



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 protections du droit à la reproduction des femmes en situation de handicap en droit international : les écueils de leurs mises en application

Arianne Morin-Aubut 1

Le juge québécois face au divorce islamique. Comment prévenir les divorces « boiteux » internationaux?

Harith Al-Dabbagh 25

Requiem for Universal Jurisdiction in Spain

José Elías Esteve Moltó 55

L'accessibilité des soins : de la coordination des États membres de l'Union Européenne à la coopération transfrontalière

Françoise Paccaud 85

Le transfert de la maîtrise et de la propriété des satellites en orbite en droit de l'espace

Tugrul Cakir 99

Les réformes récentes du contrôle judiciaire des sentences arbitrales en Chine

Xin Jin 127

Recensions

Laurence Burgorgue-Larsen, *Les 3 cours régionales des droits de l'Homme in context. La justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Éditions Pedone, 2020

Silviana Cocan 147

Tom Dannenbaum, *The Crime of Aggression, Humanity, and the Soldier*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018

Amélie Gravel 155

Marie-Clotilde Runavot, *La démocratie appliquée au droit international : de quoi parle-t-on?*, Paris, Éditions Pedone, 2018

Camille Raymond 159

Idil Atak et James C. Simeon, dir, *The Criminalization of Migration: Context and Consequences*, Montréal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 2018

Cloé Dubuc 165

Éric Boulanger, Éric Mottet et Michèle Rioux, dir, *Mondialisation et connectivité : Les enjeux du commerce, de l'investissement et du travail au XXI^e siècle*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2019

Laurie Trottier 171

Revue québécoise de droit international
33.1 (2020)

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
Priscilla Phan
Louise Lambert
Solenne Daigle
Rédacteur.trice.s en chef adjoint /
Executive Editors

Kathryn Blanchette
Elise Brien
Victoria Brodeur
Valérie Chevrier
Nicolas Gervais
Amélie Gravel
Camille Jean-Desnoyers
Carl Miguel Maldonado
Laurie Trottier
Rédacteurs à l'édition /
Associate Editors

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

Alexandre Boucharde
André-Phillipe Ouellet
Cloé Dubuc
Amélie Gravel
Gabrièle Lavallée
Mamadou Faye
Kim Rozenfeld
Marilou Bouthiette
Laurie Trottier
Frédéric Pinard
Myriam Pigeon
Rédactrices aux évaluations
externes / External Review
Editors

Isabelle Boucharde
Camille Moquin
Caroline Duquette
Karla Daniela Guerra Carranza
Rose Desrochers
Sandrine Dagenais
Gabrielle Gagnon
Francis Grégoire
Bernadette Perron
Cynthia Fillion
Myriam Kouaouci
Cassandre Nycz
Danoé Tanguay
Louis Rhéaume
Imene Bourahla
Camille Guay-Leblanc
Sara Yaccoub
Stella Warnier
Stagiaires / Interns

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

Evelyne Brunel
Graphiste /
Graphic Designer

Kim Rozenfeld
Sophie Estienne
Intégration / Layout Editor

Andres Contreras Velandia
Sabrina Tremblay-Huet
Traducteur / Translator

Comité de lecture

Jacques-Yvan Morin
Université de Montréal
Président d'honneur

M. Frédéric Bachand <i>Université McGill</i>	M. Alberto Costi <i>University of Wellington</i>	Mme Lucie Lamarche <i>Université du Québec à Montréal</i>
M. Jean-François Bonin <i>Ministère de la Justice du Canada</i>	M. Emmanuel Decaux <i>Université de Paris II - Panthéon-Assas</i>	Mme Anne-Marie La Rosa <i>Comité international de la Croix-Rouge (CICR)</i>
M. Jean D'Aspremont <i>Université d'Amsterdam</i>	M. Daniel Dormoy <i>Université de Paris-Sud</i>	M. Yves Le Bouthillier <i>Université d'Ottawa</i>
M. Richard Dufour <i>Cabinet Dufour Mottet</i>	Mme Isabelle Duplessis <i>Université de Montréal</i>	M. Frédéric Mégret <i>Université McGill</i>
Mme Jaye Ellis <i>Université McGill</i>	M. Michel Bourbonnière <i>Ministère de la Justice du Canada</i>	M. Marco Sassóli <i>Université de Genève</i>
Mme Paule Halley <i>Université Laval</i>	M. Bernard Duhaime <i>Université du Québec à Montréal</i>	Mme Geneviève Saumier <i>Université McGill</i>
M. Pierre Bringuier <i>Université de Montpellier</i>	M. Thierry Bourgoignie <i>Université du Québec à Montréal</i>	M. William A. Schabas <i>Irish Center for Human Rights</i>
M. Jean-Yves Carlier <i>Université Catholique de Louvain</i>	Mme Gaëlle Breton-Le Goff <i>Université du Québec à Montréal</i>	M. Maurizio Arcari <i>Università Degli studi di Parma Université de Milan Bicocca</i>
M. Jean-Frédéric Morin <i>Université Libre de Bruxelles</i>	Mme Nicolette Kost-de-Sèvre <i>DLA Piper</i>	M. Jeffrey Talpis <i>Université de Montréal</i>
M. Theodore Christakis <i>Université Grenoble II – Pierre Mendès</i>	Mme Marie-Françoise Labouz <i>Université de Versailles/ St-Quentin-en-Yvelines</i>	M. Pierre Bosset <i>Université du Québec à Montréal</i>
M. Carlos Ivan Fuentes <i>Université McGill</i>	M. Vincent Chetail <i>Institut universitaire des Hautes Études Internationales (Genève)</i>	M. Antoni Pigrau Solé <i>Université Rovira i Virgili (Tarragona)</i>
Mme Carolina Loayza <i>Universidad Nacional Mayor de San Marcos</i>	Mme Ana Bijelic <i>Département juridique et sinistres La Réunion aérienne</i>	Mme Élise Groulx <i>Association internationale des Avocats de la Défense</i>
M. Evariste Sonon <i>Université du Québec à Montréal</i>	M. Émile Derlin Kemfouet Kengny <i>Université de Limoges</i>	M. Didier Muamba Kabeya <i>Université Jean-Moulin (Lyon 3)</i>
M. Philippe Kirsch <i>Juge ad hoc à la CIJ Ancien Président de la CPI</i>	M. David Luff <i>Université de Liège, Collège d'Europe / U. Bocconi à Milan</i>	M. Alain Vallières <i>Avocat / Chargé d'enseignement Université de Montréal</i>
	Mme Cynthia Eid <i>Université de Montréal</i>	

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 Jacques-Yvan Morin* (auparavant *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

Président

François Roch

Professeur, UQAM

Co-directeur de la RQDI

Vice-présidents

David Pavot

Professeur

Université de Sherbrooke

Charles-Emmanuel Côté

Professeur,

Université Laval

Secrétaire générale

Vanessa Tanguay

Candidate au doctorat, Université McGill

Rédactrice en chef, RQDI

Secrétaire général adjoint

Andres Contreras Velandia

Candidat à la maîtrise, UQAM

Delphine Ducasse

Candidat au doctorat, Université de Sherbrooke

Trésorier

Pierrick Pugeaud

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

LES PROTECTIONS DU DROIT À LA REPRODUCTION DES FEMMES EN SITUATION DE HANDICAP EN DROIT INTERNATIONAL : LES ÉCUEILS DE LEURS MISES EN APPLICATION

*Arianne Morin-Aubut**

Cette étude porte sur la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap. Le but est, en premier lieu, d'identifier les normes du droit international, notamment de la *Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)* et de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*¹ (CDPH), qui protègent le droit de fonder une famille et de ne pas subir de stérilisation forcée des femmes en situation de handicap. Ces protections seront ensuite mises en contraste avec la façon dont les femmes en situation de handicap se voient priver de leur fertilité aux États-Unis. Afin de comprendre ce qui sous-tend cette violation aujourd'hui, nous retracerons l'évolution de la conception juridique de la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap dans ce pays. À la lumière du droit international tel qu'il protège les femmes en situation de handicap aujourd'hui, il sera possible de comprendre certaines des raisons qui font en sorte qu'encore aujourd'hui, des femmes en situation de handicap se font stériliser sans leur consentement.

This article focuses on forced sterilization of women living with a disability. Going back to the start of the 20th Century in the United States, the evolution of this violation will be traced back to this day. From the eugenics school of thought to the women's liberation movement, the emphasis will be put on the women ignored for each period. Parallels will then be traced between the evolution of mentalities and of civil society in relation to the rights of persons living with disabilities, more specifically women, and the development of international law and two international legal instruments, which are the *Convention on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW)* and the *Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)*. From a first convention on the protection of women's rights that is rather conservative, to the broader work of the said Convention's Committee, the article will also look at the major progress for the rights of women living with a handicap within the CRPD. It is now up to States, such as the United States, to adopt their principles.

El artículo trata sobre la esterilización forzada de mujeres con discapacidad. Remontando a principios del siglo XX en los Estados Unidos, el artículo retrata la evolución de esta violación hasta la actualidad. Desde la corriente del pensamiento eugenésico hasta los movimientos de liberación de la mujer, nuestra atención se centrará en las grandes olvidadas de cada período. Posteriormente, se establecerán paralelos entre la evolución de las mentalidades y de la sociedad civil con respecto a los derechos de las personas con discapacidad, en particular los derechos de las mujeres, y el desarrollo del derecho internacional, y en particular dos instrumentos jurídicos, la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)* y la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD)*. Desde una primera convención para la protección de los derechos de las mujeres más bien conservadora hasta el trabajo más extenso del Comité de dicha convención, se discutirán los principales avances para los derechos de las mujeres con discapacidad en la CRPD. Ahora les corresponde a los estados, como Estados Unidos, adoptar estos principios.

* Bachelière en études internationales (2017) et en droit (2020), l'auteur est actuellement candidate à la maîtrise en droit à l'Université de Montréal. Elle tient également à remercier professeure Isabelle Duplessis pour ses encouragements qui ont menés à la publication de cet article.

¹ *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 13 décembre 2006, 2518 RTNU 283 (entrée en vigueur : 3 mai 2008) [CDPH].

En 2014, l'Organisation mondiale de la Santé (ci-après, OMS) publiait une déclaration interinstitutionnelle visant l'élimination des stérilisations forcées, coercitives et involontaires². Ce document brosse un portrait de cette problématique dans le monde ainsi que des groupes de populations spécifiques plus à même de subir une telle opération, notamment les femmes en situation de handicap. En partant de cette publication, nous aborderons le problème de la stérilisation forcée³ des femmes en situation de handicap, une situation existant depuis longtemps n'ayant toujours pas été abolie⁴. La première partie de ce texte sera consacrée à présenter les instruments internationaux garantissant le droit des femmes en situation de handicap de fonder une famille. Ce portrait permettra de mettre en lumière l'étendue des avancées en la matière au plan international, notamment par l'entremise de la *CDPH* adoptée en 2006.

Dans la deuxième partie, nous étudierons l'évolution de la conception juridique de la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap à la lumière des garanties maintenant prévues par le droit international. Cette démonstration se fera à travers l'analyse de la situation aux États-Unis. Ce cas d'espèce sera d'autant plus pertinent qu'il s'agit d'un acteur important au plan international et qu'il est doté d'un système juridique protégeant les droits humains⁵. Évidemment, le problème de la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap est présent dans bien d'autres pays et n'est pas l'apanage des États-Unis⁶. L'exemple de l'oncle Sam permettra toutefois de mettre en lumière les violations des droits des femmes, ici en situation de handicap, dans un pays occidental. Ce cas nous semble important puisqu'il est facile pour les pays occidentaux de pointer du doigt les violations des droits de la personne dans les pays étrangers, alors que bien des dossiers restent à régler dans leurs propres pays. À travers cette analyse, nous démontrerons les points de résistance des pays, mais surtout des États-Unis, face aux droits reproductifs des femmes en situation de handicap garantis par le droit international. Ces difficultés peuvent se comprendre par une volonté de contrôle du corps des femmes et de leur reproduction qui ne date pas d'hier, comme l'illustrera la perspective historique du sujet aux États-Unis.

L'expression personne ou femme « en situation de handicap » sera privilégiée tout au long du texte puisqu'une personne avec un handicap ne se définit pas simplement par celui-ci comme pourrait l'indiquer l'expression personne ou femme « handicapée ». De plus, nous tenons à spécifier que l'accent sera mis sur les femmes en situation de handicap intellectuel puisque celles-ci sont le plus à risque aujourd'hui

² World Health Organization, *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization - An interagency statement OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO*, Genève, 2014 à la p 3, en ligne : <<https://apps.who.int/iris/handle/10665/112848>> [World Health Organization].

³ Les termes « forcée », « non-consentie », « non-consensuelle », « involontaire » et « coercitive » seront tous utilisés dans le même but dans ce texte, soit la pratique d'une stérilisation contre la volonté de la personne concernée.

⁴ Ronli Sifris, « The involuntary sterilisation of marginalised women: power, discrimination, and intersectionality », (2016) 25:1 Griffith L Rev 45 à la p 64 [Sifris].

⁵ Les expressions « droits humains », « droits de la personne » et « droits de l'homme » sont utilisées de manière interchangeable.

⁶ Maja Kirilova Eriksson, *Reproductive Freedom - In the Contexte of International Human Rights and Humanitarian Law*, 60, coll International Studies in Human Rights, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, à la p 256.

de se voir retirer leur fertilité contre leur gré. Une panoplie de termes est employée pour parler des personnes en situation de handicap intellectuel. Nous avons toutefois arrêté notre choix sur cette expression en concordance avec le terme employé par la *CDPH* et la définition médicale aux États-Unis et par l’OMS. En effet, le DSM-5⁷ utilise l’expression « intellectual disability », qui se traduit parfois par « déficience intellectuelle ». Nous nous calquons cependant sur la traduction de la *CDPH* qui traduit le terme « disability » par « handicap ». La définition du DSM concorde avec la notion de trouble développemental intellectuel du ICD-11⁸ qui est produit par l’OMS, soit « un trouble apparu au cours de la période de développement qui comprend des déficits de fonctionnement intellectuel et adaptatif dans les domaines conceptuel, social et pratique »⁹. N’étant pas médecin, notre but est simplement de faire référence de façon constante à un même genre de réalité.

I. Les protections des droits reproductifs des femmes en situation de handicap en droit international

Les femmes en situation de handicap qui se voient privées de leur fertilité subissent une double discrimination : en raison de leur genre et de leurs capacités. De ce fait, nous tenterons d’adopter un angle d’analyse intersectionnel de leur vécu en se basant sur le concept d’abord développé par Kimberlé W. Crenshaw dans *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*¹⁰. Dans son article, Crenshaw présente l’intersectionnalité comme comportant deux volets. Le premier, l’intersectionnalité structurelle, serait le fait pour une personne de subir le poids de plusieurs systèmes d’oppressions. Le deuxième, l’intersectionnalité politique, serait le fait d’être confiné aux marges de chacun des mouvements sociaux revendiquant plus de droits pour les personnes victimes de ces oppressions; le sentiment pour les personnes aux prises avec plusieurs systèmes d’oppression d’avoir à « choisir leur combat »¹¹. L’autrice prend ainsi l’exemple des femmes de couleur qui subissent l’oppression patriarcale et raciste de la société, mais qui ne voient leur réalité défendue ni par le mouvement féministe ni par le mouvement antiraciste. Sans avoir la prétention d’apporter un nouvel angle d’approche à cette théorie, nous trouvons important d’explicitier l’utilisation de l’intersectionnalité puisque nous ferons état de travaux des organes des Nations unies qui l’utilisent également, de façon explicite ou pas.

C’est donc en prenant en considération les systèmes d’oppression capacitistes¹² et patriarcaux ainsi que les instruments internationaux qui combattent ces systèmes que nous effectuerons notre analyse du droit international des droits de la

⁷ American Psychiatric, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 5e éd, Washington, DC, American Psychiatric Assoc Pub, 2013 à la p.17 [A Psychiatric].

⁸ *International Classification of Diseases for Mortality and Morbidity Statistics*, Reference Guide, Eleventh Revision, World Health Organization, 2018, en ligne : <<https://icd.who.int/browse11/l-m/en>>.

⁹ A Psychiatric, *supra* note 7 à la p 17.

¹⁰ Kimberlé W Crenshaw, « Mapping the Margins : Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », (1991) 43:6 Stan L Rev 1241.

¹¹ Notre expression ici.

¹² Le capacitisme s’entend d’une discrimination en raison des capacités de la personne.

personne. En effet, deux instruments principaux permettent aujourd'hui de protéger les femmes et les personnes en situation de handicap, soit la *Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*¹³ adoptée en 1979 (ci-après la *CEDEF*) et la *CDPH*¹⁴. La prochaine section permettra de démontrer les avancées permettant aujourd'hui une meilleure protection des droits reproductifs des femmes en situation de handicap, mais également le temps qu'il aura fallu pour que le droit international se dote de protections spécifiques pour ce droit par l'entremise de la *CDPH*. Cette présentation permettra ensuite de mettre ces protections en contraste avec l'évolution de la conception juridique de la stérilisation forcée d'un pays doté d'un État de droit protégeant les droits humains : les États-Unis.

A. **La Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)**

La *CEDEF* comporte principalement deux articles susceptibles de protéger les femmes en situation de handicap contre la stérilisation forcée. Il s'agit de l'article 16(1) e) qui protège le droit de décider du nombre et de l'espacement des naissances pour les femmes ainsi que l'article 12 qui protège le droit des femmes à la santé. Il est à noter toutefois que le texte de la convention ne fait pas mention des femmes en situation de handicap. Cela ne veut donc pas nécessairement dire que les fonctionnaires internationaux n'ont pas utilisé cet instrument pour les protéger. En effet, les recommandations générales no 28, 33 et 35¹⁵ du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (ci-après, Comité), qui est chargé de s'assurer de la mise en œuvre du traité auprès des États parties à ce dernier¹⁶, précisent que la discrimination à l'égard des femmes pouvait être « inextricablement liée à d'autres facteurs »¹⁷. Il était néanmoins important de souligner qu'au contraire de la *CDPH*, la *CEDEF* n'apporte pas cette nuance dans son texte.

Afin d'interpréter la *CEDEF*, il importe de prendre en compte les recommandations générales de son Comité. En effet, celui-ci examine les progrès réalisés dans l'application de la convention par les États parties et élabore des recommandations

¹³ *Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 RTNU 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981) [*CEDEF*].

¹⁴ Il est évident que d'autres instruments de protection des droits humains abordent également les droits des femmes et des personnes en situation de handicap, mais pour les fins de cette étude, nous nous concentrerons sur ces deux conventions puisqu'elles s'adressent spécifiquement aux oppressions patriarcales et capacitistes.

¹⁵ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale no 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 47e sess, Doc NU CEDAW/C/GC/28 (2010) [*Recommandation générale no 28*]; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale no 33 sur l'accès des femmes à la justice*, 61e sess, Doc NU CEDAW/C/GC/33 (2015) [*Recommandation générale no 33*]; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale no 35 sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, portant actualisation de la recommandation générale no 19*, 67e sess, Doc CEDAW/C/GC/35 (2017) [*Recommandation générale no 35*].

¹⁶ *CEDEF*, supra note 13, art 17.

¹⁷ *Recommandation générale no 35*, supra note 15 au para 12.

générales fondées sur l'examen des rapports et des renseignements reçus des États parties¹⁸. La première recommandation générale émise par le Comité qui aborde la stérilisation des femmes est la *Recommandation no 21* qui, en 1994, traite de l'égalité dans le mariage et des rapports familiaux¹⁹. Le Comité s'exprime comme suit par rapport à la protection de l'article 16(1)e) :

Certains rapports font état de pratiques coercitives qui ont de graves conséquences pour les femmes, telles que la procréation, l'avortement ou la stérilisation forcés. La décision d'avoir ou non des enfants, même si elle doit de préférence être prise en consultation avec le conjoint ou le partenaire, ne peut toutefois être limitée par le conjoint, un parent, le partenaire ou l'État²⁰ (nous soulignons).

Le Comité s'est ensuite exprimé au sujet des femmes en situation de handicap dans la *Recommandation no 24*²¹ de 1999, qui concerne l'article 12 de la *CEDEF*. Les paragraphes 6 et 25 précisent la pertinence de prendre en compte le handicap dans l'attention portée au droit à la santé de certaines femmes, particulièrement dans les cas d'un handicap intellectuel « car dans l'ensemble on comprend mal le large éventail de risques pour la santé mentale auxquels les femmes sont exposées de façon disproportionnée du fait de la discrimination à leur égard »²² (nous soulignons). Le paragraphe 22 de la recommandation insiste quant à lui sur la nécessité d'un consentement libre et éclairé dans les soins prodigués aux femmes, ce qui exclut donc le recours à la stérilisation forcée.

La dernière recommandation générale du Comité pertinente pour nos fins porte cette fois sur la violence faite aux femmes, soit la *Recommandation no 35*²³ de 2017. Au paragraphe 18, le Comité précise que les violences sexuelles, notamment les stérilisations forcées, « sont des formes de violence fondée sur le genre qui, suivant les circonstances, peuvent être assimilées à de la torture ou à un traitement cruel, inhumain ou dégradant »²⁴ (nous soulignons) puisque cela porte atteinte à leur dignité, leur intégrité physique et psychologique. Cette précision est également présente dans le *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* portant sur la protection des femmes contre la torture²⁵. La *Recommandation no 35* du Comité de la *CEDEF* précise finalement que :

la discrimination à l'égard des femmes [est] inextricablement liée à d'autres facteurs ayant une incidence sur leur vie. La jurisprudence du Comité met en

¹⁸ *CEDEF*, *supra* note 13, art 21.

¹⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale no 21: Égalité dans le mariage et les rapports familiaux*, 13e sess, Doc NU A/49/38 (1994) [*Recommandation générale no 21*].

²⁰ *Ibid* au para 22.

²¹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Recommandation générale no 24: Article 12 de la Convention (Les femmes et la santé)*, 20e sess, Doc NU A/54/38/Rev1, chap I (1999) [*Recommandation générale no 24*].

²² *Ibid* au para 25.

²³ *Recommandation générale no 35*, *supra* note 15.

²⁴ *Ibid* au para 18.

²⁵ *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Doc off HRC NU, 7e sess, Doc NU A/HRC/7/3 (2008) [*Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*].

évidence la multiplicité de ces facteurs : ethnicité/race, appartenance à une minorité ou à une population autochtone, couleur de la peau, statut socioéconomique ou caste, langue, religion ou croyance, opinions politiques, nationalité, situation matrimoniale, maternité, parentalité, âge, lieu d'habitation urbain ou rural, état de santé, handicap, possession de biens, fait d'être lesbienne, bisexuelle, transgenre ou intersexuée [...]»²⁶.

Ainsi, le Comité de la *CEDEF* s'est penché sur le problème des stérilisations forcées, mais plus largement encore, sur le droit de toutes les femmes de décider si elles veulent des enfants, leur nombre et l'espacement entre leurs grossesses. Le Comité aborde également les facteurs qui peuvent causer une plus grande vulnérabilité chez les femmes dans sa *Recommandation no 35*. Toutefois, le travail du Comité de la *CEDEF* ne fait qu'effleurer la surface du problème des stérilisations forcées des femmes en situation de handicap comme le démontreront les précisions qui ont été amenées par la *CDPH* et le travail de son Comité. De fait, la prochaine section abordera le processus d'adoption de cette convention ainsi que les protections concrètes qu'elle prévoit contre la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap.

B. La Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)

En 2006, un nouvel instrument est venu s'ajouter à l'arsenal du droit international des droits de la personne pour protéger les femmes en situation de handicap de la stérilisation forcée : la *CDPH*. L'une des raisons qui a mené à l'adoption de cette nouvelle convention était l'invisibilisation des personnes en situation de handicap dans le droit international²⁷. La *CDPH* est le premier instrument international à avoir intégré dans son processus de rédaction les membres de la société civile directement touchés par les discriminations en cause, soit des regroupements de défense des droits des personnes en situation de handicap²⁸. Vers la fin du vingtième siècle, et particulièrement dans les années 1980, les activistes revendiquant plus de droits pour les personnes en situation de handicap se faisaient de plus en plus entendre²⁹. Ceux-ci souhaitaient notamment mettre de côté l'approche médicale du handicap pour une approche sociale. « *Contrary to the medical model of disability, the hallmark of a social approach to disability emphasizes social prejudice and stereotypes, rather than individual defects* »³⁰ (nous soulignons). Cette approche ne considère donc pas les

²⁶ *Recommandation générale no 35, supra* note 15 au para 12.

²⁷ Annelies D'Espallier, *Cutting the Ties: Sterilisation of Persons with Disabilities New Perspectives after the Introduction of the CRPD*, KU Leuven - Institute Constitutionnal Law, Workshop 7 : Sexual and reproductive rights : liberty, dignity and equality, 2014 à la p 2 [D'Espallier].

²⁸ Annelies D'Espallier et Mona Paré, « Les droits sexuels des personnes handicapées : réflexion sur le développement du droit international » (2018) 19 *Genre, sexualité et société*, en ligne : <<http://journals.openedition.org/gss/4327>> [D'Espallier et Paré]. Voir aussi à ce propos la page web des Nations unies qui liste tous les États et groupes ayant contribué aux travaux menant à la Convention, Nations unies (15 janvier 2004), en ligne : <<https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/compement0.htm>>.

²⁹ D'Espallier et Paré, *supra* note 28 à la p 6; Jenny Morris, « Creating a Space for Absent Voices : Disabled Women's Experience of Receiving Assistance with Daily Living Activities », (1995) 51:1 *Feminist Review* 68 à la p 69 [Morris].

³⁰ D'Espallier, *supra* note 27 à la p 2.

personnes en situation de handicap comme présentant un défaut, mais plutôt que la société, dans la façon dont elle s'organise, leur impose des barrières faisant ressortir leurs différences en termes de capacité par rapport aux autres individus³¹. Cette approche fut intégrée dans la *CDPH* par l'entremise des membres de la société civile.

La convention est ainsi devenue l'un des instruments internationaux les plus progressistes³². Ce progressisme peut se voir notamment dans les orientations des travaux ayant mené à la création de la *CDPH*. Ceux-ci ont mis entre autres l'accent sur la stérilisation forcée en incluant un passage spécifique affirmant le droit de toute personne en situation de handicap de conserver sa fertilité³³. La *CDPH* reconnaît de plus que certaines personnes en situation de handicap sont plus vulnérables aux stérilisations forcées, soit les femmes³⁴, les enfants³⁵ et les personnes avec un handicap intellectuel³⁶. Cela démontre donc la reconnaissance de problématiques intersectionnelles vécues par les femmes en situation de handicap, tout comme l'a fait le Comité de la *CEDEF*. De façon générale, le concept d'intersectionnalité est reconnu par les organes onusiens des droits humains. En effet, à partir des années 90, les différents organes incluaient dans leurs recommandations et observations les principes de l'intersectionnalité, un terme qui a utilisé directement vers la fin de cette décennie³⁷. L'articulation de l'intersectionnalité dans la protection des différents organes de protection des droits humains de l'Organisation des Nations unies (ONU) demeure toutefois un enjeu, notamment puisque la multiplicité des traités protégeant les droits humains compartimente les différentes formes de discriminations³⁸. Cela peut donc mener à des situations, comme celle du port du voile en France, où un même enjeu sur le terrain ne recevra pas le même traitement par différents organes de protection des droits humains onusiens³⁹.

Il convient maintenant d'aborder les passages de la *CDPH* qui sont pertinents pour protéger les femmes en situation de handicap contre la stérilisation forcée. Tout d'abord, l'article 23(1) prévoit spécifiquement le droit de conserver sa fertilité et de décider du nombre d'enfants désiré. L'article 25 traite quant à lui du droit à la santé et au consentement libre et éclairé, alors que « l'article 17 protège l'intégrité physique et mentale des personnes [en situation de handicap], ce qui inclut la protection contre des violences sexuelles et reproductives »⁴⁰. L'article 12 protège de son côté le droit à la capacité légale des personnes en situation de handicap et l'article 19, l'autonomie de

³¹ Anna Stubblefield, « "Beyond the Pale": Tainted Whiteness, Cognitive Disability, and Eugenic Sterilization », (2007) 22:2 *Hypatia* 162 à la p 167.

³² D'Espallier et Paré, *supra* note 28 à la p 7.

³³ D'Espallier, *supra* note 27 à la p 14.

³⁴ *CDPH*, *supra* note 1 art 6.

³⁵ *Ibid* art 7.

³⁶ D'Espallier, *supra* note 27 à la p 9.

³⁷ Pok Yin Stephenson Chow, « Has Intersectionality Reached its Limits? Intersectionality in the UN Human Rights Treaty-body Practice and the Issue of Ambivalence », (2016) 16 *Human Rights Law Review* 453 à la p 463 [Chow].

³⁸ *Ibid* à la p 464; Gauthier de Beco, « Protecting the Invisible: An Intersectional Approach to International Human Rights Law », (2017) 17:4 *Human Rights Law Review* 633 à la p 641.

³⁹ *Ibid* 37.

⁴⁰ D'Espallier et Paré, *supra* note 28 à la p 6.

vie et l'inclusion dans la société qui sont intimement liés à la capacité de prendre des décisions. Finalement, l'article 6 s'intéresse spécifiquement aux femmes en situation de handicap et aux discriminations vécues par celles-ci.

Tout comme la *CEDEF*, la *CDPH* dispose d'un organe de surveillance de la mise en œuvre de la convention, soit le Comité des droits des personnes handicapées (Comité de la *CDPH*)⁴¹. Deux observations générales de cedit Comité abordent le sujet de la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap, et une troisième aborde la notion d'autonomie et d'inclusion au cœur de l'article 19. Tout d'abord, l'*Observation générale no 3*⁴² porte sur les droits des femmes et des filles en situation de handicap. Ce document précise que la stérilisation forcée est une forme de violence considérée comme une peine ou un traitement cruel, inhumain et dégradant⁴³, ce qui fait écho à la *Recommandation no 35* du Comité de la *CEDEF* et au *Rapport du Rapporteur spécial* abordés dans la section précédente. On ajoute également à ce sujet que le manque d'information ou de renseignements concernant la santé sexuelle et reproductive est un réel problème chez les femmes en situation de handicap, en particulier celles présentant un handicap intellectuel, et que cette situation « peut augmenter le risque qu'elles subissent des violences sexuelles⁴⁴ ». Ce manque d'information, toujours selon l'*Observation générale no 3*, quant à leur santé sexuelle et reproductive peut être causé par des stéréotypes à l'égard des femmes en situation de handicap, notamment qu'elles auraient une sexualité anormale (elles seraient asexuées, hypersexuelles ou encore sexuellement perverses)⁴⁵. Ces stéréotypes, en plus d'être problématique pour l'accès à l'information, deviennent « préjudiciable lorsqu'[ils se traduisent] par une violation ou des violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁴⁶, comme le droit à une vie sexuelle épanouie⁴⁷ et de fonder une famille. D'autres stéréotypes persistent également à l'égard des femmes en situation de handicap, notamment qu'elles ne donneraient naissance qu'à des enfants en situation de handicap, ce qui peut décourager ou empêcher les femmes d'avoir des enfants⁴⁸.

L'*Observation générale no 3* du Comité de la *CDPH* prévoit également que « les femmes et les filles handicapées ont le droit de fonder une famille et de bénéficier d'une aide appropriée pour élever leurs enfants »⁴⁹ (nous soulignons). Cette notion d'aide est également abordée dans l'*Observation générale no 5* de cedit Comité qui porte sur

⁴¹ *CDPH*, *supra* note 1 art 34.

⁴² Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale no 3 (2016) sur les femmes et les filles handicapées*, 2016, Doc NU CRPD/C/GC/3 [*Observation générale no 3*].

⁴³ *Ibid* au para 32.

⁴⁴ *Ibid* au para 41.

⁴⁵ *Ibid* aux para 38, 40 et 47.

⁴⁶ *Ibid* au para 47.

⁴⁷ Pour une critique de la façon dont sont abordés les droits sexuels des personnes en situation de handicap dans la *CDPH*, voir D'Espallier et Paré, *supra* note 28. L'autrice argumente que la façon traditionnelle d'aborder la sexualité dans la convention, soit par l'entremise du droit à la santé et à l'intégrité, cantonne les personnes en situation de handicap dans une posture de victime et ne promeut pas des droits sexuels axés sur la plaisir et l'épanouissement sexuel.

⁴⁸ *Observation générale no 3*, *supra* note 42 au para 39.

⁴⁹ *Ibid* au para 45.

l'autonomie et l'inclusion des personnes en situation de handicap⁵⁰. En effet, l'une des composantes de l'autonomie des personnes en situation de handicap est l'aide personnelle mise à la disposition de celles-ci⁵¹. Cette aide peut être de différentes natures, mais on prévoit comme nécessaire au respect de l'article 19 b) de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* les services d'aide à la parentalité⁵².

Finalement, *l'Observation générale no 3* se penche sur les restrictions de la capacité légale des femmes en situation de handicap :

Dans la pratique, les choix des femmes handicapées, en particulier des femmes présentant un handicap psychosocial ou intellectuel, sont souvent ignorés et les décisions qui leur reviennent sont souvent prises à leur place par des tiers, notamment des représentants légaux, des prestataires de services, des tuteurs et des membres de la famille, en violation des droits que leur confère l'article 12 de la Convention. Toutes les femmes handicapées doivent pouvoir exercer leur capacité juridique et prendre leurs propres décisions, avec de l'aide si elles le souhaitent, eu égard aux traitements médicaux ou thérapeutiques, notamment prendre leurs propres décisions pour ce qui est de préserver leur fécondité et leur autonomie en matière de procréation, exercer leur droit de décider du nombre de leurs enfants et de l'échelonnement des naissances [...] Le fait de restreindre ou de retirer la capacité juridique des femmes handicapées peut faciliter les interventions forcées, telles que la stérilisation »⁵³ (nous soulignons).

Le droit à la capacité légale des personnes en situation de handicap est un élément central des stérilisations forcées puisque sans celle-ci, il est impossible pour les femmes en situation de handicap de prendre une décision par elles-mêmes. C'est pour cela que l'article 12 de la *CDPH* met l'accent sur l'importance du consentement des personnes en situation de handicap pour toute opération, surtout celles importantes comme la stérilisation, par l'entremise d'un accompagnement dans leur processus décisionnel⁵⁴. L'OMS s'exprime d'ailleurs ainsi dans un document visant le problème des stérilisations forcées :

*The Committee on the Rights of Persons with Disabilities has consistently urged States Parties, including with respect to sterilization, to adopt laws and policies that replace substitute decision-making systems with a supported decision-making model that upholds the autonomy, wishes and preferences of the individuals concerned*⁵⁵.

Cette notion est également vitale afin de vivre de manière autonome et de faire partie de la société⁵⁶. Ce droit avait déjà été abordé dans *l'Observation générale no 1*⁵⁷ de 2014. Le Comité y précise que « les États parties sont tenus de donner aux personnes

⁵⁰ Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale no 5 (2017) sur l'autonomie de vie et l'inclusion dans la société*, 2017, Doc NU CRPD/C/GC/5 [*Observation générale no 5*].

⁵¹ *Ibid* au para 16 d).

⁵² *Ibid* au para 29.

⁵³ *Observation générale no 3*, *supra* note 42 au para 44.

⁵⁴ World Health Organization, *supra* note 2 à la p 6; D'Espallier, *supra* note 27 à la p 4.

⁵⁵ World Health Organization, *supra* note 2 à la p 7.

⁵⁶ *Observation générale no 5*, *supra* note 50 au para 27.

⁵⁷ Comité des droits des personnes handicapées, *Observation générale no 1 relative à la reconnaissance de la personnalité juridique dans des conditions d'égalité (article 12)*, 2014, Doc NU CRPD/C/GC/1 [*Observation générale no 1*].

handicapées accès à l'accompagnement nécessaire pour exercer leur capacité juridique »⁵⁸. On ajoute même dans l'*Observation générale no 5* que le fait pour des tiers de pouvoir prendre des décisions à la place d'une personne en situation de handicap est une restriction de leur capacité juridique même si celle-ci n'est pas expressément prévue par une loi visant les personnes en situation de handicap⁵⁹. L'*Observation générale no 1* précise également que dans certains pays, les femmes en situation de handicap font plus souvent l'objet d'une privation de leur capacité légale⁶⁰, reconnaissant ainsi l'aspect intersectionnel du problème. Ainsi, le Comité rejette la prise de décision substitutive pour les personnes en situation de handicap, c'est-à-dire le fait pour quelqu'un d'autre de prendre leurs décisions à leur place, et encourage plutôt les États à leur fournir de l'aide dans la prise de décisions ayant un effet juridique sur leur vie. Cette vision permet également de mieux tenir compte des intérêts de chaque individu au lieu de percevoir les personnes en situation de handicap comme un groupe homogène ayant tous et toutes les mêmes intérêts.

Le Comité de la *CDPH* aborde donc le problème de la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap, comme l'a fait le Comité de la *CEDEF* auparavant. Il va toutefois plus loin en s'attaquant au problème de la restriction de la capacité légale des personnes en situation de handicap, surtout chez les femmes, en prévoyant leur droit de fonder une famille et d'obtenir de l'aide à cet effet ainsi qu'en s'attaquant aux stéréotypes sur la sexualité des personnes en situation de handicap qui leur sont néfastes à plusieurs niveaux. Malheureusement, ces droits et obligations ne sont pas encore intégrés dans la majorité des pays, notamment aux États-Unis, alors qu'ils permettraient une réelle avancée des droits reproductifs des femmes en situation de handicap. En retraçant l'évolution de la conception juridique de la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap aux États-Unis, à la lumière du droit international actuel, il sera possible de comprendre certains des points de résistances qui empêchent les femmes en situation de handicap de fonder une famille si elles en ont envie.

II. L'évolution de la conception juridique des stérilisations forcées des femmes en situation de handicap aux États-Unis à la lumière du droit international

Le contrôle de la reproduction des populations jugées « indésirables » par l'entremise de la stérilisation n'est pas un phénomène nouveau. Pour le bien de cet article, nous nous attarderons sur le cas des États-Unis. Comme mentionné précédemment, ce pays a été choisi puisqu'il s'agit d'un acteur important sur le plan international qui se veut « développé », notamment pour la protection des droits de la personne. De plus, les États-Unis, comme bien d'autres pays, permettent la prise de décision substitutive des personnes en situation de handicap. Son exemple pourra donc servir de contre-exemple pour les États permettant des pratiques similaires.

⁵⁸ *Ibid* au para 16.

⁵⁹ *Observation générale no 5*, *supra* note 50 au para 26.

⁶⁰ *Observation générale no 1*, *supra* note 57 au para 35.

Ainsi, pour comprendre les enjeux actuels de la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap aux États-Unis, il est nécessaire de remonter au début du vingtième siècle pour comprendre les origines d'une telle pratique, notamment au sein du mouvement eugéniste. Ce retour dans le temps démontrera les origines de certaines croyances actuelles et permettra de faire un lien avec les systèmes actuellement en place pour contrôler les droits reproductifs des femmes en situation de handicap. La dernière section abordera quant à elle la façon dont la conception juridique de la stérilisation a évolué, à la lumière du droit international actuel, et comment celle-ci permet encore aujourd'hui que des femmes en situation de handicap se voient privées de leur fertilité sans leur consentement. C'est à travers la compréhension des origines de la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap et la façon dont celle-ci est justifiée aujourd'hui que nous nous appuyons pour soutenir que la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap s'insère dans le problème plus large du contrôle du corps et de la reproduction des femmes.

A. La stérilisation forcée des femmes en situation de handicap aux États-Unis au début du vingtième siècle

Le phénomène des stérilisations forcées au début du vingtième siècle s'inscrit dans le courant de pensée eugéniste de l'époque. D'un point de vue étymologique, le terme « eugéniste » veut dire « bien né »⁶¹. Ce terme est attribué à Francis Galton qui le popularisa en expliquant que les qualités mentales des êtres humains pouvaient être manipulées comme celles des animaux⁶². Cette idée s'est propagée aux États-Unis au début des années 1900 par des « élites » qui craignaient que la « race blanche » ne soit entachée en produisant des « dégénérés »⁶³. De fil en aiguille, ce type de pensée devint répandu dans la population américaine à partir des années 1920⁶⁴.

La solution à la « dégénérescence de la race blanche », selon les personnes adhérant à ce courant de pensée, consistait à empêcher la reproduction des personnes considérées « indésirables »⁶⁵ et à promouvoir la reproduction de ceux considérés comme « désirables »⁶⁶. La question était donc de déterminer qui devrait perpétuer la « race blanche » et qui ne le devrait pas. La réponse à cette question est composée de plusieurs variables. En combinant des relents de darwinisme social et le racisme structurel de l'époque, des chercheurs se sont évertués à tenter de mesurer l'intelligence en partant du postulat que les personnes n'étant pas blanches étaient

⁶¹ Frank Overton Jr Brown, « Three Generations », (2013) 62 Virginia Lawyer 26 [Brown].

⁶² Francis Galton est un explorateur et un anthropologue britannique qui est connu pour ses avancées en matière d'intelligence humaine. Il a contribué à l'étude de l'homme et le développement de la psychologie différentielle; Stubblefield, *supra* note 31 à la p 164.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Jonathan Eig, *The birth of the pill: how four crusaders reinvented sex and launched a revolution*, 1e éd, New York, WWNorton & Company, 2014 à la p. 24; Stubblefield, *supra* note 31 à la p 165.

⁶⁵ Le terme utilisé en anglais est « fit », ce qui se traduit normalement par « apte » ou « inapte ». Toutefois, nous trouvons plus juste d'utiliser les termes « désirables » et « indésirables » selon le contexte dans lequel il était employé. En effet, les termes « fit » et « unfit » faisaient plutôt référence aux individus que l'on désirait voir se reproduire et ceux que l'on ne désirait pas voir se reproduire.

⁶⁶ D'Espallier, *supra* note 27 à la p 11.

inévitavelmente moins intelligentes que les personnes blanches⁶⁷. Entretenant la « race » et le « degré d'intelligence », un terme fut développé afin d'identifier les personnes ayant un faible intellect qui ne devraient pas se reproduire : « les faibles d'esprit »⁶⁸.

Ce terme a été galvaudé et a très vite inclus une très large quantité de personnes. En passant par les criminels, les déviants sexuels⁶⁹, les pauvres et les « fous », la faiblesse d'esprit est devenue un attribut qui permettait aux élites de reléguer tous les « indésirables » de la société dans une même catégorie qui n'avait bien souvent aucun rapport avec ce qui est aujourd'hui considéré comme un handicap intellectuel. Ce terme est également devenu genré en ce sens qu'il désignait la plupart du temps des femmes⁷⁰. Cela résulta entre autres des recherches qui associèrent les qualités morales des individus à leur intellect⁷¹. La pression étant beaucoup plus grande chez les femmes quant à leur comportement, particulièrement par rapport à leur sexualité, la majorité des personnes internées pour « faiblesse d'esprit » étaient des femmes, notamment les mères monoparentales et les prostituées⁷². On considérait également comme faibles d'esprit, donc indésirables pour la reproduction, les femmes qui avaient des relations sexuelles à l'extérieur du mariage⁷³. On attribuait les déviances féminines à leur vie sexuelle et reproductive pour en légitimer ainsi le contrôle⁷⁴. De plus, on considérait les femmes comme moins intelligentes que les hommes, notamment en tenant pour acquis qu'elles étaient incapables de prendre des décisions rationnelles⁷⁵. Il en résulta que la majorité des stérilisations forcées visaient des femmes, surtout celles appartenant à des sous-groupes marginalisés⁷⁶.

Il est ainsi très clair que la notion de faiblesse d'esprit de l'époque ne référerait pas à ce qu'on appelle aujourd'hui un handicap intellectuel, mais englobait plutôt toute personne qui n'entrait pas dans le moule que la société lui imposait : personne en situation de handicap, femme de « petite vertu », pauvre, racisée, etc. Comprendre le développement de la notion de faiblesse d'esprit permet de faire des liens avec les stéréotypes et préjugés que les gens pourraient avoir aujourd'hui face aux personnes en situation de handicap intellectuel puisque pour les deux termes, on utilise « l'intellect » de la personne pour la décrire. On comprend également mieux la disproportion de femmes en situation de handicap qui subissent des stérilisations forcées aujourd'hui, contrairement aux hommes, comme le dénonce le droit international⁷⁷. Il est de plus possible de retracer en partie les origines des stéréotypes

⁶⁷ Stubblefield, *supra* note 31 à la p 169.

⁶⁸ *Feeblemind* en anglais.

⁶⁹ Ce terme désignait bien souvent les personnes homosexuelles.

⁷⁰ Stubblefield, *supra* note 31 à la p 178; Sifris, *supra* note 4 à la p 54; World Health Organization, *supra* note 2 à la p 3.

⁷¹ Stubblefield, *supra* note 31 à la p 175.

⁷² *Ibid* à la p 177.

⁷³ *Ibid* à la p 176.

⁷⁴ Sifris, *supra* note 4 à la p 52.

⁷⁵ *Ibid* à la p 54.

⁷⁶ *Ibid* à la p 56. Par sous-groupes marginalisés, on entend par exemple les femmes racisées, les femmes en situation de handicap, les femmes pauvres, etc.

⁷⁷ *Recommandation générale no 24*, *supra* note 21 au para. 25. Voir aussi *CDPH*, *supra* note 1, art 6.

concernant la sexualité des personnes, mais surtout des femmes, en situation de handicap, qui a aujourd'hui encore un impact important sur leur droit de conserver leur fertilité⁷⁸.

Les statistiques varient quant au nombre de femmes ayant été stérilisées de force en raison de leur « faiblesse d'esprit ». Selon Stubblefield, entre 1927 et 1957, il y aurait eu aux États-Unis 60 000 personnes stérilisées pour cette raison dans des établissements étatiques. De ce nombre, 60% étaient des femmes⁷⁹. Selon Angela Davis, l'État de la Caroline du Sud aurait à elle seule stérilisé 7 686 personnes « déficientes intellectuellement »⁸⁰ entre 1933 et 1973, dont 5 000 étaient des femmes noires⁸¹. Ce qui est certain, c'est que de nombreuses femmes ont été stérilisées en raison de leur « faiblesse d'esprit ». Toutefois, la façon de déterminer qui était faible d'esprit n'était pas exempte de motifs discriminatoires, que ce soit du racisme, du classisme⁸² (beaucoup étaient pauvres) ou du capacitisme. Comme le reconnaît aujourd'hui le droit international, les facteurs ayant une influence sur la discrimination des femmes sont multiples⁸³. Nous ne pouvions donc passer sous silence la construction profondément discriminatoire de la notion de faiblesse d'esprit, qui est un peu l'ancêtre du terme « attardé mental » (mentally retarded) qui fut utilisé par la suite, pour maintenant faire place à handicap intellectuel (intellectual disability). Ce n'est qu'en 2010 que le gouvernement américain adopta la *Loi de Rosa (Rosa's Law)*⁸⁴. Celle-ci changea le terme « mental retardation » (retard mental) dans les lois fédérales au profit de l'expression « intellectual disability » (handicap intellectuel).

Ces quelques chiffres démontrent également que cette situation n'est pas l'œuvre de quelques individus zélés. Au contraire, il s'agissait d'une opération orchestrée par les gouvernements des différents États des États-Unis. En effet, entre 1907 et 1932, trente États américains ont adopté des lois permettant de stériliser de force les « faibles d'esprit »⁸⁵. Contrairement à ce que prévoit le droit international aujourd'hui, il s'agissait donc d'une ingérence de l'État dans le droit des femmes de décider si elles voulaient ou non des enfants⁸⁶. On compte entre autres parmi les États ayant passé de telles lois, ceux de l'Alabama, du Delaware, du Kansas, du Montana, de

⁷⁸ *Observation générale no 3, supra* note 42 aux para 38, 40 et 47.

⁷⁹ Stubblefield, *supra* note 31 à la p 162.

⁸⁰ C'est l'expression utilisée par Davis dans son texte. Elle utilise l'expression « mentally deficient persons » entre guillemets, très certainement dans le but de souligner que les raisons de leur stérilisation n'avaient rien à voir avec un handicap intellectuel tel qu'on pourrait le définir aujourd'hui.

⁸¹ Angela Davis est une militante pour le droit des noirs dans les années 60. Elle a gagné en réputation lorsqu'elle fut emprisonnée et accusée de conspiration; Angela Davis, « The Historical Context : Racism, Birth Control and Reproductive Rights », (1993) 4:2 *Race, Poverty & the Environment* 21 à la p 22 [Davis].

⁸² Le classisme s'entend d'une discrimination en raison de la classe sociale de la personne.

⁸³ *Recommandation générale no 35, supra* note 15 au para 12.

⁸⁴ An Act to change references in Federal law to mental retardation to references to an intellectual disability, and change references to a mentally retarded individual to references to an individual with an intellectual disability, *Rosa's Law*, Pub L No 111-256, 124 STAT 2643 (2010).

⁸⁵ Leonardo Pegoraro, « Second-rate victims: the forced sterilization of Indigenous peoples in the USA and Canada », (2015) 5:2 *Settler Colonial Studies* 161 à la p 173, 163; Stubblefield, *supra* note 31 à la p 165.

⁸⁶ *Recommandation générale no 21, supra* note 19 au para 22; *CEDEF, supra* note 13, art 16(1) e); *CDPH, supra* note 1, art 23(1); *Observation générale no 3, supra* note 42 au para 45.

la Caroline du Nord, du Dakota du Nord, de l'Oregon et de la Virginie⁸⁷. En 1910, le *Eugenic Records Office* fut fondé à Cold Springs Harbor où l'on mena des recherches sur l'eugénisme⁸⁸. En 1914, Harry H. Laughlin, directeur adjoint du *Eugenic Records Office*, prépara et promulgua son *Model Sterilization Act* pour aider les États souhaitant adopter des lois permettant la stérilisation forcée à des fins eugénistes⁸⁹. Laughlin alla même jusqu'à publier un livre en 1922 intitulé *Eugenical Sterilization in the United States : A Report of the Psychopathic Laboratory of the Municipal Court of Chicago* dans lequel il recense les États ayant déjà adopté des lois permettant la stérilisation forcée et les « bienfaits » de telles pratiques⁹⁰. Ces opérations eurent lieu dans des établissements étatiques comme des prisons, des hôpitaux et des « maisons pour faibles d'esprit »⁹¹.

Il semble que le courant de pensée eugéniste influença même la Cour suprême des États-Unis qui confirma la validité constitutionnelle des lois permettant la stérilisation forcée des faibles d'esprit en 1927⁹². En l'espèce, la loi attaquée était celle de l'État de Virginie⁹³. Cette décision est maintenant célèbre en raison de la phrase du juge Holmes qui dit que « trois générations d'imbéciles étaient suffisantes » [notre traduction]⁹⁴ pour justifier la stérilisation forcée de la jeune femme en question. En l'espèce, Buck était une jeune femme blanche de la Virginie ayant été stérilisée sans son consentement en raison de sa « faiblesse d'esprit ». Devant la cour, un expert se

⁸⁷ State of Delaware, *An Act to provide for the sterilization of certain mental defectives*, (1923) Laws of Delaware; State of Virginia, *An Act to provide for the sexual sterilization of inmates of state institutions in certain cases*, (1924) General Assembly of the State of Virginia; State of Alabama, *An act to provide for the establishment and maintenance of a home for mental inferiors in Alabama; to define who are mental inferiors; to provide for their care, treatment and training, and to appropriate the money necessary therefore from the State Treasury*, (1919) General Law of the Legislature of Alabama; State of Montana, *An Act to prevent the procreation of hereditary idiots, feebleminded, insane, and epileptics who are inmates of state custodial institutions, by authorizing and providing eugenical sterilization of said inmates*, (1923) Laws, Resolutions, and Memorials of the State of Montana; State of Kansas, *An Act to prevent the procreation of habitual criminals, idiots, epileptics, imbeciles, and insane, and providing a penalty for violation thereof*, (1913) State of Kansas Session Laws; State of Oregon, *An Act to prevent the procreation of feeble minded, insane, epileptic, habitual criminals, moral degenerates and sexual perverts, who may be inmates of institutions maintained by the public expense, by authorizing and providing for the sterilization of persons with inferior hereditary potentialities*, (1917) General Laws of the State of Oregon; State of North Dakota, *An Act to prevent procreation of confirmed criminals, insane, idiots, defectives, and rapists; providing for a board of medical examiners and making a provision for carrying out the same*, (1913) Laws of the Legislative Assembly of North Dakota; State of North Carolina, *An Act to benefit the moral, mental, or physical condition of the inmates of penal and charitable institutions*, (1919) Public Laws and Resolutions of the State of North Carolina.

⁸⁸ Brown, *supra* note 61 à la p 26.

⁸⁹ *Ibid* à la p 27.

⁹⁰ Harry H Laughlin, *Eugenical Sterilization in the United States : A Report of the Psychopathic Laboratory of the Municipal Court of Chicago*, Chicago, Psychopathic Laboratory of the Municipal Court of Chicago, 1922.

⁹¹ Brianna Theobald, *Reproduction on the Reservation : Pregnancy, Childbirth and Colonialism in the Long Twentieth Century*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2019 à la p 92; Pegoraro, *supra* note 85 à la p 164.

⁹² *Buck c Bell*, 274 US 200 (1927).

⁹³ *An Act to provide for the sexual sterilization of inmates of state institutions in certain cases*, *supra* note 87.

⁹⁴ *Buck c Bell*, *supra* note 92 au para 207.

prononça sur sa faiblesse d'esprit, et ce, sans même l'avoir rencontrée, en raison de son comportement de promiscuité sexuelle qui était selon lui typique des femmes faibles d'esprit, raison pour laquelle elle devait donc appartenir à la « classe paresseuse, ignorante et sans valeur du sud des Etats-Unis »⁹⁵. On voit ici un exemple probant des raccourcis intellectuels et des préjugés de l'époque : tout ce qui n'était pas dans les normes morales et socialement acceptées pouvait être considéré comme un signe de faiblesse d'esprit. Cette décision valida le mécanisme de contrôle du gouvernement de la reproduction des femmes jugées indésirables à se reproduire.

Cette décision démontre clairement deux choses. Tout d'abord, que les femmes stérilisées en raison de leur faiblesse d'esprit n'étaient pas inévitablement de couleur, et donc que le problème n'en était pas seulement un de racisme. Nous tenions à le préciser puisque de nombreux apports à la recherche sur les stérilisations forcées mettent l'accent sur la composante raciale du problème. Nous souhaitons également apporter des nuances supplémentaires au problème en précisant que la couleur de peau n'était pas le seul élément pris en considération lors de la stérilisation d'une femme à l'époque, mais que cette volonté de contrôler la reproduction des femmes s'inscrit dans un paradigme beaucoup plus large de contrôle des populations « désirables » ou pas⁹⁶. La possibilité pour une femme d'avoir des enfants était évaluée selon des critères discriminatoires par rapport à la couleur de leur peau, mais également selon leur classe sociale, leurs capacités et leurs comportements sexuels, démontrant les racines intersectionnelles du problème de la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap aujourd'hui, comme le reconnaît le droit international⁹⁷. Si l'on se base sur la théorie développée par Crenshaw⁹⁸, on peut voir un exemple d'intersectionnalité structurelle puisque les femmes étaient soumises au poids de plusieurs systèmes d'oppressions qui, s'accumulant, les rendait plus susceptibles d'être stérilisées de force.

Par la suite, cette décision montre très bien le lien fait entre le comportement sexuel des femmes et leur soi-disant faiblesse d'esprit, en raison de normes morales. On peut faire un parallèle entre cette vision à l'époque et la façon de percevoir la sexualité des femmes en situation de handicap aujourd'hui. Cette perception se divise entre deux extrêmes : soit que les personnes en situation de handicap sont asexuelles, c'est-à-dire qu'elles n'ont pas du tout de sexualité, soit qu'elles sont hypersexuelles⁹⁹.

⁹⁵ Stubblefield, *supra* note 31 à la p 166.

⁹⁶ Pour aller plus loin : Davis, *supra* note 81; Brianna Theobald, « Settler Colonialism, Native American Motherhood, and the Politics of Terminating Pregnancies », dans Shannon Stettner, Katrina Ackerman, Kristin Burnett et Travis Hay, dir, *Transcending Borders*, Cham, Springer International Publishing, 2017, 221, en ligne : <http://link.springer.com/10.1007/978-3-319-48399-3_14>; Stubblefield, *supra* note 31; Theobald, *supra* note 91; Thomas W Volscho, « Sterilization Racism and Pan-Ethnic Disparities of the Past Decade : The Continued Encroachment on Reproductive Rights », (2010) 25:1 *Wicazo Sa Review* 17; Thomas W Volscho, « Racism and Disparities in Women's Use of the Depo-Provera Injection in the Contemporary USA », (2011) 37:5 *Critical Sociology* 673.

⁹⁷ *Recommandation générale no 35*, *supra* note 15 au para 12; *Observation générale no 1*, *supra* note 57 au para 35 et *CDPH*, *supra* note 1, art 6.

⁹⁸ Crenshaw, *supra* note 10.

⁹⁹ Alain Giami, Chantal Humbert et Dominique Laval, *L'ange et la bête: représentations de la sexualité des handicapés mentaux par les parents et les éducateurs*, Paris, Centre technique national d'études et de recherches sur les handicaps et les inadaptations, 1983.

Le droit international dénonce aujourd'hui cette façon de percevoir la sexualité des personnes en situation de handicap puisque de tels stéréotypes peuvent mener à de risques plus grands de violences sexuelles et reproductives à leur égard¹⁰⁰. On comprend donc que la réelle intention derrière la stérilisation forcée des femmes « faibles d'esprit » était le contrôle de la reproduction des femmes qui n'entraient pas dans le cadre parfait que la société désirait : une femme blanche, sans handicap, de « bonne famille » et aux « bonnes mœurs ». Ce contrôle de la reproduction des femmes par l'État est aujourd'hui strictement prohibé par le droit international¹⁰¹, mais on justifiait cette forme de violence, maintenant reconnue comme telle par les organes de protection des droits humains de l'ONU¹⁰², au nom de la volonté de contrôler les nouvelles naissances, et du même coup, les futurs individus qui peupleraient la société. Il convient maintenant d'aborder l'évolution de ce mode de pensée aux États-Unis afin de comprendre comment les tribunaux se sont éloignés du mouvement eugéniste, mais tout en continuant de permettre la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap.

B. La stérilisation forcée des femmes en situation de handicap de la fin du 20e siècle à aujourd'hui

À partir des années 1960 et 1970, la façon de percevoir la stérilisation changea quelque peu aux États-Unis. En effet, le mouvement des droits des femmes, qui s'était battu pour avoir accès à la contraception, revendiquait maintenant la stérilisation comme moyen de contraception¹⁰³. Malheureusement, cette lutte facilita la stérilisation coercitive des femmes racisées et pauvres par l'État¹⁰⁴. C'est ainsi que de nombreux activistes, particulièrement des communautés noires et autochtones, dénoncèrent ces abus à partir des années 1970¹⁰⁵ puisque, à cette époque, le Ministère de la Santé, de l'Éducation et du Bien-être finançait 90% des coûts de la stérilisation des personnes démunies¹⁰⁶. Ainsi, en continuité avec le mouvement eugéniste du début des années 1900, les femmes subissaient le poids des systèmes d'oppression par le gouvernement qui allait jusqu'à financer leur stérilisation. Il s'agit là bien évidemment d'une forme d'ingérence de la part de l'État dans le choix des femmes d'avoir des enfants ou non, en contradiction directe avec le droit international actuel¹⁰⁷.

¹⁰⁰ *Observation générale no 3*, *supra* note 2 au para 38, 40, 41 et 47.

¹⁰¹ *Recommandation générale no 21*, *supra* note 19 au para 22; *CEDEF*, *supra* note 13, art 23(1).

¹⁰² *Recommandation générale no 35*, *supra* note 15 au para 18; *CDPH*, *supra* note 1, art 17; *Observation générale no 3*, *supra* note 42 au para 32.

¹⁰³ Rebecca M Kluchin, *Fit to be tied? Sterilization and reproductive rights in America, 1960–1984*, Dissertation de doctorat en philosophie, Carnegie Mellon University, 2004 à la p 178 [non publiée], en ligne : <<https://search.proquest.com/docview/305201969/abstract/F2FFE673610A439FPQ/1>>.

¹⁰⁴ Theobald, *supra* note 91 à la p 154.

¹⁰⁵ *Ibid* à la p 156.

¹⁰⁶ Pegoraro, *supra* note 85 à la p 164.

¹⁰⁷ *CEDEF*, *supra*, note 13, art 16(1); *Recommandation générale no 21*, *supra* note 19 au para 22; *CDPH*, *supra* note 1, art 23(1); *Observation générale no 3*, *supra* note 42 au para 45.

En parallèle, les années 1970 ont également été le moment où se développa le mouvement de « normalisation » aux États-Unis¹⁰⁸. Celui-ci affirmait l'humanité des personnes avec un handicap intellectuel et proposait leur intégration dans la société. Ce mouvement a eu plusieurs impacts positifs comme celui d'abroger les lois eugénistes dans de nombreux États¹⁰⁹ ou encore l'adoption de lois pour s'assurer du consentement des personnes lors de traitements médicaux¹¹⁰, en conformité avec plusieurs dispositions du droit international à cet effet¹¹¹. C'est en fait grâce à la décision *Relf v. Weinberger*¹¹² que le gouvernement dû arrêter de financer les stérilisations forcées ou non consenties. On y démontra entre autres l'association qui était faite entre le handicap intellectuel, invoqué comme raison pour stériliser des femmes, et leur prétendue immoralité sexuelle¹¹³, confirmant le passage à cet effet dans *l'Observation générale no 3* du Comité de la CDPH qui soutient que les stéréotypes sur la sexualité anormale des personnes en situation de handicap sont préjudiciables pour le respect de leurs droits¹¹⁴.

Cette distanciation du mouvement eugéniste par les tribunaux n'a malheureusement pas protégé les femmes en situation de handicap. En effet, celles-ci se sont alors vues pressées de se faire stériliser par leurs proches ou leurs gardiens légaux dans le but de les « protéger ». Cette tendance, encore lourde aujourd'hui et rejetée par le droit international¹¹⁵, peut être illustrée par la décision *Stump v. Sparkman*¹¹⁶ de 1978. Les faits de l'affaire se déroulèrent en 1971 lorsqu'une mère de l'Indiana demanda l'autorisation d'un juge pour stériliser sa fille de quinze ans « somewhat retarded ». Les arguments évoqués par la mère reflètent bien la volonté des parents ayant fait de pareilles demandes devant les tribunaux pour leurs enfants. Celle-ci se plaignait de ne pas pouvoir contrôler sa fille et elle voulait la stériliser afin de prévenir des circonstances malheureuses puisque la jeune fille « traînait » avec de jeunes hommes¹¹⁷. On voit dans cet argument de la mère les stéréotypes sur la sexualité des personnes en situation de handicap que le Comité de la CDPH nous enjoint à rejeter¹¹⁸. Le juge a accordé la permission à la mère sans autre preuve du handicap intellectuel de la jeune fille et en ne consultant pas la jeune fille en question, alors

¹⁰⁸ Molly Ladd-Taylor, « Contraception or Eugenics? Sterilization and “Mental Retardation” in the 1970s and 1980s » (2014) 31:1 Canadian Bulletin of Medical History 189 à la p 200.

¹⁰⁹ Par exemple, l'Indiana a abrogé sa loi permettant la stérilisation forcée le 13 février 1974, voir à cet effet Indiana Historical Bureau, « 1907 Indiana Eugenics Law » (2007), en ligne : <<https://www.in.gov/history/markers/524.htm>>. Un autre exemple est celui du Montana qui abrogea le chapitre 23 de son Code concernant la stérilisation à des fins eugénistes en 1981, voir à cet effet *Montana code annotated 2019* 1 MT tit 53 chap 23 §1 (1981), en ligne : <https://leg.mt.gov/bills/mca/title_0530/chapter_0230/part_0010/section_0050/0530-0230-0010-0050.html>.

¹¹⁰ Ladd-Taylor, *supra* note 108.

¹¹¹ *Recommandation générale no 24*, *supra* note 21 au para 22; CDPH, *supra* note 1, art 25.

¹¹² *Relf c Weinberger*, 372 F Supp 1196 (Dc Cir 1974).

¹¹³ Ladd-Taylor, *supra* note 108 à la p 196.

¹¹⁴ *Observation générale no 3*, *supra* note 42 aux para 38, 40 et 47.

¹¹⁵ *Ibid* au para 44; *Observation générale no 5*, *supra* note 50 au para 26; CDPH, *supra* note 1, arts 12 et 19.

¹¹⁶ *Stump c Sparkman*, 435 US 349 (1978).

¹¹⁷ Ladd-Taylor, *supra* note 108 à la p 196.

¹¹⁸ *Observation générale no 3*, *supra* note 42 aux para 38, 40 et 47.

qu'aujourd'hui, le droit international prévoit que la personne concernée par une telle opération doit au minimum être consultée¹¹⁹. Cette affaire est maintenant célèbre puisque lorsque la jeune femme devenue adulte se présenta devant la Cour suprême des États-Unis pour la violation de ses droits, le juge fut protégé en vertu de l'immunité de la magistrature malgré les conséquences de sa décision. Cette décision est aujourd'hui grandement critiquée puisque « plusieurs adultes ont conspiré pour victimiser une adolescente et personne n'a été tenu responsable »¹²⁰.

Après cette décision, une nouvelle ère sembla tout de même prendre forme aux États-Unis. Les juges tentaient de se distancer des pensées eugénistes du début du vingtième siècle pour plutôt mettre en balance les intérêts de la personne en situation de handicap en utilisant des critères stricts. La décision *In Re Grady*¹²¹ de 1981 démontre bien cette application. Dans cette affaire, les parents de Lee Ann, une jeune femme de dix-neuf ans atteinte du syndrome de Down, ont demandé l'aval des tribunaux afin de faire stériliser leur fille qui allait quitter leur maison pour un foyer de groupe pour adultes. Ils considéraient qu'il était dans l'intérêt fondamental de leur fille d'avoir une telle opération puisqu'elle n'allait plus être à leur charge. Dans cette décision, le juge Pashman mentionne explicitement vouloir se distancer de l'eugénisme ayant mené à tant d'abus dans le passé. Il précise que, dans cette situation, les deux droits à mettre en balance étaient le droit d'avoir accès à la stérilisation comme moyen de contraception afin de jouir d'une vie sexuelle épanouie, d'une part, et celui d'avoir un ou des enfants, d'autre part. Ce qui a influencé sa décision est le fait que Lee Ann n'était pas en mesure de prendre cette décision elle-même en raison de son handicap. Il a donc justifié la stérilisation de la jeune femme en vertu de la compétence *parens patriae* du tribunal.

