qu'afin de mieux protéger son principe constitutif d'égalité.

Desde 1978, la reforma económica y la apertura de la República Popular China han reorientado dramáticamente lo que solía ser una economía planificada hacia un mercado libre, lo que resulta en una economía cada vez más dinámica. El éxodo de la mano de obra rural del campo a las industrias urbanas ha apoyado significativamente el proceso de industrialización y reforma económica. Sin embargo, este rápido crecimiento económico no ha coincidido con los desarrollos sociales apropiados, y aún no ha conducido al

* The author is PhD Candidate in International Law at the Graduate Institute of International and Development Studies, in Geneva.

reconocimiento proporcional y la extensión de los derechos socioeconómicos, civiles y políticos. Esta dicotomía se refleja en el mantenimiento del sistema *hukou* (registro de hogares), que limita la movilidad de la población, discriminando a los ciudadanos según su estado en el *hukou*. Esta contribución explora la evolución del sistema chino *hukou* y sus implicaciones para los derechos humanos. El enfoque de China sobre los derechos humanos se verá en relación con la gestión de la migración interna y las recientes propuestas para reformar el sistema *hukou*. Se destacarán preocupaciones específicas de derechos humanos con respecto al derecho a la libertad de movimiento y residencia dentro del territorio de un estado, que es inexorablemente interdependiente con varios otros derechos humanos básicos. Retirar el velo sobre los impactos transversales y de largo alcance sobre los derechos humanos del sistema *hukou* coloca el principio general de igualdad y no discriminación como el estándar final para la protección de los migrantes internos chinos. Un enfoque holístico de los derechos humanos a los cambios institucionales propuestos recientemente es crucial para mantener la estabilidad económica y social de China, así como para proteger su principio fundamental de la igualdad.

“To be rooted is perhaps the most important and least recognized need of the human soul. It is one of the hardest to define.”

Simone Weil,
L'Enracinement

I. Introduction

Over the past three decades, the People's Republic of China (China) has lifted hundreds of millions of people out of poverty.¹ Since 1978, economic reform and opening-up have dramatically reoriented the country's previous planned economy towards the free market, generating in its place an increasingly dynamic economy. Increased freedoms have broadened social and material opportunities for Chinese people.² The exodus of the rural labour force from the countryside to the industries of the cities significantly sustained the process of economic reform and industrialization. Economic growth, however, did not coincide with social development and has not yet led to a commensurate recognition of socio-economic, civil and political rights. One of the most relevant examples of the dichotomy between China's extensive economic growth and its traditionally hesitant (and most recently resistant) human rights' approach is the retention of the *hukou* system, a form of population registration required by law since 1958. Nearly all the rights and interests of the citizens are attached to the *hukou* (household registration), i.e., to everyone's official residence. Modelled after the Soviet *propiska* system³ and with deep roots in imperial China, the *hukou* system is a State institution that regulates and restricts population mobility. The *hukou* registration was one of the fundamental tools used by the Chinese government to realize a strategy of economic growth based on rapid industrialization in the cities and extraction of agricultural surplus in the farmlands.

With China's reform and opening-up, people began to move to the cities in search of better opportunities. However, the *hukou* system continued to constrain such movements. Notwithstanding various attempts to reform the system, its current implementation remains at the source of some of the most serious forms of institutional exclusion against rural migrant workers and their families in China. Under this system, millions of Chinese citizens from the rural areas were treated as inferior second-class

¹ See *inter alia*, Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights on his mission to China, UNGAOR, 35th Sess, UN Doc A/HRC/35/26/Add.2 (2017) at para 12ff [Report of the Special Rapporteur].

² Zonglai Wang & Bin Hu, “China's Reform and Opening-up and International Law” (2010) 9:1 Chinese J Intl L 193.

³ The *propiska* was both residence permit and a migration-recording tool employed in the Russian Empire and then reintroduced in the Union of Soviet Socialist Republics (USSR) in the thirties. This system of internal passports served the ultimate scope of restricting the mass immigration from rural areas to large cities that was caused by expanding urban industrialization and rural famine. Without a *propiska*, citizens could not work, rent an apartment, marry or have their children admitted to school. After the World War II, the *propiska* system was carried out in other socialist countries. It was known, for instance, as *ho khau* in Vietnam, and *hoju* in North Korea. See Hilary K Josephs, “Residence and Nationality as Determinants of Status in Modern China” (2011) 46 Tex Intl LJ 295 at 297–99 [Josephs]; Noah Rubins, “The Demise and Resurrection of the *Propiska*: Freedom of Movement in the Russian Federation” (1998) 39:2 Harv Intl LJ 545 [Rubins]; Cynthia Buckley, “The Myth of Managed Migration: Migration Control and Market in the Soviet Period” (1995) 54:4 Slavic Rev 896 [Buckley].

citizens: they were not only formally denied freedom of movement within their own country, but also excluded from access to welfare, state-provided goods and other entitlements.⁴

The *hukou* system contributed to fostering the discrimination and “uprootedness” of rural Chinese citizens. Uprootedness has been defined by the French philosopher Simone Weil as a spiritual malaise affecting the human soul, with far-reaching social and political consequences.⁵ In what follows, we shall outline the symptoms of such malady in the current configuration of the *hukou* system. We shall then submit that the most appropriate antidote could be found in a holistic human rights approach to the most recently propounded reforms of the system.

The hallmark of Weil’s contribution in this context is perhaps the dismissal of the language of rights—individual claims against others—and the shift to that of needs, duties and obligations as the basis of a good society.⁶ The vigour and lucidity of Weil’s conception of obligation have the potential to operate a truly Copernican revolution, subverting the logic of individual rights to that of subjectivity capable of responsibilities towards others, even before claiming rights. The work of Simone Weil, therefore, appears particularly relevant in a context where human rights are increasingly contested.⁷

In this article, we shall attempt to portray the tragedy of uprootedness in relation to the Chinese *hukou* system and to identify the human rights norms applicable in such context. To this end, the present contribution consists of three parts. The starting point rests on a brief historical exploration of the *hukou* system’s legal framework. In

⁴ Kam Wing Chan, “The Household Registration System and Migrant Labor in China: Notes on a Debate” (2010) 36:2 *Population & Development Rev* 357 at 358 [Chan, “Notes on a debate”].

⁵ Simone Weil, *L’Enracinement* (Paris: Gallimard, 1949); subsequently translated in English as: *The Need for Roots. Prelude to a Declaration of Duties towards Mankind* (London: Routledge, 1952) [Weil, “L’Enracinement”].

⁶ *Ibid.*: “The notion of obligations comes before that of rights, which is subordinate and relative to the former. A right is not effectual by itself, but only in relation to the obligation to which it corresponds, the effective exercise of a right springing not from the individual who possesses it, but from other men who consider themselves as being under a certain obligation towards him. Recognition of an obligation makes it effectual”. Given the limited scope of this paper, it is not possible to give a complete account of Simone Weil’s critique of rights in relation with power and force. However, it is worth noting that her notion of responsibility is not incompatible with that human rights; her critique is oriented toward the notion of rights in domestic law. It seems that the difference between her notion of rights in the domestic legal system and that of human rights reflects the hiatus existing between concepts of law and justice. Among the philosopher’s most relevant contributions, see Simone Weil, “La personne et le sacré” in *Écrits de Londres et dernières lettres* (Paris: Gallimard, 1957) 11; Simone Weil, “D’une antinomie du droit” in André A Devaux & Florence de Lussy, *Œuvres complètes*, vol I (Paris: Gallimard, 1988) 255; For an elucidation of Weil’s criticism of personalism and her conception of human rights and duties, see Filippo Pizzolato, “Oltre il Personalismo: Simone Weil e la Critica alla nozione di Diritto” (2014) 3 *JUS* 459.

⁷ For an overview of China’s approach to international human rights law, see Ann Kent, *China, the United Nations, and Human Rights* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1999); Björn Ahl, “The Rise of China and International Human Rights Law” (2015) 37:3 *Hum Rts Q* 637 [Ahl]; Surya P Subedi, “China’s Approach to Human Rights and the UN Human Rights Agenda” (2015) 14:3 *Chin J Int Law* 437; Junxiang Mao & Xi Sheng, “Strength of Review and Scale of Response: A Quantitative Analysis of Human Rights Council Universal Periodic Review on China” (2016-2017) 23 *Buff HRL Rev* 1.

order to better understand the role of this peculiar system, we shall outline an overview of its evolution and unique features. The second part of the article considers the *hukou* system through the lens of international human rights standards. We propose to address the right to freedom of movement and residence within the territory of a State and its connections with other basic human rights. We shall emphasize that the possibility to move between and within states is an important condition for the exercise of human rights in general. It shall then be possible to unearth the principle of equality and non-discrimination as the ultimate benchmark for the protection internal migrants' rights. The crosscutting nature of this fundamental principle is evidenced by a concise consideration of *hukou* system's ramifications with respect to three broad areas of discrimination: the denial of just and fair conditions of work, the exclusion from health care and from public education.

Against this background, the third part of the article concludes with a comprehensive appraisal of the latest *hukou* reforms and their impact on the previously addressed human rights concerns. We shall finally submit that although the *hukou* system forms an important part of the Chinese social structure, it requires a thorough and far-reaching reform. This will be crucial to uphold China's human rights obligations and, as a consequence, to tackle the issue of its people's uprootedness.

II. Genealogy of the *Hukou* System

The origins of the *hukou* system are deeply rooted in the history of China and can be traced back to the Xia Dynasty (from 21st to 16th centuries BC). Thenceforth, until the fall of the Qing Dynasty (in AD 1911), the household registration system was one of the most significant instruments of social control, in terms of vital statistics, taxation and conscription.⁸ The influence of this system on Chinese society and on its cultural and political evolution is vital. However, despite its long history, the influence of the *hukou* system on the lives of the Chinese citizens was relatively negligible in the past.

It is noteworthy that Article 90 of the 1954 Chinese Constitution guaranteed, "freedom of residence and freedom to change their residence."⁹ The provision reiterated the historical practice concerning freedom of movement and residence as codified in the 1911 *Provisional Constitution of the Republic of China*.¹⁰ This constitutional guarantee was removed from the subsequent Constitutions, paving the way for the present *hukou* system. During the fifties, a uniform and far-reaching version of the *hukou* system was gradually introduced. The legal basis of the system was established in 1958, when the Standing Committee of the National People's Congress (NPC)

⁸ Kam Wing Chan, "The Chinese Hukou System at 50" (2009) 50:2 *Eurasian Geography & Economics* 197 at 199 [Chan, "Hukou System at 50"].

⁹ People's Republic of China, First National People's Congress, *Documents of the First Session of the First National People's Congress of the People's Republic of China* (Peking: Foreign Languages Press, 1955) at 160.

¹⁰ Tiejun Cheng & Mark Selden, "The Origins and Social Consequences of China's *Hukou* System" (1994) *China Q* 644 at 646.

promulgated the *People's Republic of China Regulations on Household Registration*.¹¹ These regulations represent the legal foundation of the *hukou* system and, although they have undergone various reforms during the years, they remain in force today.

Modelled after the Soviet *propiska* system,¹² the *hukou* system requires every citizen belonging to a household to be recorded in a register kept by the local authorities. Every citizen inherits a *hukou* registration at birth and it may be altered only under very limited, if not exceptional, circumstances.¹³ The term *hukou* refers to two aspects of the registration: the *hukou* location, corresponding to the geographical location of its holder; and the *hukou* type, related to its holder's occupation.¹⁴ With regard to the first aspect, all Chinese citizens were classified according to their permanent residence, i.e., the administrative unit (city, town or village) of the *hukou* registration. Thereafter, the second aspect of the *hukou* referred to the occupation of its holder, which could be of two types: agricultural and non-agricultural. The distinction determined one's entitlements to State-provided goods and services. Whereas agricultural *hukou* entailed the right to possess and cultivate the land, non-agricultural *hukou* were provided with goods and services necessary for their subsistence in the cities. When this taxonomy first came into being, it reflected the geographical and occupational division in China's economy, associating agricultural *hukou* with peasants living in the countryside and non-agricultural *hukou* with the industrial workers living in urban areas. In sum, while the *hukou* type defined which services and welfare were available to an individual, the *hukou* location determined where an individual would receive them.

Any official permanent movement from the countryside to the cities required approval from State authorities to convert the *hukou* type from agricultural to non-agricultural, a process referred to as *nongzhuangfei*; subsequently, it was possible to change the *hukou* location. In this two-step process, the conversion of the *hukou* type was the more critical, complex and strictly controlled. The rigid criteria for obtaining a *nongzhuangfei* were established by the central government and designed to serve the

¹¹ The Standing Committee is a permanent organ of the National People's Congress (NPC); It is convened once every two months between the annual plenary sessions of the NPC. It has the power i) to enact and amending laws, within limits set by the NPC; ii) to interpret the Constitution and laws, and to supervise legislation; iii) to decide upon major State issues; and iv) to appoint and remove from members of State organs. It is thus possible to argue that the Standing Committee functions as a legislative body; See The People's Republic of China, The State Council, *The NPC Standing Committee*, 27 February 2015 update, online: *The State Council, People's Republic of China* <english.gov.cn/2015npcandppcc/2015/02/28/content_281475063089978.htm>.

¹² The *propiska* was both residence permit and a migration-recording tool employed in the Russian Empire and then reintroduced in the USSR in the thirties. This system of internal passports served the ultimate scope of restricting the mass immigration from rural areas to large cities that was caused by expanding urban industrialization and rural famine. Without a *propiska*, citizens could not work, rent an apartment, marry or have their children admitted to school. After the World War II, the *propiska* system was carried out in other socialist countries. It was known, for instance, as *ho khau* in Vietnam, and *hoju* in North Korea; See Josephs, *supra* note 3; Rubins, *supra* note 3; Buckley, *supra* note 3.

¹³ Chan, "Hukou System at 50", *supra* note 8 at 200.

¹⁴ Kam Wing Chan & Will Buckingham, "Is China Abolishing the *Hukou* System?" (2008) 195 *China Q* 582 at 587-90 [Wing Chan & Buckingham].

needs of the State.¹⁵

The 1958 codification of the *hukou* system was the result of the institution of a system of planned economy oriented towards industrialization that required social control and meticulous organization, coupled with a strategy premised on the unequal exchange of agriculture and industrial development.¹⁶ The ban on rural outflows, implemented by the *hukou* system, along with an array of measures related to economic planning, such as food rationing, collectivization of farmlands, urban welfare and centralized labour allocation enabled the extraction of value from the agricultural to the industrial sector in urban areas. Given that the agricultural population was supposed to obtain its means of livelihood and social security from lands, citizens with agricultural *hukou* registration were expected to be self-sufficient, receiving very limited, if any, support from the State. By contrast, those living in urban areas were automatically entitled to rationed food grain, State-guaranteed employment and an array of welfare provisions such as housing, education, medical care, and other benefits, distributed and funded by the central government.¹⁷ During the Maoist era, these mechanisms served to subsidize industrialization, while internal migrations were hindered. Without access to legal residence permit and all the related community membership-based facilities, rural population with agricultural *hukou* was *de jure* and *de facto* prevented from living in urban areas. This system confined rural citizens in the countryside, creating what has been defined as a “rural-urban apartheid.”¹⁸

The social and economic separation between rural and urban citizens determined by the *hukou* system was exacerbated by the reforms launched by Deng Xiaoping from 1978. The reform and opening-up stimulated China’s economic dynamism. This period was characterized by rural de-collectivization, marketization and urban expansion. Years of obstruction of free mobility and the exclusion of the rural population from non-agricultural employment in urban regions had curbed vitality and dynamism of urban economies. But starting from 1978, economic growth and free market alternatives increased non-compliance with *hukou* regulations established to prevent rural to urban migration.¹⁹ This situation determined the origins of a particularly vulnerable segment of society, which is *de facto* residing in a city or town, but maintains its *de jure* household registration in the countryside, without having access to many basic social services and experiencing higher levels of poverty compared to local *hukou* holders.

A synergy of various push and pull factors was emerging: growing dynamism

¹⁵ *Ibid* at 588–91: In the past, *nongzhuangfei* was mainly conferred to those individuals who belonged to special categories: either recipients of compensation for past policy mistakes or people who had endured personal sacrifices and hardships because of their work for the State. Conversely, people responsible of certain crimes were deprived of non-agricultural *hukou* status.

¹⁶ Chan, “Hukou System at 50”, *supra* note 8 at 199.

¹⁷ Josephs, *supra* note 3 at 298; Wing Chan & Buckingham, *supra* note 14 at 588.

¹⁸ Peter Alexander & Anita Chan, “Does China Have an Apartheid Pass System?” (2004) 30:4 *J of Ethnic & Migration Studies* 609; Tim Luard, “China rethinks peasant ‘apartheid’”, *BBC News* (10 November 2005), online: <news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/4424944.stm> [Alexander & Chan].

¹⁹ Jason Young, *China’s Hukou system markets, migrants and institutional change* (New York: Palgrave Macmillan, 2013).

in urban economies created numerous job opportunities, many of which were in labour-intensive sectors, such as construction and manufacturing; meanwhile, in the countryside, pollution, loss of farmland and desertification caused arable land to decrease dramatically together with the principal means of subsistence of the rural population. This, together with the de-collectivization of countryside, created a large surplus of the labour force that was rapidly accommodated in the industries of the urban areas. Such a synergy was made possible thanks to the gradual relaxation of migratory controls related to the *hukou* system.²⁰

Starting from the eighties, the government implemented a series of policies to adapt the rigorous *hukou* system to new exigencies of urbanization and industrialization and rural-urban migration, which was gaining momentum. Peasants were now allowed to move to urban areas, where they filled unwanted positions in the industrial sector, giving an essential contribution to the Chinese exponential economic growth. The opportunities opening in the cities were so attractive for the rural population that they endured working conditions intolerable for urban residents. Rural migrants rapidly became the major source of industrial labour. The law started consequently to adapt to this new reality.²¹

The major reforms of the *hukou* system have been combined with a process of decentralization.²² Since the eighties, the central government has gradually implemented various programs to devolve fiscal and administrative powers to regional governments. This included the management of the *hukou* system. General guidelines began to be introduced at national level, while direct regulations were issued at local level. One of the most emblematic practices of many urban local administrations was the “selling of *hukou*,” with the introduction of the “blue-stamped” *hukou*. The “blue-stamped” *hukou* (in contrast to the official “red-stamped” one) was mostly targeted at migrants who could afford to invest or purchase housing in host cities, or who were considered to be highly qualified talents urgently needed by local employers.²³ The commodification of *hukou* aimed at attracting the most desirable segments of the migrant population by providing them right of abode and certain social welfare in urban

²⁰ Peter W Mackenzie, “Strangers in the City: The *Hukou* and Urban Citizenship in China” (2002) 56:1 *J Intl Affairs* 305.

²¹ In 1984, the Standing Committee of the 12th National People’s Congress passed the *Identity Card Law*, which recognized citizens’ identity card as a proof of identification alternative to *hukou* registration. In 1985, the Ministry of Public Security issued the *Provisional Regulations for the Management of Temporary Residents in Cities and Towns*. The regulations established the citizens’ right to move and reside temporarily in areas outside of their permanent *hukou* residence, without going through the *nongzhuangfei* procedure. This policy aimed at accommodating the growing demand for low-skilled position in the industrial sector. Temporary migrants, however, were still not allowed to have complete access to all the rights and social benefits associated with local *hukou* registration; See People’s Republic of China, *Law of the People’s Republic of China on Resident Identity Cards*, Order no 4, Third Meeting of the Standing Committee of the Tenth National People’s Congress (2003); See also C Cindy Fan, *China on the Move: Migration, the State, and the Household* (Abingdon; New York: Routledge, 2008) [Fan]; Chan, “*Hukou* System at 50”, *supra* note 8; Chan, “Notes on a debate”, *supra* note 4.

²² For further discussion about the impact of decentralized migration policies on equity in social welfare delivery for rural–urban migrants, see Ling Wu, “Decentralization and *Hukou* Reforms in China” (2013) 32:1 *Policy & Society* 33 [Wu].

²³ Fan, *supra* note 21 at 50.

areas.²⁴ Local governments in their management of *hukou* policies are generally driven by their own local interests, hence the idea of commodifying the *hukou* through market selectivity. This combination of factors resulted in the exclusion of the great majority of rural—urban migrants from obtaining local *hukou* status due to the high entry thresholds. Local governments' policies have played an important role in stimulating the market competition, but at the same time have not duly considered the relevance of their responsibility for redistribution of social services.

Furthermore, few municipalities and provinces began to abolish the *nongzhuanfei*, i.e., the agricultural/non-agricultural status distinction. Consequently, the conversion of one's *hukou*, which used to be a two-step process, was simplified to a unique procedure merely concerning the localization of the *hukou* registration. Each local administration defined the eligibility conditions to change one's *hukou* location.²⁵ These criteria, especially in large cities, were very stringent—in general, the decision of city governments to bestow local permanent *hukou* was mostly based on (significant) financial means, educational accomplishments and marriage with local residents. Ordinary peasants resulted almost completely excluded from obtaining local *hukou* status in the large cities, whereas small towns, with far fewer social benefits, had the lowest entry thresholds. Small urban centres, however, were not migrants' targets due to the lack of job opportunities.

It is also worth noting that *hukou* reforms have often gone hand in hand with the attempt to separate land use rights and the *hukou* status of individuals—and, therefore, the land relations in the countryside.²⁶ Agricultural land was highly demanded for urban expansion. It has therefore been the target of local governments through expropriation and *hukou* reforms. Many local governments eliminated the distinction between agricultural and non-agricultural *hukou*, with the declared objective to remove social and legal discrimination against agricultural *hukou* holders.²⁷ It seems, however, undisputable that the reform also served the disguised purpose to separate rural *hukou* from land rights. The rights to rural land represent not only a membership status arguably linked to one's identity, but also an important form of long-term security. Thus, rural migrants living in the cities were generally disinclined to sell land

²⁴ The commodification of freedom of movement appears as a common denominator between migration policies implemented at different levels, namely internal and international. In this vein, Fan interestingly observed how the *hukou* commodification that occurred in Chinese cities can be compared to the immigration policies of nation states such as Canada or the United States of America which favour foreign investors or highly skilled immigrants; See *Ibid.*

²⁵ Wing Chan & Buckingham, *supra* note 14 at p 594.

²⁶ Shaohua Zhan & Joel Andreas, "Beyond the Countryside: *Hukou* Reform and Agrarian Capitalism in China" (Paper, written in April 2015, delivered at the Land Grabbing, Conflict and Agrarian-Environmental Transformations: Perspectives from East and Southeast Asia International Academic Conference, Chiang Mai University, 5 & 6 June 2015) at 11, online (pdf): [ISS <https://www.iss.nl/sites/corporate/files/CMCP_7-Zhan_and_Andreas.pdf>](https://www.iss.nl/sites/corporate/files/CMCP_7-Zhan_and_Andreas.pdf) [Zhan & Andreas].

²⁷ For instance, in 2010, the municipal government of Chongqing declared that it aimed to turn 3.38 million farmers, mainly the new-generation migrant workers, into urban citizens within two years; See Xinhua, "Chongqing Starts Household Registration Reform", *China Daily* (29 July 2010), online: www.chinadaily.com.cn/china/2010-07/29/content_11067678.htm.

rights in exchange for an urban *hukou*.²⁸

The decentralized nature of the *hukou* system implies the problem of effective implementation of central guidelines by local administrations, which have limited financial funding to support the extension of public services to the migrant population. Hence the reluctance of local authorities to open their *hukou* system doors indiscriminately and include migrant workers in community-based welfare systems. It remains unclear what enforcement mechanisms will be put in place in order to implement and encourage compliance at local level.²⁹

Notwithstanding various attempts to reform this discriminatory system, the application of the *hukou* system remains the source of the most serious forms of institutional exclusion against rural migrant workers and their families. It is ultimately possible to observe two different categories of migrants: those who have *hukou* related rights and those who do not. Despite more permissive policies related to mobility, rural citizens remain heavily constrained by the discriminatory institutional legacy of the *hukou* system. These citizens, though working and residing in cities and towns, in most cases are still not considered local workers and residents. As a result, they are excluded from most of the public benefits and entitlements provided to urban *hukou*-registered citizens.

The *hukou* system plays a complex role in Chinese society. Its preservation has often been justified by arguments underscoring its pivotal contribution to the nation's socio-political stability and economic growth.³⁰ The *hukou* system allows for selective internal migration. It provides the government with the means to control labour allocation and therefore to facilitate the growth of market economy.³¹ Furthermore, the *hukou* system is deep-rooted in Chinese social life and profoundly influences people's identity. Hence, it is argued that through its inherent discriminatory logic, based on a hierarchy of *hukou* statuses, the *hukou* system facilitates authoritarian governmentality in China. As Bentham's panopticon, the contemporary *hukou* has become a tool of surveillance.³² Hence, the complex and profound socio-political and economic functions of the *hukou* system in contemporary China make its reform both symbolically delicate and highly complicated.

The human rights relevance of the *hukou* system is linked to its coordination with centralized policies of planned economy, which dealt with the redistribution of

²⁸ Shuming Bao et al, "The Regulation of Migration in a Transition Economy: China's *Hukou* System" (2011) 29:4 Contemporary Economic Policy 564; Wu, *supra* note 22; Chan & Buckingham, *supra* note 14; Zhan & Andreas, *supra* note 26.

²⁹ Charlotte Goodburn, "The end of the *hukou* system? Not yet" (2014) China Policy Institute Policy Paper No 2 at 5–6, online (pdf): *University of Nottingham* <www.nottingham.ac.uk/iaps/documents/cpi/policy-papers/cpi-policy-paper-2014-no-2-goodburn.pdf>.

³⁰ For a complete account of the purportedly positive and negative functions of the *hukou* system, see Fei-Ling Wang, "Brewing Tensions while Maintaining Stability: The Dual Role of the *Hukou* System in Contemporary China" (2005) 29:4 *Asian Perspective* 85.

³¹ *Ibid* at 101–04.

³² Fenglong Wang & Yungang Liu, "Interpreting Chinese *Hukou* System from a Foucauldian Perspective" (2018) 36:2 *Urban Policy & Research* 153 at 160–61.

social and economic resources.³³ A coordination that, to some extent, is still in place; consequently, people have access to public services and welfare based on their *hukou* registration. In this vein, before turning to the human rights implication of this system, it might be worth mentioning a final caveat. Even if this essay makes generalizations about the *hukou* system, it is important to bear in mind that it is still not implemented evenhandedly across China. The discretion of various local authorities determines uneven policies, which might lead to different human rights implications.

III. The *Hukou* System and International Human Rights Law

The impact of international human rights law on the *hukou* system and its reforms should be considered within the general framework in which international law operates in the Chinese legal system. In China, the abstract relationship between international law and domestic law is explained neither in terms of monism nor dualism. Instead, Chinese scholars adopted a dialectical approach according to which international law and domestic law are separate systems that infiltrate and supplement one another.³⁴ The Chinese Constitution is silent regarding the status of public international law in the domestic legal system. There is thus no need for further incorporation into national law: domestic courts can directly apply a ratified international treaty. Despite this, practice courts are quite hesitant to directly refer to international law in their decisions.³⁵ Generally, the impact of international law on the Chinese *hukou* system can be observed at two levels: one concerns the human rights obligations that China has towards individuals based on the treaties it has ratified; the other concerns the obligations deriving from customary international law and the general principles informing the international legal system.

As it will be shown in the following sections, the *hukou* system, as it currently stands, appears inconsistent with the obligations established by international human rights treaties that China has ratified or may ratify in the future. The first human right obligation infringed upon by this peculiar system is the freedom of movement and residence within the territory of States, included in the *International Covenant on Civil and Political Rights*³⁶ (*ICCPR*) and the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (*ICESCR*).³⁷ In this respect, it may be worth remembering that China has signed the *ICESCR* and the *ICCPR*, but while it has ratified the former it has

³³ Fan, *supra* note 21 at 45–47.

³⁴ Ahl, *supra* note 7; Zhaojie Li (James), “The Role of Domestic Courts in the Adjudication of International Human Rights: A Survey of the Practice and Problems in China” in Benedetto Conforti & Francesco Francioni, *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (The Hague, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1997) 329.

³⁵ The ratification “and the subsequent publication of treaty text in the Official Gazette do not have the capacity to allow the administration and the courts to apply treaty provisions directly. Direct application requires either a statutory reference norm or a judicial interpretation of the Supreme People’s Court referring to the relevant international treaty”, Ahl, *supra* note 7 at 641.

³⁶ *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, 999 UNTS 171 art 12 [*ICCPR*].

³⁷ *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966, 993 UNTS 3 [*ICESCR*].

still not accessed to the latter.³⁸ However, China is a party to the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*,³⁹ the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*,⁴⁰ the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*,⁴¹ the *Convention on the Rights of the Child*,⁴² and the *Convention of the Rights of Persons With Disabilities*.⁴³ All these instruments deal with civil and political rights, such as freedom of movement, to a various extent. Furthermore, the *hukou* system appears at odds not only with the right to freedom of internal movement, but also with several human rights obligations, such as the right to just and favourable conditions of work, the right to education, the right to health and the comprehensive and crosscutting right to equal treatment with regard to the enjoyment of all these rights. These rights are intertwined with the freedom of internal movement and are included in various treaties that China has ratified. The common denominator of all these human rights concerns rests on the fundamental principle of equality and non-discrimination, the ultimate guarantee of migrants' rights.

In what follows, we shall provide a brief overview of the human rights obligations that descend from the international legal instruments that bind China. In doing so, we shall highlight the legal complexities which arise in their actual implementation, as well as the possible avenues for their reception in the Chinese context.

A. The Right to Freedom of Movement within the Territory of a State

Restrictions on the freedom of movement of people have been considered by different philosophical stances to be morally unjustifiable, economically inefficient and socially unjust. For instance, while Adam Smith considered restrictions on the possibility to move freely in one's country as a violation of natural justice,⁴⁴ Vladimir Lenin argued that "[u]nless the population becomes mobile, it cannot develop."⁴⁵ According to Lenin, migration should be regarded as a progressive phenomenon which

³⁸ China ratified the *ICESCR* on 27 March 2001, while it signed the *ICCPR* on 5 October 1998. As of August 2019, ratification of this latter treaty is still pending.

³⁹ *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 7 mars 1966, 660 UNTS 195 s 5(d) (entered into force 4 January 1969, accession by China 29 December 1981) [*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*].

⁴⁰ *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, 18 December 1979, 1249 UNTS 13 (entered into force 3 September 1981, accession by China 4 November 1980).

⁴¹ *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, 10 December 1984, 1465 UNTS 85 (entered into force 26 June 1987, accession by China 4 October 1988).

⁴² *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, 1577 UNTS 3 (entered into force 2 September 1990, accession by China 2 March 1992).

⁴³ *Convention of the Rights of Persons with Disabilities*, 13 December 2006, 2515 UNTS 3 (entered into force 3 May 2008, accession by China 1 August 2008).

⁴⁴ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (London: Edwin Caman, 1904) at 142.

⁴⁵ Vladimir Lenin, "The Development of Capitalism in Russia" in *Collected Works*, 5th ed (Moscow: Progress Publishers, 2009) vol 3 at 251.

has the potential to destroy “bonded forms of hire and labour-service.”⁴⁶ It might thus appear surprising that China, whose Constitution praises the guidance of Marxism-Leninism and whose leaders at the same time favourably quote Adam Smith’s moral philosophy,⁴⁷ upholds a system premised on severe restrictions of people’s freedom of movement and residence.⁴⁸

Freedom of movement is the norm in human history, and the right to freedom of movement, as recognized in international human rights instruments, can be easily connected to notions of individual autonomy and self-determination. Correspondingly, freedom of internal movement and residence emerges from the preparatory work to the *ICCPR* as “an important human right and one which was an essential part of the right to personal liberty.”⁴⁹ In the words of the UN Human Rights Committee, “[l]iberty of movement is an indispensable condition for the free development of a person.”⁵⁰ The right of freedom of movement is certainly one of the core rights of citizenship guaranteed by democratic States and one of the most fundamental human rights protected by international law.⁵¹ The related rights of entry, residence and exit are inextricably interdependent: “The denial of any one makes the assertion of the others a chimera rather than a reality.”⁵² The *sine qua non* for these rights is the freedom of movement and residence within the borders of a State.

Freedom of internal movement and residence, however, does not merely pertain the domain of individual rights. It also is of crucial significance for collective values such as democracy and the rule of law. In fact, the right to freedom of internal movement and the right to non-discrimination accompanying such movement constrain the capacity of domestic political actors to scapegoat and exclude minorities, refusing

⁴⁶ Lenin criticized laws meant to prevent rural workers to move and seek employment at the most advantageous conditions. Restriction of labour mobility meant that employers took advantage of these workers setting up factories in rural areas to exploit cheap labour. According to Lenin, workers’ mobility “not only yields ‘purely economic’ advantages to the workers themselves, but in general should be regarded as progressive; that public attention should not be directed towards replacing outside employment by local ‘occupations close at hand,’ but, on the contrary, towards removing all the obstacles in the way of migration, towards facilitating it in every way, towards improving and reducing the costs of all conditions of the workers’ travel”, *Ibid* at 249–51.

⁴⁷ Interview of Wen Jiabao by Lionel Barber (2 February 2009) in *Financial Times*, online: <www.ft.com/content/795d2bca-f0fe-11dd-8790-0000779fd2ac>; See also Ryan Patrick Hanley, “The ‘Wisdom of the State’: Adam Smith on China and Tartary” (2014) 108:2 *American Political Science Rev* 371.

⁴⁸ Eric Monkman, “The Hybrid *Hukou*: A New Proposal to Enhance Labor Mobility in China” (2014) 7:1 *Tsinghua China L Rev* 79 at 92–93 [Monkman].

⁴⁹ Marc J Bossuyt, *Guide to the ‘travaux Préparatoires’ of the International Covenant on Civil and Political Rights* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987) at 253 [Bossuyt].

⁵⁰ UNHRC, *General Comment no 27 (67) Adopted by the Human Rights Committee Under Article 40, Paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights: Freedom of Movement (Article 12)*, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, November 1999 at para 1 [*General Comment no 27*].

⁵¹ *Universal Declaration of Human Rights*, GA Res 217A (III), UNGAOR, 3rd Sess, Supp No 13, UN Doc A/810 (1948), art 13 [*Universal Declaration*].

⁵² Rosalyn Higgins, “The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay in and Leave a Country” (1973) 49:3 *Intl Affairs* 341 at 342.

them access to their legally guaranteed rights.⁵³ In this vein, the right to freedom of movement and residence to some extent constitute the “hallmark of a democratic society.”⁵⁴

The importance of freedom of movement and residence within the territory of a State is evident. With the gradual spread of international human rights law into domestic affairs, the issue of freedom of internal movement and residence is no longer an issue of exclusive domestic concern.⁵⁵ Notably, in 1948, the *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)* affirmed that “everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each State.”⁵⁶ Similarly, Section 12(1) of the *ICCPR* reads as follows: “Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.” According to the UN Human Rights Committee:

The right to move freely relates to the whole territory of a State, including all parts of federal States. [...] The enjoyment of this right must not be made dependent on any particular purpose or reason for the person wanting to move or to stay in a place.⁵⁷

At the same time, Section 12(3) provides exceptional circumstances in which this right may be restricted. Restrictions on freedom of movement shall be, however, constrained by the legal requirements included in the provisions that stipulate such freedom. Most notably, Section 12(3) of the *ICCPR* commands that restrictions of freedom of movement and residence should be a) provided by law; b) necessary to protect national security, public order, public health or morals and others; and c) consistent with the other rights enshrined in the *ICCPR*.⁵⁸

The right to freedom of internal movement should be, however, qualified with its possible restrictions, based on legal, reasonably justified and necessary criteria. The right to freedom of movement and residence within the territory of the State should be regarded as a rule to which restrictions are the exception. Given their exceptional nature, such restrictions must be provided by the law and narrowly interpreted.⁵⁹

⁵³ In the context of European integration, de Witte discusses free movement as a possibility for emancipation and as a recalibration of justice and democracy: Floris de Witte, “Freedom of Movement Under Attack: Is it Worth Defending as the Core of EU Citizenship?” (2016) European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Paper No 2016/69, online: <cadmus.eui.eu/handle/1814/44567>.

⁵⁴ Atle Grahl-Madsen, Göran Melander & Rolf Ring, “Article 13” in Gudmundur Alfredsson & Asbjørn Eide, *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement* (The Hague, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1999) 265 at 268.

⁵⁵ See especially Chaloka Beyani, *Human Rights Standards and the Free Movement of People within States* (New York: Oxford University Press, 2000) [Beyani].

⁵⁶ *Universal Declaration*, *supra* note 51, s 13(1).

⁵⁷ *General Comment No 27*, *supra* note 50 at para 5.

⁵⁸ Section 12(3) *ICCPR* reads as follows: “The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant.”

⁵⁹ In this regard, the Human Rights Committee clarified that “the restrictions must not impair the essence of the right [...] the relation between right and restriction, between norm and exception, must not be reversed. The laws authorizing the application of restrictions should use precise criteria and may not

Furthermore, it is not sufficient that such restrictions respond to the principle of legality. Restrictive measures must be necessary to achieve their legitimate purposes; they must conform to the principle of proportionality.⁶⁰ Finally, as observed by the UN Human Rights Committee, these constraints need to be consistent not only with the principle of legality and proportionality, but also with the fundamental principles of equality and non-discrimination.⁶¹

As the universal underpinning of international human rights law, the *ICCPR* ensures a solid conventional basis to the right of freedom of movement within the territory of a State. This solid conventional basis has been confirmed and reinforced by many other universal and regional treaties. To date, the right of freedom of internal movement and residence have been included in a wide range of international and regional human rights conventions,⁶² as well as endorsed in a number of soft-law instruments.⁶³ In the light of the consistency of State practice and general recognition

confer unfettered discretion on those charged with their execution”, *General Comment no 27, supra* note 50 at para 13; At regional level, Article 18 of the *European Convention of Human Rights* commands that any restriction to the rights and freedoms enshrined in the Convention “shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed.”, Council of Europe, European Court of Human Rights, *European Convention of Human Rights* (1950), art 18.

⁶⁰ *General Comment no 27, supra* note 50 at para 14; See also International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, [2004] ICJ Rep 136 at para 136 [*Wall in the Occupied Palestinian Territory*].

⁶¹ *General Comment no 27, supra* note 50 at para 18.

⁶² At international level, these include: *Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 July 1951, 189 UNTS 137, art 26 (entered into force 22 April 1954); *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, supra* note 39; *International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid*, GA Res 3068 (XXVIII), UNGAOR, 1973, UN Doc A/RES/3068(XXVIII), s 2(c) (entered into force 18 July 1976); *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, 18 December 1990, 2220 UNTS 3, art 39 (entered into force 1 July 2003); While at regional level, the list of human rights treaties containing a clause on freedom of internal movement is copious and it includes: Council of Europe, *Protocol 4 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 16 September 1963, ETS 46, art 2; OAS, Inter-American Commission on Human Rights, *American Declaration of the Rights and Duties of Man* (1948), art VIII; OAS, *American Convention on Human Rights, “Pact of San Jose”* (1969), art 22.1; Organization of African Unity, *African Charter on Human and Peoples’ Rights*, OAU CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 5827 (1982), art 12; League of Arab States, *Arab Charter on Human Rights* (1994), art 20; Article 12 of the Commonwealth of Independent States, *Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms* (1995); Moreover, assigned residence in times of armed conflict is treated as the most severe permissible restriction to which the detaining States may resort when other measures have proved inadequate, as provided by the widely ratified *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, 12 August 1949, 75 UNTS 287, arts 41–43 (entered into force 21 October 1950).

⁶³ Among the General Assembly Resolutions, see *Protection of Migrants*, GA Res 65/212, UNGAOR, 65th Sess, UN Doc GA/RES/65/212 (2011), preambular para 2; *Protection of Migrants*, GA Res 64/166, UNGAOR, 64th Sess, UN Doc GA/RES/64/166 (2010), preambular para 3; *Protection of Migrants*, GA Res 63/184, UNGAOR, 63rd Sess, UN Doc GA/RES/63/184 (2009); *Protection of Migrants*, GA Res 62/156, UNGAOR, 62nd Sess, UN Doc GA/RES/62/156 (2007), preambular para 3; *Protection of Migrants*, GA Res 61/165, UNGAOR, 61st Sess, UN Doc GA/RES/61/165 (2006), preambular para 3. Among the resolutions of the Human Rights Council, see *Situation of human rights in the Democratic People’s Republic of Korea*, HRC Res 34/24, UNHRCOR, 34th Sess, UN Doc A/HRC/RES/34/24 (2017) at para 2c); *Protection of the human rights of migrants: strengthening the promotion and protection of the human rights of migrants, including in large movements*, HRC Res 32/14, UNHRCOR, 32nd Sess, UN Doc A/HRC/RES/32/14 (2016) preambular para 4; *Human rights of migrants*, HRC Res

of a qualified right of freedom of internal movement, it could be possible to infer the initiation of a process leading to the emergence of a customary law norm. This would imply that all the members of the international community would be bound to respect the right to freedom of internal movement automatically and independently of any specific assent.⁶⁴ By contrast, however, it has been argued that even though both the right to leave and the right to return are well established in conventional and customary international law,⁶⁵ the right to freedom of internal movement has not yet obtained the same legal status.⁶⁶

The emergence of a customary legal norm notwithstanding, the procedural guarantees that restrictions on the right to freedom of internal movement entail are informed by general principles of law and as such they are binding on China irrespective of express consent. The principles of legality, proportionality, restrictive interpretation, equality and non-discrimination aim to restrain arbitrariness and the unfettered discretion of States⁶⁷ and, therefore, become particularly relevant when juxtaposed to the analysis of the *hukou* system.

23/20, UNHRCOR, 23rd Sess, UN Doc A/HRC/RES/23/20 (2013), preambular para 5; *Human rights of internally displaced persons*, HRC Res 20/9, UNHRCOR, 20th Sess, UN Doc A/HRC/RES/20/9 (2012), preambular para 7; *Report of the Human Rights Council on its seventeenth session*, HRC Res 17/2, UNHRCOR, 17th Sess, UN Doc A/HRC/17/2 (2011) at para 5; *Human Rights of Migrants*, HRC Res 15/16, UNHRCOR, 15th Sess, UN Doc A/HRC/RES/15/16 (2010), preambular para 5; Furthermore, according to principle 14 of the *Guiding Principles on Internal Displacement*, “[e]very internally displaced person has the right to liberty of movement and freedom to choose his or her residence” (*Guiding Principles on Internal Displacement*, UNCHROR, 54th Sess, UN Doc E/CN.4/1998/53/Add.2 (1998) at Principle 14(1)); Among the soft law instrument adopted at regional level, see *inter alia* *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, *supra* note 62 art VIII; Organization of the Islamic Conference, *Cairo Declaration on Human Rights in Islam* (1990), reproduced in English at *Cairo Declaration on Human Rights in Islam*, UNWCHR, 4th Sess, Annex, Agenda Item 5, UN Doc A/CONF.157/PC/62/Add.18 (1993), art 12; Association of Southeast Asian Nations, *ASEAN Human Rights Declaration* (2012), art 15.

⁶⁴ *Cases concerning the North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands)*, [1969] ICJ Rep 3 at paras 37–39.

⁶⁵ For a complete reconstruction, see especially Vincent Chetail, “The Transnational Movement of Persons Under General International Law - Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law” in Vincent Chetail & Céline Bauloz, *Research Handbook on International Law and Migration* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014) 1.

⁶⁶ However, many scholars have suggested that the *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) has acquired customary law status *in toto*; Accordingly, Article 13 UDHR would have a customary legal nature binding all the members of the international community; See Myres S McDougal, Harold D Lasswell & Lung-Chu Chen, *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity* (New Haven and London: Yale University Press, 1980) at 273–74, 325–27; Lung-Chu Chen, “Protection of Persons (Natural and Juridical)”, (1989) 14:2 *Yale J Intl L* 542 at 546–47; Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (New York: Oxford University Press, 1989) at chapter II; Within the UN practice, the Commission on Human Rights’ Special Rapporteur on the situation in Iran, Mr. Galindo Pohl, concluded that: “The rights and freedoms set out in the Universal Declaration have become international customary law through State practice and *opinio juris*” (Galindo Pohl, *Report on the Human Rights Situation in the Islamic Republic of Iran*, UNCHROR, 43th Sess, UN Doc E/CN.4/1987/23 (1987) at para 22). Since the freedom of internal movement and residence is contained in Article 13 UDHR, it thus acquires the status of customary international law, having binding force on all the members of the international community.

⁶⁷ Lijiang Zhu, “The *hukou* system of the People’s Republic of China: A critical Appraisal under International Standards of Internal Movement and Residence” (2003) 2:2 *Chinese J Intl L* 519 at 523 [Zhu].