De prime abord, cette décision semble une avancée du point de vue de la protection des femmes en situation de handicap en comparaison avec les violations de leurs droits qu'elles ont pu subir par le passé. C'est toutefois en comparant celle-ci aux droits prévus pour les femmes en situation de handicap par la *CEDEF* et la *CDPH* qu'il est possible de comprendre les barrières encore présentes dans la société pour permettre aux femmes en situation de handicap d'avoir accès à une santé reproductive épanouie. En effet, un grave problème dans cette affaire, qui est généralisé dans le contexte de la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap, réside dans la notion même d'un proche qui s'adresse au tribunal pour demander la stérilisation. La *CDPH* est très claire à ce sujet : les personnes en situation de handicap ont le droit de prendre les décisions les concernant, et si nécessaire, elles peuvent avoir accès à de l'accompagnement pour ce faire¹²², chose qui n'a même pas été envisagée dans l'affaire *In Re Grady* en raison du handicap de la jeune femme. Nous réitérons également que l'*Observation générale no 5* de la *CDPH* prévoit spécifiquement que le fait pour un tiers de pouvoir prendre des décisions à la place d'une personne en situation de handicap, comme ce fut le cas pour Lee Ann, est une restriction

¹¹⁹ *CDPH*, *supra* note 1, art 12, 19, 23(1) et 25; *Observation générale no 3*, *supra* note 42 au para 44.

¹²⁰ Judith A Baer, *Women in American Law: The Struggle Towards Equality from the New Deal to the Present*, 3e éd, New York, Holmes & Meier Pub, 2002 à la p 186.

¹²¹ *In Re Grady*, 85 NJ 235 (NJ Sup Ct1981) [*In Re Grady*].

¹²² *Observation générale no 1*, *supra* note 57 au para 16; *CDPH*, *supra* note 1, arts 12 et 25.

de leur capacité juridique, ce qui est prohibé par l'article 12 de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*¹²³. Ainsi, si une femme en situation de handicap désire se faire stériliser, la décision devrait venir d'elle-même et non de ses proches. À l'inverse, que dirait-on si le parent d'une femme qui n'est pas en situation de handicap s'adressait au tribunal pour demander sa stérilisation?

Il est intéressant ici d'aborder la notion d'indépendance telle que conçue par les mouvements de revendication des droits des personnes en situation de handicap. Ceux-ci challengent la définition traditionnelle de la notion d'indépendance avec le « *independent living movement* »¹²⁴. Au lieu de considérer l'indépendance comme le fait de pouvoir effectuer chacune des tâches quotidiennes soi-même, il est plutôt question du fait d'avoir le contrôle sur leur propre vie¹²⁵. Ainsi, l'accent est mis sur la capacité d'avoir de l'assistance quand et comment la personne en situation de handicap en a besoin, plutôt que sur le fait qu'elle ne soit pas en mesure de tout faire seule¹²⁶. Cette définition de l'indépendance concorde avec les exigences de la *CDPH* quant à la capacité des personnes en situation de handicap de prendre des décisions elles-mêmes et d'être en contrôle de leur vie¹²⁷. Comment une personne en contrôle de sa vie, donc présumée indépendante, pourrait-elle se faire imposer des choix par ses proches? Ces demandes sont toujours faites au nom du meilleur intérêt de la femme en question, mais les arguments avancés pour le justifier tournent parfois autour du fait qu'elle pourrait se faire violer dans un centre de jour qu'elle fréquente ou dans le complexe où elle vit¹²⁸. Les parents souhaitent donc la faire stériliser pour ne pas qu'elle tombe enceinte à la suite d'un possible viol. Encore une fois, si la situation était la même par rapport à une femme qui n'est pas en situation de handicap, proposerait-on comme solution au viol la stérilisation des femmes pour ne pas qu'elles tombent enceintes? La simple évocation de cette possibilité est saugrenue et serait même outrageuse¹²⁹, mais il nous semble très parlant de comparer les réactions possibles dans le cas d'une femme qui n'est pas en situation de handicap à celui d'une femme en situation de handicap pour relever les incohérences qui sont permises en raison du handicap. Évidemment, régler un problème se fait par la mise en place de solution à la source et non pas par une atténuation de ces conséquences. Déjà, si on acceptait le fait que les personnes en situation de handicap sont des êtres avec des besoins sexuels comme tout le monde, il serait alors possible d'aborder avec eux cet aspect de leur vie et peut-être prévenir des abus puisque le manque d'information à cet égard augmente les risques de violences sexuelles selon l'*Observation générale no 3* du Comité de la *CDPH*¹³⁰.

Si l'on revient à la décision *In Re Grady*, même si le juge s'éloigne de l'un des stéréotypes condamnés par le droit international¹³¹, soit l'asexualité des personnes en

¹²³ *Observation générale no 5*, *supra* note 50 au para 26.

¹²⁴ Morris, *supra* note 29 à la p 75.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *CDPH*, *supra* note 1, art 19.

¹²⁸ *In Re Grady*, *supra* note 121; Virginia Kallianes et Phyllis Rubinfeld, « Disabled Women and Reproductive Rights », (1997) 12:2 *Disability & Society* 203 à la p 204.

¹²⁹ Morris, *supra* note 29 à la p 76.

¹³⁰ *Observation générale no 3*, *supra* note 42 au para 41.

¹³¹ *Ibid* aux para 38, 40 et 47.

situation de handicap, en considérant le droit de Lee Ann d'avoir une vie sexuelle épanouie, il n'en reste pas moins que la façon d'envisager cette vie sexuelle épanouie comporte plusieurs problèmes. Déjà, il est faux de présumer que les personnes en situation de handicap sont toutes hétérosexuelles. En effet, il n'y aurait tout simplement pas de risque de grossesse dans le cas de relations homosexuelles, ce qui semble exclu de l'équation lorsque l'on oppose le droit d'avoir des enfants au droit d'avoir une sexualité épanouie par l'entremise de la stérilisation. De plus, la prémisse sur laquelle se basent les tribunaux dans ce genre de question s'inscrit dans ce que la société considère comme une sexualité « normale », si une telle chose existe; à savoir, le coût. Certains auteurs argumentent pourtant qu'il est possible pour les personnes en situation de handicap de défier les modèles préétablis de la sexualité afin de sortir de la vision unique avec laquelle on entrevoit les rapports sexuels entre individus, un peu à l'aune des chercheurs et activistes queer, gay et lesbienne qui tentent de redéfinir les rapports sexuels non-hétérosexuels¹³².

Ensuite, un autre écueil se trouve dans le fait de considérer que la stérilisation est la seule façon pour les femmes hétérosexuelles en situation de handicap d'avoir accès à une sexualité épanouie. Si l'on se penche sur la question du point de vue des femmes n'ayant pas de handicap, il est absolument inconcevable de considérer la stérilisation comme la seule façon d'avoir une sexualité sans risque de grossesse. Au contraire, les jeunes femmes sans handicap qui souhaitent avoir recours à la stérilisation éprouvent plutôt des difficultés à faire accepter leur choix par les médecins qu'elles consultent¹³³. Il existe donc clairement une différence de perception dans la façon d'envisager la sexualité épanouie des femmes, qu'elles aient un handicap ou qu'elles n'en aient pas. En effet, les femmes n'étant pas en situation de handicap subissent des pressions pour devenir mères¹³⁴, et le choix de ne pas le devenir est regardé étrangement, alors qu'il semble normal qu'une femme en situation de handicap n'ait pas d'enfant¹³⁵. Nous avançons que cette distorsion est directement liée à un enjeu de contrôle du corps et de la reproduction des femmes. Celles que la société considère comme devant se reproduire ne devraient pas avoir accès à la stérilisation avant d'avoir eu des enfants, et celles que la société ne souhaite pas voir se reproduire se font pousser vers la stérilisation, bien souvent sans tentative d'obtenir leur avis. Ce contrôle n'est pas sans rappeler les idées eugénistes du début du vingtième siècle et les lois permettant la stérilisation des femmes « faibles d'esprit ». Le passé n'étant jamais loin quand il s'agit d'identifier des sources d'oppressions, nous estimons que malgré les bonnes volontés de s'éloigner des idéologies eugénistes, celles-ci ont toujours une influence sur la façon d'envisager le droit de fonder une famille des femmes en situation de handicap aujourd'hui. Cette façon de percevoir le droit à la reproduction dans notre société et la façon de la mettre en application par la stérilisation forcée des femmes en

¹³² Tom Shakespeare, « Disabled Sexuality: Toward Rights and Recognition » (2000) 18:3 *Sexuality and Disability* 159 à la p 163; Kallianes et Rubinfeld, *supra* note 128 à la p 207; André Dupras, « Les droits sexuels des personnes en situation de handicap : entre uniformité et diversité » (2015) 24:3 *Sexologies* aux pp 128-133.

¹³³ Paddy McQueen, « Autonomy, age and sterilisation requests » (2017) 43:5 *J Med Ethics* aux pp 310-313.

¹³⁴ Kaliannes et Rubinfeld, *supra* note 128 à la p 204.

¹³⁵ *Ibid* à la p 208.

situation de handicap est une forme de violence grave condamnée par le droit international¹³⁶ qui touche de façon disproportionnée les femmes¹³⁷, surtout en situation de handicap intellectuel¹³⁸, et qu'il nous incombe d'éradiquer.

En plus de tout ce qui précède, il nous était impossible de passer sous silence la façon de percevoir la place des personnes en situation de handicap dans nos sociétés qui a un impact sur le problème des stérilisations forcées. Non seulement subissent-elles une marginalisation économique et sociale¹³⁹, mais les femmes en situation de handicap sont dépeintes comme un fardeau pour la société¹⁴⁰. À partir des années 80, les recherches féministes accordèrent une grande place à une nouvelle théorie : celle du *care*¹⁴¹. Cette notion se définit comme le fait d'effectuer des tâches d'aide, qu'elles soient physiques, intellectuelles ou émotives, pour une autre personne. Les activistes et chercheuses féministes qui ont écrit à ce sujet y voient un travail non rémunéré qui incomberait inévitablement aux femmes et permettrait donc la perpétuation des inégalités entre les hommes et les femmes¹⁴². Une critique de cette théorie pertinente pour nos fins consiste dans la dichotomie créée entre les *carers*, soit ceux qui prodiguent des soins et apportent de l'aide, et leurs dépendants, ici, les personnes en situation de handicap¹⁴³. Plusieurs problèmes découlent de cette analyse tronquée de la situation. D'abord, cette dichotomie entre en contradiction avec le concept *d'independent living* développée par les mouvements de revendication des personnes en situation de handicap. En effet, la théorie élaborée par le *care* présente les *carers* comme ayant la charge des personnes qu'elles aident, donc prenant les décisions pour celles-ci, infantilisant les personnes dont elles prennent soin¹⁴⁴. Si une personne est considérée comme à la charge d'une autre, comment son autonomie et son contrôle sur sa vie peuvent-ils s'articuler? Rappelons ici que l'autonomie est un concept clé de la CDPH par l'entremise de l'article 19. Il n'est pas question de renier le fait que les personnes en situation de handicap puissent avoir besoin d'aide dans certains aspects de leur vie, au contraire. La disponibilité et le contrôle sur cette aide sont plutôt des éléments clés permettant l'autonomie des personnes en situation de handicap et le contrôle sur leur vie, comme le précise l'*Observation générale no 5* du Comité de la CDPH¹⁴⁵.

Ensuite, tracer une distinction nette entre les *carers* et les personnes dites dépendantes occulte la possibilité pour une femme en situation de handicap de prendre soin de quelqu'un d'autre : de son enfant dans le cas qui nous occupe. Pourtant,

¹³⁶ *Recommandation générale no 35, supra* note 15 au para 18; *Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, supra* note 25; CDPH, *supra* note 1, art 6 et 17; *Observation générale no 3, supra* note 42 au para 32.

¹³⁷ *Recommandation générale no 24, supra* note 21 au para 25.

¹³⁸ *Ibid* aux para 6 et 25; *Observation générale no 3, supra* note 42 aux para 41, 44 et 45.

¹³⁹ Barbara F Waxman, « The Politics of Eugenics » (1993) 14:3 *Disability Rag* aux pp 6-7.

¹⁴⁰ Kallianes et Rubinfeld, *supra* note 128 à la p 211.

¹⁴¹ Morris, *supra* note 29 à la p 70.

¹⁴² Voir par exemple Janet Finch et Dulcie Groves, *A Labour of Love: Women, Work, and Caring*, Boston, Routledge Kegan & Paul, 1983., où ces deux auteurs avancent pour une première fois la notion du *care*.

¹⁴³ Morris, *supra* note 29.

¹⁴⁴ *Ibid* à la p 71.

¹⁴⁵ *Observation générale no 5, supra* note 50 au para 16 d).

lorsqu'une femme en situation de handicap est en contrôle de l'aide personnelle qu'elle reçoit¹⁴⁶, il devient possible pour elle de prendre soin à son tour de ses proches¹⁴⁷. Il nous semble donc impératif de se départir de cette vision infantilisante des femmes en situation de handicap néfaste en tout point de vue, mais particulièrement dans le domaine de leur droit de fonder une famille et de ne pas subir de stérilisation forcée. Un accompagnement sur mesure¹⁴⁸ devrait leur être fourni dans tous les domaines où elles pourraient en avoir besoin, notamment la parentalité telle que le prévoit la *CDPH*¹⁴⁹, et cela permettrait une meilleure possibilité pour celles-ci de voir leur droit d'avoir des enfants respecté.

Ainsi, malgré l'évolution de la conception juridique de la stérilisation forcée des femmes en situation de handicap aux États-Unis, il nous semble clair que plusieurs barrières se dressent encore entre le droit de fonder une famille et les femmes en situation de handicap. Que ce soit les stéréotypes sur leur sexualité, en passant par le modèle de prise de décision substitutive pour celles-ci, ou encore la perception de leur place dans notre société, de nombreux préjugés et modèles juridiques se doivent d'être enrayés pour leur donner accès aux mêmes droits que tout citoyen. Le droit international tel que développé par la *CEDEF* et la *CDPH* identifie très bien ces obstacles et sa mise en application par les États permettrait une réelle avancée pour les femmes en situation de handicap.

En conclusion, cette article a tenté de brosser un portrait des droits garantis par le droit international pour protéger la santé reproductive et le droit de fonder une famille des femmes en situation de handicap. Nous avons par la suite tenté d'identifier les éléments qui empêchent aujourd'hui les femmes en situation de handicap de jouir librement de ces droits. Nous en venons à la conclusion que la société américaine, qui n'était qu'un exemple parmi d'autres contre-exemples en ce qui concerne le respect des droits reproductifs des femmes en situation de handicap, est encore influencée par son passé eugéniste et considère toujours souhaitable d'exercer une forme de contrôle sur le corps et la reproduction des femmes, particulièrement celles en situation de handicap. Pour ce faire, le droit leur fournit les outils dans la possibilité que des parties privées ont de demander à faire stériliser une proche en situation de handicap.

Cette violation des droits des femmes en situation de handicap est malheureusement bien souvent inconnue du grand public et ce, même si elle a fait l'objet de nombreux travaux et rapports internationaux. Il s'agit d'un problème d'autant

¹⁴⁶ Pour aller plus loin ou nuancer davantage sur la question du contrôle de l'aide personnelle reçue par les femmes en situation de handicap, voir l'article de Morris, *supra* note 29 à la p 87.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Jaqueline Wendland, « À propos de la parentalité en situation de handicap » (2018) 48:2 *Contraste* 181 à la p 189.

¹⁴⁹ *Observation générale no 5, supra* note 50 au para 16 d).

plus complexe que la possibilité de priver des personnes ayant un handicap de leur capacité légale de prendre des décisions est perçue comme normale et bénéfique par beaucoup. L'approche de la *CDPH* est donc en ce sens révolutionnaire et pourrait mener à un véritable changement de paradigme comme l'ont vécu les années 1970 aux États-Unis avec le mouvement de « normalisation » si les États prenaient la peine de se pencher sur la question. Une chose demeure certaine, il s'agit d'un enjeu qui mérite d'être étudié et dénoncé. Il est primordial selon nous que l'analyse des avancées des droits de certains groupes de notre société doive être observée à travers des lunettes intersectionnelles. En effet, personne n'est à l'abri de ne pas prendre en compte la réalité de certains, comme ont pu le faire les recherches féministes des années 80 sur le *care*¹⁵⁰. Ainsi, considérer les besoins et enjeux propres à chaque individu qui compose notre société, et non pas seulement ceux de « l'homme par défaut »¹⁵¹, pourrait parer à ce problème et s'avérer profitable dans le cas des femmes en situation de handicap afin de comprendre toutes les données du problème qu'est la stérilisation forcée.

¹⁵⁰ Morris, *supra* note 29 à la p 71.

¹⁵¹ Cette notion renvoie à la conception générale que l'on a de l'homme, c'est à dire un homme blanc, hétérosexuel, cis, sans handicap, dans la classe moyenne. Pour une présentation plus complète de la notion d'homme par défaut, voir Martine Delvaux, *Le boys club*, Montréal, Les éditions remue-ménage, 2019 à la p 118.

LE JUGE QUÉBÉCOIS FACE AU DIVORCE ISLAMIQUE

COMMENT PRÉVENIR LES DIVORCES « BOITEUX » INTERNATIONAUX?

*Harith Al-Dabbagh**

La présence sur le territoire du Canada d'une importante population originaire des pays musulmans a suscité un contentieux nouveau portant sur des institutions familiales de facture religieuse. Les tribunaux sont de plus en plus sollicités pour donner effet à des décisions de divorce rendues en vertu des lois d'inspiration musulmane. Malgré le libéralisme caractérisant le régime de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères, la jurisprudence québécoise se montre de *prima facie* assez réfractaire à la réception des divorces islamiques. La présente contribution ambitionne de déterminer les différentes variables qui influencent l'efficacité de ces jugements dans l'espace juridique québécois. L'analyse met en lumière l'ambivalence de la jurisprudence qui traduit le tiraillement entre deux impératifs : celui de préserver la cohésion et les valeurs de l'ordre juridique du for d'une part et celui de favoriser l'harmonie internationale des solutions d'autre part.

The presence in Canada of a large population from Muslim countries has given rise to new litigation relating to religion-based family institutions. The courts are increasingly called upon to give effect to divorce decisions made under Muslim laws. Despite liberalism characterizing the regime for the recognition and enforcement of foreign decisions, Quebec jurisprudence is *prima facie* quite resistant to the reception of Islamic divorces. This contribution aims to determine the different variables that influence the effectiveness of these judgments in the Quebec legal space. The analysis highlights the ambivalence of the case law which reflects the tension between two imperatives: that of preserving the cohesion and the values of the forum's legal order, on the one hand, and that of promoting international harmony between solutions, on the other hand.

La presencia en Canadá de una gran población procedente de países musulmanes ha dado lugar a nuevos litigios relacionados con las instituciones familiares de carácter religioso. Cada vez es más frecuente que los tribunales tengan que hacer efectivas las sentencias de divorcio dictadas en virtud de leyes de inspiración musulmana. A pesar del régimen liberal de reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, la jurisprudencia de Quebec es, *prima facie*, bastante resistente a la recepción de los divorcios islámicos. Este trabajo pretende determinar las diferentes variables que influyen en la eficacia de estos juicios en el sistema jurídico de Quebec. El análisis subraya la ambivalencia de la jurisprudencia, que refleja el tira y afloja entre dos imperativos: el de preservar la cohesión y los valores del ordenamiento jurídico del foro, por un lado, y por el otro, el de promover la armonía internacional de las soluciones.

* Professeur agrégé et Directeur du programme de maîtrise en droit comparé à la Faculté de droit, Université de Montréal. Site Web et publications: <https://aldabbagh.openum.ca>. Cette recherche a bénéficié du soutien financier du Conseil de recherche en sciences humaine du Canada dans le cadre du projet « À l'intersection du multiculturalisme et de l'égalité entre les genres : la migration du droit de la famille religieux libanais au regard de l'ordre public québécois », dir. Harith Al-Dabbagh, Droit, Université de Montréal, CRSH Savoir, 2018, co-chercheurs Denise Helly, Jean-Michel Landry et Jabeur Fathally. Les opinions exprimées dans le présent texte n'engagent cependant que leur auteur.

Les contacts du système juridique québécois avec des systèmes religieux étrangers sont devenus plus fréquents aujourd'hui. La mobilité accrue des personnes et l'accélération des échanges internationaux tendent à accentuer l'intensité des contacts avec des lois étrangères de facture confessionnelle. Cet accroissement particulièrement est dû à l'importance du phénomène migratoire mettant en relation des populations d'origines diverses avec celles du Québec et du Canada.

Avec la récente implantation au pays de ressortissants des États musulmans, les juges québécois doivent faire face à des normes ou pratiques familiales ou sociales « différentes », apportées par l'immigration¹. On se retrouve alors devant un phénomène bien semblable à celui décrit dès les années 1980 en France sous la plume de Jean Déprez :

L'importance de la communauté musulmane établie en France donne à l'application de son statut personnel une ampleur, une fréquence et une publicité jusqu'alors inconnues, au point de transformer en véritable problème de société ce qui n'était à l'origine qu'une réception occasionnelle et en quelque sorte confidentielle².

Un contentieux nouveau portant sur des institutions familiales musulmanes, ignorées jusqu'alors ou contraires aux valeurs de la société d'accueil, s'est multiplié ces dernières années. C'est le cas notamment s'agissant de la polygamie, du mariage coutumier *nikah*, du recueil légal *kafala*, de la dot *mahr*, des régimes matrimoniaux et enfin du divorce musulman dans ses diverses formes³. C'est justement ce dernier qui a retenu notre attention dans le cadre de la présente étude.

C'est un lieu commun que de constater l'extrême fragilité des couples un peu partout dans le monde. L'accroissement du nombre de couples originaires d'un pays musulman s'est accompagné naturellement par la multiplication des cas de séparation de ces couples. Il n'est donc guère étonnant qu'en cette terre d'immigration, les tribunaux soient souvent appelés à régler des litiges impliquant des personnes divorcées

¹ Selon l'*Enquête nationale auprès des ménages de 2011* effectuée par Statistique Canada, il y avait 1 053 945 musulmans au Canada, c'est-à-dire environ 3,2 % de la population totale canadienne estimée à environ 33 millions en 2011. Cette proportion est en augmentation constante : voir *Profil de l'enquête nationale auprès des ménages de 2011*, produit n° 99-004-XWF, Statistique Canada, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/fr/catalogue/99-004-X>>.

² Jean Déprez, « Des droits sociaux des familles polygames : note sous Cour de cassation (Ch. soc), 8 mars 1990 » (1991) RCDIP 694 à la p 709; Jean Déprez, « Droit international privé et conflits de civilisation : aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel », (1988) 4:211 RCADI 9 aux pp 204-06.

³ Voir notamment Ariane Leduc, Mélanie Raby et Valérie Scott, « Le mariage polygame et le droit international privé québécois dans une perspective de droit comparé » (2008) 21:1 RQDI 165; Anne Saris et Samia Amor, « Femmes musulmanes et divorce à Montréal : fatalité subie ou liberté acquise ? » (2011) 5:2 *Revue scientifique de l'AIFI* 61; Marianne Hardy-Dussault et Denise Helly, « Le mahr devant les tribunaux civils canadiens » (2013) 28:3 RCDS 387; Harith Al-Dabbagh, « La réception de la kafala dans l'ordre juridique québécois : vers un renversement du paradigme conflictuel? » (2017) 47:1 RGD 165; voir généralement Jeffrey A. Talpis, *L'accommodement raisonnable en droit international privé québécois*, coll. Conférences Roger-Comtois, Montréal, Thémis, 2009; Pascale Fournier, *Mariage musulman, tribunaux d'Occident : Les transplantations juridiques et le regard du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013.

à l'étranger. Les juges québécois ont dû statuer sur la réception des divorces prononcés dans des pays où la religion demeure une source principale d'inspiration en matière familiale.

La première question qui se pose en pareil cas est de savoir si le statut obtenu à l'étranger peut être reconnu dans la juridiction saisie du litige. C'est alors aux règles de droit international privé qu'il appartient de gérer ce « pluralisme juridique » en vue d'assurer la continuité des relations privées internationales⁴. L'objectif de cette discipline n'est en effet autre que la résolution des difficultés résultant du « phénomène de la frontière »⁵, face auquel il doit permettre une certaine circulation des situations juridiques en dépassant les clivages entre les droits internes, voire au sein même des droits internes. Cette préoccupation se pose avec acuité en matière familiale où l'objectif d'assurer une harmonie internationale et une prévisibilité des solutions se traduit par un « besoin social de continuité et de stabilité des états juridiques personnels et familiaux »⁶.

Toutefois, lorsqu'il s'agit de donner effet à une situation constituée dans un pays musulman, les tribunaux occidentaux se trouvent régulièrement confrontés à la problématique identifiée par plusieurs auteurs comme relevant d'un « conflit de civilisations »⁷, représentation qu'il convient de mettre à l'épreuve⁸. En effet, le juge est appelé alors à articuler une loi civile à une loi religieuse mettent en jeu des conceptions souvent antinomiques, entre Orient et Occident, de l'individu et de sa place dans la cellule familiale et dans la société. Or, les possibilités de communication des ordres juridiques varient grandement en fonction de la nature des systèmes, de leurs sources d'inspiration, des valeurs qui les sous-tendent. Le divorce international met en cause diverses valeurs concernant l'individu et la famille, les rapports entre le droit et la religion, le rôle de l'État, et ces valeurs s'opposent parfois radicalement⁹. À cet égard, les divergences qui séparent les droits religieux des droits laïcisés sont notoires. Pour Pierre Gannagé, l'effacement de la loi du for au profit de la loi étrangère suppose que les lois en présence soient unies par une communauté de valeurs suffisante : « Lorsque cette parenté fait défaut, le mécanisme [...] se grippe et ne fonctionne plus

⁴ Dominique Bureau et Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, t 1, 4^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2017 à la p 25, n 1.

⁵ Jean-Paulin Niboyet, *Cours de droit international privé*, 1^e éd, Paris, Sirey, 1946 à la p 22.

⁶ Roberto Baratta, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales » (2010) 348 RCADI 253 à la p 464.

⁷ Voir notamment Pierre Mercier, *Conflits de civilisations et droit international privé : Polygamie et répudiation*, coll Comparativa, Genève, Droz, 1972; Marie-Claude Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, coll Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris, Dalloz, 2005; Khalid Zaher, *Conflit de civilisations et droit international privé*, coll Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2009.

⁸ Comparé aux relations internationales, le terme « conflit de civilisations » revêt ici une connotation particulière, car « plutôt que d'exacerber les oppositions, le droit international privé cherche à les résorber »; voir Ali Mezghani, « Détermination de la loi applicable et conflit des civilisations en droit international privé de la famille », dans Yadh Benachour, Jean-Robert Henry et Rostane Mehdi, dir, *Le débat juridique au Maghreb : de l'étatisme à l'État de droit*, Paris, Publisud-Iremam, 2009, aux pp 23-38.

⁹ Hélène Gaudement-Tallon, « La désunion du couple en droit international privé » (1991) 226 RCADI 9 à la p 33.

normalement »¹⁰. La réception au Québec des divorces prononcés dans un pays musulman en fournit une illustration éclatante.

Les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions étrangères sont contenues au quatrième Titre du Livre X du *Code civil du Québec (CcQ)* portant sur le droit international privé. Ces règles établissent la portée du contrôle exercé par l'autorité judiciaire préalablement à la reconnaissance, autrement dit le régime de l'exequatur¹¹. Bien évidemment, les effets rattachés au jugement étranger de divorce ne dépendent pas systématiquement de sa reconnaissance judiciaire; des effets variables peuvent en découler indépendamment de tout exequatur. Toutefois, seules les règles concernant la reconnaissance par voie judiciaire seront développées dans le cadre nécessairement limité de cette étude¹². La présente contribution se propose donc d'examiner les conditions d'accueil que les juges québécois, au regard des règles du droit international privé, doivent réserver aux jugements de divorce rendus en pays d'Islam, plus précisément les États du Maghreb et du Moyen-Orient. Elle ambitionne de comprendre les raisons qui ont pu rendre si difficile dans cette matière la formation d'une jurisprudence ferme et cohérente. La question spécifique à laquelle nous nous proposons de répondre est de savoir comment et dans quelle mesure une décision de divorce émanant d'une autorité compétente dans un pays musulman peut être reçue et produire des effets au Québec. Plus largement, l'intérêt de cette recherche consiste à apprécier le seuil de tolérance à l'égard de situations juridiques importées de pays aux traditions très différentes, où la religion demeure une source principale d'inspiration du droit familial.

On sait que l'un des objectifs poursuivis en la matière par les rédacteurs du *Code civil du Québec* en 1991 était celui de faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions prononcées par les autorités étrangères. La volonté du législateur était de mettre en place un régime général cohérent et moderne inspiré de la Convention de La Haye de 1971¹³ dans un esprit d'ouverture et de courtoisie internationale¹⁴. Les nouvelles dispositions (articles 3155 à 3163 *CcQ*) marquent une évolution sensible par rapport à l'ancien régime vers une simplification de la reconnaissance des jugements

¹⁰ Pierre Gannagé, « Le juge civil face aux droits religieux », dans Étienne Picard, dir, *De tous horizons, Mélanges en l'honneur de Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de Législation Comparée, 2005 aux pp 247-49.

¹¹ Il s'agit d'une ordonnance d'un tribunal conférant la force exécutoire à un jugement étranger. Le terme « exequatur » est très peu utilisé dans la doctrine et la jurisprudence québécoises lesquelles préfèrent parfois employer le terme « exemplification ». Pourtant son usage est préconisé par l'Office québécois de la langue française. Selon ce dernier, il semble que l'utilisation courante du terme « exemplification » par la jurisprudence au Québec pour désigner l'action de reconnaître et de rendre exécutoire un jugement étranger vienne d'un glissement du sens anglais : Office québécois de la langue française, *Grand dictionnaire terminologique, sub verbo* « exequatur » en ligne : <http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8355455>.

¹² L'étude de l'efficacité des jugements de divorce non revêtus de l'exequatur fera l'objet d'un texte ultérieur.

¹³ *Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, 1 février 1971, (entrée en vigueur : 20 août 1979), en ligne : <<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=78>>.

¹⁴ Ministère de la justice, *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec : un mouvement de société*, t II, Québec, Publications du Québec, 1993, aux pp 2014-15.

étrangers¹⁵. La mobilité accélérée des personnes et les exigences du commerce international ont imposé un relatif effacement des frontières afin de permettre la réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique québécois. Le souci est grand d'éviter des solutions « boiteuses », reconnues dans un État et non dans un autre. Pour les professeurs Talpis et Goldstein,

les nouvelles règles québécoises ont pratiquement éliminé tout préjugé défavorable, toute méfiance vis-à-vis des décisions et des tribunaux étrangers, ce qui est une grande amélioration par rapport au droit antérieur¹⁶.

Bien que ces règles soient maintenant en vigueur depuis plus de vingt-cinq ans, peu d'études en ont évalué la réelle portée en matière de divorces internationaux. Pour se tenir aux divorces rendus dans les pays musulmans, l'examen révèle que la réforme peine à avoir l'effet escompté. Pour le démontrer, il convient de se pencher sur le régime juridique applicable en la matière. Ce régime se retrouve à la fois à l'article 22 de la *Loi sur le divorce*¹⁷ qui est une loi fédérale s'appliquant à l'ensemble du Canada, qu'aux articles 3155, 3156 et 3167 CcQ, la question de la reconnaissance des jugements étrangers étant de compétence provinciale. L'article 3158 CcQ dispose en effet que « [l']autorité québécoise se limite à vérifier si la décision dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée remplit les conditions prévues au présent titre, sans procéder à l'examen au fond de cette décision »¹⁸. Les exceptions à la reconnaissance énoncées à l'article 3155 CcQ font alors figure des conditions à remplir par le jugement pour acquérir l'efficacité substantielle. *Grosso modo*, il s'agit en matière de divorce de satisfaire aux cinq conditions suivantes : il faut que le tribunal étranger ait été compétent, que la décision ne soit pas susceptible de recours ordinaire, qu'elle n'ait pas été rendue en violation des principes essentiels de la procédure, qu'il n'y ait pas litispendance, qu'elle ne soit pas incompatible avec l'ordre public « tel qu'il est entendu dans les relations internationales ». Aux fins de l'analyse, les conditions susmentionnées peuvent être regroupées sous deux chefs : *primo*, régularité, finalité et antériorité du divorce étranger et *secundo*, le respect de l'ordre public procédural et substantiel. Ce sont les deux points que nous examinerons successivement.

I. Régularité, finalité et antériorité du divorce étranger

Pour être reconnu, le divorce étranger devra remplir certaines conditions intrinsèques. Le juge québécois contrôle d'une part, le caractère final du divorce

¹⁵ Sous l'ancien droit, l'influence conjuguée de la tradition civiliste et de la common law avait abouti à créer une situation ubuesque avec de nombreux obstacles à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers. Pour plus de détails sur cet impact, voir Ethel Groffier, « L'effectivité des décisions de justice en droit international privé » (1985) 26:4 C de D 1005.

¹⁶ Gerald Goldstein et Jeffrey A. Talpis, « Les perspectives en droit civil québécois de la réforme des règles relatives à l'effet des décisions étrangères au Canada (1^{ère} partie) » (1995) 74 R du B can 642 à la p 658. *Loi sur le divorce*, LRC 1985, c 3 (2^e supp).

¹⁸ Cette disposition supprime la révision au fond constamment critiquée sous l'ancien droit et aligne le droit québécois sur la règle en vigueur dans les autres provinces du Canada et dans un grand nombre d'autres pays dont la France et l'Angleterre : Ethel Groffier, « La réforme du droit international privé québécois » (1992) RCDIP 548 à la p 563.

étranger et pour quelle raison l'autorité étrangère s'est reconnue compétente (A) et d'autre part, il doit vérifier l'antériorité de la décision, en d'autres termes l'absence d'un divorce prononcé ou d'une action pendante au Québec (B).

A. Compétence de l'autorité étrangère et caractère final du divorce

L'article 3155 alinéas 1 et 2 écarte la reconnaissance dans deux cas :

1° L'autorité de l'État dans lequel la décision a été rendue n'était pas compétente suivant les dispositions du présent titre; 2° La décision, au lieu où elle a été rendue, est susceptible d'un recours ordinaire, ou n'est pas définitive ou exécutoire¹⁹.

L'examen de la jurisprudence révèle que la condition de « finalité » du jugement étranger ne pose guère de difficulté en matière de divorce, en revanche la question de la compétence de l'autorité ayant prononcé le divorce a fait l'objet d'un vif débat.

D'abord, il va sans dire que seules les décisions finales de divorce rendues par une autorité étrangère peuvent être reconnues et produire des effets au Québec. On entend par là que le jugement étranger doit avoir, entre les parties, un caractère définitif mettant ainsi fin à la contestation. Cela suppose qu'il ne soit pas susceptible de révision par le tribunal qui l'a rendu ou à l'occasion d'un appel interjeté à son encontre. La reconnaissance achoppe si le jugement est susceptible d'un recours ordinaire, autrement dit d'un recours de nature à pouvoir entraîner l'annulation ou la modification de la décision qui en est l'objet²⁰. Cette condition se justifie par le fait qu'on ne saurait donner effet à une décision dont on ignore le sort et qui pourrait être modifiée à l'étranger²¹.

Il conviendra alors d'examiner le caractère final de la décision étrangère à l'aune des règles de procédure de l'État d'origine. À cet égard, l'article 508 *Cpc* prévoit que

[l]a partie qui demande la reconnaissance ou l'exécution d'une décision étrangère joint à sa demande, outre la décision, l'attestation d'un officier public étranger compétent affirmant que la décision n'est plus, dans l'État où elle a été rendue, susceptible d'appel ou qu'elle est définitive ou exécutoire...

Ainsi, ne satisfait pas ce critère un jugement de divorce révoquant (*talaq rajii*) puisque le sort de l'union n'est pas scellé et il se peut que la situation soit modifiée à l'étranger. Rappelons qu'en droit musulman, le *talaq* révoquant prend fin si l'époux manifeste son intention de revenir au domicile conjugal ou s'il y a reprise des relations sexuelles entre les époux pendant la période de trois mois qui suit son prononcé, soit pendant le délai de viduité (*idda*)²². Sans entrer dans les détails, l'institution serait comparable à une

¹⁹ Article 3155 CcQ.

²⁰ Gérald Goldstein, *Droit international privé : Extraits de La référence Droit civil*, vol 2, coll Commentaires sur le Code civil du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 2012 à la p 322.

²¹ Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, 3^e éd, La collection bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 à la n 294.

²² Mohamed Chafi, *Droit de la famille au Maroc : Traditionalisme et modernisme*, 2^e éd, Marrakech, Imprimerie El-Watanya, 2018 à la p 302.

séparation de corps; les liens du mariage sont purement et simplement relâchés et non dissous définitivement. Un tel cas de figure se présente dans *L.P. c. F.B.*, où le juge Frappier s'interroge sur le caractère final d'un jugement de divorce révoquant prononcé au Maroc. Il conclut que « [d]e toute façon, ce jugement est devenu définitif au cours de la présente instance alors que le mari avait bien indiqué qu'il n'entendait pas révoquer ce divorce ou "reprendre" son épouse »²³.

Le caractère final du jugement est constamment vérifié par les tribunaux. Ainsi dans *S.F. c. R.J.-S.*, la juge souligne que « Le jugement de divorce prononcé en Iran est final, aucune objection n'ayant été faite, ce que constate le certificat émis en Iran »²⁴. Le caractère final peut aussi découler de l'épuisement de toutes les voies de recours²⁵ ou de l'expiration des délais d'appel et de l'exécution par les parties des mesures ordonnées par le jugement²⁶. De même, il a été décidé au sujet d'un jugement tunisien de divorce que « [l]a décision a fait l'objet d'un pourvoi en cassation par l'époux, mais rejetée quant à la forme vu qu'il n'eût pas déposé de mémoire. Ainsi, le jugement rendu en première instance de divorce devient irrévocable »²⁷.

L'accueil d'un divorce final étranger exige ensuite de vérifier la compétence internationale indirecte du juge étranger. Il s'agit de se demander si l'autorité étrangère ayant prononcé le divorce était compétente en vertu des règles du droit international privé québécois. À cet égard, l'article 3164 CcQ établit la bilatéralisation des compétences directes et indirectes, c'est-à-dire le principe dit du « miroir », en vertu duquel les tribunaux étrangers seront considérés compétents dans les mêmes hypothèses que les tribunaux québécois. Ce principe s'applique en toutes matières à moins d'une règle spéciale²⁸. En matière de divorce, il existe justement une règle particulière de compétence internationale. Le divorce étant de juridiction fédérale, c'est l'article 22 de la *Loi sur le divorce de 1985* qui s'applique aux divorces prononcés en dehors du Canada. D'après son paragraphe 1er, le tribunal étranger est compétent dès lors que l'un des époux a résidé habituellement dans le ressort du tribunal pendant au moins l'année précédant l'introduction de l'action en divorce²⁹. Il en résulte que la compétence du tribunal étranger se fonde sur la résidence habituelle de l'un des époux dans le pays où le divorce a été prononcé pendant au moins un an avant l'introduction de l'instance. Ainsi, l'exequatur sera exclu s'il a été établi qu'aucune des parties n'a résidé habituellement dans la juridiction concernée au cours de l'année précédant le divorce³⁰.

Lors de la recodification, le législateur québécois a décidé tout de même de formuler expressément des règles de compétence indirecte en matière de divorce et de dissolution d'union civile, il s'agit de l'article 3167 CcQ. Le texte reprend les critères

²³ *P.(L.) c B.(F.)*, [2003] RJQ 564, au para 47, 2002 CanLII 25949 (QC CS).

²⁴ *S.F. c R.J.-S.*, 2005 CanLII 28456 au para 29 (QC CS).

²⁵ *Calvi c Assicurazioni Generali S.P.A.*, [1994] RJQ 1269, 1994 CanLII 5751 (QC CA).

²⁶ *S.F. c R.J.-S.*, *supra* note 24 au para 61.

²⁷ *Droit de la famille – 191053*, 2019 QCCS 2250 (CanLII) au para 36.

²⁸ Les matières sujettes à des règles spéciales sont énumérées aux articles 3166, 3167, 3168 CcQ.

²⁹ Ce paragraphe procède de la doctrine du miroir, ces conditions étant les mêmes que celles figurant dans l'article 3 (1) de la Loi qui, lui, concerne la compétence des tribunaux canadiens.

³⁰ *Droit de la famille – 131574*, 2013 QCCS 2721 (CanLII) au para 43.

énoncés par le législateur fédéral en y ajoutant toutefois la compétence fondée sur la nationalité commune des époux. Les chefs de compétence retenus sont alternatifs et non hiérarchisés. L'article 3167 donne compétence aux autorités étrangères pour statuer sur le divorce de leurs nationaux, au même titre que la résidence habituelle d'un an. Le texte tient compte du rôle que joue la nationalité des intéressés dans certains États quant à la compétence des autorités locales en vue de favoriser la reconnaissance des décisions rendues en matière de divorce³¹.

Du fait de cet élargissement, la constitutionnalité de l'article 3167 a fait l'objet d'un vif débat. Le divorce étant de compétence fédérale, certains auteurs ont émis des réserves quant à la validité de ce critère pour fonder la compétence des tribunaux étrangers³². Allant au-delà des règles fédérales, le droit québécois semblait *ultra vires*, étant en contradiction avec la *Loi sur le divorce*, ce qui risque de rendre la disposition inconstitutionnelle³³. Toutefois, une partie de la doctrine³⁴ écarte ce grief d'inconstitutionnalité en se fondant sur le fait que la jurisprudence des autres provinces canadiennes admet déjà la compétence étrangère en matière de divorce dans le cas où il existe « un lien réel et substantiel » entre les parties et l'autorité étrangère³⁵. Ce critère est d'ailleurs expressément consacré au paragraphe 3 de l'article 22 de la Loi fédérale. La nationalité commune des époux caractériserait souvent ce lien étroit entre les parties et le pays où elles divorcent. Dès lors, les dispositions de l'article 3167 CcQ ne sont pas nécessairement incompatibles avec celles de l'article 22(3) de la *Loi sur le divorce*, cela d'autant plus qu'elles riment avec principe de la courtoisie internationale auquel sous-tend ce texte³⁶.

La question revêt une importance particulière pour les couples immigrés chaque fois où l'un des époux saisit le tribunal du pays d'origine. Peut-on reconnaître une décision de divorce émanant du tribunal de la nationalité commune des époux, un critère non retenu par le législateur fédéral? C'est effectivement dans ce cadre factuel où le problème de constitutionnalité a surgi devant les tribunaux. Il a donné lieu à une jurisprudence contradictoire.

Dans l'affaire *Droit de la famille – 2054*, pour s'opposer à un jugement de divorce prononcé en Algérie, madame soulève l'inconstitutionnalité de l'article 3167

³¹ Ministère de la justice, *supra* note 14 aux pp 2024-2025.

³² Voir Jeffrey A. Talpis, « Quelques considérations visant la prévention des conflits en matière de validité du mariage en droit international privé québécois et en droit de l'immigration familiale », dans *Développements récents en droit de l'immigration*, Service de formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1998 aux p 135, 155; Gérald Goldstein et Ethel Groffier, *Droit international privé*, t II, coll Traité de droit civil, Cowansville, Yvon Blais, 2003 aux pp 138-39.

³³ Ethel Groffier, *La réforme du droit international privé québécois : supplément au précis de droit international privé québécois*, 4^e éd, Cowansville, Yvon Blais, 1993 à la p 166.

³⁴ H. P. Glenn, « Droit international privé », dans *La Réforme du Code Civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des Notaires du Québec, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, aux p 669, 774-75; en accord avec Claude Emanuelli, *Étude comparative sur le droit international privé au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2019 à la p 123.

³⁵ Cette solution procède de la jurisprudence anglaise : *Indyka v Indyka* (1969) 1 AC 33 (HL (Eng)); *Indyka v Indyka* (1967) 2 All ER 689; *Indyka v Indyka* (1967) 3 WLR 510 (HL (Eng)).

³⁶ Voir Claude Emanuelli, *supra* note 21, n 287.

CcQ, en prétendant que le texte va à l'encontre de la loi canadienne sur le divorce³⁷. La Cour supérieure, sous la plume de la juge Bénard, a par conséquent déclaré cette disposition « inapplicable en matière de divorce »³⁸. D'après la Cour, l'article 91(16) de *Loi constitutionnelle de 1867* confère au législateur fédéral une compétence exclusive en matière de divorce et de mariage³⁹. La compétence du Québec quant à la reconnaissance des jugements étrangers, ne permet pas d'ajouter des conditions qui vont à l'encontre de l'article 22 de la *Loi sur le divorce*⁴⁰. Soutenir le contraire « permettrait à certaines parties de se soustraire aux lois canadiennes pour s'assujettir à des lois étrangères qui favoriseraient davantage leur intérêt personnel »⁴¹. Le même raisonnement a été retenu douze ans plus tard dans *Droit de la famille – 091444*⁴², où le juge Sénécal considère « sans valeur au Canada » le divorce prononcé en Algérie, faisant abstraction de la nationalité commune des époux⁴³. En revanche, dans *S.F. c. R.J.-S.*, la juge Louise Lemelin refuse d'écarter ce critère et considère que « les parties sont de nationalité iranienne, ce seul fait confère compétence aux tribunaux de l'Iran »⁴⁴.

En 1998, à l'occasion d'un appel contre le jugement de la juge Bénard, la Cour d'appel s'est abstenue de se prononcer sur la validité constitutionnelle de l'article 3167 dans la mesure où cela n'était pas nécessaire pour régler le litige⁴⁵. Les hauts magistrats ont dû toutefois aborder le débat en 2017, car la validité de cette disposition fut de nouveau remise en cause. Pour la Cour d'appel, « [l']incompatibilité apparente entre l'article 3167 al. 1 *C.c.Q.*, qui prévoit ce critère, et le paragraphe 22(1) de la *L.d.* qui n'en fait pas mention, ne suffit toutefois pas à écarter ce critère de la nationalité commune des époux »⁴⁶. En effet, le paragraphe 3 de l'article 22 de la *Loi sur le divorce* suffit pour le rendre valide. Ce texte admet l'application d'autres facteurs reconnus par la jurisprudence, dont celui du lien réel et substantiel avec l'État d'où émane le divorce. L'intention du législateur était donc d'intégrer les facteurs élaborés par la jurisprudence⁴⁷. Par conséquent, « [s]i, à première vue, cette disposition paraît plus étendue que le seul critère du paragraphe 22(1) de la *L.d.*, il n'en est rien lorsqu'on réfère aux critères bien établis du paragraphe 22(3) de la *L.d.* »⁴⁸. Après avoir fait référence à divers jugements de la common law, la Cour d'appel conclut que

³⁷ *Droit de la famille – 2054*, 1997 CanLII 8430 au para 8 (QC CS), conf par (pour d'autres motifs) 1998 CanLII 12833 (QC CA).

³⁸ *Ibid* au para 128.

³⁹ *Droit de la famille – 2054*, *supra* note 37 au para 110.

⁴⁰ *Ibid* au para 122.

⁴¹ *Ibid* au para 116.

⁴² *Droit de la famille – 091444*, 2009 QCCS 2739 (CanLII).

⁴³ *Ibid* au para 7; le juge se contente de constater qu'aucune des parties n'a résidé « habituellement dans ce pays [...] pendant au moins l'année précédant l'introduction de l'instance »; en accord avec *Droit de la famille – 103261*, 2010 QCCS 5934 (CanLII) aux para 32-33, où la juge Petras déclare « sans valeur au Canada » le jugement de divorce marocain pour avoir méconnu l'article 22 de la *Loi sur le divorce*.

⁴⁴ *S.F. c R.J.-S.*, *supra* note 24 aux para 33-34.

⁴⁵ *Droit de la famille – 2054*, 1998 CanLII 12833 (QC CA); le tribunal québécois fut le premier saisi, ce qui suffit pour refuser la reconnaissance.

⁴⁶ *Droit de la famille – 172244*, 2017 QCCA 1470 (CanLII) au para 165.

⁴⁷ *Ibid* au para 166.

⁴⁸ *Droit de la famille – 172244*, *supra* note 47 au para 170.

« [l']article 3167 *C.c.Q.* se conjugue harmonieusement avec les critères associés au paragraphe 22(3) de la *L.d.* »⁴⁹. Il en ressort que la validité de ce texte « ne fait pas doute lorsqu'il s'agit de reconnaître un jugement de divorce prononcé par un tribunal étranger à l'égard de ressortissants qui sont en mesure d'établir l'existence de liens réels et substantiels avec ce for étranger »⁵⁰.

Saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, la Cour suprême n'a pas eu l'occasion de se prononcer clairement sur ce point⁵¹. Les conclusions de la Cour d'appel demeurent, croyons-nous, valables à cet égard. Elles se trouvent, au surplus, implicitement entérinées dans un autre arrêt rendu par la Cour suprême le 22 février 2019. Dans les motifs concordants, le juge Brown relève que « le critère du "lien réel et substantiel" énoncé dans la jurisprudence de common law est subsumé dans les dispositions du livre dixième du Code civil »⁵², dont l'article 3167. Une telle interprétation rime avec le principe *favor validatis* :

L'article 3167 *C.c.Q.* est également plus généreux que l'art. 22 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2e suppl.), en matière de reconnaissance des divorces étrangers. Cette « portée élargie » s'explique toutefois par [TRADUCTION] « le principe de validation qui s'applique en matière d'état civil et qui est généralement approuvé dans les instruments internationaux et dans les codifications modernes du droit international privé »⁵³.

En effet, la nationalité est un critère effectif retenu par de nombreux pays de tradition civiliste. Elle reflète, indubitablement, un lien réel et substantiel entre un individu et l'État de sa nationalité. Dans le contexte de l'immigration musulmane, nous savons que la plupart des couples immigrés gardent la nationalité de leur pays d'origine et continuent, dans les faits, d'avoir de liens affectifs concrets et significatifs avec ce pays où ils se sont mariés et dans lequel ils possèdent souvent des actifs substantiels⁵⁴. C'est dans ce sens qu'il convient de saluer, à l'instar de la Cour d'appel, cette compatibilité heureuse entre l'article 3167 *CcQ* et 22(3) de la *Loi sur le divorce*, « [à] une époque où l'immigration prend différentes formes et est partie de la vie quotidienne »⁵⁵.

À l'aune de ces considérations, le juge québécois ne saurait, dorénavant, faire abstraction de la compétence du tribunal de la nationalité commune des époux en matière de divorce. En témoigne un récent jugement de la Cour supérieure dans *Droit*

⁴⁹ *Ibid* au para 172.

⁵⁰ *Ibid* au para 175.

⁵¹ *R.S. c P.R.*, 2019 CSC 49 (CanLII) au para 34; Madame ayant abandonné sa contestation de la constitutionnalité de l'article 3167(1) *CcQ*.

⁵² *Barer c Knight Brothers LLC*, 2019 CSC 13 (CanLII) au para 145; pour un commentaire détaillé sur cette affaire, voir Gérard Goldstein, « La compétence internationale indirecte et la soumission au tribunal étranger selon la Cour suprême du Canada après l'arrêt *Barer c. Knight Brothers* » (2019) 97:3 *R du B* can 449.

⁵³ *Barer c Knight Brothers LLC*, *supra* note 52 au para 144; reprenant le propos de Geneviève Saumier, « *The Recognition of Foreign Judgments in Quebec – The Mirror Crack'd?* » (2002), 81 *R du B* can 677 à la p 682, ainsi que les Commentaires du ministre de la justice *supra* note 31.

⁵⁴ Les jugements répertoriés tiennent souvent compte de ces actifs pour statuer sur la pension alimentaire et sur le partage du patrimoine familial et du régime matrimonial.

⁵⁵ *Droit de la famille – 172244*, *supra* note 46 au para 176.

de la famille – 191053⁵⁶. En l'espèce, la juge Tessier estime que le tribunal tunisien était compétent pour prononcer le divorce des parties qui détenaient la nationalité de ce pays conformément à l'article 3167, écartant ainsi le moyen du défendeur selon lequel telle compétence enfreint l'article 22(1) de la *Loi sur le divorce*⁵⁷. Il va sans dire que cette orientation constitue une libéralisation sensible des critères de compétence juridictionnelle internationale en matière de jugements de divorce. La résidence habituelle à l'étranger pendant au moins l'année précédant l'introduction de la demande n'est plus requise pour donner compétence au tribunal du pays de la nationalité commune des époux.

B. Absence d'un divorce déjà prononcé ou pendant au Québec

Pour parer au risque de contrariété de décisions, la reconnaissance du jugement étranger sera rejetée si le divorce des parties a déjà été prononcé au Québec ou si une action en ce sens avait antérieurement été initiée devant le tribunal québécois. L'article 3155(4) *CcQ* exclut en effet la reconnaissance dans le cas où

[u]n litige entre les mêmes parties, fondé sur les mêmes faits et ayant le même objet, a donné lieu au Québec à une décision passée ou non en force de chose jugée, ou est pendant devant une autorité québécoise, première saisie, ou a été jugé dans un État tiers et la décision remplit les conditions nécessaires pour sa reconnaissance au Québec.

Ce texte applique à l'exequatur par analogie l'exception de litispendance internationale prévue à l'article 3137 *CcQ*, qui permet aux tribunaux québécois, suite à une procédure parallèle à l'étranger, de surseoir à statuer jusqu'à l'obtention d'une décision étrangère susceptible d'être reconnue au Québec. Toutefois, contrairement à l'article 3137, le texte de l'article 3155(4) prive le juge de tout pouvoir discrétionnaire et interdit *ipso jure* la reconnaissance⁵⁸. Le texte poursuit notamment comme objectif de « décourager la multiplication des procédures et d'écartier le forum shopping à l'étranger » qui pourrait en résulter⁵⁹.

La question de litispendance surgit dès le moment où deux autorités compétentes, québécoise et étrangère, ont été saisies de la question. Pour les départager, le critère retenu par le législateur est celui de l'« antériorité de la décision ou de la saisine ». La compétence pour entendre le litige sera attribuée au premier tribunal saisi. Il est donc primordial de déterminer quelle autorité a d'abord été saisie d'une demande en divorce ou d'un litige entre les parties ayant le même objet⁶⁰. Concrètement devant deux jugements de divorce, l'un québécois et l'autre étranger, le juge devra déterminer chronologiquement laquelle des deux juridictions a été saisie la première. Le refus de

⁵⁶ *Droit de la famille* – 191053, *supra* note 27.

⁵⁷ *Ibid* aux para 27-33.

⁵⁸ Gérald Goldstein, « Principes généraux et conditions générales de reconnaissance et d'exécution » fascicule 10, dans *JurisClasseur Québec-Droit international privé*, coll Droit civil, Montréal, LexisNexis Canada, 2012, au para 54.

⁵⁹ Gérald Goldstein, *supra* note 20 à la p 326.

⁶⁰ *S.F. c R.J.-S.*, *supra* note 24 au para 30.

reconnaissance est encouru si la saisine préalable de l'autorité québécoise est établie. Ainsi, dans *Droit de la famille – 2054*⁶¹, la Cour d'appel a approuvé la juge de première instance pour avoir refusé de reconnaître un divorce algérien aux motifs qu'une procédure en divorce était pendante au Québec au moment où l'on demandait la reconnaissance du jugement étranger et que le tribunal québécois était le premier saisi. En l'espèce, il existait en effet deux procédures intentées en Algérie, la première antérieure à la procédure québécoise avait été annulée pour défaut d'assignation. La Cour d'appel a décidé, à bon droit, de ne pas en tenir compte et de ne prendre en considération que la seconde procédure ayant donné lieu au divorce algérien en question et qui découlait d'une saisine postérieure à celle du tribunal québécois. Par conséquent, pour admettre la compétence du tribunal étranger il faut que sa saisine soit valide et que la date de celle-ci soit antérieure aux procédures initiées au Québec.

La litispendance implique naturellement la compétence des deux tribunaux saisis. La compétence concurrente du juge étranger peut découler, comme nous l'avons vu, de l'article 3167 CcQ, le juge étranger étant celui de la nationalité commune des époux. En contexte migratoire, on peut légitimement craindre que l'action soit parfois intentée dans le pays d'origine par l'un des époux en vue de paralyser celle introduite par l'autre au Québec. Une telle manœuvre n'est pas sans rappeler un phénomène bien connu par la doctrine française sous le nom de « voyage de répudiation » par lequel le mari musulman s'esquive dans le pays d'origine et obtient, dans un délai court, une décision en vue de faire échec à une instance ouverte contre lui en France⁶². Toutefois en contexte québécois, le critère du « premier tribunal saisi » se révèle salvateur dans la mesure où il permet de neutraliser ce phénomène. Dans tous les cas où l'autorité étrangère est saisie la dernière, la reconnaissance ou l'exécution de sa décision sera refusée, même si ladite décision précède la décision des autorités québécoises⁶³. Ainsi, lorsque les procédures à l'étranger interviennent en riposte à une instance en divorce intentée au Québec, le jeu de litispendance donne compétence au tribunal québécois. En témoigne le jugement de la Cour supérieure dans *L.P. c. F.B.*⁶⁴, où la Cour a refusé la reconnaissance d'un divorce prononcé au Maroc à la demande du mari alors qu'une action en divorce intentée par l'épouse était encore pendante au Québec et que la Cour supérieure était « l'autorité la première saisie »⁶⁵.

Au demeurant, la doctrine s'accorde que le critère de l'antériorité de la saisine joue chaque fois où un litige est simplement pendante au Québec au moment de la demande en reconnaissance. La question s'avère plus délicate dans le cas où il existe un divorce déjà prononcé au Québec au moment de l'introduction de la demande en reconnaissance du divorce étranger. Faut-il déterminer le tribunal le premier saisi? En effet, le libellé de l'article 3155(4) n'est pas dénué de toute ambiguïté et soulève une difficulté d'interprétation. La doctrine semble partagée sur la question de savoir si ce critère d'antériorité devrait également prospérer en cas de

⁶¹ *Droit de la famille – 2054*, *supra* note 37.

⁶² Sur cette pratique voir Marie-Claude Najm, « Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français : Droit et idéologie(s) » (2010) 59:1 *Droit et Cultures* aux pp 209 et s.

⁶³ H. P. Glenn, *supra* note 34, à la p 763.

⁶⁴ *P.(L.) c B.(F.)*, *supra* note 23.

⁶⁵ *Ibid* aux para 20-21.

contrariété des jugements. Certains auteurs⁶⁶ suggèrent que l'existence d'une décision québécoise ne fait obstacle à la procédure que si l'autorité québécoise était au surplus la première saisie. Par conséquent, si le tribunal québécois, saisi en second, a prononcé le divorce avant le tribunal étranger, sa décision ne sera pas opposable à l'encontre de celui qui invoque le jugement étranger antérieur. D'autres auteurs⁶⁷ estiment, en revanche, qu'une décision québécoise déjà rendue tiendra inévitablement en échec l'action en reconnaissance, peu importe laquelle de deux autorités fut saisie la première de l'affaire. Dans cette hypothèse, il n'est pas nécessaire que l'autorité québécoise ait été saisie avant l'autorité étrangère. Il s'ensuit une préférence accordée à la décision québécoise, même si le tribunal québécois a été saisi en second. Pour le professeur Goldstein, « l'autorité de la chose jugée s'attache à la décision québécoise rendu même si le tribunal du Québec a été saisi en second, mais a procédé plus rapidement que le tribunal étranger »⁶⁸, l'objectif poursuivi étant, selon l'auteur, « soit d'affirmer le principe même de l'autorité de chose jugée, soit de ne pas y mettre obstacle alors que cet effet va découler de la décision québécoise »⁶⁹. Cet argument justifie le refus de reconnaissance lorsqu'un jugement québécois a déjà été rendu ou sur le point de l'être.

Or à bien y regarder, le texte même de l'article 3155(4) semble indifférent à ce fondement dans la mesure où il vise toute décision rendue au Québec « passée ou non en force de chose jugée ». La première interprétation devrait, nous semble-t-il, prévaloir dans la mesure où elle permet de parer au risque de fraude, cela d'autant plus qu'elle rime avec le principe de la courtoisie internationale et avec l'objectif de garantir la permanence du statut de l'individu⁷⁰. Faire fi du critère de l'antériorité de la saisine permettrait à une partie de s'opposer au divorce étranger antérieur par le simple fait de s'empresser d'obtenir un jugement québécois avant que son adversaire ne cherche à faire reconnaître au Québec le jugement étranger⁷¹. La Cour suprême vient de rappeler dans un arrêt récent l'objectif poursuivi par ce critère en précisant que « [l]a condition d'antériorité de saisine permet donc essentiellement de s'assurer que les parties ne se livrent pas à un forum shopping abusif »⁷². Ainsi, appliqué en matière de divorce, nous croyons que l'article 3155(4) CcQ doit être entendu de la manière suivante : le jugement étranger sera dépourvu d'effet si une procédure en divorce entre les mêmes parties est pendante devant un tribunal québécois premier saisi, ou si une décision de divorce, passée ou non en force de chose jugée, a été déjà rendue par un tribunal québécois, *premier saisi*.

⁶⁶ H. P. Glenn, *supra* note 34 à la p 763; Claude Emanuelli, *supra* note 21 à la n 297.

⁶⁷ Gérald Goldstein et Ethel Groffier, *Droit international privé*, t I, coll Traité de droit civil, Cowansville, Yvon Blais, 1998 à la p 394.

⁶⁸ Gérald Goldstein, *supra* note 20 à la p 325.

⁶⁹ Gérald Goldstein, *supra* note 58 n 55.

⁷⁰ Voir Claude Emanuelli, *supra* note 21 à la n 297.

⁷¹ Bien évidemment si le demandeur s'adresse aux tribunaux québécois malgré la décision étrangère, le défendeur peut toujours soulever l'exception de litispendance et demander au tribunal saisi de surseoir à statuer sur le fondement de l'article 3137, en attendant de se prononcer sur la reconnaissance au Québec de la décision étrangère. Cela dit, l'autorité québécoise dispose, dans le cadre de l'article 3137, d'un pouvoir discrétionnaire et pourra toujours passer outre la compétence du tribunal étranger.

⁷² *R.S. c P.R.*, *supra* note 51 au para 87.

En toutes hypothèses, pour admettre la litispendance le tribunal québécois doit vérifier la triple identité des parties, des faits et de l'objet. Si l'identité des parties ne suscite guère de difficulté en matière de divorce, il en va autrement de la détermination de l'identité des faits et d'objet entre les recours au Québec et à l'étranger. La Cour d'appel nous enseigne que, dans un contexte international, l'identité de cause n'est pas nécessaire pour qu'il y ait litispendance⁷³. Il sied de prendre en compte les caractéristiques des systèmes juridiques différents dans leurs structures et leurs méthodes et appliquer le critère plus souple de l'identité des faits. L'on ne saurait ainsi exiger que « les étapes et l'intitulé des procédures du droit étranger soient identiques aux nôtres, mais plutôt rechercher l'objet des recours »⁷⁴. Or, comme l'ont fait remarquer les professeurs Talpis et Goldstein, « [e]n cas de litispendance internationale il n'est pas toujours facile de savoir si l'objet des actions est le même »⁷⁵. Pour remplir cette condition, il sera fort utile pour la partie désireuse de se prévaloir de l'exequatur d'établir la teneur de la loi appliquée par le tribunal étranger. Le tribunal québécois n'est pas tenu d'en prendre connaissance d'office pour décider s'il y a identité de cause et d'objet, deux critères qui doivent être pris en compte pour conclure à la litispendance⁷⁶.

Pour s'en tenir au divorce, la litispendance est attestée lorsque chacun de deux tribunaux est saisi de procédure visant *in fine* la dissolution du lien matrimonial. Ainsi, l'émission par un tribunal iranien d'un « *incompatibility certificate for divorce* » à la demande d'une partie a, à juste titre, été considérée comme une première étape, une procédure utile, en vue d'obtenir le divorce. La demande étant manifestement formulée en vue d'obtenir une autorisation de divorcer, le tribunal iranien était le premier saisi puisqu'il s'agit d'un recours initial poursuivant le même objet⁷⁷. En revanche, l'identité d'objet fait défaut dès lors qu'il a été établi que l'action intentée au Maroc visait une ordonnance pour forcer le retour de l'épouse au domicile conjugal⁷⁸. En l'espèce, le mari cherchait à faire admettre à la Cour qu'une telle procédure constituait une action faisant partie du divorce et était donc antérieure aux procédures québécoises. Aux yeux du juge, même en retenant une acception large et libérale de la notion « d'objet », l'action marocaine ne peut avoir un objet identique ni même similaire à une demande en divorce puisqu'elle tendait au contraire au maintien du lien conjugal⁷⁹.

Enfin, la question se pose de savoir si une action en séparation de corps pendante au Québec pourrait faire obstacle à la reconnaissance d'un divorce étranger. Cette question revêt une importance particulière en contexte migratoire notamment

⁷³ *Birdsall inc. c In Any Event inc.*, [1999] RJQ 1344, 1999 CanLII 13874 (QC CA).

⁷⁴ *S.F. c R.J.-S.*, *supra* note 24 au para 38.

⁷⁵ Gérald Goldstein et Jeffrey A. Talpis, *supra* note 16 à la p 655.

⁷⁶ *Droit de la famille – 142311*, 2014 QCCS 4425 (CanLII) au para 13; en l'espèce, Monsieur s'oppose à la requête en divorce de la demanderesse en raison des recours en séparation et en annulation de mariage intentés par les parties devant le Tribunal maronite unifié du Liban. Le tribunal n'a pu accéder à sa demande car aucune preuve de la loi libanaise n'ayant été produite.

⁷⁷ *S.F. c R.J.-S.*, *supra* note 24 aux para 39-42.

⁷⁸ *P.(L.) c B.(F.)*, *supra* note 23.

⁷⁹ *Ibid* aux para 28-29; en conséquence, le tribunal arrive à la conclusion que l'autorité québécoise, le 15 mai 2002, a été la première saisie d'une demande en divorce alors que le mari n'a intenté son recours en divorce que le 4 juin 2002 devant la Cour du Maroc; voir *P.(L.) c B.(F.)*, *supra* note 23 au para 39.

dans le cas où les conjoints sont retournés s'installer dans le pays d'origine, et aucun d'eux ne réside au Québec depuis plus d'un an. Les tribunaux québécois ne sont pas compétents en l'occurrence pour connaître de l'action en divorce, mais ils ont toutefois compétence pour l'action en séparation de corps. La pratique révèle que l'épouse tente parfois un retour au Québec en vue d'introduire une action en séparation de corps pour riposter à celle en divorce intentée à l'étranger par son mari⁸⁰. Nous pensons que la litispendance ne saurait être invoquée au Québec, étant donné l'objet différent de deux actions. En droit interne, il a été jugé qu'il n'y a pas litispendance entre une demande en séparation de corps et une autre en divorce impliquant les mêmes parties⁸¹. Dans le même ordre d'idées, il a été décidé que l'existence d'un divorce libanais non contesté ne fait pas obstacle à la recevabilité de l'action en nullité de mariage au Québec, vu la nature différente de deux actions⁸². Cependant, aussitôt reconnu au Québec, un jugement étranger de divorce serait de nature à rendre inutile faute d'objet une action en séparation de corps postérieurement introduite devant le juge québécois⁸³.

II. Respect de l'ordre public procédural et substantiel

Outre les conditions susmentionnées, l'efficacité internationale du divorce étranger est subordonnée à des exigences de régularité d'ordre extrinsèque. Le défendeur peut toujours soutenir la contrariété du jugement à l'ordre public international de fond et de procédure. Il conviendra dès lors d'envisager successivement le respect des principes essentiels de la procédure (A) et la compatibilité avec l'ordre public international (B).

A. Conformité aux principes essentiels de la procédure

Aux termes de l'article 3155(3), pour être reconnue, la décision étrangère ne doit pas avoir été rendue en violation des principes essentiels de la procédure. Le texte ne précise toutefois pas en quoi consistent ces « principes essentiels » sur le plan procédural dont la méconnaissance entraînerait le refus d'effet au Québec à un jugement étranger. Comme cela a été souligné par la doctrine,

[I]a notion de principes essentiels reste assez vague, ce qui est un inconvénient du point de vue des parties, au plan de la prévisibilité. Mais ceci représente peut-être un avantage, du point de vue du juge, en termes de pouvoir discrétionnaire⁸⁴.

De plus, le texte est muet sur le point de savoir s'il s'agit des principes essentiels de la procédure en vigueur au Québec, ceux du lieu où la décision a été rendue

⁸⁰ Voir par ex *Droit de la famille – 131294*, 2013 QCCA 883 (CanLII); *Droit de la famille – 131784*, 2013 QCCS 3280 (CanLII); la question a toutefois n'a pas été abordée explicitement.

⁸¹ *Droit de la famille – 2573*, AZ-97021076, JE 97-207 (QC CS) aux para 12-13; Si la séparation de corps ne rompt pas le lien du mariage (article 507 CcQ), le jugement de divorce le rompt et permet aux parties d'en contracter un nouveau (article 516 CcQ et *Loi sur le divorce, supra* 17 note art 14).

⁸² *Droit de la famille – 11263*, 2011 QCCS 499 (CanLII); requête en irrecevabilité pour chose jugée rejetée.

⁸³ *Droit de la famille – 103775*, 2010 QCCS 6882 (CanLII).

⁸⁴ Gérard Goldstein, *supra* note 58, n 66.

ou ceux prévalant à l'échelle internationale. Pour les professeurs Talpis et Castel, « il faudrait tenir compte des principes essentiels de la procédure universellement reconnus »⁸⁵. Le professeur Goldstein estime de sa part qu'

à la différence de l'ordre public quant au fond, il ne semble pas que l'on doive y voir une conception *internationale* de la procédure. Puisqu'il s'agit des principes essentiels, le degré de divergence admissible entre la conception interne et les situations internationales est très réduit⁸⁶.

Par conséquent, il préfère se référer aux « principes fondamentaux de la procédure québécoise »⁸⁷. Certains jugements semblent par ailleurs interpréter ces principes à la lumière du droit du tribunal étranger. Ainsi, en *Droit de la famille – 093010*⁸⁸, s'agissant d'une demande de révision d'un jugement marocain rendu en matière d'aliments, la juge Trahan souligne que

[e]n l'instance, le Tribunal n'a pas eu de preuve du droit [étranger] de quelque façon que ce soit. Il doit donc appliquer le droit québécois et déterminer, selon les règles du droit québécois, si la décision a été rendue en violation des principes essentiels de la procédure⁸⁹.

La juge conclut, à tort, que ledit jugement méconnaît les principes essentiels de la procédure, car aucune des parties n'a été domiciliée au Maroc, comme l'exige l'article 70 Cpc⁹⁰.

À la vérité, l'article 3155(3) vise l'ordre public international de procédure. Le texte reflète des impératifs d'ordre processuel liés au droit à une défense pleine et entière. Ces principes peuvent se résumer dans la règle *audi alteram partem*, bien connue en droit international et qui exige que la personne poursuivie « ait été entendue ou dûment appelée »⁹¹. L'exequatur ne saurait être accordé si les droits de la défense ont été méconnus à l'étranger. Pour satisfaire à cette condition, il faut que le jugement étranger soit rendu au terme d'un procès où chaque partie a été régulièrement citée et a pu faire valoir ses prétentions et défenses. Dans l'affaire *Canfield Technologies Inc. c. Servi-Metals Canada Inc.*, la Cour supérieure a eu l'occasion de préciser que « les principes essentiels de la procédure dont parle l'article 3155 CcQ 3e paragraphe, se limitent aux principes très larges d'être assigné avant son procès ainsi que le droit de faire valoir ses moyens de défense »⁹². Les tribunaux vérifient généralement si le défendeur a été régulièrement assigné et représenté et qu'il ait pu faire valoir ses droits.

⁸⁵ Jeffrey A. Talpis et Jean-Gabriel Castel, « Le Code civil du Québec : Interprétation des règles du droit international privé » dans *La réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Québec, Les Presses de l'Université de Laval, 1993, 807 à la p 913; en accord avec Claude Emanuelli, *supra* note 21 à la n 296.

⁸⁶ Gérald Goldstein, *supra* note 20 aux pp 330-331.

⁸⁷ Gérald Goldstein, *supra* note 58, n 68.

⁸⁸ *Droit de la famille – 093010*, 2009 QCCS 5711 (CanLII).

⁸⁹ *Ibid* au para 5.

⁹⁰ Correspond aujourd'hui à l'article 45 du nouveau Cpc.

⁹¹ Henri Kélada, *Reconnaissance et exécution des jugements étrangers*, Cowansville, Yvon Blais, 2013 à la p 312.

⁹² *Canfield Technologies Inc. c Servi-Metals Canada Inc.*, 1999 CanLII 11020 au para 17 (QC CS).

Il est certain que « nos tribunaux considéreraient comme contraire à l'ordre public [procédural] un jugement obtenu sans qu'il y ait eu débat ou contestation »⁹³. Ainsi, encourt le rejet une décision étrangère constatant la rupture du mariage par déclaration unilatérale du mari (*talaq*) sans que l'épouse n'ait été dûment citée ou représentée. L'exequatur sera également refusé si le défendeur n'a pas été atteint par l'assignation du fait des manœuvres frauduleuses du demandeur. Tel est le cas notamment lorsque l'un des époux a fait signifier à l'autre l'action en divorce à une ancienne adresse en sachant pertinemment qu'il n'y habitait plus, le privant ainsi de son droit de se faire entendre⁹⁴.

De même, ne répond pas aux exigences de l'ordre public procédural un divorce obtenu en utilisant la supercherie et la fraude. Dans *Droit de la famille – 072464*⁹⁵, la Cour supérieure refuse de reconnaître pour fraude un divorce prononcé au Royaume de Bahreïn où les parties étaient domiciliées à l'époque avant leur immigration au Canada. Les procédures avaient certes été signifiées à l'épouse, mais l'époux lui avait fait croire qu'il s'était réconcilié avec elle pour qu'elle ne se présente pas à la cour. Le divorce était donc entaché de manœuvres frauduleuses de la part de l'époux privant l'épouse du moyen d'être entendu du juge étranger⁹⁶. Dans la même veine, un jugement étranger obtenu sous de fausses représentations ne saurait être reconnu au Québec. C'est le cas lorsque les parties indiquent dans le certificat de divorce établi par un notaire étranger que « leur union matrimoniale a perdu tout son sens », tandis que la preuve révèle qu'elles ont continué « à vivre ensemble à un rythme encore plus prononcé... après le divorce »⁹⁷. À l'inverse, la jurisprudence a admis que l'absence de motivation n'était pas, à elle seule, de nature à vicier la procédure⁹⁸ et qu'un procès sommaire ne viole pas nécessairement les principes essentiels de la procédure⁹⁹.

Le respect des principes essentiels de la procédure apparaît sous un jour particulier dans le cas où le jugement a été rendu par défaut à l'étranger. Sur ce plan, l'article 3156 alinéa 1 CcQ met en place un régime plus exigeant en prévoyant qu'« [u]ne décision rendue par défaut ne sera reconnue et déclarée exécutoire que si le demandeur prouve que l'acte introductif d'instance a été régulièrement signifié à la partie défaillante, selon la loi du lieu où elle a été rendue ». Cette disposition inverse la charge de la preuve dans le sens que c'est au demandeur d'apporter la preuve de la signification régulière à l'étranger de l'acte introductif de l'instance ayant conduit à la

⁹³ Jeffrey A. Talpis, « Valeur et efficacité des divorces en droit international privé québécois » (1973) 14 C de D 625 à la p 660.

⁹⁴ *D.(J.-Y.) c. M.(C.)(Curateur de)*, 2002 CanLII 14424 (QC CS).

⁹⁵ *Droit de la famille – 072464*, [2007] RJQ 2656, 2007 QCCS 4822 (CanLII) [*Droit 072464*]; conf par *Droit de la famille – 08689*, 2008 QCCA 549 (CanLII).

⁹⁶ Retour à la maison par lui, reprise de la vie commune, reprise des relations sexuelles, décision de partir au Canada avec toute la famille, décision de s'établir au Québec et, enfin, déclaration aux autorités de l'immigration qu'il était toujours marié à madame, alors qu'il donnait pleinement suite aux procédures déjà entreprises.

⁹⁷ *Droit 131574*, *supra* note 30 aux para 55-56.

⁹⁸ Notamment en présence des documents de nature à servir d'équivalents à la motivation; *Society of Lloyd's c Alper*, 2006 QCCS 1203 (CanLII).

⁹⁹ *Stonicroft Resources Inc. c Marble Point Energy Ltd.*, 2011 QCCA 141 (CanLII).

décision dont il demande la reconnaissance¹⁰⁰. La jurisprudence a par ailleurs décidé que même si le jugement étranger atteste du fait que l'acte introductif fut signifié conformément à la loi locale, ceci ne fait pas preuve, surtout si la partie défaillante nie avoir eu connaissance des procédures dirigées contre elle à l'étranger¹⁰¹. Il est donc indispensable que la preuve provienne d'éléments extérieurs à la décision dont la reconnaissance est demandée¹⁰². C'est pourquoi l'article 508 Cpc exige, lorsque la décision a été rendue par défaut, de joindre à la demande « les documents certifiés permettant d'établir que la demande introductive d'instance a été régulièrement notifiée à la partie défaillante ».

Il s'ensuit qu'une décision de divorce obtenu *ex parte* dans un pays musulman ne sera reconnue et déclarée exécutoire que si la demande a dûment été signifiée en vertu des règles existantes dans le pays d'origine du jugement. Dans une procédure par défaut, le juge doit être en mesure de vérifier si la défaillance du défendeur est volontaire ou imputable à une signification irrégulière. De surcroît, même si une signification régulière est établie, le défendeur peut toujours faire obstacle à la reconnaissance en prouvant que « compte tenu des circonstances, [il] n'a pu prendre connaissance de l'acte introductif d'instance ou n'a pu disposer d'un délai suffisant pour présenter sa défense »¹⁰³. L'affaire *Droit de la famille – 182*¹⁰⁴ en fournit une illustration intéressante. Un couple canado-australien marié à Abu Dhabi en 2008, se séparent en 2011. Le mari quitte le pays en avril 2013 pour retourner au Canada. Un mois après, l'épouse intente une action et obtient le divorce à Abu Dhabi en mai 2014. Le mari n'a pas comparu, car l'épouse a prétendu ne pas connaître son adresse et a par conséquent été autorisée par le tribunal étranger à signifier la requête par publication dans un journal local. Une fois apprise l'existence du divorce étranger, le mari intente à tour une action en divorce au Québec en juin 2015. La Cour supérieure a eu à décider s'il y a lieu de reconnaître le jugement émirati. Selon le juge Hamilton, cette reconnaissance se heurte aux principes essentiels de la procédure, car monsieur a produit des échanges courriels prouvant que les parties sont restés en contact pendant toute cette période et que madame savait pertinemment comment le joindre, mais elle a choisi de ne pas le faire. D'après le juge, le mari « *was deprived of the opportunity to contest the Abu Dhabi proceedings. This is a clear breach of audi alteram partem, which is a fundamental principle of procedure* »¹⁰⁵.

La jurisprudence est à cet égard assez fournie. Dans *Droit de la famille – 141651*¹⁰⁶, le juge Thomas M. Davis refusa de reconnaître le divorce marocain pour violation des principes essentiels de la procédure au sens de l'article 3155(3) CcQ,

¹⁰⁰ Gérald Goldstein, *supra* note 20 à la p 350.

¹⁰¹ *Platania c Di Campo*, 2018 QCCA 1532 (CanLII).

¹⁰² Pour plus de détails, voir Harith Al-Dabbagh et Jeffrey A. Talpis, « Jugement rendu par défaut à l'étranger : Le droit québécois protège-t-il suffisamment les défendeurs résidant au Québec? Commentaire sur la décision *Jannesar c. Yousuf* de la Cour supérieure » (2013) 72 R du B aux pp 555-78.

¹⁰³ Art 3156 CcQ.

¹⁰⁴ *Droit de la famille – 182*, 2018 QCCS 3 (CanLII).

¹⁰⁵ *Ibid* au para 29.

¹⁰⁶ *Droit de la famille – 141651*, 2014 QCCS 3221 (CanLII).

car madame n'a eu aucunement l'occasion d'être entendue au Maroc¹⁰⁷, cela d'autant plus que la preuve de sa signification sur place n'a pas été dûment établie conformément à l'article 3156 CcQ¹⁰⁸. La reconnaissance est également exclue lorsque Madame n'a jamais été informée de la procédure puisque Monsieur avait signifié sa demande par publication dans un journal local à l'étranger alors que les deux parties étaient représentées par avocat au Québec¹⁰⁹. Enfin, dans *S.F. c. R.J.-S.*¹¹⁰, pour refuser de reconnaître un jugement de divorce rendu par défaut en Iran, la juge Louise Lemelin met l'accent sur l'irrégularité de la signification à l'étranger :

[47] Alors que monsieur réside habituellement au Canada depuis quatre ans, il intente des procédures en Iran. Il explique que la procédure n'a pu être signifiée prétextant qu'il ignorait où vivait la demanderesse. Cette impossibilité de retracer madame n'a pas été établie, mais l'aveu de monsieur confirme l'absence de signification. Le témoignage de la demanderesse corrobore ce fait, non seulement la procédure ne lui a pas été signifiée, mais elle n'a eu aucune connaissance de ce recours. Elle apprend l'existence de ce jugement plus tard.

[48] Ce défaut de signification est fatal et le jugement étranger de divorce ne peut être reconnu.

Il n'en demeure pas moins que la conformité à l'ordre public sur le plan procédural ne suffit pas pour doter le divorce musulman de pleine efficacité, faudrait-il encore que celui-ci franchisse un dernier obstacle majeur, celui de la compatibilité avec l'ordre public substantiel.

B. Non-contrariété à l'ordre public international

Aux termes de l'article 3155(5) CcQ la décision étrangère sera privée d'effet lorsque son « résultat [...] est manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales ». Ce texte reprend en matière d'exequatur, les dispositions de l'article 3081 CcQ ayant trait à l'exception d'ordre public. Sur ce point, les commentaires du ministre de la Justice mettent l'accent sur la nécessité de distinguer l'ordre public, tel qu'il est entendu dans les relations internationales, de l'ordre public en droit interne :

[L'article 3081] est de droit nouveau. Le Code civil du Bas-Canada ne distingue pas l'ordre public interne de l'ordre public international. La doctrine moderne reconnaît qu'une telle distinction doit être faite et la jurisprudence l'a confirmée.

En effet, la situation n'est pas la même suivant qu'une disposition d'ordre public fait obstacle à l'acquisition d'un droit au Québec ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire au Québec les effets d'un droit acquis à l'étranger en

¹⁰⁷ *Ibid* au para 55.

¹⁰⁸ *Droit de la famille – 141651* aux para 58-59.

¹⁰⁹ *Droit de la famille – 3454*, AZ-99022106, JE 99-2297 (QC CS).

¹¹⁰ *S.F. c R. J.-S.*, *supra* note 24.

conformité avec la loi applicable suivant les règles de droit international privé québécoises. Dans ce dernier cas, il faut, pour que l'application des dispositions de la loi d'un État étranger soit exclue, que celles-ci heurtent des conceptions morales, sociales, économiques et politiques fondamentales¹¹¹.

Il en découle qu'une décision étrangère ne saurait être reconnue si son résultat heurte de front les conceptions morales, sociales, économiques ou même politiques qui sous-tendent l'ordre juridique québécois. L'ordre public international est en effet un mécanisme de défense de l'ordre juridique du for qui constitue un frein aux solutions étrangères et à l'accueil des jugements étrangers. L'usage de l'expression « manifestement incompatible » met en relief que les tribunaux ne devraient faire appel à l'ordre public que dans des cas graves. À cet égard, la Cour suprême a eu récemment l'occasion de préciser qu'une telle opposition « doit être grave et doit s'apprécier concrètement, afin de vérifier si l'incorporation de ce résultat dans l'ordre juridique québécois matérialise véritablement ce conflit de conceptions »¹¹². Le point focal de l'analyse doit au surplus porter sur le résultat de la décision objet de l'exequatur et non sur la loi étrangère¹¹³. À l'aune de ces principes, la question se pose avec acuité quant à la mise en œuvre de l'ordre public pour s'opposer aux divorces prononcés selon les préceptes en vigueur en pays d'Islam.

Soulignons d'abord que le droit musulman classique (*fiqh*) admet la dissolution du mariage par des moyens très variés, pour des motifs très différents et à des proportions très variables selon l'école considérée¹¹⁴. Il sied donc d'examiner minutieusement la loi étrangère ayant été appliquée pour savoir exactement laquelle des voies a été empruntée pour dissoudre le lien conjugal. En dépit de l'hétérogénéité des législations, on peut ramener à quatre les modes de divorce souvent usités dans les systèmes d'inspiration musulmane : le *talaq* qui est la rupture du mariage par la volonté unilatérale du mari, le *khul* qui est le divorce par consentement mutuel moyennant compensation, le *tafriq* ou *faskh* qui est la résiliation du lien matrimonial prononcé par le juge à la demande de l'une des parties dans les cas déterminés par la loi, et enfin le *tafwid*, qui est la rupture du mariage par déclaration unilatérale de la femme lorsque cette faculté lui a été octroyée par une clause dans l'acte du mariage ou après¹¹⁵.

Il sied d'affirmer d'emblée que l'ordre public au sens de l'article 3155 ne s'oppose point à la réception des divorces étrangers prononcés sur des bases inconnues

¹¹¹ Ministère de la justice, *supra* note 14 à la p 1954.

¹¹² *R.S. c P.R.*, *supra* note 51 au para 53.

¹¹³ *Ibid* au para 56; dans cette affaire, la Cour suprême reproche à la juge de première instance d'avoir accordé trop d'importance à la question de savoir si l'article 1096 du Code civil belge, qui consacre la révocabilité ad nutum des donations faites entre époux au cours du mariage, était conforme à la Charte canadienne alors que c'était le résultat de la décision étrangère qui devait faire l'objet de l'examen.

¹¹⁴ Pour une étude d'ensemble de la question, voir Yvon Linant De Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé. Le mariage. La dissolution du mariage*, t 2, Paris – La Haye, Mouton & Co., 1965 à la p 305 et s; ainsi, en droit marocain, l'on a pu recenser la coexistence d'au moins onze voies différentes d'accès au divorce. Voir Mohamed Chafi, *supra* note 22 à la p 267 et s.

¹¹⁵ Le mariage musulman étant de nature purement consensuelle, il est admis que l'épouse puisse disposer, en vertu d'une clause matrimoniale, de la faculté d'exercer elle-même le *talaq*. Le *Code de la famille marocain* le prévoit expressément à l'article 89, sous le vocable (*tamlik*).

du droit canadien¹¹⁶. Dans cette perspective, le divorce par consentement mutuel avec ou sans compensation¹¹⁷ ne pose guère de difficulté en pratique, compte tenu de la facilité avec laquelle on peut, en droit positif canadien, obtenir un divorce en cas de séparation d'un an¹¹⁸. Le *khul*, une forme de divorce consensuel connue, selon des modalités différentes, de la plupart des systèmes musulmans, pourrait ainsi être accueilli¹¹⁹. L'article 114 du Code de la famille marocain y fait allusion en précisant que

les époux peuvent consentir d'un commun accord au principe de mettre fin à leur relation conjugale, sans ou avec des conditions, pourvu que celles-ci ne soient pas contraires aux dispositions de ce code et ne portent pas préjudice aux intérêts des enfants.

Dans *Droit de la famille – 1466*¹²⁰, la Cour d'appel semble admettre implicitement la possibilité par une partie de renoncer à certains droits pécuniaires pour obtenir l'acquiescement de l'autre partie au divorce¹²¹. De même, dans *Droit de la famille – 192203*¹²² le tribunal donne effet à un jugement étranger entérinant un divorce à l'amiable en vertu duquel l'épouse renonce à certaines réclamations financières.

La même solution vaut pour le divorce prononcé par le juge à la demande de l'un des époux pour diverses raisons, telles que la désunion, la discorde, l'absence, le défaut d'entretien ou le préjudice. Les tribunaux québécois ont eu à connaître de tels cas dès 1971 dans *Karim c. Ali*¹²³. En l'espèce, la Cour supérieure déclare valide un jugement de divorce irrévocable prononcé en 1968 par la Cour de première instance du Caire à la demande l'épouse, alors que les parties y étaient encore domiciliées. Aucun argument n'a été soulevé concernant le respect de l'ordre public et le tribunal énonce n'avoir aucun doute sur le respect de cette exigence. Plus récemment, un divorce prononcé par un tribunal tunisien à la demande de l'épouse en raison de la détérioration des relations conjugales (discorde irrémédiable) a été également reconnu et déclaré exécutoire au Québec¹²⁴.

¹¹⁶ Jeffrey A. Talpis, *supra* note 32 à la p 156. En effet, la *Loi sur le divorce* prévoit une seule cause de divorce : l'échec du mariage, *Loi sur le divorce, supra* 18 note art 8(1).

¹¹⁷ La compensation peut être la renonciation par la femme à réclamer la partie de sa dot non encore versée ou la restitution de la portion déjà versée. Pour un divorce *Khul* en Égypte voir *Paquette c Nassef, AZ-96021384, JE 96-1015 (QC CS)*.

¹¹⁸ Jeffrey A. Talpis, *supra* note 32 à la p 157.

¹¹⁹ Cette solution est admise en droit français, Cass civ 1^{re}, 24 septembre 2014, *Légifrance* n° 13-20.049, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000029510726/>>.

¹²⁰ *Droit de la famille – 1466*, 1991 CanLII 3200 (QC CA).

¹²¹ Selon la Cour d'appel, n'est pas contraire à la Charte, la loi syrienne qui prévoit que « si le mari demande le divorce, il doit payer la dot et laisser les bijoux à l'épouse; si, par contre, c'est elle qui le requiert, elle renonce à exiger la dot et doit remettre les bijoux ».

¹²² *Droit de la famille – 192203*, 2019 QC CS 4562 (CanLII) au para 14; sans se prononcer toutefois sur l'allégation de l'épouse qu'une telle renonciation ait été obtenu par chantage, ce débat pouvant se faire devant le juge saisi des mesures provisoires.

¹²³ *Karim c Ali*, AZ-71021131 [1971] CS 439.

¹²⁴ *Droit de la famille – 191053, supra* note 27; je remercie Me Kemal Balti, avocat à Montréal, de m'avoir fourni une copie anonymisée de son rapport d'expertise portant sur cette affaire.

Le problème doit dès lors être nettement posé : le seul divorce musulman qui est susceptible d'attirer les foudres de l'ordre public est le divorce par déclaration unilatérale du mari (*talaq*), couramment appelé « répudiation » dans la littérature occidentale. Les lois qui admettent un tel mode de dissolution du mariage l'accordent le plus fréquemment à la suite de l'intervention d'une autorité compétente (judiciaire ou religieuse). Pour produire ses effets, la dissolution du lien matrimonial nécessite donc le prononcé d'un jugement¹²⁵. La doctrine et la jurisprudence sont partagées sur la question de savoir si l'ordre public international, même sous sa forme atténuée, devrait s'opposer à ce mode de dissolution du mariage.

Compte tenu du caractère égalitaire inhérent au divorce canadien, les professeurs Goldstein et Groffier affirment qu'« il est certain qu'un grand nombre de ces répudiations devra être rejeté en raison des discriminations fondées sur le sexe qu'elles consacrent ». Et d'ajouter que ce rejet est encouru si bien même que l'épouse ait eu la possibilité de faire valoir ses droits et ait pu obtenir des dommages-intérêts, car « la femme ne peut remettre en cause le principe [même] de la répudiation »¹²⁶. Claude Emanuelli va dans le même sens en estimant que « les tribunaux québécois refusent de reconnaître [...] un jugement qui entérine la répudiation unilatérale d'une épouse par son époux »¹²⁷. En revanche d'après le professeur Talpis, en l'absence de lien suffisant avec le Québec, les tribunaux devraient reconnaître le divorce par *talaq* rendu par une autorité compétente, « même s'il est discriminatoire dans l'abstrait »¹²⁸.

En pratique, le déclenchement de l'ordre public face aux répudiations musulmanes a suscité une jurisprudence incertaine. En 1997, dans *Droit de la famille – 2054*¹²⁹, la juge Bénard refuse d'accorder effet à un jugement de répudiation rendu en Algérie au motif que la décision étrangère en cause est manifestement incompatible avec l'ordre public international au Québec et plus précisément, avec le principe de l'égalité des époux. Selon la preuve, le Code de la famille algérien traite différemment les demandes formulées par l'époux et l'épouse. Le mari peut tout simplement répudier l'épouse par sa seule volonté, alors que cette dernière est toujours obligée de justifier toute demande en divorce¹³⁰. Ce traitement inégalitaire justifie, d'après la juge, l'intervention de l'ordre public¹³¹. Pareil raisonnablement a également prévalu en 2003 dans l'affaire *L.P. c. F.B.*¹³² où le juge Frappier refuse d'accueillir une décision marocaine constatant une répudiation. En l'espèce, la preuve d'expert a démontré que le droit musulman, codifié au Maroc

¹²⁵ Voir par ex l'article 49 du *Code de la famille algérien* qui prévoit que « Le divorce ne peut être établi que par jugement précédé de plusieurs tentatives de conciliation des parties effectuées par le juge, au cours d'une période qui ne saurait excéder un délai de trois (3) mois à compter de l'introduction de l'instance »; en accord avec l'article 81 et s du *Code de la famille marocain* de 2004.

¹²⁶ Gérald Goldstein et Ethel Groffier, *supra* note 33 à la p 142.

¹²⁷ Claude Emanuelli, *Étude comparative sur le droit international privé au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2019 à la p 128.

¹²⁸ Jeffrey A. Talpis, *supra* note 32 à la p 43.

¹²⁹ *Droit de la famille – 2054*, *supra* note 37.

¹³⁰ *Ibid* aux para 149-50.

¹³¹ *Droit de la famille – 2054*, *supra* note 37 aux para 156, 197.

¹³² *P.(L.) c. B.(F.)*, *supra* note 23.

sous l'ancienne *Moudawana*, permet au mari de répudier son épouse par sa seule volonté, alors que celle-ci est obligée de motiver toute demande en divorce¹³³. D'après le juge,

le principe d'ordre public international est défini et comparé avec l'ordre public du for et qu'en conséquence on peut se référer aux Chartes canadienne et québécoise et à la Déclaration universelle des droits de l'homme qui reconnaissent que l'homme et la femme sont égaux durant le mariage et lors de sa dissolution¹³⁴.

Le juge fait siens les motifs énoncés par la juge Bénard, et rappelle que «[l]e simple fait [de permettre] à l'époux de répudier son épouse, que ceci se fasse sous contrôle judiciaire ou non, constitue un manquement fondamental à l'ordre public international »¹³⁵.

L'analyse de cette jurisprudence révèle que les juges semblent procéder à une appréciation *in abstracto* de la loi étrangère sous l'empire de laquelle le divorce a été prononcé et exclure la reconnaissance pour la simple raison que celle-ci est contraire au principe de l'égalité des époux. Il n'est donc guère surprenant qu'une telle démarche a pu conduire, suivant les termes mêmes du juge Frappier, à une déclaration catégorique selon laquelle « l'application et le résultat de la loi marocaine seront rarement conformes à notre notion d'ordre public international »¹³⁶. Une telle prise de position risquerait de transformer le Québec en paradis des divorces boiteux internationaux!

À l'opposé, une démarche plus nuancée a été retenue en 2007 dans l'affaire *Droit de la famille – 072464*¹³⁷. Pour le juge Senécal, on ne saurait s'opposer de façon systématique à un « divorce [qui] est prononcé en pays musulman suivant les principes islamiques »¹³⁸. Il est de même difficile de prétendre que « tout ce qui contrevient aux chartes canadienne et québécoise va contre l'ordre public "international" »¹³⁹. Toute en admettant que l'inégalité des conjoints en droit islamique « heurte les valeurs et la conscience du tribunal », le juge estime néanmoins qu'« il faut se garder d'évaluer ce qui se passe dans un pays étranger à la seule lumière de nos valeurs, même les plus profondes »¹⁴⁰. Les motivations du juge Senécal sur ce point ont été implicitement approuvées par la Cour d'appel¹⁴¹. La relativité de l'ordre public ici prônée a trouvé écho plus tard dans *Droit de la famille – 103775*¹⁴², où le juge Martin Bédard estime :

¹³³ *Ibid* aux para 51-52.

¹³⁴ *P.(L.) c. B.(F.)*, *supra* note 23 au para 50.

¹³⁵ *Ibid* au para 53.

¹³⁶ *P.(L.) c. B.(F.)*, *supra* note 23 au para 55.

¹³⁷ *Droit de la famille – 072464*, *supra* note 95.

¹³⁸ *Ibid* au para 44.

¹³⁹ *Droit de la famille – 072464*, *supra* note 95 au para 47.

¹⁴⁰ *Ibid* au para 53.

¹⁴¹ *Droit de la famille – 08689*, 2008 QCCA 549 (CanLII) au para 6.

¹⁴² Des québécois domiciliés aux Émirats arabes unis depuis plus de cinq ans. Le mari répudie sa femme sur place, celle-ci, une fois retournée au Québec, réplique par une action en séparation de corps et demande la garde des enfants restés à Dubaï. Le juge accède à la demande de Monsieur et décline compétence en faveur des tribunaux émiratis, en vertu de l'article 3142, car les enfants y sont domiciliés et une cause y est pendante où madame est représentée. La requête en séparation est également rejetée aux motifs qu'un divorce a déjà été prononcé à l'étranger et doit être reconnu au Québec jusqu'à preuve du contraire : *Droit 113775*, *supra* note 83 aux para 41-42.

[34] Il n'appartient pas à la Cour supérieure du Québec de décider que la façon de vivre que nous avons au Québec, que les lois qui nous régissent doivent avoir préséance sur les façons de vivre ou de se comporter, des gens, de religion ou de mœurs différentes dans d'autres pays.

Pour l'essentiel, cette jurisprudence revient à subordonner le déclenchement de l'exception d'ordre public à l'existence de lien suffisant de la situation considérée avec l'ordre juridique québécois au moment du prononcé de la répudiation. Il s'agit d'une application en droit québécois de la théorie allemande de la *Binnenbeziehung* faisant dépendre l'intensité de l'intervention de l'ordre public des attaches que présente la situation litigieuse avec le for¹⁴³. Par conséquent, l'ordre public ne s'oppose pas aux répudiations prononcées alors que toutes les personnes concernées résident à l'étranger, indépendamment du fait qu'elles ont immigré au Canada par la suite. Le juge Sénécal tient compte du fait qu'au moment où le jugement étranger a été rendu, les parties n'avaient aucun lien avec le Québec¹⁴⁴. Implicitement, l'évaluation de la proximité s'opère lors du prononcé de la décision à l'étranger et non au moment de sa réception¹⁴⁵. Ce raisonnement nous semble bien-fondé. Il s'agit des situations qui ont été acquises à l'étranger et qui y ont produit leurs effets alors qu'elles ne présentaient aucun point de contact avec l'ordre juridique du for. En raison de l'éloignement de la situation par rapport à l'ordre juridique québécois, l'ordre public jouera dans son effet « atténué » et ne s'opposera pas à l'accueil du jugement étranger. Une telle position s'aligne sur celle de la Cour de cassation française subordonnant l'intervention de l'ordre public à l'existence de liens de proximité avec le for (nationalité ou domicile en France)¹⁴⁶. On pourrait dès lors penser que le domicile au Québec de l'un des époux déclencherait le jeu de l'ordre public et ferait obstacle à la reconnaissance de la répudiation étrangère; l'impact dans l'espace juridique québécois étant caractérisé.

Cependant, au-delà de l'élément de proximité, l'appréciation de la contrariété à l'ordre public implique de déterminer s'il existe une divergence intolérable entre les conséquences découlant de l'application de la décision étrangère et les principes fondamentaux du for¹⁴⁷. Une simple divergence ne suffit pas, même si la loi du for est impérative et d'ordre public. Sous cet aspect, l'ordre public garantit des droits fondamentaux intangibles tels que le droit à la vie ou la prohibition des traitements inhumains et dégradants. Il est loin d'être certain que le fait pour une législation de faire subir à une partie des conséquences économiques défavorables en cas de dissolution du mariage ne « puisse être élevé à la dignité d'un affront à la conscience de l'humanité », a pu admettre la Cour d'appel en 1991¹⁴⁸.

¹⁴³ L'admission de cette théorie a été réclamée depuis longtemps en doctrine québécoise : voir Gérard Goldstein et Ethel Groffier, *supra* note 67, n 117 à la p 271.

¹⁴⁴ *Droit de la famille – 072464*, *supra* note 95 au para 52.

¹⁴⁵ Jeffrey A. Talpis, *supra* note 3 à la p 43; H.P. Glenn, *supra* note 34 aux pp 681-84; *contra*, Gérard Goldstein *supra* note 58, n 74. Goldstein estime que le juge devra évaluer la contrariété à l'ordre public non au moment de la décision fut rendue, mais au moment de la reconnaissance.

¹⁴⁶ Cass civ 1^{re}, 17 février 2004, RCDIP, n° 2004.424, note Petra Hammje, JDI, n° 2004.867, note Gilles Cuniberti; Cass civ 1^{re}, 14 mai 2014, (2014) Bull civ I, n° 89.

¹⁴⁷ Jeffrey A. Talpis, *supra* note 3 aux pp 7-8.

¹⁴⁸ *Droit de la famille – 1466*, *supra* note 120.

Une telle interprétation est récemment rappelée par la Cour suprême du Canada dans *R.S. c. P.R.*¹⁴⁹ :

Il ressort de [l'art. 3155 (5)] que c'est le résultat de la décision étrangère qui doit faire l'objet de l'analyse, et non les lois de l'État étranger. L'article 3081 C.c.Q. va d'ailleurs dans le même sens. Il ne s'agit pas de faire la leçon aux autorités étrangères sur leur propre droit. Le rôle du tribunal québécois consiste simplement à s'assurer que ne soit pas exécutée une décision étrangère dont le résultat serait à ce point incompatible avec certaines des valeurs qui sous-tendent le système juridique québécois qu'il ne pourrait être incorporé à celui-ci [...]. En somme, la conformité avec l'ordre public international requiert simplement que l'on s'assure que la solution donnée par le jugement étranger pourra s'intégrer de manière harmonieuse dans l'ordre juridique du for québécois¹⁵⁰.

Il en découle qu'au stade de la confrontation à l'ordre public, ce qui compte, ce n'est pas la solution abstraite dont le juge étranger a fait application, mais le résultat concret de l'application de la loi étrangère à la situation considérée¹⁵¹. La décision étrangère peut sembler contraire à l'ordre public, alors que son résultat ne l'est pas nécessairement¹⁵². Appliqué à la répudiation, le principe de l'appréciation *in concreto* pourrait sauver la reconnaissance si les circonstances de l'espèce faisaient apparaître que la femme ait consenti à la dissolution du mariage; ce consentement serait de nature à compenser l'inégalité originelle¹⁵³. L'acquiescement de l'épouse à la répudiation permettrait dès lors d'accueillir la répudiation en l'assimilant au divorce par consentement mutuel. Le consentement peut être tacite et résulter d'une demande de reconnaissance au Québec formée par la femme, lorsque celle-ci est désireuse de tirer les conséquences de la dissolution du mariage¹⁵⁴ ou du fait que les parties ont procédé, d'un commun accord, à un divorce par répudiation selon les lois du Maroc¹⁵⁵. Il peut aussi être déduit du fait que

Madame reconnaît elle-même la validité de ce divorce et s'en réclame formellement auprès des autorités québécoises et canadiennes lorsqu'elle remplit ses déclarations d'impôts, demande de l'aide financière ou obtient sa carte d'assurance-maladie, par exemple¹⁵⁶.

Au demeurant, la simplicité avec laquelle un divorce peut être obtenu au Canada empêche aujourd'hui d'opposer l'ordre public au caractère unilatéral du procédé. La décision de divorcer peut autant être unilatérale et résultante du refus de cohabiter pendant

¹⁴⁹ *R.S. c P.R.*, *supra* note 51.

¹⁵⁰ *Ibid* au para 52.

¹⁵¹ Marie-Laure Niboyet, « Regards français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes » (2006) 58:1 RIDC 27 à la p 31.

¹⁵² Claude Emanuelli, *supra* note 21 à la n 299.

¹⁵³ Marie-Laure Niboyet, *supra* note 151 aux pp 27, 32.

¹⁵⁴ Une telle solution est bien acquise en France : Cass civ 1^{re}, 11 mars 1997, D à la p 400 ; Cass civ 1^{re}, 17 février 2004, Bull civ, n° 259.

¹⁵⁵ *Idrissi Kaïtouni c Idrissi Kaitouni*, 2006 QCCS 3663 (CanLII) aux para 34-35; en l'espèce, la femme réclame le partage des biens au Québec consécutivement à un *talaq* au Maroc.

¹⁵⁶ *Droit de la famille – 192203*, 2019 QCCS 4562 (CanLII) au para 10.

un an, plaçant ainsi le juge québécois dans une situation peu ou prou similaire¹⁵⁷. Cela étant, le débat devra se déplacer sur le terrain de la discrimination dans la mesure où l'accès au divorce n'est pas le même pour l'homme et la femme. Est-ce que l'épouse dispose dans les faits d'un pouvoir équivalent à celui du mari en ce sens qu'elle puisse mettre fin au mariage dans des conditions semblables, c'est-à-dire en l'absence de faute à reprocher à son conjoint, même si celui-ci s'y oppose ? Le raisonnement doit se faire au cas par cas, étant donné que la diversité de législations est très accusée sur ce point. Une appréciation globale des différentes formes de divorce admises par la loi étrangère est alors préconisée¹⁵⁸. Il convient d'y apprécier si les différentes procédures ouvertes selon les cas à chacun des époux n'aboutissent pas en somme à instaurer une égalité, voire un certain équilibre quant à la dissolution du mariage. Le « [t]out dépend[ra] donc de l'équilibre [général] réalisé ou non par le système juridique en cause », qui, à cet égard, doit être « appréhendé dans sa totalité, avec sa logique interne, ses contrepoids [légaux ou jurisprudentiels] et ses évolutions »¹⁵⁹.

L'on peut certes reprocher aux répudiations musulmanes le fait que ce mode particulier de dissolution établisse une différence flagrante de traitement entre les époux, en ce qu'elle prive l'épouse d'un droit équivalent à celui du mari dans la rupture du lien conjugal. Or, relativement à certaines législations récentes, un examen *in globo* de la *lex causae* permettrait de constater que l'épouse peut dorénavant obtenir la dissolution du mariage dans des conditions qui sont plus ou moins similaires à celles du mari¹⁶⁰. En droit marocain par exemple, il a été soutenu que le divorce pour discorde et désunion (*chikaq*), introduit en 2004, serait pour la femme l'équivalent fonctionnel de ce qu'est la répudiation pour l'homme¹⁶¹. Il s'agit d'un procédé par laquelle l'épouse parvient unilatéralement à rompre son mariage, sans besoin de motiver sa requête et en dépit d'une éventuelle opposition de son mari. La faculté de mettre fin unilatéralement au mariage se trouverait ainsi bilatéralisée, compte tenu de l'économie générale du système¹⁶².

En somme, la grande malléabilité de la notion d'ordre public permet de répondre à la nécessité de concilier la défense des valeurs chères à l'ordre juridique

¹⁵⁷ L'article 8(1a) de la *Loi sur le divorce* consacre une sorte de divorce par répudiation unilatérale en droit québécois. Le juge est obligé de le prononcer après avoir vérifié une condition purement objective : une séparation d'un an.

¹⁵⁸ Harith Al-Dabbagh, « Droit international privé et relativisme culturel : entre contrastes et paradoxes », dans Frédéric Bérard, Jean Leclair et Michel Morin dir, *La diversité culturelle et linguistique au Canada et au Maroc en droit interne et en droit international*, Montréal, Thémis, 2018 à la p 85 et s.

¹⁵⁹ Hugues Fulchiron, « Ne répudiez point... : Pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004 » (2006) 58:1 RIDC 7 à la p 18.

¹⁶⁰ En Égypte, la *Loi n°1-2000* instaure un nouveau mode de dissolution du mariage permettant à la femme de rompre unilatéralement son mariage. Sur ce point, voir Nathalie Bernard-Maugiron, « Quelques développements récents dans le droit du statut personnel en Égypte », (2004) 56:2 RIDC 355 aux pp 359 et s; sur le droit algérien, voir Kamel Saïdi, « La réforme du droit algérien de la famille : Pérennité et rénovation » (2006) 1 RIDC 119; sur le droit irakien : Harith Al-Dabbagh, « Droit de la famille et nouvelle Constitution irakienne » (2007) 3 *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif* 1507.

¹⁶¹ Voir notamment Khalid Zaher, « Plaidoyer pour la reconnaissance des divorces marocains; à propos de l'arrêt de la première chambre civile du 4 novembre 2009 » (2010) 99:2 RCDIP 313; Denis Thévenet-Montfrond, « Refus d'exequatur du divorce sous contrôle judiciaire marocain : une approche incomplète de la Moudawana » 114 *Revue Lamy droit civil* 2014 39.

¹⁶² Voir Harith Al-Dabbagh, *supra* note 158 aux pp 106-09; Mohamed Chafi, *supra* note 22 à la p 298.

québécois, avec l'harmonie internationale des solutions et la tolérance due à des traditions culturelles différentes. Seules seront rejetées les répudiations les plus choquantes : celles qui sont faites dans un but frauduleux, celles qui méconnaissent les droits de la défense, ou encore celles qui n'accordent pas à l'épouse de pouvoirs équivalents en termes de dissolution du mariage. Un tel raisonnement rime avec l'approche préconisée par la Cour suprême dans *Bruker c. Marcovitz*, en présence d'un système d'inspiration religieuse : « [u]ne fois que le tribunal se déclare compétent pour connaître d'un litige comportant des aspects religieux [...] il doit s'efforcer "d'arriver à la meilleure compréhension possible de la tradition et de la coutume applicable" »¹⁶³.

Si la désunion des sexes est un problème commun à toute l'humanité, les réponses apportées par les législations nationales diffèrent grandement. Comme l'affirme bien la Cour d'appel sous la plume du juge Dalphond, « [l]a résolution des conflits de droit international privé est souvent complexe, parsemée d'écueils factuels et juridiques »¹⁶⁴. La question de la reconnaissance des divorces prononcés en terre d'Islam en fournit une belle illustration. Au Québec, l'analyse de la jurisprudence révèle des hésitations, des incertitudes, voire un certain malaise face aux institutions islamiques qui viennent interpeller sans cesse les juges québécois. Elle révèle la difficile coordination d'ordres juridiques dont les particularismes religieux, sociaux, politiques et culturels s'exacerbent et s'affrontent, particulièrement sur le plan de la dissolution du lien conjugal.

Il est indéniable que

[l]es ordres juridiques voyagent en même temps que les personnes. Ils les accompagnent. Et c'est bien la fonction du droit international privé que de permettre cette circulation des systèmes juridiques à travers les frontières. Il lui appartient en effet, de dire si un pays qui accueille un étranger accueille en même temps son droit, ses valeurs et sa normativité. Mais il ne suffit pas d'admettre la possibilité pour un ordre juridique de recevoir un droit étranger. Il importe de savoir comment, dans quelles conditions et dans quelles proportions¹⁶⁵.

À cet égard, si l'intention manifeste du codificateur de 1991 fut celle de favoriser la reconnaissance des jugements étrangers, la pratique jurisprudentielle telle que se dégagent des développements précédents, tend à en limiter sensiblement l'effectivité. Le divorce musulman se heurte inlassablement au phénomène de la frontière.

Comme une excellente thèse l'a bien analysé, deux principes de droit international privé peuvent entrer en collision¹⁶⁶ : d'une part, le principe de continuité

¹⁶³ *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54 (CanLII) au para 45, citant le juge Gonthier dans *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 RCS 165, 1992 CanLII 37 (CSC).

¹⁶⁴ *M.(G.) c F.(A.M.)*, [2003] RJQ 2516 au para 5, 2003 CanLII 41691 (QC CA).

¹⁶⁵ Ali Mezghani, *supra* note 8 à la p 25.

¹⁶⁶ Marie-Claude Najm, *supra* note 7 aux pp 75 et s.

des situations juridiques qui tend à assurer la permanence du statut des individus et la sécurité juridique dans les relations internationales et d'autre part, le principe de cohésion du for qui s'oppose à la l'application de lois ou à la reconnaissance de jugements qui heurtent les valeurs intangibles de l'ordre juridique du for. L'équilibre à trouver demeure délicat. L'état des personnes s'accommode mal d'une « validité géographiquement limitée »¹⁶⁷. Une enquête empirique menée auprès des Canadiens musulmans révèle le souci de cette population, et notamment des femmes, d'obtenir un divorce à la fois reconnu au Canada que dans leurs pays d'origine, car leur vie se situe dans les deux, du moins sur le plan psychologique¹⁶⁸.

Un divorce boiteux, obtenu dans le pays d'origine, mais non reconnu dans le pays d'accueil, est certes à éviter, mais l'accueil inconditionnel

serait certainement la manifestation d'un universalisme juridictionnel déplacé en ce que, ignorant la réalité du phénomène de la frontière qui marque encore de nos jours l'organisation juridique du monde, il oublierait qu'aucune garantie de bonne justice n'est attachée, en soi, ni à la procédure étrangère qui a conduit au jugement ni à la solution que ce dernier consacre¹⁶⁹.

Il risque par ailleurs de compromettre l'intégration tant souhaitée des immigrés.

Il nous semble tout de même erroné de vouloir raisonner en termes de conflit de cultures opposant, d'un côté, les sociétés orientales, dans lesquelles les femmes seraient inexorablement vouées à un statut d'infériorité, et de l'autre, les sociétés occidentales, campées fièrement sur le principe d'égalité des sexes. L'on peut aisément relever aujourd'hui des lignes de convergence se dessinant entre les deux mondes. Une dynamique de rapprochement est susceptible à l'avenir de rendre moins âpre la communicabilité entre les deux. D'une part, une évolution des droits de la famille est perceptible dans le monde musulman. Dans de nombreux pays, la pratique de la répudiation est rendue plus ardue par un certain nombre de mesures édictées par les législateurs contemporains. Elle a tendance à s'émouvoir en véritable divorce judiciaire. Le droit québécois ne s'oppose d'ailleurs pas à l'accueil des autres modes de divorce en vigueur dans ces ordres (divorce pour discorde, le divorce par consentement mutuel, voire une répudiation qui ne présente aucun lien de proximité avec le for). D'autre part, le passage envisagé du droit québécois d'une conception institutionnelle à une conception contractuelle du mariage est également de nature à atténuer les différences avec le mariage musulman¹⁷⁰. Les propositions de réforme faites à cet égard s'inscrivent dans un courant favorable à l'élargissement de l'espace conféré à la volonté

¹⁶⁷ Marie-Claude Najm, *supra* note 62 aux pp 220-221.

¹⁶⁸ Anne Saris et al, *Étude de cas auprès de Canadiennes musulmanes et d'intervenants civils et religieux en résolution de conflits familiaux : Une recherche exploratoire menée à Montréal en 2005-2007*, avec la collaboration du Collectif des femmes immigrantes du Québec, Montréal, 2007 aux pp 68 et s.

¹⁶⁹ Pascal de Vareilles-Sommières, « Jugement étranger : matières civile et commerciale » dans *Répertoire de droit international* Dalloz, Paris, Dalloz, février 2020, n 3.

¹⁷⁰ La place du consensualisme en droit familial musulman est traditionnellement beaucoup plus étendue que dans les pays occidentaux de tradition civiliste; Yvon Linant De Bellefonds, *supra* note 114 aux pp 40, 89; Pierre Gannagé, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille » (1992) RCDIP aux pp 425 et s.

individuelle dans l'aménagement du régime appliqué aux rapports de famille au détriment de l'ordre impératif jadis souverain en la matière¹⁷¹.

Il n'en demeure pas moins que, pour le juge occidental, l'appréhension d'un droit religieux est davantage malaisée que celle d'un droit laïque, car le premier ne se trouve pas uniquement dans des instruments classiques comme la loi ou la jurisprudence. De nombreux auteurs ont mis avec justesse l'accent sur le fossé qui sépare le droit tel que formulé dans le discours académique (*law in books*), du droit tel qu'il est perçu, vécu et pratiqué dans ces sociétés (*law in minds* et *law in action*)¹⁷². La spécificité des institutions familiales musulmanes, intimement liées à la morale et à la religion, implique une investigation plus poussée en vue de pénétrer la dimension plurielle du droit.

La gestion du pluralisme n'est certes pas chose aisée. Il ne faudra néanmoins jamais perdre de vue que « la quête du droit international privé a toujours été, et le restera encore, celle de la recherche d'un équilibre entre l'exigence d'ouverture, et la nécessaire préservation de valeurs que le for tient pour fondamentales »¹⁷³. La réception est à ce prix!

¹⁷¹ Comité consultatif sur le droit de la famille, Alain Roy (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, Thémis, 2015.

¹⁷² Les recherches des sociologues, anthropologues et comparatistes mettent l'accent sur le décalage entre les règles strictes et les pratiques souples en droit musulman : voir par ex Bernard Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, coll Hommes et sociétés, Aix-en-Provence, Karthala-Iremam, 1993; Baudouin Dupret (dir.), *La Charia aujourd'hui : Usages de la référence au droit islamique*, Paris, La Découverte, 2012; sur les concepts *law in mind* et *law in action*, voir William Ewald, « *Comparative Jurisprudence (I): What Was It like to Try a Rat?* » (1995) 143:6 U Pa L Rev 1889 aux pp 2111-2112.

¹⁷³ Ali Mezghani, *supra* note 8 à la p 37.

REQUIEM FOR UNIVERSAL JURISDICTION IN SPAIN

*José Elías Esteve Molto**

The two relevant legislative reforms that universal jurisdiction was subjected to have been a serious blow to the fight against impunity in Spain. The reasons for this *de facto* repeal of universal justice can only be explained by political interference of foreign governments whose citizens were cornered by Spanish justice. However, with regard to the 2014 reform, there was the possibility that the Constitutional Court might declare that the reform violated some articles of the Spanish Constitution. This last hope evaporated when this court recently rejected the appeals. First, the ruling on 20 December 2018 rejected the Socialist MPs' arguments. Then, with this precedent, in 2019 the vast majority of cases pursuing international crimes – Tibet, Falun Gong, Rwanda, Guantanamo, the Ashraf refugee camp in Iraq, Couso – were definitively closed. After having exhausted all Spain's internal options, now the different appeals before the European Court of Human Rights are being rejected. Meanwhile, universal jurisdiction has only survived in the Spanish courts if it involves pursuing a few cases of terrorism, leaving those who were being investigated for war crimes and genocide to go scot-free.

Les deux réformes législatives pertinentes sur la compétence universelle ont porté un coup sérieux à la lutte contre l'impunité en Espagne. La motivation de cette abrogation *de facto* de la justice universelle ne s'explique que par l'ingérence politique des gouvernements étrangers, dont les ressortissants ont été acculés par la justice espagnole. Cependant, en ce qui concerne la réforme de 2014, la Cour constitutionnelle pourrait avoir déclaré qu'elle viole certains articles de la Constitution espagnole. Ce dernier espoir s'est évanoui avec les récents jugements de ce tribunal, qui a rejeté tous les appels. Tout d'abord, l'arrêt du 20 décembre 2018 a rejeté les arguments des députés socialistes. Et plus tard, avec ce précédent, au cours de l'année 2019, les juges de cette cour ont procédé à la fermeture définitive de la grande majorité des cas de poursuites pour crimes internationaux : Tibet, Falun Gong, Rwanda, Guantanamo, camp de réfugiés d'Ashraf en Irak, Couso. Après avoir épuisé toutes les voies de recours internes en Espagne, maintenant toutes les plaintes devant la Cour européenne des droits de l'homme sont rejetées. Pendant ce temps dans les tribunaux espagnols, la justice universelle n'a survécu que lorsqu'il s'agit de poursuivre certains cas de terrorisme, laissant impunis les individus qui faisaient l'objet d'une enquête pour crimes de guerre et génocide.

Las dos relevantes reformas legislativas sobre la jurisdicción universal han supuesto un duro golpe a la lucha contra la impunidad en España. La motivación para esta derogación *de facto* de la justicia universal únicamente se explica por las interferencias políticas de gobiernos extranjeros, cuyos nacionales han sido acorralados por la justicia española. Ahora bien, en relación con la reforma del 2014 cabía la posibilidad que el Tribunal Constitucional declarara que la misma atenta contra algunos de los artículos de la Constitución Española. Esta última esperanza se ha desvanecido con las recientes sentencias de este tribunal, rechazando los recursos de apelación. Primero, la sentencia del 20 de diciembre de 2018 desestimó los argumentos de los diputados socialistas. Y más tarde, con este precedente, durante el año 2019 se ha procedido a cerrar definitivamente la gran mayoría de los casos de persecución de crímenes internacionales: Tíbet, Falun Gong, Ruanda, Guantánamo, campo de refugiados Ashraf en Iraq, Couso. Después de agotar todos los recursos internos en España, las demandas presentadas ante la Corte Europea de Derechos Humanos ya están siendo rechazadas. Mientras tanto en los tribunales españoles, la jurisdicción universal únicamente ha sobrevivido cuando se trata de perseguir algunos casos de terrorismo, dejando en la impunidad a los individuos que estaban siendo investigados por crímenes de guerra y genocidio.

* Tenured Professor of Public International Law and International Relations at the Human Rights Institute, University of Valencia. Research developed within the project “Seguridad internacional y europea: de la prevención de conflictos armados a las estrategias para la construcción de una ciudadanía inclusiva y plural”, PROMETEO/2018/156, Generalitat Valenciana.

From their tall ivory towers in certain sectors of academia, some scholars insist on preaching that universal jurisdiction is expanding and that the number of cases in various national courts is increasing.¹ Thus, the reversals seen in Spain in 2009² or 2014,³ or in Belgium,⁴ are only isolated low-impact cases, as the general tendency is the opposite. This type of doctrinal position, oblivious to the suffering of the victims of international crimes, only minimises the effects of the very serious interference of domestic and international politics in the free and independent exercise of judicial power.

Indeed, it is indisputable that in the last few years numerous cases of universal jurisdiction have proliferated, but against whom are they directed, and what scope do they have? The cases against crimes committed in Syria, Africa and even Myanmar have multiplied in various courts. And this is a good thing, as impunity must be fought on all fronts. However, at the same time, the facts are also undeniable regarding the reversal of cases against leaders of countries with permanent seats on the UN Security Council or their staunch allies. And whilst cases like these proliferate, other investigations into people accused of genocide, or torturers or war criminals with Chinese, Israeli or United States nationality have been gradually buried.

Thus, the scope of the effects of universal justice should not be measured solely by the number of cases or the number of countries that exercise this last mechanism for the victims. Stock should be taken with a wider perspective, and the degree of impunity that has become entrenched globally should be examined. And in this regard, the citizens of certain countries are considered untouchable, and neither universal justice nor the International Criminal Court have sufficient tools to fight this impunity. The result of all this is that this absence of accountability leads to international crimes being repeated. And that is the key: there are some countries that insist on living, at an international level, outside the rule of law, and this insistence on developing international relations violating *jus cogens* or mandatory law is an indication of a very serious deterioration of law. And it is precisely this grave result of a global world without any values that has not only become visible in the attack on universal justice but is also the cause of other problems such as climate change or the refugee crisis.⁵

¹ Máximo Langer, "Universal Jurisdiction Is Not Disappearing: The Shift from 'Global Enforcer' to 'No Safe Haven' Universal Jurisdiction" (2015) 13:2 *Journal of International Criminal Justice* 245.

² Ignacio de la Rasilla del Moral, "The Swan Song of Universal Jurisdiction in Spain" (2009) 9 *Intl Crim L Rev* 777; Javier Chinchón Álvarez "Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la « abrogación de facto » a la « derogación de iure »" (2009) 7211 *La Ley* 1; Carmen Márquez Carrasco, Magdalena Martín Martínez, "El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro" (2011) XI *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 251.

³ Javier Chinchón Alvarez, "The reform(s) of universal jurisdiction in Spain: For whom the bells tolls?", (2013-14) 18 *Spanish yearbook of international law* 231; Maria Dolores Bollo Arocena, "The reform of the universal jurisdiction in Spain: Did public international law require the reform carried out by means of law 1/2014?" (2013-14) 18 *Spanish yearbook of international law* 239.

⁴ Steven Ratner, "Belgium's War Crimes Statute: A Postmortem" (2003) 97:4 *AJIL* 888; Luc Reydam, "Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law" (2003) 1 *Journal of International Criminal Justice* 679.

⁵ Javier de Lucas, *Mediterráneo: el naufragio de Europa* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015); Juliane Schmidt, "Europe and the refugees: a crisis of values", Comment, (20 June 2016), online : *European Policy Centre* <<https://www.epc.eu/en/Publications/Europe-and-the-refugees-a-crisis-1d329c>>; Heather Grabbe, Stefan Lehne, "Climate Politics in a fragmented Europe" (18 December 2019) online : *Carnegie*

This is why hypotheses such as Kissinger's should not prevail in legal circles as they have in Spain. Kissinger warned that the "tyranny of the judges" would to some extent undermine the separation of powers. This reaction was set in motion when the exercise of universal jurisdiction by some Spanish courts at the end of the 20th Century extended its scope beyond trials of retired Nazis to include leaders of current world powers. It was then that voices began to be raised against this practice. They included that of the above-mentioned former U.S. Secretary of State and Nobel Peace prize-winner, rewarded no doubt for his part in the Dirty War unleashed by the Condor Operation, or for the heaviest bombing campaign in history, which devastated Vietnam and also Laos and Cambodia (nearly 8 million tons of explosives, easily outweighing the two million dropped by the U.S. during the entire Second World War). Obviously, as he was also on the U.S. National Security Council, he could also have ended up as one of the accused in any of the cases begun against the Chilean Military Junta led by Pinochet.⁶ Which is why his evaluation of universal jurisdiction should come as no surprise, as he declared:

an unprecedented movement has emerged to submit international politics to judicial procedures (...) The danger lies in pushing the effort to extremes that risk substituting the tyranny of judges for that of governments; historically, the dictatorship of the virtuous has often led to inquisitions and even witchhunts.⁷

Pronouncements like this show that exercising universal jurisdiction has given rise to a deep juridical debate that is both political and diplomatic.⁸ The accusation that by pursuing third country nationals accused of war crimes and genocide, national judges are interfering in the internal affairs of other States, has provoked all manner of reactions and endorsements.

Therefore, by prosecuting criminals, does international politics fall into the hands of the judges, or is judicial power subject to the mandates of *real politik* in order to guarantee the impunity of important leaders accused of serious human rights violations? In short, faced with genocide or a crime against humanity, the aim under the protective and legitimising shield of a universal social contract is for international law to protect the sovereignty of the people,⁹ rather than for some sovereigns, using and

Endowment for International Peace <<https://carnegieeurope.eu/2019/12/18/climate-politics-in-fragmented-europe-pub-80616>>.

⁶ Michael Ratner, Reed Brody, *The Pinochet Papers: the case of Augusto Pinochet in Spain and Britain* (Boston: Kluwer Law International, 2000); Naomi Roht-Arriaza, "The Pinochet Effect and the Spanish Contribution to Universal Jurisdiction", (2006) *International Prosecution of Human Rights Crimes* 113.

⁷ Henry Kissinger, "The pitfalls of universal jurisdiction: risking judicial tyranny", (July-August 2001), online: *Foreign Affairs* <<https://www.foreignaffairs.com/articles/2001-07-01/pitfalls-universal-jurisdiction>>.

⁸ Margarita Robles Carrillo, "El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución", (2014) LXVI-2 *Revista Española de Derecho Internacional* 81; Irene Vázquez Serrano, *El principio de jurisdicción universal ¿utopía o el mundo real?* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019); Maria Chiara Marullo, *Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal: la experiencia española* (Pamplona, UPNA, 2017).

⁹ Michael Reisman, "Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law" (1990) 84 *AJIL* 866.

abusing their privileged positions of power, to systematically violate their citizens' basic rights. Even so, the latest legislative twists again raise the question of whether universal protection should be extended to "a unitarian Humanity that is the bearer of inviolable rights beyond those granted to citizens in a determined State",¹⁰ as believed centuries ago by Grotius or Suárez,¹¹ or whether international law's humanising progress has just been a mirage? Perhaps the Lotus judgement is no longer a reference and the extraterritorial application of the criminal law must be questioned?¹² Are Nations losing the common interest to capture and punish the enemies of all mankind?¹³ Is not anymore universal jurisdiction "a common endeavour in the face of atrocities",¹⁴ if these *hostis humani generis* are nationals of the most powerful countries? Or as Professor Cassese asked with perplexity after the judgement of the International Court of Justice in the Arrest Warrant Case (Congo v. Belgium), "when may Senior State officials be tried for international crimes?"¹⁵

Let us briefly review the evolution of some of the judicial cases in Spain, and the reactions they elicited, in order to obtain different evaluation elements.

I. The Exercise of Universal Jurisdiction in Spain versus *Real Politik*

From the very start, the Pinochet case raised protests from the Chilean government. While the then President José Miguel Insulza waved the well-worn flag of non-interference in internal affairs, the dictator's detention in London led to the Chilean ambassador in Madrid being withdrawn in protest. But naturally, the effects of the reaction of a country like Chile are unlike the shock wave that can be unleashed by the government of a world power with a permanent seat on the UN Security Council. Thus, the alarm bells were set off at all levels by the precedent set by the Pinochet case.¹⁶ So, it is not surprising that when years later other investigations pointed at U.S. or Chinese leaders, these arguments and practices were resorted to in an attempt to put a brake on

¹⁰ Antonio Quintano Ripollés, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Tomo I, (Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, 1955) at 645 [Translated by the author].

¹¹ Theodor Meron, "Common Rights of Mankind in Gentili, Grotius and Suarez", (1991) 85:1 AJIL 110.

¹² Marc Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international : droit et obligation pour les états de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité* (Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000), for a detailed analysis of the case and for different interpretations of the judgement, see chapter 7.1 at 138-49 [Henzelin].

¹³ *The Case of the SS Lotus (France v Turkey)* (1927), PCIJ (Ser A/B) No 10, Dissenting Opinion Moore (referred to a pirate, "as an outlaw, as the enemy of all mankind – *hostis humani generis* - whom any nation may in the interest of all capture and punish" at para 249).

¹⁴ *The Democratic Republic of the v Belgium*, [2000] ICJ Rep 75. Joint Separate Opinion of Judges Higgings, Kooijmans and Buergenthal ("The underlying idea of universal jurisdiction properly (...) is a common endeavour in the face of atrocities" at 79).

¹⁵ Antonio Cassese, "When may Senior State officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium case*?" (2002) 13:4 Eur J Intl L 853.

¹⁶ Antonio Remiro Brotons, *El caso Pinochet: Los límites de la impunidad* (Madrid, Política Exterior-Biblioteca Nueva, 1999).

the judicial cases. In fact, this extrajudicial reticence reappeared not only in government circles, but even in the courts.

In this regard and by way of illustration, on 27 July 2005 the public prosecutor issued a report opposing the acceptance of the Tibet case, in which he invoked the theory followed by the Supreme Court in its 319/2004 ruling of 8 March 2004 concerning the Condor Operation. The report concluded that “it is not for any one State to be unilaterally responsible for establishing order, when resorting to Criminal Law, against everyone everywhere in the world”. He then added that a broad conception of universal justice, as desired by this case, led to “an exaggerated interpretation of national sovereignty” and could unleash a series of “undesirable consequences from the perspective of juridical safety”. Juridical safety for whom? Those accused of genocide, or the victims? In addition, in its report rejecting the case, the public ministry concluded by invoking the principle of minimal intervention in the affairs of another State, enshrined in article 2.7 of the UN Charter. Finally, as is well known, after the appeal, the case was accepted in a ruling on 10 January 2006 by Section 4 of the Audiencia Nacional’s Criminal Court.¹⁷ This ruling, together with the evidence given in court by the first Tibetan victim, led to loud protests from the Chinese Government through the spokesman at the Chinese Foreign Ministry, Liu Jianchao, who declared to the international media that the investigation into so-called international crimes committed in Tibet was “complete defamation, and an absolute lie” and obeyed “the secessionist objectives of the Dalai Lama’s clique”. In addition, the Beijing Government summoned the Spanish ambassador in the Chinese capital, in protest at the behaviour of the Spanish courts, and declared that using human rights in Tibet was just an excuse to interfere in China’s internal affairs.¹⁸ They added that they not only opposed this external interference by the Spanish judges, but they also publicly declared that the Spanish courts had no authority to try this case, whilst they trusted that the Spanish Government would comply with their request to “resolve this problem appropriately so that, with efforts on both sides, Sino-Spanish relations could continue evolving healthily”; a declaration that clearly reveals the lack of any separation of powers in China.¹⁹

A similar rejection was obtained from the Guatemalan Government and its Constitutional Court, after the ruling of 6 January 2008 by the First Instance Central Court n° 1 of Spain’s Audiencia Nacional, in which the judge Santiago Pedraz made an plea calling for the international media to cooperate in the investigation into the Mayan genocide.²⁰ Then, a month later, after the judge Fernando Andreu issued international

¹⁷ Audiencia Nacional [National Court], Fourth Division of the Criminal Court, 16 January 2006, *Appeal Proceedings 196/05*, online : (pdf) <<http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/10/3auto-an-comite-de-apoyo-al-tibet.pdf>> (Spain).