First, one can question whether the current configuration of the *hukou* system is in line with the principle of legality. Some commentators have already put forward the argument that the *hukou* system rests on rather frail legal basis.⁶⁸ According to these authors, despite its important impact on the lives of Chinese citizens, the system originates from a set of administrative regulations and ministerial decrees that in the hierarchy of legal sources are in a subordinate position to that of laws.⁶⁹ Accordingly, even though the 1958 *People's Republic of China Regulations on Household Registration* were issued by the Standing Committee of the National People's Congress, they cannot be considered as *law* under international human rights law.⁷⁰ However, it is difficult to claim that the implementation of such system does not respond to the fundamental requirement of generality, publicity and certainty.⁷¹

Second, the *hukou* system is arguably not a set of measures necessary for the protection of national security, public order, public health, morals or the right and freedom of others and cannot be regarded as a legitimate means to achieve such ends. It appears inapt to achieve its purported functions (that is, to maintain social and economic stability). It could be contended that the *hukou* system serves to protect the public interest or public order. The system was indeed defended in public discourse as preventing mass migration from rural to urban areas and the consequent proliferation of slums as in many developing countries.⁷² The accuracy of such an assertion can be questioned at least from two perspectives. First, the *hukou* restrictions on labour mobility are economically inefficient. Empirical studies show that such restrictions decrease productivity and hinder aggregate consumption.⁷³ Indeed, the *hukou* system places an unnecessary burden on rural migrant workers, who incur in important costs of migration, which could be used to improve their quality of life and reduce socio-economic inequalities.⁷⁴ Second, the increasing divide between urban and rural *hukou*

⁶⁸ *Ibid*; Josephs, *supra* note 3.

⁶⁹ Under Section 62(3) of the Chinese Constitution of 1982, as amended in 2004, only the National People's Congress has the power to issue laws concerning criminal and civil affairs; People's Republic of China, *Constitution of the People's Republic of China*, 4 December 1982, after the amendment of 14 March 2004, online: <www.refworld.org/docid/4c31ea082.html> [*Chinese Constitution*]; Moreover, the *Legislation Law of the People's Republic of China* recognizes that mandatory measures involving the deprivation of the political rights of the citizens or restricting their personal liberty shall be regulated by the law. Hence, all the legislation concerning restrictions of the right to freedom of movement should emanate from the appropriate legislative organ, that is the NPC; See People's Republic of China, *Legislation Law of the People's Republic of China*, Order no 31, Third Session of the Ninth National People's Congress (2000), s 8(5).

⁷⁰ Zhu, *supra* note 67 at 557.

⁷¹ For further discussion see Oscar M Garibaldi, "General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality" (1976) 17:3 Harv Intl LJ 503.

⁷² Monkman, *supra* note 48; Josephs, *supra* note 3.

⁷³ Binkai Chen, Ming Lu & Ninghua Zhong, "Hukou and Consumption Heterogeneity: Migrants' Expenditure is Depressed by Institutional Constraints in Urban China" (2012) Institute of Economic Research, Hitotsubashi University Discussion Paper No gd11-221; Christian Dreger, Tongsan Wang & Yanqun Zhang, "Understanding Chinese Consumption: The Impact of Hukou" (2013) IZA Discussion Paper No 7819.

⁷⁴ Rural law-skilled *hukou* holders are often not allowed to move to larger cities where they could ameliorate their competences, and therefore contribute to enhancing labour productivity. Rural workers sustain the costs of bureaucratic procedures linked to internal migration and are generally discouraged to settle where they work, hence they incur transportation costs to visit their families back in the

population with the creation of a social underclass has the potential to generate social unrest. In the light of the above, the *hukou* system cannot be regarded as “the least intrusive instrument among those which might achieve the desired result.”⁷⁵

Third, the consistency of the *hukou* system with the principle of proportionality is also doubtful. The *hukou* registration system represents perhaps, “the strictest set of controls over the movement of the population of any State in the modern world.”⁷⁶ Generally, States regulate the movement and residence of individuals within their territory by a variety of means, which include travel permits, registration, identity cards, passports or other documents. Systems of registering persons do not constitute *per se* a restriction of movement, but they provide a means for doing so, under specific circumstances provided by the law, should the necessity arise.⁷⁷ The *hukou* system, however, makes the restrictions to freedom of movement so severe that it deprives those subject to it from such freedom.

Fourth, the principle of equality and non-discrimination is also inconsistent with the current implementation of the *hukou* system. Such fundamental principle is not respected by a discriminatory policy which makes distinctions on the basis of social origin. In the following paragraphs, this question will be addressed in further detail. For the time being, it is worth noting that even if the right to freedom of internal movement has not yet obtained the status of customary international human rights law, the principle of non-discrimination can not only be regarded as a general principle informing international human rights law, but also generally recognized as a rule of customary international law. The principle of equality and non-discrimination must therefore be respected by all members of the international community.

To conclude, the *hukou* system is inconsistent with the international human rights standards concerning the right to freedom of movement and residence mainly enshrined in Article 13 *UDHR*, as well as in Article 12 *ICCPR* and other international and regional treaties. China has, however, not yet ratified the *ICCPR* and is not bound by Article 12.⁷⁸ By the same token, China is also not subject to the treaty’s monitoring body, the Human Rights Committee (HRC), which has already critically questioned the compatibility of systems of travel restriction comparable to the *hukou*.⁷⁹ That notwithstanding, the principles of legality, proportionality, restrictive interpretation, equality and non-discrimination remain the fundamental benchmarks for the evaluation of the *hukou* system and for the protection of internal migrants’ rights, irrespective of

countryside, in particular their children, which cannot be educated in the cities where their parents work. All these costs could be better allocated, for instance investing in the education of migrants’ children; See Monkman, *supra* note 48 at 84–89.

⁷⁵ *General Comment No 27, supra* note 50 at para 14.

⁷⁶ Zhu, *supra* note 67 at 556.

⁷⁷ Beyani, *supra* note 55 at 21.

⁷⁸ For a discussion about the interpretation of the *ICCPR* by Chinese scholars in view of an eventual ratification, see Shiyan Sun, “The Understanding and Interpretation of the *ICCPR* in the Context of China’s Possible Ratification” (2007) 6:1 *Chinese J Intl L* 17.

⁷⁹ *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Democratic People’s Republic of Korea*, UNHRCOR, 72nd Sess, UN Doc CCPR/CO/72/PRK (2001) at para 19.

China's membership to a given treaty.⁸⁰

Finally, and from a different angle, despite the inapplicability of Article 12, it is worth remembering that the People's Republic of China signed the *ICCPR* on 5 October 1998 and has ever since been seriously pondering the issue of ratification.⁸¹ It could thus be argued that there is a legitimate expectation that China will abstain from any action that would have the effect of defeating the object and purpose of the Convention. The legitimate expectations that a party of a treaty would act with reasonable loyalty are protected by the general principle of good faith. The principle of good faith permeates the law of treaties.⁸² Good faith is particularly relevant when it comes to the interim obligations of signatories of treaties not yet in force. In this vein, according to Article 18 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)*:

A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when: (a) It has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or (b) It has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.⁸³

⁸⁰ Bruno Simma & Philip Alston, "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens, and General Principles" (1988) 12 Australian YB Intl L 82.

⁸¹ The white paper on *China's Progress in Human Rights in 2004* stated that "[w]ith a sincere and responsible attitude, the Chinese government is actively considering approving the International Covenant on Civil and Political Rights": People's Republic of China, Information Office of the State Council, *China's Progress in Human Rights in 2004*, (2005) at chapter VII, online: <www.gov.cn/english/official/2005-07/28/content_18115.htm>; According to the *National Human Rights Action Plan of China (2009-2010)*, "China has signed the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), and will continue legislative, judicial and administrative reforms to make domestic laws better linked with this Covenant, and prepare the ground for approval of the ICCPR": People's Republic of China, Information Office of the State Council, *National Human Rights Action Plan of China (2009-2010)* (2009) online: <www.gov.cn/english/official/2009-04/13/content_1284128.htm>. Further, one of the objectives of the *National Human Rights Action Plan of China (2016-2020)* is "[a]ctively participating in international human rights work. China will fulfill its obligations to international human rights conventions, get actively involved in the work of the United Nations human rights mechanism; conduct extensive human rights dialogues, exchanges and cooperation, and provide technical aid related to human rights to those developing countries that need it": People's Republic of China, Information Office of the State Council, *National Human Rights Action Plan of China (2016-2020)* (2016) online: <english.www.gov.cn/archive/publications/2016/09/29/content_281475454482622.htm> [*National HR Action Plan*].

⁸² Pierre-Marie Dupuy, *L'Unité de l'ordre juridique international: cours général de droit international public* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003) at 126–27; Robert Kolb, *Good Faith in International Law* (Portland: Hart Publishing, 2017) at 41 [Kolb].

⁸³ *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, 1155 UNTS 331, art 18 (*VCLT*); Among the luxurious literature on this provision, see Ian McTaggart Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed (Manchester: Manchester University Press, 1984) at 13, 19; Joni S Charme, "The Interim Obligation of Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties: Making Sense of an Enigma" (1991) 25 *Geo Wash Intl L Rev* 71; Enzo Cannizzaro, *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention* (Oxford: Oxford University Press, 2011); Kolb, *supra* note 82 at 41–49. Article 18 *VCLT* has been applied by analogy to suspended treaties: see Francesco Bestagno, *Le Clausole Di Salvaguardia Economica Nel Diritto Internazionale* (Milan: Giuffrè, 1998) at 196.

Given the multifarious repercussions that the *hukou* restrictions on freedom of internal movement have on many other fundamental rights,⁸⁴ as well as its incompatibility with the idea of individual freedom propounded by the *ICCPR*,⁸⁵ it seems conceivable that by maintaining such restrictions China would defeat the object and purpose of the *ICCPR*. The principle of good faith mandates that, in preparation for its eventual ratification of the *ICCPR*, China should enact gradual reforms to enhance people mobility, while including every citizen irrespective of their social status or origins in the basic public service system.

B. Economic, Social and Cultural Inequalities

Arbitrary restrictions upon the right to freedom of internal movement often lead to the denial of economic, social and cultural rights, as well as of other civil and political rights.⁸⁶ The *hukou* system showcases this delicate interplay. In what follows, we shall focus on its relation to economic, social and cultural rights. Bearing in mind that China has ratified the ICESCR, and that the State is thus obliged to the progressive realization of legal obligations enshrined therein,⁸⁷ it is important to emphasize that the exercise of such rights is subject to the principle of equality and non-discrimination which, as will be discussed in the next section, is directly applicable.⁸⁸

Restrictions on freedom of movement and the inherent discriminatory nature of the *hukou* system determines inequality in various ways. First, they prevent rural

⁸⁴ *The Right to Education: Report Submitted by the Special Rapporteur, Katarina Tomaevski: Addendum - Mission to China*, UNCHROR, 60th Sess, UN Doc E/CN.4/2004/45/Add.1 (2003) at para 27; *Report of the Special Rapporteur*, *supra* note 1 at para 27; Committee on the Rights of the Child, *Report on the Fortieth Session*, UNCRCOR, 40th Sess, UN Doc CRC/C/153 (2006) at para 324; Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review - China*, UNHRCOR, 11th Sess, UN Doc A/HRC/11/25 (2009) at para 92(f); Committee on the Rights of the Child, *Concluding Observations on the Combined Third and Fourth Periodic Reports of China*, UNCRCOR, 64th Sess, UN Doc CRC/C/CHN/CO/3-4 (2013) at paras 39, 48, 81.

⁸⁵ *ICCPR*, *supra* note 36, preamble. See also Bossuyt, *supra* note 49 at 253.

⁸⁶ For a complete account of the interplay between freedom of movement and freedom of religion of Chinese migrant workers, see Lawrence Cox, "Freedom of Religion in China: Religious, Economic and Social Disenfranchisement for China's Internal Migrant Workers" (2006–2007) 8:2 *Asian Pac L & Pol'y J* 370; For the connection between land rights and the *hukou* system, see Zhan & Andreas, *supra* note 26.

⁸⁷ As evidenced by Article 2 ICESCR, *supra* note 37.

⁸⁸ See *Note verbale dated 5 December 1986 from the Permanent Mission of the Netherlands to the United Nations Office at Geneva addressed to the Centre for Human Rights* ("Limburg Principles"), UNCHROR, 43rd Sess, UN Doc E/CN.4/1987/17 (1987) at para 22 [*Note verbale*]; Dongping Yang, "From Equality of Right to Equality of Opportunity: the Slot of Educational Equity in New China" (2006) 4:2 *Peking University Education Rev* [Yang]; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*, UNCESCROR, 5th Sess, UN Doc E/1991/23 (1990) at para 1 [*General Comment No 3*]; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 18: The Right to Work (Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, UNCESCROR, 35th Sess, UN Doc E/C.12/GC/18 (2006) at para 33 [*General Comment No 18*]; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art 2, para. 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, UNCESCROR, 42nd Sess, UN Doc E/C.12/GC/20 (2009) at paras 2, 7 [*General Comment no 20*].

residents from moving to urban areas where these residents would have access to better opportunities in relation to their work and consequent income.⁸⁹ Second, citizens with rural *hukou* registration have access to poorer education compared to their urban counterparts, creating educational disparities that exacerbate social inequalities.⁹⁰ Third, the *hukou* status, in combination with the restriction of mobility and uneven distribution of resources, led to significant inequalities in access to health-related goods and services for different segments of the population.⁹¹

Migrants' contribution to economic growth in China has come at a human cost, especially for those in an irregular situation. This is generally the case of migrant workers without local *hukou* registration, who are still forced by circumstances to migrate in order to find work in larger cities at whatever physical, psychological or economic cost.⁹² Their irregular position makes it more difficult for migrant workers to demand a labour contract, and it exposes them to exploitative working conditions without any effective legal remedy.⁹³ Article 7 *ICESCR* mandates the guarantee of just and favourable conditions of work, including "fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind."⁹⁴ The *hukou* system, with its barriers to workers' legal mobility, leads to unequal conditions of work, where rural migrant workers are less paid and are less protected by the legal system than their urban peers.

⁸⁹ Fei-Ling Wang, "Conflict, Resistance and the Transformation of the *Hukou* System" in Elizabeth J Perry & Mark Selden, *Chinese Society: Change, Conflict and Resistance*, 3rd ed (London; New York: Routledge, 2010) 80; Alexander & Chan, *supra* note 18; Dong Yan, "Chinese Labour Law Development and *Hukou* Discrimination" in *Fundam Labour Rights China - Leg Implement Cult Log, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* (Springer, Cham, 2016) 219; Kam Wing Chan, "China: Internal Migration" in Peter Bellwood & Immanuel Ness, *Encyclopedia of Global Human Migration* (Hoboken: Blackwell Publishing Ltd, 2013).

⁹⁰ Jessica L Montgomery, "The Inheritance of Inequality: *Hukou* and related Barriers to Compulsory Education for China's Migrant Children" (2012) 21 *Pac Rim L & Pol'y J* 591; Holly H Ming, *The Education of Migrant Children and China's Future: The Urban Left Behind* (2014); Nunzio Nazareno Donzuso, "'Equality of Opportunities' in Education for Migrant Children in China" (2015) 2:1 *Global Social Welfare* 9.

⁹¹ Yapeng Zhu, Kinglun Ngok & Wenmin Li, "Policy Actors and Policy Making for Better Migrant Health in China: From a Policy Network Perspective" (2014) 4 *J Public Adm* 004; Therese Hesketh et al, "Health Status and Access to Health Care of Migrant Workers in China" (2008) 123:2 *Public Health Rep* 189.

⁹² Na Lan, "Is There New Hope in Labor Rights Protection for Chinese Migrant Workers" (2009) 10:2 *Asian Pac L & Pol'y J* 482; Malcolm Sargeant & Maria Giovannone, *Vulnerable Workers: Health, Safety and Well-being* (Farnham: Gower Publishing, 2011); Jing Dai et al, "Internal Migration, Mental Health, and Suicidal Behaviors in Young Rural Chinese" (2015) 50:4 *Social Psychiatry & Psychiatric Epidemiology* 621; Among many reports from international NGOs, see Human Rights Watch, "*One Year of My Blood*": *Exploitation of Migrant Construction Workers in Beijing* (12 March 2008, Vol 20, No 3(C)), online: <www.hrw.org/reports/2008/china0308/>.

⁹³ Amnesty International, *People's Republic of China Internal Migrants: Discrimination and Abuse The Human Cost of an Economic 'Miracle'* (2007) online (pdf): <www.amnesty.org/download/Documents/64000/asa170082007en.pdf>; Haining Wang, Fei Guo and Zhiming Cheng, "Discrimination in Migrant Workers' Welfare Entitlements and Benefits in Urban Labour Market: Findings from a Four-City Study in China" (2015) 21:2 *Population, Space and Place* 124.

⁹⁴ *ICESCR*, *supra* note 37, art 7.

In terms of health care, Chinese internal migrants inhabit an environment of vulnerability and marginalization. Their status as outsiders in the urban areas virtually excludes them from the health care system. They are typically not eligible for urban health insurance, which is available only to urban residents. Moreover, expensive insurance programs are beyond their economic capacities. The health care available to Chinese internal migrants is usually provided in the rural areas from which they come by virtue of their *hukou* registration. However, in general, rural health care is remarkably inferior to that offered in the cities.⁹⁵ Article 12 *ICESCR* recognizes, “the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.” It provides that States must take the necessary measures to achieve the full realization of this right. According to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), services related to health care and the determinants of health must be:

[...] based on the principle of equity, ensuring that these services, either privately or publicly provided, are affordable for all, including socially disadvantaged groups. Equity demands that poorer households should not be disproportionately burdened with health expenses as compared to richer households.⁹⁶

The irregular situation of the most part of migrants’ workers in urban areas causes severe difficulties of access to social services. Given the inherited nature of the *hukou*, this problem also affects migrant workers’ children if they move to the cities with parents in an irregular situation.⁹⁷ Lacking urban *hukou* registration, migrant children in the largest cities have no access to public education.⁹⁸ Migrant families are often faced with the decision whether to leave their children behind in the villages, where they would receive state-subsidized education, or turn to expensive and often inefficient private system alternatives.⁹⁹ Article 10 *ICESCR* requires States to

⁹⁵ According to Amnesty International, even though the health care system in China declined, the still existent government investment in health care is mostly allocated in urban areas. About 80% of the total health care budgeted is in fact invested in medical facilities and other health benefits in large cities: Amnesty International, *supra* note 93.

⁹⁶ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, UNCESCROR, 22nd Sess, UN Doc E/C.12/2000/4 (2000) at para 12.

⁹⁷ Migrant parents often leave behind their children in the countryside, where they are able to receive a state-subsidized education, and grow up with other family members, friends, or alone, taking care of themselves. According to figures from UNICEF, in 2010, the number of “left-behind children” in China was 69.73 million. The majority of them was living in rural areas: UNICEF, *Children in China: An Atlas of Social Indicators* (2014), online: <www.unicef.cn/en/atlas-social-indicators-children-china-2014>; In 2014, the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR) reported that owing to the *hukou* system, an estimated number of 55 to 60 million children have been left behind by their parents in the rural areas, CESCR, *Concluding Observations on the Second Periodic Report of China, Including Hong Kong, China, and Macao, China*, UNCESCROR, 2014, UN Doc E/C.12/CHN/CO/2 at para 15 [*Concluding Observations on the Second Periodic Report*].

⁹⁸ UNICEF, *The State of the World’s Children 2016: A Fair Chance for Every Child* (2016) at 79, online: <www.unicef.org/publications/index_91711.html>; For further discussion, see Montgomery, *supra* note 90.

⁹⁹ Minhua Ling, ““Bad Students Go to Vocational Schools!”: Education, Social Reproduction and Migrant Youth in Urban China” (2015) 73 *China J* 108.

recognize, “the widest possible protection and assistance [...] to the family [...] particularly for its establishment and while it is responsible for the care and education of dependent children.”¹⁰⁰ Further, Article 13 *ICESCR* mandates the recognition of “the right of everyone to education.”¹⁰¹ These rights are guaranteed and protected in the Chinese domestic legal system.¹⁰² The 1995 *Education Law of the People’s Republic of China* provides the legal framework sustaining the Chinese educational system. In accordance with a general decentralization trend, the State Council is responsible for the overall planning, coordination and management of education policies, while local administrative departments of education take responsibility for concrete educational activities in their respective local jurisdictions.¹⁰³ Notwithstanding various laws and regulations issued by the central government to urge local administrations to undertake the costs of compulsory education for migrant children, these laws have been rarely implemented thus far.¹⁰⁴ Local authorities do not receive additional funding for migrant children education from the central government and, therefore, take virtually no responsibility for their education. National laws regarding the State’s commitment to provide free, compulsory education to all children are interpreted as imposing local authorities’ responsibility only for the education of children registered in the districts whose parents are permanent residents. Thus, public schools often claim to be full or set quotas and very high (or even unachievable) admission criteria. It emerges that the institutional division among citizens created by the *hukou* system, accompanied with growing financial decentralization and consequent unchecked discretion of local public administrations, still jeopardizes the inclusion of migrant children into state’s compulsory education system.

It might be worth remembering that according to Article 4 *ICESCR*:

The States Parties to the present Covenant recognize that, in the enjoyment of those rights provided by the State in conformity with the present Covenant, the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society.

In this respect, the same considerations already put forward with regard to the limitations of right of freedom of movement. Freedom of movement is inherently

¹⁰⁰ *ICESCR*, *supra* note 37, art 10.

¹⁰¹ *Ibid*, s 13(1).

¹⁰² The primary legal source addressing the right to education is the *Chinese Constitution*, *supra* note 69, which at Article 46 reads as follows: “Citizens of the People’s Republic of China have the duty as well as the right to receive education”; In addition to this general principle, Article 9 of the *Education Law of the People’s Republic of China* stipulates that “[c]itizens shall enjoy equal opportunity of education regardless of their ethnic community, race, sex, occupation, property or religious belief”, People’s Republic of China, *Education Law of the People’s Republic of China*, Order No. 45, Third Session of the Standing Committee of the Eighth National People’s Congress (1995) [*Education Law*].

¹⁰³ *Education Law*, *supra* note 102, arts 14–15.

¹⁰⁴ For a complete account of the legal and regulatory framework covering internal migrant children’s right to education, see Wenxin Li, *Chinese Internal Rural Migrant Children and their Access to Compulsory Education* (PhD Thesis, Queen Mary University of London, 2013) [unpublished].

intertwined with the enjoyment of economic social and cultural rights.¹⁰⁵ The *hukou* system has been described as an “invisible wall”¹⁰⁶ that not only impedes free movement, but also restricts the economic social and cultural rights of the Chinese rural population.¹⁰⁷ The current implementation of the *hukou* system fails to meet a condition laid down by Article 4 *ICESCR*: that is to say that its unique purpose is not the promotion of “the general welfare in a democratic society.” Instead, it contributes to perpetrating inequality and discrimination.

In its 2014 report to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, China has provided a list of the main measures taken to reform the household registration system. These measures regard, in particular, access to employment, social security, public health services and education and are meant to progressively align the situation of rural-to-urban migrant workers to that of urban residents.¹⁰⁸ The political and technical complexities that a comprehensive reform entails risk to reduce such statement into mere wishful thinking. Further steps need to be taken, as observed by the Committee, which in its concluding observations remained concerned about the vulnerable position of migrant workers, particularly those who lack household registration.¹⁰⁹

C. The Principle of Equality and Non-Discrimination and the *Hukou* Invisible Wall

Equality is a deep-rooted idea in human morality. It is therefore unsurprising that it has widely been legally recognized as a fundamental principle in most constitutions. The principle of equality and non-discrimination is enshrined among the founding norms of the Chinese Constitution. Yet, the law still neglects discrimination based on *hukou* registration.¹¹⁰

The inherent discriminatory nature of the *hukou* system is the hallmark of the various human rights violations that it occasions. This system divides China’s population into two distinct “social classes”: *hukou* registered citizens and those who are not. This division determines inequality in various ways. It significantly affects the rural population hindering their legal mobility and their access to many opportunities

¹⁰⁵ See e.g. *Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *supra* note 60 at para 133.

¹⁰⁶ See *inter alia* Kam Wing Chan, *Cities With Invisible Walls: Reinterpreting Urbanization in Post-1949 China* (New York: Oxford University Press, 1994).

¹⁰⁷ The International Court of Justice has already had the occasion of linking the two questions with regard to *Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *supra* note 60 at para 133.

¹⁰⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *List of issues in Relation to the Second Periodic Report of China, Including Hong Kong, China and Macao, China - Addendum: Replies of China to the List of Issues*, UNCESCROR, 52nd Sess, UN Doc E/C.12/CHN/Q/2/Add.1(2014) at paras 25–30.

¹⁰⁹ *Concluding Observations on the Second Periodic Report*, *supra* note 97 at para 15.

¹¹⁰ See *Chinese Constitution*, *supra* note 69, arts 4, 33; See also People’s Republic of China, *Law of the People’s Republic of China on the Protection of Rights and Interests of Women*, 17th meeting of the Standing Committee of the 10th National People’s Congress (2005) (entered into force 1 December 2005), art 2; People’s Republic of China, *Law of the People’s Republic of China on the Protection of Disabled Persons*, 17th meeting of the Standing Committee of the Seventh National People’s Congress (1990, amended 2008) (entered into force 1 July 2008), art 3.

and social benefits. Even after several reforms, this system remains one of the major sources of discrimination and inequality in China and arguably contributes to the country's most prevalent human rights violations.

Equality is coupled with non-discrimination to prohibit unjustifiable and differential treatment. While the notion of equality expresses the fundamental value of respect for the inherent dignity of all human beings, non-discrimination ensures that no one is denied the protection of the law based on unjustified and exogenous factors. The idea of equality and non-discrimination is a fundamental principle of general international law.¹¹¹ It is generally recognized that such principle is a rule of customary international law and the rules prohibiting the most serious forms of discrimination are *jus cogens* norms in international law.¹¹² However, it is worth remembering that the principle of non-discrimination does not prohibit all differences in treatment. A differential treatment is still admissible provided that the conditions for such differentiation are deemed "reasonable and objective."¹¹³ This confers on States a relatively broad margin of appreciation.¹¹⁴ In this sense, treaty law might be helpful to grasp with somewhat more certainty the implications of such fundamental principle with regard to the *hukou* system.

Two of the core UN human rights treaties, of which China is a State party, are entirely devoted to the issue of equality and non-discrimination: the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*¹¹⁵ and *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*.¹¹⁶ All the other UN human rights treaties (except the *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*)¹¹⁷ deal with the issue of non-discrimination on various grounds.¹¹⁸

¹¹¹ Among the vast literature on the topic, see Warwick McKean, *Equality and Discrimination under International Law* (New York: Oxford University Press, 1983); Anne F Bayefsky, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law" (1990) 11:1-2 HRLJ 1; Wouter Vandenhoe, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies* (Oxford: Intersentia, 2005); Samantha Besson, "The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child" (2005) 13:4 Intl J Child Rts 433; Ryszard Cholewinski & Shauna Olney, "Migrant Workers and the Right to Non-discrimination and Equality" in Cathryn Costello & Mark Freedland, *Migrants at Work: Immigration and Vulnerability in Labour Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014) 259; Vincent Chetail, "The Human Rights of Migrants in General International Law: From Minimum Standards to Fundamental Rights" (2013) 28:1 Geo Immigr LJ 225.

¹¹² The Inter-American Court of Human Rights has even considered that "[a]t the existing stage of the development of international law, the fundamental principle of equality and non-discrimination has entered the realm of *jus cogens*", *Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights (Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants) (United Mexican States)* (2003) Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am Ct HR (Ser A) No 18, at paras 100–101.

¹¹³ *General Comment No 20, supra* note 88 at para 13; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, CERDOR, 64th & 65th Sess, Supp No 18, UN Doc A/59/18 (2004) at para 469 (4).

¹¹⁴ Chetail, *supra* note 65 at 70.

¹¹⁵ *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, supra* note 40.

¹¹⁶ *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, supra* note 39.

¹¹⁷ *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, supra* note 41.

¹¹⁸ For a complete analysis of the interpretation and application of the principles of equality and non-discrimination among UN Treaty Bodies, see Vandenhoe, *supra* note 111.

Equality and non-discrimination is a *leitmotif* with respect to civil and political as well as economic, social and cultural rights. There are, however, some differences between the two most prominent international treaties protecting these two groups of rights. On the one hand, while Section 2(1) *ICCPR* limits the prohibition of discrimination to the Covenant's rights, Article 26 holds an independent guarantee of equality before the law and equal protection of the law.¹¹⁹ Both provisions prohibit discrimination of any ground such as "race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."¹²⁰ On the other hand, the *ICESCR* does not include a "free-standing" provision on non-discrimination.¹²¹ The obligation of non-discrimination established under Article 2 *ICESCR* is accessory to a violation of a substantive right guaranteed by the Covenant. According to Section 2(2), similarly to its counterpart in the *ICCPR*, the rights included in the *ICESCR* should be provided without discrimination on grounds such as "race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."¹²² Most importantly, the *ICESCR* anticipates the progressive realization of the rights defined therein. However, the principle of equality non-discrimination is "immediately applicable and is neither subject to progressive implementation nor dependent on available resources."¹²³ Even though the *ICESCR* endorses obligations of results in relation to the progressive realization of the rights recognized therein, the principle of non-discrimination and equal treatment is considered to have an immediate and crosscutting effect. State parties have therefore the immediate obligation to adopt the necessary measures to prevent, diminish and eliminate the conditions and attitudes, which cause or perpetuate *de jure* or *de facto* discrimination.¹²⁴

The *hukou* system creates several institutional and social barriers to the exercise of the rights included in the core UN human rights treaties.¹²⁵ Such hindrances

¹¹⁹ *Werner Petersen v Germany*, HRC Dec 1115/2002, UNHRCOR, 80th Sess, UN Doc CCPR/C/80/D/1115/2002 (2004) at para 6.7.

¹²⁰ As previously observed, given the current state of China's ratification of the *ICCPR*, the application of this provision to the issues raised by the *hukou* system might be a daunting task. However, the same considerations put forward below, with regard to China's interim obligation of good faith would apply.

¹²¹ Vandenhoe, *supra* note 111 at 22.

¹²² *ICESCR*, *supra* note 37, s 2(2).

¹²³ See *Note Verbale*, *supra* note 88 at para 22; *General Comment No 3*, *supra* note 88 at para 1; *General Comment No 18*, *supra* note 88 at para 33; *General comment No 20*, *supra* note 88 at paras 2, 7; Yang, *supra* note 88.

¹²⁴ *General Comment No 20*, *supra* note 88 at para 8.

¹²⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: People's Republic of China (including Hong Kong and Macao)*, UNCESCROR, 34th Sess, UN Doc E/C.12/1/Add.107 (2005) at para 15 [*Concluding observations of the CESCR*]; *Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: China (Including Hong Kong and Macau Special Administrative Regions)*, UNCERDOR, 75th Sess, UN Doc CERD/C/CHN/CO/10-13 (2009) at para 14 [*Concluding Observations of the CERD*]; *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, UNCERDOR, 74th & 75th Sess, Supp No 18, UN Doc A/64/18 (2009) at para 32(14) [*Report of the CERD*]; Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Issue of Discrimination Against Women in Law and in Practice: Mission to China*, UNHRCOR, 26th Sess, UN Doc A/HRC/26/39/Add.2 (2014) at para 71 [*Report of the HRC on the Issue of Discrimination Against Women*]; *Concluding Observations on the Second Periodic Report*, *supra* note 97 at para 15.

discriminate Chinese citizens on the basis of their social origin, i.e., on the basis of their *hukou* registration. According to the Committee on Economic, Social and Political Rights, the expression “social origin” refers to a “person’s inherited social status.”¹²⁶ Since individuals’ *hukou* registration generally depends upon the holder’s place of birth and upon his or her parents’ *hukou* statuses, it indisputably qualifies as “social status.” Accordingly, the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights has recommended the complete abolition of the *hukou* system.¹²⁷ With regard to the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*¹²⁸ and the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*,¹²⁹ while the *hukou* system has been the object of severe criticism, its gradual reform was welcomed as a positive step towards equality.¹³⁰

The principle of non-discrimination implies the prohibition of direct, indirect or systematic discrimination to ensure real and effective equality. Discrimination consists not only of different treatments of similar situations, but it may also arise by failing to take due and positive account of all relevant differences. This implies that the principle of equality and non-discrimination imposes to take adequate steps to ensure that the rights and collective advantages are genuinely accessible by and to all. By hindering people from moving to areas where they would be economically productive, the *hukou* system has contributed to economic and social inequality. Furthermore, even if the system has been the object of various reforms and it may no longer permanently confine citizens to their place of birth, some of its bureaucratic barriers remain in place and deter the free movement of people, as well as their access to other economic, social and cultural rights. Through its fundamental function in the distribution of social services, this system continues to deter legal mobility and contributes to social inequalities. The challenge ahead will be to fight substantive and systemic discrimination, which in practice requires paying sufficient attention to a group of individuals that continues to suffer persistent prejudice.¹³¹

IV. Most Recent Reforms and Challenges Ahead

Some scholars have pointed out that, though manifestly discriminatory, the *hukou* system serves the need to maintain a certain degree of social stability.¹³² By preventing large-scale movement of rural populations to the cities on a permanent basis, the *hukou* system reduces pressure on China’s congested cities with implications that concern not only migrants themselves, but also society as a whole. Indeed, the rapid

¹²⁶ *General Comment No 20*, *supra* note 88 at para 24.

¹²⁷ *Concluding Observations of CESCR*, *supra* note 125 at paras 15, 46; *Concluding Observations on the Second Periodic Report*, *supra* note 97 at para 15.

¹²⁸ *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, *supra* note 40.

¹²⁹ *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, *supra* note 39.

¹³⁰ See *Concluding Observations of the CERD*, *supra* note 125 at para 14; *Report of the CERD*, *supra* note 125 at para 14; *Report of the HRC on the Issue of Discrimination Against Women*, *supra* note 125 at paras 71–73.

¹³¹ *General Comment No 20*, *supra* note 88 at para 12.

¹³² See *inter alia* Monkman, *supra* note 48 at 97.

movement of people from rural to urban areas in developing countries has already led to social marginalization and exclusion, reflected by the creation of areas where the poor live with limited social services, inadequate public infrastructure and scarce economic opportunities. The failure of many developing countries to manage the pressure of internal migration is evident in the slums present in the cities of countries such as India and Brazil.¹³³ The *hukou* system has consistently mitigated some of the concerns that accompanied urbanization. For this reason, despite the problems related to the consistency of the *hukou* dualism with many human rights obligations, and the calls from the UN, academics, civil society and the media for its abolition, reforms have been somehow hesitant.¹³⁴ In the same vein, many scholars, instead of suggesting the complete elimination of this system, prefer to advance various proposals for its amendment.¹³⁵ Reform proposals include, *inter alia*, the removal of all the extra functions related to the *hukou* system and the establishment of implementation mechanisms including judicial review;¹³⁶ the creation of a hybrid *hukou* registration, which would allow its holder to exchange his or her rural *hukou* for an urban one after several years of residence in a city or to return to the countryside and there invest their earnings;¹³⁷ a nationwide harmonization, in which the central government will put forward general guidelines pertaining to social welfare.¹³⁸

The continuing inequities and inequalities of the *hukou* system are a source of deep concern and discontent in China. Thus, the system's renovation was one of the main objectives of the reform plan outlined by President Xi Jinping.¹³⁹ In March 2014, China's central government released its *New National Urbanization Plan*, which proposed to grant approximately 100 million rural migrant workers and other long-term residents a local urban *hukou* by 2020. The priority group is that of migrant workers with stable employment in urban areas, but other groups are also included: graduates of universities, vocational and technical schools, workers from other cities and local population with a rural (rather than urban) *hukou*.¹⁴⁰ On 24 July 2014, the State Council, the cabinet which supervises China's government apparatus, released a circular pertaining its *Opinions on Further Promoting the Reform of the Hukou System* that proposed to unify the registration system, implementing a comprehensive residence

¹³³ *Ibid* at 96.

¹³⁴ *Concluding Observations of CESCR*, *supra* note 125 at para 46; *Concluding Observations on the Second Periodic Report*, *supra* note 97 at para 15; Chan, "Hukou System at 50", *supra* note 8; Bao et al, *supra* note 28; Ying Li & Ernest Chui, "China's Policy on Rural-Urban Migrants and Urban Social Harmony" (2011) 7:7 *Asian Social Science* 12; Human Rights Watch, *China: Congress Should End Migrant Discrimination* (3 March 2009), online: <www.hrw.org/news/2009/03/03/china-congress-should-end-migrant-discrimination>.

¹³⁵ See *inter alia* Zhu, *supra* note 67; Zhan & Andreas, *supra* note 26; Monkman, *supra* note 48.

¹³⁶ Zhu, *supra* note 67 at 564.

¹³⁷ Monkman, *supra* note 48.

¹³⁸ Fang Cai, "Hukou System Reform and Unification of Rural-urban Social Welfare" (2011) 19:3 *China & World Economy* 33.

¹³⁹ China Daily, "Xi urged *hukou* reform in 2001 PhD paper", *China Daily* (31 July 2014), online: <www.chinadaily.com.cn/china/2014-07/31/content_18220187.htm>.

¹⁴⁰ Memorandum from Kam Wing Chan, "Achieving Comprehensive *Hukou* Reform in China" (Chicago: Paulson Institute, December 2014), online: <www.paulsoninstitute.org/think-tank/2014/12/16/achieving-comprehensive-hukou-reform-in-china/>.

permit system and an improved mechanism of basic public service supply.¹⁴¹

These initiatives reflect China's central government commitment to change the present system through comprehensive reform. More generally, the Chinese government seems determined to demonstrate to the world and to its own population its commitment to improve the human rights situation in the country.¹⁴² In this vein, in June 2015, the Information Office of the State Council issued a white paper on *Progress in China's Human Rights in 2014*.¹⁴³ The document reported the increase of basic public services coverage in both urban and rural areas, the heightened awareness about the limited access to education of children of rural migrant workers and the improvement of legitimate rights and interests of rural migrant workers thanks to a series of measures, such as the *Plan to Raise the Vocational Skills of Migrant Workers* and the State Council's *Opinions on Further Promoting Household Registration System Reform*.¹⁴⁴ Further, in 2015, the State Council issued the *Interim Regulation on Residence Permits*, which was aimed at "promoting the sound development of new-type urbanization, enhancing the availability of basic urban public services and conveniences to all permanent residents, protecting the lawful rights and interests of citizens, and promoting social fairness and justice."¹⁴⁵ The *Interim Regulation on Residence Permits* was enacted in January 2016 and requested provinces to formulate detailed regulations on residence permits, and therefore, on access to social welfare according to local economic and social situations.

The new governmental strategies oriented towards the promotion of a comprehensive *hukou* system reform should be regarded as a positive step towards equality and social justice. Many crucial issues, however, have yet to be adequately addressed and resolved. First, the eligibility conditions for obtaining a residence permit under the *Interim Regulation on Residence Permits* appear rather narrowly defined. According to Article 2, the possibility to request a residence permit applies to those citizens who, having left their permanent residence, reside in another city for more than half a year and satisfy one of the following conditions: 1) having a legal and stable job; 2) having a legal and stable residence; 3) attending school continuously.¹⁴⁶ These conditions appear inapplicable to most part of migrant workers who are irregularly working and living in the cities. Second, the distinction based on *hukou* locations still represents a legally consecrated distinction between two different classes of citizens:

¹⁴¹ The full text of the State Council circular is available in Chinese online: China Government Network <www.gov.cn/zhengce/content/2014-07/30/content_8944.htm>. An English translation is available at China Law Translate, "关于进一步推进户籍制度改革的意见", online: <chinalawtranslate.com/state-council-opinion-of-hukou-reform/?lang=en>.

¹⁴² Subedi, *supra* note 7 at 441.

¹⁴³ People's Republic of China, Information Office of the State Council, *Progress in China's Human Rights in 2014* (2015), online: <english.www.gov.cn/archive/white_paper/2015/06/08/content_281475123202380.htm>.

¹⁴⁴ *Opinions of the State Council on Further Promoting the Reform of the Household Registration System*, 30 July 2014.

¹⁴⁵ People's Republic of China, State Council, *The Interim Regulation on Residence Permits*, Order no 663, 109th Executive Meeting (2015), online: *Peking University* <en.pkulaw.cn/display.aspx?cgid=73486fc333ab2ac2bdfb&lib=law>.

¹⁴⁶ *Ibid.*, art 2.

the local and the non-local. Notwithstanding the removal of the *hukou* registration requirement in towns and smaller cities and its relaxation in medium-sized cities, largest cities—the main migration destinations—maintain severe control regimes limiting the possibility to obtain a local *hukou* conversion. This will imply that for the vast majority of Chinese internal migrants the situation will not change: they will still be legally excluded from basic state-provided services and welfare dedicated to local *hukou* holders. Most recently, the *National Human Rights Action Plan for 2016–2020*¹⁴⁷ reiterated that ongoing *hukou* reforms would remove the differences between agricultural and non-agricultural registration. However, abolishing the agricultural/non-agricultural *hukou* distinction at national level will probably have scarce effect on migrants in Chinese larger cities if they cannot obtain a local *hukou*.

There continues to be a lack of political will accompanied by resistance from urban residents to any *hukou* reform that would provide an easier path to regularization for migrant workers in largest cities. Given the decentralized nature of these policies, local administrations have insufficient incentives to open their *hukou* systems door to migrant workers.¹⁴⁸ In this vein, the UN Special Rapporteur on extreme poverty and human rights recently pointed out that “[r]eforms would only be feasible if accompanied by additional governmental resource allocations.”¹⁴⁹

Finally, it is worth noting that the *hukou* system can have a significant impact not only on internal, but also on international migration, a phenomenon that is now gaining momentum in China. In 2003, Zhu observed that:

If the disparity between the urban areas and rural areas in terms of living standards becomes little through economic development, the mutual flowing of persons between the urban areas and rural areas will hopefully be helpful for the settlement of the problem of huge population in cities.¹⁵⁰

With the gradual approximation of living standards, people might be less willing to move from rural to urban areas. This, however, will open new challenges for the industrial sector, which will no more be able to rely on the cheap labour of internal migrants. As it is often the case, the solution can come from international migrants.¹⁵¹ This development might open new protection gaps, since international migration is

¹⁴⁷ *National HR Action Plan*, *supra* note 81 at s I(3).

¹⁴⁸ As aptly observed by Wu, “[t]he more *hukou* population in a territory, the more financial pressure the locality must undertake to meet the social needs of its citizens. Therefore, if the local host governments open the *hukou* system door to their migrant workers, they must take care of these migrants in all the decentralized responsibilities of social provision. However, without officially accepting this population group, temporary migrants have been excluded by the local authorities in host cities within a legal institutional framework”, Wu, *supra* note 22 at 39.

¹⁴⁹ *Report of the Special Rapporteur*, *supra* note 1 at para 28; See also *Report submitted by the Special Rapporteur on the Right to Food - Addendum : Preliminary Note on the Mission to China*, UNHRCOR, 16th Sess, UN Doc A/HRC/16/49/Add.3 (2011) at paras 16–17 [*Report on the Right to Food*], highlighting the significance of fiscal reforms to integrate the rural migrants into the urban public service schemes.

¹⁵⁰ Zhu, *supra* note 67 at 558.

¹⁵¹ International Labour Organization and International Organization for Migration, *Attracting Skilled International Migrants to China: A Review and Comparison of Policies and Practices* (Geneva: International Labour Organisation, 2017), online (pdf): *International Organization for Migration* <publications.iom.int/system/files/pdf/attracting_skilled_en_0.pdf>.

controlled through the *hukou* system.¹⁵² The consequences of this new phenomenon have yet to be observed and call for further research.

With these words, Simone Weil lucidly described in 1943 what she considered the most dangerous malady to which human societies are exposed: uprootedness. As a consequence of the disconnection from the past and the loss of one's community, uprootedness results in the inability to actively participate in the life of the different communities to which one belongs. Being rooted is not synonymous with immobility or closure. Weil's call for the preservation of roots, "doesn't mean they should be fenced in. On the contrary, never was plenty of fresh air more indispensable. Rooting in and the multiplying of contacts are complementary to one another."¹⁵³ In this sense, roots themselves are constantly moving and fluidly changing.¹⁵⁴

The contemporary phenomenon of uprootedness has a global dimension that presents a great challenge to international human rights law.¹⁵⁵ Uprootedness emerges in the domain of global migration and manifests itself in various forms in different regions of the world. The primacy of the capital overwork, which corresponds to the preeminence of egoism over solidarity, emerges in the condition of irregular migrants all over the world.¹⁵⁶ The vulnerable condition of international migrants in an irregular situation, to some extent, mirrors that of Chinese internal migrants without a regular *hukou* registration.

This article has attempted to show how the *hukou* system, in its modern decline, has contributed to uprooting millions of Chinese migrant workers and their

¹⁵² People's Republic of China, *Exit and Entry Administration Law of the People's Republic of China*, Order no 57, 27th meeting of the Standing Committee of the Eleventh National People's Congress of the People's Republic of China (2012), art 39 (entered into force 1 July 2013), online: *China Consular Service Network* <cs.mfa.gov.cn/wgrlh/lhqz/lhqzjjs/t1120988.shtml>; Foreigners must register their housing at the local authorities within 24 hours from the arrival. Local authorities thus have information about foreigners' whereabouts and residence permit; For a complete analysis, see Heidi Østbø Haugen, "Destination China: The Country Adjusts to its New Migration Reality" (2015) *The Online J of the Migration Policy Institute*, online: <www.migrationpolicy.org/article/destination-china-country-adjusts-its-new-migration-reality>.

¹⁵³ Weil, "L'enracinement", *supra* note 5 at 52.

¹⁵⁴ For an insightful discussion about the concept of roots as a metaphor for the multiplicity of attachments that people form to places, see Liisa Malkki, "National Geographic: The Rooting of Peoples and the Territorialization of National Identity Among Scholars and Refugees" (1992) 7:1 *Cultural Anthropology* 24; Gonzalez Rice & David Laurence, *At the Threshold with Simone Weil: A Political Theory of Migration and Refuge* (Political Science Dissertation, Duke University, 2012), online: <dukespace.lib.duke.edu/dspace/handle/10161/5485>.