¹⁸ Xinhua, “Interference in Tibet issue opposed”, *Xinhua, China Daily*, Beijing, 7 June 2006.

¹⁹ José Reinoso, “China califica de calumnias las acusaciones contra varios de sus líderes”, *El País* (10 June 2006), online : <https://elpais.com/diario/2006/06/10/espana/1149890413_850215.html>.

²⁰ Audiencia Nacional [National Court], First-instance Central Court n° 1, 16 January 2008 (2009), *Guatemalan case*, Preliminary Proceedings 331/2009 (Spain), case summary available online: (pdf) <<https://nsarchive2.gwu.edu/guatemala/genocide/round1/procedimientos1.pdf>>.

arrest warrants against forty Rwandan leaders,²¹ the African Union rejected abusing the principle of universal jurisdiction, as it endangered international order,²² despite the International Criminal Court's verdict regarding Rwanda, in the *Prosecutor v. Ntuyahaga* case²³ which urged all States of the international community to pursue those responsible for these crimes. Also, within this African context, the displeasure of the Moroccan kingdom emerged after preliminary proceedings began regarding crimes of genocide and torture in Western Sahara. This diplomatic tension rekindled the debate over applying the principle of universal jurisdiction, which had taken place in the Supreme Court in the above-mentioned Guatemala case. That ruling had declared that Spanish subsidiary intervention based on the inaction of the jurisdiction of a third-country "implied judging the capacity of a State's jurisdictional bodies to administer justice". It also warned that a declaration of this nature could prove extraordinarily important in the sphere of international relations.

These diplomatic disagreements were, however, no cause for worry until judicial prosecutions began to intensify after January 2009, which led former Israeli Foreign Minister Tzipi Livni, to complain to her Spanish counterpart Miguel Angel Moratinos about the investigation begun by the Audiencia Nacional judge Fernando Andreu into the Israeli minister for the 2002 Gaza bombing.²⁴ The Spanish minister immediately promised his Israeli counterpart that the law would be changed so as to put a brake on the judicial initiative. Obama's U.S. Government had likewise been objecting to the investigations by the judges Baltasar Garzón and Eloy Velasco into various cases of torture in Guantanamo. Following these criteria, the chief prosecutor of the Audiencia Nacional, Javier Zaragoza, after a meeting with the U.S. Embassy's political advisor, requested in writing that these lawsuits be rejected; a fact that later came to light in the Wikileaks cables. The investigations into the CIA flights and the so-called Couso case encountered identical obstacles, and once again the Wikileaks revelations brought to light the cooperation between Spain's ministers and state prosecutor and the U.S. Embassy in Madrid and revealed that Spanish support was "total".²⁵

²¹ Audiencia Nacional [National Court], First-instance Central Court n° 4, 6 February 2008, *Sala and ors v Kabareb and 68 others*, Preliminary Investigation 3/2008-D, 1 International Law and Domestic Courts 1198.

²² The incident was brought to; *Recognition of sickle-cell anaemia as a public health problem*, UNGAOR, 63rd Sess, UN Doc A/Res/63/237 (2009) 1 ; *Request for the inclusion of an additional item in the agenda of the sixty-third session*; *Letter dated 21 January 2009 from the Permanent Representative of the United Republic of Tanzania to the United Nations addressed to the Secretary-General*, UNGAOR, 63rd Sess, UN Doc A/63/327 (2009) 1.

²³ *The Prosecutor v Bernard Ntuyahaga*, ICTR-98-40-T, Decision on the Prosecutor's motion to withdraw the indictment (18 March 1999) (International Criminal Tribunal for Rwanda, Trial Chamber I), online : (pdf) ICTR <<https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-98-40/trial-decisions/en/990318.pdf>> ("the Tribunal wishes to emphasize, in line with the General Assembly and the Security Council of the United Nations, that it encourages all States, in application of the principle of universal jurisdiction, to prosecute and judge those responsible for serious crimes such as genocide, crimes against humanity and other grave violations of international humanitarian law").

²⁴ Audiencia Nacional [National Court], First-instance Central Court n° 4, 29 January 2009, *Gaza bombing case*, Preliminary Proceedings No 157/2008 (Spain).

²⁵ "Cable en el que se critican las acusaciones a mandos de EE UU por torturas en Guantanamo", *El País*, (30 November 2010), online :

The Spanish authorities reacted immediately. Carlos Dívar, now deceased but at that time president of the General Council of the Spanish Judiciary, declared that Spain could not become “the judicial policemen of the world”.²⁶ And along the same lines, the then supposedly progressive state prosecutor, Conde Pumpido, announced the prelude of a reform of universal justice, calling this type of legal initiative before the Audiencia Nacional’s judges, “toys in the hands of people seeking the limelight”. Only days later, parliamentary proceedings began that would amend the controversial article 23.4 of the *Organic Law of Judiciary Power*. On 25 June that year, the Spanish Parliament approved almost unanimously the Bill²⁷ justifying the need for the reform, with the aim of preventing diplomatic conflicts.²⁸ The new terms of Law 1/2009 required the existence of various links and national connections in order to continue investigating international crimes in Spain.²⁹

As everyone knows, investigations had begun earlier in Belgium in an attempt to clarify the possible crimes committed by President Bush (father) in the 1991 Gulf War.

<http://www.elpais.com/articulo/espana/Cable/critican/acusaciones/mandos/EE/UU/torturas/Guantanamo/elpepuesp/20101130elpepunac_17/Tes> (“*Cable criticising the indictment of former U. S. officials for their involvement in Guantanamo. Prior to her visit to Spain in 2009, the U. S. Ambassador in Madrid informs Napolitano about U. S.-Spain relations and the ‘irritating’ issue of trying to indict several officials*”) [translated by the author]; Carlos Yarnoz, “EE UU maniobró en la Audiencia Nacional para frenar casos; La embajada intentó boicotear las causas ‘Guantanamo’, ‘Couso’ y ‘vuelos de la CIA’- Políticos y fiscales españoles colaboraron en la estrategia”, *El País*, (30 November 2010), online: <http://www.elpais.com/articulo/espana/EE/UU/maniobro/Audiencia/Nacional/frenar/casos/elpepuesp/20101130elpepunac_1/Tes>; Mónica Ceberio Belaza, “Los ministros españoles trabajan para que no prosperen las órdenes de detención”; U. S. backed by the Spanish Government and prosecutors to close the Couso case. – A cable from the U. S. Embassy affirms that Conde-Pumpido told Aguirre that he was doing all he could to dismiss the case of the death in Baghdad of Telecinco TV channel cameraman. - “Moratinos assures that Vice President De la Vega is supportive”, *El País*, (30 November 2010), online: <http://www.elpais.com/articulo/espana/ministros/espanoles/trabajan/prosperen/ordenes/detencion/elpepuesp/20101130elpepunac_35/Tes>.

²⁶ Carlos Dívar, on universal jurisdiction: “We cannot become the judicial policemen of the world” The president of the General Council of the Spanish Judiciary (CGPJ) wishes to amend this law, *El Mundo*, (4 May 2009), cited in José Elias Esteve Molto, Causes and Initial Effects of the Spanish Organic Law 1/2009 Reforming the Principle of Universal Jurisdiction in Spain (2012) XVI Spanish Yearbook of International Law 19. (“Without detriment to what might be provided for in international treaties and conventions signed by Spain, in order to enable Spanish courts to try the aforementioned crimes, it must be established that the purported perpetrators are in Spain or that there are victims of Spanish nationality, or that there is some relevant connecting link with Spain, providing no procedure has been initiated in another competent country or in an international court entailing an investigation and effective prosecution, if appropriate, of such punishable acts” at para 35).

²⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A [Official Parliamentary Gazette, Spanish Parliament, IX Term of office, A Series]: Proyectos de Ley [Bills], 6th July 2009.

²⁸ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, IX Legislatura nº 95, Sesión Plenaria nº 90 (25th June 2009) at p. 45, online: (pdf) <https://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/PL/PL_095.PDF>.

²⁹ *Organic Law 1/2009* of 3rd November, complementary to the Reform of Procedural Codes Act implementing the new judicial office, which amends the *Organic Law 6/1985* of 1st July, on the Judiciary. Spanish Official State Gazette 266 at 92 091-92 092 cited in “Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial” (3 November 2009), online: <<https://www.boe.es/eli/es/lo/2009/11/03/1>>.

Similarly, U.S. General Franks was accused of war crimes in the Second Iraq War, and finally considerable progress was made in the investigation into international crimes committed by Ariel Sharon in the Lebanon offensive in the 1980s. It was precisely when the Israeli general was being investigated by the Belgian courts, that he held the position of Israeli prime minister. With all these precedents in the Belgian courts, the same old diplomatic complaints began to surface among the representatives of the countries affected, until in 2003, when Ariel Sharon, the maximum Israeli leader, was being judicially investigated for the attacks on the Sabra and Shatila refugee camps near Beirut,³⁰ diplomatic pressure suddenly and abruptly resulted in a legal reform. To be specific, the political pressure exerted by the U.S. Government, which threatened to withdraw NATO's general headquarters from Brussels, led to the imposition of legal limitations to exercising universal jurisdiction in Brussels.

Returning to the Spanish case, after the 2009 reform some cases managed to avoid being closed, and their respective proceedings continued. Faced with the progress of the Tibet case, accusations were once again made of interfering in internal Chinese affairs. The diplomatic situation was especially aggravated in the early months of 2013 when the Fourth Section of the Audiencia Nacional's Criminal Court issued international arrest warrants against former Chinese President Jiang Zemin, and former Chinese Prime Minister Li Peng.³¹ On this occasion the Asian giant did not limit itself to expressing its "strong displeasure" or calling the arrest warrants "shameful", but threatened Spain directly, leaving no room for doubt. Zhu Weiqun, president of China's Religious and Ethnic Affairs Commission, the highest Parliamentary advisory body, said with regard to the Spanish judiciary power: "Let them go ahead if they dare".³² And they did not dare, as 20% of Spain's national debt is in Chinese hands, which settled the matter and laid the foundations for the latest reform of universal justice in Spain: *Organic Law 1/2014*. This was approved easily, and a week after its publication in the BOE (Official State Gazette), began to unfold its effects, as the judiciary began to request that all cases of universal justice be closed, starting with those against Chinese leaders. The result was that in a matter of months most of the cases in the Audiencia Nacional were closed, and all the appeals in the Supreme Court were rejected.³³ All this has confirmed that this law has been a *de facto* repeal and a Copernican turn in this matter,³⁴ or maybe even the end of universal justice in Spain.³⁵

³⁰ Malvina Halberstam, "Belgium's Universal Jurisdiction Law: Vindication of International Justice or Pursuit of Politics?" (2003) 25 *Cardozo L Rev* at 247-266.

³¹ Juan Jorge Lopez, Elena Lopez-Alamansa Beaus & José Élias Esteve Molto, "Decisiones de órganos judiciales españoles en materia de Derecho Internacional Público" (2014) 30 *Anuario Español de Derecho Internacional* 481 at 489 [Lopez].

³² Juan Pablo Cardenal & Heriberto Araújo, "Pólvora china para dinamitar la justicia universal" *El Mundo*, (29 March 2014), online: <<https://www.elmundo.es/opinion/2014/03/29/53356a98268e3e97408b4574.html>>.

³³ José Élias Esteve Moltó, "The 'Great Leap Forward' to impunity. Burying universal jurisdiction in Spain and returning to the paradigm of Human Rights as '*domaine réservé*' of the States" (2015) 13:5 *Journal of International Criminal Justice* at 1121-1144.

³⁴ Concepción Escobar Hernández, "Universal jurisdiction in Spain: substantial change of modelo or implied repeal?" (2013-2014) 18 *Spanish yearbook of international law* 255-265.

³⁵ Montserrat Abad Castelos "The end of universal jurisdiction in Spain?" (2014) 18 *Spanish yearbook of international law* at 223-230.

But a double hope still remained: that the Constitutional Court might revoke all the closures of the cases, and that a new progressive Spanish government might repeal the legal reform of 2014.

II. From the Ministry of Justice's Failed Project to the Constitutional Court's Ruling Rejecting the Socialist MP's Constitutional Appeal against *Organic Law 1/2014*

A. The Frustrated Political Attempt to Recover Universal Justice in Spain

In late 2018 the question of universal jurisdiction in Spain moved from the highest of hopes to the most disappointed frustration. Indeed, initially, the unexpected change in government seemed to encourage the belief that this principle would be recovered. Pedro Sánchez, the new Socialist Prime Minister, did not hesitate to pronounce himself on this matter to the press, declaring that “limiting universal justice (...) had created loopholes for impunity for crimes against humanity and genocide”. As a result, the Government was working on “repealing the limiting of universal justice”.³⁶

Precisely with the aim of effectively fulfilling that political will, and completely consistent with the legal grounds put forward in the constitutional appeal 3754-2014 lodged by socialist MPs against *Organic Law 1/2014* that modified universal jurisdiction, at the end of August the Minister of Justice, Dolores Delgado, set up with the utmost urgency a commission of experts to give the final boost to the announced counter reform.³⁷

Indeed, the urgency to draw up new wording for article 23.4 of the *Organic Law of Judicial Procedure* (LOPJ) followed the logic of parliamentary proceedings, as the Government wished to make the most of the proceedings to amend the *Proposal for an Organic Law to modify the Judicial Power's Organic Law 6/1985*, of 1st July, regarding improving universal justice, which the Esquerra Republicana Parliamentary Group (the nationalist Catalan left-wing party) had presented in September 2016, and which was about to expire.

However, as far as one knows, the expert commission's report did not limit itself to recovering universal jurisdiction in its absolute version of 2018, but, following the ministry's guidelines, was more ambitious. Thus, it included new crimes to be universally persecuted, such as aggression, and extended the extraterritorial jurisdiction of the Spanish courts, broadening the assumptions in the principles of active and passive

³⁶ Entrevista Pedro Sánchez: “Una democracia como la Española no puede permitirse monumentos franquistas”, *elDiario.es* (22 July 2018) online: <www.eldiario.es/politica/Entrevista-Pedro-Sanchez_0_794770909.html>.

³⁷ “El gobierno crea una comisión para restablecer la justicia universal”, *Europapress* (27 August 2018) online: <<https://www.europapress.es/nacional/noticia-gobierno-crea-comision-restablecer-justicia-universal-20180827104712.html>>.

personality and that of protection. Furthermore, it included the possibility of persecuting new economic and environmental crimes abroad, and at the same time, attributing criminal responsibility to corporations, all of which necessarily implied immediate modifications to the criminal code.

The first setback came when the expert commission's advanced report, endorsed by the Justice Ministry, clashed head on with the ruling by the Foreign Ministry's Legal Advisory Department. From what has leaked out,³⁸ the Foreign Ministry document warned against the possible effects of the legal reform that "introduced elements that could directly and adversely affect State relations." One only has to remember the pressure to which the various Spanish Governments were subjected by countries such as Israel and the United States in 2009, and especially by China in 2013, which was the direct cause for the reforms of article 23.4 of the LOPJ. Moreover, the Justice Ministry's proposal was thought to be "susceptible to generating serious practical problems not only in international relations, but also - and much more likely - in the relations between the courts and the application of the rules of international legal cooperation and assistance."

In short, universal justice could not become yet again a "permanent subject of debate and conflict to the detriment of a viable foreign policy in line with the principle of reality". The clash between two utterly irreconcilable models was inevitable, and in the end, reasons of State and arguments more appropriate to *real politik* won the match against the Justice Ministry's determined commitment to a more humane vision and application of international law in line with granting greater effectiveness to the instruments necessary for the fight against the most outrageous impunity. What is particularly reprehensible about the ruling is that it mentioned the victims in order to justify rejecting the expert commission's report, stating that such an absolute and extended exercise of universal jurisdiction could lead to a series of "practical problems" that would in turn lead to the "victims being disappointed". Yet it is much more disappointing and onerous for the victims of international crimes when impunity is endorsed, thereby blocking their access to justice, rather than being able to litigate in court despite the obstacles that must be overcome in this type of legal case.

Whatever the case, the criteria of the Ministry of Foreign Affairs under Borrell (who was later appointed High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy) prevailed in the Government. Neither the Minister of Justice's firm intentions, nor the support of civil society through the platform *justiciauniversalya.com* have been able to persuade the Socialist parliamentary group to restore universal justice, as was their original proposal. On the contrary, the political and parliamentary process seems to have taken another direction that, at best, will give us a watered-down version of article 23.4 of the 2009

³⁸ María Peral, "Demoledor informe de Exteriores contra la propuesta de justiciar universal de Dolores Delgado", *El Español* (18 October 2018), online : https://www.elespanol.com/espana/tribunales/20181018/demoledor-exteriores-propuesta-justicia-universal-dolores-delgado/346216819_0.html.

version of the LOPJ.³⁹ A counter-reform that, should it occur, is expected to have parliamentary allies that would have been unheard of at the start of the proceedings, namely, the (right-wing) Popular and (liberal) Ciudadanos parliamentary groups. Whatever the case, what is certain, according to what has been published, is that “the Government renounces extending universal justice on the advice of the experts to whom it entrusted the reform”.⁴⁰ Indeed, the amendments presented by the various parliamentary groups and published in the Official Gazette of the Spanish Parliament (BOE - *Boletín Oficial del Estado*) on 19 November 2018⁴¹ lead once more to universal jurisdiction being subject to national connecting links.

On one hand, amendment 7, presented by the left-wing Unidas-Podemos Party, states that Spanish courts will be competent in all cases if there is “a victim with Spanish nationality”. Failing that, it declares surprisingly that:

for victims of any other nationality, in order for Spanish courts to try the above-mentioned crimes there should exist - or have existed - a cooperative programme or project to develop or protect human rights that is approved by a state, autonomous or supra-municipal public institution with the country where the crimes mentioned were committed.⁴²

Whatever the case, amendment 9 presented by the liberal Ciudadanos parliamentary group, amendment 10 presented by Rafael Simancas of the Socialist group, and amendment 16 presented by the Popular Party group, all share a paragraph they have cut and pasted from article 23.4 of the 2009 version of the LOPJ, which states that:

Regardless of what international treaties and conventions signed by Spain may establish, for Spanish courts to try the above-mentioned crimes it must be proved that the accused are in Spain, or there are Spanish victims, or there is some relevant connecting link with Spain.⁴³

Meanwhile, parliamentary proceedings continue regarding the amendments to the Proposal for a *Organic Law to modify the Judicial Power's Organic Law 6/1985*, of 1st July, regarding improving universal justice, and the Constitutional Court has recently ruled on the abovementioned appeal of unconstitutionality⁴⁴ presented in its day by the Socialist MPs against *Organic Law 1/2014*.

³⁹ José Elías Esteve & Javier de Lucas, “La Justicia Universal, en serio (contra la versión 2.0 de la reforma de 2009)”, *elDiario.es* (6 November 2018), online:

<https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Justicia-Universal-serio-version-reforma_6_832976715.html>.

⁴⁰ Marcos Pinheiro, Irene Castro, “El Gobierno renuncia a ampliar la Justicia Universal como piden los expertos que encargó la reforma”, *elDiario.es* (22 December 2018) online:

<https://www.eldiario.es/politica/Gobierno-renuncia-Justicia-Universal-expertos_0_846215621.html>.

⁴¹ Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B, proposiciones de ley, nº 18-4, online: (pdf) <http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-18-4.PDF>.

⁴² Amendment 7, *ibid* at 8-9.

⁴³ Amendment 9, *ibid* at 9-10.

⁴⁴ See the commentary to this judgment in María Chiara Marullo, “La jurisdicción universal española en la STC 140/2018, de 20 de diciembre” (2019) 71:2 *Revista Española de Derecho Internacional* at 311-17.

B. The Constitutional Court's Ruling on 20 December 2018: The Denial of the Appeal of the Socialist MP's Certifying the Suppression of Universal Jurisdiction in Spain

Over four and a half years after the Socialist MPs presented the constitutional appeal against *Organic Law 1/2014*, the Constitutional Court in full has finally replied to the appeal.⁴⁵ First, the speed with which the Constitutional Court deals with some cases is surprising, whilst in others, such as this one, affecting the interests of victims of the most heinous international crimes, the lengthy delay of this judgement is reprehensible.

Likewise, it should be mentioned first, that the participation of former State Attorney General Cándido Conde-Pumpido in this ruling may be considered a threat to the right to impartial justice. His participation should either have been challenged, once it was known that he was transferring from the Supreme Court to the Constitutional Court in March 2017, or he himself could have abstained in this case, given his implication in decisive rulings on the same subject matter now being dealt with by the Constitutional Court.

Indeed, Conde-Pumpido was a rapporteur judge in the Supreme Court's ruling 296/2015 on 6 May 2015 (in appeal n° 1682/2014 against closing the Tibet case, the original cause that had motivated the urgent approval of the reform of universal justice) that ratified all the propositions of the fateful legal reform promoted by the Popular Party's Government in *Organic Law 1/2014*. His forceful and crystal-clear declarations in that ruling had already dealt with the same subject matter on which the Constitutional Court has now pronounced itself. He already stated in that ruling that universal jurisdiction had a: "particularly damaging nature for the essential interests of the International Community" and as a result

consisted in the exercise of criminal jurisdiction by the courts of a particular country in particularly serious international crimes depending on the nature of the crime, without taking into consideration either the place where it was committed or the nationality of the perpetrator.⁴⁶

In the ruling, Conde Pumpido openly lamented that the Audiencia Nacional (Spain's Special Court) had accepted cases such as those of Tibet, Falun Gong and Couso, as it was impossible to "be ignorant of the problems that the broad interpretation of universal jurisdiction was causing Spain's international relations." In this regard, he even lamented publicly the 2009 modified version of article 23.4, as "the effectiveness of this reform was not restrictive enough." He deplored the fact that no brake had been applied to "popular action or to a broad interpretation - that some considered fraudulent - of the concept of Spanish victims."⁴⁷

⁴⁵ Tribunal Constitucional [Spanish Constitutional Court], 20 December 2018 (2019), *Recurso de inconstitucionalidad 3754/2014*, 22 Official State Gazzete, No 140/2018 (Spain).

⁴⁶ Tribunal Supremo [Supreme Court Criminal Division], 6 May 2015, *The Falung Case*, Ruling No 296/2015, second ground of law (Spain).

⁴⁷ *Ibid.*

However, what is most surprising, and fully affects his participation in the plenary session of this Constitutional Court ruling, is that while the constitutional appeal regarding the reform of universal justice was pending, after being accepted by the Constitutional Court on 23rd July 2014, the rapporteur judge should pronounce himself directly on that matter in that Constitutional Court ruling, and reach conclusions such as the following : “The 2014 reform is not unconstitutional as it does not violate the principle of equality, the prohibition against arbitrariness, or the fundamentality right to effective judicial protection.”⁴⁸ In any case, three years after endorsing the constitutionality of *Organic Law 1/2014*, and abusing his authority as rapporteur judge for the Supreme Court by issuing this ruling, he again participates in the same verdict, only this time as a Constitutional Court judge. This is completely unacceptable, as Conde Pumpido already had well-developed criteria regarding universal justice (beginning, curiously enough, in his days as state attorney general when he visited the American Embassy in Madrid in order to comply with diplomatic pressure to design strategies and thus be able to close this type of case); all of which inevitably affects independence and due impartiality, as article 217 of the LOPJ states when it establishes the reasons for a judge to abstain or be challenged.

Having made these necessary preliminary observations, and returning to the above-mentioned Constitutional Court ruling, it dedicates, as could not be otherwise, the first few pages to detail the appeal’s antecedents. After describing the parliamentary proceedings regarding the proposal put forward by the Popular Party’s parliamentary group, the ruling goes on to lay out the various claims of unconstitutionality recorded in the appeal. The ruling likewise records the position of the court attorney regarding the urgent processing of the *Organic Law* and the procedure for its approval, by which it only had to be read through once to be approved, concluding that “no formal defect of unconstitutionality is considered to exist.”⁴⁹

The antecedents then conclude with an extensive explanation of the state attorney’s position, who appears in the appeal on behalf of the Government. It is no surprise that the allegations presented are an out-and-out defence of the reform and maintain that the connecting criteria that were introduced “limit juridical insecurity”; he is referring, presumably, to the juridical insecurity that could affect the criminals accused and prosecuted by the law, and that with this reform this insecurity would be transferred to the victims. In the same vein, the state attorney is pleased that “it is now the law, rather than judicial decisions, that determines the scope of jurisdiction”. And to ratify the path that the legislator should lay out for the judiciary in this regard, the ruling declares that “the rule that is challenged does not suppress the principle of universal jurisdiction, but instead settles it for its fair application by the Spanish courts”.⁵⁰ A statement that seems to consider judicial decisions taken in the persecution of international crimes abroad, anomalous

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Constitutional Court *supra* note 45 [translated by the author].

⁵⁰ Constitutional Court *supra* note 45.

deviations. Which is the case, as in section c, after declaring that the reform does not constitute “a lack of protection for Spanish victims,”⁵¹ it declares that before the reform, “extending Spanish jurisdiction to cover all crimes committed abroad against Spanish victims would have had excessive effects.” Equally striking are the State representative’s arguments regarding the reform not violating article 96 of the *Spanish Constitution*, and its coherence with international treaties; considerations that we shall discuss later when referring to the Constitutional Court’s ruling on this constitutional matter recorded in the appeal.

After the lengthy review of the antecedents, the second part of the Constitutional Court’s ruling discusses in detail the legal grounds that support its rejection of the constitutional appeal. First, the ruling starts by delimiting the object of the appeal, referring to three matters. After specifying that *Organic Law 2/2015*, which modified article 23.4 e. 2° regarding terrorism, does not affect the appeal, and excluding the allegations relating to parliamentary procedure, as no violation of a constitutional precept is invoked, the ruling decides for the same reason not to venture into judging the appeal’s criticism of the reform’s regressive nature.

The third grounds of law then review the course taken by universal jurisdiction in Spain, emphasizing that in two rulings (on Guatemala⁵² and Falun Gong) this court determined its absolute scope based on the wording of article 23.4 of the LOPJ in 1985.⁵³ However, with reference to ruling 237/2005, the ruling states that “the above statement certainly does not imply that that has to be the only canon for interpreting the precept, nor that its exegesis cannot be subject to subsequent regulating criteria that might even restrict its scope of application.”⁵⁴ Therefore, it is understood that this absolute criterion is not fixed, particularly when both the said rulings were issued before the first important reform of universal jurisdiction in 2009. Thus, it is understood that the connecting criteria introduced by the legislator in 2009 endorsed the Supreme Court’s position in opposition to the Constitutional Court’s ruling in the Guatemala case.

In addition, the blatant admission of this serious discrepancy of jurisprudence questions the vague statement registered in the Preamble to *Organic Law 1/2009*, on 3rd November, complementary to the law to reform procedural legislation in order to establish the new Judicial Office, which stated that “the reform enables the doctrine arising from the Constitutional Court and the jurisprudence of the Supreme Court (...) to be adapted and clarified.”⁵⁵ This was not the case. The 2009 reform did not attempt to reconcile these two courts’ disparate positions, but instead transferred to the law the Supreme Court’s restrictive thesis regarding the principle of subsidiarity.

⁵¹ *Ibid* at 18.

⁵² See Tribunal Constitucional [Spanish Constitutional Court], Ruling of the Second Division of the Constitutional Court, 26 September 2005, 258 Official State Gazzete, No 237/2005 (Spain).

⁵³ See Tribunal Constitucional [Spanish Constitutional Court], Ruling of the Second Division of the Constitutional Court, 22 October 2007, 284 Official State Gazzete, No 227/2007 (Spain).

⁵⁴ Constitutional Court *supra* note 45, third ground of law.

⁵⁵ *Organic Law 1/2009 of 3rd November*, complementary to the Reform of Procedural Codes Act implementing the new judicial office (Spain).

Then, in the fourth grounds of law, after several pages describing the various sections of the new article 23 that arose from *Organic Law 1/2014*, the ruling goes on to declare unambiguously that

it can be concluded without any difficulty that, just as the appellants alleged, *Organic Law 1/2014* restricts the scope of the previously regulated principle of universal jurisdiction, because it introduces various points of connection with regard to crimes that are punishable abroad where the previous regulation had not always specified them.

And the Constitutional Court emphasizes that those stricter requirements “do not take into consideration the principle of passive personality”, which makes it more difficult to prosecute some crimes, including the most serious international crimes, as “the nationality of the victim or where they habitually reside has no relevance to persecuting crimes of genocide, or crimes against humanity or against persons or goods that are protected in cases of armed conflict (...)”. Moreover, with this restrictive spirit, “accusations, as instruments to set in motion criminal proceedings within Spanish jurisdiction, are excluded, together with popular action, which was previously possible in these cases.”⁵⁶

Notwithstanding, and despite calling the reform restrictive, the ruling states that it should declare whether said reform is detrimental to constitutional precepts. And from the fifth legal grounds onwards the Constitutional Court starts to define its position on the constitutionality of *Organic Law 1/2014*. It is precisely on this point that it declares that the new article 23 of the LOPJ does not violate article 10.2 of the Spanish Constitution,⁵⁷ as this provision is not “an autonomous canon of constitutionality,” nor does it

mean that the Universal Declaration of Human Rights that it mentions, or the international human rights treaties and agreements ratified by Spain, are directly included in the Spanish legal system in the same position as that occupied by the Constitution, or as a direct parameter of the constitutionality of the internal rules.⁵⁸

Article 10.2 does not imply the “direct inclusion” of these international treaties in our legal system, but rather, that for all practical purposes, it cannot be denied that those convention instruments have already been ratified by Spain and published in the BOE, and thus are part of the Spanish legal system. Many of these treaties include mandatory regulations or those of *jus cogens* that are not “in the same position” as the Spanish Constitution, but, instead, at a higher hierarchical level than the Constitution and internal rules. To adopt a position regardless of this humanization of international law means legislating and exercising judicial power in some sort of autonomous limbo that leaves Spain cut off not only from Europe - whose values are constantly praised -

⁵⁶ Constitutional Court *supra* note 45, 4th ground of law.

⁵⁷ Article 10.2 of *Spanish Constitution* (1978): “The principles relating to the fundamental rights and liberties recognised by the Constitution shall be interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the international treaties and agreements thereon ratified by Spain” [translated by the author].

⁵⁸ Constitutional Court *supra* note 45, fifth legal ground.

but also from the international jurisprudence on the matter, without forgetting that Spain is party to the International Criminal Court's Statute of Rome and has ratified many Treaties and published them in the BOE, including a Vienna Convention on Treaty rights. Which is why, if an internal regulation contradicts an international treaty, the latter prevails, and likewise, if, when an international treaty is going to be ratified, it clashes with a constitutional regulation, it is the Constitution that must adapt to the treaty, and not vice versa. And when this contradiction occurs, said previous constitutional revision should proceed, as article 95 of the Spanish Constitution establishes.⁵⁹

Thus, it is clear that international law prevails over national law once the former is incorporated by a State. Article 27 of the *Vienna Convention* specifies that "one party cannot invoke the provisions in its domestic law as a justification for failing to comply with a treaty." Thus, any international treaty, convention, pact or agreement - whatever its form or legal designation - signed between States, governed by international law, and duly ratified or approved by Spain, constitutes a superior hierarchical rule than any provision in national law. Similarly, according to the principle of *pacta sunt servanda* (article 26 of the *Vienna Convention and a fundamental principle of international law*, as indicated by Resolution 2625/XXV of the United Nations General Assembly), States should execute in good faith international treaties and the obligations arising from them. This general principle of international law has the corollary that States (which respond individually) cannot claim they are hindered by domestic law in order to avoid their international commitments. Thus, the rules for exercising jurisdiction should be applied respecting the legal commitments established in the conventions and treaties ratified by Spain.

Notwithstanding, the Constitutional Court in no way accepts this interpretation of international law, neither in the light of articles 10.2 or 96 of the *Spanish Constitution*. Likewise, in connection with article 10.2, the Court believes that article 24.1 of the *Spanish Constitution*, regarding effective judicial protection, should not be contextualized as "a right to freedom that is derived directly from the Constitution", but is more a case of a "benefit or right" that depends on the "procedural requirements established by the legislator". And having reached this point, the legislator in this particular case "can count on broad freedom in defining or determining the conditions and consequences of accessing justice". So much so, that limits can be established to this fundamental right, as long as this restriction is proportional and appropriate to the "objective sought" and "preserves other rights, goods or interests that are protected by the Constitution."⁶⁰

This being so, the inescapable question is what are the real legal reasons behind the limitations introduced by *Organic Law 1/2014*, and the other rights or

⁵⁹ Beatriz Vázquez Rodríguez, "La jurisdicción universal en España a la luz de la STC 140/2018 de 20 de diciembre de 2018: la regresividad escapa al control de constitucionalidad" (2019) 38 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, especially the fourth section at 25-30. For a recent analysis of the constitutionality of the law, see Irene Vázquez Serrano, "La constitucionalidad de la LO 1/2014 relativa a la jurisdicción universal" (2020) 36 *Anuario Español de Derecho Internacional* 207-244.

⁶⁰ Constitutional Court *supra* note 45.

interests that are protected and that justify restricting the right of victims of genocide and other international crimes to effective judicial protection? According to the then foreign minister, there was only one motive: 20% of Spain's national debt was in the hands of the People's Republic of China.⁶¹ This weighty argument fits the objective sought, while an important interest protected by the Constitution would be a reason of State, namely, that of safeguarding the State's important economic interests before the overvalued human right of victims of crimes prohibited by mandatory law to access justice.

Having constitutionally endorsed the reasonable and proportional primacy of *lex mercatoria* and economic interests over human rights, and integrated the principle that commerce but not justice can and should be globalized, the Constitutional Court declares that there is no "single and universally valid model of application for the principle of the universality of jurisdiction." Indeed, in order to settle this unquestionable affirmation, the ruling resorts first to various rulings of the International Criminal Court in order to accurately confirm that the Hague judges have never wanted to venture into this field. Similarly, they mention the Princeton principles⁶² to support the argument that universal jurisdiction is a power, rather than an obligation of States, like the jurisprudence of the European Human Rights Court, which declares that the right to justice can be limited by States that hold the privileged, subjective and much invoked "margin of appreciation in developing said regulation." In short, "with regard to universal jurisdiction, there is no ruling by the Strasbourg Court that generally validates any model of universal jurisdiction in the light of article 6.1 of the European Convention on Human Rights (*ECHR*)". Moreover, "said Court denies the obligatory nature of universal jurisdiction in cases where article 4 of the *ECHR* can be applied."⁶³

The Constitutional Court ends this section by stating:

In short, one cannot deduce from the decisions made by the UN General Assembly, the International Court of Justice or the European Court of Human Rights, that there exists an absolute and general principle of universal jurisdiction that is of obligatory application by the States that are signatories of the treaties included in said systems.

Nor can that same conclusion be reached from "what their governing bodies make of reading said treaties."⁶⁴

Indeed, there is no single model of universal jurisdiction, nor a general obligation for States to exercise their jurisdiction absolutely and universally. However, it cannot be denied, on one hand, that when the International Court of Justice has had the opportunity to venture into the question of universal jurisdiction, it has avoided

⁶¹ The Spanish Foreign Minister García Margallo admitted publicly that universal justice reform was aimed at maintaining the 20% of Spain National Debt acquired by China. See the interview online at <https://www.rtve.es/alacarta/videos/el-debate-de-la-1/>.

⁶² "The Princeton Principles on Universal Jurisdiction" (2001), online: *Princeton University* (pdf) <https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf>.

⁶³ Constitutional Court *supra* note 45, 5th legal ground of law.

⁶⁴ Constitutional Court *supra* note 45, 5th legal ground of law.

doing so, and on the other, that treaties do exist that impose the obligation of universally pursuing international crimes. And the paradigmatic example that is always mentioned is the 1949 *Geneva Conventions* ratified by Spain on 4th August 1952⁶⁵ and in the *First Additional Protocol of 1977* (in force from 21st April 1989).⁶⁶ It is not true, as the State allegations maintain in point 6.B.d of the antecedents, that the comments of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on article 146 of Geneva Convention IV deny this obligatory nature. That interpretation had already been voiced in the dissenting opinion of the judges Ramón Sáez Valcárcel and José Ricardo de Prada Solaesa on 4th July 2014 in ruling 38/2014, which was supported by Ángela Murillo Bordallo and Clara Bayarri García in ordinary proceedings 63/2008 of the Plenary Session of the Audiencia Nacional's Criminal Court, which led to closing the Tibet case. They pointed out that said comment made in the ruling in a footnote on the UN Secretary General's report regarding article 146 of *Geneva Convention IV*, had been transcribed from another ruling by the Supreme Court's Second Court (precisely when the plea of nullity was rejected in the other Tibet case closed after the 2009 reform). They denounced this transcription having been taken "out of context from a passage in the document, which distorted its meaning", and they went on to argue in the dissenting opinion: "In the deliberation we warned that was not what the text had said, and we urge you to refer to the original source, as courts are obliged to do, and not to trust what was alleged in a written extract. Such an error must be corrected."⁶⁷ Thus, they included the text of the International Committee of the Red Cross (ICRC) cited by the Secretary General, precisely to strengthen the opposite conclusion to that reached by the judges, who have stated that there is no obligation for universal prosecution of serious violations of the Geneva Conventions; an error that reappears in this ruling. In short, it cannot be ignored by national judges the international criminal law pointing out that there is not only a right but an obligation of the States to prosecute international crimes.⁶⁸

Likewise, in the fifth legal grounds in fine (p.45), the Constitutional Court judges argue that the existence of absolute universal jurisdiction cannot be deduced either from the interpretation made by the treaties' controlling bodies. Well, the Committee against Torture "believe that the scope for applying article 14 is not limited to victims who have suffered harm within the territory of the party State, or to cases

⁶⁵ *Geneva Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, 12 August 1949, 75 RTNU 31 (entered into force in Spain from 4 February 1953); *Geneva Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, 12 August 1949, 75 RTNU 85 (entered into force in Spain from 4 February 1953); *Geneva Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War*, of 12 August 1949, 75 RTNU 135 (entered into force in Spain from 4 February 1953); *Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*, of 12 August 1949, 75 RTNU 287 (in force in Spain from 4 February 1953).

⁶⁶ Juan Carlos I, "Instruments of ratification of Protocols I and II Additional to the Geneva Conventions of 12th August 1949, relating to the Protection of Victims of International and Non-International Armed Conflicts, drafted in Geneva on 8th June 1977" (1989) 177 Spanish Official State Gazette at 23 828-23 863.

⁶⁷ Audiencia Nacional [National Court], 2 July 2014, Plenary of the AN's Criminal Court, Order No 38/2014, proceedings 63/2008 (Spain), cited in Lopez *supra* note 31 at 488.

⁶⁸ Marc Henzelin, *supra* note 12.

where the perpetrator or victims of said harm have the nationality of the party State.”⁶⁹ Moreover, the ICRC’s interpretation extended this understanding of universal jurisdiction to cover crimes of torture and forced disappearances, when they declared:

There are other treaties, in addition to the Geneva Conventions and Additional Protocol I, that obligate Party States to establish universal jurisdiction for specific crimes, even if they are committed during armed conflicts. These include, in particular, the Convention against Torture, the Inter-American Convention on Forced Disappearance of persons (...).⁷⁰

On the other hand, it must not be forgotten that other United Nations Human Rights mechanisms have questioned - some directly - the reforms made to universal jurisdiction in Spain. In their final observations in the 5th periodic report on Spain, the Committee against Torture expressed their concern that the previous reform of the LOPJ in 2009 would hinder the exercise of jurisdiction especially regarding acts of torture in line with articles 5 and 7 of the Convention. In this sense, the International Court of Justice in the Questions relating the obligation to prosecute or extradite (*Belgium v. Senegal*) case remarked “the obligations *erga omnes partes*” under the Convention against Torture.⁷¹ Similarly, after examining Spain in 2014, the Special Rapporteur for the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff,⁷² and the U.N. Working Group on Forced Disappearances,⁷³ criticized the reform.

Nevertheless, in their sixth legal grounds the Constitutional Court, despite declaring that *Organic Law 1/2014* did not violate article 96 of the *Spanish Constitution*,⁷⁴ and denying the existence of a mechanism in the Spanish legal system to control Conventions, makes a point regarding treaty application. It had declared earlier that article 96 of the *Spanish Constitution* “does not attribute greater hierarchical superiority to treaties than to internal laws”, and

confirmation of a possible disagreement between an international convention and an internal rule with the force of law does not imply judgement on the

⁶⁹ Committee against Torture, *Implementation of the article 14 by States parties*, UNCATOR, 2012, General comment No 3, UN Doc CAT/C/GC/3.

⁷⁰ Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules* (Cambridge: ICRC, 2005) at 686; commentary on Rule 157.

⁷¹ *Questions relating the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*, [2012] ICJ Rep 144 (“The common interest in compliance with the relevant obligations under the Convention against Torture implies the entitlement of each State party to the Convention to make a claim concerning the cessation of an alleged breach by another State party (...) It follows that any State party to the Convention may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations *erga omnes partes* (...) and to bring that failure to an end ” at para 69).

⁷² *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff - Misión a España*, UNHRCOR, 27th Sess, UN Doc A/HRC/27/56/Add.1 (2014).

⁷³ *Report of the Working Group of Enforced or Involuntary Disappearances Addendum Mission to Spain*, UNHRCOR, 27th Sess, Annex, Agenda Item 3, UN Doc. A/HRC/27/49/Add.1 (2014).

⁷⁴ Article 96.1 of *Spanish Constitution* (1978): “Validly concluded international treaties, once officially published in Spain, shall form part of the internal legal order. Their provisions may only be repealed, amended or suspended in the manner provided in the treaties themselves or in accordance with the general rules of international law.”

validity of the internal rule, but merely on its applicability, so it is not a problem of purging invalid rules from the legislation, but of determining the rule applicable for resolving each particular case, the application of which should be freely decided by ordinary judges.⁷⁵

Thus, the Constitutional Court leaves this “convention analysis” - consisting in the “mere judgement of applicability” of rules - in the hands of ordinary judges. Therefore, it is important that it concludes by declaring in this respect that: “any ordinary judge can shift the application of an internal rule with the force of law in order to preferentially apply the provision contained in an international treaty”. All of which does not imply the “expulsion of the internal regulation from the legislation”, but “merely its non-application in a specific case.”⁷⁶

This precision of the sixth legal grounds sets out important effects that clearly refute the Supreme Court’s declarations on this point in the various rulings in which it rejected the appeals regarding the various cases of universal justice since 2014. For example, subsequent to the reform, when Santiago Pedraz, the judge of Central Court n° 1, ruled initially on 17 March 2014 in Summary proceedings 27/2007 in the Couso case, and refused to close the case, instead applying article 146 of *Geneva Convention IV* rather than the new article 23.4.a of the *LOPJ*, he was doing just what the Constitutional Court has now suggested in its recent ruling. However, in its ruling 296/2015 to close the above-mentioned Tibet case, the Supreme Court ordered that the *LOPJ* be applied instead of the international treaty. The 29th grounds of law of that fateful verdict warned the judges who were resisting closing cases of universal justice, by applying international law, that : “[a]s a result, and so that it is clear in this and in other proceedings with similar grounds of law, in compliance with the current *Organic Law 1/2014*, Spanish courts lack the jurisdiction to investigate and try crimes committed abroad against persons and goods that are protected in cases of armed conflict” unless the unlikely requirements demanded in article 23.4.a of the *LOPJ* are met.⁷⁷ It is no surprise that soon after this verdict, the judge Pedraz closed the Couso case, despite being convinced that the Geneva Conventions should be applied instead of article 23.4 of the *LOPJ*, for fear that by persevering with the case he would be accused of perversion of justice.⁷⁸ On the other hand, if from now on the judicial reasoning expressed in the Constitutional Court’s ruling is followed, judges could use that reasoning as a basis from which to apply international treaties instead of internal rules. In short, it must be reiterated that although the Supreme Court considers it quite inappropriate to apply a treaty instead of the *LOPJ* in such serious cases as those involving war crimes, it does not have any objection however, despite the reform, to applying other international treaties to the detriment of articles 23.4.d and 23.4.i regarding piracy and drug trafficking, to suppress these crimes in international waters. Thus, for example, in the Supreme Court ruling 592/2014 on 24 July 2014, the Criminal

⁷⁵ Constitutional Court, *supra* note 45, 6th legal ground of law.

⁷⁶ Constitutional Court, *supra* note 45, 6th legal ground of law.

⁷⁷ Tribunal Supremo [Supreme Court], 6 May 2015, No 296/2015, 29th ground of law (Spain), case available online: < <https://supremo.vlex.es/vid/571092402>>.

⁷⁸ Audiencia Nacional [National Court], First instance Central Court No. 1, 9 June 2015, case No 27/2007 (Spain).

Court (appeal 1205/2014) considers that the perpetration of these crimes in “international marine spaces” does not call for the requirements established in the LOPJ, namely, that the perpetrator should have that nationality, or be in the act of committing [the crime], or for a criminal organization to exist, but only that the supposed crime be covered in an international treaty ratified by Spain, and considers that such an international rule does exist: (the 1982 *United Nations Convention on the Law of the Sea*).⁷⁹

Then, in its seventh legal grounds, the Constitutional Court denies that *Organic Law 1/2014* is arbitrary and questions the principle of equality before the law. The appeal criticized the fact that the reform generated different categories of victims, considering such differential treatment to be discriminatory. However, the judges, despite admitting that the new article establishes fifteen different points of connection before Spanish jurisdiction can be activated, wash their hands and attribute full responsibility for the legal change to the politicians who designed it. They do not question the reform on this point, as it was a “completely reasonable option (...) assumed by the legislator and “in no way opposed legal security.” Thus, the evolution of universal justice is left to the legislative power, regardless of the reasons for the reform, on one hand, and of the contradictions between this and earlier rulings of this court on the Guatemala and Falun Gong cases, on the other.

Thus, this legal ground, despite admitting that “justification for the reform is generic”, declares that it is, at the same time, “rational”. Indeed, what is extremely rational is not just the motivation that led the Spanish Parliament to make the urgent change in legislation, but the fact that victims of international crimes contemplated in the Statute of Rome should have their status exacerbated in order to be able to seek justice in Spanish courts. Maybe rational refers to the reform complying with important reasons, such as reasons of State, like the important percentage of Spanish debt in Chinese hands mentioned above.

On the other hand, the Constitutional Court brushes off the blatant contradiction in interpretation regarding universal jurisdiction between the present ruling and that of the Guatemala case, by admitting that, in effect “the scope of current regulation is the same as the interpretation made in its day by the Constitutional Court regarding the principle of universal jurisdiction, but this does not necessarily mean that the new regulation is unconstitutional for violating the principle of juridical security.”⁸⁰ So, despite the Constitutional Court admitting the change in criteria, that same change is justified by the change in legislation, and, as a result, it can be claimed that with this ruling the Constitutional Court is not contradicting its own acts.

In short, if victims cannot find justice in Spanish courts, they should look for alternatives beyond Spanish frontiers. Thus, “victims should either activate jurisdiction in countries with laws more in favour of universal justice or urge the State to act in defence

⁷⁹ Supremo Tribunale [Supreme Court], Criminal Court, 24 July 2014, Ruling No 592/2014 (Spain), case available online: <https://supremo.vlex.es/vid/internacional-buques-bandera-extranjera-521791510?_ga=2.44503719.2096172558.1615066199-617340535.1614785429>.

⁸⁰ Constitutional Court, *supra* note 45, 7th grounds of law.

of their citizens, before the International Criminal Court.”⁸¹ It is ever so rational that, for example, a Tibetan victim or a Chinese practitioner of Falun Gong should turn to Beijing so that the People’s Republic of China, which is not a Party of the Statute of Rome, denounces the case before the International Criminal Court, which it does not recognize.

In this context, it must be remembered that Spain ratified the *Rome Statute* on 19th October 2000, and the principle of complementarity presumes a political and legal will of the States party to persecute international crimes. This complementarity of the article 17 should prevail between the national criminal jurisdictions and the International Criminal Court, that should take part in an issue when a State is unable or unwilling to exercise its jurisdiction. However, in addition to the principle of complementarity, another mainstay of the structure of the *Rome Statute* is the duty to cooperate with the International Criminal Court and fulfill all requirements it may demand from a party State. It is, therefore, quite surprising that, on the apparent grounds of fulfilling this obligation, the Spanish Parliament enacted the *Organic Law 18/2003*, whose 7.2 contradictorily inverts this principle of complementarity.⁸² Beyond this national dysfunction, the doctrine controversy about the concurrence of these jurisdictions remains open. And while one position, holds that the *Rome Statute*

*“n’inclut finalement pas le principe d’une compétence concurrente universelle de tous les États avec la Cour pénale internationale, pour n’admettre qu’une compétence concurrente des États territoriaux et nationaux des auteurs avec celle-là.”*⁸³

others assure “the need to expand” the domestic jurisdiction, even for the non-party-States⁸⁴. Therefore, “if a State, finally, provides universal jurisdiction for crimes of competition of the Court, that State will be collaborating in the repression of them beyond what the Court itself can do”.⁸⁵ Definitively, that principles of complementarity and universal jurisdiction should be a “perfect match”, and not a reason of “antagonism.”⁸⁶

⁸¹ Constitutional Court, *supra* note 45, 7th grounds of law.

⁸² Art 7.2 *Organic Law 18/2003 on Cooperation with the International Criminal Court* (Spain) available online: <<http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/11/pdfs/A44062-44068.pdf>> (“ When someone lodges a complaint before a judicial organ, the Spanish Public Prosecutor or the Prosecutor’s office, in relation to a situation in which one or more crimes within the jurisdiction of the court appear to have been committed by a non-Spanish national outside Spanish territory, the said organ will refrain from proceeding and will apprise the plaintiff of the possibility of taking their claim directly to the Prosecutor of the International Criminal Court who may initiate an investigation. This does not preclude adopting, if necessary, the first urgent proceedings within their jurisdiction. Should this occur, the judicial organs and the Public Prosecutor will refrain from proceeding on their own initiative”).

⁸³ Marc Henlezin, *supra* note 12 at 392.

⁸⁴ Douglass Cassel, “The ICC’s New Legal Landscape: The Need to Expand U.S. Domestic Jurisdiction to Prosecute Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity” (1999) 23 *Fordham Intl LJ* at 378-97.

⁸⁵ Antonio Pigrau Solé, *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, (Barcelona: Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Generalitat de Catalunya, 2009) [translated by author].

⁸⁶ Britta Lisa Krings, “The principles of ‘complementarity’ and universal jurisdiction in International Criminal Law: antagonists or perfect match?” (2012) 4:3 *Goettingen Journal of International Law* at 737-763.

The other alternative for victims is to go seek the national court of another State, as here the doors are already closed to their cases, despite these ones have been investigated for over a decade, but finally closed retroactively. Without a doubt, as the Constitutional Court itself admits, “both possibilities are clearly onerous for the victims, and increase their vulnerability”, but despite that, one cannot deduce “an absence of juridical security, nor the introduction of a bizarre, unpredictable or discriminatory criterion to extend jurisdiction.” We sincerely congratulate the judges of the Constitutional Court for such an exercise of intricate juridical juggling, which endorses the impunity of great commercial allies and friends despite their being accused of the most heinous international crimes. The rule of law should prevail, and the values espoused in the *Treaty on European Union*, which “is aimed at promoting peace, its values and the well-being of its peoples” (art. 3.1 *TEU*) and “is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights” (art. 2 *TEU*); values that should also be projected in their action abroad (arts. 21, 32 and 42.5 *TEU*) in countries like China, Saudi Arabia or Equatorial Guinea, to cite but a few.

Another of the most controversial arguments denounced by the Socialist MPs’ appeal was that relating to the suppression of popular action. In the eighth legal grounds, the ruling states that this loophole “does not violate either articles 24.1⁸⁷ or 125⁸⁸ of the *Spanish Constitution*, nor article 9.3⁸⁹ with regard to article 14⁹⁰ of the *Spanish Constitution*”. The ruling reiterates that the legislator has the discretionary capacity to specify the limitations to popular action that it deems opportune. Even so, despite the current suppression, the Constitutional Court admits that victims can still access jurisdiction, and that in any case “nothing prevents those who are not victims from denouncing [crimes] to the public prosecutor.”⁹¹ This last option is somewhat discouraging and even a deterrent, given the prosecution’s restrictive position with regard to cases of universal justice; the public ministry’s role in these matters has not been precisely that of complainant or facilitator, but quite the opposite, with a few notable exceptions such as the *Boko Haram* case.

Finally, the ninth legal grounds argue that the single transitory disposition of *Organic Law 1/2014* does not damage the right to effective judicial protection

⁸⁷ Article 24.1 of *Spanish Constitution* (1978): “Every person has the right to obtain the effective protection of the Judges and the Courts in the exercise of his or her legitimate rights and interests, and in no case may he go undefended.”

⁸⁸ Article 125 of *Spanish Constitution* (1978): “Citizens may engage in popular action and participate in the administration of justice through the institution of the Jury, in the manner and with respect to those criminal trials as may be determined by law, as well as in customary and traditional courts.”

⁸⁹ Article 9.3 of *Spanish Constitution* (1978): “The Constitution guarantees the principle of legality, the hierarchy of legal provisions, the publicity of legal enactments, the nonretroactivity of punitive measures that are unfavourable to or restrict individual rights, the certainty that the rule of law will prevail, the accountability of the public authorities, and the prohibition against arbitrary action on the part of the latter.”

⁹⁰ Article 14 of *Spanish Constitution* (1978): “Spaniards are equal before the law and may not in any way be discriminated against on account of birth, race, sex, religion, opinion or any other personal or social condition or circumstance.”

⁹¹ Constitutional Court, *supra* note 45, 8th grounds of law.

contemplated in article 24.1 of the *Spanish Constitution*. It is therefore a procedural rule and, as such, is not a question to which

the principle of non-retroactivity of sanctioning provisions that restrict or are not favourable to individual rights” should be applied. Moreover, it adds that this transitory provision not only needs to be applied while proceedings are running their course, but the rule even establishes that despite proceedings having been closed, if the points of connection are subsequently confirmed, “said closure could be suspended, and the proceedings reopened.”⁹²

The ruling is accompanied by the concurring private opinion of the judge Narváez Rodríguez, who stresses the court’s negative ruling although he introduces a few technical disagreements. He believes that the appeal did not fully confirm that universal jurisdiction was contemplated in any international treaty, particularly in those mentioned in article 10.2 of the *Spanish Constitution*, and therefore said point in the appeal should not have been discussed, or alternatively, the court should have carried out “an analysis of the different international conventions.” But whatever the case, he states that “the right to criminal action is considered essentially *ius ut procedatur* rather than part of any other statutory fundamental law.”⁹³

III. From Spain’s Constitutional Court to the European Court of Human Rights

The Constitutional Court’s ruling set off a chain reaction rejecting all the appeals concerning cases that had been closed as a result of the 2014 reform. And in all these verdicts this court’s judges simply cut and pasted the juridical arguments of the above-mentioned ruling *140/2018*.

In short, the Constitutional Court’s ruling on the Tibet case, which worried the Government, rejected the appeal of constitutional protection, using the following reasoning: first, it only analysed the violation of the right to effective judicial protection in terms of accessing the courts, with no mention of the legitimacy or fairness of the proceedings, noting that this branch of the right to effective judicial protection did not guarantee in absolute terms any access to jurisdiction. On the other hand, the judges declared that the conflict of regulations between the new version of universal jurisdiction and the international obligations derived from international treaties was a matter of ordinary legality and regulatory applicability. As a result, they considered this legal conflict lay outside their competence and was a matter for ordinary judges to decide. They also declared there was no discrimination, without carrying out any tests of legitimacy or proportionality, simply declaring that the new criteria to activate universal justice were coherent and did not violate juridical safety, as this legislative option was not “extravagant, unpredictable or discriminatory”. Lastly, they concluded

⁹² Constitutional Court, *supra* note 45, 9th grounds of law.

⁹³ Tribunal Constitucional [Spanish Constitutional Court], 20 December 2018 (2019), *Voto concurrente que formula el Magistrado don Antonio Narváez Rodríguez en relación con la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad 3754/2014*, 22 Official State Gazzete, No 140/2018 (Spain) at 9.

that the ordinary courts that had investigated this case were not obliged to apply international law in order to preserve the right to access the courts. Even so, the Constitutional Court admitted that this modification was clearly onerous for the victims, as it made them more vulnerable.⁹⁴

But in a matter of months, it was not just the Tibet case that was closed, as the same fate befell the Falun Gong cases,⁹⁵ the case of the crimes committed in the Ashraf refugee camp in Baghdad,⁹⁶ the Guantanamo case,⁹⁷ the Couso case for the war crime committed against the Spanish journalist in the Iraq war,⁹⁸ and the case of genocide in Rwanda that included Spanish victims.⁹⁹

Meanwhile, the Spanish Supreme Court similarly buried the case for war crimes and terrorism committed in Syria¹⁰⁰ by members of Al-Assad's Government.

After exhausting Spain's internal mechanisms, the victims' representatives presented their cases to the European Court of Human Rights. The Strasbourg Court should determine whether there has been a violation of article 6.1 of the *European Convention of Human rights* regarding the right to a fair trial. In fact, the retroactive closing of the cases could be considered a denial of an effective judicial remedy for the victims of international crimes who anyway have the right to claim compensation derived from an action of civil responsibility, as the Court itself admitted.¹⁰¹

Article 1 of *Protocol 12 of the Convention*, which has been ratified by Spain, establishes a general prohibition of discrimination.¹⁰² Thus, a specific prohibition exists against different discriminatory treatments in the enjoyment of any rights established by law. In the Spanish cases that were closed, the victims of international crimes with Tibetan, Syrian or Chinese nationality do not have the same access to the Spanish courts as do the Spanish victims of torture and forced disappearances, to whom the new law of universal justice grants this right. In fact, article 3.4 of the above-mentioned *Organic Law 1/2014* enables these international crimes to be prosecuted if the victims were

⁹⁴ Tribunal Constitucional [Constitutional Court], 25 February 2019, 73 Official State Gazzete, No 23/2019 (Spain).

⁹⁵ Tribunal Constitucional [Constitutional Court], 28 January 2019, 46 Official State Gazzete, No 10/2019 (Spain).

⁹⁶ Tribunal Constitucional [Constitutional Court], 11 February 2019, 67 Official State Gazzete, No 15/2019 (Spain).

⁹⁷ Tribunal Constitucional [Constitutional Court], 25 March 2019, 99 Official State Gazzete, No 36/2019 (Spain).

⁹⁸ Tribunal Constituconal [Constitutional Court], 17 June 2019, 177 Official State Gazzete, No 80/2019 (Spain).

⁹⁹ Tribunal Constitucional [Constitutional Court], 11 April 2019, ruling rejecting to admit the case of 11th April 2019, appeal 993-2016-J.

¹⁰⁰ Tribunal Supremo [Supreme Court], 13 March 2019, No 1397/2019, appeal 226/2018 (Spain).

¹⁰¹ *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* [GC], No 5809/08 (21 June 2016) at para 126.

¹⁰² Council of Europe, *Protocol No 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Rome, 4 November 2000, 77 ETS 1 ("Article 1 – General prohibition of discrimination 1 The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. 2 No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1").

Spanish when the crimes were committed. Victims who subsequently acquired Spanish nationality are thereby discriminated against and prevented from accessing justice. The *ECHR* has ruled that when a law establishes different treatment among citizens, those who have always had that nationality and those who subsequently acquired it all fall within the protective category of nationality, as do cases in which a difference is established as a function of the time that certain individuals have been citizens of a Contractual State.¹⁰³ Discrimination can occur in these cases, as an individual who was born a Spaniard has the right to exercise criminal action whenever they are a victim, regardless of where the crime was committed, whereas individuals of other national origins, who subsequently became Spanish, are discriminated against and do not have the right to access justice.

IV. Towards Universal Jurisdiction Exclusively for Prosecuting Terrorism: Questioning a Universal Juridical Conscience

This apparent discriminatory treatment in the reformed law of universal justice denounced in the European Council of Human Rights is not only based on the victims' nationality, but also on the type of crime. The unequal and complex treatment granted by the law when persecuting different crimes is striking. Spanish jurisdiction is thus granted privileged treatment for prosecuting crimes of terrorism, if so, much as one of the eight connecting points listed in the new wording is accredited, such as for example if there are Spanish victims. This regulation comes as no surprise, as it only reinforces the legislative changes that "should be concerned with the persecution of anyone who takes part in the financing, planning, preparation or carrying out of acts of terrorism or provides support for these acts", as established in the Preamble of *Organic Law 2/2015*, which mentions several UN Security Council resolutions.¹⁰⁴

It must also be stressed that the most blatant and reprehensible thing about the reform lies in the fact that the juridical regime for the most heinous international crimes is much more onerous. Thus, in cases of genocide, crimes against humanity and war crimes, in addition to the victims' nationality, there is the additional requirement of

¹⁰³ *Biao v Denmark* [GC], No 38590/10 (24 May 2016) ("(...) However, very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention (see *Gaygusuz v Austria*, 16 September 1996, § 42, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV; *Koua Poirrez v France*, no. 40892/98, § 46, ECHR 2003-X; *Andrejeva v Latvia* [GC], no. 55707/00, § 87, ECHR 2009; and *Ponomaryovi v Bulgaria*, no. 5335/05, § 52, ECHR 2011)" at para 7).

¹⁰⁴ *Organic Law 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo* (Spain), available online: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-3440>> "(...) La Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, aprobada el 24 de septiembre de 2014, recoge la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo (...) la Resolución 2178 pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede debidamente reflejada la gravedad del delito." Preamble).

showing that the aggressor is Spanish, or a foreigner who habitually resides in Spain or is present on Spanish soil,¹⁰⁵ which only “confuses alarmingly the essence of the universal principle with other criteria for the extraterritorial application of criminal law”¹⁰⁶.

Thus, the more lenient regulation of article 23.4 of the *LOPJ* for crimes of terrorism has even resulted, at the urging of the public prosecutor, in new proceedings being set in motion by the First Instance Central Court N° 5. The case against the leader of the terrorist group Boko Haram for serious human rights violations in Nigeria began its course after a complaint was presented at the public prosecutor’s office and after it was shown that one of the victims - the Spanish nun, Sister María Jesús Mayor - had Spanish nationality,¹⁰⁷ As a result, the public prosecutor lodged a lawsuit against the leader of the jihadist group Boko Haram for having committed acts of terrorism in March 2013 in the city of Ganye in Nigeria. It argued that this terrorist group’s generalised attacks on the population were aimed at creating an Islamic State in this part of the African continent. However, the series of criminal acts described in the lawsuit, which consisted in assassinations, torture, sexual aggression and human trafficking, and could be classified as crimes against humanity, only fell within the competence of the Spanish courts because they were denounced as crimes of terrorism, given the required national connection.

Be that as it may, if a government’s political choice is not to prosecute those accused of genocide, not even war criminals, (as these judicial investigations can muddy and interfere with the State’s foreign actions), the *de facto* repeal of universal justice should go hand in hand with other measures. As it has been pointed out, in order to be coherent with international law, *Organic Law 1/2014* should be accompanied by Spain’s “denunciation and refusal to participate in any future treaty advances or belated reservations” in the various international treaties concerned with human rights.¹⁰⁸

Coherent or not, it is clear that the universal persecution of terrorism is a priority. This becomes evident not only in the above-mentioned favourable treatment granted to the prosecution of terrorism by *Organic Laws 1/2014* and *2/2015*, but also in the fact that within the UN Spain heads the diplomatic offensive for establishing an

¹⁰⁵ *Organic Law 6/1985, de 1 de julio, de Poder Judicial* (Spain), available online: <https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/r41-lo6-1985.11t1.html> (“4. *Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas*”).

¹⁰⁶ Manuel Ollé Sesé, *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: de la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal* (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019).

¹⁰⁷ Audiencia Nacional [National Audience], Juzgado Central de Instrucción nº 4, 27 May 2015, proceedings No 38/2015 (Spain).

¹⁰⁸ Esperanza Orihuela Calatayud “La regulación de la jurisdicción universal en España. Reflexiones a la luz de las últimas reformas (2014 y 2015)” in Orihuela (coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, (Bilbao, Thomson Reuters Aranzadi, 2016) at 283-317, 314.

International Criminal Court for crimes of terrorism.¹⁰⁹ An initiative that is somewhat contradictory to the foreign affairs of some Western States. Aiming to establish a new international judicial body to try terrorists, whilst maintaining privileged geostrategic links with Arab monarchies that arm and finance those whom we aim to sanction, leads to foreign policy decisions that are far from inspiring.

Nevertheless, it must be concluded that the universal prosecution of terrorism is not incompatible with persecuting the most serious international crimes. On the contrary, the fight against impunity is complemented. In fact, when the last peaceful resource left to some peoples with which to claim their fundamental rights and their desire for justice and reparation is squashed in this way, a feeling of despair and impotence is generated that in many cases sows the seeds of subsequent violent reactions. In short, we must not only fight the effects of terrorism, but also the roots that give rise to it, in order to counter all ideological arguments that try to justify terrorist atrocities. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe warned against this when it declared that “Injustice breeds terrorism and undermines the legitimacy of the fight against it.”¹¹⁰

Faced with these alarming signs that threaten the fight against impunity, we must unhesitatingly support the strict observance and application of the universal social contract, even at the risk of once again annoying political and economic world powers. And this must be so because, as the judge of the International Court of Justice, Cançado Trindade, has declared repeatedly, the effective guarantee of peoples’ rights and specifically those of the victims, comes before reasons of state because:

The search for full safeguards and the prevalence of rights inherent to human beings, in any and all circumstances, belong to today’s new ethos, in a clear manifestation, in our part of the world, of the universal juridical conscience at the beginning of the 21st Century. The awakening of this conscience - the material source of all law - carries with it the unequivocal acknowledgement that no State can consider itself above the law, whose rules are aimed at human beings.¹¹¹

In view of all that has happened, for legislation and the judiciary to evolve in line with constitutional and European values, universal jurisdiction should not merely be legally reinstated in its original place. In an exercise of coherence and undeniable courage, universal prosecution of the most serious international crimes should be

¹⁰⁹ *España apoyándose en el actual y privilegiado estatuto de miembro no permanente ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha solicitado la creación de dicho tribunal.* See “España pedirá desde el Consejo de Seguridad un Tribunal Internacional contra el Terrorismo”, *ABC España* (8 junio 2016), online: <https://www.abc.es/espana/abci-espana-propondra-diciembre-creacion-tribunal-penal-contra-terrorismo-201606081111_noticia.html>.

¹¹⁰ Parliamentary Assembly of the Council of Europe: Resolution 1634 (2008) on the “Proposed law on forty-two-day pre-charge detention in the United Kingdom”, 2 October 2008: “terrorism can and must be fought with means that fully respect human rights and the rule of law, excluding all forms of arbitrariness. Injustice breeds terrorism and undermines the legitimacy of the fight against it”.

¹¹¹ Antonio Cançado Trindade, *Reflexiones sobre los tribunales internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización de ideal de la justicia internacional*, (Bilbao: Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2011) at 17-95, 49.

extended to include transnational companies as they are key players in the vast majority of the cases denounced and remain unpunished. Moreover, as so accurately stated by the Madrid-Buenos Aires Principles of Universal Jurisdiction sponsored by Fibgar, universal persecution urgently needs to be extended to economic and environmental crimes.¹¹² Furthermore, such transcendental matters for human rights, as are this questioning of universal jurisdiction or the very serious refugee crisis, not only affect the victims, but all humanity. Which brings this reflection to an end, with the recent words of Chinese artist and refugee Ai Wei Wei who lucidly identified the problem of this alarming deterioration of values in our civilisation in which

The main cause for much of this crisis is that we prioritise economic gains over a person's fight to satisfy their basic needs. The West has abandoned its faith in humanity and its support for the beautiful ideals described in the Universal Declaration of Human Rights. The West has sacrificed these ideals in its pursuit of avarice and cowardice (...) There are many frontiers to be torn down, but the most important ones are in our hearts and minds. These are the frontiers that are dividing humanity.¹¹³

In conclusion, this reflection on universal jurisdiction in Spain is entitled a requiem, a plea for the souls of the deceased, for the victims for whom the doors of justice are being closed. The failure of the Justice Ministry's project and the last Constitutional Court ruling both indicate that the various appeals regarding cases of universal justice will shortly be dismissed and will all end up in Strasbourg without much hope for reparations. However, the above-mentioned requiem left a question unanswered. Requiem in Latin means "rest", and although its best-known meaning is the liturgical act for burying the dead, in this case we would prefer it if the doors of hope were left open for the victims who invoke the principle and values enshrined in universal jurisdiction. Therefore, it would be desirable, although naïve, that universal justice, which has now entered a phase of rest in our country, would not remain in "eternal rest", but that could be resurrected. As the Constitutional Court insisted repeatedly in its ruling on 20 December 2018, the matter now lies in the hands of the political will of the legislator.

At the same time, we have to keep an open eye to Strasbourg, but with scepticism, as the European Court of Human Rights sitting on 5th December 2019 has already declared the application of the Rwanda case to be inadmissible.¹¹⁴ It seems not to be a good omen, that the Grand Chamber of this Strasbourg Court in the Naït-Liman case has already declared regarding the universal civil jurisdiction, that States had a margin of appreciation to regulate access to justice of international crimes victims. But in any case, it could be concluded with a wishful thinking perspective, as in this

¹¹² Fibgar, Principios de Madrid-Buenos Aires de Jurisdicción Universal, 2015, en ligne: <<http://fibgar.org/upload/proyectos/35/es/principios-de-jurisdiccion-universal.pdf>>.

¹¹³ Ai Wei Wei, "La crisis de los refugiados no les concierne solo a ellos sino a todos nosotros", (5 February 2018), online : <https://www.eldiario.es/internacional/theguardian/crisis-refugiados-concierne-solo_129_1103119.html#:~:text=La%20crisis%20de%20refugiados%20no,por%20satisfacer%20sus%20necesidades%20b%C3%A1sicas>.

¹¹⁴ *Vallamajo i Sala v Spain*, No 53453/2019 (5th December 2019).

judgement “the Court did not shut the door for similar claims in the future”¹¹⁵ and it could mean this verdict “a starting point for the creation of a new custom on an ‘almost’ universal jurisdiction”.¹¹⁶ But facts seem to go in the opposite direction. Recently the Secretary of the European Court of Human Rights has just announced the dismissal of the applications in the Tibet case. The Court’s adoption of a decision taken by a single judge on 17 December 2020, “is definitive and cannot be the object of an appeal.” With this verdict, the Strasbourg Court certifies the death of universal justice for Tibetan victims, as it has been declared that in these complaints the right to a fair trial and to an effective remedy have not been violated.¹¹⁷ These resolutions may have been the last notes of the requiem for universal jurisdiction in Spain and for its victims.

¹¹⁵ Daniel Rieteker, “The case of *Naït-Liman v Switzerland* before the European Court of Human Rights: where are the limits of the global fight against torture?” (2019), online: *Harvard International Law Journal* <<https://harvardilj.org/2019/03/the-case-of-nait-liman-v-switzerland-before-the-european-court-of-human-rights-where-are-the-limits-of-the-global-fight-against-torture/>>.

¹¹⁶ Maria Chiara Marullo, “‘Almost’ universal jurisdiction”, (2019/2020) 21 *Yearbook of Private International Law* at 568.

¹¹⁷ *Sherpa Sherpa v Spain*, No 47547 (17th December 2020); Decision *Case of Comité de Apoyo al Tibet and Fundación Casa del Tibet v Spain*, 3rd December 2020.

L'ACCESSIBILITÉ DES SOINS : DE LA COORDINATION DES ÉTATS MEMBRES DE L'UNION EUROPÉENNE À LA COOPÉRATION TRANSFRONTALIÈRE

*Françoise Paccaud **

L'Union européenne (UE) constitue un modèle atypique de coopération entre États particulièrement poussé. À ce titre, l'UE dispose de droits partagés avec les États membres, et le domaine de la santé en fait partie. Il apparaît en effet logique que la santé fasse partie des domaines où l'Union européenne intervient afin de garantir la mise en place d'une politique globale et équitable entre tous ressortissants des États membres. Un citoyen européen pourrait-il bénéficier des infrastructures et traitements proposés dans un État dont il n'est pas ressortissant ? Le développement de la libre circulation des individus constitue la première étape pour permettre l'accès aux soins. Par la suite, l'Union a mis en place un système de coopération entre les États qui a également contribué au développement d'une coopération transfrontalière afin de mettre en place de véritables zones de soins. Ces zones s'affranchissent donc des frontières pour garantir une meilleure accessibilité aux soins pour tous les citoyens européens.

The European Union (EU) constitutes an atypical cooperation model between States that is especially extensive. Under this model, the EU has rights which are shared with Member States, of which health is an included field. Indeed, it seems logical that health is one of the fields in which the EU intervenes in order to guarantee the implementation of a global and equitable policy among all EU nationals. Could a European citizen benefit from the infrastructure and treatments offered within a State of which he or she is not a national? The development of individuals' freedom of movement constitutes the first step to allow access to healthcare. The EU put in place a cooperation system between States, which also contributed to the development of transboundary cooperation in order to implement substantive healthcare zones. These zones are thus freed from borders, to guarantee a better access to healthcare for all European citizens.

La Unión Europea (UE) constituye un modelo atípico de cooperación entre Estados particularmente riguroso. Como tal, la UE tiene derechos compartidos con los Estados miembros, y la salud es uno de ellos. Parece lógico que la salud sea uno de los ámbitos en los que la Unión Europea interviene para garantizar políticas integrales y equitativas a los nacionales de los Estados miembros. ¿Podría un ciudadano europeo acudir a las infraestructuras y tratamientos que ofrece en un Estado del cual no es nacional? El desarrollo de la libre circulación de personas es el primer paso para brindar acceso a la atención médica. Posteriormente, la Unión estableció un sistema de cooperación entre Estados que también contribuyó al desarrollo de la cooperación transfronteriza para crear auténticas zonas de atención médica. Estas áreas desconocen las fronteras para garantizar una mejor accesibilidad a la atención médica para todos los ciudadanos europeos.

* Docteure, Université Jean Moulin Lyon III, Équipe de droit international européen et comparé (EDIEC).

À bien des égards, l'accès aux soins peut sembler être un objectif difficilement atteignable, au regard des différences que l'on peut trouver au sein d'un même territoire. Les déplacements croissants des populations conduisent à s'interroger sur l'effectivité de l'accès aux soins principalement sur le territoire de l'Union européenne (UE).

La santé est définie comme « un état complet de bien-être physique, mental et social »¹. Elle ne se réduit pas simplement à lutter contre la maladie, c'est avant tout un état général. L'accès aux soins permet aux individus d'accéder aux outils, pratiques et traitements sanitaires nécessaires pour préserver leur santé. Toutefois, les enjeux sanitaires peuvent trouver une certaine résonance entre les États dans un monde globalisé. Le développement de maladies, mais aussi le déplacement des populations, oblige à instaurer une forme de solidarité étatique tournée vers une approche collective et solidaire². Une action coordonnée est donc nécessaire pour arriver à une réponse adaptée³. Néanmoins, la question de l'accès aux soins suscite encore de nombreuses inquiétudes au regard des nombreuses disparités existantes entre et au sein des différents blocs régionaux, notamment pour les individus, plus ou moins exposés aux risques sanitaires⁴.

L'UE, dont l'établissement d'un espace d'échange économique constitue la réalisation première, a progressivement amorcé un changement de paradigme en consacrant l'effet direct du droit de l'UE, mettant l'individu au cœur du processus d'intégration⁵. *A fortiori*, l'intégration des questions sanitaires ne pouvait qu'occuper une place prédominante dans un système tel que celui-ci, où les individus peuvent revendiquer une prise en charge de leurs soins⁶. Bien que le recours à des soins transfrontaliers dans l'UE reste, en pratique, encore limité⁷, il constitue un enjeu capital, notamment pour les zones territoriales susceptibles de connaître d'importants flux

¹ *Constitution de l'Organisation mondiale de la santé*, 15 février 1946, 14 RTNU 221 à la p 185 (entrée en vigueur : 7 avril 1948).

² Comme le souligne Michel Bélanger, la plupart des organisations internationales, mais aussi les organisations non gouvernementales, exercent des compétences en matière sanitaire. Michel Bélanger, « Réflexions sur la réalité du droit international de la santé » (1985) 2 RQDI 19.

³ Claude Emanuelli, « Le droit international de la santé : évolution historique et perspectives contemporaines » (1985) 2 RQDI 11.

⁴ L'OMS a régionalisé son organisation au titre de l'article 54 de sa *Constitution*. Dans son dernier rapport elle indique que le taux d'accès aux soins reste encore très faible sur certains continents. « La moitié de la population de la planète n'a pas accès aux services de santé essentiels » (13 décembre 2017), en ligne : *Organisation mondiale de la santé* <www.who.int/fr/news/item/13-12-2017-world-bank-and-who-half-the-world-lacks-access-to-essential-health-services-100-million-still-pushed-into-extreme-poverty-because-of-health-expenses>.

⁵ *NV Algemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c Administration fiscale néerlandaise*, C-26/62, [1963] ECR 3.

⁶ Marianne Berthod-Wurmser, *La santé en Europe*, Paris, La documentation française, 1994 et Miloudia Faouzi, *La protection de la santé et mutation du processus d'intégration communautaire*, thèse, Université Jean Moulin Lyon III, 2011.

⁷ Selon la Commission, en 2017, les États membres ont délivré environ 55 000 autorisations préalables pour des traitements programmés à l'étranger, et le nombre total des demandes de remboursements s'élevait à 194 292. CE, *Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers*, COM 651 (2018) à la p 7.

d'individus, à l'instar des zones touristiques ou frontalières. L'accès aux soins sur le territoire européen permet ainsi à chaque ressortissant d'être assuré qu'il bénéficiera de soins de qualité, quel que soit l'État membre dans lequel il se situe⁸.

Au regard de l'avancement du processus d'intégration européenne, la perception du malade par le droit de l'UE, a connu une évolution notable. D'abord appréhendé de manière indirecte par la voie du marché intérieur, le malade apparaissait comme le bénéficiaire potentiel de la libre prestation de services (LPS) dont jouissent les professionnels de santé en tant qu'agent économique⁹. Puis, l'individu devient un citoyen de l'UE¹⁰, s'émancipant du prisme économique à l'aune duquel les soins de santé sont traditionnellement perçus par le droit de l'Union. La montée en puissance des préoccupations liées à l'accès aux soins contribue à faire émerger un statut de « patient ». Dans le contexte européen, le patient relève d'une réalité particulièrement large. Au-delà des cas de figure où le travailleur européen bénéficie de soins sur le territoire duquel il exerce son emploi, le patient peut aussi bien être l'individu en déplacement ponctuel et qui a besoin d'une prise en charge, l'habitant d'une zone frontalière nécessitant des soins situés dans un État voisin, ou encore le patient envoyé à l'étranger pour bénéficier de soins spécifiques¹¹. La diversité des situations permettant de qualifier un individu de patient démontre l'étendue des cas pouvant conduire à la prise en charge d'un ressortissant européen par un autre État membre que celui auquel il est affilié¹². Ainsi, l'UE doit garantir à tous ses citoyens l'accès potentiel aux soins et cela malgré les différences existantes entre les systèmes de santé¹³, les États restant encore attachés à l'organisation de leur système de santé¹⁴. L'article 129 du *Traité instituant la Communauté européenne* introduit le principe d'intégration selon lequel un niveau élevé de protection doit être garanti dans toutes les politiques de l'Union. En

⁸ Nathalie De Grove Valdeyron, « Santé publique », août 2008, actualisation mars 2018, *Répertoire civil*.

⁹ Paul Nihoul et Anne-Claire Simon, *L'Europe et les soins de santé*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

¹⁰ La citoyenneté européenne résulte d'une longue construction jurisprudentielle avant d'être consacrée par le droit primaire. Ainsi, la Cour de justice avait posé les fondements de cette citoyenneté dans les arrêts *Flaminio Costa c E.N.E.L.*, C-6/64, [1964] ECR I-1141 et *Administration des finances de l'État c Société anonyme Simmenthal*, C-106/77, [1978] ECR 239. Cette jurisprudence conduit à reconnaître l'application du droit de l'UE aux ressortissants communautaires. L'article 20 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* consacre cette citoyenneté. CE, *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Version consolidée)*, [2012] JO, C-326/01 [TFUE].

¹¹ Magdalene Rosenmöller, Martin Mckee et Rita Baeten, *Patient Mobility in the European Union Learning from experience*, European Observatory on Health Systems and Policies, 2006, aux pp 6-7.

¹² Cette prise en charge est par ailleurs consacrée à l'article 35 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. CE, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2012] JO, C-326/02. Voir également CE, *Conclusions du Conseil sur les valeurs et principes communs aux systèmes de santé de l'Union européenne*, [2005] C-146/01 à la p 1 qui garantit l'accès aux soins de bonne qualité.

¹³ Différents types de systèmes de santé coexistent au sein de l'UE. Il est possible de distinguer trois systèmes. Le système « bismarckien » correspond à un système reposant sur l'obligation pour les ressortissants de l'État de se doter d'une assurance obligatoire. Le système « beveridgien » repose sur trois principes : l'universalité du système, l'uniformité des prestations et l'unité du régime de protection. Enfin, il existe le système d'assurance maladie obligatoire géré par des assureurs privés. Chacun de ces systèmes repose sur des modes de financement variés passant soit par l'imposition, les cotisations ou les primes d'assurances.

¹⁴ Nathalie De Grove Valdeyron, « La directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers : véritable statut juridique européen du patient ou simple clarification d'un régime de mobilité » (2011) 2 R Dr européen 300.

tant que clause d'intégration¹⁵, la protection de la santé constitue donc un objectif transversal et commun à toutes les politiques de l'Union¹⁶. Certains aspects sanitaires relèvent donc de la compétence partagée de l'UE et de ses États membres. C'est notamment le cas pour les enjeux communs de la sécurité en matière de santé publique¹⁷. D'autres domaines relèvent de la compétence d'appui de l'Union¹⁸. En ce sens, l'article 168 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)* prévoit que la santé est une compétence d'appui sauf pour une liste limitative prévue à l'article 168§4 du *TFUE* tels que les produits du corps humain, les mesures phytosanitaires et les médicaments. De plus l'article 168§7 du même traité quadrille cette compétence en précisant que l'UE respecte pleinement la responsabilité des États dans la définition de leur politique de santé ainsi que l'organisation et la fourniture des services de santé et des soins médicaux¹⁹. En parallèle, l'article 114 du *TFUE* relatif aux mesures d'harmonisation dans le domaine du marché intérieur ne s'applique que lorsqu'une des libertés de circulation est remise en cause. Incidemment, il permet donc le développement des compétences de l'UE, en mettant en place des règles concernant les marchandises, afin d'éviter que les États adoptent des règles restreignant cette libre circulation des marchandises et harmonise le domaine des services.

La répartition des compétences en matière de santé couplée à la problématique de la pertinence des soins prodigués conduit à s'interroger sur la toile tissée par l'UE pour garantir l'accessibilité des soins sur l'ensemble de son territoire. En d'autres termes, comment l'UE parvient-elle à garantir cet accès aux soins?

La gestion des patients sur le territoire de l'UE suppose une coordination des États à défaut d'une harmonisation totale des systèmes sanitaires. Néanmoins, cette coordination ne constitue qu'une première étape appelant à la mise en place de règles plus abouties. C'est en ce sens que les entités infraétatiques, et plus particulièrement les régions peuvent avoir un rôle à jouer pour garantir la mise en œuvre des politiques sanitaires européennes. Les traités européens ne comportent pas de disposition imposant aux régions une obligation de respecter ou d'exécuter le droit de l'UE. Néanmoins, par le truchement de différentes dispositions, les entités infraétatiques ne sont pas exclues du champ d'application du droit de l'UE²⁰. De surcroît, le principe de l'effet direct et le principe de primauté du droit de l'Union, déploient leurs effets sur l'ensemble des sujets de droit, dont les collectivités territoriales, qui sont par conséquent, destinataires des droits et obligations garantis par l'ordre juridique de l'Union²¹. L'action transfrontalière

¹⁵ Valérie Michel, « Les objectifs à caractère transversal » dans Eleftheria Neframi, dir, *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013 aux pp 177-209.

¹⁶ *TFUE*, supra note 10, art 9.

¹⁷ *Ibid*, art 4-2 k.

¹⁸ *Ibid*, art 6.

¹⁹ Estelle Brosset, « Droit(s) européen(s) et protection de la santé : mettre en ordre? » dans Estelle Brosset, *Droit européen et protection de la santé*, Bruylant, Bruxelles, 2015 à la p 23.

²⁰ *TFUE*, supra note 10, art 4.

²¹ Éric Carpano, « La mise en œuvre du droit international par les régions : perspectives de droit européen et comparé » dans Stéphane Doumbé-Billé et Alberto Oddenino, dirs, *Le rôle des régions dans la coopération internationale transfrontalière L'expérience franco-italienne*, Naples, Editoriale Scientifica, 2016 à la p 179. Voir également, en ce sens, l'affaire *Fratelli Costanzo SpA c Commune de Milan*, C-103/88, [1989] ECR 1839 au para 31 : la Cour considère qu'il serait en effet contradictoire de

constitue ainsi un outil pertinent pour permettre le développement d'une coopération sur un territoire donné²².

Dans cette optique, l'accessibilité aux soins nécessite une action à deux niveaux : d'une part, il s'agit d'assurer pour l'UE une coordination nécessaire des États afin de garantir une certaine cohérence des règles en la matière (I). D'autre part, l'objectif d'accès aux soins suppose une prise en compte des réalités locales nécessitant la mise en œuvre d'une coopération transfrontalière ambitieuse pour répondre à cet objectif (II).

I. Une coordination nécessaire des États pour garantir l'accès aux soins

L'UE s'est construite avant tout sur le modèle d'un marché intérieur. L'accès aux soins de santé ne constituait pas, *prima facie*, une des priorités dans la construction de l'Union. La dynamique expansionniste du marché intérieur lui a permis d'appréhender de manière diverse les activités économiques ayant trait à la santé. Plus précisément, c'est par la voie des règles relatives à la LPS que l'accès aux soins a intégré le champ du marché intérieur. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) veille ainsi à ce que les politiques nationales en la matière ne s'affranchissent pas des exigences propres au marché intérieur européen. Le contrôle des entraves à la LPS permet au juge de censurer des mesures nationales qui apporteraient des restrictions disproportionnées à l'accès aux soins dans le marché intérieur, réalisant, de façon détournée, une certaine coordination entre les politiques des États membres en la matière (A). Toutefois, cette première forme d'appréhension de l'accès aux soins par les règles du marché – caractéristique de l'intégration négative – n'est pas exclusive d'une intégration positive, qui passerait par l'harmonisation des droits nationaux. À cet égard, le législateur de l'UE a entrepris un rapprochement des législations des États membres relatives à l'accès aux soins, montrant que l'intégration positive se heurte à d'importantes complexités. La coordination des actions nationales reste, néanmoins, relativement limitée (B).

A. Une coordination détournée par la voie de la libre prestation de services

Bien que la question de l'accès aux soins constitue une question relativement récente au sein de l'UE, les prémisses d'un tel droit ont émergé très rapidement. Les traités fondateurs ne font pas mention d'une politique sanitaire commune²³. Du *traité de Rome*

considérer que « les particuliers sont fondés à invoquer des dispositions d'une directive remplissant les conditions [...] et d'estimer néanmoins que celle-ci n'a pas l'obligation d'appliquer les dispositions de la directive [...] ».

²² La coopération transfrontalière s'entend comme une coopération entre différentes régions séparées par une frontière, mettant en place une politique d'action commune. Voir Nicolas Levrat, *Le droit applicable aux accords de coopération transfrontière entre collectivités publiques infra-étatiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

²³ Voir Marco Inglesse, *L'Union Européenne et la santé*, thèse de doctorat en sciences juridiques, Université de Strasbourg, 2014.

jusqu'à l'*Acte unique européen*, la santé se manifeste principalement par la liberté de circulation pour les travailleurs²⁴. En effet, à l'origine le *Traité de la Communauté économique de charbon et de l'acier (CECA)* facilite la mobilité des travailleurs, sans pour autant envisager le développement d'une politique de sécurité sociale²⁵. C'est néanmoins l'instauration d'une réglementation des régimes de sécurité sociale qui permettra de garantir la libre circulation des travailleurs²⁶. Dans le cadre d'une simplification des textes, les règlements de coordination seront étendus aux travailleurs salariés, mais aussi à leurs familles en déplacement au sein de l'UE²⁷. Le droit de l'UE s'est donc progressivement étoffé pour arriver aujourd'hui à une reconnaissance de l'action de l'UE²⁸. C'est néanmoins la notion « patient européen²⁹ » qui tend à se développer au travers de l'action de la CJUE qui a notamment qualifié l'accès aux soins de prestation de services³⁰.

Le patient se voit délivrer des soins, au titre d'une prestation de service, et cela dans n'importe quel État membre. La Cour avait qualifié dans les affaires *Kohll et Decker* que « la nature particulière de certaines prestations de services [en l'espèce la santé] ne saurait faire échapper ces activités au principe fondamental de libre circulation³¹ ». Le patient a droit au remboursement des soins de santé selon la tarification en vigueur dans son État d'affiliation. La qualification de prestation de service renvoie vers la qualification de prestation passive, tel qu'elle fut consacrée par la CJUE dans son arrêt *Luisi et Carbone*³². La Cour a procédé par analogie en comparant le patient au touriste dans le sens où il est possible qu'un patient en qualité de destinataire d'une prestation de soins invoque la LPS, afin de bénéficier de soins

²⁴ L'article 30 du *Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA)* prévoit à son tour la prise de normes relatives à la protection sanitaire de la population et des travailleurs contre les dangers résultants des radiations ionisantes. Le législateur communautaire a pris conscience qu'il était nécessaire d'intégrer la protection de la santé comme condition de mise sur le marché d'un produit pour interdire aux États de développer des politiques restrictives. CE, *Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (Version consolidée)*, [2010] JO, C 84/01. Par exemple, la directive 65/65 du 26 janvier 1965 prévoit un rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques.

²⁵ Direction générale de la politique régionale et urbaine de la Commission européenne, « La coopération transfrontalière dans le domaine de la santé : principes et pratiques » (2017) en ligne : <https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/cooperate/crossborder/cbc_health/cbc_health_fr.pdf> à la p 28.

²⁶ CE, *Règlement n°3/58 du Conseil concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants*, [1958] JO, 561.

²⁷ CE, *Règlement (CEE) n°1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté*, [1971] JO, L 149 et le règlement d'application CE, *Règlement (CEE) n° 574/72*, [1972] JO, L 74.

²⁸ Estelle Brosset, « L'Union européenne de la santé – L'Union détermine-t-elle le niveau de protection de la santé? » (2017) 4 Rev aff Eur 595.

²⁹ Direction générale de la politique régionale et urbaine de la Commission européenne, *supra* note 25 aux pp 31-33 et CE, *Directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers*, [2011] JO, L 88 para 21.

³⁰ De Grove Valdeyron, *supra* note 8.

³¹ *Nicolas Decker c Caisse de maladie des employés privés*, C-120/95, [1998] ECR I-1831 et *Raymond Kohll c Union des Caisses de maladie*, C-158/96, [1998] ECR I-1931, art 20.

³² *Graziana Luisi et Giuseppe Carbone c Ministero del Tesoro*, C-286/82 et C-26/83, [1984] ECR 377.

au sein des différents États de l'Union³³. Les prestations de santé font leur entrée dans le marché intérieur, au même titre que certains éléments du corps³⁴ ou les médicaments³⁵ qui sont perçus comme des marchandises, susceptibles de bénéficier des règles de libre-échange. Ainsi, l'État est contraint de respecter les règles du marché intérieur pour les prestations sanitaires. La jurisprudence de la Cour met clairement en évidence la nécessité d'une coordination des actions nationales. L'ouverture de l'accès aux soins transfrontaliers constitue le corolaire des libertés économiques qui sont garanties par l'ordre juridique de l'UE. L'objectif est donc de prévenir et d'empêcher toute politique discriminatoire, et d'éviter l'apparition d'obstacles limitants en droit, ou en fait, le traitement du patient européen.

Cependant, en ouvrant la LPS au bénéficiaire de soins de santé, le droit de l'UE n'assure qu'indirectement la coordination des politiques étatiques de santé. En effet, la variation des soins opérés, la diversité des régimes d'assurance santé sont autant d'éléments qui maintiennent des inégalités entre les États³⁶.

Il semble néanmoins que cette coordination puisse se réaliser au travers de mécanismes d'intégration positifs dont dispose l'UE. Ainsi, le recours à l'harmonisation des droits pourrait être un instrument garantissant une articulation harmonieuse entre les actions nationales au profit du patient européen.

B. Une coordination limitée par la voie de l'harmonisation des législations

La garantie de l'accès aux soins de santé passe par la possibilité pour le patient de se déplacer au sein de l'Union, ce qui suppose une coordination entre les différents systèmes de santé. La *directive 2011/24/UE* du 9 mars 2011³⁷, a permis de consacrer des droits généraux du patient en cristallisant les différentes évolutions jurisprudentielles et textuelles³⁸. La directive telle qu'elle fut proposée résulte avant tout d'un consensus à la suite du rejet de la proposition de la directive dite « services³⁹ », qui intégrait dans son champ d'application le secteur sanitaire, au détriment de la jurisprudence de la Cour qui prône à l'inverse leur encadrement⁴⁰. La directive de 2011 permet donc d'offrir un outil de coordination européenne pour les soins sanitaires tout en respectant la compétence des États. Elle consacre, entre autres,

³³ Voir *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c Stephen Grogan et autres*, C-159/90, [1984] ECR 4685.

³⁴ *Humanplasma GmbH c Republik Österr.*, C-421/09, [2010] ECR 12869.

³⁵ *Merck et Co. Inc. c Stephar BV et Petrus Stephanus Exler*, C-187/80, [1981] ECR 2063.

³⁶ L'arrêt *Smits et Peerbooms* illustre cette réalité. *Smits et Peerbooms*, C-157/99, [2001] ECR 5473. Voir Willy Palm, « La Cour de justice européenne et la mobilité des patients : un nouveau pas franchi » (2003) 34:3 R Médicale Assurance Maladie 175.

³⁷ *Directive 2011/24/UE*, *supra* note 29.

³⁸ Louis Dubouis, « La directive n° 2011/24 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers » (2011) 6 RDSS 1059.

³⁹ CE, *Directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur*, [2006] JO, L 376. Elle fut particulièrement critiquée en raison de la libéralisation qu'elle opère en matière de prestation de service. Voir en ce sens Sébastien Adalid, « La transposition de la directive "services" : Sisyphe au service du marché » (2017) 611 R Union Européenne 496.

⁴⁰ De Grove Valdeyron, *supra* note 14 à la p 305.

le droit à l'accès aux soins de manière égalitaire entre ressortissants ou non de l'État de traitement⁴¹, ce qui constitue une déclinaison du principe de non-discrimination⁴².

Néanmoins, l'accessibilité des soins rencontre également certaines limites, notamment parce que les prestataires de soins peuvent refuser certains patients pour un traitement programmé ou si cela entraîne un risque d'allongement des délais d'attente dans la prise en charge de traitement. De plus, cette égalité d'accès peut être limitée pour des raisons impérieuses d'intérêt général notamment pour garantir à l'État prestataire un accès suffisant et permanent aux soins qu'il propose. Dès lors, l'État a la possibilité de mettre en place une autorisation préalable pour garantir, mais aussi limiter le remboursement des soins prodigués en dehors de son territoire. Sur ce point, la directive clarifie la règle de l'autorisation préalable⁴³.

Plusieurs règlements ont pu être adoptés et ont contribué à mettre en place une coordination des systèmes de sécurité sociale étendue à tous les ressortissants européens des États membres couverts par un régime de protection sociale⁴⁴. Ces règlements ont pu être qualifiés de « fiction juridique », dans le sens où le patient est considéré comme étant un assuré de l'État de séjour⁴⁵. Le patient ne perd donc pas son droit acquis au remboursement lorsqu'il bénéficie de soins dans un autre État. Il est donc possible, selon si les soins prodigués sont inopinés ou programmés, que l'État d'affiliation soumette le remboursement à une demande d'autorisation préalable, afin de conserver une maîtrise sur les dépenses réalisées. Perçue comme une atteinte à la liberté de prestation de services, la Cour opère une clarification des règles d'autorisation préalable en favorisant la liberté de circulation. Dans l'arrêt *Smits et Peerbooms*, elle précise que pour des raisons impérieuses liées à l'équilibre des systèmes de sécurité sociale et au maintien de l'accessibilité des services hospitaliers, l'État d'affiliation peut soumettre l'accès aux soins à une autorisation médicale préalable pour obtenir les remboursements de soins réalisés à l'étranger⁴⁶. La liberté de circulation prime ainsi sur l'autorisation préalable. Dans cette optique, la directive confirme le droit au remboursement et prévoit la possibilité de bénéficier de soins en étant pris en charge à hauteur du remboursement prévu pour un traitement similaire au sein de l'État d'affiliation⁴⁷. Les tarifs appliqués seront ceux de l'État de séjour, sans pour autant que le patient ne fasse d'avance si la législation de l'État de séjour le permet. À défaut, il sera possible de demander le remboursement auprès de l'État d'affiliation à son retour. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire de disposer d'une autorisation préalable pour bénéficier de soins en

⁴¹ Directive 2011/24/UE, *supra* note 29 para 21.

⁴² TFUE, *supra* note 10, art 18.

⁴³ Directive 2011/24/UE, *supra* note 29, art 7.

⁴⁴ CE, *Règlement (CE) n° 883/2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale*, [2004] JO, L 166. Le Règlement est complété par le CE, *Règlement n° 987/2009 fixant les modalités d'application du Règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale*, [2009] JO, L 284.

⁴⁵ Stéphane de la Rosa, « Quels droits pour les patients en mobilité? À propos de la directive sur les droits des patients en matière de soins transfrontaliers » (2012) 1 R française affaires soc para 6.

⁴⁶ *Smits et Peerbooms*, *supra* note 36. Voir également *Abdon Vanbraekel EA c Alliance nationale des mutualités chrétiennes*, C-1408/71, [2001].

⁴⁷ Directive 2011/24/UE, *supra* note 29 para 7.

urgence⁴⁸, quand bien même ces soins relèvent de la médecine ambulatoire⁴⁹ ou d'une hospitalisation⁵⁰. Toutefois, en cas d'intervention programmée, le patient doit faire une demande d'autorisation préalable à l'organisme d'affiliation, afin d'éviter un avancement des frais ou pour être remboursé par l'État d'affiliation. La directive prévoit toutefois deux cas de figure là encore. Dans le cadre d'une intervention programmée en médecine ambulatoire, une demande d'autorisation préalable doit être fournie⁵¹. Toutefois, pour une hospitalisation programmée, l'article 8 de la directive et l'article 20 du règlement obligent le patient à faire une demande d'autorisation préalable. La directive permet donc d'éviter de recourir aux autorisations préalables, ce qui présente l'avantage pour l'État d'affiliation et le patient de se dispenser d'une certaine charge administrative⁵².

Malgré les garanties posées par la directive, l'accessibilité des soins soulève des interrogations. Les patients sont libres de choisir les soins qu'ils souhaitent recevoir et où ils souhaitent les recevoir. Toutefois, pour l'État d'affiliation, l'absence d'autorisation préalable ferait perdre la maîtrise de ses dépenses de santé, car il n'est désormais plus nécessaire de demander une autorisation pour bénéficier d'un remboursement pour certains soins. En effet, les patients se voient remboursés et couverts pour les frais avancés. Mais, l'État d'affiliation peut supporter des coûts financiers qui peuvent être particulièrement importants, le mettant potentiellement dans une situation d'endettement auprès de l'État prestataire de soins. De plus, l'accueil de patients supplémentaires suppose une réorganisation des services et un investissement plus lourd dans le matériel de soins. Il apparaît donc d'autant plus capital pour les États de mettre en place des partenariats afin de garantir entre autres l'accueil et la prise en charge des patients⁵³.

De plus, la directive introduit des dispositions limitant l'accès aux soins pour des raisons impérieuses d'intérêt général⁵⁴. L'État peut mettre en place une procédure d'autorisation préalable pour le remboursement des coûts de soins de santé, à condition que cette procédure soit proportionnée à l'objet poursuivi et ne constitue pas un moyen de discrimination arbitraire ou une entrave injustifiée à la

⁴⁸ Règlement (CE) n° 883/2004, *supra* note 44, art 19.

⁴⁹ Cela concerne les traitements ou achats de médicaments, de matériels médicaux, les prestataires de santé consultés devant relever du secteur public.

⁵⁰ Les hospitalisations visent ici les soins nécessitant au moins une nuitée sur place et ne pouvant être reportées.

⁵¹ *Directive 2011/24/UE*, *supra* note 29 para 7.

⁵² Amanda Dubuis, « Les droits du patient dans l'Union européenne : retour sur les aspects peu ou non harmonieux de la directive 2011/24/UE » (2017) 4 Rev aff Eur 607. Voir également du même auteur : Amanda Dubuis, *Les droits du patient en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

⁵³ Certaines initiatives apportent toutefois quelques solutions, notamment l'*Accord de Ballyconnell* et la création de l'organisation partenariale Cooperation and Working Together. Le programme s'inscrit dans le programme INTERREG IV A (Irlande du Nord, République d'Irlande, Écosse occidentale). Le budget total est de 30 milliards d'euros dont 22,5 milliards financés par le FEDER dont l'objectif est de garantir un accès aux soins et aux services sociaux des populations situées dans la région frontalière. Le système de santé d'Irlande du Nord garantit la gratuité des services sociaux et sanitaires alors qu'en République d'Irlande, le système est à la fois privé et public. Voir « CAWT Cooperation and working together », en ligne : CAWT <www.cawt.com>.

⁵⁴ *Directive 2011/24/UE*, *supra* note 29 para 12.

liberté de circulation des patients. Ainsi, lorsque les soins de santé nécessitent le recours à des infrastructures ou à des équipements spécialisés ou coûteux, l'État d'accueil peut remettre en place une demande d'autorisation préalable⁵⁵. Se dessine encore une fois, une balance entre la volonté de l'UE de garantir un accès aux soins pour les patients sans pour autant remettre en question la compétence des États. L'Union incite les États à mettre en place des mécanismes de coopération des systèmes de santé, sans pour autant instaurer un régime uniforme⁵⁶.

En parallèle, l'UE cherche également à renforcer la coopération à un stade infraétatique, par la mise en place de programmes contribuant à rendre plus facile cet accès aux soins. En effet, l'encouragement à une coopération régionale transfrontalière est une des pistes envisagées pour faire face au décalage qui existe entre l'ambition élevée de l'UE et ses compétences encore limitées.

II. L'ambition d'une coopération transfrontalière en matière d'accès aux soins

Au-delà de la mise en place d'une politique de coordination des systèmes de santé, l'UE s'appuie également sur l'échelon régional pour tenter d'instaurer des zones dynamiques, capables de fournir des prestations de soins communes aux habitants des régions visées⁵⁷. Le niveau infraétatique apparaît comme l'échelon le plus approprié pour apporter des solutions harmonieuses et rationnelles quant à l'accès aux soins. En effet, du fait d'une certaine proximité géographique et parfois culturelle, les besoins sanitaires peuvent se regrouper. Toutefois, l'utilisation des structures sanitaires transfrontalières reste encore marginale. En impulsant une dynamique coopérative, l'UE accorde ainsi une place de choix à la mise en œuvre de zones sanitaires régionales⁵⁸. Cette coopération transfrontalière permet donc une approche plus pragmatique de l'accès aux soins sur le territoire de l'UE (A). Toutefois, une telle approche fait apparaître de nouvelles problématiques communes. Ainsi, ce sont de nouveaux défis qui apparaissent pour les États, mais aussi pour l'UE (B). Il convient également de signaler que la crise de la Covid-19 a permis la mise en place d'une coopération transfrontalière (C).

⁵⁵ À titre d'exemple, la législation française énumère une liste de soins pour lesquels il sera nécessaire de faire une demande d'autorisation préalable. Elle prévoit une demande d'autorisation préalable pour les actes de masso-kinésithérapie dans le cadre d'une rééducation, les traitements d'orthopédie dento-faciale, certaines pathologies, l'utilisation de certains appareils médicaux, la réalisation de certains examens et analyses de laboratoire, certains transports sanitaires notamment pour les transports prescrits en série ou de plus de 150 km.

⁵⁶ Michel Bélanger, « L'Europe communautaire des patients » (2003-2004) 2 Rev aff Eur 213.

⁵⁷ L'article 168 du *TFUE* appelle à cet égard à une coopération entre les États membres pour améliorer les services de santé dans les régions frontalières.

⁵⁸ Olivier Renaudie, « Qualité et coopération sanitaire transfrontalière » (2014) 6 R Dr sanitaire & soc 1039.

A. Les zones transfrontalières, une approche pragmatique de l'accès aux soins

Dans la pratique, l'UE favorise les initiatives de coopération transfrontalière entre les États, principalement parce que la protection de la santé passe avant tout par une prise en considération des enjeux et besoins locaux. La mise en place de programme de partage d'informations et de données constitue, dans un premier temps, le socle nécessaire à toute coopération. Le programme européen de coopération régional (INTERREG)⁵⁹ met en place différents types de programmes de coopération territoriale européenne⁶⁰.

En complément, les États ont la possibilité de conclure des accords-cadres ou conventions de coopération sanitaire soutenus par les programmes INTERREG. Dans ce cas de figure, les conventions vont permettre de définir les établissements concernés par ces partenariats, la prise en charge des frais de santé, ou encore les modalités de remboursement. Dans le premier cas de figure, les accords-cadres permettent aux États de s'entendre sur le champ d'application de la convention, les populations visées, les conditions d'intervention, l'accueil et l'information des patients, la simplification des modalités de prise en charge, les frais de transport, etc. Les patients qui entrent dans le champ d'application de la convention sont dispensés d'autorisation préalable pour leurs soins hospitaliers⁶¹.

En parallèle, l'UE appuie le développement de structures d'accueil des patients reposant sur une gestion commune des établissements. L'objectif principal est de permettre un accès aux soins plus adapté et d'apporter une réponse à la problématique de l'hospitalisation de proximité⁶². L'hôpital transfrontalier de Cerdagne, mis en place en septembre 2014, reste l'un des exemples les plus probants en matière de coopération transfrontalière insufflée par l'UE. Cet hôpital résulte d'une coopération entre la France et la Catalogne, dont l'objectif est d'accueillir et de prendre en charge, au sein d'une même

⁵⁹ Le programme INTERREG est mis en place par l'UE pour renforcer la cohésion territoriale dans l'Europe, en limitant les disparités économiques et sociales entre les différentes régions européennes. Le programme se construit autour de trois grands axes : la coopération transfrontalière, la coopération transnationale et la coopération interrégionale. Cinq programmes ont été instaurés depuis 1990.

⁶⁰ Plusieurs types de programmes ont pu être développés afin d'instaurer des partenariats notamment avec l'outremer. La Commission européenne a approuvé la mise en place d'un programme de coopération transfrontalière pour la période 2014-2020 entre la région ultrapériphérique française de Guyane avec le Suriname et les États de l'Amapà et de l'Amazonas au Brésil. Le budget total de ce programme s'élève à 28 millions d'euros, dont 19 millions sont issus du Fonds Européen de Développement Régional (FEDER).

⁶¹ La France et la Belgique ont conclu plusieurs accords-cadres, comme celui portant sur la coopération sanitaire transfrontalière entré en vigueur le 1er mars 2011. Toute personne relevant du régime d'assurance maladie et résidant ou séjournant dans une de ces régions peut bénéficier de la convention.

⁶² À titre d'exemple, le bassin houiller lorrain a enregistré un taux de mortalité par maladies cardiovasculaires particulièrement élevé. Pour faire face à la pénurie de médecins et un phénomène de périphérisation autour de Metz, a été lancé un projet de coopération médicale en matière de cardiologie en 2002 regroupant les unités de soins en cardiologie des hôpitaux de Forbach en France et Völklingen en Allemagne. Le projet est cofinancé par INTERREG IV A 2007-2013 pour un budget total de 525 851 euros, dont 236 633 euros venant du FEDERL. « Projet interreg SANTRANSFOR Coopération transfrontalière sanitaire », en ligne : *Citoyens & Territoires* <[http://citoyenterritoires.fr/experience/projet-interreg-santransfor-coopération-transfrontalière-sanitaire](http://citoyenterritoires.fr/experience/projet-interreg-santransfor-cooperation-transfrontaliere-sanitaire)>.

structure, les patients sur la Cerdagne française et espagnole⁶³. La structure est portée par un Groupement européen de coopération territoriale (GECT-HC). Les statuts du GECT-HC fournissent le circuit de remboursement et la tarification des soins et garanti la présence de personnels des deux pays, ainsi que l'accueil dans les mêmes conditions pour les patients espagnols et français⁶⁴. La structure organise donc un service de santé en coordonnant l'action des services de santé et qui se veut le plus adaptée possible aux réalités du terrain, afin d'améliorer l'accès aux soins pour les populations limitrophes. La mise en place d'une telle structure prévoit toutefois une coordination entre les différents services mis à disposition, même si certains restent sous la responsabilité d'hôpitaux nationaux⁶⁵. L'exemple le plus poussé de cette coopération reste néanmoins les Zones Organisées d'Accès aux Soins Transfrontaliers (ZOAST). Elles permettent aux patients frontaliers de recevoir des soins sans autorisation préalable et sans avance de frais, par l'intermédiaire du tiers payant dans les hôpitaux compris dans une zone déterminée. Elles vont bien au-delà de la logique coopérative, puisqu'elles s'affranchissent des frontières étatiques afin de faciliter le déplacement des patients. Ce type de coopération territoriale donne un certain dynamisme et attractivité pour des territoires frontaliers urbains ou ruraux en mettant en place une certaine complémentarité entre les systèmes de soins des pays limitrophes, mais surtout en permettant d'optimiser des services hospitaliers.

L'UE donne une impulsion, qu'elle soit financière ou structurelle, en encourageant l'instauration de mécanismes de coopération plus ou moins avancés selon les besoins des zones frontalières. Toutefois, la volonté de s'engager dans une logique coopérative résulte avant tout des facteurs principalement culturels et sociétaux, mais aussi économiques et stratégiques. Les pays coopérants ont pour la plupart une tradition en matière de protection de la santé relativement similaire, permettant de limiter les difficultés. Les zones frontalières constituent donc une nouvelle forme de gouvernance au sein de l'UE, au profit d'une coopération pertinente.

Cependant, le passage d'une gestion unilatérale des questions sanitaires à une gestion coopérative conduit au développement de nouveaux enjeux.

B. La coopération transfrontalière, comme vecteur de nouveaux défis

Malgré les avantages indéniables, la coopération transfrontalière emporte avec elle des interrogations qui mettent en lumière de nouveaux défis auxquels les États doivent répondre.

⁶³ Raymonde Séchet et Régis Keerle, « Le projet d'hôpital commun transfrontalier de Cerdagne : des difficultés de la coopération transfrontalière en matière de santé dans un contexte pourtant favorable » (2010) 675:5 *Annales géographie* 539.

⁶⁴ Le GECT prévoit notamment la gestion de fonds provenant des deux États et des deux systèmes de sécurité sociale. Les statuts du GECT permettent aussi de fournir le circuit de remboursement et la tarification des soins. Ce projet était subventionné à hauteur de 65 % par le FEDER et le programme INTERREG France-Espagne.

⁶⁵ Le service de radiologie est sous la responsabilité du Centre Hospitalier de Perpignan, conformément à la *Convention internationale de coopération* approuvée par le Conseil d'Administration du GECT-HC le 18 juin 2014.

D'un point de vue matériel, la coopération transfrontière soulève en effet des problématiques dans sa mise en œuvre. La première est celle de la langue parlée. Il peut arriver que les patients ne parlent pas la langue de l'État d'accueil. Il est alors nécessaire de faire intervenir des personnels de santé parlant la même langue que les patients. Dans ce cas de figure, les personnels mis à disposition engendrent un coût supplémentaire pour l'hôpital d'accueil. De même qu'en matière de moyens et d'infrastructures, la situation des hôpitaux peut varier d'un versant à l'autre de la frontière. Enfin, l'un des risques au demeurant est la création de « déserts médicaux » dans le sens où les zones frontalières vont générer des pôles santé dans des endroits stratégiques et laisser certaines zones moins attractives, dépourvues d'hôpitaux de proximité⁶⁶. Le patient se trouve obligé de parcourir plusieurs dizaines de kilomètres pour avoir accès à des soins sur son propre territoire. Indirectement, se pose donc la question du financement et de l'accessibilité des soins. En outre, cela peut contribuer au développement d'un tourisme médical⁶⁷. À titre d'exemple, les soins dentaires en Roumanie font l'objet d'un véritable commerce, avec la création d'agences spécialisées dans la prise en charge de ressortissants étrangers qui souhaiteraient effectuer des soins dentaires à bas prix⁶⁸. Se pose également la question de la réglementation des professions de santé qui varie d'un État à un autre. La reconnaissance des diplômes en la matière peut être une procédure particulièrement longue, limitant de ce fait les installations en la matière. Plus généralement, les spécificités étatiques dans la réglementation des professions sanitaires peuvent conduire à une limitation du développement de la coopération transfrontière.

Enfin, c'est avant tout l'accès à l'information qui encouragera la mobilité des patients et donc contribuera au développement de l'accessibilité des soins. La *directive 2011/24/UE*, exige que les États informent les patients des soins proposés sur leur territoire⁶⁹. Les États doivent mettre en place des Points de Contacts Nationaux (PCN), au sein de l'État d'affiliation et de traitement. Toutefois, ces PCN apparaissent encore très limités, puisque les patients semblent se renseigner auprès de ces agences tardivement, complexifiant les modalités de remboursement des soins. De plus, certains prestataires de soins n'ont pas toujours connaissance des procédures à suivre pour bénéficier de traitement à l'étranger⁷⁰. Le renforcement des PNC constitue le point d'orgue dans la mise en œuvre d'une politique de coopération efficace.

C. L'accès aux soins face à l'épreuve de la Covid-19

Lorsque l'Europe a été touchée par l'épidémie de la Covid-19, très vite, la question de l'accessibilité des soins est devenue centrale. Le système installé par l'UE pouvait-il résister à la Covid-19?

⁶⁶ Jean-François Nys, « Les nouveaux flux de migrations médicales » (2010) 1:77 R Intl & Stratégique 24.

⁶⁷ Sur la diversité de la définition du tourisme médical, voir Loïck Menvielle et William Menvielle, « Le tourisme médical, une nouvelle façon de voyager » (2010) 29:1 Téoros 109. Voir également Catherine Le Borgne, « Le tourisme médical : une nouvelle façon de se soigner » (2007) 2:15 Tribunes santé 47.

⁶⁸ Voir entre autres Pamela Pianezza, « La santé à crédit : les stratégies des patients face à la crise » (2012) 3:36 Tribunes santé 67.

⁶⁹ *Directive 2011/24/UE*, supra note 29, art 6.

⁷⁰ Secrétariat général de l'Union Benelux, *Soins de santé au-delà de la frontière : Les barrières et opportunités dans le Benelux*, 2018 aux pp 32-41.

Lorsque l'Italie a été frappée en janvier 2020, le silence de l'UE, encore très sceptique quant au caractère pandémique de ce virus, n'a pas apporté de soutien direct à la situation italienne qui devenait chaque jour un peu plus catastrophique. La mise en quarantaine des Italiens et la progression de l'épidémie sur le territoire français ont commencé à susciter l'inquiétude des autorités européennes.

L'UE a mis en place une aide d'urgence dotée d'un budget de 2,7 milliards d'euros, activée le 16 avril 2020. L'objectif de cette aide étant d'apporter une certaine flexibilité aux États pour répondre à leurs besoins médicaux.

Face à l'expansion de la pandémie sur leurs territoires nationaux, les États ont progressivement décidé de restreindre la liberté de circulation sur le territoire et de fermer leurs frontières extérieures pendant 30 jours, conformément aux lignes directrices de la Commission européenne du 16 mars 2020⁷¹. Les États ont néanmoins pu organiser par l'intermédiaire d'accords bilatéraux le transfert de patients atteints par la Covid-19.

Ainsi, les États ont pu s'organiser entre eux, de manière bilatérale, en mettant en place le transfert de patients pour soulager les hôpitaux surchargés par l'arrivée de patients. La France et l'Allemagne ont organisé le transfert de patients français dans les hôpitaux frontaliers allemands.

Il faut néanmoins souligner que la crise de la Covid-19 a aussi été révélatrice de comportements nationalistes profonds, notamment pour la confiscation de cargaison de masques transitant sur des territoires. Le cas reste anecdotique, mais met en lumière des comportements égoïstes, notamment pour les masques transférés en Espagne.

Nombreux sont les adages faisant référence à la santé et s'accordant pour reconnaître sa valeur inestimable. La nécessité de prodiguer des soins de qualité aux ressortissants européens oblige les États à mettre en place des politiques sanitaires communes. L'UE a instauré un système de protection de la santé sur deux niveaux, dont l'objectif final est d'arriver à garantir une accessibilité aux soins la plus complète possible. Alors que l'Union joue un rôle de coordination en matière sanitaire, la coopération transfrontalière apparaît comme le pendant déterminant d'un accès aux soins équilibré et pertinent sur le territoire européen. La crise de la Covid-19 atteste la nécessité de renforcer cette coopération transfrontalière.

⁷¹ Commission Européenne, *Covid-19 Guidelines for Border Management Measures to Protect Health and Ensure the Availability of Goods and Essential Services*, 2020, C (2020) 1753.

LE TRANSFERT DE MAITRISE ET DE LA PROPRIÉTÉ DES SATELLITES EN ORBITE EN DROIT DE L'ESPACE

*Tugrul Cakir**

Le contexte spatial a radicalement changé avec la commercialisation et la privatisation des activités spatiales. Le transfert des satellites en orbite, qui est devenu une pratique courante dans le domaine spatial, n'était pas prévu au moment de la conclusion des traités spatiaux. Le transfert de maîtrise d'un satellite d'un État de lancement au profit d'un non-État de lancement conduit à deux dissociations de concepts : entre le concept d'État de lancement et celui d'État approprié et entre l'État d'immatriculation et l'exercice de juridiction/contrôle sur l'objet spatial. Face à cela, des solutions sont proposées par la doctrine et en pratique. Nous allons notamment nous concentrer sur les solutions proposées dans les législations nationales relatives aux opérations spatiales. En vertu de l'article VI du *Traité de l'Espace*, les opérations spatiales conduites par les entités non gouvernementales nécessitent d'être encadrées par les États. L'encadrement est effectué à travers les mécanismes d'autorisation et de surveillance continue, qui constituent deux piliers dans les législations nationales. L'objet de ce travail est de mettre en avant les interrogations soulevées par cette pratique au regard des traités spatiaux et d'insister sur l'importance des législations nationales dans la gouvernance des activités spatiales.

The space context has changed radically with the commercialization and privatization of space activities. The transfer of satellites in orbit, which has become common practice in the space field, was not foreseen at the time the space treaties were concluded. The transfer of control of a satellite from a launching State to a non-launching State leads to two conceptual dissociations: between the concept of the launching State and that of the appropriate State and between the State of registry and the exercise of jurisdiction/control over the space object. Faced with this, solutions are proposed in doctrine and in practice. In particular, we will focus on the solutions proposed in national legislations relating to space operations. Under article VI of the *Outer Space Treaty*, space operations conducted by non-governmental entities require state oversight. This oversight is carried out through authorization and continuing supervision mechanisms, which constitute two building blocks in national legislations. The purpose of this paper is to highlight the questions raised by this practice with regard to the space treaties and to stress the importance of national legislation in the governance of space activities.

El contexto espacial ha cambiado radicalmente con la comercialización y privatización de las actividades espaciales. La transferencia de satélites en órbita, que se ha convertido en una práctica común en el espacio, no estaba prevista cuando se concertaron los tratados espaciales. La transferencia del control de un satélite de un Estado de lanzamiento a un Estado no lanzador conduce a dos dissociaciones de conceptos: entre el concepto de Estado de lanzamiento y el de un Estado apropiado y entre el registro del Estado y el ejercicio de jurisdicción/control sobre el objeto espacial. Ante esto, las soluciones se proponen desde la doctrina y en la práctica. En particular, nos centraremos en las soluciones propuestas en las leyes nacionales relacionadas con las operaciones espaciales. En virtud del artículo VI del *Tratado sobre el espacio ultraterrestre*, las operaciones espaciales realizadas por entidades no gubernamentales deben ser supervisadas por los Estados. La supervisión se realiza a través de mecanismos de autorización y seguimiento, que constituyen dos pilares de la legislación nacional. El propósito de este trabajo es resaltar las preguntas que plantea esta práctica con respecto a los tratados espaciales y enfatizar la importancia de la legislación nacional en la gobernanza de las actividades espaciales.

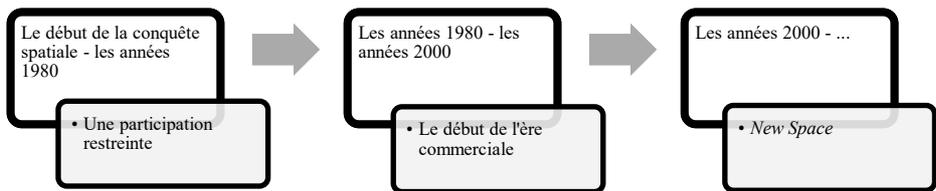
* Université d'Ankara Yildirim Beyazit, Faculté de Droit. Texte issu de la thèse de doctorat de Tugrul Cakir, « Le régime de responsabilité des opérations spatiales dans les législations nationales », Université Jean Moulin Lyon III, Centre du Droit des Espaces et des Frontières, soutenue le 10 décembre 2019. Je tiens à remercier M. Philippe Clerc pour m'avoir accordé de son temps et m'avoir permis de mieux comprendre certains aspects pratiques de ma recherche.

Très peu présentes au début de la conquête spatiale, les entités privées sont devenues des acteurs incontournables de la scène spatiale. Les années 1980 marquent le début de l'ère commerciale dans le domaine spatial¹. Le processus de privatisation des services de satellites de télécommunication entamés dans les années 1980 a augmenté la demande de services de lancement assurés par les États occidentaux. Pour répondre à cette demande, les Européens ont fondé Arianespace ; les Américains, quant à eux, ont commercialisé l'accès à l'espace par l'utilisation de la navette spatiale². Avec la fin de la Guerre froide, nous avons assisté à l'accélération du processus de privatisation; il s'agit d'« une privatisation systématique et dogmatique »³. À partir des années 2000, nous avons commencé à parler du phénomène du New Space, dynamique entamée aux États-Unis par laquelle

la sphère privée étend désormais son emprise sur des secteurs jusqu'alors réservés à la puissance publique, notamment le développement des moyens de lancement et les vols habités qui caractérisent la puissance spatiale d'un État⁴.

New Space a permis aux entrepreneurs américains de développer des technologies moins chères, tout en assurant plus de fiabilité grâce au soutien financier du gouvernement américain⁵.

Tableau 1. Implication des entités non gouvernementales dans les activités spatiales



L'espace est devenu une nouvelle manne économique, car il devient de plus en plus important sur le plan financier⁶. Contrairement au début de la conquête

¹ Julian Hermida, *Legal basis for a national space legislation*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2004, à la p xx.

² Marco Aliberti et Matteo Tugnoli, « The European Launchers between Commerce and Geopolitics » (2016) Institut européen de Politique Spatiale *ESPI Report 56* à la p 61.

³ Armel Kerrest, « Le droit de l'espace face aux dangers de privatisation et d'unilatéralisme » dans Armel Kerrest dir, *L'adaptation du droit de l'espace à ses nouveaux défis, Mélanges en l'honneur de Simone Courteix*, Paris, Pédone, 2007, à la p 25.

⁴ Pour aller plus loin voir Philippe Achilleas, « Le new space ou la privatisation des ambitions spatiales des États : Réflexions sur le droit de l'espace à l'heure de l'innovation entrepreneuriale », (2016) 62 *AFDI* 499 aux pp 499-518.

⁵ Shane Chaddha, « U.S. Commercial Space Sector : Matured and Successful », (2010) 36 : 1 *J Space L* 19 à la p 42.

⁶ Hays et Lutes développent une théorie de « *spacepower* » en partant de la théorie de « *seapower* » conçue par Alfred T Mahan. Les auteurs soulignent l'importance de l'espace d'un point de vue de la sécurité et de l'économie, voir : Peter Hays et Charles Lutes, « Towards a theory of spacepower » (2007) 23 : 4 *Space Pol'y* aux pp 206-09.

spatiale, le rôle joué par les entités non gouvernementales est maintenant d'une importance capitale. Comme avancé par Stewart, « the seed of private space activity has been planted. The embryo is now growing [...] »⁷. Dans le contexte de la commercialisation et de la privatisation des activités spatiales, une nouvelle pratique est née dans les années 1990 : le transfert en orbite des satellites.

Ce sont principalement les satellites de télécommunication se trouvant en orbite géostationnaire qui font l'objet d'un transfert. L'opérateur récipiendaire peut offrir les mêmes services que l'opérateur cédant; utiliser les positions orbitales du satellite et les fréquences pour offrir un autre service ou bien déplacer le satellite à une autre position orbitale (ce qui serait extrêmement coûteux)⁸. Dans la pratique, ce qui est généralement transféré c'est soit la maîtrise soit la propriété d'un objet spatial. Il est aussi possible que l'utilisation d'un satellite soit transféré dans le cadre d'un contrat de crédit-bail pour une période déterminée (sans le transfert de propriété)⁹.

Dans la loi française¹⁰, le terme « maîtrise » est employé « pour sa connotation technique »¹¹ alors que le législateur belge opte pour le terme « contrôle effectif » qui « ne doit pas s'entendre au sens strict de l'exécution technique »¹². Le contrôle effectif est défini dans l'article 3 de la loi belge¹³, il s'agit de :

la maîtrise des moyens de commande ou de télécommande et des moyens de surveillance associés, nécessaires à l'exécution des activités de lancement, d'opération de vol ou de guidage d'un ou plusieurs objets spatiaux .

Le terme « maîtrise » n'est pas défini dans la loi française, mais c'est le cas de « la phase de maîtrise » qui couvre

la période de temps qui, dans le cadre d'une opération spatiale, débute à la séparation du lanceur et de l'objet destiné à être placé dans l'espace extra-

⁷ John T Stewart, « Emerging Patterns of a Private International Space Law Regime – Evolutionary or Revolutionist », Colloquium on the law of outer space (Colloque sur le droit spatial), présenté à Tokyo (Japon), 21-28 septembre 1980, Institut international de droit spatial de la Fédération internationale d'astronautique, « Proceedings of the twenty-third Colloquium on the Law of Outer Space », American Institute of Aeronautics and Astronautics, New-York, 1981, à la p 201.

⁸ Michael Gerhard, « Transfer of operation and control with respect to space objects-problems of responsibility and liability of States » (2002), 51 Zeitschrift für Luft-und Weltraumrecht (German Journal of Air and Space Law) 571 à la p 572.

⁹ Pour aller plus loin voir: Frans G von der Dunk, « The illogical link : Launching, liability and leasing », Colloquium on the law of outer space (Colloque sur le droit spatial), présenté à Graz, (Autriche), 18-22 octobre 1993, Institut international de droit spatial de la Fédération internationale d'astronautique, « Proceedings of the Forty-Sixth Colloquium on the Law of Outer Space », 1993, aux pp 349-59.

¹⁰ *Loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales*, JO, 4 juin 2008, n° 2008-518 [*Loi française*].

¹¹ France, Conseil d'État, *Pour une politique juridique des activités spatiales* (Étude), Paris, 2006, à la p 69.

¹² Pour plus de précision voir Belgique, Chambre des représentants de Belgique, *Projet de loi relative aux activités de lancement, d'opération de vol ou de guidage d'objets spatiaux*, DOC 51 1607/001, (14 février 2005) à la p 17, en ligne (pdf) : *Chambre des Représentants de Belgique* <[www.lachambre.be/doc/flwb/pdf/51/1607/51k1607001.pdf#search="spatial"](http://www.lachambre.be/doc/flwb/pdf/51/1607/51k1607001.pdf#search=)>.

¹³ *Loi du 17 septembre 2005 relative aux activités de lancement, d'opération de vol ou de guidage d'objet spatiaux*, 16.11.2005 (Belgique) [*Loi belge*].

atmosphérique et qui s'achève à la survenance du premier des événements suivants :

- lorsque les dernières manœuvres de désorbitation et les activités de passivation ont été effectuées;
- lorsque l'opérateur a perdu le contrôle de l'objet spatial;
- le retour sur Terre ou la désintégration complète dans l'atmosphère de l'objet spatial.

La personne qui assure la maîtrise d'un objet spatial est identifiable comme opérateur et a donc une responsabilité au niveau interne. Après avoir dédommagé la victime sur la base du droit international, plus particulièrement sur la base de la *Convention sur la responsabilité*, les États défendeurs peuvent exercer une action récursoire à l'encontre de l'opérateur à l'origine du dommage. Ce qui est autorisé par les États c'est l'opération spatiale conduite par l'opérateur, « qui conduit, sous sa responsabilité et de façon indépendante, une opération spatiale »¹⁴. Conformément à cette définition, l'opérateur est indépendant et titulaire des obligations prévues par la loi et par l'autorisation. L'opérateur et le propriétaire de l'objet spatial peuvent être des personnes différentes.

Il y a une seule disposition dans le *Traité de l'Espace*¹⁵ traitant la question de la propriété. Selon l'article VIII de ce dernier, les droits de propriété sur un objet spatial établis sur terre restent intacts, quelle que soit sa localisation. C'est aussi bien la propriété publique que privée qui est visée par cette disposition¹⁶. Dans les traités spatiaux, il n'y a pas de définition de la propriété ni du propriétaire. Le second est néanmoins défini dans l'article 4 de la loi danoise¹⁷ : « a natural or legal person who owns a space object »¹⁸.

Au regard de la définition de l'opérateur, la propriété n'a pas d'importance ; ce qui compte, c'est le contrôle effectif de l'objet spatial¹⁹. La propriété d'un objet spatial n'est pas exigée pour obtenir une autorisation. La propriété ne joue pas non plus un rôle direct sur l'attribution de la responsabilité. Le changement de propriétaire aura possiblement des conséquences sur le contrôle effectif de l'objet spatial²⁰. Il n'en reste pas moins que le changement de propriétaire ne signifie pas toujours un transfert de

¹⁴ *Loi française, supra* note 10, art 1.

¹⁵ *Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extraatmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes* (annexe de la résolution 2222 (XXI) de l'Assemblée générale), 27 janvier 1967, 2222 (XXI) (entrée en vigueur : 10 octobre 1967) [Traité de l'Espace].

¹⁶ Bernhard Schmidt-Tedd et S. Mick, « Article VIII » dans Stephan Hobe, Bernhard Schmidt-Tedd, Kai-Uwe Schrogl, dir, *Cologne Commentary on Space Law : Volume I, Outer Space Treaty*, Cologne (Allemagne), Carl Heymanns Verlag, Cologne, 2009, aux pp 163-64.

¹⁷ *Outer Space Act*, Act no. 409 of 11 May 2016 [*Loi danoise*].

¹⁸ Pour plus de précision voir Peter Hulsroj et Anja N Pecujlic, « New in the Nest : The Danish Space Act » (2016) 41 : 6 *Air & Space L* 503 à la p 505.

¹⁹ Philippe Clerc, *Space law in the European context : national architecture, legislation and policy in France, Pays-Bas*, Eleven International Publishing, 2018 à la p 172.

²⁰ Jenni Tapio, « The Finnish Space Act : En Route to Promoting Sustainable Private Activities in Outer Space » (2018) 43 : 4-5 *Air & Space L* 387 à la p 407.

maîtrise d'un objet spatial. Il n'existe donc pas toujours de corrélation entre la propriété et la maîtrise d'un objet spatial.