¹⁵⁵ See the eloquent concurring opinion of Judge Antônio A. Cançado Trindade in the Inter-American Court of Human Rights *Case of Haitian and Haitian-origin Dominican Persons in the Dominican Republic (Provisional Measures Requested by the Inter-American Commission on Human Rights) (Dominican Republic)*, (2000), Inter-Am Ct HR No 12.271 at para 2.

¹⁵⁶ *Ibid* at para 4.

families within their own country. Disconnected from both original home and host communities, Chinese internal migrants are forced in a condition of exclusion and marginalization. In line with the dominant hydraulic metaphor around international migration—which tends to dehumanize migrants by treating them in terms of canalization, dams and infiltrations—Chinese internal migrants are generally represented as the “floating population.”¹⁵⁷ These waves of “floating illegalities” are wasted lives, with no other option than trying to keep afloat in the urban stagnant waters conveyed by market exigencies.

The socio-economic inequality determined by the *hukou* system was not an appalling accident, but a structural necessity for the Chinese economic system. It was the price to be paid to reach economic growth and development. In the name of the greater good of the nation’s economic growth, the rural population has been forced to live in the poorest conditions and to experience systemic discrimination.

Profound divisions remain even though the “invisible wall” of the pre-reform years between urban and rural China no longer exists. Whereas rural migrants do not face the same legal restrictions as before, the removal of those formal barriers has merely provided them a second-class form of citizenship, which maintains their discrimination in terms of entitlement to employment, education and medical care in the cities. Disregard for the fundamental principle of equality and non-discrimination underlies the uprooted condition of the “floating population.”

Simone Weil’s sharp prescriptions against uprootedness cogently translate abstract speculation into concrete action. Prescriptions such as public and compulsory education accessible to all, vocational training and workers’ mobility provide lucid guidelines for the realization of a more just and equitable social order. In this sense, Weil’s prescriptions mirror those later incorporated in the core UN human rights treaties.¹⁵⁸ Accordingly, the problem of the uprootedness fostered by the *hukou* system should be considered within a framework of action oriented towards the eradication of discrimination, social exclusion and extreme poverty. A holistic human rights approach to the recently propounded institutional changes is crucial in order to allow China to maintain socio-economic and uphold its founding principle of equality.

¹⁵⁷ See Dorothy J Solinger, *Contesting Citizenship in Urban China: Peasant Migrants, the State, and the Logic of the Market* (Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1999) at xiii; Dorothy J Solinger, “The Creation of a New Underclass in China and Its Implications” (2006) 18:1 *Environment & Urbanization* 177; Yinjun Zhao et al., “Health Insurance Coverage and Its Impact on Medical Cost: Observations from the Floating Population in China” (2014) 9:11 *PLoS ONE* e111555; Thomas Scharping, *Floating Population and Migration in China. The Impact of Economic Reforms* (Hamburg: Mitteilungen des Instituts für Asienkunde, 1997); See also Marc Bernardot, “Petit traité de navigation dans la langue migratoire” (2016) 64:3 *Multitudes* 63.

¹⁵⁸ The limited scope of this paper does not allow a complete analysis of Weil’s objections, and alternative to a philosophy based on rights. It is, however, important to make a distinction between Weil’s conception of rights in national law as disguised expression of force, and human rights as the protection of the most vulnerable. International human rights law is the “juridical vest” of such protection; See Rita Fulco, “Diritto e diritti umani in Simone Weil” (2010) 12 *Dialegethai, Rivista telematica di filosofia* 1128, online: <mondodamani.org/dialegethai/rf02.htm>; *Contra* Edward Andrew, “Simone Weil on the Injustice of Rights-Based Doctrines” (1986) 48:1 *Rev Politics* 60.

The reform agenda proposed by the central government in 2016 should be regarded as a positive step towards the eradication of legal and social inequalities. The persistent concern about internal migrants' access to social provisions cannot be solved by the governments of sending provinces, because of their insufficient financial capabilities, nor can it be addressed by the local destination authorities, which do not have enough incentives to abandon the *hukou* system and integrate migrants. The renewed political orientation of the central government signals more disposition for progressive reforms and has the potential to facilitate a more open public discussion on the intertwined issues of citizenship, equality and solidarity. The concrete implementation of the governmental reform agenda will be crucial, and the monitoring function of the UN treaty bodies could play a relatively significant role in that process, not least with regard to the public exposure that *hukou* reforms have gained. The critical challenge would be to strike a balance between administrative and fiscal decentralization and the enforcement of national reforms to promote social equality.¹⁵⁹ Enhancing the incentives of local administrations to align with governmental guidelines would be decisive. In this sense, a key feature of future reforms could be improving local administration's revenues (for instance, through the tax system).

Migrants' rights in China depend to a certain extent on the technical ability and political willingness to reconceive decentralization in ways that will foster social equality rather than just economic growth. This issue can only be effectively confronted bearing in mind the indivisibility of all human rights—civil, political, economic, social and cultural. The firm determination to reform the *hukou* system on the basis of solidarity can lead China to better uphold its founding principle of equality and alleviate the sufferings of the uprooted.

¹⁵⁹ The importance of fiscal reforms has been highlighted by the UN Special Rapporteur on the right to food in his report after his visit to China: *Report on the Right to Food*, *supra* note 149 at para 17.

EXAMENS PRÉLIMINAIRES À LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE : FONDEMENTS JURIDIQUES, PRATIQUE DU BUREAU DE LA PROCUREURE ET DÉVELOPPEMENTS JUDICIAIRES

*Azé Kerté Amoulgam**

Les examens préliminaires occupent une place importante dans la procédure pénale de la Cour pénale internationale, car ils permettent de déterminer les situations qui feront l'objet d'enquête et de poursuites. Ils sont menés en toute discrétion par le Bureau de la Procureure. La Procureure peut engager des examens préliminaires de sa propre initiative ou à partir d'un renvoi d'un État partie ou du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies. Ces examens préliminaires portent sur une situation et débouchent, après le test de compétence, de recevabilité et des intérêts de la justice, sur une décision de la Procureure sur l'opportunité d'ouvrir ou non une enquête. Selon le mode de saisine et la nature de sa décision, la Procureure sera contrainte ou non de demander l'autorisation de la Chambre préliminaire avant de procéder à l'enquête. La Chambre préliminaire exerce deux types de contrôle sur la décision de la Procureure : un contrôle absolu lorsque la Procureure décide de passer à l'étape d'enquête de sa propre initiative ou lorsqu'elle refuse d'enquêter car il en est dans l'intérêt de la justice, et un contrôle souple lorsque la Procureure décide de ne pas enquêter après un renvoi. Le Bureau de la Procureure fait face à des choix difficiles et à des critiques dans sa manière de conduire les examens préliminaires, en lien notamment avec leur durée, leur publicisation, leur rôle, leur contrôle et leur traitement.

Preliminary examinations are an important part of the criminal procedure of the International Criminal Court, as they allow for the determination of the situations that will be investigated and prosecuted. They are conducted discreetly by the Office of the Prosecutor. The Prosecutor may initiate preliminary examinations on her own initiative or on the basis of a referral from a State party or the United Nations Security Council. Preliminary examinations deal with a situation and lead, after the test of jurisdiction, admissibility and the interests of Justice, on a decision of the Prosecutor on whether or not to open an investigation. Depending on the type of referral and the nature of its decision, the Prosecutor will be compelled or not to seek the pre-trial Chamber's authorization before proceeding with the investigation. The Pre-Trial Chamber exercises two types of control over the Prosecutor's decision: absolute control when the Prosecutor decides to proceed to the investigative stage on her own initiative or refuses to investigate because the interests of justice would not be served, and flexible control when the Prosecutor decides not to investigate after a referral. The Office of the Prosecutor is faced with difficult choices and criticism in the way it conducts preliminary examinations, particularly in relation to their duration, their publicization, their role, their control and their treatment.

Los exámenes preliminares son una parte importante del procedimiento penal de la Corte Penal Internacional, ya que permiten la determinación de las situaciones que serán investigadas y procesadas. Son conducidos discretamente por la Fiscalía General. El fiscal podrá iniciar exámenes preliminares por iniciativa propia o sobre la base de una remisión de un Estado parte o del Consejo de seguridad de las Naciones Unidas. Estos exámenes preliminares tratan de una situación y conducen, después de la prueba de la competencia, la admisibilidad y los intereses de la justicia, en una decisión del fiscal sobre si abrir o no una investigación. En función del tipo de remisión y de la naturaleza de su decisión, el fiscal se verá obligado o no a solicitar la autorización de la sala antes del juicio previo a la investigación. La Sala de Cuestiones Preliminares ejerce dos tipos de control sobre la decisión de la fiscal: el control absoluto cuando el fiscal decide proceder a la fase de investigación por iniciativa propia o se niega a investigar por la ausencia de los intereses de la justicia, y control flexible cuando el fiscal decide no investigar después de una remisión. La Fiscalía se enfrenta a decisiones difíciles y críticas en la forma en que realizan los exámenes preliminares, en particular en relación con su duración, su divulgación, su papel, su control y su tratamiento.

* L'auteur est doctorant et assistant d'enseignement et de recherche à la Faculté de droit de l'Université Laval. Il est aussi chercheur à la Chaire de recherche du Canada sur la justice internationale pénale et les droits fondamentaux. Il remercie la Professeure Fannie Lafontaine pour sa lecture et ses suggestions concernant cette étude.

La Cour pénale internationale (ci-après CPI ou Cour) se distingue des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* qui l'ont précédée à plusieurs égards. En plus d'être la première juridiction internationale pénale permanente et à vocation universelle, l'une de ses caractéristiques majeures est qu'elle a « la compétence de sa compétence »¹. Les tribunaux internationaux *ad hoc* avaient une compétence prédéterminée limitée dans le temps, dans l'espace (lieux) et parfois même à des affaires plus ou moins déterminées (indication sur les crimes visés et leurs auteurs présumés). Les articles premiers du *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*² et du *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda*³ par exemple ont circonscrit les limites géographiques et temporelles couvertes par leur juridiction de façon précise. La CPI, elle, ne connaissant pas d'avance le territoire et la période relatives aux situations dont elle va se saisir, est habilitée à déterminer sa compétence au cas par cas⁴ : c'est l'essence même des examens préliminaires.

Le terme « examen préliminaire » n'est employé qu'une seule fois dans le *Statut de Rome* de la Cour pénale internationale au paragraphe 6 de l'article 15 sur la saisine *proprio motu* de la Procureure. Cependant, cette procédure particulière n'est complète qu'avec l'association de l'article 53 intitulé « Ouverture d'une enquête »⁵. Elle est aussi reprise à la norme 25 du *Règlement du Bureau de la Procureure* intitulé « Déclenchement d'un examen préliminaire »⁶. Le Bureau de la Procureure a adopté en 2013 un *Document de politique générale relatif aux examens préliminaires* qui, bien que n'ayant pas un caractère obligatoire, donne des indications sur sa conception de cette étape de procédure⁷. Ce *Document* servira donc de base pour les observations à venir.

Le *Document* indique que les examens préliminaires sont une tâche attribuée par le *Statut de Rome* au Bureau de la Procureure aux articles 15-6 et 42-1⁸ et consistent à « [...] recueillir toute information pertinente nécessaire en vue de déterminer, en étant pleinement informé, s'il existe une base raisonnable pour ouvrir une enquête »⁹. Lorsqu'on accède au site internet officiel de la Cour pénale internationale, l'on retrouve en premier lieu dans la rubrique « Situations et affaires » la liste des examens

¹ *Document de politique générale relatif aux examens préliminaires*, Document de politique générale (Novembre 2013) au para 24 (Cour pénale internationale, *Bureau du Procureur*), en ligne : CPI <www.legal-tools.org/doc/8488bc/> [*Document de politique générale*]; Voir aussi Roger S. Clark, "Article 119 : Settlements of disputes", dans Otto Triffterer and Kai Ambos, dir., *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, Munich, C.H. Beck, 2016, 2273 à la p 2276.

² *Statut actualisé du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Statut (septembre 2009), art 1 (Nations Unies, TPIY).

³ *Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, Statut (8 novembre 1994), art 1 (Nations Unies, TPIR).

⁴ William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 à la p 141.

⁵ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 RTNU 3 aux arts 15, 53 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002) [*Statut de Rome*].

⁶ *Règlement du Bureau du Procureur*, Cour pénale internationale, norme 25 (entrée en vigueur 23 avril 2009).

⁷ *Document de politique générale*, *supra* note 1.

⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 5, arts 15-6, 42-1.

⁹ *Document de politique générale*, *supra* note 1 au para 2.

préliminaires, des situations qui font l'objet d'enquêtes et des affaires en cours¹⁰. Cet ordre de juxtaposition n'est pas anodin: il montre la première place qu'occupent les examens préliminaires dans les étapes de la procédure pénale de la CPI, puisqu'ils précèdent les phases d'enquête et de procès.

Au-delà des dispositions originelles du *Statut de Rome*, les examens préliminaires ont connu un développement jurisprudentiel important et une certaine avancée grâce à la pratique du Bureau de la Procureure. La présente étude a pour intérêt de présenter l'état et les enjeux actuels des examens préliminaires dans un contexte où la CPI est toujours en quête de légitimité. Elle a pour objectif de donner un aperçu global des examens préliminaires et des défis qui se présentent à la Procureure dans leur mise en œuvre. La première partie fixe le cadre juridique des examens préliminaires (I), les présentant ainsi à la fois comme un droit et un devoir de la Procureure et déterminant les critères juridiques de leur mise en œuvre. La seconde partie porte sur la mise en œuvre proprement dite des examens préliminaires par le Bureau de la Procureure (II). La pratique et les objectifs des examens préliminaires seront mis en exergue, ainsi que les choix difficiles et critiques auxquels la Procureure fait face.

I. Le cadre juridique des examens préliminaires

Les examens préliminaires sont une prérogative et une obligation de la Procureure (A), dont l'exercice se fait suivant des critères juridiques fixés par le *Statut de Rome* (B).

A. Les examens préliminaires : entre discrétion et devoir de la Procureure

Lorsqu'elle reçoit des communications relatives à des situations relevant de la compétence de la Cour conformément aux critères établis par le *Statut de Rome*, la Procureure a la discrétion d'entreprendre des examens préliminaires pour déterminer s'il y a une base raisonnable pour ouvrir une enquête préliminaire (1). Si, par contre, la situation lui a été déférée par un État partie au *Statut de Rome* ou par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, elle doit procéder aux examens préliminaires (2).

1. LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE DES EXAMENS PRÉLIMINAIRES POUR LES COMMUNICATIONS

La possibilité de mener des examens préliminaires de sa propre initiative accordée au Bureau de la Procureure est sans précédent et était loin de faire l'unanimité pendant les négociations qui ont abouti à la création de la CPI. Dans le projet initié par

¹⁰ À propos de la Cour pénale internationale, en ligne : CPI <www.icc-cpi.int/about/Pages/default.aspx?ln=fr>.

la Commission de droit international de l'Organisation des Nations Unies (ci-après CDI), « [...] il n'était pas envisagé de confier [à la] Procureur[e] le pouvoir d'ouvrir des enquêtes de sa propre initiative »¹¹. Toutefois, les négociations ont finalement permis de lui accorder ce pouvoir. Le fait d'accorder à la Procureure la liberté d'entreprendre et de mener des enquêtes préliminaires a pour but de ne pas limiter les procédures judiciaires de la CPI à des initiatives politiques, mais bien d'inciter la prise d'initiatives judiciaires.

Comme le montre le rapport des travaux du Comité préparatoire datant du 7 mai 1996 qui fait référence au projet de la CDI :

Certaines délégations ont estimé que le rôle [de la] procureure aux termes de l'article 25 était trop restreint. À leur avis, il était peu probable, pour toute une série de raisons politiques, que les États ou le Conseil de sécurité déposent une plainte. L[a] procureur[e] devrait donc être habilité[e] à ouvrir une enquête, d'office ou sur la base d'informations obtenues de toute source¹².

Cette proposition, venant principalement de Trinidad et Tobago et de l'Argentine, et largement soutenue par les organisations non gouvernementales et le monde académique¹³, s'est trouvée très controversée. Elle a été soutenue pour deux raisons principales : affaiblir le Conseil de sécurité et protéger les droits humains¹⁴. Au contraire, les États-Unis, la Chine et la Russie y étaient farouchement opposés, craignant une Procureure dotée d'un pouvoir énorme qui pourrait en abuser¹⁵. Dans l'optique de trouver un consensus, l'Allemagne et l'Argentine ont proposé qu'un mécanisme soit mis en place pour contrôler l'exercice de ce pouvoir par la Procureure¹⁶. Finalement et en ce sens, c'est une solution intermédiaire d'une liberté sous contrôle qui a été adoptée¹⁷.

L'initiative personnelle de la Procureure de procéder à une « enquête » est décrite aux articles 15-1 et 15-2 du *Statut* comme suit :

L[a] Procureur[e] peut ouvrir une enquête de sa propre initiative au vu de renseignements concernant des crimes relevant de la compétence de la Cour. L[a] Procureur[e] vérifie le sérieux des renseignements reçus. À cette fin, [elle] peut rechercher des renseignements supplémentaires auprès d'États, d'organes de l'Organisation des Nations Unies, d'organisations

¹¹ Gilbert Bitti, « Article 53 : Ouverture d'une enquête » dans Julian Fernandez et Xavier Pacreau, dir, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale : commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, 1173 à la p 1174 [Bitti].

¹² *Résumé des travaux du Comité préparatoire au cours de la période allant du 25 mars au 12 avril 1996*, Doc off AGNU, 1996, A/AC-249/1 à la p 44.

¹³ Bassirou Nignan, « Article 15 : Le Procureur » dans Julian Fernandez et Xavier Pacreau, dir, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, 646 à la p 649 [Nignan].

¹⁴ William A Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on The Rome Statute*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2016 aux pp 829-830 [Schabas].

¹⁵ *Ibid* à la p 405.

¹⁶ *Ibid*.

¹⁷ *Ibid* à la p 832.

intergouvernementales et non gouvernementales, ou d'autres sources dignes de foi qu'[elle] juge appropriées, et recueillir des dépositions écrites ou orales au siège de la Cour¹⁸.

L'article 15 du *Statut de Rome* décrit les règles de l'exercice du pouvoir *proprio motu* de la Procureure dans la mise en mouvement de l'action pénale devant la CPI. Cet article est intrinsèquement lié à l'article 53 du *Statut*. Comme l'explique justement Schabas, « l'effet combiné des articles 15 et 53 est l'autorisation accordée à la Procureure d'agir de sa propre initiative, sans la bénédiction du Conseil de sécurité ou d'un État partie, et de ne pas agir, malgré la demande du Conseil de sécurité ou d'un État partie » [notre traduction]¹⁹. Ceci fait de la Procureure l'une des personnes les plus importantes et les plus puissantes au sein de la CPI et de toute autre organisation internationale²⁰.

Il faut noter cependant que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire d'ouvrir des enquêtes comporte des limites. Premièrement, sa mise en œuvre est limitée à la compétence territoriale et à la compétence personnelle de la Cour²¹. Deuxièmement, la Procureure peut se saisir d'une situation et non d'une affaire²². Troisièmement, la Procureure peut « prendre la décision d'aller à une enquête, mais pas celui de commencer l'enquête proprement dite »²³. Ce droit d'initiative se rapporte aux examens préliminaires comme le précise l'article 15-6²⁴, et non à l'enquête proprement dite.

De façon pratique, la Procureure peut décider de son propre chef de s'intéresser à une situation, à partir d'informations provenant d'un journal, de la télévision ou des réseaux sociaux²⁵. Elle peut également débiter des examens préliminaires à partir des communications provenant de sources diverses (des particuliers ou des groupes, des États, des organisations intergouvernementales ou non gouvernementales) ou des déclarations²⁶ faites en vertu de l'article 12-3 du *Statut de Rome*²⁷. Le Bureau n'engage d'examen préliminaire que si les crimes allégués semblent manifestement relever de la compétence de la Cour²⁸.

Il est intéressant de souligner que pendant les sept premières années de l'existence de la CPI, le Bureau de la Procureure n'a pas utilisé cette prérogative.

¹⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 5, arts 15-1, 15-2.

¹⁹ Schabas, *supra* note 14 à la p 394.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Statut de Rome*, *supra* note 5, art 12-2.

²² Nignan, *supra* note 13 aux pp 649-650.

²³ *Ibid* aux pp 651-652.

²⁴ *Statut de Rome*, *supra* note 5, art 15-6.

²⁵ Schabas, *supra* note 14 à la p 400.

²⁶ Les communications sont des dépositions recueillies au siège de la Cour, ainsi que des renseignements reçus en vertu de l'article 15-2 du *Statut*, provenant des États, organes de l'Organisation des Nations Unies, organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ou toute autre source digne de foi. Les renvois sont des actes de saisine provenant d'un État partie ou du Conseil de sécurité. Les déclarations sont des communications faites par un État non partie au *Statut de Rome* en vertu de l'article 12-3, qui fournissent des renseignements à la Procureure et donnent compétence à la Cour sur une situation hors de sa juridiction.

²⁷ *Règlement du Bureau du Procureur*, *supra* note 6.

²⁸ *Document de politique générale*, *supra* note 1 au para 75.

Durant cette période, contrairement à ce que croyaient ceux qui lui ont accordé ce pouvoir, ce sont les États parties et le Conseil de sécurité qui ont procédé au déferrement des situations à la Cour. Le Bureau de la Procureure a recouru à ce pouvoir pour la première fois en 2009 dans la situation kényane, puis en Côte d'Ivoire en 2011 et en Géorgie en 2015. Le cas le plus récent est celui de la situation au Bangladesh/Birmanie²⁹.

À côté de son droit d'initiative, la Procureure a l'obligation de procéder à l'examen préliminaire des situations qui lui sont déférées par un État partie ou par le Conseil de sécurité des Nations Unies.

2. L'OBLIGATION D'ENGAGER DES EXAMENS PRÉLIMINAIRES POUR LES RENVOIS

Les examens préliminaires menés par la Procureure pour donner suite à un renvoi d'un État partie ou du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies sont régis par l'article 53-1 a) à c) du *Statut de Rome*. Mais ces dispositions, comme on l'a déjà vu, sont également applicables à l'initiative personnelle de la Procureure. L'article 53 est opérationnel dès qu'une situation est engagée, que cela provienne d'un renvoi d'un État partie, du Conseil de sécurité ou d'une saisine *proprio motu* de la Procureure³⁰. La disposition se lit comme suit :

L[a] Procureur[e], après avoir évalué les renseignements portés à sa connaissance, ouvre une enquête, à moins qu'[elle] ne conclue qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre en vertu du présent Statut. Pour prendre sa décision, l[a] Procureur[e] examine :

- a) Si les renseignements en sa possession fournissent une base raisonnable pour croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été ou est en voie d'être commis ;
- b) Si l'affaire est ou serait recevable au regard de l'article 17 ; et
- c) S'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice³¹.

Contrairement à l'article 15 qui accorde une certaine liberté à la Procureure dans l'initiative d'ouvrir une enquête préliminaire qui serait précédée de l'examen préliminaire, l'article 53 lui oppose une obligation de procéder aux examens préliminaires des situations qui lui sont déférées par un État partie ou par le Conseil de sécurité pour déterminer s'il y a une base raisonnable pour poursuivre et, conséquemment, d'ouvrir une enquête. L'expression « peut ouvrir une enquête » à l'article 15 est remplacée par « ouvre une enquête » à l'article 53 pour souligner le

²⁹ *Rapport sur les activités menées en 2018 en matière d'examen préliminaire*, Publication (5 décembre 2018) aux para 25–41 (Cour pénale internationale, Bureau du Procureur), [*Rapport sur les activités en 2018*].

³⁰ Schabas, *supra* note 14 à la p 828.

³¹ *Statut de Rome*, *supra* note 5, art 53-1.

caractère péremptoire d'une instruction. Le même constat est fait dans le texte en anglais où "*may initiate*" est remplacé par "*shall initiate*". Cependant, la Procureure conserve une certaine liberté dans la conduite de l'examen préliminaire. En effet, elle peut par exemple rechercher des renseignements supplémentaires si elle le souhaite³². Elle a aussi la possibilité d'étendre la situation sans se limiter aux cadres spatial et temporel et aux personnes éventuellement visées par l'acte de renvoi³³.

La déclaration d'un État non partie, consentant à la compétence de la Cour en vertu de l'article 12-3, ne devrait pas entraîner automatiquement l'ouverture d'un examen préliminaire au sens du *Statut de Rome*³⁴. En effet, la déclaration ne confère pas à l'État déclarant le statut d'État partie au *Statut de Rome*. En dehors de donner compétence à la Cour sur la situation visée, elle est assimilable à une communication fournissant des renseignements. Les examens préliminaires sont donc engagés dans cette hypothèse à l'initiative personnelle de la Procureure, contrairement à ce que dit le Règlement³⁵.

Il est également possible qu'une situation fasse l'objet de renvoi conjoint. Le Bureau de la Procureure n'a reçu qu'un seul renvoi conjoint à ce jour, celui de la situation prévalant au Venezuela renvoyé le 27 septembre 2018 par un groupe de six États, notamment la République d'Argentine, le Canada, la République du Chili, la République de Colombie, la République du Paraguay et la République du Pérou³⁶. Ce renvoi conjoint, qui semble être le premier cas de renvoi par des États tiers d'une situation ne prévalant pas sur leurs territoires respectifs, est intervenu quelques mois après que la Procureure ait annoncé l'ouverture d'un examen préliminaire³⁷. Il vient donc appuyer la décision de la Procureure et lui permet de ne pas requérir l'autorisation de la Chambre préliminaire si elle décide de passer à l'étape d'enquête.

Une fois ouverts, quel que soit le mode de saisine, les examens préliminaires sont menés suivant des critères juridiques déterminés par le *Statut*.

B. Les normes d'évaluation d'une situation au stade de l'examen préliminaire

Les examens préliminaires consistent à vérifier si une situation répond à certains critères permettant de passer à l'étape d'enquête. La décision de la Procureure est basée sur des informations relatives à une situation évaluée sur l'échelle de la base raisonnable comme niveau de preuve (1) et des critères juridiques de compétence, de

³² Bitti, *supra* note 11 à la p 1186.

³³ Schabas, *supra* note 14 à la p 402.

³⁴ *Ibid* aux pp 828–829.

³⁵ Règlement du Bureau du Procureur, *supra* note 6, norme 25-c.

³⁶ *Examen préliminaire : Venezuela*, Examen préliminaire (en cours) (Cour pénale internationale, Bureau du Procureur), en ligne : <www.icc-cpi.int/venezuela?ln=fr>.

³⁷ *Déclaration du Procureur de la Cour pénale internationale, Mme Fatou Bensouda, à propos de l'ouverture d'un examen préliminaire dans le cadre des situations aux Philippines et au Venezuela*, Déclaration (8 février 2018) (Cour pénale internationale, Bureau du Procureur), en ligne : <www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat&ln=fr>.

recevabilité et des intérêts de la justice (2).

1. LA SITUATION SOUS LA LOUPE DE LA BASE RAISONNABLE

L'objet des examens préliminaires menés par la Procureure en vertu des articles 15-1, 15-2 et 53-1-a) à c) du *Statut* est une situation. La Chambre préliminaire I a opéré en 2006 une distinction entre situation (expression que l'on retrouve aux articles 13-a, 13-b, 14-1, 15-5, 15-6, 18-1 et 19-3 du *Statut*³⁸) et affaire en ces termes :

La Chambre considère que le Statut, le Règlement de procédure et de preuve et le Règlement de la Cour envisagent la distinction entre situations et affaires comme faisant l'objet de procédures distinctes engagées par l'un quelconque des organes de la Cour. Les situations, généralement définies par des paramètres temporels, territoriaux et éventuellement personnels, tels que la situation sur le territoire de la République démocratique du Congo depuis le 1er juillet 2002, font l'objet de procédures prévues par le Statut afin de décider si une situation donnée doit faire l'objet d'une enquête pénale, et de l'enquête en tant que telle. Les affaires, comprenant des incidents spécifiques au cours desquels un ou plusieurs crimes de la compétence de la Cour semblent avoir été commis par un ou plusieurs suspects identifiés, font l'objet de procédures qui ont lieu après la délivrance d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître³⁹.

Les examens préliminaires portent donc sur des situations. Ce pouvoir discrétionnaire spécifique sur les situations a été conféré par les États à la Procureure, et se justifierait par la nécessité de mener des enquêtes objectives et complètes⁴⁰. C'est un pouvoir inédit portant sur une situation, alors que les TPI *ad hoc* n'avaient conféré aux procureurs qu'un pouvoir sur les affaires⁴¹, les situations étant délimitées par leur mandat.

Les examens préliminaires doivent obéir à un certain niveau de preuve requis par le *Statut*. La base raisonnable est le niveau de preuve requis dans l'étape des examens préliminaires conformément aux articles 15-6 et 53-1. La Chambre préliminaire y fait référence comme étant « [...] une justification rationnelle ou raisonnable de croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour "a été ou est en voie d'être commis" »⁴². À cette phase, « [...] les renseignements en la possession du Procureur n'ont pas à être "complets" ni "déterminants" »⁴³. L'information n'a pas à

³⁸ *Statut de Rome, supra* note 5, arts 13-a, 13-b, 14-1, 15-5, 15-6, 18-1, 19-3.

³⁹ *Situation en République démocratique du Congo*, ICC-01/04-101, Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6 (version publique expurgée), (18 janvier 2006) au para 65 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I) [*Situation en République démocratique du Congo*].

⁴⁰ *Ibid* à la p 1182.

⁴¹ Schabas, *supra* note 4 à la p 141.

⁴² *Situation en République du Kenya*, ICC-01/09-19-Corr-tFRA, *Décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome*, Décision (31 mars 2010) au para 35 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire II) [*Situation en République du Kenya*].

⁴³ *Situation en République de Côte d'Ivoire*, ICC-02/11-14-Corr-tFRA, Rectificatif à la Décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire

être exhaustive⁴⁴. Des documents publics suffisent pour prendre une décision⁴⁵.

En d'autres termes, la justification raisonnable constitue le niveau de preuve le plus bas contenu dans le *Statut*. En effet, la norme d'administration de la preuve devient de plus en plus stricte au fur et à mesure que l'on avance dans la procédure. À titre de comparaison, la base raisonnable de croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour ait été commis permet d'ouvrir une enquête; des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis un crime relevant de la compétence de la Cour est la condition pour délivrer un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître contre elle; l'existence de preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que la personne a commis un crime relevant de la compétence de la Cour permet de confirmer les charges; et la preuve au-delà de tout doute raisonnable que la personne a commis un crime relevant de la compétence de la Cour est requise pour prononcer sa culpabilité⁴⁶.

Pour déterminer s'il existe une base raisonnable pour ouvrir une enquête sur une situation dont elle est saisie, la Procureure procède au test de compétence, de recevabilité et des intérêts de la justice.

2. LE TEST DE COMPÉTENCE, DE RECEVABILITÉ ET DES INTÉRÊTS DE LA JUSTICE

Contrairement aux textes instituant les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, le *Statut de Rome* fournit beaucoup plus de précisions sur les règles régissant la phase préliminaire⁴⁷. Le cadre juridique des examens préliminaires est prévu à l'article 53-1 a) à c) du *Statut de Rome* cité ci-dessus. Il ressort de cet article que l'évaluation d'une situation porte sur les critères de compétence, de recevabilité et des intérêts de la justice.

Pour ouvrir une enquête, la Procureure doit prouver, conformément à l'article 53-1-a⁴⁸, qu'il existe une base raisonnable de croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été ou est en voie d'être commis. La Chambre d'appel de la CPI explique la notion de compétence en se référant aux dispositions du *Statut de Rome* en ces termes :

Le Statut définit la compétence de la Cour. La notion de compétence peut être considérée sous quatre angles différents : la compétence matérielle (compétence *ratione materiae* en latin), la compétence à l'égard des personnes (compétence *ratione personae*) la compétence territoriale (compétence *ratione loci*) et, enfin, la compétence temporelle (compétence

rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome (3 octobre 2011) au para 24 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire III) [*Situation en République de Côte d'Ivoire*].

⁴⁴ *Situation en République du Kenya*, *supra* note 42 au para 27.

⁴⁵ Bitti, *supra* note 11 à la p 1191.

⁴⁶ *Statut de Rome*, *supra* note 5, arts 15, 58, 61, 66.

⁴⁷ Carsten Stahn, « Damned If You Do, Damned If You Don't: Challenges and Critiques of Preliminary Examinations at the ICC » (2017) 15:3 J Int Crim Justice 413 à la p 417.

⁴⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 5, art 53-1.

ratione temporis) [...]»⁴⁹.

La compétence *ratione materiae* renvoie aux crimes dont peut se saisir la Cour, notamment les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le crime de génocide et le crime d'agression⁵⁰. Les compétences *ratione loci* ou *ratione personae* signifient que la Cour ne peut se saisir que des crimes commis sur le territoire ou par le ressortissant d'un État partie ou ayant accepté sa compétence⁵¹. La compétence *ratione temporis* renvoie, selon les cas, à la date d'entrée en vigueur du *Statut* pour les États l'ayant ratifié; à la date d'entrée en vigueur pour chaque État qui y a adhéré; et à la date précisée dans la résolution du Conseil de sécurité ou du document d'acceptation de la compétence de la CPI, respectivement pour les renvois du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies et pour les États non parties au *Statut de Rome*⁵². La compétence temporelle de la Cour à l'égard du crime d'agression débute un an après la ratification ou l'acceptation des amendements par trente États parties⁵³, soit à compter du 17 juillet 2018⁵⁴.

Dans une récente décision, suite à la requête de la Procureure sur la compétence de la Cour sur le crime allégué de déportation d'un individu du territoire d'un État non partie (Myanmar) au territoire d'un État partie (Bangladesh), la Chambre préliminaire I a considéré :

[...] *that the preconditions for the exercise of the Court's jurisdiction pursuant to article 12(2)(a) of the Statute are, as a minimum, fulfilled if at least one legal element of a crime within the jurisdiction of the Court or part of such a crime is committed on the territory of a State Party*⁵⁵.

La Cour a ainsi établi sa compétence non seulement sur le crime transfrontalier de déportation, mais aussi sur les autres crimes transfrontaliers sous-jacents ou ayant un lien de connexité avec un crime relevant de la compétence de la Cour, dont un élément ou une partie a été commis sur le territoire d'un État partie⁵⁶. S'appuyant sur cette jurisprudence de la CPI, des réfugiés syriens en Jordanie, par l'intermédiaire d'avocats basés à Londres, tentent d'obtenir la compétence territoriale de la CPI sur la situation qui prévaut en Syrie depuis 2011⁵⁷.

⁴⁹ *Le Procureur c Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-772-tFRA (OA 4), Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision du 3 octobre 2006 relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut (14 décembre 2006) au para 21 (Cour pénale internationale, Chambre d'appel).

⁵⁰ *Statut de Rome*, supra note 5, art 5.

⁵¹ *Ibid*, arts 12-2, 12-3.

⁵² *Ibid*, arts 11, 24, 12-3.

⁵³ *Ibid*, art 15 bis-2.

⁵⁴ Cour pénale internationale, communiqué, ICC-ASP-20171214-PR1350, « L'Assemblée déclenche la compétence de la Cour sur le crime d'agression » (15 décembre 2017), en ligne : *Cour pénale internationale* <www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1350&ln=fr>.

⁵⁵ *Request under Regulation 46(3) of the Regulations of the Court*, ICC-RoC46(3)-01/18-37, Decision on the Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute (6 septembre 2018) au para 64 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I).

⁵⁶ *Ibid* au para 79.

⁵⁷ Maryam Saleh, « Syrian Refugees Use Precedent Set in Rohingya Case to Try to Bring Government Officials Before the International Criminal Court » (16 mars 2019), *The Intercept*, en ligne : <theintercept.com/2019/03/16/syria-conflict-international-criminal-court/>.

Il est important de noter que la « Cour a une compétence universelle »⁵⁸ lorsqu'elle est saisie par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*⁵⁹. En revanche, la Cour ne peut pas exercer sa compétence si le Conseil de sécurité exerce son pouvoir de sursis prévu à l'article 16 du *Statut*⁶⁰ ou si un État décline sa compétence sur les crimes de guerre pour une période de sept ans⁶¹. Pour ce qui est du crime d'agression, la Cour peut « [...] exercer sa compétence à l'égard d'un crime d'agression résultant d'un acte d'agression commis par un État Partie à moins que cet État Partie n'ait préalablement déclaré qu'il n'acceptait pas une telle compétence en déposant une déclaration auprès du Greffier »⁶².

Le test de recevabilité vient après celui de la compétence. Dans les situations en République du Kenya⁶³ et en République de Côte d'Ivoire⁶⁴, la Chambre préliminaire a décrit l'objet du test de recevabilité à ce stade de la procédure comme suit :

[...] [L]a recevabilité au stade de la situation devrait être évaluée au regard de certains critères définissant une "affaire potentielle", tels : i) les groupes de personnes impliqués susceptibles d'être visés au premier chef par l'enquête dans le but de délimiter la ou les futures affaires ; et ii) les crimes relevant de la compétence de la Cour qui auraient été commis durant les événements susceptibles d'être visés au premier chef par l'enquête dans le but de délimiter la ou les futures affaires⁶⁵.

L'examen de la recevabilité semble aller au-delà d'une simple situation (situation géographique, période et faits généraux) pour s'intéresser à des « affaires potentielles » beaucoup plus précises, visant des faits et des suspects potentiels (événements spécifiques, personnes susceptibles d'être visées).

Pour déterminer si une situation est admissible à la juridiction de la Cour, il faut donc considérer la complémentarité et la gravité⁶⁶. La complémentarité est celle décrite à l'article 17-1-a) à c) du *Statut*⁶⁷ et concerne tous les États ayant compétence sur la situation⁶⁸. Le travail du Bureau de la Procureure consiste à déterminer si des enquêtes ou des poursuites pertinentes sont ou ont été menées à l'échelle nationale sur la base d'éléments concrets au moment de la prise de décision⁶⁹. L'absence de

⁵⁸ Bitti, *supra* note 11 à la p 1192.

⁵⁹ *Statut de Rome*, *supra* note 5 à l'art 13-b.

⁶⁰ *Ibid*, art 16.

⁶¹ *Ibid*, art 124.

⁶² *Ibid*, art 15 bis-4.

⁶³ *Situation en République du Kenya*, *supra* note 42 aux para 50, 182, 188.

⁶⁴ *Situation en République de Côte d'Ivoire*, *supra* note 43 aux para 190, 191, 202 et 204.

⁶⁵ *Situation en République du Kenya*, *supra* note 42 au para 50.

⁶⁶ *Le Procureur c Bahar Idriss Abu Garda*, Public Redacted Version, ICC-02/05-02/09-243-Red, Décision sur la confirmation des charges (8 février 2010) au para 28 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I).

⁶⁷ *Statut de Rome*, *supra* note 5, art 17-1-a.

⁶⁸ *Ibid*, arts 18-1; 19-2-b.

⁶⁹ *Le Procureur c Joseph Kony et consorts*, ICC-02/04-01/05-377-tFRA, Décision relative à la recevabilité de l'affaire, rendue en vertu de l'article 19-1 du *Statut*, (10 mars 2009) aux para 49–52. (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire II).

procédure ou l'inaction de l'État permet à la CPI de se saisir de la situation⁷⁰. Si des procédures existent au plan national, il faudra vérifier si elles visent les responsables des crimes les plus graves. Et si tel est le cas, encore faut-il se rassurer qu'elles ne soient pas entachées du manque de volonté ou de l'incapacité⁷¹.

Les critères établis à l'article 17-2-a), b) et c) du *Statut* sont appliqués pour déterminer le manque de volonté. Dans sa *Decision on the Admissibility of the Case Against Abdullah Al-Senussi* du 11 octobre 2013, la Chambre de première instance II de la CPI a listé des indicateurs d'appréciation de l'intention de soustraire une personne à la poursuite⁷², tels que le retard injustifié⁷³, l'indépendance de la procédure⁷⁴, l'impartialité⁷⁵ et le respect de principes inhérents à un procès équitable⁷⁶. Dans son *Document de politique générale relatif aux examens préliminaires*, le Bureau de la Procureure cite également quelques indicateurs de l'incapacité et du manque de volonté considérés à ce stade tels que :

[L]'absence d'une législation adéquate, l'existence de lois (amnistie, immunité, prescription) empêchant des poursuites nationales, une stratégie en matière de poursuites visant principalement des auteurs de crimes de moindre envergure ou de second plan alors que les éléments de preuves concernant les principaux responsables ne font pas défaut ou d'autres questions plus générales liées à l'absence de volonté politique ou à l'incapacité de l'appareil judiciaire de mener à bien les procédures en question⁷⁷.

D'autres indicateurs de l'incapacité⁷⁸ en lien aux affaires corrélatives peuvent également être pris en compte⁷⁹. L'évaluation de la volonté et de la capacité se base sur des faits concrets au moment de l'appréciation et peut être revue en fonction de circonstances nouvelles (Normes 29-4 du *Règlement du Bureau du Procureur*)⁸⁰.

⁷⁰ *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1497-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance II le 12 juin 2009 concernant la recevabilité de l'affaire (25 septembre 2009) au para 78 (Cour pénale internationale, Chambre de première instance II) [*Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*].

⁷¹ *Le Procureur c Saïf Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-466-Red, Décision sur la recevabilité de l'affaire contre Abdullah Al-Senussi (11 octobre 2013) au para 210 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I) [*Le Procureur c Saïf Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi*, Décision sur la recevabilité].

⁷² *Document de politique générale*, *supra* note 1 au para 51.

⁷³ *Ibid* au para 52.

⁷⁴ *Ibid* au para 53.

⁷⁵ *Ibid* au para 54.

⁷⁶ *Ibid* au para 55.

⁷⁷ *Ibid* au para 48.

⁷⁸ *Le Procureur c Saïf Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi*, Décision sur la recevabilité, *supra* note 71 au para 235.

⁷⁹ *Le Procureur c Saïf Al-Islam Qadhafi et Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-344-Red, Décision sur l'admissibilité de l'affaire contre Saïf Al-Islam Gaddafi (31 mai 2013) aux para 199–215 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I).

⁸⁰ *Le Procureur c Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, *supra* note 70 au para 56.

De manière générale, le Bureau de la Procureure, tout comme la Cour⁸¹, a adopté à ce stade la politique « même personne, même conduite » pour évaluer la volonté des États à poursuivre. La Cour a réaffirmé sa position dans les situations kényane⁸² et libyenne en ces termes :

[...] *in accordance with consistent jurisprudence of the Court, a determination of admissibility is case-specific, the constituent elements of a case before the Court being the "person" and the alleged "conduct"; accordingly, for the Chamber to be satisfied that the domestic investigation covers the same "case" as that before the Court, it must be demonstrated that : a) the person subject to the domestic proceedings is the same person against whom the proceedings before the Court are being conducted; and b) the conduct that is subject to the national investigation is substantially the same conduct that is alleged in the proceedings before the Court [...]*⁸³.

Dans certains cas, il ne suffit pas que les poursuites aient visé la même personne et la même conduite pour conclure à l'irrecevabilité. L'équipe de défense de Saïf Al-Islam Gaddafi a déposé une exception d'irrecevabilité le 6 juillet 2018, alléguant qu'un jugement et une condamnation ont été prononcés par un tribunal pénal à Tripoli le 28 juillet 2015 pour les mêmes faits pendants devant la CPI⁸⁴. L'accusé a bénéficié d'une amnistie générale accordée par la loi n°6 de 2015 par la suite. La Chambre préliminaire I a rejeté la requête de réévaluation de la recevabilité déposée par Saïf Al-Islam Gaddafi en estimant d'une part que la décision rendue par les tribunaux libyens n'a pas acquis l'autorité de la chose jugée⁸⁵ et d'autre part que la loi d'amnistie générale au bénéfice du demandeur est incompatible avec les droits humains internationalement reconnus, contraire à l'obligation de poursuite pesant sur les États et "*deny victims the right to truth, access to justice, and to request reparations where appropriate*"⁸⁶. La Chambre d'appel a confirmé cette décision de la Chambre préliminaire, notamment sur l'absence de l'autorité de la jugée⁸⁷.

⁸¹ *Le Procureur c William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-307-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par la République du Kenya contre la décision relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire soulevée par le Gouvernement kényan en vertu de l'article 19-2-b du Statut rendue par la Chambre préliminaire II le 30 mai 2011 (30 août 2011) aux para 1, 47 (Cour pénale internationale, Chambre d'appel).

⁸² *Le Procureur c Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11-274-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par la République du Kenya contre la décision rendue par la Chambre préliminaire II le 30 mai 2011 (30 août 2011) aux para 1, 46 (Cour pénale internationale, Chambre d'appel).

⁸³ *Le Procureur c Saïf Al-Islam Qadhafi et Abdullah AlSenussi*, Décision sur la recevabilité, *supra* note 71 au para 66.

⁸⁴ *The Prosecutor v Saïf Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11-640, Admissibility Challenge by Dr. Saïf Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute (5 juin 2018) aux para 12 (Cour pénale internationale, Requête de la Défense).

⁸⁵ *The Prosecutor v Saïf Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11-640, Admissibility Challenge by Dr. Saïf Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute (30 août 2011) au para 36 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I).

⁸⁶ *Ibid* au para 77.