Le transfert peut être effectué entre deux entités non gouvernementales sous la juridiction du même État, entre les États de lancement du même objet spatial (ou les entités non gouvernementales relevant de la juridiction de ces États) ou entre un État de lancement ou un non-État de lancement (ou les entités non gouvernementales relevant de la juridiction de ces États)²¹. Le transfert en orbite des satellites n'est pas prévu dans les traités spatiaux. Ce manque de cadre rend le transfert de satellites au profit d'un non-État de lancement (ou d'un ressortissant de cet État) problématique. La principale difficulté est que l'État cédant reste État de lancement après le transfert en orbite alors que l'État récipiendaire ne peut le devenir et n'est donc pas *liable* au regard des traités spatiaux²². Le second État est néanmoins *responsable*, mais ne peut immatriculer l'objet spatial, car il n'est pas un État de lancement²³. Le problème découle du fait que l'État de lancement d'un objet spatial reste *liable* après le transfert en orbite de l'objet, alors même que cet État n'a pas la possibilité d'éviter le dommage causé par cet objet sous la surveillance continue d'un autre État²⁴.

Les États sont *responsables* de leurs activités nationales²⁵ au sens de l'article VI du *Traité de l'Espace*, mais ce sont les États de lancement qui sont

²¹ L'État de lancement est « tout État partie au Traité qui procède ou fait procéder au lancement d'un objet dans l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, et tout État partie dont le territoire ou les installations servent au lancement d'un objet »; article I(c) de la *Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux*, 29 mars 1972, Annexe de la résolution 2777 (XXVI) (1 septembre 1972) [*Convention sur la Responsabilité*].

²² Un tableau est inséré à la fin de cet article afin de préciser certains concepts clé du droit de l'espace. Même si l'État du nouvel opérateur n'est pas *liable* pour les dommages causés par l'objet spatial au sens de l'article VII du Traité et de la *Convention sur la responsabilité*, il sera *liable* au sens des règles générales de *liability*; Armel Kerrest, « Remarks on the Notion of Launching State », Colloquium on the law of outer space (Colloque sur le droit spatial), présenté à Amsterdam, 4-8 octobre 1999, Institut international de droit spatial de la Fédération internationale d'astronautique, « Proceedings of the 42nd Colloquium on the Law of Outer Space », 1999, à la p 309.

²³ Convention sur l'immatriculation des objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique, 14 janvier 1975, Annexe de la résolution 3235 (XXIX) (entrée en vigueur : 15 septembre 1976) [*Convention sur l'immatriculation*]; le régime de l'immatriculation au sens de la *Convention* sur l'immatriculation prévoit la mise en place de registres nationaux (article II (1)) et d'un registre international tenu par le Secrétaire général de l'ONU (article III). L'État d'immatriculation fournit à l'ONU les renseignements exigés dans l'article IV de la *Convention dès que cela est réalisable*. Les États parties au *Traité de l'Espace*, mais non-parties à la *Convention sur l'immatriculation*, n'ont pas une telle obligation; Bernhard Schmidt-Tedd et Mick, *supra* note 16, à la p 148; c'est pour cette raison que deux registres sont tenus sous l'égide de l'ONU : l'un, conformément à l'article III de la *Convention* pour les États parties à la *Convention*, sur une base obligatoire, et l'autre, conformément à la résolution 1721-B (XVI) de l'Assemblée Générale pour les États non-parties à la *Convention*, sur une base facultative; *Coopération internationale touchant les utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphériques*, Rés AG 1721 (XVI), Doc off AG NU, 16ième sess, Doc NU RES 1721 (XVI) (1961). Ces deux registres sont complémentaires; Assemblée générale, Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, Sous-Comité juridique, *Pratique des États et des organisations internationales concernant l'immatriculation des objets spatiaux*, 44ième sess, Doc NU A/AC.105/C.2/L.255, 25 janvier 2005 aux para 17-20.

²⁴ Michael Gerhard, *supra* note 8 aux pp 575-76.

²⁵ Le terme « activités nationales » inclut aussi bien les activités étatiques que les activités non étatiques.

liables des dommages causés par un objet spatial au sens de l'article VII. Comme rappelé par Kerrest, il est possible de :

dégager une distinction entre la *responsibility*, conçue comme une obligation générale de répondre et donc de contrôler les activités nationales dans l'espace, et la *liability* qui semble réduite à une responsabilité objective en cas de dommage²⁶.

Nous pouvons donc avancer que la *responsibility* a un effet « prospectif »²⁷ alors que l'effet de la *liability* est « rétrospectif ». La *responsibility* et la *liability* d'un État existent indépendamment l'une de l'autre et il n'y a pas de relation de *lex specialis* entre elles²⁸.

Il est évident que les traités spatiaux ne sont pas adéquats au traitement de toutes les questions découlant de la commercialisation des activités spatiales²⁹. Néanmoins, les traités spatiaux n'empêchent pas le développement de ces activités. Les activités des entités non gouvernementales sont permises à condition qu'elles soient autorisées et continuellement surveillées par les États conformément à l'article VI du *Traité de l'Espace*. Si un État n'autorise ni ne surveille une activité non gouvernementale, il manque à son obligation internationale découlant de l'article VI du *Traité*. Dans un tel cas, sa responsabilité peut être engagée³⁰. Les États peuvent s'acquitter de ces obligations sans mettre en place des législations nationales. L'adoption d'une législation nationale n'est pas obligatoire, mais utile pour les États, parce qu'elle offre un cadre juridique clair aux entités non gouvernementales et que les États ont l'occasion d'élaborer une politique juridique spatiale. L'aspect prescriptif des législations nationales permet aux États d'assurer une conformité avec le droit international et avec leurs intérêts nationaux³¹.

Les mécanismes d'autorisation et de surveillance continue, qui rattachent une activité privée à un système juridique, revêtent une importance particulière en matière

²⁶ Arnel Kerrest, « Le Rattachement Aux États des Activités Privées dans L'Espace : Réflexions à la Lumière du droit de la mer » (1997) 22:2 *Ann Air & Sp L* 113 à la p 126. Dans le même sens voyons : « It is submitted that where, taking English as a guideline 'responsibility' or 'responsible' is used, this essentially means 'to have a duty' (the debitum from Roman law); where 'liability' or 'liable' is used, this essentially means 'to have an obligation to repair, to pay damages' (the obligatio from Roman law). » : Peter Haanappel, *The Law and Policy of Air Space and Outer Space, A Comparative Approach*, La Haye , Kluwer law international, 2003, à la p 8 note de bas de page 48.

²⁷ Sylvia Ospina, « International Responsibility and State Liability in an Age of Globalization and Privatization » (2002) 27 *Ann Air & Sp L* 479 à la p 486.

²⁸ Peter Stubbe, *State Accountability for Space Debris : A Legal Study of Responsibility for Polluting the Space Environment and Liability for Damage Caused by Space Debris*, Leyde (Pays-Bas), Éditions Brill, 2018 aux pp 143-44.

²⁹ Stephan Hobe, « The Relevance of Current International Space Treaties in the 21st Century », (2002) 27 *Ann Air & Sp L* 335 à la p 344.

³⁰ Lesley Jane Smith, « The Principles of International Space Law and their Relevance to Space Industry Contracts » dans Lesley Jane Smith et Ingo Baumann, dir., *Contracting for space, Contract Practice in the European Space Sector*, New York, Routledge, London, 2011 à la p 52; Ronald Spencer, « A Basis for National Legislation » dans Ram Jakhu, dir, *National Regulation of Space Activities*, Dordrecht (Pays-Bas), Springer, 2010, à la p 2.

³¹ Quant au second aspect des législations nationales, l'aspect pragmatique, celui-ci se traduit par la mise en place d'une gestion des risques qui donne la possibilité aux États de favoriser le développement de leur industrie locale.

spatiale. De la Rochère voyait dans ces mécanismes « une sorte de pouvoir de police des États sur les activités des entités non gouvernementales »³². En effet, ce pouvoir est essentiel pour assurer le respect de l'État de droit dans l'espace extra-atmosphérique³³. Le droit international est un droit de coordination qui est créé, appliqué et mis en œuvre par ses sujets, contrairement au droit interne qui est un droit de subordination³⁴. Les règles de droit international sont créées par les États, car ils en ont besoin; les États se conforment à leurs obligations internationales, car c'est dans leur intérêt³⁵. L'autorisation et la surveillance continue sont un outil essentiel pour les États afin de faire respecter leurs obligations internationales aux personnes conduisant une opération sous leur juridiction et ainsi d'éviter de voir leur responsabilité engagée.

L'obligation d'autorisation et de surveillance continue s'impose à « l'État approprié partie au *Traité* ». La question de savoir quel État est « approprié » pour une activité spatiale a fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine. Le concept d'« État approprié » est sans aucun doute l'un des plus discutés du droit de l'espace. C'est la raison pour laquelle la deuxième recommandation de la *Résolution onusienne sur les législations nationales relatives à l'exploration et à l'utilisation pacifiques de l'espace extra-atmosphérique*³⁶ était l'un des points épineux du processus d'élaboration de la *Résolution*³⁷.

L'article VI du *Traité* impose trois obligations aux États qui prennent part à des activités spatiales : la responsabilité internationale pour les activités nationales, l'obligation d'assurer une conformité de celles-ci avec les dispositions du *Traité* et l'obligation d'autorisation et de surveillance continue des activités non gouvernementales. Suivant une lecture littérale de l'article VI conformément à l'article 31(1) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, l'État approprié est l'État qui a la responsabilité internationale des activités nationales dans l'espace extra-atmosphérique³⁸. L'obligation de l'autorisation et de la surveillance continue s'impose donc à l'État des activités nationales. L'État des activités nationales/l'État approprié n'est donc pas toujours l'État de lancement de l'objet spatial. Il faut aussi rappeler que l'État de lancement est un concept figé alors que l'État approprié est un concept flexible³⁹.

³² Jacqueline Dutheil de la Rochère, « La Convention sur l'internationalisation de l'espace » (1967) 13 AFDI 607 à la p 635.

³³ Stephan Hobe, « The Importance of the Rule of Law for Space Activities » dans Tanja Masson-Zwaan, dir, *Proceedings of the International Institute of Space Law*, Washington, D.C., American Institute of Aeronautics and Astronautics, 2008, 351 à la p 351.

³⁴ Shabtai Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law*, Leyde (Pays-Bas), Martinus Nijhoff Publishers, 2004 à la p 15.

³⁵ *Ibid* à la p 452.

³⁶ *Recommandations sur les législations nationales relatives à l'exploration et à l'utilisation pacifiques de l'espace extra-atmosphérique*, Rés AG 2, Doc off AG NU, 68ième sess, A/RES/68/74 (2013) 1 à la p 2.

³⁷ Irmgard Marboe, Setsuo Aoki et Tare Brisibe, « The 2013 Resolution on Recommendations on National Legislation Relevant to the Peaceful Exploration and Use of Outer Space » dans Stephan Hobe, Bernhard Schmidt-Tedd, Kai-Uwe Schrogl, dir, *Cologne Commentary on Space Law : Volume III*, Cologne (Allemagne), Carl Heymanns Verlag, 2015, aux pp 564-67.

³⁸ Armel Kerrest, « Le droit de l'espace face aux dangers de privatisation et d'unilatéralisme », *supra* note 3, à la p 19.

³⁹ Pour aller plus loin voir Edward A Frankle, « Once a Launching State, Always the Launching State? A Needless Conflict of Treaty Regimes », dans Nandasiri Jasentuliyana, dir, *Proceedings of the forty-fourth*

Nous assistons donc à une dissociation entre le concept d'État de lancement et celui d'État approprié. Le transfert de contrôle effectif d'un objet spatial risque aussi de conduire à une dissociation entre l'État d'immatriculation et l'exercice de juridiction/contrôle sur l'objet spatial, que nous allons étudier en première partie (I). En seconde partie, nous allons mettre l'accent sur les solutions proposées dans les législations nationales relatives aux opérations spatiales (II). Les législations nationales adoptées dans les années 2000-2010 retiendront particulièrement notre attention.

I. Dissociation du concept d'État d'immatriculation de l'exercice de juridiction/contrôle

Nous allons d'abord rappeler le principe d'exercice de juridiction et de contrôle en matière spatiale (A), avant d'étudier les solutions proposées face à la dissociation entre l'État d'immatriculation et l'exercice de juridiction/contrôle sur l'objet spatial (B).

A. Le principe d'exercice de juridiction et de contrôle sur un objet spatial

Les objets spatiaux sont rattachés à un ordre juridique par le moyen de l'immatriculation. Le rattachement d'un objet spatial à un sujet de droit international est nécessaire pour maintenir l'ordre public dans l'espace⁴⁰. Le rattachement d'un objet spatial à un sujet de droit international est ainsi « le complément nécessaire du principe de la liberté d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique »⁴¹. L'immatriculation découle de la nécessité de l'identification de l'objet spatial pour la restitution de l'objet à l'autorité de lancement, et de l'identification de l'État de lancement pour la mise en jeu de la responsabilité⁴². Conformément à l'article VIII du *Traité de l'Espace*, l'État d'immatriculation exerce sa juridiction et son contrôle sur l'objet spatial et tout le personnel à bord quand ils se trouvent dans l'espace extra-atmosphérique ou sur un corps céleste⁴³.

Colloquium on the law of Outer Space, Washington DC, American Institute of Aeronautics and Astronautics, 2001, aux pp 32-42.

⁴⁰ Pour plus de précision voir Jean-Marie de Poulpiquet, *L'immatriculation des satellites, Recherches sur le lien de rattachement à l'État d'un objet lancé dans l'espace*, Thèse de Doctorat, Université Toulouse 1 Capitole, 2018, aux para 105-09.

⁴¹ Léopold Peyrefitte, *Droit de l'espace*, Paris, Dalloz, 1993 à la p 178.

⁴² *Ibid* à la p 152.

⁴³ Il existe deux situations problématiques. Dans le cas de vols habités avec un équipage de différentes nationalités, les accords bilatéraux ou multilatéraux sont nécessaires. Les organisations internationales immatriculantes un objet spatial ne sont pas en mesure d'exercer une juridiction. Dans ce cas, les États membres de l'organisation déterminent un État qui exerce la juridiction. Mireille Coustou, *Droit spatial*, Paris, Ellipses, 2014 à la p 164; sur la question de l'exercice de la juridiction sur les stations spatiales voir Wybo P. Heere, « Problems of Jurisdiction in Air and Outer Space » (1999) XXIV:2 *Air & Space L* aux pp 79-81; l'article de Lafferanderie porte sur la compréhension et la mise en œuvre des principes de la juridiction et du contrôle dans le cadre des organisations internationales en prenant l'exemple de l'Agence Spatiale Européenne (ASE) : Gabriel Lafferanderie, « Jurisdiction and Control of Space Objects

L'exercice de la juridiction est principalement territorial⁴⁴. Cet exercice est directement lié au principe de souveraineté et à la non-ingérence dans les affaires intérieures des États⁴⁵. Les États exercent également une juridiction personnelle sur leurs ressortissants qui se trouvent à l'extérieur de leur territoire et sur les objets spatiaux, les navires et les aéronefs. La juridiction inclut deux compétences, celle d'édicter la règle de droit, *jurisdiction*, et celle d'exécuter la règle de droit, *jurisdiction*⁴⁶. Plus précisément, la *jurisdiction* est définie comme « le pouvoir qu'a un État d'édicter des règles générales ou individuelles, à travers ses organes législatifs, exécutifs ou juridictionnels » et la *jurisdiction* comme

le pouvoir que possède un État de mettre en œuvre une règle générale ou une décision individuelle par des actes matériels d'exécution pouvant aller jusqu'à la mise en œuvre de la contrainte étatique⁴⁷.

L'exercice de la *jurisdiction* est principalement territorial. L'exercice de la *jurisdiction* personnelle d'un État sur le territoire d'un autre État (sans son consentement) constituera donc une violation du droit international⁴⁸. Il n'en reste pas moins que l'exercice de la *jurisdiction* personnelle de l'État peut s'exercer partout⁴⁹. Pour qu'un État exerce sa *jurisdiction* sur une personne/une activité à l'extérieur de son territoire conformément au droit international, il doit y avoir un rattachement considéré comme suffisant entre l'État et celles-ci⁵⁰.

Dans l'article VIII du *Traité de l'Espace*, en plus du terme « juridiction », le terme « contrôle » est employé. Ce dernier

est un composant ou un attribut de la juridiction relatif notamment aux fonctions du centre de commande au sol (ou dans l'espace) qui assure le contrôle à distance du mouvement de l'objet et la gestion de l'équipage⁵¹.

La notion de contrôle « remplit [donc] un rôle purement technique »⁵². Cela veut dire que le concept de « contrôle » inséré dans l'article VIII va au-delà de

and the Case of an International Intergovernmental Organisation (ESA) » (2005) 54 ZLW aux pp 228-42.

⁴⁴ Imre A Csabafi, *The Concept of State Jurisdiction in International Space Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1971 à la p 49.

⁴⁵ *Ibid*; Toutefois, cet exercice sur le territoire national peut être limité par le droit international : *ibid* à la p 51.

⁴⁶ Léopold Peyrefitte, *supra* note 41, à la p 161.

⁴⁷ Brigitte Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit » (1986) 32 AFDI 7 à la p 11.

⁴⁸ Menno T Kamminga, « Extraterritoriality » dans Professor Anne Peters et Professor Rüdiger Wolfrum, dir, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, MPEPIL, Oxford, Oxford University Press, 2012, au para 22.

⁴⁹ « For instance, a state could make it illegal to for its citizens to chew gum in space. » : PJ Blount, « Jurisdiction in Outer Space : Challenges of Private Individuals in Space » (2007) 33:2 J Space L 299 à la p 316.

⁵⁰ Menno T Kamminga, *supra* note 48, aux para 7-9; Brigitte Stern, *supra* note 47, aux pp 20-21.

⁵¹ Niki Aloupi, *Le rattachement des engins à l'État en droit international public (navires, aéronefs, objets spatiaux)*, Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011 au para 362.

⁵² Mireille Couston, « Immatriculation des objets spatiaux » dans Emmanuelle Jarneau, dir, *Jurisclasseur Transport*, Paris, Lexisnexis, 2017 au para 75.

l'exercice de juridiction, ce qui justifie son emploi⁵³. Schmidt-Tedd et Mick estiment que le contrôle au sens de l'article VIII permet à l'État approprié d'exercer sa surveillance continue conformément à l'article VI⁵⁴. En effet, le contrôle exercé sur l'objet spatial est le résultat d'un lien substantiel constitué entre l'État d'immatriculation et l'objet spatial⁵⁵.

Selon Lafferranderie, il faut concevoir la juridiction et le contrôle exercé par l'État d'immatriculation comme un « bloc »⁵⁶. Pourtant, il est envisageable de dissocier la juridiction et le contrôle s'il y a plusieurs États de lancement dans une même opération spatiale⁵⁷. Rappelons que, conformément au deuxième paragraphe de l'article II de la *Convention sur l'immatriculation*, quand il y a plus qu'un État de lancement, ces États déterminent conjointement l'État d'immatriculation de l'objet spatial. Conformément au même paragraphe, ils peuvent aussi conclure des accords appropriés au sujet de la juridiction et du contrôle de l'objet spatial et de son personnel. Aloupi évoque, par exemple, le cas selon lequel un État d'immatriculation prescrit les règles applicables alors qu'un autre État (de lancement) contrôle l'objet spatial⁵⁸. Il s'agit d'un contrôle sans base juridictionnelle. Dans ce sens, prenons un exemple d'application de l'article II (2) de la *Convention sur l'immatriculation*. EUTELSAT n'a pas encore émis de déclaration d'acceptation des droits et obligations prévues dans la *Convention sur l'immatriculation*⁵⁹. C'est la raison pour laquelle, conformément à un accord conclu entre la France et EUTELSAT, c'est la France qui immatricule de façon provisoire les satellites de ce dernier dans son registre.

En cas de transfert de maîtrise de l'objet spatial à un non-État de lancement (qui est l'État des activités nationales), ce dernier ne peut pas l'immatriculer, mais il est possible qu'il exerce sa juridiction et son contrôle.

B. Les solutions proposées par la doctrine et en pratique

Le transfert de l'immatriculation n'est pas prévu par la *Convention sur l'immatriculation*⁶⁰. Cependant, cette dernière ne l'exclut pas non plus. Le transfert d'un

⁵³ Irmgard Marboe, Setsuo Aoki, Tare Brisibe, *supra* note 37, aux pp 511-12.

⁵⁴ Bernhard Schmidt-Tedd et S. Mick, *supra* note 16, à la p 157.

⁵⁵ Irmgard Marboe, Setsuo Aoki, Tare Brisibe, *supra* note 37, à la p 511.

⁵⁶ Gabriel Lafferranderie, *supra* note 43, aux pp 231-32 : « Jurisdiction should induce control and control should be based on the jurisdiction [...] ».

⁵⁷ Voir notamment Bernhard Schmidt-Tedd, Ulrike Bohlmann, Natalya Malysheva, Olga Stelmakh et Leslie Tennen, « The 1975 Convention on Registration of Objects Launched into outer space » dans Stephan Hobe, Bernhard Schimidt-Tedd, Kai-Uwe Schroghl, dir, *Cologne Commentary on Space Law : Volume II*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2013 aux pp 255-59.

⁵⁸ Niki Aloupi, *supra* note 51, au para 364.

⁵⁹ Assemblée Générale, Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique Sous-Comité juridique, *Pratique des États et des organisations internationales concernant l'immatriculation des objets spatiaux : réponses des États Membres*, 43ième sess, Note du Secrétariat, DOC NU No A/AC.105/C.2/L.250/Add.1, 9 mars 2004 à la p 3.

⁶⁰ L'article 18 de la *Convention relative à l'Aviation Civile Internationale* prévoit le transfert d'immatriculation d'aéronefs à l'image de l'article 92 de la *Convention sur le droit de la mer* qui prévoit le changement de pavillon.

objet spatial à un autre État de lancement ne pose aucune difficulté au sujet de l'immatriculation. Le transfert d'immatriculation vers un État qui n'est pas État de lancement est pourtant problématique. Le problème découle du fait que l'État qui conserve *de jure* sa juridiction et son contrôle sur l'objet spatial (l'État d'immatriculation) et l'État qui a le contrôle *de facto* sur l'objet spatial après son transfert (l'État national du nouvel opérateur) n'est plus le même⁶¹. L'État national de l'opérateur ne peut devenir l'État d'immatriculation, car il n'est pas un État de lancement.

Vous trouverez ci-dessous quelques exemples afin d'éclaircir ces propos. Après la rétrocession de Hong Kong à la Chine en 1997, les satellites géostationnaires AsiaSat 1 et 2, Apstar-I et IA du registre britannique ont été transférés au registre chinois (Registre des objets spatiaux de Hong Kong)⁶². Ce transfert a été communiqué au Secrétaire général de l'ONU dans le cadre des renseignements supplémentaires, conformément au deuxième paragraphe de l'article IV de la *Convention sur l'immatriculation*. Pour ces satellites de télécommunication, la Chine est un des États de lancement, État dont le territoire sert aux lancements (conduits à partir de Xichang).

S'agissant du transfert de cinq satellites de l'Intelsat à la société néerlandaise New Skies NV, les Pays-Bas ne se sont considérés ni comme l'État de lancement, ni comme l'État d'immatriculation⁶³. Toutefois, le Royaume s'est considéré comme État d'activité nationale de ladite société et a précisé, dans la note verbale qu'il était en droit d'exercer sa juridiction et son contrôle sur les satellites. La question qui se pose alors est la suivante : « Comment les Pays-Bas peuvent-ils prétendre exercer leur juridiction et leur contrôle sur les satellites, dès lors qu'ils ne sont pas l'État d'immatriculation⁶⁴? » Pourtant, la Suède a immatriculé un objet spatial (BSB- 1A) qui avait déjà été immatriculé par le Royaume-Uni alors qu'elle n'est pas un État de lancement⁶⁵. Elle a informé le secrétariat de l'ONU l'avoir immatriculé dans son registre national (sous le nom du Sirius 1) après son achat par Nordic Satellite AB (NSAB)⁶⁶. Ce renseignement fourni par la Suède nous laisse dubitatifs au niveau de sa véracité étant donné qu'elle n'est pas un État de lancement de l'objet spatial.

⁶¹ Michael Chatzipanagiotis, « Registration of Space Objects and Transfer of Ownership in Orbit » (2007) 56 ZLW 229 à la p 230.

⁶² Assemblée Générale, Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, *Note verbale datée du 27 mars 1998 adressée au Secrétaire général par la mission permanente du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord auprès de l'Organisation des Nations Unies*, DOC NU No ST/STG/SER.E/333, 3 avril 1998; Assemblée Générale, Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, *Note verbale du 27 mars 1998 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Chine auprès de l'Organisation des Nations Unies*, DOC NU No ST/STG/SER.E/334, 3 avril 1998.

⁶³ Assemblée Générale, Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, *Note verbale datée du 29 juillet 2003 adressée au Secrétaire général par la Mission des Pays-Bas auprès de l'Organisation des Nations Unies à Vienne*, DOC NU No A/AC.105/806, 22 août 2003.

⁶⁴ Niki Aloupi, *supra* note 51, au para 138.

⁶⁵ Assemblée Générale, Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, *Note verbale datée 12 April 1990 from the Permanent Representative of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland addressed to the Secretary-General*, DOC NU No ST/SG/SER.E/219, 24 avril 1990.

⁶⁶ Assemblée Générale, Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, *Note verbale dated 1 February 1999 from the Permanent Mission of Sweden to the United Nations (Vienna) addressed to the Secretary-General*, DOC NU No ST/SG/SER.E/352, 19 février 1999.

L'une des questions posées au sein du Comité de l'Utilisation de l'Espace Extra-Atmosphérique (CUPEEA) en 2002 était la suivante : « Un État qui n'était pas un État de lancement lorsqu'un satellite a été lancé peut-il devenir ultérieurement un État de lancement⁶⁷? » Comment est-il possible de trouver un moyen pour remédier à cette dissociation de concepts, autrement dit comment reconnaître le pouvoir de l'État du nouvel opérateur sur l'objet spatial (qui n'est pas un État de lancement)?

Dans la doctrine, il a été avancé avec une approche téléologique que l'État national du nouvel opérateur pourrait/devoir devenir un État de lancement comme étant l'État qui fait procéder au lancement⁶⁸. Selon une telle interprétation, le titre d'État de lancement ne s'obtient pas seulement au moment du lancement, il est aussi possible de l'acquérir après le lancement. C'est notamment le cas pour « l'État qui fait procéder au lancement ». Rappelons-le : faire procéder au lancement d'un objet spatial signifie « making it happen », « paying for it » ou « licensing it »⁶⁹. Cet État est « celui qui fait lancer par un autre »⁷⁰.

Chatzipanagiotis estime que c'est l'État national du nouvel opérateur qui a un lien substantiel avec l'objet spatial et qu'il faut permettre à cet État d'immatriculer cet objet⁷¹. Pour renforcer son argumentation, l'auteur se réfère entre autres au dernier paragraphe des préambules de la *Convention sur l'immatriculation*, qui précise l'objet et le but de la *Convention*⁷² :

Estimant qu'un système obligatoire d'immatriculation des objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique faciliterait, en particulier, l'identification desdits objets et contribuerait à l'application et au développement du droit international régissant l'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique.

Selon l'auteur, permettre à l'État cessionnaire (qui n'est originairement pas un État de lancement) d'immatriculer l'objet spatial transféré assurera au mieux l'objet et le but de la *Convention sur l'immatriculation*. La solution proposée est sans doute d'une grande importance face à la dissociation des concepts. Espérons que les États la tiendront en considération au moment de l'amendement des traités spatiaux.

Nous pensons toutefois que cette interprétation est contestable, car la règle est claire : le titre d'État de lancement s'obtient seulement au moment du lancement. Nous devons nuancer notre propos en ce qui concerne le cas de la livraison en orbite. Le contrat de livraison en orbite est conclu entre le constructeur du satellite, qui « supporte

⁶⁷ Assemblée Générale, Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, *Examen du concept d'"État de lancement"*, Rapport du Secrétariat, DOC NU No A/AC.105/768, 21 janvier 2002 au para 55.

⁶⁸ Michael Chatzipanagiotis, *supra* note 61, aux pp 234-38.

⁶⁹ Frans von der Dunk, « The Origins of Autorisation : Article VI of the Outer Space Treaty and International Space Law » dans Frans von der Dunk, dir, *National space legislation in Europe*, Leyde (Pays-Bas), Martinus Nijhoff publishers, 2011, 3 à la p 23.

⁷⁰ Olivier Deleau, « La Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux » (1971) 17 AFDI 876 à la p 879.

⁷¹ Michael Chatzipanagiotis, *supra* note 61 à la p 236.

⁷² *Ibid.*

tous les risques, allant de la conception du satellite jusqu'à son fonctionnement en orbite, en passant par sa construction et son lancement », et un acheteur⁷³. En plus de ces services fournis par le fabricant, le contrat de construction peut impliquer la mise à poste du satellite, ce qui relève normalement de la compétence de l'opérateur⁷⁴. L'État national de l'acheteur peut être considéré comme « État qui fait procéder au lancement », ce qui lui permet d'immatriculer la charge utile⁷⁵. Schmidt-Tedd et Mick font une telle interprétation, car, sans l'initiative de l'entité privée, le lancement n'aurait pas lieu.

La volonté des parties à la *Convention sur l'immatriculation* devrait limiter l'interprétation évolutive de ses dispositions. Quelle a été alors la volonté des parties à la *Convention sur l'immatriculation* (et à la *Convention sur la responsabilité*) au sujet du caractère (évolutif ou fixe) du concept d'État de lancement ? Nous pouvons objectivement constater que l'État de lancement n'est pas un concept « évolutif », mais « figé » au moment du lancement d'un objet spatial. Le contenu fixe du concept d'État de lancement ne devrait donc pas permettre une interprétation évolutive de ce concept en s'écartant de la volonté des parties.

Voyons maintenant une autre solution proposée par la doctrine. Horl et Hermida proposent qu'en conformité avec le droit coutumier et conventionnel, les États pourraient transférer leurs droits et leurs obligations découlant de l'immatriculation de l'objet spatial à un non-État de lancement (ce qui n'est pas interdit par l'article II de la *Convention sur l'immatriculation*)⁷⁶. Il est à noter que ce transfert ne sera possible qu'avec l'accord de tous les États de lancement conformément à l'article II(2) de la *Convention sur l'immatriculation*⁷⁷. Rappelons aussi l'effet relatif des traités consacré par l'article 34 de la *Convention de Vienne*. Selon cet article, « Un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement ». Comme souligné par Rivier,

cette règle est le pendant de la nécessaire exécution du traité par les parties, qu'elle complète pour former un tout. Car ce qui doit être respecté n'est pas le traité en tant que tel, mais le lien conventionnel qu'il a pour objet d'établir⁷⁸.

⁷³ Laurence Ravillon, « Espace extra-atmosphérique- Aspects contractuels » dans Hugues Fulchiron, dir, *JurisClasseur Droit international*, Paris, LexisNexis, 2015 au para 16; sur le contrat de livraison en orbite voir notamment Jean Chapez, « Le contrat de livraison en orbite », dans Philippe Kahn, dir., *L'exploitation commerciale de l'espace, Droit positif, Droit prospectif*, Dijon, Litec, 1992, aux pp 183-201.

⁷⁴ Laurence Ravillon, *supra* note 73 au para 16.

⁷⁵ Bernhard Schmidt-Tedd et S Mick, *supra* note 16 à la p 156.

⁷⁶ Kay-Uwe Horl et Julian Hermida, « Change of ownership, change of registry? Which objects to register, what data to be furnished, when, and until when? » dans Nandasiri Jasentuliyana, dir, *Proceedings of the 46th Colloquium on the Law of Outer Space*, Washington, D.C., American Institute of Aeronautics and Astronautics, 2003, 454 à la p 457; Horst Bittlinger, « Private Space Activities : Questions of International Responsibility » dans Isabella H. Ph. Diedericks-Verschoor, dir, *Proceedings of the Thirtieth Colloquium on the Law of Outer Space*, Washington, D.C., American Institute of Aeronautics and Astronautics, 1987, à la p 194.

⁷⁷ Kay-Uwe Horl et Julian Hermida, *supra* note 76, aux pp 457-58.

⁷⁸ Raphaële Rivier, *Droit international public*, Paris, PUF, 2012 à la p 96.

Si une obligation est née pour un État tiers d'une disposition d'un traité, le consentement de l'État tiers doit être exprès et consigné (article 35). S'il s'agit d'un droit créé en faveur d'un État tiers, le consentement de l'État tiers est présumé tant qu'il n'y a pas d'indication contraire (article 36). Dans ces deux cas de figure, le mécanisme de l'accord collatéral nécessite le concours de deux actes unilatéraux : d'abord la volonté (de la collectivité des parties) d'extension des effets d'un traité pour un tiers (ou un groupe d'État) ensuite l'acceptation de l'offre par le(s) tiers⁷⁹. Donc, le transfert des droits et des obligations découlant de l'immatriculation en faveur d'un État tiers est possible au moyen d'un accord collatéral. La question de la répartition des responsabilités en cas de dommages causés par l'objet en question peut aussi être traitée au moyen d'un tel accord. Ce faisant, l'État récipiendaire peut accepter d'indemniser l'État cédant pour les dommages causés par l'objet spatial si la responsabilité de ce dernier est engagée au titre de la réparation d'un dommage causé par l'objet transféré.

Les instruments non contraignants traitent aussi la question du transfert en orbite des satellites et offrent des solutions. La résolution de l'AGNU sur la pratique des États et des organisations internationales intergouvernementales concernant l'immatriculation des objets spatiaux⁸⁰ est d'une grande utilité pour faciliter l'identification des objets spatiaux. Celle-ci vise notamment l'harmonisation des pratiques des États au niveau de l'immatriculation et des renseignements fournis à l'ONU. La quatrième recommandation de celle-ci porte sur le cas de transfert d'un objet spatial vers un non-État de lancement (État approprié exerçant sa surveillance continue sur l'opération spatiale). Deux hypothèses sont prévues : l'existence d'un État d'immatriculation et l'absence d'un État d'immatriculation. Commençons par la première. Il y est recommandé que l'État d'immatriculation, en coopération avec l'État approprié, fournisse les renseignements nécessaires prévus dans le paragraphe (a) de la recommandation au secrétariat de l'ONU, à savoir i) la date du changement touchant la supervision⁸¹; ii) l'identification du nouveau propriétaire ou exploitant; iii) toute modification de la position orbitale; iv) toute modification de la fonction de l'objet spatial. Ces informations sont d'une importance particulière pour assurer une transparence dans la conduite des opérations spatiales. Nous pouvons remarquer que cette recommandation s'inscrit dans la logique de renseignements complémentaires communiqués au Secrétaire général de l'ONU prévue dans l'article IV(2) de la *Convention sur l'immatriculation*. Ce qui est le plus important pour notre sujet, c'est le deuxième élément. L'identification du nouveau propriétaire ou exploitant est utile pour savoir quel État est l'État approprié⁸². Le renseignement supplémentaire communiqué par le Brésil au sujet de l'immatriculation de l'orbite géostationnaire Brasilsat-A1

⁷⁹ *Ibid* à la p 98.

⁸⁰ *Recommandations visant à renforcer la pratique des États et des organisations internationales intergouvernementales concernant l'immatriculation des objets spatiaux*, Rés AG 62/101, Doc off AG NU, 62ième sess, DOC NU A/RES/62/101 (2008).

⁸¹ Il est à noter que la résolution évite le terme de « changement de propriété/contrôle » de l'objet spatial et emploie celui de « changement touchant la supervision d'un objet spatial en orbite ».

⁸² B Schmidt-Tedd, N Hedman et AM Hurtz, « The 2007 Resolution on Recommendations on Enhancing the Practice of States and International Intergovernmental Organizations in Registering Space Objects », dans Stephan Hobe, Bernhard Schmidt-Tedd, Kai-Uwe Schrogl, dir, *Cologne Commentary on Space Law : Volume III*, Cologne (Allemagne), Carl Heymanns Verlag, 2015 à la p 455.

illustre ce cas de figure⁸³. Dans ce renseignement, il est précisé que le propriétaire de ce satellite est Star One S.A. et qu'il a été loué à PANAMSAT (qui était un opérateur de satellite américain) le 15 novembre 1995. Passons à la seconde hypothèse. Selon le para. (b) de la quatrième recommandation, en cas de non-présence de l'État d'immatriculation pour un objet spatial, c'est à l'État approprié de fournir les renseignements prévus au secrétariat de l'ONU.

Ensuite, la résolution onusienne sur l'application du concept d'État de lancement⁸⁴ aborde la question. Le troisième paragraphe de celle-ci invite les États à communiquer des informations sur leur pratique concernant le transfert en orbite. Sur la base de ces informations, les États sont invités à harmoniser leurs pratiques pour assurer une convergence dans les législations nationales (quatrième recommandation).

La huitième recommandation de l'AGNU sur les législations nationales met l'accent sur la surveillance continue de l'objet en cas de transfert de propriété ou de contrôle en orbite et recommande aux États de

prévoir des prescriptions d'autorisation concernant le transfert de propriété ou l'obligation de communiquer des informations sur les changements survenus au niveau de l'exploitation d'un objet spatial en orbite⁸⁵.

À cet égard, les législations nationales sont des outils importants pour responsabiliser les opérateurs sur une telle obligation de communication. Dans le même sens, selon l'article 9 des lignes de conduite de l'International Law Association (ILA), le transfert d'une activité ou d'un objet spatial à un autre opérateur nécessite l'autorisation préalable de l'autorité compétente⁸⁶.

Ces instruments non contraignants sont notamment pris en considération dans le processus d'élaboration ou d'amendement des législations nationales. Les lignes de conduite de l'ILA ont, par exemple, servi de référence pour les législateurs danois⁸⁷ et finlandais⁸⁸. Ces instruments, qui correspondent plus à l'esprit de l'époque, sont d'une grande utilité pour le rapprochement de la pratique des États. Malgré leur caractère non

⁸³ Secrétariat, Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, *Renseignements fournis conformément à la Convention sur l'immatriculation des objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique : Note verbale datée du 6 juin 2013, adressée au Secrétaire général par la Mission permanente du Brésil auprès de l'Organisation des Nations Unies (Vienne)*, Doc NU No ST/SG/SER.E/678, 3 juillet 2013.

⁸⁴ *Résolution sur l'Application de la notion d'« État de lancement »*, Rés AG 59/115, Doc off AG NU, 59^{ème} sess, DOC NU A/RES/59/115 (2005).

⁸⁵ Recommandations sur les législations nationales relatives à l'exploration et à l'utilisation pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, *supra* note 36.

⁸⁶ Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, Sous-Comité juridique, *Information on the activities of international intergovernmental and non-governmental organizations relating to space law*, 52^{ème} sess, DOC NU No A/AC.105/C.2/2013/CRP.6, 26 mars 2013 à la p 10; Il s'agit de la Résolution No. 6/2012 adoptée dans le cadre des « Lignes de conduite de Sofia pour un modèle de loi spatiale nationale » par l'Association de droit international (ILA) lors de 75^{ème} Conférence de l'ILA à Sofia, Bulgarie du 26 au 30 août 2012.

⁸⁷ Peter Hulsroj et Anja N. Pecujlic, *supra* note 18 à la p 503.

⁸⁸ Jenni Tapio, *supra* note 20 aux pp 391-92.

contraignant, ces instruments sont très utiles dans la clarification de la pratique et facilitent l'adhésion aux dispositions des traités spatiaux.

Après avoir exposé les interrogations soulevées par le transfert en orbite des satellites et les principales solutions proposées, nous pouvons maintenant étudier la manière dont la question est traitée dans les législations nationales relatives aux opérations spatiales.

II. Les législations nationales comme remède face à la dissociation des concepts

Nous allons d'abord nous intéresser au traitement de la question dans les législations nationales (A), ensuite nous proposerons une synthèse et un modèle à la lumière de celles-ci (B).

A. Le transfert de propriété/de contrôle en orbite dans les législations nationales spécifiques aux opérations spatiales

Les États ne traitent pas tous la question du transfert de propriété ou de contrôle dans leur législation nationale. Pour les États dont la législation nationale ne prévoit pas ce cas de figure, il est possible d'avancer que le transfert est faisable au cas par cas⁸⁹.

Dans la législation de certains États, il est expressément précisé que l'autorisation n'est pas transférable. Par exemple, la section 8 de la loi néerlandaise exclut le transfert de l'autorisation (section 8§1)⁹⁰. Toutefois, le changement de nom de la personne morale inscrite dans le registre est possible en cas de fusion, de division ou de changement de nom de celle-ci (section 8§2). Selon l'article 12 du décret chinois, le transfert de l'autorisation n'est pas possible⁹¹.

D'autres législations nationales ont prévu le cas de transfert. En cas de transfert d'une technologie spatiale à un autre État, une entreprise ou une organisation internationale, l'Agence spatiale de l'Ukraine l'enlève du registre de l'État, en application de l'article 14 de la loi ukrainienne⁹². Dans la loi australienne, le transfert est possible à condition que l'opérateur récipiendaire soit conforme aux exigences

⁸⁹ Matxalen Aranzamendi, *Economic and Policy Aspects of Space Regulations, Part I : the case of national space legislation-finding the way between common and coordinated action*, ESPI Report 21, Vienne, ESPI European Space Policy Institute, 2009 à la p 13.

⁹⁰ *Rules Concerning Space Activities and the Establishment of a Registry of Space Objects (Space Activities Act)*, Bill (13.06.06) [Loi néerlandaise].

⁹¹ *Interim Measures on the Administration of Permits for Civil Space Launch Projects* (2002) Licensing Measures, Decree of the Commission of Science, Technology, and Industry for National Defense of the People's Republic of China, promulgated, and shall enter into force on December 21, 2002 [Décret Chinois].

⁹² *Ordinance of the Supreme Soviet of Ukraine, On Space Activity Law of Ukraine of 15 November 1996* (VVRU, 1997, p 2) [Loi Ukrainienne].

générales requises par la loi⁹³. Conformément à la loi japonaise de 2016 (entrée en vigueur le 15 novembre 2018), si la station au sol de l'opérateur récipiendaire se trouve au Japon, l'autorisation est nécessaire pour l'opérateur récipiendaire et l'opérateur cédant; mais si la station au sol de l'opérateur récipiendaire n'est pas sur le territoire japonais, une notification de l'opérateur cédant au premier ministre suffit⁹⁴. Au sens de la loi autrichienne, le changement d'opérateur est soumis à autorisation (section 8)⁹⁵. Les conditions générales d'autorisation prévues dans la section 4 y sont applicables. Selon la loi coréenne, les changements concernant l'objet spatial doivent être autorisés (article 11(1))⁹⁶.

Au sens de la loi danoise, le transfert d'un objet spatial ou d'une activité spatiale à un autre propriétaire ou opérateur est soumis à une autorisation préalable⁹⁷. Si le nouveau propriétaire ou opérateur n'est pas domicilié au Danemark, un accord portant sur l'indemnisation des dommages peut être exigé entre le Danemark et l'État national du nouveau propriétaire ou opérateur⁹⁸. Selon Hulsroj et Pecujlic, cet accord peut être conçu comme une condition d'autorisation si l'État du nouvel opérateur/propriétaire n'est pas un État de lancement⁹⁹.

Selon la section 11 de la loi finlandaise, en cas de transfert du contrôle effectif d'un objet spatial ou d'une activité spatiale à un nouvel opérateur ou propriétaire, une autorisation préalable est nécessaire¹⁰⁰. Dans ce cas-là, les conditions générales d'autorisation prévues dans la section 5 sont applicables. Le transfert de propriété seul ne nécessite pas d'autorisation tant qu'il n'y a pas de transfert du contrôle effectif. Si le nouveau propriétaire ou opérateur n'est pas finlandais, un accord portant sur l'indemnisation des dommages peut être exigé entre l'État national du nouveau propriétaire ou opérateur et la Finlande, selon le deuxième paragraphe du même article.

⁹³ Voir notamment les sections 22, 32, 42, 46E de la loi australienne, *Space Activities Act 1998 Act No. 123 of 1998 as amended by Space Activities Amendment (Launches and Returns) Act 2018* (AUSTL), 1998/123.

⁹⁴ Pour aller plus loin voir Setsuo Aoki, « An enabler or a barrier? “New Space” and Japan’s two national space acts of 2016 » dans P.J. Blount, Tanja Masson-Zwaan, Rafael Moro-Aguilar, et Kai-Uwe Schrogl, dir, *60th IISL Colloquium on the law of outer space*, La Haye, Eleven International Publishing, 2017, aux pp 518-519; l'approche japonaise peut être expliquée par une conception restrictive de la compétence personnelle. Notre compétence linguistique ne nous permet malheureusement pas d'étudier la loi japonaise, Aoki précise : « *Japan’s SAA [Space Activities Act] is the strictest in the territorial principle among the all national space acts as of 2017.* » L'auteur rappelle que cette approche n'exonère pas le Japon de sa responsabilité internationale pour « les activités dans l'espace extra-atmosphérique ». L'application des législations nationales des États ayant une conception restrictive de leur compétence personnelle est principalement territoriale. En déterminant le caractère « approprié » ou non d'une activité spatiale, les États fixent l'étendue de leur juridiction nationale. Voir notre contribution Tugrul Cakir, « La compétence personnelle en droit spatial : un principe interprété différemment par les États » (2017) 281:1 *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS)* 507 aux pp 65-73.

⁹⁵ *Austrian Federal Law on the Authorisation of Space Activities and the Establishment of a National Space Registry (Austrian Outer Space Act* adopté par le Conseil national le 6 décembre 2011 et entré en vigueur le 28 décembre 2011) [*Loi autrichienne*].

⁹⁶ *Space Development Promotion Act*, Law Number 7538 May 31, 2005 [*Loi coréenne*].

⁹⁷ Article 15(1), *Loi danoise*, *supra* note 17.

⁹⁸ *Ibid*, art 15(2).

⁹⁹ Peter Hulsroj et Anja N Pecujlic, *supra* note 18 aux pp 505-06.

¹⁰⁰ *Act on Space Activities*, 63/2018 (Finlande) [*Loi finlandaise*].

Rappelons aussi que la section 12 de la loi impose à l'opérateur l'obligation d'informer immédiatement du changement de propriétaire. Le non-respect de cette obligation de façon intentionnelle ou par négligence est passible d'une amende pour violation portant sur les activités spatiales (violation concerning space activities) (section 21, penal provisions)¹⁰¹.

Selon la section 6(1) de la loi britannique pour le transfert de licence, le consentement écrit du Secrétaire d'État est requis¹⁰². Selon la loi britannique de 2018, le transfert de licence est possible par un consentement écrit du Régulateur¹⁰³. En cas de réunion des conditions indiquées dans la section 15(2), ce dernier peut donner son accord au transfert. Pour que le régulateur accorde son consentement, la personne récipiendaire doit notamment avoir une capacité technique et financière, le transfert doit être dans l'intérêt du Royaume-Uni et doit respecter les obligations internationales.

En vertu de la section 53 de la loi néo-zélandaise, une autorisation préalable est nécessaire dans deux situations : dans le cas du transfert d'un intérêt dans l'autorisation et dans le cas où le détenteur de l'autorisation serait une personne morale qui subit un changement de contrôle¹⁰⁴.

La loi française a mis en place un régime spécifique pour le transfert de maîtrise de l'objet spatial en orbite¹⁰⁵. En cas de transfert de maîtrise d'un objet autorisé en application de la loi française, une autorisation préalable est nécessaire conformément à l'article 3 de la loi. Selon le deuxième paragraphe de ce dernier, tout opérateur français qui entend prendre la maîtrise d'un objet spatial non autorisé au titre de la loi française est également soumis au régime de l'autorisation. Dans le premier cas de figure, la France est un État de lancement alors que dans le deuxième elle ne l'est pas¹⁰⁶. Après le transfert de maîtrise de l'objet, l'activité devient une activité nationale de la France justifiant une autorisation en application de la loi française¹⁰⁷. Le transfert de propriété n'est pas visé par l'article 3 de la loi. Clerc nous a rappelé que, selon l'arrêté du 12 août 2011, l'opérateur doit fournir des informations dont notamment l'historique de la propriété (article 1(4))¹⁰⁸. Conformément à l'article 2 de l'arrêté, l'opérateur transmet sans retard toute modification des informations demandées dans l'article premier.

¹⁰¹ Pour plus de précision voir Jenni Tapio, *supra* note 20 aux pp 408-09.

¹⁰² *Outer Space Act 1986* (R-U), 1986.

¹⁰³ *Space Industry Act* (R-U), 2018, section 15(1).

¹⁰⁴ *Outer Space and High-altitude Activities Act 2017*(N-Z), 2017/29; dans le sixième paragraphe de la même section, le second cas est explicité : « a) a person obtains the power (whether directly or indirectly) to exercise, or control the exercise of, 50% or more of the voting rights in the corporate body; or b) a person, together with 1 or more specified persons, the power to exercise, or control the exercise of, 50% or more of the voting rights in the corporate body ».

¹⁰⁵ *Loi française*, *supra* note 10.

¹⁰⁶ Conseil d'État, *supra* note 11 à la p 75.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Entretien avec M. Philippe Clerc, le 17 juin 2019 au CNES; pour l'historique de la propriété voir De Poulpiquet, *supra* note 40 §400.

L'article 14 du « décret autorisation¹⁰⁹ » précise les modalités d'application de l'article 3 de la loi. Selon cet article 14, une demande d'autorisation conjointe de l'opérateur qui a la maîtrise de l'objet (l'opérateur cédant) et de l'opérateur récipiendaire est nécessaire (article 14(I)). Dans la demande, les renseignements sur la nature de l'objet spatial, les pièces nécessaires de la procédure d'autorisation et la licence prévue à l'article 4 de la loi française (si l'opérateur en dispose) doivent être inclus. Si l'opérateur récipiendaire n'est pas soumis à la loi française sur les opérations spatiales, c'est à l'opérateur cédant de soumettre une demande d'autorisation¹¹⁰. Celui-ci doit inclure dans sa demande des pièces expliquant la nature de l'objet et justifiant la non-application de la loi à l'opérateur récipiendaire. Il doit y avoir également des garanties sur l'immatriculation de l'objet spatial après son transfert et sur la notification du transfert au Secrétaire général de l'ONU (article 14(II)).

Le transfert du contrôle effectif d'un objet spatial résultant d'une cession de droits ou d'activités autorisées nécessite une autorisation au sens de l'article 13 de la loi belge¹¹¹. Donc, si la cession n'a pas pour but de transférer le contrôle d'un objet, l'autorisation n'est pas nécessaire. Ce n'est pas le transfert de la propriété du satellite qui est visé, mais le transfert du contrôle effectif. En conséquence, dans le cas d'un changement de propriétaire, une autorisation ne sera pas requise. Mais si le propriétaire (qui est aussi l'opérateur) d'un objet spatial transfère le contrôle effectif à un sous-contractant (sans transférer la propriété), une autorisation est requise¹¹². Le régime général d'autorisation est *mutatis mutandis* applicable à l'autorisation du transfert de la maîtrise de l'objet spatial (article 13(3)). La demande d'autorisation peut être assortie de conditions imposées non seulement à l'opérateur cessionnaire, mais aussi à l'opérateur cédant, selon le quatrième paragraphe de l'article. Si l'opérateur cessionnaire ne se trouve pas sur le territoire belge, l'autorisation peut être refusée sans accord spécifique entre l'État de nationalité de l'opérateur cessionnaire et la Belgique, pour la protection de cette dernière contre tout recours de responsabilité à son encontre (article 13(4)). Un tel accord peut également inclure les points touchant la surveillance continue de l'activité spatiale et l'échange d'information si la Belgique reste l'État d'immatriculation de l'objet en question¹¹³.

B. Synthèse des législations nationales et la proposition d'un modèle

Les conditions principales d'autorisation exigées de la personne privée portent sur sa capacité et sa fiabilité au niveau professionnel, financier et technique. C'est à

¹⁰⁹ Le décret n° 2009-643 du 9 juin 2009 relatif aux autorisations délivrées en application de la loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales, JO, 9 juin 2009, n° 0132 [décret autorisation].

¹¹⁰ Il a été avancé que la solution proposée par le décret ne traite pas suffisamment la question de la responsabilité financière dans le cas d'un transfert à un opérateur non soumis à la loi française alors que la France continue à être un État de lancement; Arnel Kerrest et Frans von der Dunk, « Liability and Insurance in the Context of National Authorisation » dans Frans von der Dunk dir, *National Space Legislation in Europe*, Leyde (Pays-Bas), Martinus Nijhoff Publishers, 2011, 125 à la p 158.

¹¹¹ *Loi belge*, supra note 13.

¹¹² Patrick Michielsens, « The Belgian Space Act : An Innovative Legal Safeguard to Boost the Space Industry » (2016) 41:2 Air & Space L 89 à la p 106.

¹¹³ *Ibid.*

partir de celles-ci que les États assurent une conformité des activités des entités non gouvernementales avec le droit international et leurs intérêts nationaux. Les États, disposant d'une marge d'appréciation, peuvent refuser la demande d'autorisation de transfert de la maîtrise d'un objet spatial si les conditions ne sont pas réunies.

Le transfert de propriété ne devrait pas être soumis à une autorisation pour des raisons que nous avons soulignées dans l'introduction : notamment l'absence d'effet direct de la propriété au niveau de l'attribution de la responsabilité. Néanmoins, vu ses implications potentielles sur l'opération autorisée et sur l'identification de l'objet spatial, l'opérateur doit immédiatement informer l'autorité compétente du changement de propriétaire comme c'est le cas dans la loi finlandaise et dans l'arrêté français du 12 août 2011. En cas de non-respect de cette obligation de façon intentionnelle ou par négligence, une amende peut aussi être prévue, comme dans la loi finlandaise.

Dans l'intérêt des États, il serait préférable de soumettre le transfert des satellites en orbite (soit une activité déjà autorisée en application de la loi soit un transfert au bénéfice d'un ressortissant) au régime de l'autorisation, car c'est leur responsabilité qui est en jeu. Les législations nationales sont des outils importants pour que les États prévoient les deux hypothèses évoquées. Ces deux hypothèses sont seulement prévues dans la loi française. Commençons par la seconde. Un transfert au bénéfice d'un ressortissant fait que cette activité devient une activité nationale au sens de l'article VI du *Traité de l'Espace* nécessitant donc une autorisation préalable. Ce qui compte ici, c'est la nationalité de l'opérateur. Le lieu de la station au sol de l'opérateur récipiendaire n'a aucune importance comme c'est le cas dans la loi japonaise.

Passons à la première. Un transfert de maîtrise vers un opérateur relevant de la juridiction du même État (probablement de l'État de l'immatriculation) ne pose pas de difficulté dans l'application. Dans ce cas de figure, les conditions générales d'autorisation sont applicables. Celles-ci sont également applicables à un transfert de maîtrise au profit d'un État (soit un État de lancement soit un non-État de lancement) ou d'un ressortissant de cet État. Dans ce cas-là, l'autorisation octroyée par l'autorité compétente peut être assortie de conditions et de garanties au sujet de la surveillance continue de l'opération spatiale (1) de la répartition des responsabilités (2) ou de l'immatriculation (3).

(1) L'État cédant devra chercher à garantir que l'État approprié acquitte correctement ses obligations découlant des traités spatiaux : notamment la surveillance continue de l'activité spatiale conduite par l'entité non gouvernementale.

Même s'ils n'assurent plus le contrôle effectif de l'engin, les États de lancement, du fait de leur responsabilité, ne peuvent en effet accepter sans précautions une gestion hasardeuse de l'engin durant sa vie en orbite¹¹⁴.

C'est la raison pour laquelle, comme prévu dans l'article 11 de la loi finlandaise et recommandée dans la huitième recommandation onusienne sur les législations nationales, la décision d'autorisation peut être assortie des conditions

¹¹⁴ Armel Kerrest, « Le Rattachement Aux États des Activités Privées dans L'Espace : Réflexions à la Lumière du droit de la mer », *supra* note 26 à la p 138.

nécessaires pour la conduite et la supervision en toute sécurité de l'opération spatiale¹¹⁵. Ce cas de figure est notamment envisageable « si le droit de l'État récipiendaire de l'objet [est] peu exigeant ou si ses institutions de contrôle présent[ent] d'importantes faiblesses¹¹⁶ ». Cela nécessiterait sans doute la mise en place d'un mécanisme de coordination entre les deux États pour faciliter la mise en œuvre de la surveillance continue de l'opération spatiale.

(2) Au sujet de la *liability*, un accord portant sur la répartition des responsabilités peut aussi être exigé pour garantir les États de lancement en cas de dommages causés. Ce cas de figure est prévu dans la loi danoise, la loi finlandaise et la loi belge sans être obligatoire. Au moyen d'un accord, l'État récipiendaire peut donc accepter d'indemniser l'État cédant pour les dommages causés par l'objet spatial si la responsabilité de ce dernier est engagée au titre de la réparation d'un dommage causé par l'objet transféré. Si l'État récipiendaire est aussi un État de lancement, celui-ci et l'État cédant continuent à être *liables*. Ces États auraient pu conclure un tel accord avant le transfert en orbite de l'objet spatial¹¹⁷. Rappelons-le. En cas de lancement commun d'un objet spatial, les États participant au lancement sont solidairement responsables et aucune gradation de la responsabilité n'est prévue (article V(1) de la Convention sur la responsabilité). L'accord conclu par ces États pour répartir leurs responsabilités ne peut porter atteinte au droit de la victime (article V(2)). La victime pourra obtenir la pleine et entière réparation auprès de l'État de lancement de son choix, indépendamment des conditions de cet accord.

(3) Concernant l'immatriculation de l'objet spatial, si l'État récipiendaire est un État de lancement, cet État peut inscrire celui-ci dans son registre national et exercer sa juridiction et son contrôle sur cet objet. Cet État n'est pourtant pas contraint de l'immatriculer. Des garanties sur l'immatriculation de l'objet spatial après son transfert et sur la notification du transfert au Secrétaire général de l'ONU peuvent être exigées au moment de la demande de l'autorisation.

Si l'État récipiendaire n'est pas un État de lancement, les États de lancement peuvent transférer les droits et obligations découlant de l'immatriculation de l'objet spatial au moyen d'un accord. L'État cédant restera très probablement l'État d'immatriculation de l'objet transféré. Si l'État récipiendaire n'exerce pas correctement sa juridiction et son contrôle, l'État d'immatriculation risque de voir sa responsabilité engagée. En effet, l'État d'immatriculation « remains internationally quasi guarantor of the obligations following jurisdiction and control¹¹⁸ ».

¹¹⁵ Lyall et Larsen proposent le transfert de l'obligation de la surveillance continue à l'État approprié : « Last, we suggest that steps should be taken adequately to cope with the transfer of OST art. VI supervisory duties and authority between states in the event of a change of ownership of a space object in space. This should be done preferably on a universal basis by a multilateral agreement to secure international consistency. Failing that, individual states involved in such matters should sort each case out between themselves on a bilateral basis. » Francis Lyall et Paul B Larsen, *Space Law : A treatise*, Farnham, Ashgate, 2009 à la p 497.

¹¹⁶ Jean-Marie de Poulpiquet, *supra* note 40 au para 445.

¹¹⁷ Pour aller plus loin voir notre contribution Tugrul Cakir, « Le recours aux accords internationaux dans le cadre d'une opération spatiale » (2020) 69:3 ZLW 485 aux pp 488-502.

¹¹⁸ Schmidt-Tedd, Bohlmann, Malysheva, Stelmakh et Tennen, *supra* note 57 à la 256.

La huitième recommandation onusienne sur les législations nationales propose de prévoir l'obligation de communiquer des renseignements sur les changements survenus au Secrétaire général de l'ONU. L'État d'immatriculation et l'État approprié devraient ainsi coopérer pour communiquer les éléments précisés dans la quatrième recommandation onusienne sur la pratique concernant l'immatriculation. En effet, il est probable que l'État d'immatriculation n'ait pas toutes les informations nécessaires pour communiquer des renseignements en cas de transfert. Il serait donc préférable d'exiger des garanties de la part de l'État récipiendaire en vue d'assurer la communication des renseignements sur les changements survenus au Secrétaire général des Nations Unies.

Dans le contexte actuel, le nombre d'accords conclus en cas de transfert en orbite est restreint. En effet, la conclusion de ces accords est généralement vue comme contraignante, longue et pouvant engendrer des difficultés politiques¹¹⁹. C'est la raison pour laquelle, exiger des garanties de la part de l'État récipiendaire au moment de la demande de l'autorisation serait une stratégie plus pragmatique. Ce cas de figure est prévu à l'article 14(II) du « décret autorisation » français concernant l'immatriculation de l'objet spatial après son transfert et sur la notification du transfert au Secrétaire général de l'ONU. En vue de l'obtention des garanties (et de l'autorisation de transfert par la suite), l'opérateur cédant et l'opérateur cessionnaire doivent entreprendre les démarches requises. Les opérateurs, jouant un rôle de passerelle, peuvent ainsi faciliter le dialogue et les éventuelles négociations entre leur État d'origine.

Similairement, il est plus pragmatique d'introduire une obligation à la charge de l'opérateur cédant au moment du transfert contractuel de satellite. Comme proposé par Gerhard, l'opérateur cédant peut être rendu obligé, en cas de futur transfert, d'inclure une clause dans le contrat de transfert obligeant l'opérateur cessionnaire à souscrire une assurance pour couvrir les dommages causés aux tiers et à le garantir en cas d'action récursoire exercée à son encontre¹²⁰. Cette proposition est d'une importance capitale pour responsabiliser les opérateurs sur les effets d'un transfert en orbite et notamment sur la dissociation des concepts qui en découle.

À la lumière de ce qui précède, il est convenable d'inclure les dispositions suivantes dans une législation nationale relative aux opérations spatiales :

¹¹⁹ Irmgard Marboe, Setsuo Aoki et Tare Brisibe, *supra* note 37 à la p 598.

¹²⁰ Michael Gerhard, *supra* note 8 à la p 580.

TRANSFERT DE LA MAITRISE D'UN OBJET SPATIAL PROPOSITION D'UN MODÈLE

1) Transfert de la maîtrise d'un objet spatial autorisé en application de la loi

Article 1 (règle générale)

Le transfert de la maîtrise d'un objet spatial au profit d'un État, ou d'un ressortissant de cet État est soumis à l'autorisation préalable de l'autorité compétente. Les conditions énoncées à l'article X sont requises pour l'octroi de cette autorisation.

Des dispositions complémentaires relatives à la demande d'autorisation visée au paragraphe 1 sont fixées par décret.

Article 2 (conditions supplémentaires)

La décision d'autorisation de transfert de la maîtrise d'un objet spatial peut être assortie :

- de conditions nécessaires pour la conduite et la supervision en toute sécurité de l'opération spatiale;
- de garanties contre tout recours à l'encontre de l'État E au titre de la réparation d'un dommage causé par l'objet transféré;
- de garanties sur l'immatriculation de l'objet à la suite de transfert de maîtrise et sur la notification de ce transfert au Secrétaire général des Nations-Unies;
- d'un accord entre le(s) État(s) de lancement et l'État cessionnaire transférant les droits et obligations découlant de l'immatriculation de l'objet spatial à ce dernier;
- de garanties en vue d'assurer la communication des renseignements sur les changements survenus au Secrétaire général des Nations-Unies.

Article 3 (Obligations de l'opérateur)

L'opérateur doit immédiatement informer l'autorité compétente du changement de propriétaire de l'objet spatial.

En cas de futur transfert, l'opérateur cédant est obligé d'inclure une clause dans le contrat de transfert obligeant l'opérateur cessionnaire à souscrire une assurance pour couvrir les dommages causés aux tiers et à le garantir en cas d'action récursoire exercée à son encontre.

L'opérateur cédant et l'opérateur cessionnaire doivent entreprendre les démarches nécessaires pour l'obtention des garanties visées à l'article 2.

2) Transfert de la maîtrise d'un objet spatial non autorisé en application de la loi

Article 4

Le transfert de la maîtrise d'un objet spatial à tout opérateur de nationalité E, dont le lancement ou la maîtrise n'a pas été autorisé au titre de la présente loi, est soumis à l'autorisation préalable de l'autorité compétente. Les conditions énoncées à l'article X sont requises pour l'octroi de cette autorisation.

Des dispositions complémentaires relatives à la demande d'autorisation visée au paragraphe 1 sont fixées par décret.

III. PERSPECTIVES FUTURES

A. Le financement des activités spatiales et le Protocole Spatial UNIDROIT

La *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles*¹²¹ a pour but de créer une garantie internationale reconnue par tous les États contractants et d'encourager le financement de l'acquisition des biens, à savoir : les aéronefs, le matériel roulant ferroviaire et les biens spatiaux¹²². Le *Protocole spatial* a été adopté à Berlin le 9 mars 2012¹²³. Même si le *Protocole spatial* n'est pas encore entré en vigueur et est mal accueilli par l'industrie spatiale, il reste un document important dans la mesure où c'est le premier instrument du droit international privé dans le domaine spatial¹²⁴. Malgré cet échec, l'expérience acquise durant le processus d'élaboration du *Protocole* sera bénéfique pour un futur instrument, qui a pour but d'encourager le financement de l'acquisition des biens spatiaux et pourrait simplifier le transfert en orbite des satellites.

Pendant le processus d'élaboration de ce protocole, les questions découlant du transfert du bien spatial¹²⁵, notamment la transférabilité des licences au créancier, étaient l'un des points controversés. Dès le début du processus d'élaboration, il a fallu

¹²¹ *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles*, 16 novembre 2001 (entrée en vigueur : 1 mars 2006), Adoptée par la Conférence diplomatique de Cape Town le 16 novembre 2001 [*Convention du Cap*].

¹²² La *Convention* est d'abord complétée, par le *Protocole aéronautique : Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobile*, 16 novembre 2001 (entrée en vigueur : 1 mars 2006) [*Protocole aéronautique*]; Ensuite, la *Convention* est complétée par le *Protocole ferroviaire le 23 février 2007 : Protocole de Luxembourg portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobile*, 23 février 2007 [*Protocole de Luxembourg*]; le *Protocole de Luxembourg* n'est pas en vigueur.

¹²³ *Protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobile*, 9 mars 2012 [*Protocole spatial*].

¹²⁴ Paul B Larsen, « Berlin Space Protocol : Update » (2015), 64:2 ZLW 361 à la p 362.