⁸⁷ *The Prosecutor v Saïf Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11-695 09-03-2020 1/43 O PT OA8, Judgment on the Appeal of Mr Saïf Al-Islam Gaddafi against the decision of the Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision on the "Admissibility Challenge by Dr Saïf Al-Islam Gaddafi pursuant to article 17(1)(c), 19 and

Quant au critère de gravité, second élément du test de recevabilité, il est prévu au paragraphe 4 du préambule et aux articles 1, 5 et 17-1-d du *Statut de Rome*. La Cour a fait le choix de ne pas lui attribuer une définition restrictive et formalisée en raison de sa nature dissuasive⁸⁸. L'idée est que la CPI s'intéresse aux crimes les plus graves et aux personnes portant la responsabilité la plus lourde⁸⁹. Évaluer la gravité revient donc à « [...] évaluer l'échelle, la nature, le mode opératoire et les répercussions des crimes, sans perdre de vue les affaires éventuelles qui pourraient être engagées à l'issue d'une enquête dans le cadre de cette situation »⁹⁰. Ces éléments qualitatifs et quantitatifs ont été développés par le Bureau de la Procureure dans son *Document sur la politique générale relatif aux examens préliminaires*⁹¹ et dans le *Règlement du Bureau de la Procureure*⁹².

Le Bureau de la Procureure évalue chaque sous-critère selon des indicateurs exhaustifs spécifiés. Ainsi, l'échelle s'évalue-t-elle sur la base d'indicateurs tels que le nombre de victimes directes et indirectes, les préjudices physiques et psychologiques subis par les victimes et leurs familles, et leur répartition temporelle et géographique⁹³. Le meurtre, le viol, les crimes à caractère sexuel ou sexiste, les crimes à l'encontre d'enfants, les persécutions ou la soumission d'une communauté à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction sont des exemples d'indicateurs de la nature grave des crimes⁹⁴. Le *modus operandi* s'observe au regard de l'exécution des crimes, « [...] du degré de participation et de l'intention de leurs auteurs [...], de la nature plus ou moins systématique des crimes ou du fait qu'ils résultent d'un plan, d'une politique organisée ou d'un abus de pouvoir ou de fonctions officielles [...] »⁹⁵, etc.

Après un renvoi le 14 mai 2013, fait au nom de l'Union des Comores suite à l'interception de sa flottille humanitaire vers la bande de Gaza le 31 mai 2010, le Bureau de la Procureure a conclu le 6 novembre 2014 que les faits n'étaient pas suffisamment graves pour justifier l'ouverture d'une enquête⁹⁶. Bien que le critère de compétence soit réuni, les éventuelles affaires pouvant découler de l'enquête ne seraient pas suffisamment graves à cause d'une portée limitée de la situation, du faible nombre de

20(3) of the Rome Statute" of 5 April (9 mars 2020) au para 63 (Cour pénale internationale, Chambre d'appel).

⁸⁸ *Situation en République démocratique du Congo*, ICC-01/04-169-tFRA, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de mandats d'arrêt en vertu de l'article 58 » (sous scellé le 13 juillet 2006; rendu public le 23 septembre 2008) aux para 6979 (Cour pénale internationale, Chambre d'appel) [*Situation en République démocratique du Congo* 2].

⁸⁹ *Situation en République du Kenya*, *supra* note 42 au para 50.

⁹⁰ *Document de politique générale*, *supra* note 1 au para 9.

⁹¹ *Ibid* au para 61.

⁹² *Règlement du Bureau du Procureur*, *supra* note 7, norme 29-2.

⁹³ *Document de politique générale*, *supra* note 1 au para 62.

⁹⁴ *Ibid* au para 63.

⁹⁵ *Ibid* au para 64.

⁹⁶ *Situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien*, Rapport établi au titre de l'article 53-1 du Statut (6 novembre 2014) aux para 23 (Cour pénale internationale, Bureau du Procureur), en ligne (pdf) : *CPI* <[www.icc-cpi.int/icedocs/otp/OTP-COM-Article_53\(1\)-Report-06Nov2014Fra.pdf](http://www.icc-cpi.int/icedocs/otp/OTP-COM-Article_53(1)-Report-06Nov2014Fra.pdf)>.

victimes et de peu de facteurs de pondération qualitatifs⁹⁷. Sans qu'il ne soit nécessaire de se pencher sur la complémentarité⁹⁸, « [la] Procureur[e] a estimé que les informations disponibles ne fournissaient pas de base raisonnable permettant d'ouvrir une enquête quant à la situation en cause »⁹⁹. Le 29 juin 2015, l'Union des Comores a saisi la Chambre préliminaire aux fins d'exercer son pouvoir de contrôle de la décision de la Procureure de ne pas enquêter¹⁰⁰. Après avoir considéré que la Procureure a commis un certain nombre d'erreurs dans son appréciation de la situation, la Chambre lui a demandé, par décision rendue le 16 juillet 2015, de reconsidérer sa décision de ne pas enquêter¹⁰¹. Suite à un rejet *in limine litis* de son appel contre la décision de la Chambre préliminaire¹⁰², la Procureure a réexaminé la situation sans toutefois changer de posture. Par une notification sommaire d'une page à laquelle elle a annexé son premier rapport, elle a réitéré le 29 novembre 2017 sa conclusion de ne pas enquêter¹⁰³. Le 15 novembre 2018, la Chambre préliminaire I a, une nouvelle fois, ordonné à la Procureure de réexaminer sa décision de ne pas enquêter¹⁰⁴. Cette décision de la Chambre préliminaire a été confirmée par la Chambre d'appel qui a conclu que la Procureure a l'obligation de réexaminer sa décision à la lumière des suggestions de la Chambre préliminaire¹⁰⁵.

Après avoir évalué la compétence et la recevabilité, la Procureure achève les examens préliminaires par le test sur les intérêts de la justice. Le critère des intérêts de la justice est traité dans le *Document de la politique générale relatif aux intérêts de la justice*¹⁰⁶. La Procureure « [...] examine s'il y a des raisons sérieuses de penser, compte

⁹⁷ *Ibid* aux para 24–25.

⁹⁸ *Ibid* au para 27.

⁹⁹ *Ibid* au para 28.

¹⁰⁰ *Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-34, Decision on the Request of the Union of the Comoros to Review the Prosecutor's Decision not to Initiate an Investigation (16 juillet 2015) au para 3 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I) [*Situation on Registered Vessels*, Decision on the Request of the Union of the Comoros].

¹⁰¹ *Ibid* aux para 49–50.

¹⁰² *Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13 OA, Decision on the Admissibility of the Prosecutor's Appeal against the " Decision on the Request of the Union of the Comoros to Review the Prosecutor's Decision not to Initiate an Investigation" (6 novembre 2015) au para 66 (Cour pénale internationale, Chambre d'appel) [*Situation on Registered Vessels*, Decision on the Admissibility of the Prosecutor's Appeal].

¹⁰³ *Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia, Public with Public Annexes 1, A-C, and E-G, and Confidential Annex D*, ICC-01/13-57 Notice of Prosecutor's Final Decision under Rule 108(3) (29 novembre 2017) (Cour pénale internationale, Bureau du Procureur) [*Situation on Registered Vessels*, Prosecutor's Final Decision].

¹⁰⁴ *Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-68, Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros" (15 novembre 2018) à la p 45 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I) [*Situation on Registered Vessels*, Decision on the "Application for Judicial Review"].

¹⁰⁵ *Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, ICC-01/13-98, Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial Chamber I's "Decision on the "Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros"" (2 septembre 2019) au para 96 (Cour pénale internationale, Chambre d'appel) [*Situation on Registered Vessels*, Judgment on the appeal of the Prosecutor].

¹⁰⁶ *Policy paper on the interest of justice* (septembre 2007), en ligne (pdf) : www.legal-tools.org/doc/bb02e5/pdf.

tenu de la gravité du crime et des intérêts de la justice, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice »¹⁰⁷. L'évaluation ne se fait que si les critères de compétence et de recevabilité sont remplis¹⁰⁸. La Procureure n'a recours à ce critère que de manière exceptionnelle, en présumant qu'ouvrir des enquêtes sur des affaires potentielles remplissant les deux premiers critères sert les intérêts de la justice¹⁰⁹. Il faut croire que la Chambre préliminaire II ayant évalué la demande de la Procureure d'ouvrir une enquête *proprio motu* dans la situation afghane n'est pas de cet avis. En effet, après avoir conclu que tous les critères de compétence et de recevabilité étaient réunis, la Chambre a décidé que l'ouverture d'une enquête dans cette situation ne servirait pas les intérêts de la justice¹¹⁰. La procédure offrirait peu de chance de succès, ce qui ne répondrait pas aux aspirations des victimes et risquerait de créer de l'hostilité envers la Cour¹¹¹. Cette décision a finalement été infirmée en appel, octroyant à la Procureur l'autorisation de passer à l'étape d'enquête¹¹².

Le *Statut de Rome* offre donc aux articles 15-1, 15-2, et 53-1-a à c un aperçu global du cadre juridique des examens préliminaires. Si les examens préliminaires bénéficient ainsi d'un cadre juridique fixé par le *Statut de Rome*, il n'en est pas de même de leur cadre opérationnel. Ceci s'observe à travers leur mise en œuvre.

II. La mise en œuvre des examens préliminaires

Cette seconde partie traite du cadre opérationnel des examens préliminaires. Comme il a déjà été mentionné plus haut, le Bureau de la Procureure conduit librement cette phase jusqu'à un certain seuil (A), dans l'optique d'atteindre les objectifs fixés par le *Statut de Rome* (B).

A. L'opérationnalisation des examens préliminaires

En l'absence de règles claires sur la manière de conduire les examens préliminaires, le Bureau de la Procureure s'est inspiré du *Statut* pour développer une procédure des examens préliminaires (1). Même si elle jouit d'une liberté relative dans la conduite de cette phase de procédure de la Cour, sa décision sur l'opportunité d'enquête peut faire l'objet du contrôle de la Chambre préliminaire (2).

¹⁰⁷ *Document de politique générale, supra* note 1 au para 10.

¹⁰⁸ *Ibid* au para 67.

¹⁰⁹ *Ibid* au para 71.

¹¹⁰ *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-33, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (12 Avril 2019) à la p 32 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire I).

¹¹¹ *Ibid* au para 96.

¹¹² *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-138, Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan (5 March 2020) aux para 46 et 79 (Cour pénale internationale, Chambre d'appel).

1. LA PROCÉDURE MENÉE PAR LE BUREAU DE LA PROCUREURE

Les examens préliminaires sont menés selon un schéma prédéfini par le Bureau de la Procureure. Ils se terminent par une décision sur l'opportunité d'enquête qui doit être notifiée aux parties prenantes.

D'après le Bureau de la Procureure, les examens préliminaires sont « toujours mené[s] à l'identique, que la situation ait été renvoyée au Bureau par un État partie ou le Conseil de sécurité de l'ONU ou que le Bureau agisse sur la base de renseignements obtenus au titre de l'article 15 »¹¹³. Ils consistent en l'examen et en l'analyse du sérieux des renseignements, de consultations, de dépositions écrites ou orales au siège de la Cour¹¹⁴. À ce stade, le pouvoir de la Procureure est moins important que durant la phase d'enquête¹¹⁵. Elle veille à la confidentialité¹¹⁶, à la sécurité, et à la protection de ses sources¹¹⁷. La Procureure consulte au besoin les États, les organes de l'Organisation des Nations Unies, les organisations intergouvernementales et non gouvernementales et « d'autres sources dignes de foi »¹¹⁸. Des victimes peuvent être appelées à intervenir d'elles-mêmes ou par leurs représentations si la Procureure décide de demander une autorisation d'ouvrir une enquête¹¹⁹.

Le Bureau de la Procureure a adopté, en matière d'examens préliminaires, une démarche globale scindée en quatre phases¹²⁰. La phase 1 consiste à analyser et à vérifier le sérieux des renseignements reçus par communications, d'éliminer de prime abord ceux qui échappent manifestement à la compétence de la Cour et de ne garder que ceux qui semblent effectivement relever de sa compétence¹²¹. La phase 2 est l'ouverture de l'examen préliminaire proprement dit et débute par l'évaluation des conditions préalables de compétence¹²² et de la compétence *ratione materiae*¹²³ à partir des communications retenues, des renvois, des déclarations, d'informations publiques et de témoignages « reçus au siège de la Cour »¹²⁴. Elle s'achève par un rapport sur la compétence *ratione materiae*¹²⁵. La phase 3 porte sur le test de recevabilité et se termine par un rapport sur la recevabilité telle qu'établie à l'article 17 du *Statut de Rome*¹²⁶. La phase 4 concerne les intérêts de la justice et permet de décider d'ouvrir ou non une enquête au regard de l'article 53-1¹²⁷. Les examens préliminaires se terminent par un rapport final. Les informations suivantes se trouvent dans le rapport : la qualification

¹¹³ *Rapport sur les activités en 2018, supra* note 29 au para 10.

¹¹⁴ *Document de politique générale, supra* note 1 au para 12.

¹¹⁵ *Situation en République du Kenya, supra* note 42 au para 27.

¹¹⁶ *Règlement de procédure et de preuve, ICC-ASP/1/3, Instrument juridique international d'application du Statut de Rome* (9 septembre 2002) Règle 46 (Cour pénale internationale, Assemblée des États parties au *Statut de Rome*) [*Règlement de procédure et de preuve*].

¹¹⁷ *Document de politique générale, supra* note 1 aux para 85–88.

¹¹⁸ *Règlement de procédure et de preuve, supra* note 116, règle 104-2.

¹¹⁹ *Ibid* à la règle 50.

¹²⁰ *Document de politique générale, supra* note 1 au para 77.

¹²¹ *Ibid* au para 78.

¹²² *Statut de Rome, supra* note 5 à l'art 12.

¹²³ *Ibid* à l'art 5.

¹²⁴ *Document de politique générale, supra* note 1 au para 80.

¹²⁵ *Ibid* au para 81.

¹²⁶ *Ibid* au para 82.

¹²⁷ *Ibid* au para 83.

juridique des crimes, les faits, les lieux et les périodes de commission des crimes visés et les personnes impliquées. Ces données ne sont pas figées et peuvent évoluer au cours des étapes suivantes de la procédure¹²⁸. Le *Rapport sur les activités menées en 2018 en matière d'examen préliminaire* fait état de quatre situations en phase 2 (Bangladesh/Birmanie, République des Philippines, Ukraine, Venezuela), de cinq situations en phase 3 (Colombie, Guinée, Irak/Royaume-Uni, Nigéria, Palestine) et d'un examen préliminaire achevé (décision de ne pas enquêter : Gabon)¹²⁹.

Plusieurs issues aux examens préliminaires sont possibles, dépendant du mode de saisine et de la décision de la Procureure de procéder à l'enquête ou non. Si elle a ouvert les examens préliminaires de sa propre initiative en vertu des articles 15-1 et 15-2, la Procureure peut décider qu'il n'y a pas de base raisonnable pour ouvrir une enquête et clore le dossier. Cette décision est à la discrétion de la Procureure et ne peut faire l'objet de contrôle, sauf si la décision de ne pas enquêter est justifiée par l'absence de l'intérêt de la justice. Dans cette dernière hypothèse, la Chambre préliminaire peut se saisir d'office pour évaluer la base juridique de la décision de la Procureure¹³⁰. Si, après avoir exercé son pouvoir *proprio motu* pour engager des enquêtes préliminaires, la Procureure conclut qu'il y a une base raisonnable de croire que des crimes relevant de la compétence de la Cour ont été ou sont en voie d'être commis, elle peut saisir la Chambre préliminaire aux fins d'obtenir l'autorisation d'ouvrir une enquête¹³¹.

Si la situation qui a fait l'objet d'un examen préliminaire lui a été déferée par un État partie au *Statut de Rome* de la CPI ou par le Conseil de sécurité, la Procureure peut directement passer à la phase d'enquête si elle conclut qu'il y a une base raisonnable de croire qu'un crime relevant de la compétence de la CPI a été ou est en voie d'être commis¹³². L'autorisation de la Chambre préliminaire n'est pas requise. Si au contraire elle conclut qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre, elle se contente de procéder aux notifications abordées au paragraphe qui suit. Le Bureau de la Procureure a ouvert vingt-sept examens préliminaires au 23 mars 2020. Quatre ont été clos avec décision de ne pas poursuivre (Venezuela, République de Corée, Honduras, Gabon) et treize ont débouché sur une décision d'ouvrir une enquête¹³³. Le Bureau procède à l'enquête dans dix situations actuellement¹³⁴.

Dépendant du mode de saisine et de la décision de la Procureure à la fin de l'examen préliminaire, elle sera appelée à notifier sa décision à un certain nombre de parties prenantes. Ces notifications sont régies, en plus des dispositions pertinentes du *Statut*, par les règles 49 et 105 du *Règlement de procédure et de preuve* de la CPI. Dans une première hypothèse, quel que soit le mode de saisine¹³⁵, elle notifie sa décision à la Chambre préliminaire si elle décide de ne pas procéder à l'enquête puisque celle-ci irait

¹²⁸ *Ibid* au para 84.

¹²⁹ *Rapport sur les activités en 2018, supra* note 29 au para 1923.

¹³⁰ *Statut de Rome, supra* note 5 à l'art 53-3-b.

¹³¹ *Ibid* à l'art 15-3.

¹³² *Ibid* à l'art 53-1.

¹³³ Cour pénale internationale, « Examens préliminaires », en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int/Pages/pe.aspx?ln=fr>.

¹³⁴ *Ibid*.

¹³⁵ *Situation en République du Kenya, supra* note 42 au para 63.

à l'encontre des intérêts de la justice¹³⁶. Si elle a été saisie par un État partie ou par le Conseil de sécurité, elle leur notifiera sa décision d'enquêter¹³⁷ ou de ne pas enquêter¹³⁸ en même temps qu'à la Chambre préliminaire. Les notifications doivent être faites par écrit et sans retard¹³⁹ et comprendre les conclusions et leurs motifs¹⁴⁰. Elle envoie également des notifications de sa décision à toutes les sources de renseignements¹⁴¹ et aux victimes de la situation en cause¹⁴² à travers le Greffe¹⁴³.

Si elle a ouvert les examens préliminaires de sa propre initiative sans recevoir de communication, aucune disposition ne semble lui opposer quelque obligation de notification que ce soit si elle décide de ne pas enquêter. Mais si son examen préliminaire a été motivé par des renseignements reçus d'informateurs tels que listés à l'article 15-2 du *Statut*¹⁴⁴, elle doit, conformément à l'article 15-6¹⁴⁵ et à la règle 49¹⁴⁶, informer ces sources de renseignements de sa décision de ne pas enquêter. Enfin, la Procureure informe également la Présidence de la Cour afin de « [...] faciliter l'assignation diligente d'une situation à [la] chambre préliminaire [...] »¹⁴⁷. L'objectif de ces notifications est, en plus d'assurer la transparence et le fonctionnement normal de la Cour, de permettre à la Chambre préliminaire d'exercer son droit de contrôle sur la décision de la Procureure en cas de nécessité.

2. LES DEUX MODES DE CONTRÔLE EXERCÉS PAR LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE

Comme nous l'avons vu plus haut, ce sont l'Allemagne et l'Argentine qui ont proposé le contrôle judiciaire de l'action *proprio motu* de la Procureure lors des négociations¹⁴⁸, en partie pour accommoder les États-Unis qui étaient opposés à toute possibilité d'initiative personnelle de la Procureure¹⁴⁹. La justification trouvée à ce contrôle était d'éviter que la Procureure engage des procédures sans fondement juridique, mais politique¹⁵⁰, et qu'elle abuse de son pouvoir¹⁵¹. Finalement, la solution intermédiaire adoptée accorde à la Procureure la liberté de conduire les enquêtes préliminaires, mais prévoit deux modes de contrôle de sa décision sur l'opportunité

¹³⁶ *Statut de Rome*, supra note 5 à l'art 53-1.

¹³⁷ *Ibid*, art 18-1.

¹³⁸ *Ibid*, art 53-2.

¹³⁹ *Règlement de procédure et de preuve*, supra note 116, règle 105-4.

¹⁴⁰ *Ibid*, règles 105-3 et 105-5.

¹⁴¹ *Ibid*, règle 105-2.

¹⁴² *Ibid*, règle 92-2.

¹⁴³ *Règlement de la Cour*, ICC-BD/01-01-04, Instrument juridique international (26 mai 2004) norme 87-2 (Cour pénale internationale, Assemblées et administrations judiciaires).

¹⁴⁴ *Statut de Rome*, supra note 5 à l'art 15-2.

¹⁴⁵ *Ibid*, art 15-6.

¹⁴⁶ *Règlement de procédure et de preuve*, supra note 116 à la règle 49.

¹⁴⁷ *Règlement de la Cour*, supra note 143, norme 45.

¹⁴⁸ Schabas, supra note 14 à la p 405.

¹⁴⁹ Marc Grossman, "American Foreign Policy and the International Criminal Court", 6 mai 2002, en ligne : [U.S. Department of State <2001-2009.state.gov/p/us/rm/9949.htm>](http://U.S.DepartmentofState.gov/p/us/rm/9949.htm).

¹⁵⁰ *Situation en République du Kenya*, supra note 42 au para 32.

¹⁵¹ *Situation en République de Côte d'Ivoire*, supra note 43 au para 8.

d'enquête : un contrôle absolu et un contrôle relatif.

Le premier mode de contrôle est qualifié d'absolu ou de rigide parce que la décision de la Procureure clôturant les enquêtes préliminaires ne peut quasiment pas y échapper, et la décision de la Chambre préliminaire qui en découle est obligatoire à l'égard de la Procureure. Ce contrôle s'exerce d'une part lorsque la Procureure, après avoir mené des examens préliminaires de sa propre initiative, décide de passer à l'étape d'enquête¹⁵², et d'autre part lorsque la Procureure décide de ne pas ouvrir d'enquête parce que des poursuites ne serviraient pas les intérêts de la justice¹⁵³.

Après avoir exercé son pouvoir *proprio motu* pour mener un examen préliminaire, la Procureure est tenue d'obtenir l'autorisation de la Chambre préliminaire si elle souhaite passer à l'étape d'enquête. Il existe à ce sujet un débat sur le fait de savoir si la Procureure est obligée (légalité) ou non (opportunité) de passer à la phase d'enquête lorsque les conditions légales sont réunies¹⁵⁴. Pour William Schabas, la Procureure n'a pas l'obligation de saisir la Chambre préliminaire même si elle conclut qu'il y a une base raisonnable de poursuivre (si une telle obligation existait, les auteurs du *Statut* auraient nommément prévu un mécanisme de contrôle correspondant), contrairement à ce que pensent d'autres¹⁵⁵. Dans tous les cas, elle demande l'autorisation de la Chambre préliminaire lorsqu'elle souhaite ouvrir une enquête de sa propre initiative¹⁵⁶. La Chambre préliminaire peut alors donner son autorisation ou la refuser (partiellement ou en totalité)¹⁵⁷. Si elle n'obtient pas l'autorisation de la Chambre préliminaire, la Procureure ne peut procéder à l'enquête¹⁵⁸. Si elle avait été saisie par un État partie ou par le Conseil de sécurité, la Procureure aurait procédé directement à l'enquête sans avoir l'obligation d'en demander l'autorisation à la Chambre préliminaire¹⁵⁹.

Selon la seconde hypothèse, le contrôle absolu s'exerce à la discrétion de la Chambre préliminaire, qui peut intervenir dès lors que la Procureure décide de ne pas enquêter dans l'intérêt de la justice¹⁶⁰. La Chambre pourrait également choisir de ne pas faire usage de ce pouvoir que lui confère le *Statut* après avoir reçu la notification de la Procureure. Elle devrait alors quand même être amenée à le faire si elle est saisie par l'État partie ou le Conseil de sécurité qui a déféré la situation à la Procureure¹⁶¹. Quelle que soit la manière dont elle a été saisie, la décision de la Chambre préliminaire est obligatoire à l'égard de la Procureure qui devra procéder à l'enquête et aux poursuites si sa décision de ne pas enquêter n'est pas confirmée¹⁶². La Procureure conserve cependant, s'il faut le rappeler, son pouvoir discrétionnaire sur la manière de procéder

¹⁵² *Statut de Rome*, *supra* note 5 à l'art 15-3.

¹⁵³ *Ibid.*, art 53-3-b.

¹⁵⁴ Bitti, *supra* note 11 aux pp 1183–1184.

¹⁵⁵ Schabas, *supra* note 14 à la p 404.

¹⁵⁶ *Statut de Rome*, *supra* note 5 à l'art 15-3.

¹⁵⁷ *Règlement de procédure et de preuve*, *supra* note 116, règle 50-5.

¹⁵⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 5, arts 15-4, 15-5.

¹⁵⁹ *Ibid.*, arts 15-3 et 15-4.

¹⁶⁰ *Ibid.*, art 53-3-b.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Règlement de procédure et de preuve*, *supra* note 116, règle 110-2.

à l'enquête et aux poursuites¹⁶³.

L'autre dimension de ce contrôle absolu est celle qu'exerce le Conseil de sécurité en matière de crime d'agression. Si au terme des examens préliminaires la Procureure désire ouvrir une enquête parce qu'il y a une base raisonnable de croire qu'un crime d'agression a été commis, elle transmet un avis au Conseil de sécurité pour constat d'un acte d'agression. Si le Conseil de sécurité constate qu'un acte d'agression a été commis, la Procureure peut procéder à l'enquête. Si le Conseil de sécurité ne fait pas le constat après six mois suivant l'avis de la Procureure, celle-ci procède à l'enquête. Elle devra alors solliciter l'autorisation de la Chambre préliminaire en cas d'exigence.

Au contrôle absolu s'ajoute le mode de contrôle souple. Ce second mode de contrôle est qualifié de souple parce qu'il est conditionné par une demande adressée à la Chambre préliminaire par l'entité qui a déféré la situation (l'État partie ou le Conseil de sécurité) et s'achève par une requête adressée à la Procureure¹⁶⁴. Cette procédure concerne les conclusions de la Procureure de ne pas passer à l'étape d'enquête après un renvoi d'un État partie ou du Conseil de sécurité. Le contrôle n'est possible qu'à la demande du saisissant et se limite au cadre de la demande¹⁶⁵. Elle se termine par une requête de révision adressée à la Procureure si une erreur de droit, de fait ou de procédure a été constatée par la Chambre préliminaire¹⁶⁶. L'objectif de ce processus est d'offrir aux États parties et au Conseil de sécurité un test de validité de la décision de la Procureure de ne pas poursuivre¹⁶⁷. Si la Chambre préliminaire adresse des suggestions de révision totale ou partielle à la Procureure, celle-ci devra les exécuter dans les meilleurs délais¹⁶⁸. Sa décision devra être notifiée par écrit à la Chambre préliminaire qui la fera parvenir au demandeur¹⁶⁹.

Bien que la Procureure se dessaisit en prenant la décision de ne pas poursuivre, elle conserve la latitude de relancer la procédure à tout moment en présence de circonstances nouvelles¹⁷⁰. Sa décision de ne pas enquêter peut être réexaminée en présence de faits ou d'informations nouveaux¹⁷¹. Elle peut également soumettre à nouveau une demande d'autorisation d'ouvrir une enquête à la Chambre préliminaire si elle ne l'a pas obtenue auparavant¹⁷². Des examens préliminaires peuvent être ouverts à cet effet. Une autre question importante concernant le contrôle absolu de la Chambre préliminaire est de savoir si sa décision de ne pas autoriser la Procureure à enquêter peut faire l'objet d'appel, en l'absence de faits ou circonstances nouveaux. Comme nous l'avons vu plus haut, l'appel du Bureau de la Procureure dans la situation

¹⁶³ *Statut de Rome*, *supra* note 5, art 42-1.

¹⁶⁴ *Ibid*, art 53-3-a.

¹⁶⁵ *Situation on Registered Vessels*, Decision on the Request of the Union of the Comoros, *supra* note 100 au para 10.

¹⁶⁶ *Ibid* au para 12.

¹⁶⁷ *Ibid* au para 9.

¹⁶⁸ *Règlement de procédure et de preuve*, *supra* note 116, règle 108-2.

¹⁶⁹ *Ibid*, règle 108-3.

¹⁷⁰ Schabas, *supra* note 14 à la p 844.

¹⁷¹ *Statut de Rome*, *supra* note 5, art 53-4.

¹⁷² *Ibid*, art 15-5.

des Comores a été rejeté *in limine litis* par la Chambre d'appel¹⁷³. Cependant, une décision contestable comme celle de la Chambre préliminaire refusant à la Procureure l'autorisation d'ouvrir une enquête dans la situation afghane méritait d'être réévaluée en appel. Il est intéressant d'apprendre que la Chambre préliminaire II a accordé à la Procureure l'autorisation d'interjeter appel de cette décision de refus d'enquêter le 17 septembre 2019¹⁷⁴. Comme indiqué plus haut, la Chambre d'appel a infirmé cette décision en accordant l'autorisation d'enquêter à la Procureure¹⁷⁵.

Le dispositif légal et la pratique développée par le Bureau de la Procureure ci-haut présentés, ainsi que le contrôle exercé par la Chambre préliminaire, obéissent aux objectifs fixés par le *Statut*. C'est ce qu'on verra dans la finalité des examens préliminaires.

B. La finalité des examens préliminaires

Les examens préliminaires visent à atteindre des objectifs fixés par le *Statut de Rome* (1). Et la Procureure fait parfois face à des principes et critiques contradictoires dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans leur mise en œuvre (2).

1. RÉPRESSION, PRÉVENTION ET AUTRES PRINCIPES DIRECTEURS

Les dispositions du *Statut* garantissent à la Procureure une indépendance et un contrôle dans la mise en œuvre des examens préliminaires¹⁷⁶. De ce fait, quel que soit le mode de saisine, la Procureure procède à l'examen préliminaire à l'abri de tout contrôle externe, avec pour seule boussole les objectifs et principes du *Statut de Rome*. Dans son *Document sur la politique générale relatif aux examens préliminaires*, le Bureau de la Procureure indique qu'il « cherchera à contribuer à la réalisation de deux objectifs fondamentaux du *Statut de Rome*, à savoir mettre un terme à l'impunité, en encourageant la mise en œuvre de véritables procédures nationales, et prévenir la commission de crimes »¹⁷⁷. On retrouve ces objectifs aux paragraphes 5 et 10 du préambule du *Statut de Rome*¹⁷⁸.

Pour atteindre ces objectifs, le Bureau de la Procureure a développé une méthode de conduite des examens préliminaires dans le respect des principes fixés par

¹⁷³ *Situation on Registered Vessels*, Decision on the Admissibility of the Prosecutor's Appeal, *supra* note 102.

¹⁷⁴ *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, ICC-02/17-62, Decision on the Prosecutor and Victims' Requests for Leave to Appeal the 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan' (17 septembre 2019) à la p 16 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire II).

¹⁷⁵ *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, *supra* note 112 au para 79.

¹⁷⁶ *Statut de Rome*, *supra* note 5, arts 15-1, 15-2.

¹⁷⁷ *Document de politique générale*, *supra* note 1 au para 93.

¹⁷⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 5.

le *Statut*, notamment les principes d'indépendance¹⁷⁹, d'impartialité¹⁸⁰ et d'objectivité¹⁸¹. Ainsi, dans un premier temps, n'ayant pas de durée préétablie, les examens préliminaires doivent-ils être complets et approfondis¹⁸². Deuxièmement, ils sont conduits dans la transparence à travers l'information et la communication au public et à toutes les parties prenantes¹⁸³. Troisièmement, ils visent la fin de l'impunité grâce à la complémentarité positive. Cette dernière suppose une interdépendance et une synergie avec les États. Elle vise à aider et à encourager les États à poursuivre en premier¹⁸⁴ les personnes qui portent la plus lourde responsabilité dans la commission des crimes les plus graves¹⁸⁵. La Procureure ne décide de poursuivre que si les États refusent de le faire¹⁸⁶. L'implication du Bureau de la Procureure dans les situations guinéenne et colombienne a permis par exemple une avancée dans la mise en œuvre des mécanismes nationaux de poursuites¹⁸⁷. *In fine*, « [l]e Bureau peut aussi publier des déclarations à caractère préventif afin d'enrayer la spirale de la violence et d'empêcher que d'autres crimes ne soient commis, de mettre en garde les auteurs de ces exactions et d'encourager les procédures nationales [...] »¹⁸⁸. C'est l'exemple des situations en Géorgie, au Kenya, en Guinée, en Corée du Sud, au Nigéria, en Côte d'Ivoire, au Mali, au Burundi et en Gambie¹⁸⁹. En relation avec la situation prévalant en RDC, la Procureure a publié la note d'alerte suivante durant la période électorale :

Quiconque incite à commettre des violences massives ou y participe notamment en ordonnant, sollicitant ou encourageant des crimes relevant de la compétence de la CPI ou en y contribuant de toute autre manière est passible de poursuites devant la Cour. Nul ne doit douter de ma détermination à enquêter sur de tels crimes et à en poursuivre les auteurs lorsque les conditions telles que définies par le Statut de Rome sont réunies. Je veux réitérer mon appel lancé au peuple congolais, et plus particulièrement aux autorités, aux acteurs politiques, aux partisans et sympathisants, de tout faire pour prévenir et éviter tout comportement de violence criminelle contraire au Statut de Rome, en tout lieu et en tout temps. La violence n'est pas une option¹⁹⁰.

On pourrait se demander quel effet une telle déclaration produit sur les personnes visées. À ce sujet d'ailleurs, la compréhension du Bureau de la Procureure

¹⁷⁹ *Ibid*, art 42.

¹⁸⁰ *Ibid*, art 21-3.

¹⁸¹ *Ibid*, art 54-1.

¹⁸² *Document de politique générale, supra* note 1 aux pp 89–90.

¹⁸³ *Ibid* aux para 94–97.

¹⁸⁴ *Ibid* au para 100.

¹⁸⁵ *Ibid* au para 103.

¹⁸⁶ *Ibid* au para 98.

¹⁸⁷ Ariel Wheway, « Preliminary Examinations 2018 : Report of the Office of the Prosecutor », 16 décembre 2018, en ligne : *Quid Justitiae* <www.quidjustitiae.ca/blogue/preliminary-examinations-2018-report-office-prosecutor> [Wheway].

¹⁸⁸ *Document de politique générale, supra* note 1 au para 106.

¹⁸⁹ *Ibid*.

¹⁹⁰ Cour pénale internationale, communiqué, « Déclaration du Procureur de la Cour pénale internationale, Fatou Bensouda, au sujet des récentes violences préélectorales en République Démocratique du Congo » (20 décembre 2018), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20181220-ostat-prosecutor&ln=fr>.

du rôle que devraient jouer les examens préliminaires ainsi que sa méthode de les mener essuient des critiques sévères.

2. LA PROCUREURE : ENTRE LE MARTEAU ET L'ENCLUME

La conduite des examens préliminaires par le Bureau de la Procureure n'échappe pas aux critiques diverses de la part des observateurs externes, individus, chercheurs, organisations des droits humains et États. Ces groupes, mus par des intérêts divergents, ont des points de vue différents et parfois totalement opposés. En plus, les points sur lesquels portent les critiques se présentent souvent, d'un point de vue interne, comme des dilemmes au Bureau de la Procureure. Il s'agit entre autres de la durée des examens préliminaires, de leur publicisation, de leur conduite, de la vertu associée à leur fonction et de leur contrôle.

N'ayant pas de durée préétablie par le *Statut de Rome*, les examens préliminaires sont conduits, d'après le Bureau de la Procureure, de manière approfondie en vue d'atteindre l'exhaustivité¹⁹¹. La durée des examens préliminaires varie donc au cas par cas, allant de quelques jours dans la situation libyenne¹⁹² à plus de quatorze années dans la situation colombienne encore en cours¹⁹³. La Chambre préliminaire a essayé d'influer sur le temps de conduite des examens préliminaires dans une décision rendue en 2006 concernant la situation en République centrafricaine¹⁹⁴. La République centrafricaine a en effet demandé à la Chambre préliminaire de s'enquérir auprès du Bureau de la Procureure de l'état de la situation qu'elle lui a renvoyée depuis plus de deux ans¹⁹⁵. La Chambre a alors demandé au Bureau de la Procureure :

[...] de communiquer à la Chambre et au Gouvernement de la République centrafricaine, au plus tard le 15 décembre 2006, un rapport sur l'état d'avancement actuel de l'examen préliminaire de la situation en République centrafricaine, ainsi qu'une estimation de la date à laquelle ledit examen préliminaire sera achevé et de la date à laquelle une décision devra être rendue en application de l'article 53-1 du Statut¹⁹⁶.

En réponse à cette demande, le Bureau de la Procureure, tout en acceptant de fournir certains renseignements, a rappelé à la Chambre préliminaire qu'elle ne pouvait exercer son contrôle que sur la décision de ne pas poursuivre et non sur la conduite des examens préliminaires¹⁹⁷. Il a également indiqué que « [l]e Statut n'impose aucun délai

¹⁹¹ *Document de politique générale*, supra note 1 aux pp 89–90.

¹⁹² Cour pénale internationale, « Situation en Lybie », en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int/libya?ln=fr>.

¹⁹³ Cour pénale internationale, « Examen préliminaire : Colombie », en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int/colombia?ln=fr>.

¹⁹⁴ *Situation en République centrafricaine*, ICC-01/05-6-tFRA, Décision relative à la demande d'informations sur l'état d'avancement de l'examen préliminaire de la situation en République centrafricaine (30 Novembre 2006) aux para 35 (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire III).

¹⁹⁵ *Ibid* à la p 3.

¹⁹⁶ *Ibid* à la p 5.

¹⁹⁷ *Situation en République centrafricaine*, ICC-01/05-7-tFRA, Rapport de l'Accusation à la suite de la décision de la Chambre préliminaire III du 30 novembre 2006 sollicitant des informations sur l'état

pour rendre une décision relative à un examen préliminaire »¹⁹⁸. Cette réponse n'a pas empêché la Chambre préliminaire de rappeler récemment au Bureau de la Procureure que les examens préliminaires doivent se tenir dans un délai raisonnable quelle que soit la complexité de la situation¹⁹⁹.

Pour Bitti par exemple, « cette phase devrait être de courte durée »²⁰⁰ et déboucher directement sur l'étape suivante, contrairement à ce qui se fait dans la pratique du Bureau. La procédure serait ainsi détournée pour accorder plus de liberté au Bureau de la Procureure qui « [...] a tiré avantage du fait que le *Statut* ne fixe pas de délai précis quant à la réalisation de l'examen préliminaire pour le faire traîner en longueur et aboutir à une procédure qui n'a plus rien à voir avec un examen préliminaire »²⁰¹. Les examens préliminaires seraient devenus un instrument de contrôle continu des procédures nationales, de pression et de menace contre les États; ce qui les rendrait inefficaces, moins crédibles. Les quatre phases du *Document sur la politique générale relatif aux examens préliminaires* seraient une « bonne technique pour prolonger à l'envi les examens préliminaires »²⁰², ce qui serait contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits l'homme sur la diligence des enquêtes et le délai raisonnable des procédures judiciaires²⁰³. La longueur de la procédure donnerait également l'impression que le Bureau de la Procureure tient compte des aspects non juridiques dans sa démarche²⁰⁴. Plus récemment encore, Pues a estimé qu'à cause de son devoir de transparence, d'efficacité et d'impartialité, la Procureure devrait revoir sa politique sur les examens préliminaires en se fixant un délai maximum d'environ trois ans pour leur réalisation²⁰⁵. Stahn propose une approche holistique plutôt que par étape²⁰⁶, et préconise que la Procureure explique les raisons de la longueur des délais²⁰⁷.

Lors de la 17^e session de l'Assemblée des États parties au *Statut de Rome* tenue du 5 au 12 décembre 2018 à La Haye²⁰⁸, la Procureure a répondu à cette critique quand elle présentait le 10 décembre son *Rapport sur les activités menées en 2018 en matière d'examen préliminaire*. Elle a relevé quelques raisons pouvant expliquer la longue durée de certaines procédures d'examens préliminaires, notamment la complexité de la situation (zones de conflit : Ukraine, Nigéria, Palestine), la

d'avancement de l'examen préliminaire de la situation en République centrafricaine (16 décembre 2006) aux para 1, 11 et 20 (Cour pénale internationale, Bureau du Procureur).

¹⁹⁸ *Rapport sur les activités en 2018*, *supra* note 29 au para 13.

¹⁹⁹ *Request under Regulation 46(3) Of the Regulations of the Court*, *supra* note 55 au para 84.

²⁰⁰ Bitti, *supra* note 11 à la p 1186.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid* à la p 1189.

²⁰⁴ Claire Grandison, « Maximizing the Impact of ICC Preliminary Examinations » (2012) 19:2 Hum Rights Brief 1 à la p 1.

²⁰⁵ Anni Pues, « Towards the 'Golden Hour'? A Critical Exploration of the Length of Preliminary Examinations » (2017) 15:3 J Int Crim Justice 435 aux pp 451–452.

²⁰⁶ Stahn, *supra* note 47 à la p 429.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Cour pénale internationale, communiqué, ICC-CPI-20181212-PR1426, « L'Assemblée des États Parties achève les travaux de sa dix-septième session » (12 décembre 2018), en ligne : *CPI* <www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1426&ln=fr>.

coopération des États avec le Bureau et les contraintes budgétaires du Bureau²⁰⁹. Elle considère au final qu'il n'y a pas de perte inutile de temps étant donné que les examens préliminaires préparent la phase d'enquête²¹⁰. Le personnel affecté au traitement des dossiers en examen préliminaire serait également insuffisant²¹¹. La Procureure a tenté d'obtenir une augmentation des fonds alloués à la Section en charge de l'analyse des situations, mais le besoin se fait encore ressentir à cause du nombre élevé de communications²¹². Le *Rapport* de 2018 fait état de 673 communications reçues durant la période du 1er novembre 2017 au 31 octobre 2018 et d'un total de 13 273 communications reçues depuis juillet 2002²¹³. Aussi, la critique semble-t-elle prise en compte par le Bureau de la Procureure qui se fixe pour objectif stratégique d'accroître la vitesse, l'efficacité et l'effectivité des examens préliminaires²¹⁴.

La deuxième vague de critiques porte sur la communication avec le public entretenue par le Bureau de la Procureure autour de ces procédures. D'une part, on lui reproche de ne pas communiquer assez sur les situations faisant l'objet d'examen préliminaires. Dans les Rapports annuels sur les activités en matière d'examen préliminaire, le Bureau ne fournit pas d'information sur la phase 1²¹⁵. Le dernier rapport par exemple ne cite que les situations en phase 2, en phase 3 et les situations closes²¹⁶. Il serait nécessaire, pour améliorer la légitimité de la Cour, d'assurer la cohérence, la transparence et la communication dans la phase pré-préliminaire²¹⁷. Dans sa décision sur la compétence de la Cour à l'égard de la situation prévalant au Bangladesh/Birmanie, la Chambre préliminaire I a relevé dans ses remarques conclusives que, contrairement à la pratique du Bureau de la Procureure, la phase pré-préliminaire n'existe pas dans les dispositions statutaires de la Cour et qu'une telle démarche fait partie de l'examen préliminaire²¹⁸. D'autre part, on reproche au Bureau de faire trop de tapages inutiles et distrayants autour des examens préliminaires. La publicité autour des examens préliminaires aurait pour seul objectif de montrer que la Cour s'intéresse à des affaires hors du continent africain²¹⁹. En plus de ces critiques, le Bureau de la Procureure est partagé à ce stade entre la transparence et la confidentialité nécessaire pour maintenir le rapport avec les États et assurer la protection des victimes et des témoins²²⁰. La méthode adoptée par le Comité international de la Croix-Rouge en trois étapes pourrait être efficace pour gérer le dilemme : dialogue confidentiel,

²⁰⁹ Wheway, *supra* note 187.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ Sam Sasan Shoamanesh, « Institution Building: Perspective from within the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court » (2018) 18:3 *Int Crim Law Rev* 489 à la p 501.

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Rapport sur les activités en 2018*, *supra* note 29 au para 18.

²¹⁴ *Strategic Plan 2019-2021* (17 juillet 2019) à la p 17 (Cour pénale internationale, Poursuites judiciaires).

²¹⁵ Stahn, *supra* note 47 à la p 429.

²¹⁶ *Rapport sur les activités en 2018*, *supra* note 29.

²¹⁷ Rosemary Grey et Sara Wharton, « Lifting the Curtain Opening a Preliminary Examination at the International Criminal Court » (2018) 16:3 *J Int Crim Justice* 593 à la p 614 [Grey et Wharton].

²¹⁸ *Request under Regulation 46(3) Of the Regulations of the Court*, *supra* note 55 au para 82.

²¹⁹ Bitti, *supra* note 11 à la p 1188.

²²⁰ Stahn, *supra* note 47 à la p 429.

techniques de mobilisation et dénonciation²²¹.

Il est également reproché au Bureau de la Procureure une conduite inéquitable des examens préliminaires selon les modes de saisine. Même si le Bureau affirme mener la procédure à l'identique, on se rend bien compte qu'elle n'est pas la même selon les modes de saisine, du moins pour quelques aspects. D'abord, il apparaît clairement que les renvois et déclarations échappent à la première phase qui est réservée aux communications. Cette phase pré-préliminaire²²² ne fait pas partie de l'examen préliminaire, ne s'applique pas aux renvois et déclarations, porte sur la compétence comme la phase 2 et peut se tenir dans l'opacité totale. La conduite informelle de cette étape est source d'ambiguïté²²³. Aussi, même si certaines communications concernent des examens préliminaires ou enquêtes en cours, peu aboutissent à l'ouverture d'examens préliminaires, alors que tous les renvois et déclarations conduisent à des examens préliminaires²²⁴. Dans son rapport de 2018, le Bureau de la Procureure a conclu que seulement 4,16 % des communications demandent une analyse plus poussée (probablement des examens préliminaires), soit 28 sur 673²²⁵. Les autres échappent manifestement à la compétence de la Cour (443), se rapportent à une situation en cours d'examen préliminaire (158) ou en cours d'enquête ou de poursuites (44)²²⁶. Ensuite, de l'avis de certains observateurs, le Bureau de la Procureure aurait tendance à aller plus vite à la phase d'enquête lorsqu'il reçoit des renvois alors qu'il serait beaucoup plus réticent de le faire vis-à-vis des communications²²⁷. Ceci s'expliquerait par le fait qu'il bénéficierait plus facilement de la coopération des États en cas de renvois²²⁸ et qu'il n'aurait pas besoin de l'autorisation de la Chambre préliminaire pour enquêter²²⁹. Enfin, la durée moyenne des examens préliminaires *proprio motu* est également beaucoup plus élevée (cinq ans) comparée à celle des examens préliminaires à partir de renvois (huit mois)²³⁰.

Une autre critique vise les objectifs des examens préliminaires. En plus de la fonction judiciaire des examens préliminaires, centrée sur la CPI²³¹, le Bureau de la Procureure leur aurait assigné, dans une approche conséquentialiste, une fonction vertueuse en recherchant une complémentarité positive et la prévention des crimes²³². Cette approche du Bureau serait à l'origine d'une pratique incertaine et informelle et détournerait la CPI de ses objectifs²³³ par des considérations extrajudiciaires²³⁴. Elle

²²¹ *Ibid* à la p 430.

²²² *Document de politique générale, supra* note 1 aux para 8183.

²²³ Grey et Wharton, *supra* note 217 à la p 600.

²²⁴ *Ibid* à la p 603.

²²⁵ *Rapport sur les activités en 2018, supra* note 29 au para 18.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ David Bosco, « Discretion and State Influence at the International Criminal Court: The Prosecutor's Preliminary Examinations » (2017) 111:2 *Am J Int Law* 395 aux pp 395-396.

²²⁸ *Ibid* à la p 407.

²²⁹ *Ibid* à la p 399.

²³⁰ *Ibid* à la p 401.

²³¹ Stahn, *supra* note 47 à la p 418.

²³² *Ibid* aux pp 419-420.

²³³ *Ibid* à la p 421.

²³⁴ *Ibid* à la p 422.

requerrait également beaucoup de ressources et de temps, pourrait entraîner une perte d'influence et produire des effets inattendus et inconnus²³⁵. En outre, le Bureau de la Procureure n'intègre pas dans son approche vertueuse les intérêts de la paix dans les situations conflictuelles ou post conflictuelles. De la conception du Bureau, « [...] la disposition relative aux intérêts de la justice ne doit pas être assimilée à un moyen de gérer les conflits dans le cadre desquels l[a] Procureur[e] assumerait le rôle de médiateur dans des négociations politiques »²³⁶. Sa fonction est purement judiciaire. Sur ce point, bien qu'admettant que les intérêts de la justice ne renverraient pas forcément aux processus de paix²³⁷, William Schabas a émis le vœu de voir la Procureure prendre en compte dans ses décisions les processus de paix qui pourraient servir un plus grand intérêt. En prenant les exemples de l'Ouganda et de la Colombie et des amnisties dans ces processus de réconciliation, il affirme que de nombreuses procédures de la Cour entravent les négociations de paix. « *It is often said that without justice there can be no peace, but the opposite is also a valid proposition: without peace there can be no justice* », conclut-il²³⁸.

La dernière critique relevée dans le cadre de cette étude se rapporte aux mécanismes de contrôle des examens préliminaires. Bitti considère que, malgré le dispositif de contrôle prévu par le *Statut*, les décisions de la Procureure peuvent « [...] être perçues comme totalement arbitraires »²³⁹. Le contrôle préconisé par le *Statut* est resté sans effet, car dans la pratique le Bureau de la Procureure s'y soustrairait habilement²⁴⁰. Par exemple, la réponse du Bureau de la Procureure à la demande de la Chambre préliminaire dans la situation centrafricaine serait une preuve « d'un déséquilibre de pouvoir manifeste en faveur du Bureau d[e] la Procureur[e] »²⁴¹. Dès lors, les juges seraient réticents à exercer un contrôle sur la sélection par la Procureure des situations et des affaires²⁴². En outre, ce contrôle ne permettrait pas d'éviter la politisation à cause de ce sur quoi il porte. En effet, l'une des raisons pour lesquelles le contrôle de l'action de la Procureure a été institué dans le *Statut* est d'éviter des poursuites politiques. La meilleure manière d'y parvenir serait de comparer les situations examinées par la Procureure aux situations non-examinées, sans se limiter à l'étude des situations qu'elle présente finalement²⁴³. Stahn adopte un point de vue contraire en préconisant d'éviter le contrôle pour conserver le pouvoir discrétionnaire de la Procureure²⁴⁴.

Ces critiques contradictoires sur des points qui constituent déjà des dilemmes pour la Procureure ne lui facilitent pas la tâche. Elle peut cependant s'en servir pour opérer des choix éclairés, bien que difficiles.

²³⁵ *Ibid* à la p 423.

²³⁶ *Document de politique générale, supra* note 1 au para 69.

²³⁷ Schabas, *supra* note 14 au para 30.

²³⁸ *Ibid* aux pp 37–39.

²³⁹ Bitti, *supra* note 11 à la p 1185.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Ibid* à la p 1188.

²⁴² *Ibid* à la p 1189.

²⁴³ Schabas, *supra* note 14 à la p 406.

²⁴⁴ Stahn, *supra* note 47 à la p 432.

En somme, les examens préliminaires occupent une place importante dans la procédure pénale de la Cour pénale internationale, car ils permettent de déterminer les situations qui feront l'objet d'enquête et de poursuites. Ils sont menés en toute discrétion par le Bureau de la Procureure. La Procureure peut engager des examens préliminaires de sa propre initiative ou à partir d'un renvoi d'un État partie ou du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies. Ces examens préliminaires portent sur une situation et débouchent, après le test de compétence, de recevabilité et des intérêts de la justice, sur une décision de la Procureure sur l'opportunité d'ouvrir ou non une enquête. Selon le mode de saisine et de la nature de sa décision, la Procureure sera contrainte ou non de demander l'autorisation de la Chambre préliminaire pour passer à l'enquête. Le Bureau de la Procureure fait face à des choix difficiles et à des critiques dans sa manière de conduire les examens préliminaires, en lien notamment avec leur durée, leur publicisation, leur rôle, leur contrôle et leur traitement.

Malgré ces critiques, plus ou moins justifiées et très souvent contradictoires, les examens préliminaires sont une arme de justice importante entre les mains de la Procureure et dont elle doit faire bon usage. Dans la situation birmane par exemple, en l'absence de renvoi d'un État partie ou du Conseil de sécurité, la Procureure a entrepris un examen pré-préliminaire pour déterminer la compétence de la Cour, et a engagé ensuite des examens préliminaires proprement dits²⁴⁵. Ce pouvoir de la Procureure est malheureusement limité à la compétence territoriale et à la compétence personnelle active de la Cour. De ce fait, la Procureure ne peut par exemple pas se saisir, en l'absence d'un renvoi du Conseil de sécurité, de la situation syrienne qui compte des centaines de milliers de morts parmi les civils et des crimes de guerre et crimes contre l'humanité allégués²⁴⁶. Le précédent birman ouvre cependant des perspectives intéressantes.

« Maudit si tu fais, maudit si tu ne fais rien » [Notre traduction]²⁴⁷. Ce titre résume bien la situation dans laquelle se trouve la Procureure de la CPI en matière d'examens préliminaires. Face aux contraintes et aux dilemmes, elle est amenée à faire des choix difficiles, entre par exemple dénonciation et coopération, publicité et confidentialité, poursuites et complémentarité positive, sélectivité entre situations au regard de limites budgétaires, etc. Son initiative dans la situation au Bangladesh/Birmanie est la preuve qu'elle ne manque pas de courage pour agir. Dans sa démarche, elle peut tenir compte des critiques constructives dans la mesure du possible. S'agissant de la durée par exemple, je pense qu'il serait difficile de fixer un

²⁴⁵ *Rapport sur les activités en 2018*, *supra* note 29 aux para 26–30.

²⁴⁶ Syrie 2018, en ligne : *Amnesty international* <www.amnesty.org/fr/countries/middle-east-and-north-africa/syria/report-syria/>.

²⁴⁷ Stahn, *supra* note 47 à la page 413.

délai pour la conduite de tous les examens préliminaires. Je partage l'avis de la Procureure selon lequel chaque situation comporte des spécificités qui déterminent la durée de l'examen préliminaire. Même si un délai procédural est fixé, il ne peut être qu'indicatif. Un système périodique de contrôle et d'évaluation de l'état d'avancement du travail de la Procureure pourrait être plus efficace. Entre paix et justice par contre, le débat ne sera jamais clos. On peut cependant se demander quelles seraient les conséquences pour un organe judiciaire tel que la CPI de jouer un rôle politique dans les mécanismes de justice transitionnelle.

EN MATIÈRE D'ACCÈS À L'AVORTEMENT, LES ÉTATS-UNIS RENCONTRENT-ILS LEURS OBLIGATIONS INTERNATIONALES EN VERTU DU *PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES*?

*Félix Pominville Archambault**

Aux États-Unis, l'accès à l'avortement demeure un enjeu politique hautement controversé. Depuis 2010, on assiste à une hausse significative du nombre de restrictions en limitant l'accès, et ce, dans plusieurs États, malgré le fait que la Cour suprême américaine définisse cet accès à l'avortement comme un droit constitutionnel depuis le jugement *Roe v. Wade* rendu en 1973. Le présent article aborde le sujet de l'accès à l'avortement aux États-Unis sous l'angle du droit international public. Précisément, il sera question de démontrer pourquoi, en matière d'accès à l'avortement, les États-Unis ne respectent pas leurs obligations en vertu du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)* qu'ils ont ratifié en 1992. Afin de déterminer les obligations des États ayant ratifié le *PIDCP*, les protections que confère ce dernier en matière d'accès à l'avortement seront ensuite illustrées à travers une analyse de la « jurisprudence » du Comité des droits de l'homme. L'accès à l'avortement aux États-Unis sera ensuite examiné. Pour ce faire, l'évolution et l'état actuel de la jurisprudence de la Cour suprême en la matière seront analysés. La réalité sur le terrain le sera également afin de saisir l'effet réel des restrictions légales limitant l'accès. La situation politico-juridique entourant la composition de la Cour suprême sera exposée afin de mettre en lumière les nuances politiques relatives à l'avortement aux États-Unis.

In the United States, abortion is still a highly polarizing issue. Since 2010, there has been a significant increase in the number of legal restrictions on abortion in several states despite the fact that access to abortion has been recognized by the Supreme Court as a constitutional right in 1973 in the decision *Roe v. Wade*. However, this article goes beyond the United States' domestic law. Rather, it addresses access to abortion in the United States from a different angle, under-studied, which is public international law. Precisely, the article will demonstrate why, in terms of access to abortion, the United States do not respect their obligations under the *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* which they ratified in 1992. In order to determine the obligations of the States that have ratified the *ICCPR*, the protections related to access to abortion that the *Covenant* provides will then be illustrated through an analysis of the "jurisprudence" of the Human Rights Committee. Access to abortion in the United States will then be examined. To this end, the evolution and current state of the Supreme Court of the United States' jurisprudence on access to abortion will be analyzed. The reality on the ground will also be analyzed to capture the real effects of legal restrictions limiting access. The current political situation regarding the Supreme Court's composition will be exposed in order to highlight the political nuances beyond the legal aspect regarding abortion in the United States.

En los Estados Unidos, el acceso al aborto sigue siendo un tema político altamente controvertido. Desde 2010, ha habido un aumento significativo en el número de restricciones que limitan su acceso, en varios estados, a pesar de que la Corte Suprema de los Estados Unidos haya definido el acceso al aborto como un derecho constitucional en la sentencia *Roe v. Wade* de 1973. Este artículo aborda el tema del acceso al aborto en los Estados Unidos desde la perspectiva del derecho internacional público. Específicamente, será cuestión de demostrar por qué, en lo que respecta al acceso al aborto, Estados Unidos no respeta sus obligaciones bajo el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)* ratificado en 1992. A fin de determinar las obligaciones de los Estados que han ratificado el *PIDCP*, las protecciones que este último

* B.A. en études internationales (2016), LL.B. (2019), Université de Montréal ; Candidat à la LL.M. à l'Université de Montréal et étudiant à l'École du Barreau (2019). Je tiens à remercier Madame Isabelle Duplessis, professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, pour ses précieux conseils tout au long de la rédaction de cet article.

confiere con respecto al acceso al aborto se ilustrarán a través de un análisis de la “jurisprudencia” del Comité de Derechos Humanos. Luego se examinará el acceso al aborto en los Estados Unidos. Para este fin, se analizará el desarrollo y el estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto de este tema. También será analizada la realidad en el campo para comprender el efecto real de las restricciones legales que limitan el acceso. Se expondrá la situación política y legal que rodea la composición de la Corte Suprema para resaltar los matices políticos relacionados con el aborto en los Estados Unidos.

How Trump helped inspire a wave of strict new abortion laws

Vox, 21 novembre 2018¹

Here's why Donald Trump attacked abortion in his State of the Union address

USA Today, 5 février 2019²

At least 20 abortions cases are in the pipeline to the Supreme Court. Any one could gut Roe v. Wade

The Washington Post, 15 février 2019³

Georgia's heartbeat abortion bill is dangerous for women nationwide

The Hill, 13 mars 2019⁴

Judge blocks Kentucky fetal heartbeat law that bans abortion after six weeks

The New York Times, 16 mars 2019⁵

Ces quelques titres de grands journaux et magazines américains tirés entre novembre 2018 et mars 2019 illustrent que l'accès à l'avortement demeure un enjeu d'actualité majeur aux États-Unis, et ce, encore plus depuis l'élection du républicain Donald Trump à la présidence en novembre 2016.

Parallèlement, pour souligner la Journée mondiale de l'avortement du 28 septembre 2018, dans un communiqué, un groupe d'experts des Nations Unies en droits humains déclarent notamment ceci :

¹ Anna North, « How Trump helped inspire a wave of strict new abortion laws » (21 novembre 2018), *Vox*, en ligne : <www.vox.com/2018/3/22/17143454/trump-ohio-heartbeat-bill-abortion-ban-mississippi>.

² Maureen Grope, « Here's why Donald Trump attacked abortion in his State of the Union address » (5 février 2019), *USA Today*, en ligne : <www.usatoday.com/story/news/politics/2019/02/05/abortion-politics-why-trump-raised-during-state-union/2743380002/>.

³ Ariana Eunjung Cha, « At least 20 abortions cases are in the pipeline to the Supreme Court. Any one could gut Roe v. Wade » (15 février 2019), *The Washington Post*, en ligne : <www.washingtonpost.com/health/2019/02/15/least-abortion-cases-are-steps-us-supreme-court-any-one-could-gut-roe-v-wade/?utm_term=.6ec61299bb28>.

⁴ Laura M Gaydos, Elizabeth A Mosley et Subasri Narasimhan, « Georgia's heartbeat abortion bill is dangerous for women nationwide » (16 mars 2019), *The Hill*, en ligne : <thehill.com/opinion/healthcare/434372-georgias-heartbeat-abortion-bill-is-dangerous-for-women-nationwide>.

⁵ Sarah Mervosh, « Judge blocks Kentucky Fetal Heartbeat Law that bans abortion after six weeks » (16 mars 2019), *The New York Times*, en ligne : <www.nytimes.com/2019/03/16/us/kentucky-fetal-heartbeat-abortion-law.html>.

[They] urged governments across the world to decriminalise abortion and enhance their progress towards ensuring the right of every woman or girl to make autonomous decisions about her pregnancy. This is at the very core of her fundamental right to equality, privacy and physical and mental integrity and is a precondition for the enjoyment of other rights and freedoms.

Le groupe d'experts ajoute:

Concerns about unsafe abortion must be addressed through public health, relevant medical malpractice and civil laws. It is therefore crucial that countries demonstrate their commitment to eliminating discrimination against women in their legislation and to advancing women's and adolescents' sexual and reproductive rights, in accordance with international human rights standards," the experts emphasized⁶.

Avant d'aller plus loin, rappelons quelques faits relatifs à l'avortement : selon l'Organisation mondiale de la santé (OMS), l'avortement correspond à l'une des procédures médicales les plus sûres si les directives en la matière sont suivies⁷. Par contre, les complications dues à un avortement non médicalisé demeurent la cause d'au moins un décès maternel sur six⁸. En 2008, une étude de l'OMS basée sur les données et estimations provenant de l'ensemble des États démontre que plus le cadre légal permettant l'avortement est large, moins il y a de décès résultant d'avortements non médicalisés⁹. De plus, un rapport de recherche de 2017 du Guttmacher Institute révèle que la mise en place de restrictions légales n'entraîne pas de baisse significative dans le nombre d'avortements pratiqués. En effet, entre 2010 et 2014, le rapport indique que 34 femmes sur 1000 âgées de 15 à 44 ans ont eu recours à l'avortement dans les États où il est banni ou seulement permis dans les cas où il est nécessaire pour sauver la vie de la femme enceinte. Dans les États où l'avortement est permis sans aucune restriction, entre 2010 et 2014, on note que 37 femmes sur 1000 âgées de 15 à 44 ans y ont eu recours¹⁰. Le même rapport constate en fait que plus il y a de restrictions légales quant à l'accès à l'avortement, plus le nombre d'avortements pratiqués de façon moins sécuritaire augmente¹¹.

Ceci étant dit, les États-Unis respectent-ils les « standards internationaux de

⁶ Haut-Commissariat des droits de l'Homme (HCDH), « International Safe Abortion Day – Friday 28 September 2018 » (28 septembre 2018), *HCDH*, en ligne : <www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23644&LangID=E>; HCDH, « States must act now to allow safe, legal abortions for women and girls, say UN rights experts » (27 septembre 2018), *HCDH*, en ligne : <www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23646&LangID=E>.

⁷ WHO et Department of Reproductive Health and Research, *Safe abortion: technical and policy guidance for health systems*, 2^e éd, Genève, WHO, 2012 à la p 1.

⁸ Nicholas J Kassebaum et al, « Global, Regional, and National Levels and Causes of Maternal Mortality During 1990–2013: a Systematic Analysis for the Global Burden of Disease Study 2013 » (2014) 384:9947 *The Lancet* 980 à la p 996.

⁹ WHO, *Primary Health Care: Now More than Ever World Health Report 2008*, Genève, WHO, 2008 à la p 65.

¹⁰ Susheela Singh et al, *Abortion Worldwide 2017, Uneven Progress and Unequal Access*, Guttmacher Institute, 2017 à la p 4.

¹¹ *Ibid* à la p 5.

droits humains » mentionnés dans le communiqué en marge de la Journée mondiale de l'avortement? Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)* adopté en 1966 et entré en vigueur en 1976¹² correspond certainement à l'un des traités cardinaux en matière de droits humains. En effet, c'est dans ce traité, ainsi que dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)*¹³, qu'on retrouve pour la première fois la codification en termes juridiques des droits contenus dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁴ adoptée en 1948. Les 172 États ayant ratifié le *PIDCP*, dont les États-Unis depuis 1992¹⁵, ont donc des obligations précises en matière de droits humains. Parmi celles-ci, on en retrouve notamment en matière d'accès à l'avortement. En l'espèce, il sera donc question de déterminer si, en matière d'accès à l'avortement, les États-Unis remplissent leurs obligations en vertu du *PIDCP*.

Premièrement, afin de déterminer les obligations des États ayant ratifié le *PIDCP*, les protections que confère ce dernier en matière d'accès à l'avortement seront abordées à travers une analyse de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme (ci-après « CDH »). Cette analyse sera divisée selon les circonstances où le CDH a reconnu la nécessité de permettre l'accès à un avortement soit lorsque l'avortement est nécessaire pour sauver la vie de la femme enceinte, lorsqu'il est nécessaire pour préserver sa santé, lorsque la grossesse résulte d'un viol ou d'inceste et lorsque le fœtus souffre d'une malformation sévère. Les dispositions du *PIDCP* concernées sont le droit à la vie (art. 6), le droit à la protection contre la torture, peines ou traitements inusités, inhumains ou dégradants (art. 7), le droit à la vie privée (art. 17) et le droit à la non-discrimination à l'égard de la loi (art. 26).

Deuxièmement, la situation de l'avortement aux États-Unis sera examinée. Il sera principalement question d'étudier l'évolution et l'état actuel de la jurisprudence de la Cour suprême concernant l'accès à l'avortement. Ensuite, la réalité sur le terrain sera analysée afin de saisir l'effet réel des restrictions légales limitant l'accès. Finalement, l'actuelle situation politico juridique de la Cour suprême américaine sera exposée afin d'éclaircir les questions politiques relatives à l'avortement aux États-Unis.

Enfin, il sera alors possible de démontrer en quoi les États-Unis ne remplissent pas leurs obligations en matière d'avortement en vertu du *PIDCP*.

¹² *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [*PIDCP*].

¹³ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 RTNU 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

¹⁴ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés AG 217A (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n^o 13, Doc NU A/810 (1948) 71.

¹⁵ *PIDCP*, supra note 12 et l'état des ratifications, en ligne : *Nations Unies* <treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_fr>.

I. Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Le *PIDCP* sera tout d'abord présenté. Les circonstances dans lesquelles le *PIDCP* confère une protection en matière d'accès à l'avortement seront ensuite illustrées par l'entremise d'une étude de la « jurisprudence » du CDH. Ces circonstances sont les suivantes : lorsque l'avortement est nécessaire pour sauver la vie de la femme, lorsqu'il est nécessaire pour préserver la santé de la femme, lorsque la grossesse est le résultat d'un viol ou d'inceste, et lorsque le fœtus souffre de malformations sévères.

A. Information générale

Les États-Unis ont ratifié le *PIDCP* en 1992. Le Sénat, dans son rapport relatif à la ratification du *PIDCP* écrit :

The International Covenant on Civil and Political Rights is one of the fundamental instruments created by the international community for the global promotion and protection of human rights. Over 100 States, including the member states of the European Community, Canada, and other traditional U.S. allies, have ratified the Covenant. In view of the leading role that the United States plays in the international struggle for human rights, the absence of U.S. ratification of the Covenant is conspicuous and, in the view of many, hypocritical. The Committee believes that ratification will remove doubts about the seriousness of the U.S. commitment to human rights and strengthen the impact of U.S. efforts in the human rights field¹⁶.

La ratification est tout de même accompagnée de réserves rendant certaines parties des dispositions du *PIDCP* inopérantes aux États-Unis, notamment celle prohibant la peine de mort imposée aux enfants, celle interdisant la propagande raciste et haineuse et celle prohibant les traitements cruels, inhumains et dégradants à l'exception de ce qui est déjà conforme avec ce que la loi américaine prévoit¹⁷. Bien que plusieurs auteurs¹⁸ avancent que de telles réserves sont le prix à payer afin de faire ratifier un traité de droits humains par le plus grand nombre d'États, d'autres¹⁹ avancent plutôt que d'un point de vue théorique, cela va à l'encontre du caractère universel des traités de droits humains.

Notons que la ratification du *PIDCP* est contraire à la pratique générale de résistance des États-Unis à l'égard des traités internationaux. Au cœur de cette résistance, repose la notion de souveraineté, la suprématie ultime de la *Constitution*

¹⁶ É-U, *US Senate Report on Ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights*, 102^e Cong, 1992 à la p 3.

¹⁷ *PIDCP*, *supra* note 1215.

¹⁸ Michael Ignatieff, *Introduction to American Exceptionalism and Human Rights 1*, Princeton, Princeton University Press, 2009 à la p 6.

¹⁹ Aaron X Fellmeth, « Leading from (a Bit) Behind : The United States and International Human Rights Law » (2015) 40:4 *NCJ Intl L & Com Reg* 977 à la p 992.

des États-Unis d'Amérique de 1787²⁰ ainsi que le partage de compétences entre le fédéral et les différents États²¹. En d'autres mots, une partie importante de la classe politique américaine, incluant plusieurs sénateurs, craint que les traités internationaux, surtout ceux en matière de droits humains, n'affaiblissent la souveraineté américaine, créant une obligation de modifier les lois adoptées par les réels représentants du peuple américain au Congrès²². Ce faisant, le traité central en matière de protection des droits des femmes, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*²³, entrée en vigueur en 1981, n'a pas été ratifiée par les États-Unis. Les seuls autres États à ne pas l'avoir ratifiée sont l'Iran, les Palaos, la Somalie, le Soudan et les Tonga²⁴. Ce traité impose d'ailleurs des obligations aux États parties en matière d'accès à l'avortement²⁵. Cette non-ratification par les États-Unis entraîne son lot de conséquences. En effet, cela empêche, ou du moins, ralentit considérablement les normes qui y sont prévues d'être considérées comme partie intégrante de la coutume internationale²⁶.

Le *PIDCP* prévoit les droits humains tels le droit à la vie²⁷, la protection contre les traitements cruels, dégradants et inhumains²⁸, la protection contre l'esclavage²⁹, le droit à la vie privée³⁰, la liberté de conscience³¹, la liberté d'expression³², le droit à l'égalité et à la non-discrimination devant la loi³³.

Un comité formé d'experts indépendants, le CDH, est mis en place afin de surveiller la mise en œuvre du *PIDCP* par les États parties³⁴. Ces derniers doivent lui présenter à intervalles réguliers des rapports sur la mise en œuvre des droits prévus dans le *PIDCP*. Un premier rapport doit être soumis un an après la ratification et généralement, un autre rapport doit suivre tous les quatre ans. Le CDH, suite à l'examen d'un rapport, fait à l'État concerné ses recommandations et préoccupations par l'entremise de ses « observations finales ». Le CDH publie aussi ses observations

²⁰ US Const.

²¹ Ann M Piccard, « U.S. Ratification of CEDAW : From Bad to Worse? » (2010) 28:1 Law & Ineq 119 à la p 132.

²² *Ibid* à la page 133.

²³ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1^{er} mars 1979, 1249 RTNU 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981).

²⁴ *Ibid*; état des ratifications, en ligne : *Nations Unies*

< treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=fr >.

²⁵ Voir notamment sur la teneur des obligations en matière d'accès à l'avortement : Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Enquête concernant le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en application de l'article 8 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Doc off HCDH NU, 2018, Doc NU CEDAW/C/OP.8/GBR/1.

²⁶ Voir notamment Kelly Fasbinder, « International Women's Human Rights : United States Stalling Progress from Cedaw into CIL » (2016) 61:3 Wayne L Rev 691 à la p 716.

²⁷ *PIDCP*, *supra* note 12, art 6.

²⁸ *Ibid*, art 7.

²⁹ *Ibid*, art 8.

³⁰ *Ibid*, art 17.

³¹ *Ibid*, art 18.

³² *Ibid*, art 19.

³³ *Ibid*, art 26.

³⁴ *Ibid*, art 28 et voir la quatrième partie.

générales correspondant à une interprétation par le CDH du contenu des dispositions du *PIDCP*³⁵. Adopté en 1966 et entré en vigueur en 1976, le premier *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*³⁶ permet au CDH d'examiner des plaintes individuelles provenant de particuliers se disant victimes de violation de droits reconnus au *PIDCP*. Ce *Protocole* est ratifié par 116 États, mais pas par les États-Unis³⁷. Toutefois, le mécanisme qui y est prévu a permis au CDH de développer une jurisprudence étoffée relative aux droits prévus dans le *PIDCP*. Cette jurisprudence permet donc de définir leur portée et de mieux délimiter les obligations des États parties au *PIDCP* et non seulement ceux parties au *Protocole*. Cette jurisprudence comprend également les observations générales ainsi que les observations finales. En l'espèce, bien que dépourvue de valeur juridique contraignante, mais non pas de valeur politique et morale, c'est cette « jurisprudence » qui permettra de déterminer les obligations des États-Unis en matière d'accès à l'avortement en vertu du *PIDCP*³⁸.

B. Le Pacte et le droit à l'avortement

Le *PIDCP* ne prévoit pas le droit à l'avortement de façon expresse. C'est plutôt à travers la « jurisprudence » du CDH et l'évolution de l'interprétation et de l'application de certains droits du *PIDCP* en faveur de la reconnaissance d'un droit à l'avortement qu'il est possible aujourd'hui de dire que les femmes bénéficient d'un droit à l'avortement en vertu du *PIDCP*³⁹. Comme illustré par les auteures Zampas et Gher, la jurisprudence du CDH s'est précisée en matière d'avortement autour de cas particuliers : quand l'avortement est nécessaire pour sauver la vie de la femme enceinte, quand il est nécessaire pour préserver sa santé, quand la grossesse résulte d'un viol ou d'inceste, quand le fœtus souffre d'une malformation⁴⁰.

1. L'AVORTEMENT POUR SAUVER LA VIE DE LA FEMME ENCEINTE

L'article 6 (1) du *PIDCP* prévoit que « le droit à la vie est inhérent à la personne humaine ». Débutons par les observations générales pertinentes du CDH. L'*Observation générale n° 6* du CDH rendue en 2004 stipule que le droit à la vie ne doit pas être interprété restrictivement et ajoute que « la protection de ce droit exige

³⁵ *Ibid*, art 40.

³⁶ *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [*Protocole se rapportant au PIDCP*].

³⁷ *Ibid*; état des ratifications, en ligne : [Nations Unies <treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_fr>](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_fr).

³⁸ Olivier Delas, Manon Thouvenot et Valérie Bergeron-Boutin, « Quelques considérations entourant la portée des décisions du Comité des droits de l'homme » (2017) 30:2 RQDI 1 à la p 33.

³⁹ Christina Zampas et Jaime M Gher, « Abortion as a Human Right – International and Regional Standards » (2008) 8:2 Hum Rts L Rev 249 à la p 251.

⁴⁰ *Ibid* à la p 251.

que les États adoptent des mesures positives »⁴¹. Le CDH, dans une autre observation générale, l'*Observation générale n° 28 sur l'égalité des droits entre les hommes et les femmes*, demande aux États lorsqu'ils font leur rapport sur la mise en œuvre du droit à la vie de :

fournir des données sur les taux de natalité ainsi que sur le nombre de décès imputables à la fonction de procréation des femmes. Ils devraient également fournir des données ventilées par sexe sur les taux de mortalité infantile. Ils devraient communiquer des informations sur toutes les mesures adoptées par eux pour aider les femmes à éviter les grossesses non désirées et à veiller à ce qu'elles ne doivent pas subir d'avortements clandestins mettant leur vie en danger⁴².

La même observation générale ajoute que le fait pour un État d'imposer un devoir légal aux médecins et aux autres membres du personnel soignant de signaler aux autorités les femmes ayant choisi de se faire avorter peut constituer une violation du droit à la vie des femmes concernées. On note également qu'une telle situation peut aussi constituer une violation à leur droit de ne pas subir de traitement cruel, dégradant et inhumain prévu à l'article 7 du *PIDCP*⁴³.

En 2018, l'*Observation générale n° 36 sur le droit à la vie* réaffirme le lien fort pour les femmes entre leur droit à l'avortement et l'exercice de leur droit à la vie prévu au *PIDCP*. Le CDH énonce que les États peuvent adopter des mesures encadrant l'avortement, mais que celles-ci ne doivent pas violer le droit à la vie des femmes enceintes ou tout autre droit prévu au *PIDCP*. Ainsi, sans donner d'exemples, peu importe le type de mesures, elles ne doivent pas mettre la vie des femmes enceintes en danger ou les soumettre à une douleur ou souffrance mentale ou physique correspondant à une violation de l'article 7 (protection contre peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants)⁴⁴.

Le CDH innove dans cette observation relativement au droit à l'avortement, car il spécifie pour la première fois que les États doivent fournir un accès à l'avortement sécuritaire, légal et efficace pour protéger la vie et la santé de la femme enceinte et aussi lorsque pour la femme, mener la grossesse à terme engendrerait une souffrance ou une douleur considérable. Relativement à cette souffrance ou douleur considérable, le CDH nomme spécifiquement les circonstances où les États se doivent de permettre l'avortement, soit lorsque la grossesse est le résultat d'un viol ou d'inceste et lorsque le fœtus présente des malformations mortelles⁴⁵.

De plus, l'observation ajoute que les États ont le devoir de s'assurer que les femmes n'aient pas recours à des avortements non sécuritaires. Pour se faire, ils

⁴¹ CDH, *Observation générale n° 6 sur l'article 6 du PIDCP, concernant le droit à la vie*, Doc off CES NU, 2004, Doc NU CCPR/C/GC/36 au para 4.

⁴² CDH, *Observation générale No 28 sur l'article 3 du PIDCP, concernant le droit à l'égalité des droits entre les hommes et les femmes*, Doc off CES NU, 2000, Doc NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 au para 10.

⁴³ *Ibid* au para 20.

⁴⁴ CDH, *Observation générale N° 36 sur l'article 6 du PIDCP, concernant le droit à la vie*, Doc off CES NU, 2018, Doc NU CCPR/C/GC/36 au para 8.

⁴⁵ *Ibid*.

doivent réviser leurs lois en la matière. Le CDH guide les États relativement à ce devoir en énumérant plusieurs exemples de ce qu'ils doivent et ne doivent pas faire :

For example, they should not take measures such as criminalizing pregnancy of unmarried women or applying criminal sanctions to women and girls who undergo abortion or to medical service providers who assist them in doing so, since taking such measures compels women and girls to resort to unsafe abortion. States parties should remove existing barriers to effective access by women and girls to safe and legal abortion, including barriers caused as a result of the exercise of conscientious objection by individual medical providers, and should not introduce new barriers⁴⁶.

On peut conclure que cette observation générale du CDH interprète le droit à la vie de l'article 6 du *PIDCP* comme requérant que les États rendent l'avortement accessible dans les situations où la vie et la santé de la femme enceinte est en danger et où mener à terme la grossesse engendrerait pour la femme enceinte une souffrance ou une douleur considérable. En exigeant la légalisation de l'avortement dans ces situations précises, il s'agit de la première observation générale du CDH où il est exigé que l'avortement soit légalisé dans une quelconque situation faisant ainsi du droit à l'avortement, bien qu'il ne soit pas expressément prévu au *PIDCP*, un droit humain.

Parallèlement aux observations générales du CDH, les observations finales du CDH offrent également un fort soutien au droit à l'avortement et exigent dans certaines circonstances particulières, que nous verrons dans les prochains paragraphes, que les États prennent des mesures concrètes afin que les femmes bénéficient du droit à la vie dans le contexte d'un avortement⁴⁷. Effectivement, tel que le soulignent les auteures Zampas et Gher, le CDH a fait le lien entre les avortements non sécuritaires et illégaux et les taux élevés de décès chez les femmes enceintes⁴⁸. D'autres ont notamment relevé que la pratique d'un avortement illégal engendre des conséquences sérieuses et nocives pour la vie, le bien-être⁴⁹ et la santé⁵⁰.

Ces observations finales soulignent aussi les effets néfastes des lois limitant l'accès à l'avortement sur la vie des femmes. Par exemple, l'observation finale sur l'Équateur de 1998, se basant sur le fait que plus il y a de restrictions limitant l'accès à l'avortement, plus il y a de suicides chez les mineures, a statué que l'Équateur violait le droit à la vie de ces mineures et que conséquemment, le CDH lui

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Zampas et Gher, *supra* note 39 aux pp 256-58.

⁴⁸ Voir notamment les observations finales suivantes du CDH : CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Chili*, Doc off CES NU, 1999, Doc NU CCPR/C/79/Add.104 au para 15; CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Mongolie*, Doc off CES NU, 2000, Doc NU CCPR/C/79/Add.120 au para 8 b); CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Pologne*, Doc off CES NU, 1999, Doc NU CCPR/C/79/Add.110 au para 11.

⁴⁹ CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, El Salvador*, Doc off CES NU, 2003, Doc NU CCPR/CO/78/SLV au para 14.

⁵⁰ CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Mali*, Doc off CES NU, 2003, Doc NU CCPR/CO/77/MLI au para 14; CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Pologne*, Doc off CES NU, 2004, Doc NU CCPR/CO/82/POL au para 8 [CDH, *Pologne*].

recommandait d'adopter les mesures et législations nécessaires afin de corriger la situation⁵¹. Dans les cas de grossesses résultant d'un viol, le CDH a confirmé qu'une législation interdisant l'avortement dans une telle circonstance est incompatible avec le droit à la vie prévu à l'article 6 du *PIDCP*⁵² et que par conséquent, le CDH recommande à l'État fautif d'adapter sa législation afin que le droit à la vie des femmes soit respecté lorsque ces dernières choisissent de mettre fin à leur grossesse⁵³.

Dans ses observations finales, le CDH s'intéresse aussi au manque d'accessibilité à l'avortement, et ce, même quand ce dernier est légalement autorisé. Son analyse va donc au-delà de l'aspect purement formel du droit. Par exemple, dans son observation finale sur la Pologne en 2004, le CDH a exprimé sa profonde préoccupation à l'égard des lois polonaises relatives à l'avortement. Ces dernières rendant dans les faits l'avortement inaccessible, le CDH conclut que ces lois restrictives incitent les Polonaises à recourir à des avortements illégaux et non sécuritaires mettant ainsi leur santé et leur vie en danger. Le CDH n'arrête pas son analyse au fait que l'avortement est légal en Pologne. Il met plutôt l'accent sur la réalité du terrain, soit l'inaccessibilité dans les faits. Ce faisant, le CDH conclut en conseillant à la Pologne de libéraliser sa législation et sa pratique en matière d'avortement afin de se conformer à ses obligations en vertu du droit à la vie prévu au *PIDCP*⁵⁴.

Par contre, avant de clore la section sur le droit à la vie prévu à l'article 6, quelques commentaires s'imposent sur le fœtus. Tel que l'expliquent les auteures Zampas et Gher⁵⁵, le fœtus ne bénéficie pas du droit à la vie prévu dans le *PIDCP*. Si c'était le cas, ce serait incompatible avec le droit à la vie des femmes tel qu'illustré précédemment. En plus, ce serait également incompatible avec leur droit à la santé et leur droit à l'autonomie. Un tel droit accordé au fœtus imposerait aux femmes des grossesses non désirées compromettant ainsi leur vie au nom de la vie de leur futur enfant. Au-delà de cette flagrante opposition, les auteures rappellent qu'au moment où le *PIDCP* était négocié, un amendement à l'article 6 a été proposé par un groupe d'États réunissant la Belgique, le Salvador, le Mexique et le Maroc afin de conférer à la personne humaine le droit à la vie à partir du moment de la conception. Or, cet amendement a été battu. De plus, accorder le droit à la vie au fœtus serait totalement incohérent avec la jurisprudence du CDH qui à maintes reprises a appelé les États à libéraliser leurs lois en matière d'avortement. Les auteures illustrent que l'approche du CDH en matière du droit à la vie et du fœtus est cohérente avec les autres instruments pertinents de droits humains universels (la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et la *Convention internationale des droits de l'enfant*)⁵⁶. Notons

⁵¹ CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Équateur*, Doc off CES NU, 1998, Doc NU CCPR/C/79/Add.92 au para 11.

⁵² CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Pérou*, Doc off CES NU, 2000, Doc NU CCPR/C/0/70/PER au para 20 [CDH, *Pérou*].

⁵³ CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Vénézuëla*, Doc off CES NU, 2001, Doc NU CCPR/C/0/71/VEN au para 19.

⁵⁴ CDH, *Pologne*, *supra* note 50.

⁵⁵ Zampas et Gher, *supra* note 39 aux pp 262-64.

⁵⁶ *Ibid* aux pp 262-63.

toutefois que la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* se distingue puisqu'elle prévoit à son article 4 que « [t]oute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie »⁵⁷.

2. L'AVORTEMENT POUR PRÉSERVER LA SANTÉ DE LA FEMME

Comme le démontrent les auteures Zampas et Gher⁵⁸, le *PIDCP* ne protège pas expressément le droit à la santé. Par contre, dans la constatation fort importante *KL c. Pérou (KL)*⁵⁹ rendue en 2005, le CDH reconnaît que l'accès à l'avortement est à l'intersection entre la santé des femmes, leur droit à la vie privée ainsi que leur droit de ne pas subir de peine ou traitement cruel, inhumain et dégradant. Ce faisant, relativement aux lois des États parties encadrant et limitant l'accès à l'avortement, le CDH a conclu que les États parties ne devaient pas interpréter restrictivement les exceptions basées sur la santé qui y sont prévues afin de préserver la santé des femmes. Avant d'approfondir *KL* et cette conclusion du CDH en matière d'exception basée sur la santé, notons qu'avant de rendre cette constatation, le CDH avait déjà à plusieurs reprises dans le contexte de l'avortement, à travers ses observations finales, souligné le lien entre le droit à la vie des femmes et leurs conditions de santé⁶⁰. Le CDH avait aussi soulevé les effets négatifs des restrictions légales à l'avortement sur la santé des femmes⁶¹.

KL était une jeune adolescente de 17 ans enceinte d'un fœtus souffrant d'anencéphalie. L'anencéphalie est une condition incompatible avec la vie du fœtus et met en péril la santé et la vie de la femme enceinte. Mise au courant de la situation par son médecin, suivant son conseil, l'adolescente décide de mettre fin à sa grossesse. De plus, la preuve présentée révèle qu'une travailleuse sociale lui a fortement conseillé de prendre cette décision sinon, son sentiment de détresse et d'instabilité émotionnelle ne serait que prolongé. Un psychiatre a, quant à lui, affirmé que mener la grossesse à terme risquerait fortement de causer une dépression chez l'adolescente menaçant ainsi sérieusement son développement et sa santé mentale⁶².

Au Pérou, l'avortement est prohibé en vertu de la loi, mais demeure exceptionnellement permis lorsque la vie ou la santé de la femme est en danger. Or,

⁵⁷ *Convention américaine relative aux droits de l'homme « Pacte de San José de Costa Rica »*, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123 (entrée en vigueur : 18 juillet 1998); voir notamment à propos du débat sur les normes interaméricaines : Paul Alvaro, « Controversial Conceptions : The Unborn and the American Convention on Human Rights » (2012) 9:2 *Loy U Chicago LJ* 209; Ligia De Jesus, « *Post Baby Boy v. United States* Developments in the Inter-American System of Human Rights : Inconsistent Application of the American Convention's Protection of the Right to Life from Conception » (2011) 17:3 *L & Bus Rev Americas* 435.

⁵⁸ Zampas et Gher, *supra* note 39 aux pp 269-71.

⁵⁹ CDH, *Communication n° 1153/2003*, Doc off CES NU, 2005, Doc NU CCPR/C/85/D/1153/2003 [CDH, *Communication n° 1153/2003*].

⁶⁰ CDH, *Pologne, supra* note 50.

⁶¹ *Ibid*, Mali au para 13.

⁶² CDH, *Communication n° 1153/2003, supra* note 59 aux para 2.2-2.5.

malgré la recommandation du médecin de mettre fin à la grossesse et cette exception légale, l'hôpital public péruvien a refusé de pratiquer l'avortement plaissant qu'il ne s'agissait pas d'un cas tombant dans l'exception et que la loi ne prévoit pas de droit à l'avortement dans les cas de malformations sévères du fœtus. L'adolescente a donc accouché d'une fille souffrant d'anencéphalie. Tel que le prévoyait le médecin de l'adolescente, son enfant n'a vécu que quatre jours, durant lesquels l'adolescente dut l'allaiter. L'adolescente, suite à la mort de sa fille, tomba dans une profonde dépression⁶³.

Le CDH a déterminé que le Pérou, en refusant à l'adolescente l'accès à un avortement thérapeutique permis légalement par le droit péruvien, était en violation des articles 2, 7, 17 et 24 du *PIDCP*.

L'article 7 sur l'interdiction de peine et traitement cruel, inhumain et dégradant est violé puisque d'après le CDH, la profonde dépression et la détresse émotionnelle vécue par l'adolescente étaient prévisibles et que l'omission de pratiquer l'avortement thérapeutique chez cette dernière est la cause des souffrances qu'elle a expérimentées⁶⁴. Ceci veut dire qu'un État partie doit, afin de remplir ses obligations relatives à l'article 7, garantir l'accès à l'avortement légal aux femmes dans les cas où la grossesse menace leur santé mentale ou physique incluant les cas de malformations sévères du fœtus⁶⁵. Notons que l'adolescente avait aussi plaidé une violation de son droit à la vie prévu à l'article 6 du *PIDCP*, mais le CDH n'a pas jugé nécessaire de se pencher sur une potentielle violation à ce droit étant donné l'établissement de la violation de l'article 7⁶⁶.

L'article 17 sur le droit à la vie privée est violé parce que l'adolescente avait légalement droit à l'avortement et que le refus par l'hôpital public péruvien de se plier à sa décision était injustifié. Le CDH se base sur la définition de l'OMS comme incluant la santé mentale. Le cas en l'espèce était alors un cas d'application de l'exception relative à la santé de la femme dans la loi péruvienne encadrant l'avortement. La décision, de nature privée, de mener à terme la grossesse ou non ne revenait qu'à l'adolescente et non pas au personnel de l'hôpital péruvien⁶⁷.

L'article 24 sur les mesures spéciales à l'égard des mineurs est aussi violé. Le CDH souligne la vulnérabilité particulière d'une jeune fille mineure lorsque celle-ci tente d'obtenir un avortement. Ce faisant, il reconnaît les obstacles additionnels qu'elle peut rencontrer ainsi que la plus grande possibilité de voir ses droits violés durant le processus⁶⁸. Quant à l'article 2 sur l'obligation des États parties de garantir et de respecter les droits prévus au *PIDCP*, le CDH rappelle que les États parties ont le devoir de prévoir un mécanisme administratif ou légal permettant de redresser toute situation de violation de droit⁶⁹.