¹²⁵ Le bien spatial est différent de l'objet spatial, voir la définition du bien spatial donnée à l'article I(2)(k) du *Protocole spatial*, *supra* note 123.

trouver un équilibre entre les intérêts étatiques et l'intérêt commercial du créancier. À cet égard, la limitation éventuelle des mesures en cas d'inexécution, était un point critique de ce compromis. Il faut rappeler que, dans la *Convention du Cap*, la prise de possession et de contrôle du bien est l'une des mesures prévues en cas de défaillance du débiteur¹²⁶. Pourtant, il est complexe de prendre possession d'un bien spatial après sa mise en orbite d'un point de vue pratique¹²⁷. En raison de cette complexité, la notion de contrôle est plus adaptée dans la réalisation d'une sûreté sur un satellite¹²⁸.

Quant à la réalisation d'une sûreté sur les autorisations et licences, qui sont « considérées comme des actifs aux yeux du créancier »¹²⁹, elle rencontre aussi des contraintes juridiques. Celles-ci sont accordées par les gouvernements ou organisations internationales sur une base *intuitu personae* et leur transfert ne dépend pas que du débiteur. Avant de les octroyer, les États tiennent compte de leurs obligations internationales et de leurs intérêts nationaux.

Dans l'article XXVI du *Protocole*, le pouvoir des États est préservé concernant le transfert et la cession des licences, l'utilisation des positions orbitales/des fréquences et les codes de commande¹³⁰. Dans le deuxième paragraphe de l'article, la place centrale de l'État est soulignée pour rassurer les États. Selon le dernier paragraphe de l'article, la reconnaissance ou l'exécution d'une garantie internationale à l'encontre des réglementations des États contractants (dans le domaine du contrôle des exports et de la sécurité nationale) est exclue. Chaque État contractant décide ce qu'il entend par « sécurité nationale »¹³¹.

Les considérations portant sur la sécurité nationale jouent un rôle primordial dans le processus de l'octroi de l'autorisation. Ces termes étant vagues, l'autorité délivrant l'autorisation dispose d'une large discrétion. Les règles portant sur le contrôle des exportations ont une importance particulière dans le domaine spatial par rapport aux autres domaines, car l'espace est un domaine beaucoup plus « sensible » que les autres¹³². L'origine technologique des produits commerciaux spatiaux est militaire; la frontière entre ceux-ci et les produits militaires est encore floue¹³³. C'est pour cette

¹²⁶ Voyons l'article 8(1) (a) de la *Convention du Cap*, *supra* note 121.

¹²⁷ Roy Goode, *Convention on international interests on mobile equipment and protocol thereto on matters specific to space assets*, Rome, UNIDROIT, 2014 §2.87.

¹²⁸ Timothée Bertrand, « Les sûretés et le financement d'un système spatial : l'utilité d'un droit spécifique » (2003) 228:4 *Rev fr dr aérien et spatial* 325 aux pp 335-336.

¹²⁹ France, Ministère de la recherche et des Nouvelles technologies, *L'évolution du droit de l'espace en France*, Rapport public à la p 60 (novembre 2002, Alain Costes).

¹³⁰ Goode fait savoir qu'une telle disposition est rare dans les instruments de droit privé : Roy Goode, *supra* note 127 §3.153.

¹³¹ *Ibid* §3.152.

¹³² Michael Gerhard et M. Creydt, « Safeguarding National Security and Foreign Policy Interests – Aspects of Export Control of Space Material and Technology and Remote Sensing Activities in Outer Space », Frans von der Dunk, dir, *National Space Legislation in Europe*, Leyde (Bays-Bas), Martinus Nijhoff, 2011, 189 à la p 190.

¹³³ Larry F. Martinez, « The Legal Implications of High Technology Export Controls for Commercial Activities in Outer Space » dans Judge Manfred Lachs, dir, *Proceedings of the thirty-fifth colloquium on the law of outer space*, Washington, D.C., American Institute of Aeronautics and Astronautics, 1992, 229 à la p 230.

raison que les sociétés impliquées dans le domaine spatial doivent être au courant de la réglementation portant sur l'exportation des biens et de la technologie sensible, notamment de la réglementation américaine qui est la plus importante et complexe. Le régime applicable au contrôle des exportations est donc un facteur à tenir en considération au moment du transfert des satellites et le respect des règles applicables doit donc être assuré.

B. Le rapport entre les législations nationales et les sources du droit de l'espace

Nous pouvons constater une interdépendance entre les traités spatiaux et les législations nationales. Les principes consacrés par les premiers encadrent les secondes, qui assurent une effectivité aux premiers. Les législations nationales, qui remplissent un rôle complémentaire assigné par les traités spatiaux, permettent aux États de s'adapter aux évolutions technologiques et politiques et de favoriser le développement de leur industrie spatiale. Les législations nationales sont ainsi devenues un outil essentiel dans la gouvernance des activités spatiales. En conséquence, les traités spatiaux n'empêchent pas le développement des activités spatiales conduites par les entités non gouvernementales qui sont permises à condition d'être autorisées et continuellement surveillées, notamment à travers la mise en place des législations nationales. Prenons l'exemple des services de maintenance en orbite qui n'étaient possiblement pas prévus pendant l'élaboration des traités spatiaux. Pourtant, ce cas peut être prévu par les législations nationales. Dans ce sens, Clerc rappelle l'importance de l'article 3 de la loi française pour les opérations de maintenance en orbite¹³⁴. Cette disposition permet de transférer la maîtrise de l'objet spatial, ce qui est nécessaire pour la réalisation des opérations de maintenance. Le transfert de maîtrise est donc effectif durant la conduite de l'opération. Le cadre extérieur (les traités) reste le même, mais le contenu évolue (les législations nationales). Les législations nationales n'ont pas influencé l'élaboration des traités spatiaux, mais elles influenceraient certainement l'amendement de ceux-ci ou l'adoption d'un nouveau traité.

Les législations nationales étudiées dans le cadre de cette étude sont importantes dans la mesure où elles sont l'expression de l'*opinio juris* des États au sujet du transfert en orbite des satellites. Si la pratique étatique devient uniforme et constante, combinée avec l'*opinio juris*, il sera possible de parler d'une norme coutumière applicable au transfert en orbite des satellites. Toutefois, il est difficile de constater une uniformité et constance dans la pratique étatique. Il n'est donc, pour le moment, pas possible de parler d'une règle coutumière applicable au transfert en orbite. Nous pensons qu'avec la maturité des activités spatiales, la coutume aura une place plus importante dans l'élaboration du droit de l'espace. Elle a actuellement une place limitée en raison de la jeunesse du droit de l'espace et du choix des traités au début de la conquête spatiale¹³⁵. Le rapprochement des législations nationales s'effectue déjà à

¹³⁴ Entretien avec M. Philippe Clerc, le 17 juin 2019 au CNES.

¹³⁵ Vladlen S Vereshchetin et Gennady M Danilenko, « Custom as a Source of International Law of Outer Space » (1985) 13:1 *J Space L* 22 aux pp 22-23; la cristallisation des règles coutumières avant l'adoption

travers le mode informationnel employé dans l'élaboration de la politique juridique des États. Le mode informationnel permet aux États de se servir d'expériences d'autres États dans la détermination de leur politique juridique¹³⁶. Les initiatives *soft* d'harmonisation entreprises au niveau international et européen facilitent également le rapprochement de la pratique des États.

Tableau 2. Précisions sur certains concepts clés du droit de l'espace

	État approprié	État de lancement	État d'immatriculation
Flexibilité	Possible	Impossible	Oui, mais seulement en faveur d'un autre État de lancement
Pluralité	Possible	Possible	Impossible
Conséquence au niveau de la responsabilité	Responsabilité contrôle	Responsabilité pour dommages	Aucune conséquence directe sur la responsabilité
Moyen d'identification	État des activités nationales	État qui lance État qui fait lancer État dont le territoire sert au lancement État dont les installations servent au lancement	Un des États de lancement

du *Traité de 1967* fait de la coutume la première source classique du droit de l'espace. Même si la coutume a vu son influence diminuer à travers le temps, la pratique moderne des États a cristallisé d'autres normes coutumières à l'image de certains principes sur la télédétection spatiale; voir notre contribution Tugrul Cakir, « Les sources du droit de l'espace » dans Stephan Hobe et Philippe Achilleas, dir, *50 years of Space Law-Space Law in 50 years*, La Haye, Centres d'étude et de recherche de l'Académie de la Haye, 2020 aux pp 92-94 et 119-20.

¹³⁶ David Lazer, « Global and Domestic Governance : Modes of Interdependence in Regulatory Policymaking » (2006) 12:4 Eur LJ 455 à la p 456.

LES RÉFORMES RÉCENTES DU CONTRÔLE JUDICIAIRE DES SENTENCES ARBITRALES EN CHINE

*Xin Jin**

En tant que justice privée, l'arbitrage met fin aux différends, en même temps qu'il est soumis au contrôle judiciaire des juridictions étatiques. L'intervention inappropriée des juges entrave le développement de l'arbitrage. La Cour suprême de Chine cherche à réformer les règles du contrôle judiciaire en garantissant l'efficacité de l'arbitrage et la sécurité juridique des parties. La présente étude montre les derniers développements du droit de l'arbitrage chinois et ses critiques.

As private justice, arbitration resolves disputes. It is also under the judicial supervision of the state courts. The improper intervention of the judges obstructs the development of arbitration. The Supreme Court of China seeks to reform the rules of the judicial supervision in order to protect both the efficiency of the arbitration and the legal security of the parties. This study shows the latest developments of the Chinese arbitration law and its critics.

Como la justicia privada, el arbitraje resuelve disputas. Está también bajo la supervisión judicial de las cortes estatales. La intervención impropia de los jueces obstruye el desarrollo del arbitraje. La Suprema Corte de Justicia de China reforma las reglas de la supervisión judicial para proteger la eficiencia del arbitraje y la seguridad de las partes. El estudio muestra los últimos avances de la ley de arbitraje china y sus críticas.

* Docteur en droit de l'Université Aix-Marseille; maître de conférence à la Faculté de Droit de l'Université des finances et économies de Nankin (Chine).

Le terme arbitrage « zhong cai » existe depuis la prise du pouvoir par le Parti communiste en 1949, et à cette époque la Chine distinguait l'arbitrage interne et l'arbitrage international en les soumettant à deux régimes. Le dualisme de l'arbitrage existe toujours jusqu'à présent. Toutefois, l'adoption des deux régimes d'arbitrage résulte d'un manque de connaissances des législateurs sur la qualification de l'arbitrage plutôt que sur la particularité de l'arbitrage international.

En ce qui concerne l'arbitrage interne, il ne faudrait pas penser que la Chine a introduit le système moderne d'arbitrage dès le début. Le président MAO Zedong a privilégié le modèle de l'Union soviétique, y compris le mécanisme de l'économie planifiée. Pendant des décennies, la production, la fixation des prix et la répartition des ressources ont été décidées par les pouvoirs publics, et la conclusion des contrats économiques était conditionnée au respect d'instructions administratives. Afin de gérer les activités économiques d'une manière efficace, les autorités avaient établi dans chaque secteur économique un organe administratif spécialisé¹, qui assurait son fonctionnement, y compris la résolution des différends². L'organe au niveau des arrondissements, dans chaque ville, demeurait au premier degré. En cas de désaccord d'une partie avec la décision, l'affaire pouvait être transférée à un organe de niveau municipal. Dans le cas où l'objet du contrat concernait un projet important, la partie pouvait finalement recourir à la Commission économique nationale³. En même temps, la cour devait se déclarer incompétente lorsqu'elle était saisie d'une demande concernant une affaire économique. La procédure de règlement des conflits a donc été considérée comme « arbitrage forcé ».

Depuis la réforme politique en 1978 lancée par DENG Xiaoping, la Chine s'est rendu compte de l'importance du droit en réduisant l'intervention des instances administratives dans les processus juridictionnels. En 1979, la Chine a promulgué la *Notification relative à la gestion du contrat économique* grâce à laquelle une des parties pouvait saisir la cour si elle contestait les décisions rendues par les services d'arbitrage en premier et deuxième ressort. Par rapport aux anciennes règles de résolution de litige économique, le jugement du tribunal avait l'autorité de la chose jugée. Toutefois le coût engagé avant d'avoir une résolution finale était très élevé⁴. En outre, l'arbitrage était encore considéré comme un acte administratif plutôt qu'une justice privée. Sachant que les organes administratifs qui s'occupaient des services d'arbitrage s'occupaient également du fonctionnement de leurs secteurs économiques respectifs, l'arbitrage ne constituait que l'une de leurs fonctions et les décisions d'arbitrage suscitaient toujours la contestation de l'une des parties⁵.

¹ Les services locaux sont sous la direction de la Commission économique nationale.

² Baoyi Li, « Quelques questions sur la réforme d'arbitrage en Chine » (1984) 1:3 *Études juridiques chinoises* à la p 76.

³ Yuquan Li, « Le développement de l'arbitrage en Chine » (1993) 27:1 *Journal de l'Université de Wuhan* 60 à la p 60.

⁴ Puisque la Chine appliquait le principe du double degré de juridiction, le jugement de dernier ressort n'était rendu qu'après le recours aux services des deux degrés et à la juridiction des deux degrés.

⁵ Les organes ne disposaient pas de réglementation stricte ni de personnel spécial pour régler les litiges et la plupart des décisions étaient rendues par les hauts fonctionnaires d'une manière arbitraire; dans

En vue d'élever l'efficacité de l'arbitrage, la Chine a choisi de continuer à réformer les règles d'arbitrage à travers la *Loi du contrat économique* du 13 décembre 1981. D'après l'article 48, une partie pouvait recourir à l'organisme gestionnaire du contrat pour demander l'arrangement à l'amiable ou l'arbitrage, ou saisir directement le tribunal. La volonté d'une partie concernant le choix de la méthode de résolution du litige était pour la première fois relevée par le droit chinois. Mais l'arbitrage interne n'était pas fondé sur le consensus des deux parties. Dans le cas où une partie introduisait la demande d'arbitrage, l'autre était obligée de s'engager dans la procédure⁶.

Le *Règlement d'arbitrage du contrat économique* du 22 août 1983 (ci-après *Règlement d'arbitrage*) constitue un grand progrès en construisant un cadre quasi moderne d'arbitrage. L'article 12 prévoit que lorsqu'une partie introduit la demande d'arbitrage, et que l'autre partie saisit le tribunal, la commission d'arbitrage doit se déclarer incompétente. L'on constate que la procédure d'arbitrage ne peut pas se dérouler sans un accord des deux parties. En outre, suite à la confirmation du *Règlement d'arbitrage*, les organes spécialisés dans la résolution des litiges ont été créés par l'Administration de l'industrie du commerce au niveau de l'État et des régions locales⁷. Chaque commission d'arbitrage est dirigée par un directeur, assisté de deux suppléants, et la direction est constituée de professionnels⁸. De plus, le *Règlement d'arbitrage* impose des critères en ce qui concerne le recrutement des arbitres, lesquels devraient être des juristes, des experts ou des personnes renommées⁹.

La voie de modernisation de l'arbitrage international est moins sinueuse que l'arbitrage interne. Afin de résoudre les différends qui surgissaient dans l'échange avec les pays étrangers, la Chine a été obligée d'adapter les règles de l'arbitrage international avec celles des pays occidentaux. En 1956, la Commission d'arbitrage du commerce extérieur a été créée pour finalité de trancher les affaires internationales de transport des marchandises, d'assurance, de transaction, etc¹⁰. En vue d'augmenter la confiance des parties étrangères dans la justice chinoise et de promouvoir la reconnaissance des sentences arbitrales chinoises dans le monde, la Chine a signé la *Convention de New York*¹¹ en 1986, dont certaines règles ont été adoptées dans la *Loi de procédure civile* (ci-après *LPC*) du 9 avril 1991¹².

certain cas, la direction des organes avait même un lien d'intérêts avec les affaires, car les litiges résultaient d'erreurs dans leurs instructions administratives; Baoyi Li, *supra* note 2 à la p 67.

⁶ L'article 48 de la *Loi du contrat économique* prévoit qu'en cas de différend concernant le contrat économique, les parties trouvent un arrangement à l'amiable; en cas d'échec, une partie peut soumettre le différend à l'arbitrage, ou saisir directement le tribunal.

⁷ *Règlement d'arbitrage*, art 2.

⁸ *Règlement d'arbitrage*, art 14.

⁹ *Règlement d'arbitrage*, art 15.

¹⁰ Lors d'une réunion en 1954, le Conseil des affaires d'État a résolu de créer la Commission d'arbitrage du commerce extérieur en acceptant les règles internationales, comme le consentement des parties à l'arbitrage, l'*exequatur* des sentences, etc., lesquels ont été introduits dans le domaine de l'arbitrage interne après quelques décennies.

¹¹ *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, 10 juin 1958, 330 RTNU 3 (entrée en vigueur : 7 juin 1959).

¹² Voir chapitre 28 de l'arbitrage dans la *LPC*.

Aux fins de répondre aux problèmes rencontrés lors de la mise en œuvre du *Règlement d'arbitrage* et aux besoins de l'ouverture extérieure, la Chine a introduit respectivement les règles concernant l'arbitrage interne et l'arbitrage international dans la *LPC* en 1991, qui énumère les situations de refus d'exécution de la sentence¹³. Au fur et à mesure que la Chine approfondissait ses connaissances sur l'arbitrage, elle a promulgué la *Loi sur l'arbitrage* en 1994 pour combler les lacunes de la *LPC*¹⁴. Mis à part ces deux textes législatifs qui constituent les piliers du droit chinois de l'arbitrage¹⁵, il existe également les explications et les notifications rendues par la Cour populaire suprême (ci-après Cour suprême). Elles ajoutent de la flexibilité aux normes de contrôle judiciaire en permettant aux juges de trancher de nouvelles questions dans la pratique.

Avec le lancement de la nouvelle route de la soie en 2013, la Chine vise à renfoncer les liens avec les pays étrangers. Un système efficace de règlement des litiges est nécessaire pour la promotion des échanges commerciaux internationaux, où l'arbitrage joue un rôle important. Toutefois, le cadre général du droit de l'arbitrage a été établi dans les années 1990. La conception de l'arbitrage ayant évolué pendant les deux dernières décennies, la Chine commence à reconstituer le droit de l'arbitrage. D'un côté, elle fait des modifications sur les règles existantes (I); de l'autre, la Chine introduit l'arbitrage ad hoc dans les zones franches (II).

I. Les modifications des règles existantes relatives au contrôle judiciaire de la sentence arbitrale

Depuis 2017, la Cour Suprême a rendu public plusieurs documents concernant le contrôle judiciaire, dont l'un vise à modifier le système de rapport interne qui régit la relation entre les cours de contrôle de différents niveaux (A); et les autres cherchent à modérer les droits des parties dans la procédure de recours et les critères d'évaluation de validité de la convention d'arbitrage (B).

A. L'évolution du système de rapport interne

Le traitement distinct de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international repose sur les critères de contrôle des sentences et sur les règles procédurales. En ce qui concerne l'arbitrage interne, la cour intermédiaire est saisie pour l'annulation de la

¹³ Le contrôle judiciaire sur l'arbitrage interne et l'arbitrage international se limitaient uniquement au refus de la sentence dans la *LPC* en 1991; étant donné que la qualification administrative de la Commission d'arbitrage n'a pas été abandonnée jusqu'à la promulgation de la *Loi de l'arbitrage* en 1994 et qu'un acte administratif ne faisait pas l'objet de la procédure d'annulation dans les années 1990, la *LPC* ne disposait d'aucun recours en annulation en matière d'arbitrage interne; or elle prévoyait le refus de l'exécution pour contrôler les sentences.

¹⁴ La *LPC* contient 270 articles, dont 8 sont relatifs à l'arbitrage; à défaut de règles précises, les juges avaient une grande liberté d'évaluation en contrôlant les sentences arbitrales et les critères d'exécution des sentences variaient dans les ressorts des tribunaux.

¹⁵ Le *Règlement de l'arbitrage économique* a été remplacé par la *Loi de l'arbitrage* et la *Loi du contrat économique* a été abrogée en 1999.

sentence¹⁶. En revanche, la Chine a établi un système spécial de rapport interne pour contrôler les sentences internationales et les sentences étrangères. Selon la *Notification relative au contrôle de l'arbitrage international et de l'arbitrage étranger* publiée par la Cour Suprême le 28 août 1995, le pouvoir de rendre la décision d'inexécution des sentences internationales et des sentences étrangères est attribué exclusivement à la Cour Suprême¹⁷. En 1998, celle-ci a étendu le champ d'application du système de rapport interne à l'annulation des sentences internationales rendues en Chine. La cour intermédiaire ne peut annuler la sentence qu'après confirmation par la Cour Suprême¹⁸. La création du système de rapport interne est due aux problèmes pratiques causés par les anciennes politiques, et ce système est conforme à la théorie chinoise de l'arbitrage (1). Avec la résolution des problèmes, la Cour Suprême a rectifié le système de rapport interne en publiant le *Règlement du rapport et approbation* le 26 décembre 2017 (2).

1. LES RAISONS DE L'ÉTABLISSEMENT DU SYSTÈME DE RAPPORT INTERNE

Même si la Chine a commencé à renforcer l'autorité du droit à la fin des années 1970¹⁹, certains juges des cours locales n'avaient pas assez de compétences pour trancher correctement les litiges²⁰. De surcroît, les affaires internationales sont toujours beaucoup plus compliquées, car elles traitent de questions qui n'existent pas dans les affaires internes²¹. L'intervention de la Cour suprême pourrait combler l'insuffisance de connaissances professionnelles.

En outre, en raison de la négligence du droit pendant une longue période depuis la fondation du régime communiste en Chine, tous les litiges ne sont pas tranchés dans

¹⁶ Selon l'article 58 de la *Loi sur l'arbitrage*, une partie peut introduire la demande d'annulation de la sentence si elle parvient à prouver une des six circonstances suivantes : il n'existe aucune convention d'arbitrage; le litige ne fait pas l'objet de la convention d'arbitrage ou le tribunal arbitral statue sans compétence; la constitution du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale n'est pas conforme aux règles procédurales énoncées par les lois; la preuve adoptée par la sentence est faussée; une partie dissimule les preuves qui permettent aux arbitres de rendre les sentences correctes; l'arbitre commet une corruption active, une corruption passive ou une fraude; la sentence est contraire à l'intérêt public.

¹⁷ La cour intermédiaire soumet sa décision négative à la cour supérieure; si la cour supérieure confirme cette décision, elle la transfère à la Cour suprême; dans le cas contraire, la cour supérieure renvoie l'affaire à la cour intermédiaire.

¹⁸ Cour Suprême Populaire Chinoise, « Avis de la Cour populaire suprême sur des questions relatives à l'annulation des sentences internationales par les tribunaux populaires », 23 avril 1998 (entrée en vigueur : 23 avril 1998) [*Avis relatif à l'annulation des sentences internationales*].

¹⁹ Même si l'article 18 de la première Constitution de 1954 de la Chine communiste affirmait que « tous les fonctionnaires doivent obéir à la Constitution et aux lois », le parti communiste a donné la priorité à la résolution du problème de la lutte des classes en adoptant des méthodes hors de tout cadre légal depuis le mouvement anti-droitiste en 1957; sous la direction de Mao Zedong, la gouvernance dépendait principalement des ordres des dirigeants; Tiechuan Hao, « Le développement, les expériences et la perspective de l'état de droit de la nouvelle Chine pendant les 70 ans » (2019) 29:5 *Commentaire du droit chinois* 90 à la p 91.

²⁰ Puisque la Chine a supprimé l'éducation juridique de 1966 à 1977 pendant la révolution culturelle, elle ne pouvait pas trouver des juges qualifiés en rétablissant les organes judiciaires, et une majorité de juges étaient donc sélectionnés parmi les vétérans qui n'avaient jamais suivi la formation juridique; Xiaoling Gao, « L'amélioration de la qualité et du statut du juge » (1995) 6:6 *Application du droit* à la p 45.

²¹ Le conflit de lois, la traduction, etc.

le cadre de la loi. Puisque l'indépendance des cours n'était pas un principe strictement respecté dans toutes les régions et que des juges étaient soumis aux influences d'éléments non juridiques, la procédure de contrôle des sentences était parfois devenue un outil de protectionnisme sous la pression de l'organe administratif. En même temps, faute d'expérience du traitement de l'arbitrage, les législateurs élaboraient des règles de contrôle de façon simpliste et ambiguë. Les juges possédaient donc une grande liberté pour les interpréter, ce qui leur permettait de rendre des décisions favorables aux entreprises locales²².

L'affaire de l'Usine de vêtements Dongfeng de la province du Henan en 1992 illustre l'impact du protectionnisme dans la procédure de contrôle. Un tribunal arbitral de *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (ci-après CIETAC) a rendu une sentence énonçant que la partie chinoise d'un contrat n'avait pas exécuté ses engagements et qu'elle devait payer des dommages-intérêts à la partie étrangère. Toutefois, la cour intermédiaire de Zhengzhou a refusé l'exécution de la sentence en présentant le motif suivant :

selon l'alinéa 2 de l'article 260 de la LPC (1991), dans le cas où la sentence arbitrale porte atteinte à l'intérêt économique d'Etat, l'intérêt public et l'ordre du commerce extérieur, l'exécution est refusée²³.

Cette décision a suscité des doutes sur l'impartialité de la cour intermédiaire de Zhengzhou et l'affaire a enfin été transférée à la Cour Suprême. Celle-ci a rejeté l'ordonnance de refus d'exécution de la sentence arbitrale. Depuis cette affaire, la Cour Suprême a réalisé la nécessité d'établir un mécanisme de contrôle pour encadrer le pouvoir des cours face aux sentences concernant les entreprises chinoises²⁴.

Sur le plan théorique, le système de rapport interne est également bien fondé. Bien que l'arbitre soit une personne privée, il porte une mission juridictionnelle qui lui permet de rendre obligatoires ses décisions. Sachant que la cour d'État est le seul organe judiciaire prévu pour régler les litiges, le pouvoir juridictionnel de l'arbitre est investi par la cour. Toutefois, le scepticisme a été la règle sur la qualité du résultat de l'arbitrage. Même si l'arbitre qualifié possède l'expertise dans les domaines spécifiques, il pourrait commettre des erreurs. De plus, la confidentialité dans l'arbitrage pourrait susciter la méfiance sur l'impartialité de la sentence. Certes, la publicité des instances arbitrales et des résultats aurait un impact négatif sur les parties en ce qui concerne la réputation et la protection du secret commercial. En vue de valoriser l'arbitrage, l'article 40 de la *Loi de*

²² Par exemple, dans le cas où une sentence était contraire à l'intérêt public, elle était annulée ou refusée d'être exécutée; en l'absence d'une notion claire, le juge pouvait se référer simplement à la protection de l'intérêt public pour nier l'effet de la sentence si elle était en défaveur d'une entreprise locale.

²³ Wei Shen, « Analyse sur le système du contrôle judiciaire de l'arbitrage : l'origine, l'évolution et les défauts » (2019) 34:1 *Forum juridique* 114 à la p 115.

²⁴ L'affaire de l'Usine des vêtements Dongfeng de la province du Henan est considérée comme la cause directe de l'établissement du système de rapport interne; Zhidong Chen et Wei Shen, « Les sources et l'application de la reconnaissance et l'exécution des sentences internationales de la Chine » (1997) 20:4 *Études juridiques* 46 à la p 48.

l'arbitrage prévoit qu'« à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est tenue à huis clos ». Toutefois dans la culture judiciaire chinoise, la surveillance de masse est devenue l'une des méthodes les plus importantes pour s'assurer que le déroulement de la procédure judiciaire soit conforme aux lois²⁵, tandis que l'opacité de la procédure arbitrale entraîne souvent des soupçons sur la justesse des résultats. Le contrôle effectué par les cours de plusieurs niveaux est donc accepté par le droit chinois.

2. LA PROMULGATION DU NOUVEAU RÈGLEMENT DU RAPPORT ET APPROBATION

Le système de rapport interne exige que la cour intermédiaire soumette son avis négatif sur l'exécution de la sentence ou la décision d'annulation à la cour de niveau supérieur, et l'ordonnance finale est émise après plusieurs délibérations. Évidemment, les règles du contrôle judiciaire portent atteinte à la rapidité de l'arbitrage, car les parties ne peuvent pas déterminer la nouvelle répartition de leurs droits après l'obtention de la sentence. Quant au délai du traitement de la sentence arbitrale internationale, la cour intermédiaire dispose de trente jours pour transférer l'affaire à la cour supérieure à compter du jour où elle est saisie et la cour supérieure la transfère à la Cour suprême en quinze jours²⁶. En matière de reconnaissance et d'exécution des sentences étrangères, le délai du transfert à la Cour suprême est de deux mois²⁷. Mais la Cour suprême n'impose aucune limite pour l'examen de telles décisions par elle-même. En pratique, la cour intermédiaire pourrait avoir la réponse finale de la Cour suprême après une durée de plusieurs années²⁸.

L'opacité est le deuxième défaut du système. Puisque la Cour suprême ne prévoit aucune règle explicite concernant le déroulement de la procédure de rapport interne, les parties intéressées n'ont aucun accès à l'avancement de leur procédure. De plus, la Cour suprême présente rarement ses motifs dans ses réponses et les parties ne peuvent pas donner leurs avis ni présenter leurs moyens devant les juges. Il semble que le résultat soit une décision autoritaire de la Cour suprême en raison de l'interdiction de participation des parties.

²⁵ Les deux documents, *l'Explication judiciaire sur la publication des jugements sur internet* et le *Règlement de l'enregistrement sonore et visuel des audiences*, promulgués respectivement en 2013 et en 2017 par la Cour suprême, rendent accessibles à tout le monde la procédure judiciaire; selon un article publié sur le site officiel de *China court* en 2014, la transparence de la justice présente un intérêt pour la surveillance efficace, car la réaction du peuple permet aux services de surveillance de connaître immédiatement les activités réelles judiciaires; Zhiqian Zhang, « Participation de toutes les parties : surveillance efficace de la justice » (21 novembre 2014), en ligne : *China Court* <<https://www.chinacourt.org/article/detail/2014/11/id/1489689.shtml>>.

²⁶ *Avis relatif à l'annulation des sentences internationales*, *supra* note 18.

²⁷ *Le Règlement concernant le frais et le délai du contrôle concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères*.

²⁸ Selon les données publiées concernant 220 affaires, les durées moyennes entre la soumission de la décision et la réception de la réponse de la Cour suprême sont respectivement de 800 jours en matière de reconnaissance et exécution des sentences étrangères, de 500 jours en matière d'annulation des sentences et de 100 jours en matière d'évaluation de la validité de la convention d'arbitrage; Wei Shen, *supra* note 23 à la p 119.

Le champ d'application du système de rapport interne est également critiqué par certains juristes, car la sentence interne est moins protégée en l'absence de contrôle de la Cour suprême et ils exigent « un traitement égal » pour toutes les sentences²⁹.

Il faut signaler que les critiques ne portent pas seulement sur le système de rapport interne, mais aussi sur la totalité du système de contrôle judiciaire. Par rapport à l'arbitrage interne, les critères du contrôle sur l'arbitrage international sont beaucoup moins stricts³⁰. L'argument principal des juristes qui soutiennent le monisme dans la législation arbitrale repose sur l'amélioration de la qualité des juges³¹. En réalisant que le traitement des affaires internationales concerne le statut de la Chine dans le monde et qu'un système équitable de justice est l'élément clé pour promouvoir l'échange avec les pays étrangers, la Chine adopte le dualisme dans la législation arbitrale en imposant des limites à l'étendue du contrôle des juges par crainte d'interventions injustifiées des cours dans la procédure arbitrale internationale. Toutefois, il semble que la Chine ait moins de soucis dans le domaine du procès civil et commercial international. Au début de la réforme politique, la cour intermédiaire était l'institution unique qui était saisie des affaires internationales en premier ressort. Or en constatant le cumul d'expérience des juges et la généralisation de l'éducation juridique, la Chine a étendu la compétence des cours de base³² aux litiges internationaux dans le domaine du procès civil et commercial³³. Autrement dit, une cour de base a assez de compétence pour rendre un jugement correct. Dans le même sens, il serait déraisonnable de penser que le contrôle judiciaire strict au même niveau que celui de l'arbitrage interne porte atteinte au développement de l'arbitrage international³⁴, et le dualisme ne s'adapte pas à la situation réelle chinoise. En tant que protection spéciale de la Cour Suprême pour l'arbitrage international, le système de rapport interne devrait être supprimé.

Au lieu d'écarter le système de rapport interne, la Cour Suprême a promulgué le *Règlement du rapport et approbation* en relevant le respect de l'autorité de l'arbitrage interne. Les sentences procèdent à l'examen de la cour supérieure si la cour intermédiaire donne un avis d'inexécution ou d'annulation. Lorsque les domiciles des

²⁹ Shengcui Zhang, « Amélioration du recours en annulation des sentences arbitrales en Chine » (2012) 14:1 *Journal de l'Université des finances et d'économies de Shanghai* 43 à la p 44; Peng Niu et Xiongyi Huang, « L'histoire, la situation actuelle et le futur du système de l'annulation et l'exequatur des sentences » (2018) 13:1 *Arbitrage à Wuhan* 102 à la p 103.

³⁰ En ce qui concerne l'arbitrage international, l'authenticité des preuves et le comportement injustifié (corruption, fraude, etc.) ne font pas l'objet du contrôle; *Loi sur l'arbitrage* en 2013, arts 70 et 71.

³¹ An Chen, « Commentaire du contrôle sur l'arbitrage international », (1995) 16:4 *Sciences sociales chinoise* 28 à la p 29.

³² Pour plus d'information sur les tribunaux chinois, voir Baikang Xu, « Panorama du droit chinois en vigueur » (1990) 42:3 *Revue internationale de droit comparé* 885 à la p 891.

³³ La cour intermédiaire est saisie en premier ressort encore des affaires internationales importantes; arts. 18 et 19 de la *LPC* du 9 avril 1991.

³⁴ Cet avis était présenté dans les années 1990; de nos jours, la Chine a construit un système de nomination des juges; dans les grandes villes, une personne est obligée d'avoir obtenu le diplôme de master de droit et d'avoir le certificat de qualification professionnelle juridique pour s'inscrire au concours administratif; si le candidat y réussit, il pourrait travailler comme assistant du juge; au bout de quelques années, il devrait passer un autre concours pour devenir juge; la qualité du juge chinois s'est considérablement améliorée au cours des deux dernières décennies.

parties ne sont pas dans la même province³⁵, ou si la cour intermédiaire présente un motif de violation de l'intérêt public, les sentences sont transférées à la Cour Suprême.

Ce nouveau règlement traite des sentences internes, des sentences internationales et des sentences étrangères d'une manière quasiment égalitaire, mais il ne résout pas le problème de l'opacité de la procédure. Un assistant de juge de la Cour Suprême propose de remplacer le contrôle de la Cour Suprême par l'appel limité, afin de permettre aux parties d'interjeter appel des décisions des cours intermédiaires qui font l'objet du transfert à celles de niveaux supérieurs. D'un côté, la juridiction supérieure réexaminerait les décisions des juges en consacrant une garantie à la validité des sentences arbitrales conformes aux lois. De l'autre côté, les parties pourraient communiquer leurs moyens de défense lors de l'audience³⁶.

B. Les réformes sur les procédures de recours

Au vu d'ambiguïtés et de défauts liés aux anciennes règles, la Cour Suprême a élaboré de nouveaux règlements autour de la coordination entre l'annulation et l'inexécution des sentences (1), la clarification des critères de refus d'exécution des sentences internes (2), la renonciation au droit de faire objection (3) et la protection de la validité de la convention d'arbitrage internationale (4). Néanmoins il existe encore un grand espace d'amélioration.

1. LA COORDINATION ENTRE L'ANNULATION ET L'INEXÉCUTION DES SENTENCES

La sentence étrangère ne peut faire l'objet que d'un recours d'*exequatur*. Néanmoins, la Chine a établi « le double recours » en matière de sentences rendues par les institutions arbitrales chinoises³⁷ depuis la *Loi sur l'arbitrage*, à travers lequel une partie peut demander l'annulation et le refus de l'exécution de la sentence. Évidemment, la justice d'État avait une forte méfiance envers l'arbitrage, et elle a renforcé le contrôle en laissant deux voies de recours aux parties. Toutefois, au fur et à mesure que les renvois à l'arbitrage s'accroissaient considérablement, les cours réalisèrent que les parties pouvaient abuser du double recours comme manœuvres dilatoires. Afin d'éviter les pertes causées par une sentence défavorable, la partie défavorisée avait tendance à user de tous les recours et elle pouvait invoquer

³⁵ Puisque chaque province se dote d'une cour supérieure, dans ce cas-là le domicile d'une partie n'est pas dans le ressort de la cour supérieure.

³⁶ Les sentences arbitrales ne sont pas susceptibles d'appel en Chine et l'appel proposé vise uniquement les décisions de refus d'exécution ou d'annulation par les cours intermédiaires; c'est pour cette raison que cet assistant le nomme « appel limité »; Ke Zhu, « L'évolution de rapport interne relatif au contrôle judiciaire des arbitrages internationaux » (2017) 38:6 *Journal des sciences juridiques* à la p 130.

³⁷ La Chine n'adopte pas le critère de la détermination de la sentence étrangère présenté par la *Convention de New York*, selon lequel une sentence étrangère est « rendue sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées », même si elle est une partie contractante.

le même motif devant les cours dans la procédure d'annulation et dans la procédure d'*exequatur*³⁸. En même temps, la charge des cours augmentait à cause du traitement des mêmes dossiers.

En vue de rectifier le double recours, la Cour suprême a ajouté une limitation sur le recours dans l'*Explication de la Loi de l'arbitrage* du 26 décembre 2006 : « la cour rejette la contestation contre l'exécution des sentences si la partie a déjà invoqué le même motif pour le recours d'annulation »³⁹. Toutefois, cette règle n'empêchait pas effectivement l'abus de deux recours ni réduisait la charge de travail des juges. À l'inverse, dans la pratique, la cour avait une nouvelle mission de déterminer si la partie avait seulement changé l'expression littéraire du motif pour contourner cette interdiction.

Une autre critique repose sur l'objectif original du double recours, qui aurait dû assurer l'équité de la décision des arbitres à travers deux contrôles. À priori, le premier contrôle porte sur les motifs avancés par la partie et le deuxième contrôle porte sur la décision issue du contrôle antérieur. Toutefois, selon ladite règle, la juridiction de la seconde cour n'examine plus les motifs invoqués dans la première procédure. Autrement dit, l'erreur du juge de premier recours ne serait pas rectifiée en dépit du double recours depuis 2006⁴⁰.

En suivant la règle susvisée, le *Règlement de l'exequatur des sentences* du 22 février 2018 (ci-après *Règlement de l'exequatur*) s'accroît sur la coordination entre les deux recours. Selon l'article 20, la cour rejette la demande d'annulation des sentences si la partie a déjà invoqué le même motif pour l'objection contre son exécution. De plus, la procédure d'*exequatur* est suspendue si la cour est saisie d'une demande d'annulation. Dans le cas où la sentence est annulée, la procédure d'*exequatur* est clôturée. À l'inverse, la procédure d'*exequatur* se poursuit. La primauté donnée à la procédure d'annulation pourrait éviter l'invocation du même motif par la partie dans les deux procédures effectuées en même temps. Toutefois, à condition qu'une partie ait le droit de faire référence à deux voies de recours, les nouvelles règles n'évitent pas les manœuvres dilatoires⁴¹.

³⁸ L'article 237 de la *LPC* (1991) dispose les motifs d'inexécution des sentences interne, qui sont similaires à ceux qui sont présentés dans l'article 58 de la *Loi de l'arbitrage* concernant l'annulation des sentences (voir *supra* note 16); en matière d'arbitrage international, l'article 260 énumère les motifs d'inexécution suivants : il n'existe aucune convention d'arbitrage dans le contrat ou les parties ne signent aucune convention après le litige; une partie ne reçoit pas la notification sur la désignation d'arbitre ou l'audience, ou une partie ne fait pas valoir ses droits; la constitution du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale n'est pas conforme aux règles procédurales énoncées par les lois; le litige ne fait pas l'objet de la convention d'arbitrage ou le tribunal arbitral statue sans compétence; la sentence est contraire à l'intérêt public; même après plusieurs modifications de la *LPC*, ces deux dispositions restent inchangées et sont applicables jusqu'à ce jour; selon l'article 70 de la *Loi sur l'arbitrage*, ces motifs sont également appliqués pour l'annulation des sentences internationales.

³⁹ *Explication de la Loi de l'arbitrage*, art 26.

⁴⁰ Ping Han, « Regard sur le double recours des sentences arbitrales » (2012) 4 *Études juridiques* à la p 61.

⁴¹ Étant donné que la partie pourrait former le recours en annulation et le recours d'*exequatur* en avançant des moyens différents, la validité de la sentence arbitrale serait remise en cause pendant une longue période.

2. LA CLARIFICATION DES CRITÈRES DE REFUS D'EXÉCUTION DES SENTENCES INTERNES

De façon antérieure à la promulgation du *Règlement du rapport et approbation*, les cours intermédiaires rendaient les décisions finales dans la procédure d'*exequatur* des sentences internes. À défaut de contrôle par un organe unique, chaque cour pouvait donner sa propre interprétation sur les critères d'*exequatur*. Le *Règlement d'exequatur* interprète les circonstances du refus d'exécution établies par la LPC⁴² afin d'encadrer les pratiques des cours locales.

L'article 13 du *Règlement d'exequatur* énumère les quatre situations d'incompétence suivantes : la sentence porte sur un différend hors de la portée de la convention d'arbitrage; d'après la loi ou le règlement d'arbitrage, le différend ne peut pas être soumis à l'arbitrage; la chose jugée dans la sentence est exclue de la demande d'arbitrage; l'institution d'arbitrage qui prononce la sentence n'est pas celle désignée par la convention d'arbitrage.

Les articles 15 et 16 du *Règlement d'exequatur* visent à préciser les pré-conditions de détermination des actes concernant la preuve. Selon l'article 15, la détermination de fausse preuve dépend de trois éléments : la preuve est retenue par le tribunal arbitral; la preuve est fondamentale pour la constatation des faits; la preuve est constituée d'une manière illégale. Quant à l'évaluation de la dissimulation de preuve, à part l'effet décisif de la preuve dans la sentence, la cour doit aussi vérifier le fait qu'une partie qui obtient cette preuve ne la présente au tribunal arbitral ou qu'elle refuse la demande de présentation de son adversaire ou du tribunal arbitral sans aucun motif légitime⁴³.

Outre l'interprétation sur les dispositions dans la LPC, le *Règlement d'exequatur* accorde le droit de faire opposition à un tiers qui voudrait faire grief à la sentence. Les dispositions visent également à sanctionner les faux arbitrages, qui permettent aux parties d'obtenir des intérêts illicites par des moyens légaux.

Afin d'éviter l'abus de ce droit, le *Règlement* énumère plusieurs conditions: le droit que le tiers fait valoir est légal et réel; il existe une collusion entre les deux parties à l'arbitrage et elles faussent les faits; il y a des erreurs dans la sentence visée, qui portent atteinte à l'intérêt légal du tiers. Compte tenu de la célérité de l'arbitrage, le *Règlement* exige que le tiers présente la contestation dans un délai de trente jours à compter du jour où elle devrait prendre connaissance de la décision d'exécution.

3. LA RENONCIATION AU DROIT DE FAIRE L'OBJECTION

L'article 27 de l'*Explication de la Loi de l'arbitrage* en 2006 prévoit que la cour rejette la demande d'annulation ou d'inexécution de la sentence sous le motif d'invalidité de la convention d'arbitrage si le demandeur ne formule pas cette objection au cours de la procédure arbitrale.

⁴² Les conditions du refus d'exécution prévues par l'article 237 de la LPC en 2017 sont identiques à celles de l'annulation de sentence arbitrale dans la *Loi sur l'arbitrage*, *supra* note 16.

⁴³ *Règlement d'exequatur*, art 16.

Selon cette disposition, la nullité de la convention d'arbitrage est annulable par l'adhésion ultérieure des parties. Or les parties peuvent encore former des recours devant les cours sous d'autres motifs même si elles ne les ont pas fait valoir auparavant.

Le *Règlement d'exequatur* comble le vide en précisant que :

en dépit de l'indication spéciale de règlement d'arbitrage appliqué, et sachant la non-conformité de la procédure arbitrale au règlement d'arbitrage et aux lois, si la partie ne la relève pas au cours de la procédure d'arbitrage, elle n'aura plus le droit de recourir à la justice pour le refus d'exécution sous le même motif⁴⁴.

Néanmoins, par rapport aux règles internationales⁴⁵, la nouvelle disposition présente encore trois différences.

Premièrement, selon la règle chinoise, « l'indication spéciale des règles de l'arbitrage appliquées » constitue la pré-condition d'application de la renonciation au droit de faire l'objection, mais le *Règlement* ne donne pas plus de détails. Les juges de la Cour suprême qui se sont engagés dans la réglementation ont donné leur explication. En cas de clause d'arbitrage prévoyant le règlement d'arbitrage dans un contrat type rédigé par une partie, l'autre partie pourrait ignorer les dispositions concernant la procédure d'arbitrage et l'ajout de la pré-condition de l'indication spéciale pourrait éviter le désaccord sur la désignation commune du règlement d'arbitrage⁴⁶. Toutefois, en l'absence de critères précis, la détermination de « l'indication spéciale » pourrait également entraîner le débat.

Deuxièmement, le législateur du *Règlement d'exequatur* n'impose aucun délai de formulation des motifs. Selon l'article 13 de l'*Explication de la Loi sur l'arbitrage* en 2006, la partie est obligée de formuler l'objection sur la validité de la convention d'arbitrage avant la première audience d'arbitrage. Alors la question se pose de savoir si la partie est obligée de respecter cet article lorsqu'elle avance d'autres motifs que la nullité de la convention au tribunal arbitral pour conserver le droit de former le recours.

Troisièmement, le *Règlement d'exequatur* empêche les parties de se contredire. Toutefois, il s'applique seulement dans la procédure d'*exequatur* et les parties peuvent donc contourner cette règle en introduisant la demande d'annulation. Son effet se réduit à cause de la limitation du champ d'application⁴⁷.

⁴⁴ *Règlement d'exequatur*, art 14.

⁴⁵ L'article 4 de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* (Doc off CNUDCI, Doc A/40/17, annexe I, 21 juin 1985 [*Loi type de la CNUDCI*]) prévoit que : « Est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection toute partie qui, bien qu'elle sache que l'une des dispositions de la présente Loi auxquelles les parties peuvent déroger, ou toute condition énoncée dans la convention d'arbitrage, n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage sans formuler d'objection promptement ou, s'il est prévu un délai à cet effet, dans ledit délai ».

⁴⁶ Guixiang Liu, Xiang Meng, Dongning He et Ying Lin, « La doctrine et l'application du Règlement relatif à l'exécution des sentences arbitrales » (2018) 44:13 *Justice du peuple* à la p 43.

⁴⁷ Même s'il y a des cours qui ont déjà appliqué les règles de la renonciation au droit de faire l'objection dans le domaine de la procédure d'annulation, on ne trouve aucun fondement juridique; Peng Niu et Xiongyi Huang, *supra* note 29 à la p 97.

4. LA PROTECTION DE LA VALIDITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE INTERNATIONALE

L'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal est établie par la *Loi de l'arbitrage*⁴⁸, cependant elle ne prévoit aucune méthode pour déterminer la loi appliquée à la convention d'arbitrage. Au vu de cette lacune, le *Règlement de contrôle judiciaire* publié par la Cour Suprême le 26 décembre 2017 fournit les indications aux juges selon les différentes circonstances.

Étant donné que l'arbitrage repose sur la volonté des parties, les cours déterminent la validité de la convention d'arbitrage selon la loi appliquée à la convention d'arbitrage si elle est choisie par les parties. Le *Règlement de contrôle judiciaire* exige une volonté explicite et le choix de la loi appliquée au contrat n'est pas retenu par les cours⁴⁹.

En l'absence d'un choix direct des parties, la loi du siège de l'institution d'arbitrage ou du siège de l'arbitrage est appliquée à la convention d'arbitrage⁵⁰. Dans le cas où l'institution d'arbitrage et le siège de l'arbitrage ne sont pas indiqués dans la convention, la cour fait référence au règlement d'arbitrage convenu par les parties pour déterminer ces deux éléments⁵¹. Toutefois, la cour ne parvient pas toujours à la même conclusion concernant la validité de la convention d'arbitrage en suivant respectivement les lois de deux sièges différents. Sous la direction *de in favorem validitatis*, le *Règlement du contrôle judiciaire* précise que la loi qui retient la validité de la convention serait appliquée⁵².

II. Introduction de l'arbitrage ad hoc dans les zones franches

L'arbitrage institutionnel et l'arbitrage ad hoc sont tous couverts par la *Convention de New York* de 1958⁵³. Lors de la ratification, la Chine n'a émis aucune réserve. Cela signifie que la Chine reconnaît les sentences étrangères de l'arbitrage ad hoc. Toutefois, jusqu'en 1995 la Cour Suprême a affirmé dans une réponse à la Cour supérieure de la province de Canton que la convention d'arbitrage était reconnue lorsque les parties ont fait référence à l'arbitrage ad hoc ou à l'organe non permanent d'arbitrage⁵⁴. Sachant que cette réponse vise seulement la situation d'une affaire spécifique, la Cour suprême a rendu publique une *Notification* en 2009, selon laquelle

⁴⁸ L'article 19 dispose que : « la convention d'arbitrage est indépendante. Sa validité n'est pas affectée par la modification, la résiliation, la résolution et la nullité du contrat principal ».

⁴⁹ *Règlement du contrôle judiciaire*, art 13.

⁵⁰ *Loi concernant la loi appliquée à la relation civile internationale du 28 octobre 2010*, art 18.

⁵¹ *Règlement du contrôle judiciaire*, art 15.

⁵² *Règlement du contrôle judiciaire*, art 14.

⁵³ L'article 2 dispose que : « On entend par " sentences arbitrales " non seulement les sentences rendues par des arbitres nommés pour des cas déterminés, mais également celles qui sont rendues par des organes d'arbitrage permanents auxquels les parties se sont soumises ».

⁵⁴ La réponse de la Cour suprême relative à la validité de la convention d'arbitrage insérée dans le connaissance du litige : Cour Suprême Populaire Chinoise, *Productive Materials Corporation of Fujian Province v Jinge Shipping Ltd. Co*, 20 octobre 1995, Fahan 1995, n°135.

les sentences rendues dans le cadre de l'arbitrage ad hoc à Hong Kong pourraient être exécutées en Chine continentale⁵⁵. En 2015 la Cour suprême a donné une disposition générale de la reconnaissance de l'arbitrage ad hoc sans mentionner spécifiquement le siège de l'arbitrage⁵⁶.

Contrairement à l'arbitrage ad hoc à l'étranger, l'arbitrage ad hoc en Chine continentale n'a jamais été reconnu jusqu'à l'entrée en vigueur de l'*Avis de la protection juridique pour les zones franches* du 30 décembre 2016 (ci-après *Avis*), dont l'article 9 reconnaît l'arbitrage ad hoc entre les entreprises inscrites dans les zones franches

si les parties ont convenues de soumettre le litige aux personnes spécifiques pour le recours à l'arbitrage à un endroit spécifique en Chine continentale en respectant le règlement d'arbitrage spécifique.

Néanmoins cet article exige un grand degré de précision pour la convention d'arbitrage ad hoc (A), ce qui est défavorable à son développement. De plus, un seul article n'est pas suffisant pour réglementer l'arbitrage ad hoc en Chine, et certains juristes chinois cherchent un modèle approprié de l'élaboration des règles de l'arbitrage ad hoc (B).

A. Les discussions autour de la règle unique sur l'arbitrage ad hoc

La nouvelle règle encadre l'arbitrage ad hoc en adoptant un « endroit spécifique » (1), des « personnes spécifiques » (2) et le « règlement d'arbitrage spécifique » (3). Toutefois, en cas d'arbitrage ad hoc, les parties n'indiquent pas souvent clairement les éléments relatifs à la procédure et le droit d'État devrait assister au bon déroulement de l'arbitrage. Cette règle est donc contraire à l'objectif des législateurs de promouvoir la diversité des modes de règlement des différends dans les zones franches.

1. LE SIÈGE DE L'ARBITRAGE

Même si la Chine n'utilise pas « le siège de l'arbitrage » dans la disposition susvisée, il est évident que le lieu précis de l'arbitrage est indispensable pour la convention d'arbitrage. Le siège de l'arbitrage n'a pas seulement un sens géographique, mais aussi une importance juridique. Il pourrait avoir un lien avec le for de l'arbitrage, l'application des règles procédurales et celles de l'annulation, etc. Compte tenu du fait qu'il convient d'éviter les différends potentiels résultant du siège de l'arbitrage, la Chine exige une indication claire du lieu. Néanmoins, afin de promouvoir l'arbitrage, la *Loi-type de la CNUDCI* considère la détermination du siège de l'arbitrage dans la convention

⁵⁵ Cour Suprême Populaire Chinoise, "Avis de la Cour Suprême Populaire Chinoise relatif à l'exécution des sentences arbitrales Hongkongaises en Chine continentale" Fa n°415, 30 décembre 2009.

⁵⁶ Selon l'article 545 de l'*Explication de la LPC* du 30 janvier 2015, lorsqu'une partie demande la reconnaissance et l'exécution d'une sentence rendue par un arbitrage ad hoc sur un territoire autre que la Chine, la cour la traite dans le cadre de la convention internationale ou du principe de la réciprocité.

d'arbitrage comme le droit des parties plutôt que l'obligation⁵⁷. Sous la disposition chinoise, la dépense de recours à l'arbitrage est donc plus lourde.

De surcroît, en l'absence d'illustration d'un « endroit spécifique », l'exigence du siège de l'arbitrage ne peut pas mettre fin à un différend. Puisque l'*Avis* n'exige pas le choix d'un endroit dans la zone franche, les parties peuvent désigner un lieu en Chine. Toutefois si les parties ne font que le choix de l'arbitrage en Chine sans aucune précision, la question se pose de savoir si la validité de la convention d'arbitrage sera retenue par la cour. Étant donné que l'objectif de l'*Avis* est d'introduire et de promouvoir la popularité de l'arbitrage ad hoc en matière de commerce international, le tribunal arbitral devrait s'attribuer le pouvoir de la détermination du siège de l'arbitrage dès que les parties ont la volonté du recours à l'arbitrage⁵⁸.

2. LE RÈGLEMENT D'ARBITRAGE

Le règlement d'arbitrage traite les pratiques d'arbitrage, y compris la saisine, les frais, les droits et les obligations des parties, etc. En cas d'arbitrage institutionnel, le règlement d'arbitrage fourni par l'institution désignée est appliqué. À défaut de l'institution d'arbitrage spécifiée, les parties devraient aussi avoir une série de règles pour mener la procédure. Sachant qu'elles ont tendance à faire référence aux conventions internationales et aux règlements des institutions d'arbitrage, la Chine reconnaît leur validité dans l'arbitrage ad hoc à l'étranger⁵⁹. Au vu de l'exigence du règlement d'arbitrage spécifique dans l'*Avis*, certaines organisations commencent à publier des règlements d'arbitrage spéciaux pour faciliter le recours à l'arbitrage ad hoc en Chine⁶⁰. Toutefois l'*Avis* ne dispose d'aucune règle lorsque les parties ne prévoient pas de règlement d'arbitrage dans la convention. En revanche, les législations internationales et étrangères attribuent le pouvoir au tribunal arbitral de sélectionner le règlement approprié⁶¹. Il est évident que la législation future sur l'arbitrage ad hoc va s'approcher des pratiques étrangères⁶².

⁵⁷ L'article 20 prévoit que : « Les parties sont libres de décider du siège de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties »; en outre, une grande majorité des droits n'imposent pas le critère relatif au siège de l'arbitrage en déterminant la validité de la convention d'arbitrage.

⁵⁸ Shengcui Zhang et Zhijun Fu, « Recherche sur l'innovation de l'arbitrage ad hoc des zones franches » (2019) 21:2 *Journal de l'Université des finances de Shanghai* 140 à la p 143.

⁵⁹ Par exemple, la cour intermédiaire de Shanghai a reconnu et exécuté une sentence rendue par un tribunal ad hoc selon le *Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*; Yaya Zhang, « L'effet de la délocalisation d'arbitrage sur le choix du siège de l'arbitrage » (2008) 5:4 *Recherche de l'arbitrage* 30 à la p 31.

⁶⁰ La Commission d'arbitrage de la ville de Zhuhai a publié le *Règlement d'arbitrage ad hoc de la Zone franche de Hengqin* le 14 avril 2017; la Fédération d'arbitrage a ensuite également rendu public le *Règlement d'arbitrage ad hoc* sur le web.

⁶¹ Par exemple, en vertu de l'article 19 de la *Loi type de la CNUDCI*, faute d'une convention de la procédure à suivre par le tribunal arbitral, le tribunal peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié; l'article 19 de l'*Ordonnance de l'arbitrage de Hong Kong* accorde le pouvoir au tribunal arbitral de trancher le litige en suivant la procédure qu'il considère comme appropriée.

⁶² Les législations étrangères et internationales seraient les sources importantes pour la Chine à partir desquelles elle pourrait élaborer ses propres règles d'arbitrage ad hoc; selon certains juristes, puisque la

3. LES PERSONNES SPÉCIFIQUES

« Arbitration is only as good as the arbitrator », un bon arbitre donne toute la valeur à la sentence arbitrale. Le droit chinois et les règlements d'arbitrage attachent une grande valeur à la qualité des arbitres. En matière d'arbitrage institutionnel, les arbitres nommés doivent satisfaire aux critères de la *Loi sur l'arbitrage*⁶³.

Il est hors de question que les parties puissent nommer des arbitres ad hoc dont la qualité n'est pas conforme à la *Loi sur l'arbitrage*. Toutefois, la question se pose à propos de la qualification des personnes non conforme aux critères d'arbitre ci-dessus dans l'arbitrage ad hoc.

Par rapport aux droits étrangers, les exigences de la *Loi sur l'arbitrage* sont les plus strictes⁶⁴ et il semble que la qualité des sentences rendues par les arbitres qualifiés soit rassurante. Mais l'on constate que les institutions d'arbitrage excluent des arbitres en raison de la non-conformité de leurs conduites à l'équité⁶⁵. D'après une étude empirique, un certain nombre d'arbitres qualifiés ont avoué qu'ils avaient la tendance à rester favorable aux parties qui les avaient désignés tout au long de l'instance⁶⁶. Les pratiques montrent pleinement que la compétence professionnelle des arbitres ne signifie pas nécessairement l'impartialité de la sentence.

Il faut souligner le fait que les personnes qui ne satisfont pas aux critères prévus par la *Loi de l'arbitrage* pourraient aussi avoir une réputation⁶⁷ et des connaissances requises. Il serait déraisonnable d'établir simplement les normes fixes

Loi type de la CNUDCI est déjà suivie par la législation d'un grand nombre de pays, la Chine devrait également la respecter pour s'intégrer dans le monde de l'arbitrage; au lieu de suivre un exemple seul, les autres juristes relèvent que la Chine devrait faire une comparaison entre les législations des pays occidentaux et sélectionner les règles les plus appropriées; Kepeng Zhu et Kai Da, « Commentaire sur la CNUDCI » (1996) 33:5 *Journal de l'Université de Wuhan* à la p 21; Shengcui Zhang et Zhijun Fu, *supra* note 58 aux pp 150–151.

⁶³ Selon l'article 13, un arbitre est une personne juste et honnête, et il doit satisfaire à un critère : (1) une expérience de travail relatif à l'arbitrage de 8 ans minimum; (2) une expérience d'avocat de 8 ans minimum; (3) une expérience de juge de 8 ans minimum; (4) professeur, vice-professeur ou chercheur en droit; (5) professeur ou vice-professeur en économie ou commerce ayant les connaissances juridiques ou une personne ayant le niveau équivalent.

⁶⁴ Par exemple, selon l'article 1450 du Code de procédure civile (France), un arbitre devrait être « une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits » en matière d'arbitrage interne et cette restriction ne s'applique pas dans l'arbitrage international; à part de l'exercice de plein de droit, l'article 812 du Code de procédure civile (Italie) exclut les « bankrupts and persons barred from public offices »; la *Loi sur l'arbitrage de Taïwan* impose des critères de carrière d'arbitre nommé, néanmoins ils restent plus laxistes que ceux prévus dans la *Loi sur l'arbitrage chinois*.

⁶⁵ Selon l'information publiée par la Commission d'arbitrage de la ville de Tianjin, elle a récusé un arbitre pour avoir eu un contact illicite avec un conseiller d'une partie; Kai Xiao, « La déontologie et la responsabilité des arbitres dans l'affaire Fushile » (2006) 29:10 *Études juridiques chinoises* 28 à la p 29.

⁶⁶ Faqiang Yuan, Xuan Liu, Weilong Deng et Meiwen Wang, « Le rapport sur le fonctionnement des institutions d'arbitrage chinoises : le chemin du développement des institutions d'arbitrage » (2010) 7:1 *Arbitrage de Pékin* à la p 140.

⁶⁷ Selon une étude menée par le vice-secrétaire actuel de l'Association chinoise du droit de l'arbitrage, les personnes qui bénéficient d'une bonne réputation sont davantage susceptibles d'être nommées arbitres que les autres; Jian Chen, *Le statut des arbitres dans l'économie de marché*, Thèse, Beijing, Université de l'économie et du commerce extérieur, 2007 aux pp 8–9.

pour déterminer la qualification d'un arbitre⁶⁸. Étant donné que la plupart des entreprises inscrites dans les zones franches se sont dotées de services juridiques, qui doivent connaître le niveau réel des personnes dans un certain secteur, il faut leur faire confiance lorsqu'il s'agit de nommer les arbitres compétents. Par contre, les critères supplémentaires imposés par la loi portent atteinte à la liberté des parties et ils pourraient les décourager de recourir à l'arbitrage ad hoc.

De plus, les dispositions dans la *Loi sur l'arbitrage* relatives à la qualification d'arbitre s'appliquent uniquement aux citoyens chinois, tandis que le droit chinois ne prévoit aucun critère d'expérience pour les étrangers nommés arbitres en Chine. Il est convenu que les juristes chinois sont aussi capables de trancher les litiges que les arbitres étrangers et le traitement différencié de nomination d'arbitres entraînerait le mécontentement du milieu de l'arbitrage chinois.

Par rapport aux droits étrangers, l'*Avis* impose plus de responsabilités aux parties en leur demandant de se mettre d'accord sur les arbitres qualifiés. En revanche, il ne prévoit aucune assistance de la justice étatique. Selon certains juristes, en vue de respecter la volonté de recours à l'arbitrage, la cour devrait intervenir en procédant à la désignation des arbitres en l'absence de nomination des personnes appropriées par les parties⁶⁹.

B. Le modèle d'élaboration des règles de l'arbitrage ad hoc

Selon l'article 8 de la *Loi sur la législation*, la réglementation du domaine de l'arbitrage relève de la compétence législative du Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale de Chine (ci-après Comité permanent) et les règles de l'arbitrage ad hoc devraient donc être élaborées par le Comité permanent. Sachant que la *Loi sur l'arbitrage* a été promulguée il y a une vingtaine d'années et qu'elle ne s'adapte pas au besoin d'accroissement des échanges extérieurs, le Comité permanent a mentionné le droit de l'arbitrage dans le *Plan de législation*⁷⁰. Toutefois, par crainte des risques inconnus de l'arbitrage ad hoc, il est hasardeux pour la Chine d'étendre l'arbitrage ad hoc da toute la Chine et pour toutes les parties dans la nouvelle *Loi sur l'arbitrage*. Quant à l'arbitrage ad hoc dans les zones franches, il est peu probable qu'une loi spéciale soit adoptée en raison des missions saturées du Comité permanent⁷¹.

⁶⁸ Yunlai Chen, « Les défauts des règles de l'arbitrage en matière d'assurance dans le secteur de l'agriculture et les solutions législatives » (2010) 30:2 Journal de l'Université centrale des finances à la p 83.

⁶⁹ Beiping Chu et Qiang Shi, « L'établissement de l'arbitrage ad hoc dans les zones franches » (2019) 41:1 Sciences sociales à la p 111; Shengcui Zhang et Zhijun Fu, *supra* note 58 à la p 146.

⁷⁰ Selon le *Plan de législation* publié par le Comité permanent de la XXIII^e assemblée populaire nationale de Chine, le projet de la nouvelle *Loi de l'arbitrage* sera soumis à l'examen lorsque les conditions seront remplies.

⁷¹ Le *Plan de législation* établit trois catégories de projet de loi; la première catégorie désigne les projets qui seront soumis à l'examen durant le mandat du Comité permanent actuel; la législation de l'arbitrage est mise dans la deuxième catégorie, et elle n'a aucune priorité par rapport aux sujets dans la catégorie mentionnée ci-dessus.

Afin d'établir un environnement favorable au commerce international dans les zones franches, le Comité permanent pourrait attribuer le pouvoir d'élaborer les règlements administratifs au Conseil des affaires d'État selon les besoins⁷². Toutefois, il vise les sujets administratifs plutôt que les sujets en matière commerciale, ce qui ne peut pas résoudre les problèmes liés à l'instance arbitrale⁷³. En même temps, compte tenu du coût d'élaboration des règles, il est plus approprié pour la Cour Suprême de combler le vide en rendant de nombreuses explications judiciaires.

En vue de résoudre le dilemme, certains juristes proposent de faire référence à l'article 74 de la *Loi sur la législation*, qui dispose que :

les Assemblées locales et leurs Comités permanents du lieu où se trouvent les zones économiques spéciales peuvent élaborer les lois qui sont exécutées dans ces zones⁷⁴.

Par rapport à la législation nationale, l'élaboration locale est plus flexible, ce qui permet aux organes locaux d'adopter les règles correspondant à la situation de chaque région.

Or les zones économiques spéciales étaient créées à titre expérimental pour la réforme économique, avec l'objectif de trouver la voie appropriée vers l'économie de marché, tandis que les zones franches sont inaugurées en tant que zone portuaire libre, avec une série de règles spéciales allégeant les barrières, telles que la réduction des formalités administratives et l'annulation de quota des produits importés, en vue d'attirer les capitaux étrangers. La zone économique spéciale et la zone franche sont deux entités différentes, et l'article 74 ne s'applique pas à la législation sur les zones franches⁷⁵. Afin d'encadrer l'arbitrage ad hoc, il est souhaitable que l'Assemblée populaire nationale de la Chine et le Comité permanent élargissent le champ de la zone économique spéciale à la zone franche, de telle sorte que les organes locaux élaborent les règles adaptées à l'arbitrage ad hoc et écartent les dispositions inappropriées dans la *Loi sur l'arbitrage*.