⁶³ *Ibid* au para 2.6.

⁶⁴ *Ibid* au para 6.3.

⁶⁵ Zampas et Gher, *supra* note 39 à la p 270.

⁶⁶ CDH, *Communication n° 1153/2003*, *supra* note 59 aux para 6.2, 6.3.

⁶⁷ *Ibid* au para 6.4.

⁶⁸ *Ibid* au para 6.5.

⁶⁹ *Ibid* au para 9.

Bref, tel que l'expliquent les auteures Zampas et Gher, l'*affaire KL* est d'une importance significative puisqu'il s'agit de la première fois où un comité des Nations Unies relatif aux droits humains trouve un gouvernement responsable d'avoir violé les droits d'une femme en ne lui ayant pas assuré l'accès à un avortement auquel elle avait droit en vertu de sa santé. De plus, le CDH, en confirmant que la santé de la femme enceinte doit être interprétée de façon large et libérale, énonce qu'une exception permettant l'avortement pour préserver ladite santé de la femme enceinte doit également être interprétée de façon large et libérale. Ainsi, une telle exception ne peut être lue comme servant à préserver uniquement la santé physique de la femme enceinte. Sa santé mentale doit l'être également. Ce faisant, l'État partie doit assurer que dans les faits, l'avortement soit réalisable dans les cas de malformations sévères du fœtus. Il doit s'assurer que les mesures nécessaires pour garantir aux mineures l'accès à des services de santé reproductive soient mises en place. Finalement, un mécanisme d'appel accessible doit exister pour les femmes enceintes qui se voient refuser par un médecin l'accès à un avortement légal en vertu de leur santé. Cette constatation est d'autant plus importante puisqu'elle établit que les États parties ont le devoir de s'assurer que l'avortement soit accessible dans les faits lorsqu'ils reconnaissent formellement un droit à l'avortement nécessaire pour protéger la santé de la femme enceinte. Cela est une avancée majeure en matière de droit à l'avortement. Seulement le reconnaître dans un texte de loi n'est pas suffisant pour protéger la santé des femmes enceintes. Effectivement, dans bien des États où l'avortement est légal lorsque nécessaire pour la santé de la femme enceinte, ce dernier demeure dans les faits inaccessible de par l'imposition de diverses conditions qui implicitement constituent des restrictions au libre et effectif accès à l'avortement nécessaire pour des raisons de santé. Le Pérou dans l'*affaire KL* en est un exemple⁷⁰.

3. L'AVORTEMENT LORSQUE LA GROSSESSE EST LE RÉSULTAT D'UN VIOL OU D'INCESTE

Le *PIDCP* ne confère pas expressément le droit à l'avortement dans les cas où la grossesse est le résultat d'un viol ou d'inceste. C'est encore une fois le CDH, à travers ses observations finales rendues entre 2000 et 2004 comme le démontrent les auteures Zampas et Gher⁷¹ et notamment la constatation *L.M.R. v. Argentina*⁷² rendue en 2011, qui infèrera à partir d'autres droits du *PIDCP* le droit à l'avortement dans les cas de viol ou d'inceste.

Le CDH a exprimé ses préoccupations à l'égard d'États parties criminalisant l'avortement lorsque la grossesse est le résultat d'un viol⁷³ et en 2000, a confirmé dans une observation finale à l'égard du Pérou qu'une telle législation viole le droit

⁷⁰ Zampas et Gher, *supra* note 39 à la p 273.

⁷¹ *Ibid* aux pp 280-281.

⁷² CDH, *Communication n° 1608/2007*, Doc off CES NU, 2011, Doc NU CCPR/C/101/D/1608/2007 [CDH, *Communication n° 1608/2007*].

⁷³ CDH, *Observations finales du Comité des droits de l'homme, Gambie*, Doc off CES NU, 2004, Doc NU CCPR/CO/75/GMB au para 17.

à la vie des femmes prévu à l'article 6 du *PIDCP*⁷⁴. Le CDH recommande aussi au Pérou d'amender son cadre législatif qui criminalise l'avortement, car il pénalise les femmes enceintes lorsqu'elles mettent fin à leur grossesse résultant d'un viol. Le CDH détermine qu'une telle législation viole l'article 3 obligeant les États à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits du *PIDCP*, l'article 6 du droit à la vie et l'article 7 sur l'interdiction des peines et traitements cruels, inhumains et dégradants⁷⁵. En 2004, dans une autre observation finale cette fois concernant la Pologne, le CDH, allant au-delà de l'aspect formel du droit, s'est dit préoccupé face à l'inaccessibilité de l'avortement dans les faits en Pologne, et ce, même si l'avortement est permis lorsque la grossesse est le résultat d'un viol. Le CDH recommande donc que la Pologne libéralise sa législation et sa pratique relative à l'avortement⁷⁶.

Les faits dans la constatation *L.M.R.* sont les suivants. Suite à une visite à l'hôpital, on découvre qu'une femme de 20 ans ayant un âge mental entre 8 et 10 ans est enceinte. La grossesse est le résultat d'un viol commis par son oncle. Le *Code criminel* argentin permet l'avortement lorsqu'il est le résultat d'un viol commis sur une personne handicapée mentalement. Elle en fit donc la demande. Malgré ceci, elle dut plaider la légalité d'y recourir jusqu'à la plus haute instance judiciaire en Argentine où on lui reconnut le droit de se faire avorter vu les circonstances. Or, sous pression de groupes antiavortement affirmant que la grossesse était trop avancée (entre 20 et 22 semaines), l'hôpital refuse de pratiquer l'avortement. Comme aucun autre hôpital accepta de le pratiquer, et comme c'est généralement le cas lorsqu'on empêche le recours à un avortement légal, la jeune femme enceinte se fit avorter clandestinement⁷⁷.

Selon le CDH, l'Argentine n'a pas respecté ses obligations en vertu du *PIDCP* de par ses violations de ses articles 2, 3, 7 et 17⁷⁸. L'État argentin, en n'ayant pas garanti à *L.M.R.* l'exercice du droit à l'avortement prévu dans la législation lorsque celle-ci l'avait dûment demandé, lui a causé « une souffrance physique et morale » violant ainsi l'article 7 du *PIDCP* interdisant les peines et traitements cruels, inhumains et dégradants. Le Comité souligne également que la violation est « d'autant plus grave » puisqu'il « s'agissait d'une jeune fille handicapée »⁷⁹.

L'article 17 sur le droit à la vie privée est violé. En effet, le CDH constate que « l'immixtion illégitime de l'État » par l'entremise du pouvoir judiciaire dans une affaire qui devait concerner uniquement « la patiente et son médecin » correspond dans ces circonstances à une violation du *PIDCP*⁸⁰.

Conséquemment, l'article 2 est violé, car l'État partie, par omission, ne s'est pas assuré de disposer d'un mécanisme permettant à *L.M.R.* d'interrompre sa

⁷⁴ CDH, *Pérou*, *supra* note 52 au para 20.

⁷⁵ *Ibid* au para 20.

⁷⁶ *Pologne*, *supra* note 50 au para 8.

⁷⁷ CDH, *Communication n° 1608/2007*, *supra* note 72 aux para 2.1-2.8.

⁷⁸ *Ibid* au para 10.

⁷⁹ *Ibid* au para 9.2.

⁸⁰ *Ibid* au para 9.3.

grossesse et d'ainsi exercer ses droits prévus au *PIDCP*. Bien qu'ultimement les juridictions argentines aient rendu une décision favorable quant à l'interruption de sa grossesse, cela a nécessité trois procédures judiciaires prolongeant ainsi la gestation de plusieurs semaines. Cela a entraîné des conséquences sur la santé de L.M.R. qui en fin de compte, a été obligée de recourir à un avortement illégal et n'a pu se prévaloir de ses droits⁸¹.

La constatation du CDH dans cette affaire réaffirme le consensus voulant que limiter l'accès à l'avortement peut être considéré comme une violation de l'article 7 du *PIDCP* interdisant les peines et traitements cruels, inhumains et dégradants, mais ajoute que si la victime est une personne handicapée, cela rend la violation encore plus grave. Finalement, la constatation démontre aussi qu'obstruer l'accès à une procédure médicale légale tel l'avortement dans ces circonstances peut violer les articles 7 et 17 du *PIDCP*.

Également, mais sans en faire une analyse approfondie, pour la première fois, le CDH reconnaît, vu la violation de différents articles du *PIDCP*, qu'une femme est victime de discrimination dans l'accès à des services reproductifs. Le CDH reconnaît donc également que l'Argentine a violé l'article 3 voulant que les hommes et les femmes jouissent également des droits prévus au *PIDCP*. Les questions de discrimination en matière d'accès à l'avortement seront davantage développées lorsque sera abordé dans la sous-section suivante la constatation du CDH *Mellet v. Ireland*⁸².

4. L'AVORTEMENT EN CAS DE MALFORMATIONS SÉVÈRES DU FŒTUS

Comme développée précédemment, le CDH, dans sa jurisprudence, a déjà eu à se pencher sur cette question. Dans *KL*, rendue en 2005, par l'entremise d'une analyse des droits des femmes à la santé et à l'interdiction des peines et traitements cruels, inhumains et dégradants, le CDH a confirmé que le refus d'administrer un avortement médicalement nécessaire à une jeune fille enceinte d'un fœtus souffrant d'une malformation grave constituait une violation de ses droits⁸³. Pour arriver à cette conclusion, le CDH a mis l'accent sur le fait qu'être forcée de porter jusqu'à l'accouchement un fœtus souffrant de malformations sévères a causé à *KL* une immense détresse mentale qui était prévisible et évitable⁸⁴. Cette constatation, en démontrant les liens entre la malformation sévère du fœtus, la santé mentale et physique des femmes, leur vie privée et leur droit à ne pas subir de peine ou traitement cruel, inhumain et dégradant a ouvert la porte afin que la malformation sévère du fœtus soit une raison indépendante justifiant un avortement en vertu des droits humains prévus au *PIDCP*⁸⁵.

⁸¹ *Ibid* au para 9.4.

⁸² CDH, *Constataions adoptées par le Comité au titre de l'article 5 (par.4) du Protocole facultatif, concernant la communication n° 2324/2013*, Doc off CES NU, 2016, Doc NU CCPR/C/116/D/2324/2013 [CDH, *Mellet*].

⁸³ CDH, *Communication n° 1153/2003*, *supra* note 59 au para 6.3.

⁸⁴ *Ibid* au para 6.3.

⁸⁵ *Zampas et Gher*, *supra* note 39 à la p 285.

Rendue en 2016, la constatation du CDH *Mellet* mettant en cause l'Irlande reprend la balle au bond et précise l'analyse du CDH en la matière. Le CDH va encore plus loin et innove dans son approche à l'égard du droit à l'avortement puisque pour la première fois, il reconnaît explicitement que la prohibition et la criminalisation de l'avortement sont en soi une violation des droits humains⁸⁶. Rappelons que dans *KL*, le CDH avait reproché au Pérou d'empêcher une femme de bénéficier d'un avortement auquel elle avait droit en vertu du droit péruvien puisqu'il était nécessaire à sa santé. Le droit péruvien prévoyait effectivement une exception permettant l'avortement lorsque c'était le cas. Le CDH s'est donc basé sur cette exception du droit péruvien pour énoncer que le Pérou ne respectait pas ses obligations en vertu du *PIDCP* en interdisant à *KL* de bénéficier d'un avortement.

La situation est différente dans *Mellet*, car, en droit irlandais, l'exception légale permettant l'avortement est beaucoup plus restrictive. En effet, l'avortement y est permis uniquement lorsque la vie de la femme enceinte est substantiellement menacée et que cette dernière ne peut être sauvée que par l'entremise d'un avortement. Dans les faits, l'avortement est donc criminellement interdit dans pratiquement l'ensemble des circonstances en Irlande. Le CDH a alors l'occasion d'évaluer si un État partie prohibant l'avortement d'une telle manière respectait ses obligations en vertu du *PIDCP*. Il conclut que non.

Dans *Mellet*, une femme enceinte nommée Mellet est mise au courant au cours de sa vingt-et-unième semaine de grossesse que l'enfant qu'elle porte est atteint de malformations congénitales et allait mourir avant la naissance ou peu de temps après. En Irlande, le cadre législatif ne permet l'avortement que dans les cas où il est établi selon toute probabilité que la vie, et non pas seulement la santé, de la femme enceinte est menacée et que ce risque sérieux et réel ne peut être écarté que par la pratique d'un avortement. Autrement, l'avortement est légalement interdit. Comme la situation de la femme en l'espèce ne se qualifiait pas dans l'exception prévue, elle devait soit mener la grossesse à terme, tout en sachant très bien que le fœtus allait mourir avant en elle, soit obtenir un avortement illégal ou soit aller à l'étranger se faire avorter légalement⁸⁷. Mellet, ne voulant pas accoucher d'un enfant dont les chances de vie sont nulles, décide donc de parcourir 268 km entre Dublin, l'hôpital où elle était suivie en Irlande, et Liverpool en Angleterre, là où elle peut bénéficier d'un avortement.

Le CDH affirme qu'en l'espèce, l'article 7 interdisant les peines et traitements cruels, inhumains et dégradants est violé par l'Irlande. Suivant la tendance jurisprudentielle du CDH tel qu'illustré dans *KL* et *L.M.R.*, le CDH énonce que « l'État partie a causé à l'auteure [Mellet] des souffrances physiques et morales intenses »⁸⁸. Le CDH ajoute que Mellet était préalablement vulnérable puisqu'elle venait d'apprendre que son enfant souffrait de malformations sévères et que son angoisse physique et mentale en résultant était exacerbée par les facteurs suivants :

⁸⁶ Johanna B Fine, Katherine Mayall et Lilian Sepulveda, « The Role of International Human Rights Norms in the Liberalization of Abortion Laws Globally » (2017) 19:1 Health & Hum Rts 69 à la p 76.

⁸⁷ CDH, *Mellet*, *supra* note 82 au para 7.2.

⁸⁸ *Ibid* au para 7.4.

de n'avoir pas pu continuer de bénéficier des soins médicaux et de l'assurance maladie prévus par le système de santé publique irlandais; d'avoir dû choisir entre poursuivre une grossesse non viable ou partir à l'étranger dans cet état à ses frais et sans le soutien de sa famille, et rentrer en Irlande alors qu'elle n'était pas complètement remise; de la honte et de la stigmatisation associées à la pénalisation d'un avortement motivé par des malformations létales du fœtus; d'avoir dû laisser le corps de son bébé derrière elle et de recevoir sa dépouille ultérieurement des mains d'un coursier, alors qu'elle ne s'y attendait pas; et du refus de l'État partie de lui procurer les soins postérieurs à l'avortement dont elle avait besoin et de l'accompagner dans son deuil⁸⁹.

Le CDH poursuit en affirmant que le tout aurait pu être évité si :

elle avait été autorisée à interrompre sa grossesse dans l'environnement familial de son propre pays et en étant prise en charge par les professionnels de santé qu'elle connaissait et en qui elle avait confiance, et si elle avait bénéficié des prestations de santé nécessaires qui sont disponibles en Irlande, qui sont offertes à d'autres et auxquelles elle aurait eu accès si elle avait poursuivi sa grossesse non viable et accouché d'un enfant mort-né dans ce pays⁹⁰.

De plus, rendant les souffrances de Mellet encore plus grandes, des obstacles causés par la loi irlandaise l'ont empêchée d'obtenir les informations dont elle avait besoin relativement aux circonstances particulières de sa grossesse par des professionnels de la santé qu'elle connaissait. Effectivement, la loi irlandaise réprime la promotion de l'avortement de grossesse et limite les différentes circonstances où une personne est autorisée à fournir des informations en lien avec des services d'avortement légalement disponibles à l'étranger ou en Irlande. Dans le cas de Mellet, cette dernière n'a reçu aucune de ces informations. Ceci représente une interruption dans l'apport de soins et conseils sanitaires dont elle avait besoin vu sa situation précaire et a donc aggravé la détresse qu'elle vivait⁹¹. En somme, le traitement qu'a subi Mellet est cruel, inhumain et dégradant⁹².

Soulignant sa jurisprudence en la matière, le CDH rappelle que la décision d'une femme de demander de mettre fin à sa grossesse relève de l'exercice de son droit à la vie privée prévu à l'article 17 du *PIDCP*. En l'espèce, l'État irlandais s'est bel et bien immiscé arbitrairement dans l'exercice de ce droit en refusant à Mellet la seule option possible ou valable « respectueuse de son intégrité physique et mentale et de son autonomie procréative »⁹³. Le CDH relève que cette immixtion, interdisant que la grossesse soit interrompue en Irlande, était rendue possible par la *Constitution irlandaise (Bunreacht na hÉireann)*⁹⁴ qui d'après le gouvernement irlandais met en équilibre les intérêts du fœtus et ceux de la femme enceinte. Ce faisant, ladite

⁸⁹ *Ibid* au para 7.4.

⁹⁰ *Ibid* au para 7.4.

⁹¹ *Ibid* au para 7.5.

⁹² *Ibid* au para 7.6.

⁹³ *Ibid* au para 7.7.

⁹⁴ *Constitution irlandaise (Bunreacht na hÉireann)*, (entrée en vigueur : 27 décembre 1937).

intrusion de l'État irlandais dans la vie privée de Mellet que constate le CDH était légale selon le droit interne irlandais puisqu'il prévoit tel que mentionné précédemment que l'avortement est permis uniquement lorsqu'il est nécessaire pour sauver la vie de la femme enceinte. En l'espèce, la vie de Mellet n'était pas en jeu et donc, celle-ci ne se qualifiait pas pour obtenir un avortement en Irlande⁹⁵. Cependant, le CDH énonce qu'une telle atteinte à la vie privée de Mellet n'est pas conforme aux obligations de l'Irlande en vertu du *PIDCP*. En effet, le CDH est d'avis que l'équilibre recherché que propose l'Irlande entre les intérêts du fœtus et ceux de Mellet n'est pas une justification valable à une telle atteinte à sa vie privée. Aux yeux du CDH, l'atteinte est déraisonnable et arbitraire et constitue une violation du droit à la vie privée prévu au *PIDCP*. Effectivement, le CDH considère que :

l'équilibre que l'État partie a choisi de réaliser en l'espèce entre la protection du fœtus et les droits de la femme n'est pas justifiable. Le Comité rappelle son observation générale n° 16 (1988) sur le droit au respect de la vie privée, selon laquelle la notion d'arbitraire a pour objet de garantir que même une immixtion prévue par la loi soit conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte et soit, dans tous les cas, raisonnable eu égard aux circonstances particulières. Le Comité relève que la grossesse ardemment désirée de l'auteure n'était pas viable, que les solutions qui s'offraient à elle étaient inévitablement source de souffrances intenses et que le fait qu'elle ait dû se rendre à l'étranger pour mettre fin à sa grossesse a eu pour elle, comme indiqué plus haut, des répercussions très néfastes qui auraient pu être évitées si elle avait été autorisée à mettre fin à sa grossesse en Irlande, et qui lui ont causé un préjudice contraire à l'article 7. De ce fait, le Comité estime que l'immixtion dans la décision de l'auteure concernant la meilleure manière de faire face à sa grossesse non viable a été déraisonnable et arbitraire en violation de l'article 17 du Pacte⁹⁶.

Le CDH constate également que Mellet est victime de discrimination à l'égard de la loi et que par conséquent, l'Irlande viole l'article 26 du *PIDCP*. Le CDH raisonne ainsi :

dans le cadre du régime juridique de l'État partie les femmes enceintes d'un fœtus présentant une malformation létale qui décident néanmoins de mener leur grossesse à terme continuent de bénéficier de la protection intégrale du système de soins de santé publique. [...] À l'opposé, les femmes qui choisissent d'interrompre une grossesse non viable doivent le faire à leurs frais, totalement en dehors du système de soins de santé publique. Elles ne bénéficient pas de la couverture de l'assurance maladie à cette fin : elles doivent se rendre à l'étranger à leurs frais pour se faire avorter et supporter la charge financière, psychologique et physique qu'impose un tel voyage, et les soins médicaux postérieurs à l'interruption de leur grossesse et l'accompagnement dans leur deuil dont elles peuvent avoir besoin leur sont refusés⁹⁷.

Le CDH note donc que le régime juridique irlandais traite différemment une

⁹⁵ CDH, *Mellet*, *supra* note 82 au para 7.7.

⁹⁶ *Ibid* au para 7.8.

⁹⁷ *Ibid*, au para 7.10.

femme selon qu'elle veuille ou non mettre fin à sa grossesse comme c'est le cas de *Mellet*. Évidemment, il rappelle également qu'un traitement différent ne constitue pas dans tous les cas de la discrimination puisque ledit traitement peut viser un but légitime à l'égard du *PIDCP* et être basé sur des critères raisonnables et objectifs. Or, le CDH confirme que ce n'est pas le cas en l'espèce. Effectivement, d'après le CDH, le traitement différencié qu'a subi *Mellet* par rapport aux femmes décidant de mener à terme leur grossesse constitue de la discrimination puisqu'on « n'a pas suffisamment tenu compte de ses besoins médicaux et de sa situation socio-économique et ne répondait pas aux critères de caractère raisonnable et objectif de légitimité du but visé ». Bref, on conclut que pour le CDH, un État partie ne fournissant pas les services médicaux dont une femme enceinte a besoin constitue de la discrimination et viole l'article 26 du *PIDCP*⁹⁸.

Notons cependant que plusieurs auteurs⁹⁹ insistent sur le fait que l'analyse du CDH en matière de discrimination ne va pas assez loin. Effectivement, on reproche au CDH d'aborder la question de discrimination suivant le concept d'égalité formelle plutôt que celui d'égalité réelle. Selon le premier concept, pour déterminer s'il y a discrimination en l'espèce, on se demandera si les services de santé concernés traitent les femmes et les hommes de la même façon. Si on cherche plutôt à atteindre l'égalité réelle, on se questionnera à savoir si lesdits services de santé répondent adéquatement aux besoins particuliers des hommes en tant qu'hommes et des femmes en tant que femmes¹⁰⁰. L'égalité réelle permet de lutter et d'éliminer les différentes formes de discrimination systémiques associées à la race, le genre, le handicap et d'autres vecteurs d'inégalité¹⁰¹. En l'espèce, le service de santé est l'avortement. Donc, le CDH, pour conclure à une discrimination a dû se tourner vers un comparable possible soit une femme enceinte dans les mêmes circonstances décidant de poursuivre sa grossesse. Suivant cette approche, le CDH ne pourra jamais conclure en matière d'avortement à une discrimination de genre, car il ne trouvera jamais un homme pouvant jamais servir de comparable. Cela occulte le fait que les femmes et les hommes ont en matière de santé des besoins différents. Afin de satisfaire ces derniers, et l'avortement en est un bon exemple, les hommes et les femmes doivent être traités différemment afin de s'assurer que chacun et chacune puissent jouir également de ses droits prévus au *PIDCP*¹⁰².

La professeure Cleveland, dans son opinion concurrente dans *Mellet*, aborde la discrimination selon une approche mettant de l'avant l'égalité réelle. Elle avance qu'aborder ainsi la discrimination permet de reconnaître la vulnérabilité des femmes

⁹⁸ *Ibid* au para 7.11.

⁹⁹ Voir notamment Katarzyna Sekowska-Kozłowska, « A Tough job: recognizing access to abortion as a matter of equality. A commentary on the views of the UN Human Rights Committee in the cases of *Mellet v Ireland* and *Whelan v Ireland* » (2018) 26:54 *Reproductive Health Matters* 25.

¹⁰⁰ Molly Joyce, « The Human Rights Aspects of Abortion » (2017) 16 *Hibernian Law Journal* 27 à la p 34 [Joyce].

¹⁰¹ Charles G Ngwena, « Conscientious Objection to Abortion and Accommodating Women's Reproductive Health Rights: Reflections on a Decision of the Constitutional Court of Colombia from an African Regional Human Rights Perspective » (2014) 58:2 *J Afr L* 183 à la p 204.

¹⁰² Sekowska-Kozłowska, *supra* note 99 aux pp 27-28.

en tant que femmes, car elle note que « *women's unique reproductive biology traditionally has been one the primary grounds for the jure and de facto discrimination against women* »¹⁰³. Pour la professeure Cleveland, la criminalisation de l'avortement en Irlande est le résultat d'un stéréotype sexiste basé sur le rôle reproductif des femmes réduisant ces dernières à un seul rôle; celui d'être mère. Réduites au statut d'instruments reproductifs, elles sont alors sujettes à une discrimination¹⁰⁴. Une discrimination qui leur est propre en tant que femme. La professeure Cleveland soutient que les Irlandaises sont discriminées précisément parce que le régime législatif irlandais basé sur un stéréotype sexiste oblige les femmes à « *continue their pregnancies regardless of circumstances, because their primary role is to be mothers and caregivers* »¹⁰⁵. Pour la professeure, la non-discrimination suppose que les États reconnaissent et accommodent les différences fondamentales biologiques entre les femmes et les hommes en matière de reproduction et qu'ils protègent sur une base égale les besoins uniques de chacun des sexes¹⁰⁶. Cela suppose, et la professeure l'admet, que les femmes et les hommes soient sujets à des traitements différenciés dans certaines circonstances qui autrement engendreraient une forme de discrimination¹⁰⁷. Un État ne fournissant pas les services de santé reproductive dont seules les femmes nécessitent constituerait donc une discrimination basée sur le sexe¹⁰⁸. Quant à l'Irlande, la professeure, suivant le concept d'égalité réelle, confirme qu'en l'espèce, son régime législatif traite les femmes et les hommes différemment en fonction de leur sexe puisqu'il refuse l'accès à un service de santé dont seules les femmes ont besoin et n'impose pas de charges équivalentes aux hommes quant à leur accès aux soins de santé en matière de reproduction¹⁰⁹. Non justifiée¹¹⁰, ladite discrimination correspond à une violation de l'article 26 du *PIDCP*¹¹¹.

Il est fondamental de distinguer l'*affaire Mellet* des autres constatations du CDH et de faire les nuances nécessaires. Les précédentes constatations, notamment *KL*, avaient énoncé que lorsque l'avortement est légal en vertu du droit interne de l'État partie, ce dernier doit s'assurer que l'avortement soit accessible dans les faits. S'il ne le rend pas accessible lorsqu'il le doit, cela peut constituer une violation du droit à la vie privée des femmes et à leur droit de ne pas subir de traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Dans *Mellet*, le CDH va plus loin. Il constate que l'interdiction de l'avortement en soi entraîne des violations des droits prévus au *PIDCP*. Le CDH confirme en effet que l'Irlande viole le droit à la vie privée (art. 17 du *PIDCP*), le droit de ne pas subir de traitement cruel, inhumain et dégradant (art. 7) ainsi que le

¹⁰³ CDH, *Mellet*, *supra* note 82 à l'Annexe II et au para 12.

¹⁰⁴ *Ibid* à l'Annexe II et au para 4.

¹⁰⁵ *Ibid* à l'Annexe II, para 4.

¹⁰⁶ *Ibid* à l'Annexe II, para 7.

¹⁰⁷ *Ibid* à l'Annexe II, para 10.

¹⁰⁸ *Ibid* à l'Annexe II, para 11.

¹⁰⁹ *Ibid* à l'Annexe II, para 13.

¹¹⁰ *Ibid*.

¹¹¹ *Ibid* à l'Annexe II, para 15.

droit à la non-discrimination (art. 26) de Mellet. Il affirme aussi que dans le cas où on constate une malformation sévère du fœtus, l'État partie doit rendre légal l'avortement. Pour se faire, le CDH énonce que pour se conformer à ses obligations découlant du *PIDCP*, l'État partie, l'Irlande en l'espèce, doit modifier sa législation y compris sa constitution si nécessaire¹¹². L'*affaire Mellet* permet donc d'illustrer qu'un État partie au *PIDCP* comme l'Irlande doté d'un régime extrêmement restrictif en matière d'avortement ne respecte pas ses obligations en vertu du *PIDCP*. Cette constatation du CDH reconnaît donc bel et bien l'accès à l'avortement comme un droit humain en vertu du *PIDCP* lorsqu'on constate une malformation sévère du fœtus.

Notons toutefois que bien que l'*affaire Mellet* ait entraîné la tenue d'un référendum en Irlande¹¹³ où près des deux tiers des électeurs se sont prononcés en faveur d'abroger la disposition de la constitution interdisant l'avortement, l'avortement demeure difficilement accessible. En effet, même si la loi a changé et que l'avortement y est aujourd'hui légal, la nouvelle législation encore très restrictive, les actions illégales de groupes anti-choix et l'héritage persistant de la stigmatisation de l'avortement constituent des barrières bien réelles au libre et effectif accès à l'avortement¹¹⁴.

En conclusion, à travers plusieurs de ses observations et constatations, on constate que le CDH a déterminé que le *PIDCP* conférerait des protections en matière de droit à l'avortement, mais il l'a fait dans des circonstances particulières : quand l'avortement est nécessaire pour sauver la vie de la femme enceinte, pour préserver sa santé, quand la grossesse résulte d'un viol ou d'inceste et quand le fœtus souffre d'une malformation sévère.

II. L'avortement aux États-Unis

Dans cette section sur l'accès à l'avortement aux États-Unis, il sera premièrement question de l'évolution du droit américain à travers une étude des principales décisions de la Cour suprême en la matière. Ensuite, la réalité dans les faits sera illustrée afin de démontrer que dans bien des régions des États-Unis, l'avortement demeure difficilement accessible. Finalement, l'actuelle situation politico-juridique sera exposée afin de mettre en lumière les nuances politiques au-delà de l'aspect purement juridique des questions relatives à l'accès à l'avortement aux États-Unis.

¹¹² CDH, *Mellet*, *supra* note 82 au para 9.

¹¹³ Isaac Stanley-Becker, « How an Irish-American woman's legal case helped spur Ireland's abortion referendum » (17 mai 2018), *The Washington Post*, en ligne : <www.washingtonpost.com/world/europe/how-an-irish-american-womans-legal-case-helped-spur-irelands-abortion-referendum/2018/05/16/c84e506e-4d7a-11e8-85c1-9326c4511033_story.html>.

¹¹⁴ Caelainn Hogan, « Why Ireland's battle over abortion is far from over » (3 octobre 2019), *The Guardian*, en ligne : <www.theguardian.com/lifeandstyle/2019/oct/03/why-irelands-battle-over-abortion-is-far-from-over-anti-abortionists>.

A. Évolution de l'état du droit américain en matière d'accès à l'avortement: de *Roe* à *Whole Woman's Health*

En 1973, la Cour suprême dans *Roe v. Wade*¹¹⁵ stipule clairement que le droit à l'accès à l'avortement est un droit fondamental découlant du droit à la vie privée protégé par le 14^e amendement de la Constitution américaine :

*In a line of decisions [...] the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution [...] These decisions make it clear that only personal rights that can be deemed fundamental or implicit in the concept of ordered liberty are included in the guarantee of personal privacy [...]. This right of privacy, whether it be founded in the 14th Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state actions, as we feel it is, as the District Court determined, in the 9th Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy*¹¹⁶.

Les faits de cette célèbre affaire se résument ainsi. Une femme célibataire (Roe) enceinte de son troisième enfant souhaite se faire avorter pour mettre fin à sa grossesse. Résidant au Texas, elle n'arrive pas à obtenir un avortement légal, car le Texas, ayant criminalisé l'avortement, le permet seulement lorsque l'interruption de la grossesse sauverait la vie de la mère. Ses avocats plaident que la loi texane criminalisant l'avortement violait notamment son droit à la vie privée prévu dans la Constitution américaine¹¹⁷.

Considérant que la loi en question viole la clause de *due process* prévue au premier alinéa du 14^e amendement de la Constitution, la Cour suprême, par un verdict 7-2, donne raison à Roe, décriminalise l'avortement et constitutionnalise ce droit¹¹⁸. La clause de *due process* permet à un État de justifier une loi portant atteinte à un droit constitutionnel. Deux standards d'analyse existent sous cette clause : le premier étant un contrôle rigoureux du fondement rationnel (aux États-Unis, la *strict scrutiny*) pour les droits jugés fondamentaux et le deuxième étant un contrôle minimum du fondement rationnel (aux États-Unis, le *rational basis review*) pour les droits non fondamentaux. Dans les deux cas, on reconnaît que l'État peut avoir un intérêt à agir justifiant ladite atteinte. Selon le standard du contrôle rigoureux, la Cour fait preuve de peu de déférence à l'égard de l'État et exige que sa loi porte le moins atteinte au droit tandis que selon le standard du contrôle minimum, la Cour fait preuve de grande déférence à l'égard de l'État. Dès lors qu'un lien rationnel est prouvé entre la loi et l'intérêt à agir de l'État, la loi est présumée valide¹¹⁹.

Dans *Roe*, la Cour reconnaît que les États ont un certain pouvoir permettant de limiter l'accès à l'avortement puisque protéger le potentiel de vie humaine après le

¹¹⁵ *Roe v Wade*, 410 US 113 (1973) [*Roe*].

¹¹⁶ *Ibid* aux pp 152-53.

¹¹⁷ *Ibid* à la p 120.

¹¹⁸ *Ibid* à la p 164.

¹¹⁹ Chelsea M Donaldson, « Constitutional Law/Reproductive Justice – Breaking the Trap : How Whole Woman's Health Protects Abortion Access, and the Substantive Due Process Clause's Rebuke Anti-Abortion Regulations » (2018) 40:257 W New Eng L Rev aux pp 263-64 [Donaldson].

premier trimestre de la grossesse constitue un intérêt légitime des États tout comme est légitime l'intérêt de protéger la santé de la femme enceinte. L'habileté des États à s'ingérer dans la grossesse varie donc en fonction de l'avancement de celle-ci. Plus la grossesse est avancée, plus le fœtus est développé et conséquemment, plus le fœtus pourra être protégé par les États et moins la grossesse est avancée, moins les États pourront le protéger. De plus, la Cour est d'avis que plus la grossesse est avancée, plus l'avortement devient risqué. Ce faisant, plus la grossesse est avancée, plus l'État peut réglementer l'avortement pour protéger la santé de la femme enceinte¹²⁰. Durant le premier trimestre, les États ne peuvent limiter l'accès à l'avortement. La décision de se faire avorter ne concerne que la femme enceinte et son médecin. Pour l'étape suivant la fin du premier trimestre, les États peuvent encadrer l'avortement si ladite régulation est raisonnablement liée à la santé maternelle. Une fois la viabilité du fœtus atteinte, au nom de l'intérêt des États dans la protection du potentiel de vie humaine, ils peuvent limiter et interdire l'avortement sauf lorsqu'il s'avère nécessaire pour préserver la santé et la vie de la mère. Il est toutefois important de clarifier que ce système de trimestres ne vient en aucun cas conférer quelques droits que ce soit au fœtus. Effectivement, la Cour suprême conclut que si l'État peut intervenir dans la grossesse d'une femme enceinte à un point donné, c'est parce qu'il possède deux intérêts légitimes de le faire : la protection de la santé de la femme enceinte et la protection du potentiel de vie humaine que représente le fœtus¹²¹. Bref, durant le premier trimestre, où le fœtus est scientifiquement considéré comme non viable, la Cour détermine que le standard du contrôle rigoureux du fondement rationnel s'impose. Une fois le premier trimestre passé, et plus la grossesse progresse, c'est plutôt le contrôle minimum du fondement rationnel qu'applique la Cour et ainsi elle donne plus de latitude aux États¹²². Ce faisant, bien que la Cour établisse les fondations constitutionnelles du droit à l'avortement aux États-Unis, celles-ci sont peu solides puisqu'en ne conférant pas une pleine protection à l'avortement par l'entremise de l'application du standard du contrôle rigoureux du fondement rationnel tout au long de la grossesse, la Cour ouvre la porte à de futures contestations¹²³.

En effet, vu le standard de protection par *Roe*, les États ne pouvant plus bannir l'avortement se tournent vers des lois y limitant l'accès. La question se pose alors à savoir jusqu'où les États peuvent aller. La Cour élabore sur cette question dans *Planned Parenthood v. Casey*¹²⁴, rendue en 1992. Dans cette affaire, la Cour se penche sur une loi de la Pennsylvanie exigeant notamment qu'une femme voulant se faire avorter, si mariée, en notifie son mari, si mineure, obtienne le consentement des parents et dans tous les cas, attende vingt-quatre heures après l'émission du consentement de la femme enceinte pour obtenir la procédure¹²⁵. La Cour jugera constitutionnel l'ensemble des dispositions de cette loi à l'exception de celle sur la notification du mari¹²⁶.

¹²⁰ *Roe*, *supra* note 115 aux pp 162-63.

¹²¹ *Ibid* aux pp 163-65.

¹²² Donaldson, *supra* note 119 à la p 278.

¹²³ *Ibid* aux pp 278-79.

¹²⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pa v Casey*, 505 US 833 (1992) [*Casey*].

¹²⁵ *Ibid* à la p 844.

¹²⁶ *Ibid* aux pp 893-95 et 899-901.

L'analyse de la Cour est la suivante. Elle maintient ce qu'elle appelle les « trois piliers » de *Roe* relatif à l'avortement constitutionnellement protégé par le 14^e amendement et la clause de *due process*. Elle énonce qu'ils sont les suivants : que la femme a le droit de choisir de se faire avorter avant que le fœtus soit viable, que les États peuvent limiter l'accès à l'avortement une fois le fœtus viable et que les États ont un intérêt à agir légitime en la matière tout au long de la grossesse autant pour protéger la santé de la femme que pour protéger le potentiel de vie que représente le fœtus¹²⁷. La Cour va cependant rejeter l'approche de *Roe* basée sur les trimestres de la grossesse où, rappelons-le, les États ne pouvaient encadrer en aucune circonstance l'avortement dans le premier trimestre de la grossesse. La Cour adopte plutôt dans *Casey* une approche ayant comme point central la viabilité du fœtus¹²⁸. Cette approche reconnaît aux États tout au long de la grossesse un intérêt légitime de protection autant du potentiel de vie que de la santé de la femme et introduit un nouveau standard dans l'analyse d'une loi limitant l'avortement : le fardeau excessif (aux États-Unis, le *undue burden*)¹²⁹. Suivant ce standard, les États peuvent limiter l'accès à l'avortement pourvu que ladite limitation ne cause un fardeau excessif à la femme voulant se faire avorter¹³⁰. Reconnaisant l'intérêt légitime des États à agir tout au long de la grossesse, cela veut dire que si un État adopte une loi limitant l'accès à l'avortement qui ne cause pas un fardeau excessif aux femmes enceintes, cette loi, aux yeux de la Cour, sera constitutionnelle et ce même si elle limite l'accès à l'avortement avant même que le fœtus ne soit viable¹³¹. *Casey* est donc une victoire pour les États puisqu'ils peuvent dorénavant, s'ils sont en mesure de le justifier en vertu du standard du fardeau excessif, encadrer et limiter l'accès à l'avortement dans le premier trimestre de la grossesse. *Roe* les en empêchait. Tel que mentionné précédemment, dans *Casey*, la Cour a ainsi permis aux États d'exiger le consentement des parents d'une mineure voulant se faire avorter. Elle a aussi permis aux États de forcer la femme enceinte à suivre une consultation informative sur l'avortement et à attendre 24 heures après avoir donné son consentement avant de bénéficier de l'avortement. Le tout n'était pas, d'après la Cour suprême, un fardeau excessif. Par contre, elle tranche que l'obligation pour une femme enceinte de notifier son mari avant l'avortement correspond à un fardeau excessif.

L'utilisation du standard du fardeau excessif par la Cour dans l'évaluation de la constitutionnalité des lois encadrant l'avortement crée de nombreuses incertitudes. En effet, dans *Casey*, la Cour ne spécifie pas précisément ce qu'est un fardeau excessif pour une femme enceinte. Dans l'après *Casey*, certains auteurs affirment que ce standard s'apparente au contrôle minimal du fondement rationnel, mais plus exigeant. Aucun consensus n'existe sur la teneur exacte de ce fardeau excessif¹³². Néanmoins, *Casey* révèle que ce standard, donnant une plus grande latitude aux États, est assurément bien moins sévère que le standard du contrôle rigoureux du fondement

¹²⁷ *Ibid* à la p 846.

¹²⁸ *Ibid* à la p 872.

¹²⁹ *Ibid* à la p 874.

¹³⁰ *Ibid* à la p 875.

¹³¹ *Ibid* à la p 878.

¹³² Cathren Cohen, « Beyond Rational Belief: Evaluating Health-Justified Abortion Restrictions After Whole Woman's Health » (2018) 42:2 NYU Rev L & Soc Change 173 à la p 178.

rationnel établi dans *Roe* notamment dans le premier trimestre de la grossesse. Également, étant donné les diverses interprétations possibles du fardeau excessif, l'utilisation de ce standard ouvre la porte à une jurisprudence incertaine relative à la clause du *due process* du 14^e amendement, mais surtout, relativement au droit à l'accès à l'avortement¹³³.

Effectivement, après *Casey*, les États se mettent à adopter des *Targeted regulation of abortion providers laws* (*TRAP laws*) supposément au nom de leur intérêt légitime dans la protection de la santé et de la sécurité des femmes. Dans les faits, ces lois ne font que placer des obstacles rendant l'obtention d'un avortement plus difficile. En d'autres mots, elles ne font que limiter l'accès à l'avortement. En plus de tenter de dissuader la femme d'avoir recours à un avortement, comme c'était le cas dans *Casey*, ces lois s'attaquent aux cliniques fournissant les avortements. Par exemple, au nom de la santé des femmes subissant un avortement, ces cliniques doivent dorénavant se doter d'équipements médicaux spécifiques très dispendieux, mais qui dans les faits, sont totalement inutiles dans la pratique d'un avortement. N'ayant pas les moyens de se conformer aux exigences de ce type de lois, bien des cliniques durent fermer rendant ainsi l'avortement de moins en moins accessible de facto. À défaut de pouvoir déclarer l'avortement illégal, les États peuvent donc maintenant, en vertu de *Casey*, adopter des *TRAP laws* qui elles, rendent dans les faits l'avortement quasiment impraticable¹³⁴. D'ailleurs, des groupes pro-vie, en tant que lobbyistes, vont conseiller les législatures de différents États conservateurs dans la rédaction même de ces lois¹³⁵. En 2012, le président de American United for Life, l'un de ces groupes, vantera ainsi cette stratégie législative : « *As we're moving forward at the state level, we end up hollowing out Roe, even without the Supreme Court* »¹³⁶. Dans une autre déclaration en 2015, l'un des vice-présidents de la même organisation explique que « *[s]tates can't outlaw abortion. That does not mean there's a constitutional right to abortion being convenient* »¹³⁷. L'objectif de ces groupes demeure le même, à savoir qu'on ne pratique plus d'avortement. C'est plutôt la stratégie qui a changé. Au lieu de l'interdire *de jure*, on profite du nouveau cadre juridique pour l'interdire *de facto*.

Rendue en 2016 par la Cour suprême, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*¹³⁸ représente l'état du droit actuel aux États-Unis en matière d'accès à l'avortement. C'est dans cette affaire que la Cour a finalement clarifié la teneur du fardeau excessif établi dans *Casey* en 1992. Ce faisant, la Cour tranche aussi sur la légalité des *TRAP laws* ayant proliféré dans l'après *Casey*.

¹³³ Donaldson, *supra* note 119 à la p 280.

¹³⁴ *Ibid* à la p 281.

¹³⁵ Linda Greenhouse et Reva B Siegel, « The Difference a Whole Woman Makes : Protection for the Abortion Right After Whole Woman's Health » (2016-2017) 126 Yale LJ 149 aux pp 151-54.

¹³⁶ Emily Bazelon, « Charmaine Yoest's cheerful war on abortion » (4 novembre 2012), *The New York Times*, en ligne : <www.nytimes.com/2012/11/04/magazine/charmaine-yoests-cheerful-war-on-abortion.html>.

¹³⁷ Olga Khazan, « Planning the End of Abortion » (16 juillet 2015), *The Atlantic*, en ligne : <www.theatlantic.com/politics/archive/2015/07/what-pro-life-activists-really-want/398297/> [Khazan].

¹³⁸ *Whole Woman's Health v Hellerstedt*, 136 S Ct 2292 (2016) [*Whole Woman*].

La loi texane en cause dans *Whole Woman* est un parfait exemple de *TRAP laws*. Celle-ci, entrée en vigueur en 2013, stipule que les médecins travaillant dans des cliniques offrant des avortements aient des privilèges d'admission (capacité du médecin de faire admettre ses patients dans un hôpital spécifique afin qu'ils puissent y passer la nuit). La loi exige également que les cliniques offrant des avortements respectent les mêmes standards des centres de chirurgie ambulatoires¹³⁹. À première vue, ladite loi semble respecter le critère flou du fardeau excessif de *Casey* puisqu'elle semble protéger la santé des femmes. Cependant, dans les faits, avant l'entrée en vigueur de la loi, un peu plus de quarante cliniques offrant des avortements opéraient au Texas. Or, après l'entrée en vigueur, ne pouvant se conformer aux exigences de la loi, la moitié ferme ses portes¹⁴⁰.

Effectivement, la preuve présentée à la Cour démontre que les médecins pratiquant des avortements ne peuvent obtenir les privilèges d'admission exigés par la nouvelle loi. Un hôpital les accorde en fonction du nombre de patients qui y seront ultimement admis pour recevoir des traitements. Or, les faits révèlent qu'au cours des dix années précédant *Whole Woman*, plus de 17 000 avortements ont eu lieu à la clinique d'El Paso et de ce nombre aucune des patientes n'a dû être transférée à l'hôpital suite à des complications. Les hôpitaux ont donc intérêt à accorder les privilèges d'admission à des médecins qui pourront en bénéficier et non pas à ceux qui n'auront vraisemblablement pas à les utiliser¹⁴¹. La preuve révèle également que pour se conformer à l'exigence de respecter les mêmes standards que ceux des centres de chirurgie ambulatoires, les cliniques offrant des avortements doivent faire en moyenne un investissement d'environ 1.5 à 3 millions de dollars et des travaux d'envergure pour adapter la clinique¹⁴². Ces exigences étant très difficiles à rencontrer, la Cour constate donc que les cliniques ferment.

Les jugements de première et deuxième instance illustrent parfaitement l'ambiguïté du standard du fardeau excessif. En première instance, on détermine que la loi viole le standard du fardeau excessif et donc qu'elle est inconstitutionnelle. En appel, on déclare plutôt qu'en application de *Casey*, le standard du fardeau excessif est respecté. On avance que la loi est constitutionnelle dès lors que l'État l'ayant adoptée déclare l'avoir fait dans le but de protéger la santé des femmes. De plus, aucune preuve ne serait nécessaire pour démontrer que la loi, dans les faits, sert réellement la santé des femmes¹⁴³. Cette interprétation du fardeau excessif donne donc carte blanche aux États. En effet, aussitôt qu'un État invoquerait son intérêt légitime dans la protection de la santé des femmes, ces lois limitant l'accès à l'avortement des États ne seraient alors même plus sujettes au contrôle judiciaire¹⁴⁴.

La Cour suprême renverse cette interprétation du fardeau excessif¹⁴⁵. Face à une telle loi, la Cour confirme que les tribunaux doivent mettre en balance les

¹³⁹ *Ibid* aux pp 2302-03.

¹⁴⁰ *Ibid* à la p 2301.

¹⁴¹ *Ibid* aux pp 2311-12.

¹⁴² *Ibid* aux pp 2315-16.

¹⁴³ *Ibid* aux pp 2303-04.

¹⁴⁴ Donaldson, *supra* note 119 à la p 288.

¹⁴⁵ *Whole Woman*, *supra* note 138 aux pp 2309-10.

avantages d'une loi et les barrières qu'elle impose à l'accès à l'avortement¹⁴⁶. Un droit constitutionnel étant en jeu, la Cour rappelle également que l'examen judiciaire des preuves soutenant l'intérêt légitime d'un État de légiférer en matière d'accès à l'avortement est une part essentielle de l'évaluation par les tribunaux du standard du fardeau excessif¹⁴⁷. La Cour confirme l'importance capitale de la preuve scientifique présentée justifiant ou non la nécessité d'une telle loi. Ce faisant, la Cour détermine que la loi texane ne procure aucun bénéfice à la santé des femmes¹⁴⁸ et qu'en réalité elle nuirait plutôt à celle-ci en entraînant la fermeture des cliniques offrant l'avortement¹⁴⁹. En d'autres mots, la Cour confirme que si l'État veut limiter l'accès à l'avortement au nom de son intérêt légitime qu'est la protection de la femme, il devra prouver que ladite limitation est justifiée médicalement et scientifiquement. En l'espèce, la Cour déclare que les exigences d'avoir des privilèges d'admission et de se conformer aux standards des centres de chirurgie ambulatoires ne procurent aucun avantage médical aux femmes enceintes. Ce faisant, les limitations à l'accès à l'avortement découlant de ces exigences ne peuvent être justifiées¹⁵⁰. Rappelons que tel que mentionné en introduction, l'OMS confirme que l'avortement pratiqué selon ses standards est l'une des procédures médicales les plus sûres¹⁵¹.

La Cour précise aussi que dans l'évaluation du fardeau excessif, les tribunaux doivent accorder autant d'importance aux avantages d'une restriction à l'avortement qu'à ses inconvénients. Ce faisant, la Cour reconnaît que les *TRAP laws* peuvent avoir des effets considérables sur la santé des femmes. Effectivement, la Cour reconnaît qu'une telle loi a entraîné la fermeture de la moitié des cliniques au Texas offrant des avortements et que ces fermetures signifient moins de médecins, de plus longues listes d'attente et dans certains cas, de grandes distances à parcourir (plus de 150 miles) pour obtenir un avortement. La Cour constate que ces effets sont réels et entraînent une dégradation des conditions dans lesquelles une femme choisit d'exercer son droit à l'avortement. Dans son analyse à savoir si une restriction constitue un fardeau excessif, la Cour confirme qu'il est également nécessaire de considérer comment la restriction altère les conditions dans lesquelles une femme exerce son droit à l'avortement¹⁵².

Whole Woman est d'une importance capitale puisque, comme l'écrit la juge Ginsburg dans son opinion concordante, en exigeant des États des explications rationnelles relatives à leurs lois en matière d'avortement, ceux-ci ne pourront plus défendre les *TRAP laws* comme étant des lois protégeant les femmes¹⁵³. *Whole Woman* a permis de déclarer inconstitutionnelles plusieurs *TRAP laws*¹⁵⁴ et donc constitue une victoire pour le droit des femmes à l'avortement.

¹⁴⁶ *Ibid* à la p 2309.

¹⁴⁷ *Ibid* à la p 2310.

¹⁴⁸ *Ibid* aux pp 2312-13 et 2315.

¹⁴⁹ *Ibid* à la p 2318.

¹⁵⁰ *Ibid* à la p 2300.

¹⁵¹ WHO et Department of Reproductive Health and Research, *supra* note 7 à la p 1.

¹⁵² *Whole Woman*, *supra* note 138 à la p 2313.

¹⁵³ *Ibid* aux pp 2320-21.

¹⁵⁴ Voir notamment *Whole Woman*, *ibid* à la p 4.

B. L'accès à l'avortement dans les faits aux États-Unis

Avec *Whole Woman*, le standard de protection constitutionnelle du droit à l'avortement est renforcé, mais l'avortement est-il dans les faits accessible? Menée par un groupe de chercheuses d'universités californiennes, une étude¹⁵⁵ publiée en 2018 évaluant cette accessibilité à l'échelle nationale démontre à quel point, bien que formellement reconnu, l'avortement demeure dans les faits difficilement accessible pour bien des Américaines.

Normalement, 95 % des avortements sont pratiqués dans des cliniques spécialisées en la matière. Cependant, ce nombre de cliniques a diminué dans la moitié des États américains entre 2011 et 2014. Certains États ont connu une diminution de 22 %. L'étude rappelle également que 90 % des comtés américains n'ont pas d'établissement offrant des services d'avortement et que conséquemment une femme enceinte voulant se faire avorter doit dans la majorité des cas se déplacer à l'extérieur de son comté¹⁵⁶.

Ces déplacements nécessitent du temps, des coûts reliés aux transports et dans les cas où les femmes enceintes ont des enfants, des coûts reliés à leur garde durant leur absence. Ils entraînent des pertes de revenus et dans les cas où la femme enceinte est aux études, celle-ci doit s'absenter de ses cours. Ce faisant, la femme enceinte doit dans certains cas révéler la raison du déplacement et donc être sujette à une stigmatisation liée à l'avortement laquelle est très mal vue dans bien des États conservateurs. Surtout, ces déplacements entraînent des délais qui peuvent dans certains cas l'empêcher d'obtenir l'avortement légalement dans certains États selon les restrictions mises en place¹⁵⁷.

L'étude constate l'existence de vingt-sept « déserts de l'avortement » aux États-Unis. Un tel désert correspond à une ville où ses résidents doivent voyager plus de 160 km pour atteindre un établissement où on offre de faire des avortements. Ces déserts se trouvent dans quinze États américains principalement dans le sud et le Midwest. Avec dix, l'État en comptant le plus est le Texas. À titre d'exemple, à Rapid City, habitée par près de 68 000 personnes et deuxième ville d'importance du Dakota du Sud, une femme voulant un avortement doit parcourir 512 km. Six États (Missouri, Dakota du Sud, Dakota du Nord, Virginie de l'Ouest, Kentucky, Mississippi) n'ont qu'un seul établissement pratiquant des avortements. Dans ces cas précis ainsi que dans d'autres déserts, réussir à se faire avorter de façon sécuritaire et légale peut se révéler extrêmement difficile, et ce, particulièrement pour les femmes les plus pauvres. Ces dernières dans certains cas ne peuvent tout simplement pas couvrir les coûts rattachés au transport et doivent épargner en vue de l'avortement. Or, au Dakota du Sud et au Dakota du Nord, l'avortement est prohibé respectivement une fois la 14^e et 16^e semaine de grossesse dépassée laissant ainsi peu de temps aux femmes pour épargner. Ultiment, certaines femmes se voient dans l'impossibilité de se faire

¹⁵⁵ Alice F Cartwright et al, « Identifying National Availability of Abortion Care and Distance from Major US Cities : Systematic Online Search » (2018) 20:5 Journal of Medical Internet Research 1.

¹⁵⁶ *Ibid* à la p 2.

¹⁵⁷ *Ibid* à la p 3.

avorter et doivent mener leur grossesse à terme, et ce, bien que le droit à l'accès à l'avortement soit protégé par diverses décisions de la Cour suprême. Dans les faits, certaines femmes ne peuvent se prévaloir de leur droit et ces femmes sont généralement les plus démunies¹⁵⁸. Notons également que le Dakota du Sud, comme plusieurs autres États conservateurs tels la Louisiane et le Mississippi, ne prévoit pas d'exception en cas de malformation du fœtus permettant l'avortement une fois la date butoir l'interdisant dépassée¹⁵⁹.

De plus, comme le révèle le Guttmacher Institute¹⁶⁰, un centre de recherche américain spécialisé en droits reproductifs, malgré les décisions de la Cour suprême, notamment *Whole Woman*, en date du 1^{er} avril 2019, les législatures des différents États conservateurs continuent d'adopter des lois attaquant le droit à l'avortement. Un rapport de ce centre de recherche indique que trois États ont tenté de l'interdire tout au long de la grossesse et cinq ont tenté de l'interdire à la 6^e semaine par l'entremise des *heart beat laws* que nous aborderons plus loin. Des ordonnances des tribunaux les en ont tous empêchés. Cependant, dans quarante-trois États, l'accès à l'avortement est bel et bien limité à partir d'un certain point de la grossesse. Par exemple, vingt-deux États interdisent l'avortement à partir d'un certain point entre la treizième et vingt-quatrième semaine de la grossesse et vingt États l'interdisent à partir du moment où le fœtus est viable soit entre la vingt-quatrième et vingt-huitième semaine.

C. Avortement, politique et balance de pouvoir à la Cour suprême américaine

On assiste depuis 2010 à une hausse incroyable de ces lois limitant l'accès à l'avortement en l'interdisant après un certain nombre de semaines ou en imposant des exigences auxquelles les cliniques ne peuvent répondre les forçant ainsi à fermer. Effectivement, le tiers des restrictions à l'avortement depuis *Roe* ont été adoptées depuis 2010¹⁶¹. Ces restrictions fonctionnent, car les cliniques ne pouvant généralement pas se conformer aux nouvelles réglementations sont dans l'obligation de fermer leurs portes¹⁶². Cela contribue donc à l'essor de nouveaux déserts de l'avortement.

L'actuel président républicain Donald Trump affirme haut et fort qu'il est pro-vie¹⁶³ et qu'il nommera exclusivement des juges pro-vie afin de renverser *Roe*.

¹⁵⁸ *Ibid* aux pp 5 et 6.

¹⁵⁹ Ashley Edwards, « I need an abortion – Now what? » *Refinery 29*, en ligne : <www.refinery29.com/en-us/2019/01/217375/abortion-clinics-laws-map>.

¹⁶⁰ Guttmacher Institute, « State bans on abortion throughout pregnancy » (1er février 2020), *Guttmacher Institute*, en ligne : <www.guttmacher.org/state-policy/explore/state-policies-later-abortions>.

¹⁶¹ Guttmacher Institute, « Trends in state abortion restrictions » 2 janvier 2018, *Guttmacher Institute*, en ligne : <www.guttmacher.org/infographic/2018/trends-state-abortion-restrictions-2017>.

¹⁶² Voir notamment à propos des effets des restrictions sur les cliniques pratiquant des avortements : Carole Joffé, « The Struggle to Save Abortion Care » (2018) 17:3 *American Sociological Association* 22 aux pp 24-27.

¹⁶³ Groppe, *supra* note 2.

Or, c'est ce qu'il fait puisque les nominations des juges Brett Kavanaugh¹⁶⁴ et Neil Gorsuch¹⁶⁵ à la Cour suprême ont été chaudement accueillies par les groupes pro-vie.

La stratégie de ces groupes avec l'arrivée du président Trump est maintenant d'influencer les législatures des États afin que ces derniers adoptent des lois qui oui, ne respecteraient pas le droit comme prévu dans *Whole Woman*, mais donneraient à une Cour suprême composée de nouveaux membres l'opportunité de renverser *Roe* ou d'affaiblir son standard comme cela avait été le cas dans *Casey* où la Cour faisant davantage preuve de déférence à l'égard des décisions des États en matière d'accès à l'avortement¹⁶⁶. Les récentes *heart beat laws* en Géorgie¹⁶⁷, au Mississippi¹⁶⁸ et au Kentucky¹⁶⁹ en sont de parfaits exemples. Ces lois prohibent l'avortement dès le moment où on décerne un battement de cœur du fœtus. Généralement, cela correspond à la sixième semaine de la grossesse. Or, dans bien des cas où la grossesse n'est pas prévue, la femme enceinte découvre qu'elle l'est seulement après avoir manqué deux fois ses menstruations, soit environ à la huitième semaine. En plus, considérant le peu de cliniques fournissant des avortements dans ces États, celles découvrant leur grossesse avant la sixième semaine se retrouvent avec très peu de temps pour obtenir leur avortement dans les temps dans une de ces dites cliniques. Ces *heart beat laws* sont adoptées, mais immédiatement contestées devant les tribunaux. Appliquant les précédents, notamment *Whole Woman*, les cours de première instance suspendent temporairement leur application, mais l'affaire est aussitôt portée en appel. L'objectif est de se retrouver devant la Cour suprême maintenant dominée par des juges conservateurs depuis les nominations de Gorsuch et Kavanaugh et le départ d'Anthony Kennedy qui était d'accord avec la majorité dans *Whole Woman*¹⁷⁰.

C'est ce qui survient dans l'affaire *June Medical Services, LLC v Gee*¹⁷¹. Toutefois, la Cour suprême en a surpris plus d'un lorsqu'elle a déterminé dans un vote 5-4 que la loi de la Louisiane contestée, pratiquement identique à la *TRAP law* du Texas dans *Whole Woman*, n'entrerait pas en application avant que la Cour n'ait tranché l'affaire sur le fond. En effet, la nouvelle majorité conservatrice de la Cour aurait très bien pu décidé que la loi, imposant aux médecins pratiquant des

¹⁶⁴ Ed Kilgore, « If Kavanaugh respects abortion rights, why are anti-abortion groups celebrating his confirmation ? » (8 octobre 2018), *Intelligencer*, en ligne : <nymag.com/intelligencer/2018/10/anti-abortion-groups-are-celebrating-kavanaugh-confirmation.html>.

¹⁶⁵ Eliana Dockterman, « What Neil Gorsuch means in the battle over abortion rights » (10 février 2017), *Time*, en ligne : <time.com/4652322/donald-trump-gorsuch-abortion/>.

¹⁶⁶ Linda Greenhouse, « The flood of court cases that threaten abortion » (28 mars 2019) *The New York Times*, en ligne : <www.nytimes.com/2019/03/28/opinion/abortion-supreme-court.html>.

¹⁶⁷ Gaydos, Mosley et Narasimhan, *supra* note 4.

¹⁶⁸ Timothy Williams et Alain Blinder, « Mississippi bans abortion if heartbeat can be heard. Expect a legal fight » (21 mars 2019), *The New York Times*, en ligne : <www.nytimes.com/2019/03/21/us/abortion-laws-states.html>.

¹⁶⁹ Mervosh, *supra* note 5.

¹⁷⁰ Gabriela Resto-Montero, « Judge stays Kentucky's fetal heartbeat bill, keeping the state's lone abortion clinic open – for now » (16 mars 2019), *Vox*, en ligne : <www.vox.com/policy-and-politics/2019/3/16/18268651/kentucky-fetal-heartbeat-abortion-ban-judge>.

¹⁷¹ *June Medical Services, LLC v Russo* (rôle 18-1323), intitulé *June Medical Services, LLC v Gee* au moment de la rédaction de l'article.

avortements d'avoir des privilèges d'admission dans un hôpital à un maximum de 30 milles de leur clinique, s'appliquerait entre-temps. Or, bien que les juges Gorsuch et Kavanaugh étaient de cet avis, le juge en chef Roberts, ayant voté contre la majorité dans *Whole Woman*, s'est plutôt joint à ses collègues plus libéraux, et ainsi, a rendu cela impossible.¹⁷² L'application de cette loi aurait entraîné la fermeture de la majorité des cliniques spécialisées en avortement comme cela avait été le cas avec la loi du Texas dans *Whole Woman*. D'ailleurs, le juge Kavanaugh a choisi d'expliquer sa position dans une dissidence qui clairement remet en cause *Whole Woman*¹⁷³. Il est impossible de prévoir comment le juge en chef Roberts votera lorsque la Cour tranchera cette affaire sur le fond, mais quant aux affaires subséquentes, son vote pourrait s'avérer non pertinent puisque le juge Ginsburg, fortement en faveur d'un fort droit d'accès à l'avortement, a aujourd'hui 86 ans. Sa santé étant fragile, il est possible que le président Trump, surtout s'il demeure au pouvoir pour un deuxième mandat, ait l'occasion de nommer un autre juge pro-vie créant ainsi assurément une majorité de juges conservateurs pro-vie à la Cour suprême¹⁷⁴.

III. Les États-Unis respectent-ils leurs obligations en matière d'accès à l'avortement en vertu du Pacte?

Rappelons tout d'abord que le droit à l'avortement n'est pas prévu expressément au *PIDCP* tout comme il ne l'est pas dans la Constitution américaine. Tel que développé précédemment, le CDH, à travers sa « jurisprudence », est venu à protéger le droit à l'avortement par l'entremise de l'interprétation de divers droits prévus au *PIDCP*. C'est aussi le cas avec la Constitution américaine où la Cour suprême en est venue à le protéger constitutionnellement en vertu non pas de plusieurs droits, mais seulement un ; celui du droit à la vie privée découlant du 14^e amendement. Les Américaines bénéficient donc d'un droit constitutionnalisé leur donnant formellement le droit à un avortement sur demande jusqu'à un certain point de leur grossesse. On peut donc dire que le régime américain en matière d'avortement figure, sur papier, comme l'un des plus libéraux au monde¹⁷⁵.

Cependant, comme précédemment expliqué, bien que reconnu formellement, pour plusieurs Américaines, exercer leur droit à l'avortement se révèle très complexe lorsque ces dernières résident dans un désert de l'avortement. Ceci fait donc en sorte que dans les faits, bien que le droit à l'avortement y soit constitutionnalisé, les États-Unis ne remplissent pas leurs obligations juridiques positives relatives à l'avortement

¹⁷² Jordan Smith, « What Brett Kavanaugh's dishonest anti-abortion dissent reveals about his Supreme Court agenda » (17 février 2019), *The Intercept*, en ligne : <theintercept.com/2019/02/17/louisiana-abortion-law-brett-kavanaugh-dissent/>.

¹⁷³ Khazan, *supra* note 137.

¹⁷⁴ Lydia Wheeler, « Supreme Court's future rides on Ginsburgh's health » (22 novembre 2018), *The Hill*, en ligne : <thehill.com/regulation/court-battles/417809-supreme-courts-future-rides-on-ginsburgh-health/>.

¹⁷⁵ Guillaume Agnès et Clémentine Rossier, « L'avortement dans le monde. État des lieux des législations, mesures, tendances et conséquences » (2018) 73:2 *Population* 225 aux pp 244-45.

en vertu du *PIDCP*¹⁷⁶.

Le CDH a déterminé que le *PIDCP* conférait des protections en matière de droit à l'avortement, mais il l'a fait dans des circonstances particulières : quand l'avortement est nécessaire pour sauver la vie de la femme enceinte, pour préserver sa santé, quand la grossesse résulte d'un viol ou d'inceste et quand le fœtus souffre d'une malformation sévère. Le CDH a à plusieurs occasions rappelé notamment dans les *affaires KL* et *L.M.R.* que dans ces circonstances, pour qu'un État remplisse ses obligations en vertu du *PIDCP*, il doit s'assurer lorsque l'avortement est légal qu'il soit également accessible. Or, rappelons-nous l'étude révélant qu'une femme américaine de Rapid City au Dakota du Sud voulant se faire avorter doit parcourir 512 km pour atteindre un établissement le lui permettant. Dans *Mellet*, où la femme était enceinte d'un fœtus souffrant d'une malformation sévère, le CDH énonce vu ces circonstances que forcer une femme à se déplacer à l'étranger pour obtenir un avortement a été l'un des facteurs contribuant à son état de détresse qui ultimement, d'après le CDH, correspond à un traitement cruel, inhumain et dégradant violant ainsi l'article 7 du *PIDCP*. Dans *Mellet*, la femme a dû parcourir 268 km entre Dublin, l'hôpital où elle était suivie en Irlande, et Liverpool en Angleterre, là où elle a eu son avortement.

L'expérience vécue par *Mellet* n'est pas une expérience que vivent exclusivement les Irlandaises. En effet, des Américaines, notamment de Rapid City, ont vécu, vivent et vivront le même sentiment de détresse lorsqu'elles apprendront que le fœtus qu'elles portent souffre d'une malformation sévère et ne verra jamais le jour. Ces Américaines vivront alors exactement ce que *Mellet* aura vécu et donc, tout comme *Mellet*, leur droit à la vie privée (art. 17 du *PIDCP*), leur droit de ne pas subir de traitement cruel, inhumain et dégradant (art. 7) et leur droit à la non-discrimination (art. 26) ne seront pas respectés. Il est vrai par contre qu'en Irlande, *Mellet* ne pouvait tout simplement pas se faire avorter, car elle aurait enfreint la loi, tandis qu'aux États-Unis ce n'est pas le cas. Cependant, ultimement, le résultat est le même, la concernée ne peut se faire avorter et dans ces circonstances cela correspond à une violation de ses droits prévus au *PIDCP*.

Ajoutons toutefois une nuance quant à l'article 7 du *PIDCP* puisque comme expliqué précédemment, les États-Unis ont émis une réserve à cet article stipulant qu'il s'y conformait dans la mesure où l'expression traitements cruels, inhumains et dégradants s'entend comme ceux interdits par la Constitution américaine. Or, tel qu'expliqué, la Cour suprême américaine n'a pas déterminé que le droit à l'avortement était protégé par la Constitution parce qu'interdire à une femme enceinte de bénéficier d'un avortement pourrait constituer un traitement cruel, inhumain et dégradant en vertu de ladite Constitution. La Cour a plutôt inféré le droit à l'avortement du droit à la vie privée découlant du 14^e amendement de la Constitution. Ce faisant, on conclut que l'expression traitements cruels, inhumains et dégradants du *PIDCP* ne s'entend pas comme ceux interdits par la Constitution américaine. Donc, en vertu de la réserve émise, cette disposition du *PIDCP* ne peut s'appliquer relativement à l'accès à l'avortement. Cette situation permet d'illustrer comment une

¹⁷⁶ Rachel Rebouché, « Abortion Rights as Human Rights » (2016) 25:6 Social & Legal Studies 765 aux pp 774-76.

réserve à un traité peut énormément limiter la portée sensée être universelle de ce dernier¹⁷⁷.

Le droit à la vie prévu à l'article 6 du *PIDCP* est aussi violé par les États-Unis. Effectivement, tel que mentionné précédemment, l'*Observation générale n° 36 sur le droit à la vie* permet aux États parties d'adopter des mesures encadrant l'avortement pourvu que ces dernières ne violent aucun droit prévu au *PIDCP*. Or, comme expliqué, les mesures adoptées par les États-Unis en la matière, les *TRAP laws*, violent plusieurs droits prévus au *PIDCP* : le droit à la vie privée, le droit de ne pas subir de traitement cruel, inhumain ou dégradant et le droit à la non-discrimination. Ce faisant, le droit à la vie des femmes enceintes est violé aux États-Unis. D'ailleurs, rappelons que depuis 2010, les États-Unis adoptent de façon effrénée ce type de mesure servant de barrières limitant l'accès à l'avortement. De plus, la même observation stipule que les États parties doivent fournir un accès à l'avortement sécuritaire, légal et effectif afin de protéger la vie et la santé de la femme enceinte et afin de s'assurer qu'une femme n'ait pas obligatoirement à mener à terme une grossesse lui engendrant une souffrance ou une douleur considérable. Évidemment, puisque les *TRAP laws* entraînent la fermeture des cliniques offrant les avortements et ainsi créent des déserts de l'avortement, les États-Unis ne s'acquittent pas de leur obligation de s'assurer que les femmes aient accès à un avortement sécuritaire, légal et effectif.

Ne reconnaissant pas explicitement dans leur texte respectif le droit à l'accès à l'avortement, autant le *PIDCP* que la Constitution américaine en sont venus à le protéger par l'entremise d'une interprétation large et libérale d'autres droits. Du côté du *PIDCP*, c'est à travers le droit à la vie (art. 6), le droit de ne pas subir de traitement cruel, inhumain et dégradant (art. 7), le droit à la vie privée (art. 17) et le droit à la non-discrimination (art. 26) que s'est développé un droit à l'avortement dans certaines circonstances bien précises. Du côté américain, la Cour suprême américaine a plutôt basé le droit à l'avortement sur un seul droit : le droit à la vie privée reconnu dans le 14^e amendement de la Constitution. La comparaison entre les protections que confère le 14^e amendement aux Américaines en matière d'avortement avec celles que confère le *PIDCP* illustre que ce dernier offre dans les faits davantage de protection que la Constitution américaine. Ceci a aussi permis de démontrer que bien qu'un droit soit reconnu, et ce même dans une Constitution, si ce dernier ne peut être exercé, ce dernier devient inutile. Effectivement, dans le cadre américain, le droit à l'avortement peut être limité dans les circonstances propres à l'interprétation du 14^e amendement et du droit à la vie privée. Dans le cadre du *PIDCP*, justifier la limitation se révèle alors bien plus ardu étant donné le plus grand nombre de droits mis en cause. Ceci fait en sorte que le droit à l'avortement en vertu du *PIDCP* repose sur des assises bien plus

¹⁷⁷ Fellmeth, *supra* note 19 aux pp 991-94.

solides que le droit à l'avortement constitutionnellement protégé aux États-Unis¹⁷⁸.

La situation actuelle politique aux États-Unis révèle d'ailleurs parfaitement à quel point le droit à l'avortement n'y tient qu'à un fil et à quel point ce dernier est tributaire du climat politique. Effectivement, six États (Arkansas, Kentucky, Louisiane, Mississippi, Dakota du Nord et Dakota du Sud) ont déjà adopté des lois appelées *Trigger laws* qui, aussitôt que *Roe* serait renversée par la Cour suprême, rendraient l'avortement illégal. En violation claire des obligations américaines en matière d'avortement en vertu du *PIDCP*, la majorité de ces lois ne prévoit aucune exception advenant que la grossesse soit le résultat d'inceste ou d'un viol¹⁷⁹.

Bref, aux États-Unis, le droit à l'avortement est menacé plus que jamais. Il est impossible de prédire l'avenir quant à savoir si une éventuelle majorité conservatrice à la Cour suprême viendra renverser *Roe* ou considérablement l'affaiblir faisant en sorte que les Américaines soient à la merci des législateurs de leur État respectif. Quoi qu'il arrive, force est de constater que l'avortement n'est pas juridiquement adéquatement protégé et que peu de solutions juridiques s'offrent aux militants pro-choix. L'importance d'une mobilisation politique pro-choix est alors capitale. Cette situation révèle donc toute la pertinence et l'utilité du droit international en matière de droits humains qui aurait pu venir en aide aux Américaines sur une base individuelle si les États-Unis avaient ratifié le *Protocole se rapportant au PIDCP* permettant ce mécanisme de plainte. Il est vrai que les constatations du CDH ne sont pas formellement contraignantes, mais n'en demeure pas moins qu'une telle constatation de violation par les États-Unis aurait un poids politique et moral considérable¹⁸⁰.

Pour conclure, indépendamment de notre avis sur la protection dont devrait bénéficier le fœtus, peut-être serait-il pertinent de reconnaître que les restrictions à l'accès à l'avortement ne sont pas une solution et ne protègent pas le fœtus. Comme mentionné précédemment, l'OMS révèle que plus le cadre légal permettant l'avortement est large, moins il y a de décès résultant d'avortements clandestins¹⁸¹. Or, les chiffres révèlent également que l'augmentation du nombre de restrictions à l'accès à l'avortement n'entraîne pas de baisse significative du nombre d'avortements. Les femmes continueront de se faire avorter et conséquemment, ces restrictions n'entraînent qu'une augmentation du nombre de ces avortements clandestins non sécuritaires menaçant la vie des femmes enceintes¹⁸².

D'ailleurs, le fait que le CDH ait déterminé que l'accès à un avortement légal et sécuritaire est à l'intersection de plusieurs droits humains démontre à quel point cet accès peut être nécessaire et fondamental dans la vie des femmes.

¹⁷⁸ Joyce, *supra* note 100 à la p 39.

¹⁷⁹ Kate Smith, « Abortion would immediately be illegal in these states if Roe v. Wade is overturned » (2 avril 2019), *CBS*, en ligne : <www.cbsnews.com/news/abortion-law-abortion-automatically-illegal-roe-vs-wade-overturned-2019-04-02/>.

¹⁸⁰ Voir notamment Delas, Thouvenot et Bergeron Boutin, *supra* note 38 à la p 33.

¹⁸¹ WHO, *supra* note 9 à la p 65.

¹⁸² Singh et al, *supra* note 10 à la p 4.

En fin de compte, personne ne gagne. Ni les pro-vies et ni les pro-choix. Par contre, une chose demeure certaine, un groupe bien précis en ressort perdant et ce groupe, ce sont les femmes. Donc, comme c'est leur vie qui est en jeu, peut-être serait-il temps qu'aux États-Unis, on laisse les femmes choisir ce dont elles veulent faire de leur propre corps et ultimement, de leur propre vie.

DE L'OIT À L'OMC. L'INTERDICTION D'IMPORTATION DES PRODUITS INTÉGRANT LE TRAVAIL FORCÉ ET LES PIRES FORMES DE TRAVAIL DES ENFANTS : UN APPEL À LA MORALE ?

*Kristine Plouffe-Malette**

Si le contenu d'une politique commerciale socialement responsable – à savoir l'inclusion de la protection des droits de la personne, le respect des normes du travail et la protection de l'environnement – a d'ores et déjà été largement étudié¹, les effets concrets d'une telle politique n'ont pas été aussi nombreux que les analyses. Partant, le rapport présenté par le Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation (CEIM) de l'Université du Québec à Montréal (UQAM) intitulé « Vers une politique commerciale socialement responsable : un défi pour le Canada et ses partenaires »², prend toute son importance puisqu'on y présente des recommandations concrètes afin, notamment, de protéger les droits humains des travailleurs. Basé sur plusieurs consultations, publiques et en ligne, tenues à travers le Canada, tout en étant appuyé d'une importante recherche documentaire, il aborde trois thèmes centraux : les clauses sociales incluses aux accords commerciaux, le système des préférences et sa conditionnalité et l'interdiction d'importer des produits issus du travail forcé ou des pires formes du travail des enfants. Non seulement ces thèmes sont-ils au cœur des discussions concernant la politique commerciale socialement responsable, mais ils sont également d'actualité.

Le troisième thème concernant les droits des personnes les plus vulnérables est précisément abordé par deux recommandations émises au rapport du CEIM. En effet, il est recommandé de « prévoir une référence explicite aux conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail (OIT) dans les accords commerciaux, afin d'accroître le niveau d'obligation et d'engagement des pays

* Professeure associée, département des sciences juridiques, UQAM, codirectrice de la *Revue québécoise de droit international* et membre du CEIM.

¹ Voir à titre d'exemple Gabrielle Marceau, « WTO Dispute Settlement and Human Rights » (2002) 13:4 Eur J Intl L 753; Susan Ariel Aaronson et Jamie M Zimmerman, *Trade Imbalance : The Struggle to Weigh Human Rights Concerns in Trade Policymaking*, New York, Cambridge University Press, 2008; Geneviève Dufour, « L'interdiction d'importer des produits fabriqués par des enfants au regard des règles de l'OMC : du *free trade* au *fair trade* » dans Vincente Fortier et Sébastien Lebel Grenier, dir, *Rencontres juridiques Montpellier-Sherbrooke : La vulnérabilité et le droit*, Sherbrooke, RDUS, 2010, 45; Shima Baradaran et Stephanie Barclay, « Fair Trade and Child Labor » (2011) 43 Colum HRLR 1; Lorand Bartels, « Social Issues : Labour, Environmental and Human Rights » dans Simon Lester, Bryan Mercurio et Lorand Bartels, dir, *Bilateral and Regional Trade Agreements*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 364; Robert Howse, « Human Rights in the WTO : Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann » (2002) 13:3 Eur J Intl L 651; Michael J Trebilcock et Robert Howse, « Trade Policy & Labor Standards » (2004) 14 Minn J Global Trade 261; Anne Orford, « Beyond Harmonization: Trade, Human Rights and the Economy of Sacrifice » (2005) 18:2 Leiden J Intl L 179.

² Michèle Rioux et Sylvain Zini, « Vers une politique commerciale socialement responsable : un défi pour le Canada et ses partenaires » (décembre 2017), CEIM, en ligne : <canadasocialementresponsable.uqam.ca>.

partenaires » (recommandation 2) et d'« interdire l'importation de produits issus du travail forcé et des pires formes de travail des enfants »³ (recommandation 9).

Il importe de souligner que 96,1 % des répondants aux consultations publiques et en ligne jugent qu'il est dorénavant nécessaire d'« interdire les importations intégrant le travail forcé et les pires formes de travail des enfants »⁴. Un résultat opposé aurait été surprenant, quoiqu'une réponse plus nuancée était certainement attendue. Or, le souhait est ici clairement exprimé. Ce dernier fait directement écho à la deuxième recommandation puisque certaines conventions de l'OIT prévoient l'interdiction du travail forcé tout comme des pires formes de travail des enfants. Ainsi, l'une et l'autre des deux recommandations sont liées. Cependant, si ces recommandations sont louables – nul ne peut s'opposer à la vertu! – elles pourraient n'apparaître que sous la forme de vœux pieux, et ce, essentiellement en raison des normes de droit international face auxquelles le Canada s'est engagé, tout particulièrement eu égard au droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

Ceci étant, il importe d'abord de revenir sur les expressions « travail forcé » et « pires formes de travail des enfants » puisque celles-ci souffrent d'un manque de cohérence entre les affirmations conventionnelles et les interprétations nationales et internationales. Plus encore, il y a une réelle confusion sémantique entre ces expressions et celles de « l'esclavage moderne » et de la « traite des êtres humains », tout particulièrement en droit international, mais également en droit canadien (1). Ensuite, d'un point de vue pragmatique, si une interdiction d'importation de certains produits dont la fabrication inclut une forme ou une autre de travail forcé est permise, en ce sens qu'un gouvernement canadien souverain peut unilatéralement adopter une telle loi, rien n'est moins certain quant à sa justification auprès de l'OMC. En effet, l'hypothèse de l'exception commerciale entendue comme la nécessité de protéger la moralité publique pourrait ne pas suffire pour justifier cette entrave au commerce (2).

A. Le travail forcé et les pires formes de travail des enfants, l'esclavage moderne ou la traite des êtres humains ?

Comme le souligne le rapport, les répondants ont été quasi unanimes dans la perception selon laquelle l'interdiction de l'importation de produits issus du travail forcé et des pires formes de travail des enfants est la solution toute désignée pour enjoindre les acteurs commerciaux à respecter les droits des travailleurs⁵. Mais qu'en est-il du « travail forcé » et des « pires formes de travail des enfants » ? On souligne indistinctement dans le rapport certes le travail forcé tel que défini par l'OIT, mais également « l'esclavage moderne » ou « *modern slavery* », lesquelles sont confondues avec celle de la traite des êtres humains. Ces notions sont pourtant différentes.

Depuis sa création en 1919, l'OIT a développé un corpus normatif ainsi qu'un appareil institutionnel important afin de lutter contre le travail forcé. Dès 1926, une

³ *Ibid* à la p 5.

⁴ *Ibid* à la p 16.

⁵ *Ibid* à la p 5.

commission d'experts chargée d'étudier et d'analyser les systèmes de travail forcé, notamment dans les pays sous tutelle et sans gouvernement autonome, a été créée⁶. Les travaux de cette Commission se sont achevés par la rédaction de la *Convention concernant le travail forcé ou obligatoire*⁷ dans laquelle l'expression « travail forcé ou obligatoire » est définie comme « [...] tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré »⁸.

En 1947, l'Organisation des Nations unies (ONU) est saisie à son tour de la problématique du travail forcé, une question qui relève du Conseil économique et social (ECOSOC). Ce dernier ainsi que le Conseil d'administration du Bureau international du Travail (BIT), soit le secrétariat de l'OIT, établissent conjointement un comité spécial chargé de traiter de la question. Entre 1951 et 1953, des enquêtes internationales ont été menées par le comité qui cédera la place dès 1956 au Comité du travail forcé créé par l'OIT lequel fera enquête jusqu'en 1959⁹. Ces travaux permettront de révéler l'existence de diverses formes de travail forcé conçues comme des moyens de coercition politique, de sanction disciplinaire ou à des fins économiques. Le résultat de ces enquêtes a abouti à l'adoption en 1957 de la *Convention (n° 105) concernant l'abolition du travail forcé*¹⁰. Cette dernière vise principalement l'abolition du travail forcé en tant que mesure de coercition ou d'éducation politique, idéologique, économique et de sanction relative à la discipline de travail. Elle vise de plus l'abolition du travail forcé comme mesure de discrimination raciale, sociale, nationale ou religieuse.

Bien que la *Convention n° 105* demeure la référence en matière de travail forcé, l'OIT a adopté, en 1999, la *Convention (n° 182) concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination*¹¹ par laquelle les États parties s'engagent à interdire et éliminer les pires formes de travail des enfants, faisant notamment mention de la servitude pour dette, du servage et de la traite des enfants, sans toutefois définir ces termes.

En 2005, dans son rapport portant sur le travail forcé, l'OIT a précisé ce en quoi consiste cette forme d'exploitation et comment elle se différencie de l'esclavage en ces termes :

⁶ Conférence internationale du Travail, 12^e session, Genève, 1929 aux pp 1-6.

⁷ *Convention concernant le travail forcé ou obligatoire, adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail à sa quatorzième session, Genève, 28 juin 1930, telle qu'elle a été modifiée par la Convention portant révision des articles finals, 1946, 28 juin 1930, 39 RTNU 55 (entrée en vigueur : 1^{er} mai 1932).*

⁸ *Ibid.*, art 2 au para 1.

⁹ Pour l'histoire de l'OIT voir notamment, Bureau international du travail, *Éradiquer le travail forcé. Rapport III (Partie 1 B). Étude d'ensemble relative à la convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930, et à la convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957*, OIT, 96^e sess. (2007).

¹⁰ *Convention (n° 105) concernant l'abolition du travail forcé. Adopté par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail à sa quarantième session, Genève, 25 juin 1957, 25 juin 1957, 320 RTNU 293 (entrée en vigueur : 17 janvier 1959).*

¹¹ *Convention (n° 182) concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination*, 17 juin 1999, 2133 RTNU 161 (entrée en vigueur : 19 novembre 2000).

L'esclavage est l'une des formes du travail forcé. Il désigne une situation dans laquelle une personne ou un groupe est soumis au pouvoir sans limites d'une autre personne ou d'un autre groupe. [...] Il est presque certain qu'une personne réduite en esclavage sera contrainte de travailler, mais sa condition ne se limite pas à ce seul aspect. Par ailleurs, l'esclavage est un statut permanent qui se transmet souvent d'une génération à l'autre et non pas un statut temporaire. Dans la convention de 1926, adoptée à une époque où le travail forcé était largement imposé par les puissances coloniales, les parties contractantes s'engageaient « à prendre des mesures utiles pour éviter que le travail forcé ou obligatoire n'amène des conditions analogues à l'esclavage » (article 5). La *Convention n° 29* de l'OIT, adoptée quatre années plus tard, interdit le travail forcé sous toutes ses formes, y compris l'esclavage, mais sans se limiter à ce dernier. [...]

Les « pratiques analogues à l'esclavage » désignent clairement des situations dans lesquelles des individus et des groupes sociaux sont contraints de travailler pour d'autres individus et d'autres groupes sociaux; elles sont donc, dans une large mesure, assimilables au travail forcé.¹²

Cette déclaration de l'OIT illustre la complexité et l'enchevêtrement des notions de travail forcé et d'esclavage. Il n'est pas rare de voir l'esclavage caractérisé par le fait d'être contraint à fournir un travail alors que ce phénomène, tel que défini par la *Convention relative à l'esclavage*¹³ et la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et des pratiques analogues à l'esclavage*¹⁴, n'inclut pas l'idée de travail; l'élément central de l'esclavage consiste en l'exercice des attributs de la propriété contre un individu. Or, en exerçant son pouvoir sur l'individu, le « possesseur » exerce aussi son pouvoir sur la volonté de ce dernier l'obligeant à exécuter tout travail réclamé. Certains auteurs suggèrent qu'à la différence du travailleur forcé de s'exécuter, l'esclave demeure à la disposition de son « possesseur » même lorsqu'il n'accomplit aucun travail¹⁵. Il se trouve donc juridiquement sous statut d'esclave contraint au travail forcé.

Si l'OIT perçoit l'esclavage comme une forme de travail forcé, le Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH) définit le travail forcé comme une pratique analogue à l'esclavage. En effet, dans le rapport présenté par David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, le HCDH affirme que

¹² Bureau international du travail, *Une alliance mondiale contre le travail forcé, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*, OIT, 93^e sess, (2005) aux para 26-27.

¹³ *Convention relative à l'esclavage*, 25 septembre 1926, 60 RTSN 253 (entrée en vigueur : 9 mars 1927).

¹⁴ *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et des pratiques analogues à l'esclavage*, 7 septembre 1956, 96 RTNU 271 (entrée en vigueur : 30 avril 1957).

¹⁵ Georgina Vaz Cabral, *La traite des êtres humains. Réalités de l'esclavage contemporain*, Paris, La Découverte, 2006 à la p 91. D'autres auteurs retiennent une définition plus classique de l'esclavage. Voir notamment le commentaire de l'article 4 de la CEDH : « L'esclavage peut ainsi être défini comme la situation d'une personne qui est, juridiquement, la propriété d'une autre personne. » dans Giorgio Malinverni, « Article 4 » dans Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri Imbert, dir, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, 177 à la p 179.

[l]a communauté internationale a condamné le recours au travail forcé en tant que pratique analogue à l'esclavage tout en étant distincte. [...] Si cette définition [article 2§1 de la *Convention n° 29*] fait la distinction entre le travail forcé et l'esclavage en ce sens que le premier ne fait pas intervenir la notion de propriété, il reste que sa pratique impose la même restriction à la liberté de l'individu – souvent par la violence, rendant le travail forcé analogue à l'esclavage par les effets qu'il a sur l'individu.¹⁶

Parallèlement, l'idée même d'esclavage, ou de formes contemporaines d'esclavage ou encore de « *modern slavery* », a fait son chemin pour aboutir notamment à la criminalisation de la traite des êtres humains, ajoutant d'autant à la confusion, et ce, dès 1919. En effet, dès sa création, la Société des Nations est chargée « du contrôle général des accords relatifs à la traite des femmes et des enfants »¹⁷. Ce faisant, elle permet l'adoption tour à tour de conventions internationales qui criminalisent la traite des blancs, des femmes mineures et des enfants, et des femmes majeures. Sous l'égide de l'ONU, toutes ces conventions seront remplacées par l'adoption en 1949 de la *Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui*¹⁸ qui demeurera la référence jusqu'en l'an 2000, moment de l'adoption du *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, dit *Protocole de Palerme*¹⁹. Ce nouveau traité propose deux avancées majeures reconnues par les chercheurs. Premièrement, il commande aux États parties de criminaliser la traite des êtres humains, laquelle se définit comme suit :

a) L'expression "traite des personnes" désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation.²⁰

Deuxièmement, il offre, sinon une définition, au minimum des balises quant à la notion d'exploitation :

L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes.²¹

¹⁶ David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, *Abolir l'esclavage et ses formes contemporaines, Rapport présenté au HCDH, Doc HR/PUB/02/4* (2002) au para 38.

¹⁷ *Pacte de la Société des Nations de 1919, Traité de Versailles de 1919*, 29 juin 1919, art 23.

¹⁸ *Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui*, 21 mars 1950, 96 RTNU 271 (entrée en vigueur : 25 juillet 1951).

¹⁹ *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, 15 novembre 2000, 2237 RTNU 319 (entrée en vigueur : 25 décembre 2003).

²⁰ *Ibid.*, art 3.

²¹ *Ibid.*

Cette définition s'ajoute au corpus normatif déjà bien garni de la lutte contre le travail forcé inclus tant aux pratiques analogues à l'esclavage qu'à la traite des êtres humains. Toutefois, comme les conventions sur l'esclavage et la traite des êtres humains, le *Protocole de Palerme* ne bénéficie d'aucun organe international de surveillance capable de recevoir une plainte à l'image d'un comité onusien ou des mécanismes de l'OIT. Ce sont là toutes des conventions dites orphelines. Ce faisant, les interprétations quant aux situations d'exploitation sont laissées à l'appréciation des États parties. Qui plus est, il n'est pas fait référence aux conventions antiesclavagistes de 1926 et 1956 afin de définir ces dernières manifestations.

Après avoir abordé l'esclavage et le travail forcé sous tous les angles, les États et les gouvernements du monde sont ainsi passés à l'ère de la traite des êtres humains! À preuve, en 2014, l'OIT a adopté le *Protocole de 2014 relatif à la Convention sur le travail forcé*²² afin d'actualiser la convention mentionnée pour « s'attaquer aux pratiques telles que la traite des êtres humains » dans le cadre du travail forcé. Comme l'a déclaré le directeur général de l'OIT, monsieur Guy Ryder, le *Protocole* « constitue [...] un engagement ferme de la part des gouvernements, des organisations d'employeurs et de travailleurs à éliminer les formes contemporaines d'esclavage »²³.

Or, l'enchevêtrement des notions ne permet aucune cohérence, mais surtout entraîne une disparité interprétative telle qu'il devient difficile de comparer les situations factuelles relatives au travail forcé. Plus encore, qu'en est-il du Canada dans ce contexte ?

D'abord, alors qu'il s'est trouvé aux premières loges de la création de l'OIT, le Canada fait piètre figure en matière de ratification des conventions internationales du travail : il a ratifié 36 conventions, dont seulement 23 sont entrées en vigueur, alors que 12 d'entre elles ont été dénoncées et une abrogée²⁴. À sa défense, il a ratifié et maintenu la ratification des huit conventions fondamentales, dont les conventions 29, 105 et 182. C'est au niveau de la mise en œuvre de ces conventions que l'on peut douter de la volonté réelle du Canada de s'engager dans la lutte contre le travail forcé et les pires formes de travail des enfants. À titre d'exemple, il n'existe pas à ce jour de plan canadien de lutte contre le travail forcé, ce qui détonne vu les efforts déployés par le gouvernement depuis 2005 pour lutter contre la traite des êtres humains, qu'elle soit interne ou internationale, essentiellement à des fins sexuelles. Pourtant l'infraction criminelle de traite des êtres humains inscrite aux articles 279.01 et suivants du *Code criminel* canadien prévoit bien l'exploitation par le travail. Ce faisant, le travail forcé n'est pas en soi interdit par une loi ni fédérale ni québécoise, ce qui ne permet pas

²² *Protocole de 2014 relatif à la Convention sur le travail forcé*, 11 juin 2014 (entrée en vigueur : 9 novembre 2016).

²³ OIT, communiqué, « L'OIT adopte un nouveau protocole pour lutter contre les formes modernes du travail forcé » (11 juin 2014), en ligne : www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_246663/lang--fr/index.htm.

²⁴ OIT, « Ratifications pour Canada » en ligne : www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102582. Les dénonciations concernent essentiellement le travail maritime dont les conventions ont été abrogées et remplacées par la *Convention du travail maritime*, 23 février 2006, 2952 RTNU 3 (entrée en vigueur : 20 août 2013).

d'affirmer qu'il est permis, mais il est prévu au titre de l'exploitation d'une victime de traite des êtres humains.

Ainsi, lorsque le rapport du CEIM recommande de « prévoir une référence explicite aux Conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail (OIT) dans les accords commerciaux, afin d'accroître le niveau d'obligation et d'engagement des pays partenaires », il y aurait lieu de se demander premièrement si, avant d'exiger un tel engagement de nos partenaires, cet engagement est rempli par le Canada sur son propre territoire et auprès de ces propres travailleurs et, deuxièmement, de s'assurer d'une interprétation cohérente des termes et, par conséquent, des situations que l'on souhaite viser. Une politique commerciale socialement responsable devrait inclure des références précises en ce sens, car elles seront au cœur des politiques et des lois qui seront ultérieurement adoptées pour mettre en œuvre l'engagement du gouvernement dans cette voie. La traite des êtres humains, peu importe la forme d'exploitation visée, saurait répondre à cette problématique. En définitive, cette recommandation est importante et témoigne de l'engagement de la population en faveur des droits fondamentaux, ce qui pourrait être pertinent afin de justifier une interdiction d'importation des produits issus du travail forcé ou des pires formes de travail des enfants tel que proposé par la recommandation 9.

B. L'impact international de l'élargissement de l'interdiction d'importation de produits : un appel à la moralité publique ?

Selon les participants aux consultations qui ont précédé le rapport du CEIM, les pratiques liées au travail forcé et aux pires formes de travail des enfants doivent être rejetées, estimant même que ce rejet « est une valeur fondamentale de la société canadienne et doit être défendu comme tel »²⁵. Ceux-ci proposent une avenue concrète qui mérite que l'on s'y attarde : étendre l'application de l'interdiction d'importation des produits fabriqués en tout ou en partie par des prisonniers aux produits issus du travail forcé sous toutes ses formes, le tout étant internationalement justifié, particulièrement eu égard au droit de l'OMC, en raison de l'expression de la morale.

Au Canada, l'importation de produits fabriqués ou produits en tout ou en partie dans une prison est interdite, à l'exception de l'usage personnel²⁶. Cette interdiction est clairement circonscrite : s'il y a l'intervention d'une prison au sens commun du terme, c'est-à-dire un établissement public d'incarcération, dans la fabrication ou la production d'un produit, celui-ci ne peut entrer au Canada. Le Tribunal canadien du commerce extérieur l'a d'ailleurs confirmé²⁷. Il pourrait être envisagé de procéder de manière similaire par un ajout au tarif douanier, toutefois, il semble plus simple d'adopter une interdiction totale et complète d'importation de tout produit dont la fabrication ou la production inclut une forme ou une autre de travail forcé des femmes, des hommes comme des enfants. En effet, l'interdiction vise essentiellement la commercialisation; on ne souhaite pas faire le commerce de produits fabriqués par des

²⁵ Rioux et Zini, *supra* note 2 à la p 16.

²⁶ *Tarif des douanes*, LC 1997, c 36, art 132(1)(m)(i).

²⁷ Voir notamment *Hayes c Président des services frontaliers du Canada*, 2011 CanLII 93787 (CA TCCE).

prisonniers qui ne reçoivent généralement pas le même salaire que les travailleurs. Cette logique peut s'appliquer aux travailleurs forcés. L'exception d'usage personnel devrait être plus longuement étudiée, car il s'agit bien ici de la situation où un Canadien pourrait rentrer de voyage avec un souvenir qui pourrait avoir été fait en situation de travail forcé, avec ou sans la connaissance de ce mode de fabrication par le voyageur. De plus, une telle interdiction devrait être suivie de la création d'un mécanisme de suivi sans quoi elle ne sera qu'un vœu pieux.

Le gouvernement souverain du Canada peut adopter une telle mesure législative, mais non sans conséquence quant à ses engagements internationaux, particulièrement envers le droit de l'OMC. En effet, l'interdiction d'importation peut d'emblée être considérée comme une violation de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*²⁸ (GATT) soit quant à la clause de la nation la plus favorisée, soit quant au principe du traitement national. Dans l'un et l'autre cas, il est possible de « défendre » son interdiction d'importation et la violation du GATT par la clause des exceptions prévue à l'article XX du GATT qui autorise des restrictions commerciales pour protéger un ensemble limité d'objectifs, dont la moralité publique²⁹. Il est ainsi prévu qu'un membre de l'OMC – tel que le Canada – peut restreindre l'importation d'un produit s'il démontre que cette restriction est *nécessaire à la protection de la moralité publique*. L'origine de cette clause ainsi que son interprétation permettent d'affirmer qu'une interdiction d'importation des produits qui intègrent le travail forcé ou les pires formes de travail des enfants pourraient trouver un écho positif. Il demeure toutefois d'importantes difficultés à surmonter pour qu'une telle mesure soit justifiée au sens des règles du GATT.

L'origine de la clause de moralité repose sur trois moments historiques des négociations commerciales³⁰ à savoir la Conférence économique et financière de Gênes de 1922, l'adoption de la *Convention internationale pour l'abolition des prohibitions et restrictions à l'importation et à l'exportation*³¹ en 1927 et les négociations qui ont eu lieu lors de la Conférence sur le commerce et l'emploi de 1946 ayant mené à l'adoption de la *Charte de La Havane instituant une organisation internationale du Commerce*³².

Le rapport final de la Conférence de Gênes de 1922 fait d'ores et déjà état d'« un droit préexistant, habilitant tout État à prohiber l'importation d'une catégorie de

²⁸ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 58 RTNU 187 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948). Sur la moralité publique, voir Kristine Plouffe-Malette, *Moralité publique des droits de la personne au droit de l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2019 [Plouffe-Malette, « Moralité »].

²⁹ Ces objectifs comportent notamment la moralité publique, la santé et la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux, l'importation ou l'exportation de l'or ou de l'argent, les lois et les règlements qui ne sont pas incompatibles avec l'Accord tels que les mesures douanières, les brevets, les marques et les droits d'auteur, les articles fabriqués dans les prisons, les trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique; la conservation des ressources naturelles épuisables.

³⁰ Ces trois moments ont été identifiés par Anne-Catherine Hatton, Richard Ouellet et Lyne Létourneau, « Du rôle de la genèse dans l'exégèse : pour une interprétation historique éclairée de l'exception de moralité publique du GATT » (2010) 43:2 Rev b dr Intern 601.

³¹ *Convention pour l'abolition des prohibitions et des restrictions à l'importation*, 8 novembre 1927, 1927 RTSN 1653.

³² *Charte de la Havane instituant une organisation internationale du Commerce*, 24 mars 1948.

marchandises lorsqu'un de ses intérêts nationaux, dont la moralité publique, est menacé »³³. Puis, en 1927, les limites au commerce apparaissent déjà à la *Convention pour l'abolition des prohibitions et des restrictions à l'importation*. Elles sont permises pour des raisons relatives à la sécurité publique, au trafic d'armes, à la morale ou à l'humanitaire, à l'or, à l'argent, aux espèces, à la monnaie et aux titres, ainsi que pour protéger la santé publique, les animaux et les plantes contre les maladies et le patrimoine national artistique, historique et archéologique. Finalement, lors des négociations qui ont précédé le GATT adopté en 1947, l'esclavage, les armes, la drogue, les boissons alcooliques, la pornographie, la religion, le travail forcé et le bien-être des animaux ont été considérés comme étant du ressort de la moralité publique³⁴. Par conséquent, une interprétation originelle de la notion de moralité publique pourrait s'appuyer sur ces différentes négociations pour ainsi affirmer que le travail forcé fait partie intégrante de la moralité publique. Or, la morale s'interprète d'un point de vue national; il s'agit en effet d'une notion de nature régalienne³⁵. Une défense de moralité publique d'une interdiction d'importation des produits issus du travail forcé devrait d'emblée s'appuyer sur cette morale canadienne dont le contenu reste à définir.

Il y a plus. Les tests juridiques inscrits au GATT sont exigeants : il faut démontrer la nécessité d'une telle interdiction et s'assurer qu'elle ne consiste pas en une mesure discriminatoire ou une restriction déguisée au commerce.

À ce jour, l'OMC a tranché six affaires de moralité publique³⁶; aucun rapport de l'Organe de règlement des différends n'a pleinement reconnu la défense soulevée par les États, mais tous ont reconnu que ces derniers agissaient afin de protéger la moralité publique. En effet, l'interprétation large de ce en quoi consiste la morale et le souhait manifeste des juges de l'OMC de ne pas débattre de la morale des uns et des autres ont fait en sorte que les demandes d'exception des États en la matière ont toutes franchi la première étape d'analyse. Ce faisant, les limites aux paiements de jeux en ligne sur des serveurs hors territoire national, l'interdiction de l'importation de publications et de produits audiovisuels, puis de produits du phoque, l'imposition d'un droit composite sur l'importation de certains textiles, vêtements et chaussures servant à financer un conflit armé, l'adoption d'un régime de licences d'importation pour des

³³ Hatton, Ouellet et Létourneau, *supra* note 30 à la p 607.

³⁴ Steve Charnovitz, « The Moral Exception in Trade Policy » (1998) 38 Va J Intl L 689 aux pp 729-730.

³⁵ Hatton, Ouellet et Létourneau, *supra* note 30; Kristine Plouffe-Malette, « De la compassion dans la consommation : le bannissement de la commercialisation des produits dérivés du phoque en sol européen et la défense de moralité publique à l'Organisation mondiale du commerce » (2015) 45 :1 RGD 199.

³⁶ OMC, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris (Plainte d'Antigua-et-Barbuda)* (2004), OMC Doc WT/DS285; OMC, *Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels (Plainte des États-Unis)* (2009), OMC Doc WT/DS363; OMC, *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque (Plainte du Canada et de la Norvège)* (2013), OMC Doc WT/DS400/DS401; OMC, *Colombie – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures (Plainte du Panama)* (2015), OMC Doc WT/DS461; OMC, *Indonésie – Importation de produits horticoles, d'animaux et de produits d'origine animale (Plainte des États-Unis et de la Nouvelle-Zélande)* (2016), OMC Doc WT/DS477/DS478; OMC, *Brésil – Certaines mesures concernant la taxation et les impositions (Plainte de l'Union européenne et du Japon)* (2017), OMC Doc WT/DS472/DS497. Pour l'analyse de ces six cas, voir Plouffe-Malette, « Moralité », *supra* note 28.

produits horticoles et d'origine animale en fonction de la caractéristique halal ou non, et finalement, la protection contre la fracture numérique et la promotion de l'inclusion sociale ont toutes été reconnues comme relevant de la moralité publique.

Plusieurs auteurs ont déjà affirmé qu'une mesure nationale qui interdirait l'importation de produits issus du travail forcé, de la traite des êtres humains ou, ici, des pires formes du travail des enfants pourrait probablement réussir le test moral³⁷. Là n'est pas le problème. Il s'agit surtout de voir à la formulation de cette interdiction, à la nécessité de celle-ci et à sa mise en œuvre dans le respect des règles de l'OMC.

Plus encore, les Canadiens pourraient être appelés à voir le prix des produits interdits d'importation augmenter ou se trouver en rupture de stock ou même disparaître du marché national. Ainsi, au-delà de la moralité publique, il faudrait poser la question de l'engagement réel des Canadiens face aux effets que peut avoir une telle interdiction. Qui plus est, cette situation marchande pourrait ne jamais voir le jour et plutôt influencer positivement les importateurs, les fabricants, voire même les gouvernements, qui adopteront des pratiques respectueuses des droits fondamentaux des travailleurs. Ainsi, rien n'est moins certain quant aux effets réels d'une telle interdiction. Il est également permis de se demander si une interdiction d'importation de produits impliquant le travail forcé est réellement progressiste puisque l'on sait que les principaux produits visés sont fabriqués par les personnes les plus vulnérables, susceptibles de subir des pertes d'« emploi » ou de plus amples violations de leurs droits fondamentaux.

En conclusion, si les deux recommandations émises au rapport du CEIM peuvent sembler acquises pour les répondants et pour nombre de consommateurs, en ce sens que rien ne justifie d'acheter des produits issus du travail forcé pour autant que cette information soit sue et connue, elles méritent non seulement que l'on s'y attarde, mais également d'être analysées plus en profondeur, particulièrement quant à leur mise en œuvre et à leurs répercussions sociales, politiques et juridiques, nationales et internationales.

³⁷ Marceau, *supra* note 1; Mark Wu, « Free Trade and the Protection of Public Morals : An Analysis of the Newly Emerging Public Morals Clause Doctrine » (2008) 33 :1 *Yale J Intl L* 215; Dufour, *supra* note 1; Julia Möllenhoff, *Framing the 'Public Morals' Exception after EC – Seal Products with Insights from the ECtHR and the GATT National Security Exception*, CTEI Working Papers, Graduate Institute Geneva, 2015.

**FRANS VON DER DUNK AND FABIO TRONCHETTI,
HANDBOOK OF SPACE LAW, CHELTENHAM, EDWARD
ELGAR, 2015**

*Maria Manoli**

With the emergence of novel space technologies and new space actors, space law is currently challenged more than ever. However, while space activities enter new phases of development, the relevant legal regime remains unchanged. In fact, space law, the body of law that governs space activities¹, was created during the 1960s, when the main space activities were comprised of the launch of artificial satellites and their use for communication purposes². Nevertheless, since then, novel space realities, such as the possibilities for human spaceflight, the emergence of microsatellites, plans for extraterrestrial space settlements, and the prospects for extra-terrestrial resources exploitation are posing new challenges to the traditional concepts that are reflected in the existing space law regime³. The *Handbook of Space Law*, edited by Frans von der Dunk and Fabio Tronchetti⁴, offers a valuable overview of the current state of space law and places it within the new challenges it is called upon to address.

The book uses a fact-based approach to address these challenges and to answer what is the role of space law in mitigating them. By dividing the chapters into thematic segments based on the various types of currently existing space activities, the editors of the book provide a clear-cut understanding of the caliber of space activities and their governance by the existing space law provisions. The methodology of the book is carefully selected to address the issues in a pragmatic manner by connecting the factual circumstances of space activities to the legal challenges and issues at hand.

The book begins with an overview of the historical background of space law

* Doctoral candidate, Institute of Air and Space Law, Faculty of Law, McGill University; associate supervisory fellow, Faculty of Law, McGill University; attorney-at-law, Athens Bar Association, Athens, Greece.

¹ *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies*, 27 January 1967, 610 UNTS 205 (entered into force 10 October 1967) [*Outer Space Treaty*]; *Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched Into Outer Space*, 22 April 1968, 672 UNTS 119 (entered into force 3 December 1968) [*Rescue Agreement*]; *Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects*, 29 March 1972, 961 UNTS 187 (entered into force 1 September 1972) [*Liability Convention*]; *Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space*, 6 June 1975, 1023 UNTS 15 (entered into force 15 September 1976) [*Registration Convention*]; *Agreement governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies*, 5 December 1979, 1363 UNTS 3 (entered into force 11 July 1984) [*Moon Agreement*].

² Bin Cheng, *Studies in International Space Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997) at 14-16 [Cheng]; Francis Lyall & Paul B Larsen, *Space Law — A Treatise* (Farnham, UK: Ashgate, 2009) at 3-5.

³ Ram S Jakhu & Joseph N Pelton, *Global Space Governance: An International Study* (Switzerland: Springer, 2017) at 3-13.

⁴ Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2015) [Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*].

by Peter Jankowitsch (chapter one)⁵. This chapter explains the history of space law's *genesis* and its political context. The author of this chapter sets the scenery for the rest of the book and enables the reader to understand the origins of today's space law regime and, as such, its objectives and principles.

The second chapter of the book, authored by Frans von der Dunk⁶, introduces the reader to the actual provisions comprised in the *corpus juris spatialis* by exhaustively presenting the five United Nations space treaties⁷ combined to more recent legal instruments mainly of a soft law nature. The author of this chapter manages to demonstrate the evolution of space law from a consent-based approach to one of voluntary participation and flexibility⁸. The next chapter, chapter three, outlays the relationship between international and national space law. The author of this chapter, Irmgard Marboe, offers an extensive overview of national space laws by focusing on selective issues such as national authorization of space activities, registration of space objects, and responsibility and liability⁹.

The fourth and fifth chapters of the book address two topics complementary to each other: the creation of European space law and the emergence of international organizations. These two chapters, both authored by Frans von der Dunk, constitute a broad overview of the organizational structure of the "management" of space activities. The fourth chapter mainly focuses on the European Space Agency and its successful cooperation with European space projects such as Galileo and Copernicus¹⁰. The fifth chapter furthers the discussion on the organizational structure of space activities at the international level. Through this overview, the chapter makes the reader realize that the biggest part of successful space international organizations has been either initiated or later built up by private initiatives¹¹. In addition, this chapter sheds light on the role of private actors in forming international space law through institutional agreements and multilateral cooperation schemes¹².

The sixth chapter of the book, authored by Fabio Tronchetti, provides an overview of the regulation of the military uses of outer space. It starts with the basic principles that govern the military uses of outer space, *i.e.* the relevant provisions of the

⁵ Peter Jankowitsch, "The Background and History of Space Law" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 1.

⁶ Frans von der Dunk, "International Space Law" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 29 [Frans von der Dunk, "International Space Law"].

⁷ *Outer Space Treaty*, *supra* note 1; *Rescue Agreement*, *supra* note 1; *Liability Convention*, *supra* note 1; *Liability Convention*, *supra* note 1 and *Moon Agreement*, *supra* note 1.

⁸ Frans von der Dunk, "International Space Law", *supra* note 6 at 106.

⁹ Irmgard Marboe, "National Space Law" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 127.

¹⁰ Frans von der Dunk, "European Space Law" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 205.

¹¹ Ram S Jakhu et al, "Regulatory Framework and organization for Space Debris Removal and On Orbit Servicing of Satellites" (2017) 4 J of Space Safety Engineering 129 at p 131-136.

¹² Frans von der Dunk, "International Organizations in Space Law" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 269.

Outer Space Treaty, its predecessors and successors¹³, and continues with legal instruments that were later adopted on a politico strategic basis. The chapter concludes with the observation that the ever-increasing military uses of outer space – even if not aggressive – raise concerns about space security and render the need for adapted new space laws essential.

In chapters seven to twelve the book turns towards space activities mainly involving private space actors. Peter van Fenema emphasises the need for an international body to manage licensing and registration issues (chapter seven)¹⁴. Building on the same perspective, Frans von der Dunk observes the shift from public to private activities in the field of satellite communications and remote sensing, which seems to pose barriers to international cooperation. He argues that such cooperation might prove to be unachievable through the outdated mechanisms of the International Telecommunication Union (ITU), requiring thus new mechanisms tailored to the needs of the private space industry (chapters eight and nine)¹⁵. Lesley Jane Smith reaches similar conclusions by discussing the complexity of Global Navigation Satellites Systems (GNSS) and emphasizes the need for a novel international liability regime to provide the necessary legal certainty required by new space actors (chapter ten)¹⁶. The part on private space activities concludes with one of the most upcoming space activities, the public and private manned space flights (chapters eleven and twelve)¹⁷, where Carla Sharpe and Fabio Tronchetti, and Frans von der Dunk, present the state of relevant technologies and the legal challenges that they present. They suggest that the model of the International Space Station be followed for the regulation of public manned spaceflights.

With chapter thirteen, the book turns to environmental issues, such as space debris, space hazards and planetary protection¹⁸. Lotta Viikari argues for a long term sustainability plan to address issues that the past did not foresee and those that are yet to arrive, while Fabio Tronchetti, addresses the issue of extraterrestrial resources utilization by laying out the conflictual situations that may arise and by suggesting as possible solution the adoption of international binding rules (chapter fourteen)¹⁹.

¹³ Fabio Tronchetti, "Legal Aspects of Military Uses of Outer Space" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 331.

¹⁴ Peter van Fenema, "Legal Aspects of Launch Services and Space Transportation" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 382.

¹⁵ Frans von der Dunk, "Legal Aspects of Satellite Communications" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 456; Fabio Tronchetti, "Legal Aspects of Satellite Remote Sensing" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 501.

¹⁶ Lesley Jane Smith, "Legal Aspects of Satellite Navigation" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 554.

¹⁷ Carla Sharpe and Fabio Tronchetti, "Legal Aspects of Public Manned Spaceflight and Space Station Operations" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 618; Frans von der Dunk, "Legal Aspects of Private Manned Spaceflight" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 662.

¹⁸ Lotta Viikari, "Environmental Aspects of Space Activities" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 717.

¹⁹ Fabio Tronchetti, "Legal Aspects of Space Resource Utilization" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 769.

In chapter fifteen, Frans von der Dunk explores all the possible space sectors where trade regulations might apply and he also presents the specific regime applicable to satellite communications trade issues²⁰. In that manner, he raises questions of how similar or divergent are space commercial activities to traditional commercial activities and how far the commodification of space resources – in a broad term – could go as technology further advances. By the same token, Mark Sundhal addresses the issue of the unification of law as far as transnational transactions of equipment necessary for space activities are concerned (chapter sixteen)²¹. The author of this chapter delves into questions of legal certainty and the lack of incentives for private capital invested in space activities. He suggests that the *Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Space Assets (Space Assets Protocol)*²² be modified to address the current needs of the private space industry and thus incentivize their investments through higher protection standards.

In chapter seventeen, Cécile Gaubert moves on to insurance for damage caused by space debris and personal astronaut insurance to demonstrate that space activities do not only require insurance when undertaken in outer space.²³ On the contrary, their complex and ultra-hazardous environment starts from their planning on Earth and requires more and more perplex and sophisticated legal mechanisms as space activities become multidimensional²⁴.

The book concludes with two chapters on Intellectual Property (IP) rights and dispute resolution mechanisms (chapters eighteen and nineteen)²⁵. Both chapters, authored by Catherine Doldirina and Maureen Williams respectively, are centered on the need to provide legal certainty to private space actors by enhancing IP protection and access to *ad hoc* adjudication mechanisms. Catherine Doldirina provides an excellent overview of the IP regime that is currently applicable to space activities and identifies the lacunae that emerge from the absence of sovereignty and precise State jurisdiction in outer space²⁶. Therefore, she argues for a specialized IP regime adjusted to facilitate space activities (chapter eighteen)²⁷. Maureen Williams follows a similar conceptual analysis to argue for a specialized dispute settlement regime, based on

²⁰ Frans von der Dunk, "International Trade Aspects of Space Services" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 814.

²¹ Mark Sundahl, "Financing Space Ventures" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 874.

²² *Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Space Assets*, 9 March 2012, UNIDROIT (not in force).

²³ Cécile Gaubert, "Insurance in the Context of Space Activities" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 910.

²⁴ Cheng, *supra* note 2 at 367.

²⁵ Catherine Doldirina, "Intellectual Property Rights in the Context of Space Activities" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 949 [Doldirina]; Maureen Williams, "Dispute Resolution Regarding Space Activities" in Frans von der Dunk & Fabio Tronchetti, *Handbook of Space Law*, *supra* note 4 at p 995 [Williams].

²⁶ Percy Blount, "Jurisdiction in Outer Space: Challenges of Private Individuals in Space" (2007) 33 *J of Space Law* 299 at 305.

²⁷ Doldirina, *supra* note 25.

arbitration (chapter nineteen)²⁸. The author of this chapter suggests that the space law regime should be adjusted to render *ad hoc* adjudication procedures attractive to space actors by providing specific rules for responsibility for debris, environmental deterioration, climate change, and celestial bodies' exploration.

By addressing these traditional and modern space law issues, the book constitutes a manual that could be used by academics, space law students, researchers and practitioners in the field. Starting from long known and well established issues of space law that are mainly State-centered, it moves on to cover the most complex modern issues involving private participation. Therefore, the book successfully demonstrates the evolution of space activities and the subsequent turn from public to private regulation. The same is also effectively achieved through the logical sequence of the chapters as they build on each other, thus creating a comprehensive and complete web of the past, current, and –possibly– future space law. In addition, the sources and bibliographical references used in the book derive from a wide-ranging space law scholarship and cover the existing space law literature thus providing a useful tool for space law students and researchers.

However, the book could have further benefited from a theoretical justification of the issues it addresses. Despite the fact that it discusses in detail the main current issues in the field of space law, it does not go beyond a pragmatic approach. Such an approach renders the book relevant and temporal to current issues. However, a more theoretical and futuristic approach could have broadened the utility of the book with regards to future space uses and activities as well as the subsequent legal issues that might arise. Consequently, the book would have contributed further to the academic dialogue and discourse, had it also taken into account the theoretical aspects of the topics it touches upon.

As a final point, Frans von der Dunk and Fabio Tronchetti successfully complete their task to produce a handbook, as it is both introductory enough for those who wish to have a first acquaintance with space law, and also adequately specialized for those who want to delve deeper into complex space law issues.

²⁸ Williams, *supra* note 25; UNCOPUOS, *Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activities*, 51st Sess, UN Doc A/AC.105/C.2/2012/CRP.17 (2012).

**KERRY F CRAWFORD, *WARTIME SEXUAL VIOLENCE:
FROM SILENCE TO CONDEMNATION OF A WEAPON OF
WAR*, WASHINGTON, GEORGETOWN UNIVERSITY PRESS,
2017**

*Olivia Malenfant**

Les États, les organisations non gouvernementales et les organisations internationales (OI) condamnent maintenant les violences sexuelles en temps de conflit et fournissent de multiples efforts afin de prévenir et de punir ces pratiques néfastes. Il y a vingt ans, il aurait été difficile d'imaginer une telle implication des États et des OI dans la lutte contre les violences sexuelles en temps de guerre.

Docteure en science politique se spécialisant dans les violences sexuelles en temps de guerre, la sécurité humaine ainsi que les politiques et le genre, Kerry F. Crawford, assistante professeure en science politique à l'Université James Madison, a écrit son premier livre en 2017, intitulé *Wartime Sexual Violence: From Silence to Condemnation of a Weapon of War*¹. Dans son ouvrage, l'auteure se questionne sur les raisons qui ont poussé les États à passer du silence complet à la dénonciation transnationale des violences sexuelles. Pour se faire, elle utilise une combinaison des approches constructiviste, réaliste et féministe pour étudier l'évolution des perceptions des violences sexuelles en temps de conflit, pour finalement en arriver à considérer ces pratiques comme une arme de guerre. Elle utilise une méthodologie de reconstitution de processus afin d'examiner les mécanismes de cause à effet menant à une réponse internationale face au phénomène. Le fait de reconnaître les violences sexuelles comme une menace à la sécurité a permis à la communauté internationale de mettre en place des mesures pour combattre ces pratiques, ce qui n'aurait pas été possible autrement². En se basant sur l'émergence, les lacunes et le développement du cadre d'« arme de guerre », l'auteure aborde l'impact de celui-ci sur la mise en œuvre d'un agenda contre les violences sexuelles par les États et le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies (ONU)³.

L'argumentaire abordé dans l'ouvrage se divise en deux parties. D'un côté, l'auteure soutient que le cadre d'« arme de guerre » limite la mise en œuvre de l'agenda contre les violences sexuelles en raison des situations, des concepts et des personnes exclues du récit dominant⁴. D'un autre côté, ce cadre a permis à la société civile et aux défenseurs d'obtenir un accès sans précédent aux agendas des États et du Conseil de sécurité de l'ONU pour éventuellement élargir la portée des individus et des formes de violences reconnus dans le concept d'« arme de guerre »⁵.

* Étudiante au baccalauréat en relations internationales et droit international à l'Université du Québec à Montréal.

¹ Kerry F Crawford, *Wartime Sexual Violence: From Silence to Condemnation of a Weapon of War*, Washington, Georgetown University Press, 2017.

² *Ibid* à la p 3.

³ *Ibid* aux pp 3-4.

⁴ *Ibid* à la p 182.

⁵ *Ibid* aux pp 182-83.

Dans le premier chapitre, l'auteure aborde les conséquences découlant de la définition des violences sexuelles comme étant une arme et une menace à la sécurité. Elle explique d'abord le but fondamental d'imposer un cadre sécuritaire sur un enjeu qui, à la base, n'était pas lié à la sécurité des États. Auparavant, deux obstacles empêchaient la reconnaissance des violences sexuelles en temps de guerre par les États et les OI ainsi que l'action internationale pour mettre fin à ces pratiques. La conception que les violences sexuelles étaient un produit inévitable de la guerre et que celles-ci découlaient d'un problème de genre ou de droits humains plutôt que d'un problème de sécurité n'incitait pas les acteurs à agir⁶. En qualifiant les violences sexuelles d'« arme », ces pratiques ne résultent plus d'une question de genre, mais plutôt d'une stratégie de guerre et d'atrocités, faisant en sorte qu'elles entrent dans le domaine des sécurités nationale et internationale⁷. Cela a permis des changements de politiques nationale et étrangère ainsi que de l'aide financière et humanitaire⁸. Par contre, ces changements ont souvent été critiqués comme étant une entrave à l'*empowerment* des femmes. En effet, l'auteure avance que le but d'un cadre est de simplifier un concept. Ainsi, en imposant un cadre sur les violences sexuelles, les racines profondes des violences basées sur le genre disparaissent dans la réponse aux violences sexuelles comme arme de guerre⁹.

L'auteure examine ensuite ce qui a incité les États et les OI à s'engager dans la lutte contre les violences sexuelles, soit de les percevoir comme étant une question de sécurité plutôt que de droit des femmes. Les efforts politiques pour juger les violences sexuelles en temps de guerre ont commencé dans les années 1990, notamment à cause des conflits en ex-Yougoslavie et au Rwanda. À ce moment, les violences sexuelles en temps de guerre étaient perçues comme un problème profond de droits des femmes et comme un instrument stratégique de génocide et de guerre¹⁰. En qualifiant ces pratiques comme étant un problème de droits humains, le phénomène n'était pas considéré comme faisant partie de la sécurité des États et n'entraînait donc pas dans le mandat du Conseil de sécurité¹¹. Le fait d'utiliser le terme « arme » plutôt que « genre » ou « droits humains » a permis de faire des violences sexuelles un problème relevant de la sécurité étatique.

Le deuxième chapitre étudie les effets du cadre d'« arme de guerre » sur la reconnaissance des violences sexuelles et sur les ressources dédiées aux programmes les traitant en République Démocratique du Congo (RDC). L'auteure affirme que la condamnation des violences sexuelles en temps de guerre par un État ne découle pas nécessairement d'une véritable inquiétude pour le bien-être des victimes, mais plutôt d'autres motivations allant de la préparation à une intervention militaire aux tentatives d'exercer une pression politique¹². Les intérêts stratégiques d'un État peuvent le pousser à répondre aux violences sexuelles en temps de guerre, leur donnant ainsi une

⁶ *Ibid* à la p 28.

⁷ *Ibid*.

⁸ *Ibid* à la p 36.

⁹ *Ibid* à la p 34.

¹⁰ *Ibid* à la p 42.

¹¹ *Ibid* à la p 46.

¹² *Ibid* à la p 61.

couverture politique ou un certain support pour un intérêt établi ou une action planifiée¹³. De ce fait, un État peut intervenir lorsque les violences sexuelles en temps de guerre représentent une menace pour un intérêt national, par exemple lorsque celles-ci font rage dans une région qui serait riche en ressources naturelles¹⁴. En prenant l'exemple des États-Unis en RDC, le fait d'établir le cadre d'« arme de guerre » dans le discours politique a créé une menace quant à la sécurité dans la région des Grands Lacs, ce qui a permis aux défenseurs voulant mettre fin aux violences sexuelles en temps de guerre (ci-après « défenseur ») de faire réaliser aux États-Unis que leurs intérêts étaient en danger dans cette région¹⁵. Le gouvernement avait de la documentation prouvant la perpétration de violences sexuelles dans les Grands Lacs depuis les années 1990, mais celui-ci a seulement décidé d'intervenir en 2003 alors que le cadre d'« arme de guerre » était bien implanté¹⁶. Le cadre a donc été utilisé par les défenseurs pour intégrer le problème parmi les intérêts de politique étrangère américaine¹⁷.

Dans le troisième chapitre, l'auteure explique le lien entre le cadre sécuritaire entourant les violences sexuelles en temps de guerre et le développement de résolutions sur le sujet au Conseil de sécurité de l'ONU, le tout partant de la *Résolution 1820*¹⁸. Celle-ci est le résultat de grands efforts de la part des défenseurs afin d'établir le cadre d'« arme de guerre », faisant en sorte que les États et les organisations internationales basées sur des questions sécuritaires ont commencé à qualifier les violences sexuelles comme étant un problème de sécurité¹⁹. En plaçant les violences sexuelles dans ce contexte, les défenseurs ont réduit la portée des situations où le Conseil de sécurité devait traiter le problème, rassurant ainsi les membres en limitant l'implication de celui-ci dans les affaires nationales et de droits humains²⁰.

Quelques années plus tôt, en 2000, le Conseil de sécurité avait adopté la *Résolution 1325* qui mettait l'accent sur l'agentivité de la femme et l'*empowerment* de celle-ci²¹. Huit ans plus tard, avec la *Résolution 1820*, le Conseil de sécurité traite des violences sexuelles comme une stratégie de guerre, changeant le discours qui avait été établi puisque le problème en devient un de sécurité internationale et non de droit des femmes. Les violences sexuelles sont décrites comme étant un phénomène contribuant à l'instabilité nationale, régionale et internationale en plus d'être une atteinte à la sécurité internationale²². Cela a permis d'institutionnaliser les réponses aux violences sexuelles par la mise sur pied d'un mécanisme de surveillance des violences sexuelles comme arme de guerre²³. Elle représente le début d'un engagement de la part du Conseil de sécurité puisqu'elle oblige les États à condamner les violences sexuelles en temps

¹³ *Ibid* à la p 64.

¹⁴ *Ibid*.

¹⁵ *Ibid* à la p 63.

¹⁶ *Ibid* à la p 66.

¹⁷ *Ibid*.

¹⁸ *Résolution 1820*, Rés CS 1820, Doc off CS NU, 5916^e séance, Doc NU S/RES/1820 (2008).

¹⁹ Crawford, *supra* note 1 à la p 92.

²⁰ *Ibid* à la p 104.

²¹ *Résolution 1325*, Rés CS 1325, Doc off CS NU, 4213^e séance, Doc NU S/RES/1325 (2000).

²² *Ibid*.

²³ Crawford, *supra* note 1 à la p 97.

de conflit. Par contre, cette résolution a été critiquée puisqu'elle ne met pas assez l'accent sur la prévention des conflits et la participation des femmes au processus de paix²⁴.

Trois initiatives ont ensuite suivi la *Résolution 1820*. La première est la *Résolution 1888* qui crée le Bureau de la Représentante spéciale du Secrétaire général chargée de la question des violences sexuelles en temps de conflit²⁵. Celle-ci est chargée de surveiller et de signaler les cas de violences sexuelles en temps de conflit et de coordonner les agences onusiennes et les États membres pour assurer une réponse internationale effective²⁶. La deuxième est la *Résolution 1960* qui énonce le besoin d'un mécanisme de surveillance plus efficace et d'une plus grande responsabilisation des parties à un conflit armé quant aux violences sexuelles en temps de guerre²⁷. Le Secrétaire général se voit donc attribuer la tâche de faire un rapport annuel documentant le nombre de violences sexuelles en temps de guerre et les auteurs de ces crimes. Cette initiative permet de mettre sur pied un mécanisme s'inscrivant dans le long terme afin de dénoncer de telles pratiques, ayant pour but de mettre fin à l'impunité entourant les violences sexuelles²⁸. La troisième est la *Résolution 2106* qui élargit la portée des violences sexuelles en reconnaissant que les hommes et les garçons peuvent aussi être victimes de violences sexuelles et que ces pratiques sont liées à des problèmes d'égalité des genres et de droits des femmes²⁹. Ces trois résolutions représentent la réelle mise en œuvre des obligations des États et des OI, soit un engagement des ressources à long terme et institutionnalisées³⁰.

Le quatrième chapitre traite des plaidoyers de certains États pour une meilleure prévention des violences sexuelles en temps de guerre, en mettant l'accent sur l'*Initiative britannique de prévention des violences sexuelles (PSVI)*. La *PSVI* implique un engagement du Royaume-Uni de fournir des ressources financières et de déployer du personnel sur le terrain afin de combattre les violences sexuelles en zones de conflit en plus d'améliorer les techniques d'enquête et les taux de poursuite³¹. Cette initiative allait être utilisée au sein d'organisations d'États afin de sensibiliser ces derniers aux violences sexuelles. Un des premiers succès de la *PSVI* fut la reconnaissance par le Groupe des huit (G8) que les violences sexuelles pouvaient être une violation des conventions de Genève³². Étant donné que la *PSVI* inclut des formes de violences

²⁴ *Ibid* à la p 101.

²⁵ *Résolution 1888*, Rés CS 1888, Doc off CS NU, 6195^e séance, Doc NU S/RES/1888 (2009).

²⁶ Crawford, *supra* note 1 à la p 110.

²⁷ *Ibid* aux pp 110-11.

²⁸ *Ibid* à la p 111.

²⁹ *Résolution 2106*, Rés CS 2106, Doc off CS NU, 6984^e séance, Doc NU S/RES/2106 (2013) [*Résolution 2106*].

³⁰ Crawford, *supra* note 1 à la p 113.

³¹ *Ibid* à la p 122.

³² *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949*, 12 août 1949, 75 RTNU 970 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949*, 12 août 1949, 75 RTNU 971 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, 12 août 1949, 75 RTNU 972 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950); *Convention de Genève relative à la protection des*

sexuelles qui ne concordent pas avec le cadre d'« arme de guerre » et des victimes qui ne sont pas seulement des femmes et des filles, le *lobbying* fait par le gouvernement anglais lors du G8 a dû mettre de côté certains aspects des violences sexuelles³³. Cela a permis le succès initial du programme ainsi qu'un support national et international³⁴. Une fois la *PSVI* bien implantée au niveau international par les défenseurs, le gouvernement britannique a tenté d'élargir la portée des violences sexuelles pour sortir du cadre établi. Ainsi, cela a mené à l'adoption de la *Résolution 2106*³⁵ qui se concentre toujours sur les violences sexuelles comme arme de guerre, mais en observant également que les hommes et les garçons peuvent être ciblés par de telles pratiques. Elle reconnaît aussi que les droits des femmes et l'*empowerment* sont inextricablement liés aux racines et aux conséquences à long terme des violences sexuelles en temps de guerre³⁶.

Dans le cinquième chapitre, l'auteure explique plus en profondeur de quelle façon un cadre simplifié met de côté plusieurs aspects des violences sexuelles et pourquoi, malgré la connaissance de ces limitations, les défenseurs utilisent ce cadre afin d'engager les États et les OI. Elle avance d'abord que l'image des violences sexuelles comme une arme de guerre se concentre sur le combattant masculin et la victime féminine étant une civile, ce qui renforce les stéréotypes de genre qui font de la violence sexuelle une puissante menace dès le départ³⁷. La compréhension générale de « civil » est intrinsèquement liée au genre et priorise la protection des femmes et des enfants plutôt que celle des hommes³⁸. Par contre, il est possible d'observer un changement dans la rhétorique concernant les victimes de violences sexuelles qui s'élargit de plus en plus pour inclure les hommes³⁹. L'auteure mentionne que les expériences des femmes et des hommes quant aux violences sexuelles en temps de conflit permettent de comprendre les dynamiques de genre dans une société et dans la guerre⁴⁰. Ainsi, il est impossible de les comprendre si les cas qui ne concordent pas parfaitement avec le cadre d'« arme de guerre » sont réduits au silence⁴¹.

L'auteure explique ensuite l'effet du cadre d'« arme de guerre » sur les conflits qui ne correspondent pas aux prérogatives établies par celui-ci. Lorsque les violences sexuelles sont considérées comme étant des violences opportunistes ou bien lorsqu'il est difficile de les qualifier comme étant des attaques généralisées et systématiques contre les civils, le conflit ne suscite aucune réaction de la part de la communauté internationale⁴². Si les États réagissent à un conflit pour lequel le cadre d'« arme de

personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, 12 août 1949, 75 RTNU 973 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

³³ Crawford, *supra* note 1 à la p 123.

³⁴ *Ibid* à la p 126.

³⁵ *Résolution 2106*, *supra* note 29.

³⁶ Crawford, *supra* note 1 à la p 140.

³⁷ *Ibid* à la p 160.

³⁸ *Ibid* à la p 161.

³⁹ *Ibid*.

⁴⁰ *Ibid* à la p 163.

⁴¹ *Ibid*.

⁴² *Ibid* à la p 167.

guerre » ne s'applique pas, cette réponse sera limitée quant à sa portée et à sa force⁴³. Malgré le fait que l'action internationale est restreinte à une partie des violences sexuelles en temps de guerre, le cadre fournit une base à partir de laquelle les défenseurs peuvent travailler pour élargir la prise de conscience internationale relative à ces pratiques et à la violence basée sur le genre de façon plus générale. Ainsi, ils s'assurent d'avoir une audience attentive, composée des États et des OI, qui est préoccupée par les menaces à la sécurité et par la stabilité qui sont grandement affectées par les violences sexuelles systématiques.

Ce livre offre un portrait très complet de l'évolution des perceptions des violences sexuelles en temps de guerre et des réponses des États en fonction du discours dominant entourant de telles pratiques. L'auteure a su combiner de façon brillante plusieurs approches. La première est l'approche réaliste, démontrant que la seule façon de pousser les États et les OI à agir est de faire des violences sexuelles un problème de sécurité nationale et internationale. La deuxième est l'approche constructiviste, expliquant que le discours est primordial pour influencer les enjeux sécuritaires d'un État. La troisième est l'approche féministe, traitant des conséquences d'imposer le cadre d'« arme de guerre » sur les violences sexuelles, soit que les personnes et les situations qui ne correspondent pas au cadre se retrouvent exclues de la protection et de l'action étatique. L'auteure a su établir des liens forts entre ces différentes approches sans toutefois se contredire et a su les utiliser de façon habile afin de construire son argumentaire. Cette grande diversité qui marque les propos de l'auteure tout au long de l'ouvrage permet d'élargir la portée du public qui pourrait être intéressé par celui-ci. Par contre, l'étendue de ce public reste tout de même restreinte au monde universitaire, plus particulièrement aux politologues, puisque les différentes approches utilisées et les concepts associés ne sont pas expliqués et il est nécessaire de bien les comprendre afin d'optimiser la lecture. Le livre offre une vision critique et très intéressante du cadre d'« arme de guerre » qui est incontournable afin de comprendre les problématiques profondes découlant de celui-ci.

⁴³ *Ibid.*