En outre, selon l'article 98 de la *Loi sur la législation*, les assemblées et les comités permanents peuvent adopter les lois locales sans autorisation, à condition qu'ils les soumettent au Comité permanent et au Conseil des affaires d'État dans un délai de trente jours à compter de la publication⁷⁶ et les lois sont valides si elles ne

⁷² *Loi sur la législation*, art 9.

⁷³ Le Comité permanent a rendu publiques les décisions relatives au transfert de pouvoir d'ajuster les objets visés par l'approbation administrative au Conseil des affaires d'État dans les zones franches de Shanghai, Tianjin, Fujian et Canton.

⁷⁴ Meng Li, « Le transfert du pouvoir législatif dans les zones franches » (2017) 2 *Journal de l'institut des sciences politiques et juridiques de la province de Gansu*; Dujuan Yuan, « L'arbitrage dans la zone franche de Shanghai », (2014) 9 *Études juridiques*.

⁷⁵ La *Loi sur la législation* a été promulguée en 2000, tandis que la première zone franche a été en Chine en 2013; donc cette loi ne vise pas les zones franches.

⁷⁶ Les assemblées locales et les comités permanents ont déjà adopté plusieurs documents législatifs, tels que le *Règlement de la Zone franche de Shanghai* et le *Règlement de la Zone franche de Tianjin*.

sont pas annulées par le Comité permanent⁷⁷. Les organes locaux pourraient donc suivre cette voie en adoptant les règles relatives à l'arbitrage ad hoc dans les zones franches.

Depuis longtemps l'arbitrage est considéré comme la justice étrangère et la conformité aux lois était la priorité dans les procédures des recours. En revanche, l'assistance de la justice étatique, qui est indispensable au succès grandissant de l'arbitrage, est rarement mentionnée. Avec le développement de la théorie de l'arbitrage et les besoins d'attirer les investissements étrangers, la Chine réalise le rapport de complémentarité entre la justice arbitrale et la justice étatique. Les nouvelles règles promulguées par la Cour suprême jouent un rôle positif dans la modernisation du droit de l'arbitrage. Néanmoins, ces règles sont appliquées dans le cadre de la *Loi sur l'arbitrage*, qui est issue de connaissances de l'arbitrage inadaptées au développement du commerce chinois, et la plupart des problèmes ne sont pas encore résolus. En ce sens, un système idéal de l'arbitrage dépend de la nouvelle législation de l'arbitrage de base.

⁷⁷ *Loi sur la législation*, art 97.

**LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, *LES 3 COURS
RÉGIONALES DES DROITS DE L'HOMME* IN CONTEXT. *LA
JUSTICE QUI N'ALLAIT PAS DE SOI*, PARIS, ÉDITIONS
PEDONE, 2020**

*Silviana Cocan**

« La Justice des droits de l'homme est singulière »¹. En effet, elle s'inscrit dans une tension palpable entre d'une part, « l'éternelle raison d'État » et l'« irréductible souveraineté »² et d'autre part, la sophistication normative et la mise en place de mécanismes juridictionnels de protection particulièrement complexes découlant de la volonté première des États. En ayant accepté d'accorder la fonction de juger à des institutions supranationales, les États ont ainsi contribué à la juridictionnalisation régionale des droits de la personne avec les « singularités inhérentes à la fonction judiciaire »³.

L'ouvrage *Les 3 cours régionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi* a pour objet l'étude contextualisée des trois systèmes régionaux institués par la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁴ (*Convention européenne*), la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*⁵ (*Convention américaine*) et la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*⁶ (*Charte africaine*), complétée par le *Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*⁷. Il s'agit d'une monographie de Laurence Burgorgue-Larsen qui est professeure de droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et membre de l'Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS). Auteure et directrice de nombreux ouvrages et contributions doctrinales portant notamment sur l'analyse des rapports entre systèmes, sur les droits européen et interaméricain des droits de l'homme, sur le droit comparé ou sur la protection des droits

* Silviana Cocan est docteure en droit de l'Université de Bordeaux et de l'Université Laval. Elle est chargée de cours et chercheuse postdoctorale à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, bénéficiaire d'une bourse Mitacs Élévation (2020-2022).

¹ Laurence Burgorgue-Larsen, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Éditions A. Pedone, 2020 à la p 13.

² *Ibid* aux pp 13-14. L'auteure mentionne que l'expression « irréductible souveraineté » a été employée par le professeur Alain Pellet dans le cadre d'un recueil regroupant plusieurs de ses analyses : Alain Pellet, *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, Éditions A Pedone, 2014.

³ Burgorgue-Larsen, *supra* note 1 aux pp 13-14.

⁴ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953).

⁵ *Convention américaine relative aux droits de l'homme* : « Pacte de San José de Costa Rica », 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123 (entrée en vigueur : 27 août 1979).

⁶ *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, 1520 RTNU 217 (entrée en vigueur : 21 octobre 1986).

⁷ *Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, 10 juin 1998 (entrée en vigueur : 25 janvier 2004), en ligne : [Union Africaine <au.int/en/treaties/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-establishment-african-court-human-and>](http://Union.Africaine<au.int/en/treaties/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-establishment-african-court-human-and>).

fondamentaux à l'échelle constitutionnelle et internationale, elle a également été juge du Tribunal constitutionnel d'Andorre (2012-2019) et y a exercé les fonctions de présidente (2014-2016).

Cet ouvrage a pour objectif de procéder à l'analyse comparative des trois systèmes régionaux de protection des droits de la personne qui sont juridiquement effectifs à travers la mise en œuvre de la responsabilité internationale des États⁸. Il prend appui sur « le droit et ses spécificités techniques » mais intègre aussi des « éléments historiques et de sociologie judiciaire » afin de « sortir du formalisme juridique asséchant; s'emparer des contraintes politiques, voire géopolitiques qui se développent en permanence sur les trois continents »⁹. En effet, la professeure Burgorgue-Larsen souligne que « [l]e droit est pétri par la politique; le droit international sans doute plus que tout autre »¹⁰. Face à ce constat, l'auteure aborde successivement trois thématiques – l'évolution institutionnelle des trois systèmes régionaux de protection, l'interprétation de leur texte de référence et les conséquences en termes d'application – guidées par une problématique centrale qui vise à déterminer « de quelle manière la Souveraineté des États s'est-elle conjugée avec l'obligation de protéger la Majesté des Droits »¹¹.

Dans un chapitre préliminaire, l'auteure envisage la « singulière justice » des droits de l'homme à travers l'histoire de la création des trois systèmes régionaux de protection en montrant qu'elle résulte des interactions entre plusieurs facteurs complexes, comme le traumatisme de l'idéologie nazie et la volonté d'endiguer l'expansion du communisme en Europe; la prédominance du principe de non-intervention face à la montée des régimes présidentiels autoritaires dans les Amériques; dans le contexte de la décolonisation, la magnification de la souveraineté par de jeunes États indépendants en Afrique. Ainsi, la géopolitique¹² et la diplomatie juridique¹³ propre à chaque continent¹⁴, ont influencé la création des systèmes régionaux en façonnant leurs spécificités. Toutefois, ces systèmes partagent « des éléments matériels et des questionnements communs indiscutables »¹⁵, notamment au regard des mécanismes juridictionnels qui reposent sur le principe de subsidiarité, l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes ou la permanence étatique¹⁶.

Dans le cadre du premier titre qui envisage l'évolution des systèmes, le premier chapitre est l'occasion pour l'auteure de rappeler que l'efficacité des trois systèmes régionaux est difficile, car elle est toujours influencée par « la politique juridique extérieure

⁸ Burgorgue-Larsen, *supra* note 1 à la p 18.

⁹ *Ibid* à la p 21.

¹⁰ *Ibid*.

¹¹ *Ibid* à la p 22.

¹² *Ibid*. Pour l'Europe, voir aux pp 24–30; pour les Amériques, voir aux pp 30–35; pour l'Afrique, voir aux pp 35–42.

¹³ *Ibid*. Voir l'influence de personnages clés comme Pierre-Henri Teitgen en Europe aux pp 46–52; ou Kéba Mbaye en Afrique aux pp 52–56; l'influence d'institutions telles que le Comité juridique interaméricain dans les Amériques aux pp 57–62; ou la Commission Internationale de Juristes en Afrique aux pp 62–71.

¹⁴ *Ibid* à la p 23.

¹⁵ *Ibid* à la p 19.

¹⁶ *Ibid* à la p 75.

des États », entendue comme la poursuite par les États d'une politique, dans l'ordre international, par le droit¹⁷. Dans ce contexte, la professeure Burgorgue-Larsen constate que « [s]i la justice si singulière des droits de l'homme ne va pas de soi, c'est que rien n'est jamais acquis »¹⁸. L'engagement individuel des États n'est pas conditionné par la négociation collective d'un instrument de protection et « [r]ester hors du jeu juridique peut parfaitement être une stratégie politique »¹⁹. Par ailleurs, au-delà des défis qui découlent de la complexification de l'architecture institutionnelle et des mécanismes juridictionnels des systèmes de protection²⁰, l'« irréductible souveraineté » des États leur permet de dénoncer leurs engagements internationaux et la compétence des organes de contrôle auxquels ils ont accepté initialement de se soumettre : « [f]aire et défaire, tel est leur pouvoir souverain. Le jeu du consensualisme ne disparaît point dans l'univers humaniste »²¹.

Le deuxième chapitre permet à l'auteure d'aborder la légitimité des systèmes régionaux qu'elle décide d'analyser sous l'angle des droits protégés que les États ont inclus dans les catalogues initiaux ou qu'ils ont fait le choix d'ajouter au fur et à mesure de l'évolution du système²². L'amplification du catalogue des droits s'inscrit dans un approfondissement normatif par l'adoption de protocoles additionnels ou de nouvelles conventions spécialisées²³ qui ont une portée variable dès lors que l'engagement des États demeure facultatif²⁴. Elle rappelle la défiance traditionnelle et persistante en Europe à l'égard des droits économiques, sociaux et culturels dont la justiciabilité est contestée, ce qui témoigne d'un « conservatisme politique et juridique certain »²⁵, alors que les Amériques et l'Afrique sont davantage marquées par « la quête de justice sociale » et par une approche avant-gardiste à l'égard de plusieurs droits et devoirs dans les domaines économique, social et culturel²⁶, mais aussi en matière de protection des droits des femmes²⁷ avec un engagement constant de la société civile dans ce processus normatif²⁸. Parallèlement, l'auteure constate que le choix des juges est également conditionné par la politique juridique extérieure et les intérêts des États²⁹. En effet, elle démontre « la permanence du pouvoir discrétionnaire »³⁰ des États dans le cadre de processus nationaux de désignation des candidats. Ces processus sont parfois opaques et ne répondent pas toujours à l'exigence de transparence en l'absence d'un encadrement strict des procédures de sélection³¹.

¹⁷ *Ibid* à la p 45. Voir Guy de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983.

¹⁸ Burgorgue-Larsen, *supra* note 1 à la p 79.

¹⁹ *Ibid*.

²⁰ *Ibid* aux pp 115–57.

²¹ *Ibid*.

²² *Ibid* aux pp 162–63.

²³ *Ibid* à la p 164.

²⁴ *Ibid* à la p 171.

²⁵ *Ibid* à la p 177.

²⁶ *Ibid* à la p 179.

²⁷ *Ibid* à la p 184.

²⁸ *Ibid* à la p 191.

²⁹ *Ibid* à la p 197.

³⁰ *Ibid* à la p 198.

³¹ *Ibid* à la p 211.

Dans le cadre du deuxième titre qui est relatif à l'interprétation, le premier chapitre permet à la professeure Burgorgue-Larsen de définir le décloisonnement comme « l'ouverture aux sources extérieures », indépendamment de la nature des textes mobilisés et qui intègrent la jurisprudence, que celle-ci provienne de juridictions universelles, spécialisées, régionales ou nationales³². Elle met en exergue que les 3 *Cours* se sont ainsi approprié le décloisonnement en adoptant « "l'optique cosmopolitique" [...] dans le champ de l'interprétation et de l'application des droits de l'homme [...] en dépit des différences techniques innervant [leurs] textes de référence »³³. En effet, elle rappelle qu'en droit international général, le paragraphe 1 de l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*³⁴ définit la règle générale de l'interprétation et envisage les méthodes textuelle, systémique et téléologique comme « autant de possibilités offertes au juge, libre de les conjuguer à sa guise »³⁵. L'auteure met l'accent sur les spécificités des Conventions européenne et américaine, respectivement aux articles 53 et 20, qui établissent un « principe de non régression »³⁶ en opérant « un double renvoi aux standards existant à l'échelle des lois internes et des conventions internationales [afin d'encourager les juges] à ne pas développer des interprétations *contra persona* (obligation négative) » sans toutefois qu'on puisse en déduire l'existence d'une obligation positive d'adopter des interprétations qui accorderaient la meilleure protection possible puisqu'il serait plutôt question d'une clause en vue du « traitement le plus favorable »³⁷. Ainsi, dans le cadre du système européen, l'ouverture de la Cour aux sources externes et sa combinaison avec l'interprétation téléologique ont contribué à l'enrichissement substantiel de la *Convention européenne* envisagée comme un « instrument de droit vivant [qu'il] convient d'interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles »³⁸, justifiant des interprétations évolutives³⁹. Dans le cadre du système interaméricain, « la clause de non-régression » fait partie intégrante de la jurisprudence de la Cour lui permettant d'une part, d'adopter des interprétations conformes au principe *pro persona* s'imposant au regard de la nature même des droits de l'homme⁴⁰ et d'autre part, d'ancrer systématiquement la *Convention américaine* non seulement dans le « *corpus juris* interaméricain", mais également dans ce qu'elle nomme le "*corpus juris* du droit international des droits de l'homme" »⁴¹. À l'égard des emprunts normatifs explicitement encouragés par un texte conventionnel, l'auteure met en lumière les articles 60 et 61 de la *Charte africaine* qui témoignent que le système africain offre « une place de choix aux "sources venues d'ailleurs" »⁴², qu'il s'agisse de normes internationales conventionnelles

³² *Ibid* à la p 248.

³³ *Ibid* à la p 249.

³⁴ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 354 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

³⁵ *Ibid* à la p 240.

³⁶ *Ibid* à la p 241.

³⁷ *Ibid* à la p 242. Voir selon l'expression utilisée par le professeur Emmanuel Decaux, « Article 60 » 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 aux pp 897-903.

³⁸ Voir l'arrêt de principe *Tyler c Royaume-Uni* (1978), 26 CEDH (Sér A) au para 31.

³⁹ Burgorgue-Larsen, *supra* note 1 à la p 250.

⁴⁰ *Ibid* à la p 253.

⁴¹ *Ibid* à la p 255.

⁴² *Ibid* à la p 245.

ou coutumières, générales ou spéciales, qui relèvent de l'Union africaine ou des Nations unies, à portée juridiquement contraignante, ou relevant du *soft law* comme la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁴³. Parallèlement, l'auteure constate que

[I]à où les systèmes régionaux européen et interaméricain se rejoignent, c'est dans la valorisation des jurisprudences nationales, quand elles sont conformes aux standards conventionnels ou quand elles inspirent directement les jurisprudences régionales [puisqu'cela leur permet de maintenir un dialogue constant avec les juridictions des États parties], « juges conventionnels de droit commun »⁴⁴.

A contrario, elle observe que, dans le cadre du système africain, les décisions des juridictions nationales sont encore très largement ignorées. En effet, bien que l'ouverture des constitutions africaines aux sources externes soit très aboutie, la mobilisation du droit comparé s'opère essentiellement entre les juridictions internes et non entre ces dernières et les organes africains de protection⁴⁵.

Le deuxième chapitre permet à l'auteure de constater que le décloisonnement a entraîné notamment l'accroissement de la protection en raison de la modification des traités grâce à la pratique jurisprudentielle qui a permis, d'une part, de définir le contenu et la portée des droits existants, d'autre part, d'enrichir leur contenu⁴⁶. Par exemple, à l'égard de la définition de la traite des personnes, la professeure Burgogue-Larsen souligne que le décloisonnement interprétatif, qui renvoie à « l'utilisation de tout type de sources extérieures afin d'interpréter les droits garantis »⁴⁷, démontre ainsi

à quel point la cohérence jurisprudentielle est au rendez-vous entre le droit international et le droit régional et, au sein du droit régional, entre les systèmes de protection des droits. [Et comment,] [a]u-delà de la spécificité de chacun, l'universel est préservé⁴⁸.

L'auteure observe que le décloisonnement matériel, « généralisé en Afrique et circonscrit en Amérique latine à cinq conventions spécialisées [...] [consiste en] l'application d'instruments exogènes spécifiques ratifiés par les États défendeurs »⁴⁹ élargissant ainsi les bases conventionnelles au regard desquelles les Cours africaine ou américaine peuvent apprécier les violations des droits⁵⁰. Par ailleurs, elle souligne que le décloisonnement interprétatif a permis de renforcer les obligations à la charge des États, à travers notamment la mise en œuvre du droit à la non-discrimination et du principe de vulnérabilité⁵¹. Néanmoins, en raison de l'élargissement du contenu des droits et du renforcement des obligations procédurales et substantielles s'imposant aux États, le décloisonnement entraîne des contestations au sein même des Cours africaine,

⁴³ *Ibid* aux pp 242–43.

⁴⁴ *Ibid* aux pp 272-73.

⁴⁵ *Ibid*.

⁴⁶ *Ibid* à la p 290.

⁴⁷ *Ibid* à la p 321.

⁴⁸ *Ibid* à la p 295.

⁴⁹ *Ibid* à la p 320.

⁵⁰ *Ibid* à la p 325.

⁵¹ *Ibid* aux pp 326–30.

européenne et interaméricaine. Ainsi, le désaccord des juges dissidents à l'égard des positions interprétatives extensives se reflète dans leurs opinions séparées jointes aux affaires⁵² tandis que des acteurs de la société civile comme les ONG conservatrices instrumentalisent le prétoire des Cours en l'utilisant de façon stratégique afin de défendre une approche restrictive des droits et libertés⁵³.

Le troisième titre envisage les mécanismes qui se rattachent d'une part, à l'application des instruments adoptés dans le cadre des trois systèmes régionaux, d'autre part, à l'exécution des décisions juridictionnelles supranationales. L'auteure fait ainsi la différence entre « le respect des règles et principes tirés des conventions régionales de protection des droits de l'homme en général, et l'exécution des décisions et arrêts de condamnation en particulier »⁵⁴.

Dans le cadre du premier chapitre, la professeure Burgorgue-Larsen met en lumière que « l'ouverture des constitutions nationales au droit international des droits de l'homme » est un premier facteur incitatif⁵⁵ permettant d'aboutir à une application effective des instruments conventionnels. En effet, « l'incitation constitutionnelle » s'inscrit dans une « dialectique d'"internationalisation" des constitutions et de "constitutionnalisation" du droit international »⁵⁶. Ainsi, l'auteure souligne que malgré la diversité des pratiques constitutionnelles nationales en fonction de la nature dualiste ou moniste du système et la valeur supra-législative, constitutionnelle ou supra-constitutionnelle⁵⁷ qui peut être accordée aux traités internationaux, il est possible d'identifier « un mouvement général en faveur d'une reconnaissance de l'importance de la fonction interprétative du droit international des droits de l'homme »⁵⁸. Néanmoins, « le degré d'"humanisation" des constitutions nationales [...] n'est pas suffisant pour expliquer le degré d'adhésion aux droits protégés par les textes régionaux de protection tels qu'interprétés par les [trois Cours] »⁵⁹. Ainsi, le dialogue judiciaire joue un rôle fondamental dans l'incorporation des standards jurisprudentiels internationaux dans les ordres juridiques internes et se matérialise à travers le contrôle de conventionnalité⁶⁰, particulièrement abouti dans le système interaméricain de protection⁶¹. Par ailleurs, aux côtés de la diplomatie judiciaire et académique⁶² qui s'inscrivent dans un dialogue politique, la diplomatie civique qui peut être exercée par les ONG de défense des droits de l'homme et les institutions nationales de protection de ces droits, contribue également à l'application des décisions et des arrêts des organes internationaux de protection⁶³.

⁵² *Ibid* aux pp 343–54.

⁵³ *Ibid* à la p 355.

⁵⁴ *Ibid* à la p 364.

⁵⁵ *Ibid* à la p 367.

⁵⁶ *Ibid* à la p 368.

⁵⁷ *Ibid* à la p 381.

⁵⁸ *Ibid* à la p 390.

⁵⁹ *Ibid* à la p 390.

⁶⁰ *Ibid* à la p 391.

⁶¹ *Ibid* aux pp 392–93.

⁶² *Ibid* aux pp 426–38.

⁶³ *Ibid* aux pp 409–26.

Dans le deuxième chapitre, la professeure Burgorgue-Larsen envisage l'exécution des arrêts prononcés et la mise en œuvre des mesures de réparation ordonnées par les 3 Cours régionales. Elle constate qu'une synergie globale est privilégiée en Europe⁶⁴ grâce aux rapports du Comité des ministres et ceux de l'Assemblée parlementaire sur l'exécution des arrêts⁶⁵ et l'implication de la Cour européenne, notamment à travers la procédure de l'« arrêt pilote »⁶⁶, dans une perspective de coopération et de complémentarité des actions réalisées par les organes politiques et l'institution judiciaire⁶⁷. Les Amériques sont marquées par une synergie partielle en raison de la carence de l'organe politique puisque l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains n'exerce pas une véritable fonction de contrôle⁶⁸, conduisant ainsi les organes interaméricains de protection à s'engager en la matière en exerçant une fonction de surveillance et en déployant une politique active de contrôle de la mise en œuvre des recommandations faites par la Commission et de l'exécution des arrêts rendus par la Cour⁶⁹. En ce qui concerne l'Afrique, l'auteure souligne l'absence d'« approches synergiques découlant d'une méfiance structurelle des États africains à l'égard des organes de protection qu'ils ont pourtant participé à créer »⁷⁰. Ainsi, elle regrette que

le contrôle de l'exécution des recommandations de la Commission africaine et des arrêts de la Cour [soit] ignoré par les instances politiques de l'Union africaine, alors qu'il s'agit d'un élément majeur afin d'assurer à long terme la crédibilité du système de garantie⁷¹.

Enfin, la professeure Burgorgue-Larsen souligne qu'une « volonté politique forte – basée sur le principe de la bonne foi »⁷² ainsi qu'

un engagement politique effectif [afin de créer] des mécanismes particuliers – propres aux spécificités des fonctions des pouvoirs exécutifs et législatifs nationaux – [sont indispensables afin] de tirer toutes les conséquences d'un arrêt de mise en jeu de la responsabilité⁷³.

Parallèlement, une coordination nationale, à la fois gouvernementale⁷⁴ et législative à travers l'adoption de lois spécifiques⁷⁵ ou la mise en œuvre d'un contrôle parlementaire⁷⁶, ainsi qu'

une vigilance des acteurs de la société civile et des institutions de protection des droits de l'homme [sont également nécessaires] afin que les ordres juridiques nationaux soient véritablement transformés par la jurisprudence des Cours régionales⁷⁷.

⁶⁴ *Ibid* à la p 444.

⁶⁵ *Ibid* à la p 448.

⁶⁶ *Ibid* à la p 449.

⁶⁷ *Ibid* à la p 452.

⁶⁸ *Ibid*.

⁶⁹ *Ibid* aux pp 455–57.

⁷⁰ *Ibid* à la p 458.

⁷¹ *Ibid* à la p 461.

⁷² *Ibid* à la p 466.

⁷³ *Ibid* à la p 467.

⁷⁴ *Ibid* à la p 468.

⁷⁵ *Ibid* à la p 474.

⁷⁶ *Ibid* à la p 478.

⁷⁷ *Ibid* à la p 483.

Dans la conclusion, la professeure Burgorgue-Larsen met en exergue le climat de méfiance, voire de défiance, auquel sont confrontés les systèmes régionaux de protection, en raison de « l'émergence, suivie de l'enracinement, du populisme et de l'autoritarisme au sein de nombreux États »⁷⁸ qui tentent de déstabiliser l'acquis jurisprudentiel et normatif développé par les 3 *Cours*. L'auteure met en lumière les tentatives de « déconsolidation démocratique »⁷⁹ au sein de plusieurs États, « les puissantes stratégies d'affaiblissement et/ou d'instrumentalisation »⁸⁰ ainsi que le caractère réversible du processus de juridictionnalisation du droit international, en appelant à une « indispensable vigilance » et à une « nécessaire résistance »⁸¹. En effet, « [e]n dépit de leur création et évolution dans des contextes historiques singuliers, la densité et la convergence de [l']œuvre jurisprudentielle [des systèmes régionaux] doit être relevée »⁸² ainsi que l'existence d'un « contre-pouvoir civil internationalisé [...] constitué d'acteurs hétérogènes, issus de la société civile libérale et agissant en réseaux transnationaux »⁸³, pouvant jouer un rôle central dans la préservation des acquis jurisprudentiels.

Ainsi, cette monographie remarquable, conceptuellement riche et intellectuellement stimulante, repose sur une bibliographie très dense, classée par ensembles régionaux, en fonction des thématiques abordées, qui intègre des références anglophones, francophones et hispanophones aux côtés des références jurisprudentielles relevant des juridictions nationales et internationales. La lecture de l'ouvrage permet de saisir toute la complexité et la richesse du droit international des droits de la personne dont la protection relève à la fois du système universel institué dans le cadre des Nations Unies et de plusieurs systèmes régionaux juridictionnalisés. Ces derniers sont, certes, formellement indépendants, mais, au-delà de leurs singularités, ils s'inscrivent dans une interdépendance substantielle découlant de leurs objectifs communs, notamment la garantie des droits fondamentaux et la prééminence du droit, face à un défi constant qui est celui de leur efficacité et la conquête de leur légitimité, dans leurs rapports avec les ordres juridiques nationaux et dans les limites que leur impose la souveraineté étatique.

⁷⁸ *Ibid* à la p 492.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid* à la p 485.

⁸¹ *Ibid* à la p 494.

⁸² *Ibid* à la p 495.

⁸³ *Ibid* à la p 498.

TOM DANNENBAUM, *THE CRIME OF AGGRESSION, HUMANITY, AND THE SOLDIER*, CAMBRIDGE, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2018

*Amélie Gravel**

Le crime d'agression, formulé en 1950 par la Commission de droit international dans les *Principes de Nuremberg*¹, a été un sujet d'intérêt de la Conférence de révision du Statut de Rome, qui s'est tenue à Kampala en 2010. Bien que de multiples facettes de l'infraction qu'il constitue en droit pénal international aient fait l'objet de discussions, un aspect était absent de leur ordre du jour : le traitement des soldats combattant pour les États agresseur et attaqué.

Dans son tout premier livre, Tom Dannenbaum, professeur adjoint de droit international à la Fletcher School of Law and Diplomacy (Tufts University au Massachusetts), souhaite sensibiliser ses lecteurs au sort de ces soldats. Cet ouvrage s'inscrit dans ses travaux portant sur la criminalisation de la guerre d'agression, dont l'article « Why Have We Criminalized Aggressive War? »² paru en 2017 dans le *Yale Law Journal* a remporté le prix Francis Lieber, remis à l'auteur d'une publication exceptionnelle dans le domaine du droit des conflits armés³.

Dans cet ouvrage, il énonce la thèse selon laquelle l'élément faisant de l'agression un crime est non pas l'acte illicite qui marque le début du conflit, mais plutôt la « tuerie injustifiée » (*unjustified killing*⁴) qui en découle. Il soutient que les soldats qui combattent pour l'un ou l'autre des deux camps impliqués dans le conflit sont les « premières victimes » (*primary victims*⁵) en raison du risque de mourir aux mains de l'État agresseur ou en combattant pour celui-ci, alors que le conflit n'aurait jamais eu lieu d'être. En conséquence, il propose la mise en œuvre de mécanismes de protection de la désobéissance pour refus de prendre part aux guerres injustifiées et la reconnaissance du statut de victime des soldats impliqués dans de tels conflits.

Pour arriver à cette conclusion, il remet en question l'état du droit international relativement au crime d'agression et à la situation des membres des forces armées dans ce contexte. Son analyse tient en onze chapitres, divisés en trois grandes parties. La première partie (chapitres 1 à 3) vise à établir le cadre normatif du crime d'agression et du traitement réservé aux soldats par le droit international. La deuxième (chapitres 4 à 8) tente de trouver un sens moral au droit applicable aux militaires des deux camps.

* Bachelière en droit, LL.B., Université du Québec à Montréal.

¹ Commission du droit international, *Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal*, Doc off AG NU, 5^e sess, supp n° 12, Doc NU A/1316 (1950), principe 6.

² Tom Dannenbaum, « Why Have We Criminalized Aggressive War? » (2017) 126:5 Yale LJ 1242.

³ American Society of International Law, « Lieber Society on the Law of Armed Conflict », en ligne : *American Society of International Law* <www.asil.org/community/lieber-society-law-armed-conflict>.

⁴ Tom Dannenbaum, *The Crime of Aggression, Humanity, and the Soldier*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018 à la p 34.

⁵ *Ibid* à la p 6.

Quant à la troisième partie (chapitres 9 à 11), elle démontre la nécessité de procéder à une réforme et propose des pistes de solution pour assurer le respect des droits des soldats appelés à combattre dans des conflits illégaux.

Dès la première partie, l'auteur remet en question l'état du droit actuel en ce qui a trait à la définition même du crime ainsi que ses impacts. Alors que les États sont considérés, par la jurisprudence et la doctrine, comme victimes du crime d'agression par le fait de l'atteinte portée à leur souveraineté, pour Dannenbaum, il en est tout autrement. Il est d'avis que l'agression est criminelle non pas en raison de l'acte illégal qui déclenche le conflit armé, mais plutôt de l'usage de la force menant à une tuerie injustifiée⁶. Les véritables victimes seraient donc, selon lui, les personnes blessées ou tuées dans ce contexte, soit les soldats⁷. Il critique le traitement accordé par le droit international aux militaires des deux camps. D'un côté, les soldats de l'État agresseur « *are required on pain of criminal punishment to kill in service of the criminal end* »⁸ sans possibilité de bénéficier d'une protection s'ils désobéissent en refusant de combattre dans le conflit illégal⁹. De l'autre, la Cour pénale internationale (CPI) ne reconnaît pas le statut de victime aux soldats de l'État attaqué¹⁰ alors que ceux-ci sont blessés ou tués sans justification.

Dans la deuxième partie, qui est la plus substantielle, Dannenbaum analyse cinq hypothèses qui pourraient expliquer l'absence de considération des membres des forces armées dans les procédures judiciaires liées au crime d'agression. Premièrement, la participation des soldats au crime se ferait en toute innocence puisqu'ils agissent sous la contrainte de l'État¹¹. Deuxièmement, en se fiant aux décisions de l'État quant au *jus ad bellum*, les militaires bénéficieraient d'une « ignorance invincible »¹². Troisièmement, l'obéissance du soldat à l'État serait toujours justifiée en raison des fonctions associatives qui font de lui un « instrument de l'État »¹³. Quatrièmement, les actions du soldat sont régies par un code moral différent de celui qui s'applique dans la vie ordinaire¹⁴. Finalement, autoriser l'insubordination des soldats dans le cas des conflits illégaux compromettrait le bon fonctionnement de l'armée, qui est nécessaire pour préserver la sécurité humaine mondiale¹⁵.

L'auteur rejette toutes ces hypothèses, qui sont insuffisantes pour permettre au soldat de « se laver de sa culpabilité » (*wash their hands of guilt*) quant aux gestes illégaux commis au combat¹⁶. De plus, il est d'avis que le droit ne devrait pas refuser la protection à ceux qui se dissocient dans le but de faire respecter les « valeurs

⁶ *Ibid* aux pp 34, 69.

⁷ *Ibid* à la p 37.

⁸ *Ibid* à la p 17.

⁹ *Ibid* à la p 52.

¹⁰ *Ibid*.

¹¹ *Ibid* à la p 119.

¹² *Ibid* à la p 136.

¹³ *Ibid* à la p 167.

¹⁴ *Ibid* à la p 203.

¹⁵ *Ibid* aux pp 227, 231.

¹⁶ *Ibid* aux pp 123, 164.

fondamentales universelles » (*core universal values*¹⁷). Il déplore que les privilèges accordés à ceux qui se plient au *jus in bello* soient réservés aux forces armées de l'État agresseur¹⁸. Bien que la nécessité prévue par la cinquième hypothèse ne puisse constituer une « défense complète » (*comprehensive defence*) au fait de refuser une protection aux soldats qui ne souhaitent pas combattre dans des conflits injustifiés¹⁹ alors que le droit lui-même leur impose l'obligation de désobéir à des ordres illégaux²⁰, il la retient comme l'explication la plus plausible à l'absence de telles mesures²¹.

Dans la troisième partie, l'avènement des « guerres sans risque » (*riskless wars*) et l'utilisation de contractants privés sont deux facteurs identifiés pour justifier la nécessité de revisiter les conceptualisations du crime d'agression²². La principale raison est qu'ils ont pour effet de diminuer l'intérêt du public à exiger une reddition de compte de la part de l'État, qui serait alors plus susceptible de s'engager dans des conflits illégaux²³.

Dans le cadre de cette réforme, Dannenbaum propose des changements aux domaines tant interne qu'international. Au niveau de la politique nationale, il suggère notamment l'implantation d'un processus contradictoire pour juger du *jus ad bellum* avant de s'engager dans un conflit²⁴. La mise en place d'une fonction d'« avocat du diable » (*devil's advocate*) « *could make it harder for the decisionmaker to argue that she was not aware of the facts rendering the war manifestly illegal* »²⁵.

Au niveau international, l'auteur souhaite que le statut de réfugié puisse être accordé aux soldats qui refusent de combattre dans un conflit d'agression et que soit reconnu le droit humain international de ne pas combattre dans ce type de conflit²⁶. À son avis, ces notions pourraient être intégrées dans des protocoles additionnels aux traités existants portant sur les droits de la personne, mais cela ne serait pas une nécessité puisqu'ils sont sous-jacents aux droits déjà en vigueur et que le principe d'interprétation progressive permettrait la reconnaissance de leur statut juridique²⁷. Il conclut en affirmant que la définition actuelle de « victime directe », telle que retenue par la CPI, inclut tant les soldats blessés ou tués par une force d'agression que ceux qui subissent un préjudice après avoir été forcés de combattre dans un conflit illégal. Ceux-ci devraient donc pouvoir être représentés devant la CPI et être admissibles à réparation²⁸.

La force de cet ouvrage réside dans la qualité remarquable de la recherche. De nombreuses sources soutiennent l'argumentation. Dannenbaum ne s'est pas limité aux

¹⁷ *Ibid* à la p 195.

¹⁸ *Ibid* à la p 206.

¹⁹ *Ibid* à la p 243.

²⁰ *Ibid* à la p 253.

²¹ *Ibid* aux pp 265-66.

²² *Ibid* aux pp 266-72.

²³ *Ibid* aux pp 269-70.

²⁴ *Ibid* à la p 287.

²⁵ *Ibid* à la p 290.

²⁶ *Ibid* à la p 312.

²⁷ *Ibid* à la p 322.

²⁸ *Ibid* aux pp 328-29, 335.

documents de nature internationale, tels que les traités et les décisions émanant des divers tribunaux pénaux internationaux. Il se fonde également sur la jurisprudence des tribunaux internes de sept pays²⁹. Des sources non juridiques, comme des rapports psychologiques, des notes d'entrevue avec des soldats et d'autres écrits rédigés par des intervenants œuvrant dans le milieu militaire, complètent le portrait exhaustif de la notion du crime d'agression et des conséquences qui en découlent pour les membres des forces armées. Ainsi, même lorsque l'auteur a une opinion divergente du courant majoritaire, nous ne pouvons qu'y trouver un sens puisqu'elle est toujours solidement appuyée. Il réussit donc à nous sensibiliser sur les dilemmes qui s'imposent aux soldats et sur l'insuffisance de la considération de la communauté internationale à leur égard.

Si le langage utilisé est fluide et facile à comprendre, une pratique vient régulièrement briser le rythme. En effet, l'auteur insère, à l'intérieur de son texte, de nombreux renvois aux diverses sections de son volume. Le problème se pose lorsqu'il renvoie le lecteur à des chapitres subséquents, ce qui amène parfois une certaine confusion et, surtout, cause beaucoup de répétitions.

Ce livre se démarque par son exhaustivité : le crime d'agression et le fonctionnement militaire qui lui est relié sont étudiés sous toutes leurs coutures. Dannenbaum ne se limite pas à analyser les impacts provoqués par ce crime, mais cherche également à le prévenir en apportant plusieurs solutions. Certaines d'entre elles peuvent paraître ambitieuses et trop coûteuses pour pouvoir être implantées dans l'ensemble des États. L'auteur n'a toutefois pas la prétention de présenter le modèle parfait. Il a rédigé *The Crime of Aggression, Humanity, and the Soldier* dans l'intention « *to start conversation about what international law owes soldiers on its own normative terms* »³⁰. Il a tout mis en place afin d'atteindre son objectif.

²⁹ Soit le Canada, l'Allemagne, l'Israël, la Lettonie, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique : *Ibid* aux pp xvii-xix.

³⁰ *Ibid* à la p 342.

MARIE-CLOTILDE RUNAVOT, *LA DÉMOCRATIE APPLIQUÉE AU DROIT INTERNATIONAL : DE QUOI PARLE-T-ON?*, PARIS, ÉDITIONS PEDONE, 2018

Camille Raymond *

Le thème central de cette publication, la démocratie, et plus particulièrement la démocratie internationale ou cosmopolitique, connaît depuis les années 1990 une importante prolifération littéraire, notamment dans la communauté anglo-saxonne¹. Ce développement a motivé la création du programme de recherche à l'origine de cette publication, un programme visant à conceptualiser la démocratie dite internationale ou cosmopolitique. L'ouvrage collectif *La démocratie appliquée au droit international : de quoi parle-t-on?*² est le fruit d'une journée d'étude organisée à l'Université de Cergy-Pontoise le 9 juin 2017. Ce colloque, réunissant divers auteurs participants à ce programme de recherche, est dirigé par Marie-Clotilde Runavot³. Le public cible de ce collectif se compose des étudiants, autant des milieux juridique et politique que philosophique, mais aussi des intellectuels et de tous ceux qui souhaitent approfondir leur connaissance du concept de démocratie. En effet, le vocabulaire, la division claire du colloque et l'articulation du propos rendent cette publication accessible à un très large public.

Le but de la journée d'étude est d'explicitier comment l'exercice du pouvoir international est réglé au nom de la démocratie internationale⁴. La piste de conclusion soulevée par plusieurs des auteurs émane du lien entre le droit international et la mondialisation, qui place la démocratie internationale comme une réaction ou encore une adaptation à cette dernière⁵. C'est donc par l'évaluation de l'utilisation de la notion de démocratie internationale dans les discours internationaux que les auteurs du colloque vont appréhender leurs conclusions. Bien que le livre recèle les textes de huit contributeurs différents, ayant chacun leur point de vue et leur spécialisation, le lecteur est en mesure de bien s'y retrouver par l'organisation claire et précise de l'ouvrage. C'est d'ailleurs l'une des forces de cette publication : la forme est bien ficelée de manière à faciliter le travail du

* Étudiante à la maîtrise en science politique à l'Université du Québec à Montréal (UQÀM).

¹ Voir notamment David Held, *Models of Democracy*, Cambridge, Polity Press, 2006; Daniele Archibugi, « Principles of cosmopolitan democracy » dans Danielle Archibugi et David Held, dir, *Re-imagining Political Community : Studies in Cosmopolitan Democracy*, Cambridge, Polity Press, 1998 aux pp 199-200; Olivier de Frouville, « Une conception démocratique du droit international » (2001) XXXIX:120 RE des sciences sociales aux pp 101-144; Ernesto Gallo et Giovanni Finizio, dir, *Democracy at the United Nations : UN Reform in the Age of Globalisation*, Bruxelles, P. Lang, 2013; Mario Telò, dir, *Démocratie et construction européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1995; Jean Gicquel, Ráfãa Ben Achour et Slobodan Milacic, dir, *La démocratie représentative devant un défi historique*, Bruxelles, Bruylant, 2006; Norberto Bobbio, *L'État et la démocratie internationale*, Paris, Éditions Complexe, 1998; Simone Goyard-Fabre, *Qu'est-ce que la démocratie? La généalogie philosophique d'une grande aventure humaine*, Paris, Armand Colin, 1998.

² Marie-Clotilde Runavot, dir, *La démocratie appliquée au droit international : de quoi parle-t-on?*, Paris, Éditions Pedone, 2018.

³ Marie-Clotilde Runavot est maître de conférences en droit public à l'Université de Cergy-Pontoise.

⁴ *Runavot, supra* note 2 à la p 18.

⁵ *Ibid* à la p 38.

lecteur. La démarche employée par les auteurs est donc surtout explicative et se base largement sur la littérature politique sur le sujet : rapports de Secrétaire général, résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies, publications de directeurs d'organisations internationales, etc. Les auteurs de l'ouvrage démontrent la pertinence d'explicitier et de conceptualiser la démocratie internationale par leur utilisation d'un nombre important de rapports d'organisations internationales, telle l'Organisation des Nations unies (ONU), qui attestent la nécessité de réduire la distance entre les individus et les instances de gouvernance internationales. Les auteurs s'appuient également sur une abondante littérature juridique et politique entourant le thème de la démocratie, ainsi que sur les auteurs classiques de la philosophie politique tels Aristote, Kant, Locke ou Rousseau. Le discours qui émane de cette publication est donc teinté d'idées politiques et philosophiques.

L'ouvrage se compose d'un « Rapport introductif : préliminaire conceptuel », d'une première partie « Démocratiser l'ordre international : les sens contemporains » et d'une seconde partie « La démocratie internationale : essence ou contre-sens ». La première partie se subdivise en deux sections : la première met l'accent sur l'orientation représentative, alors que la seconde traite de la tendance participative.

Le rapport introductif écrit par Marie-Clotilde Runavot met la table pour les autres contributions, en insistant sur le cadre conceptuel entourant la démocratie internationale. L'auteure élabore de prime abord ce qu'est la démocratie internationale, c'est-à-dire une nécessité, selon elle, de réduire la distance qui sépare les individus des instances de gouvernance internationales afin de placer ces derniers au cœur de l'exercice du pouvoir international⁶. Ensuite, Runavot appréhende ce qu'est l'objet d'analyse de l'ouvrage en distinguant deux voies qu'emprunte l'exercice du pouvoir démocratique : la voie participative et la voie représentative⁷. L'orientation représentative de la démocratie internationale peut alors être subdivisée en deux directions : les associations interparlementaires, telles l'Union interparlementaire (UIP), et les parlements internationaux, généralement intégrés à des organisations internationales⁸. L'auteure insiste sur le fait que la parlementarisation des relations internationales ne garantit cependant pas la démocratie représentative. Elle met ainsi de l'avant l'importance des mécanismes de démocratie participative qui convoquent la notion de « société civile internationale » (SCI)⁹. Runavot invoque finalement trois techniques participatives internationales : le recours à la participation de la SCI dans les instances de gouvernance internationales¹⁰; l'*accountability*¹¹, qui véhicule une double dimension : les institutions doivent rendre compte de leur pouvoir, mais aussi tenir compte du public affecté par la manière dont elles utilisent ce pouvoir; et finalement les partenariats public-privé¹², souvent utilisés dans le domaine de la santé mondiale.

⁶ *Ibid* à la p 14.

⁷ *Ibid* à la p 19.

⁸ *Ibid* à la p 20.

⁹ *Ibid* à la p 24.

¹⁰ *Ibid* à la p 27.

¹¹ *Ibid* à la p 29.

¹² *Ibid* à la p 31.

Pierre-Marie Raynal¹³, dans son « Préliminaire conceptuel : à propos de la démocratie (nationale) »¹⁴, aborde la démocratie comme une référence incontournable en vue d'une légitimation politique. Raynal passe par la philosophie pour conceptualiser la démocratie en revisitant les écrits d'Hérodote, d'Hobbes, de Locke, de Kelsen, de Kant, etc. Selon l'auteur, toute prétention à la vérité scientifique de la démocratie est utopique et une approche prudentielle vis-à-vis la « beauté » et la « scientificité » de la démocratie est préférable¹⁵. Ce passage de la publication démontre l'importance de mettre de côté l'argument émotionnel qui entoure l'imaginaire radieux émanant de la démocratie. En effet, Raynal suggère que la démocratie est d'abord et avant tout un outil intellectuel servant la classification des régimes politiques : la monarchie, la tyrannie, l'aristocratie, l'oligarchie, la démocratie et l'ochlocratie¹⁶. L'auteur confronte également la définition classique de la démocratie à une définition plus contemporaine, ce qui insuffle une touche plus actuelle à une conceptualisation plutôt philosophique et politique. Selon Raynal, trois principes composent la définition contemporaine de la démocratie : le principe représentatif, le principe populaire et le principe libéral¹⁷.

Les textes se retrouvant dans la première partie « Démocratiser l'ordre international : les sens contemporains » explorent les orientations représentative et participative de la démocratie internationale. Les auteurs tâchent d'explicitier les deux voies qui peuvent être empruntées pour mettre de l'avant la démocratie internationale, en s'appuyant sur l'exemple de l'Union interparlementaire (voie représentative) et sur la participation de la SCI aux institutions internationales (voie participative).

La sénatrice Michèle André¹⁸, dans « L'Union interparlementaire, instrument de la diplomatie parlementaire »¹⁹, suggère que l'Union interparlementaire constitue un levier privilégié pour élargir le rôle des parlements sur la scène internationale, une nécessité à l'heure de la mondialisation. La diplomatie parlementaire permettrait d'insuffler plus de démocratie aux relations internationales et au droit international, souvent monopolisés par les gouvernements²⁰.

Dans son deuxième texte de la publication, « L'Union interparlementaire et la parlementarisation de l'ONU »²¹, Marie-Clotilde Runavot nuance la véritable place occupée par l'UIP. Cette dernière est en effet la représentante des représentants élus de façon démocratique à l'échelle nationale²², mais elle demeure une organisation interétatique, dans laquelle les parlements représentent leur propre État²³. Runavot suggère que l'UIP n'est qu'en fait qu'une nouvelle forme de représentation étatique plutôt

¹³ Pierre-Marie Raynal est maître de conférences en droit public à l'Université de Cergy-Pontoise.

¹⁴ *Runavot, supra* note 2 aux pp 43-70.

¹⁵ *Ibid* à la p 49.

¹⁶ *Ibid* à la p 51.

¹⁷ *Ibid* aux pp 62-66.

¹⁸ Michèle André a été sénatrice du Puy-de-Dôme en France de 2001 à 2017 et présidente de la Commission des Finances du Sénat de 2014 à 2017.

¹⁹ *Runavot, supra* note 2 aux pp 76-85.

²⁰ *Ibid* à la p 76.

²¹ *Ibid* aux pp 87-102.

²² *Ibid* à la p 97.

²³ *Ibid* à la p 99.

qu'une véritable représentation de la SCI ou des peuples nationaux²⁴, ce qui n'en fait pas un outil de démocratie internationale.

Pour clore la section sur la tendance représentative, Martin Quesnel²⁵, dans « Les parlements internationaux et l'exercice du pouvoir normatif international »²⁶, avance que les parlements internationaux visent maintenant un rôle de véritable législateur et que la conquête ardue d'un pouvoir normatif par ces derniers démontre l'importance d'un tel pouvoir pour leur consécration²⁷. C'est avec un regard critique que l'auteur énonce que tant que le droit international sera conçu comme un droit interétatique, le pouvoir normatif ne pourra pas outrepasser les limites des instances gouvernementales. Quesnel conclut donc que les parlements internationaux jouissent d'une légitimité dans l'exercice du pouvoir normatif, bien que cela ne garantisse pas l'émergence d'une opinion publique transnationale se rapprochant réellement d'une démocratie internationale²⁸.

Patrick Jacob²⁹, dans son texte « Démocratie et participation aux institutions internationales »³⁰, explore la tendance participative de la démocratie internationale au sein des institutions internationales. Bien que la participation des individus ou de la SCI renforce la démocratie internationale, Jacob met de l'avant les nombreuses limites qui sous-tendent cette avancée. Il s'agit notamment de l'objection cosmétique³¹, de la représentativité des acteurs non étatiques, de la procédure de désignation de ces derniers, des critères de participation et de la concurrence des légitimités.

Les textes de la deuxième partie intitulée « La démocratie internationale : essence ou contresens ? » tâchent de mettre en lumière les sens de la démocratie internationale en droit international. Cette section de la publication est de nature davantage théorique, car elle interroge les significations, les définitions et l'utilisation du concept de démocratie internationale.

Olivier de Frouville³², dans son texte « Vers une théorie démocratique du droit international »³³, propose la démocratie internationale comme cadre théorique pour concevoir le droit international de manière plus transitionnelle. Le droit international public devrait donc, pour reprendre les idées de Kant, être plus cosmopolitique, et son fondement devrait être, selon de Frouville, le principe d'autonomie et non plus la souveraineté des États.

²⁴ *Ibid* à la p 100.

²⁵ Martin Quesnel est maître de conférences en droit public à l'Université de Cergy-Pontoise.

²⁶ *Runavot*, *supra* note 2 aux pp 103-124.

²⁷ *Ibid* à la p 107.

²⁸ *Ibid* à la p 123.

²⁹ Patrick Jacob est professeur de droit public et vice-doyen à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yveline.

³⁰ *Runavot*, *supra* note 2 aux pp 127-140.

³¹ *Ibid* à la p 136

³² Olivier de Frouville est professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur du Centre de Recherche sur les Droits de l'Homme et le Droit Humanitaire / Paris Center for Human Rights (C.R.D.H.) Il est également membre de l'Institut Universitaire de France. Entre 2015 et 2018, il a été membre du Comité des droits de l'homme des Nations unies.

³³ *Runavot*, *supra* note 2 à la p 143-152.

Dans le texte « La démocratie comme outil de réforme des organisations internationales ? »³⁴, Makane Moïse Mbengue³⁵ suggère que la démocratisation est un instrument incontournable de la réforme des organisations internationales. Elle avance que la démocratisation est aujourd'hui un discours rhétorique dont la concrétisation passe par la mise en place de plusieurs éléments qui pourraient permettre aux organisations internationales d'être plus performantes tout en contribuant à leur réforme³⁶. Il s'agit notamment d'associer des acteurs non étatiques aux travaux des organisations internationales, car les États ne sont plus seuls et que la SCI occupe une place trop importante pour être négligée³⁷.

Niki Aloupi³⁸, dans « Une rhétorique de la mondialisation? »³⁹, replace le discours sur la démocratie internationale dans son contexte socio-économique. Ce discours serait en fait une réponse à la mondialisation, même une possible gouvernance de la mondialisation. Cependant, la rhétorique démocratique dans les discours sur la mondialisation traduirait plus une démocratisation des valeurs que des sources formelles du droit international⁴⁰. Il s'agirait donc plutôt de choix étatiques démocratiques dans leurs valeurs que d'une réelle démocratie internationale.

Cette dernière contribution amène de judicieuses pistes de réflexion et un jugement critique apprécié pour boucler la lecture. L'utopie, cette beauté fictive non scientifique, émane du thème de la démocratie internationale et se retrouve à certains passages dans les textes qui composent le livre. La force de plusieurs des textes publiés est de déconstruire cette utopie pour mettre de l'avant l'importance de la réalité et de la prudence dans la réflexion sur la démocratie internationale. Un bémol de cette publication relève d'une tendance chez les auteurs à adopter une vision eurocentrée ou occidentalocentrée, sans mettre de l'avant la vraie réalité des relations internationales et du droit international. Le centre d'intérêt est mis majoritairement sur l'ONU, l'Union européenne et l'Union interparlementaire, alors que l'Union africaine ou les pays asiatiques sont pratiquement absents de la publication. Une perception réellement internationale aurait certainement bonifié le propos du livre, si près de la réalité actuelle avec les thèmes de la mondialisation et de la démocratie internationale. Cependant, ce point faible est compensé par la pertinence de la réflexion qui est à la base de cette publication. En effet, le thème choisi ne saurait être plus actuel, notamment avec toutes les remises en question et les propositions de réforme qui planent sur les plus grandes organisations internationales. Il est judicieux de se questionner sur la place de la démocratie en droit international et cette publication contribue assurément à la réflexion de manière claire, organisée, nuancée et accessible.

³⁴ *Ibid* aux pp 153-178.

³⁵ Makane Moïse Mbengue est professeur de droit international à la faculté de droit de l'Université de Genève et professeur associé à Sciences Po (école de droit) de Paris.

³⁶ *Runavot*, *supra* note 2 à la p 155.

³⁷ *Ibid* aux pp 175, 178.

³⁸ Niki Aloupi est professeur de droit public à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas et a également enseigné à l'Université de Strasbourg.

³⁹ *Runavot*, *supra* note 2 aux pp 179-196.

⁴⁰ *Ibid* à la p 182.

**IDIL ATAK ET JAMES C. SIMEON, DIR, *THE
CRIMINALIZATION OF MIGRATION: CONTEXT AND
CONSEQUENCES*, MONTRÉAL-KINGSTON, MCGILL-
QUEEN'S UNIVERSITY PRESS, 2018**

*Cloé Dubuc**

Avec la transformation du fait guerrier, on assiste, ces dernières décennies, à une recrudescence de la violence et à une multiplication des conflits prolongés. Cette double prolifération des conflits et de la violence a engendré un nombre record de personnes déplacées de force dans le monde. Il a atteint près de 80 millions pour l'année 2019, soit deux fois le nombre de 2010¹. Cet important « flux migratoire » doublé au paradigme grandissant de la sécuritisation² ont entraîné des réponses diverses de la part des États transitaires ou d'accueil. Parmi celles-ci, la criminalisation de la migration par l'utilisation de politiques ou de mesures de droit criminel a fait large consensus. C'est de cette tendance partagée que les codirecteurs – Idil Atak (professeure associée au département de criminologie de l'Université de Ryerson) et James C. Simeon (coordonnateur des groupes de travail de l'*International Association of Refugee and Migration Judges* et professeur associé à l'Université York) – ont tenté d'en dégager le contexte et les conséquences, portant une attention particulière aux politiques et pratiques du Canada.

En dressant un tableau précis et détaillé de la « crimmigration »³, cet ouvrage collectif tente de stimuler un débat sociétal au sein d'un public cible très large, allant de la communauté universitaire aux décideurs politiques. Il prend racine lors de la conférence annuelle de la *Canadian Association for Refugees and Forced Migration Studies* en 2015, organisée par l'Université de Ryerson, regroupant les présentations de chercheurs, professionnels et juristes spécialisés en la matière. L'ouvrage compte douze articles de seize experts, rassemblés en quatre parties : « *The Criminalization of Migration and its Intended and Unintended Consequences* » (1), « *The Criminalization and the Exclusion of Refugees in Canada and Abroad* » (2), « *Crimmigration Responses to "Migration Crises" : Historical and Comparative Perspectives* » (3) et « *Criminalizing Refugees and Other Forced Migrants : Current Dynamics, Future*

* Candidate à la maîtrise en droit.

¹ UNHCR, « Global Trends – Forced Displacement in 2019 » (2020) à la p 2, en ligne : [UNHCR <www.unhcr.org/5ee200e37.pdf>](https://www.unhcr.org/5ee200e37.pdf) [perma.cc/3LA4-BPD5].

² Néologisme issu principalement des travaux de Buzan, Wæver et de Wilde, il signifie l'inclusion d'une question, ici la migration, dans un cadre sécuritaire. Voir par ex Philippe Bourbeau, « Politisation et sécuritisation des migrations internationales : une relation à définir » (2013) 61:4 *Critique internationale* 127.

³ Défini par les codirecteurs comme l'intersection entre le droit criminel et le droit de l'immigration : James C Simeon et Idil Atak, « Conclusions: Beyond Context and Consequences: Countering the "Criminalization of Migration" through the Promotion of the Human Rights of Migrants » dans Idil Atak et James C Simeon, dir, *The Criminalization of Migration : Context and Consequences*, Montréal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 2018, 369.

Challenges, and Prospects » (4). Ces sections seront d'ailleurs présentées séparément vu l'absence d'une thèse centrale et le peu de liens apparents entre celles-ci.

L'ensemble des contributeurs adoptera une perspective légaliste, variant à divers degrés selon leur champ d'expertise. Pour appuyer leur propos, les chercheurs useront d'études comparatives, d'approches historiques et de recherches empiriques. C'est d'ailleurs par la richesse de ces contributions et la diversité des approches méthodologiques que l'ouvrage se différencie de la littérature existante sur le sujet. Son caractère interdisciplinaire est fait innovateur.

La première partie de l'ouvrage, intitulée « The Criminalization of Migration and its Intended and Unintended Consequences », se consacre à l'analyse de la « crimmigration » par son processus juridique de formation et ses conséquences. En ouverture, Graham Hudson⁴ propose l'utilisation de l'*analogie* par les juges canadiens, afin de prouver que les pratiques migratoires et criminelles mettent en jeu les mêmes principes sous-tendant les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵. Ce faisant, les mesures de détention et de déportation prévues par le droit de l'immigration pourraient être considérées comme des pratiques *punitives* au regard du droit criminel. Engageant *de facto* le principe de proportionnalité, Hudson souligne les intérêts moral et juridique d'une telle protection constitutionnelle plus large. Malgré sa pertinence, l'approche théorico-philosophique de l'auteur rend la lecture quelque peu complexe et crée une divergence méthodologique avec les chapitres suivants.

La contribution d'Angus Grant⁶, au deuxième chapitre, permet de comprendre les impacts de la lutte contre le trafic humain sur la criminalisation de la migration. L'auteur souligne que plusieurs juridictions adoptent une législation dite *overbroad*⁷ par rapport à leurs obligations internationales, telles qu'en vertu de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*⁸ (CNUCTO). Censés combattre de manière effective le trafic humain, les termes plus larges de sa définition, en droit interne, ont entraîné une criminalisation importante des personnes apportant une aide aux demandeurs d'asile, notamment pour des raisons humanitaires ou d'assistance familiale. L'auteur conclut sur le paradoxe ainsi créé par les États, qui, en dressant des obstacles sur la voie légale pour combattre le trafic humain, ont créé une situation précaire pour les réfugiés, lesquels sont de plus en plus contraints de recourir aux services de ces trafiquants. Pour clore la section, Julie Kaye⁹ poursuit sur ce thème. L'auteure se penche sur la justification des mesures migratoires restrictives au Canada

⁴ Graham Hudson, « The (Mis-)Uses of Analogy : Constructing and Challenging Crimmigration in Canada » dans Atak et Simeon, *supra* note 3, 37.

⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

⁶ Angus Grant, « Treating the Symptom, Ignoring the Cause : Recent People-Smuggling Developments in Canada and Around the World » dans Atak et Simeon, *supra* note 3, 71.

⁷ Dans ce cas, il s'agit d'une législation qui criminalise une plus grande portée d'actions ou de personnes qu'en vertu des normes internationales : *Ibid* à la p 76.

⁸ *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, 2225 RTNU 209 (entrée en vigueur : 29 septembre 2003) [CNUCTO].

⁹ Julie Kaye, « Anti-Trafficking and Exclusion : Reinforcing Canadian Boundaries through Human Rights Discourse » dans Atak et Simeon, *supra* note 3, 92.

par l'utilisation de discours anti-traffic humain et dans un objectif de protection des victimes. Contribuant à son image de défenseur des droits de la personne, les discours s'inscrivent toutefois dans un paradigme sécuritaire visant à réduire les risques d'une menace (c'est-à-dire l'« autre ») par le contrôle du crime et des frontières. Kaye souligne également l'enjeu fort intéressant du construit genré de la vulnérabilité, entraînant une criminalisation importante des personnes se trouvant exclues du cadre de la « victime parfaite ».

La deuxième partie de l'ouvrage, intitulée « The Criminalization and the Exclusion of Refugees in Canada and Abroad », contient trois chapitres traitant de l'article 1 F de la *Convention relative au statut des réfugiés*¹⁰ (*Convention*). Dans sa contribution, Nancy Weisman¹¹ présente le nouveau test développé dans l'affaire *Ezokola c Canada*¹² servant à la détermination de complicité pour les crimes de l'article 1 F. (a)¹³. La Cour suprême du Canada, dans un souci de conformité avec le droit international, établit une distinction entre la notion d'association (c'est-à-dire complice par association) et celle de complicité, grâce à l'élaboration de trois éléments clés de détermination¹⁴. L'auteure analyse l'application de ce test dans la jurisprudence canadienne et conclut que seule une analyse systématique de tous les facteurs rendra prudente l'utilisation de cet article. Les contributions de Waldman et Shazadi Meighen¹⁵ complètent le chapitre précédent sur l'article 1 F. (a) par une analyse comparative avec la jurisprudence du Royaume-Uni. Ils arguent que plusieurs cas d'exclusion ou de déportation au Canada sont le résultat de ses faibles standards de preuve dans l'application du test de complicité. Des conclusions qui pourraient possiblement être évitées en appliquant le fardeau de preuve de la balance des probabilités, comme celui adopté par la deuxième juridiction. Les auteurs tiennent à rappeler les directives émises par le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), selon lesquelles la clause d'exclusion doit être utilisée avec précaution, ayant été émise au départ pour favoriser une plus large ratification de la *Convention*. Dans le dernier chapitre, Joseph Rikhof¹⁶ analyse de manière comparative l'interprétation de l'article 1 F. (b)¹⁷ au sein de différentes juridictions. En constatant l'application internationale fragmentée dudit article, Rikhof propose *a fortiori* d'utiliser certains concepts issus du droit

¹⁰ « Les dispositions de cette *Convention* ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser : a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiées; c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies » : *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 136, art 1 F (entrée en vigueur : 22 avril 1954) [*Convention*].

¹¹ Nancy Weisman, « Recent Jurisprudential Trends in the Interpretation of Complicity in Article 1F(a) Crimes » dans Atak et Simeon, *supra* note 3, 119.

¹² *Ezokola c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 RCS 678.

¹³ *Convention*, *supra* note 10.

¹⁴ Le caractère volontaire, la contribution significative et l'acte en connaissance de cause.

¹⁵ Lorne Waldman et Warda Shazadi Meighen, « An Analysis of Post-Ezokola and JS Jurisprudence on Exclusion » dans Atak et Simeon, *supra* note 3, 138.

¹⁶ Joseph Rikhof, « The Interpretation of Exclusion 1F(b) of the 1951 Refugee Convention Internationally and in Canada » dans Atak et Simeon, *supra* note 3, 168.

¹⁷ *Convention*, *supra* note 10.

transnational. Ainsi, et conformément à la *CNUCTO*, une peine minimale d'emprisonnement de quatre ans comme déterminant d'un crime grave pourrait servir de seuil commun aux États. Bien que ce dernier chapitre soit dûment synthétisé, le manque de profondeur des propositions est regrettable.

La troisième section « Crimmigration Responses to "Migration Crises" : Historical and Comparative Perspectives » contient trois chapitres couvrant un large espace temporel et géographique. La première contribution de Petra Molnar¹⁸ s'attarde au concept d'*attrition through enforcement* en Jordanie et en Turquie en réponse à l'arrivée massive de Syriens. L'auteure définit ce concept comme le fait de rendre les conditions de vie difficiles aux réfugiés, entre autres par l'accès limité aux services sociaux et au travail, dans le but d'encourager ces derniers à s'autodéporter. En Jordanie, Molnar soulève l'application du concept à l'égard de certains groupes visés, principalement les réfugiés possédant une maladie transmissible et les sans-permis de travail. La Turquie, appliquant la clause territoriale de la *Convention*¹⁹, ne reconnaît que le statut de réfugiés à ceux fuyant l'Europe, laissant les Syriens en droit à une seule protection temporaire. Partant de ces pratiques, l'auteure constate l'application flexible du principe de non-refoulement. Elle rappelle néanmoins que ce principe est largement reconnu comme faisant partie du droit international coutumier, voire comme une norme de *jus cogens*, liant de ce fait les États.

En ce qui a trait aux États-Unis, Galya Ben-Arieh²⁰ analyse le « flux migratoire » provenant d'Amérique centrale comme une crise institutionnelle. L'auteure s'appuie sur la théorie de Fuller pour expliquer la prolifération des règles informelles créées par les agents de l'État (*creeping legalism*) par l'existence d'une contradiction au sein du droit. Ben-Arieh soutient en effet que le droit des réfugiés est victime d'une dichotomie au sein de son processus juridique, opposant un objectif humanitaire de protection et un désir de dissuasion envers le passage irrégulier à la frontière. Le droit des réfugiés, rendu ineffectif, entraîne une criminalisation importante des femmes et filles d'Amérique centrale. La culture de *disbelief* au regard de leur expérience migratoire et de leur vécu y contribue de fait largement. Quoiqu'analysées de manière théorique plutôt que sociale, la clarté des propos de l'auteure et son habileté à manier les différents concepts profitent au lecteur.

Au niveau historique, Dan Horner²¹ conclut cette section sur la « crise migratoire » issue de la famine des années 1840 en Irlande. L'auteur soutient que la réaction des populations des villes de Liverpool, Boston et Montréal et les réponses de l'État constituent un moment pivot dans la conception de la migration comme un agent perturbateur du tissu social. Afin d'assurer une meilleure gestion des « crises »

¹⁸ Petra Molnar, « Attrition through Enforcement and the Deportations of Syrians from Jordan and Turkey » dans Atak et Simeon, *supra* note 3, 193.

¹⁹ *Convention*, *supra* note 10, art 1 B (1).

²⁰ Galya Ben-Arieh, « Is the US Granting Refugee Status for Central Americans? A Study of the Refugee Status Determination Process for Central American Women and Their Children » dans Atak et Simeon, *supra* note 3, 226.

²¹ Dan Horner, « A population Takes Flight : The Irish Famine Migration in Boston, Montreal, and Liverpool, and the Politics of Marginalization and Criminalization » dans Atak et Simeon, *supra* note 3, 257.

actuelles, Horner conclut en appelant les pays à faire des parallèles avec ces événements historiques. Bien qu'il souligne l'utilité de la comparaison, le chapitre revêt un caractère purement descriptif des mesures de « crimmigration » du passé.

La dernière partie de l'ouvrage, « Criminalizing Refugees and Other Forced Migrants : Current Dynamics, Future Challenges, and Prospects », regroupe des thèmes fort différents. Dans le premier chapitre, Peter Goodspeed²² présente les politiques canadiennes en matière de réfugiés, partant de la crise d'Indochine de 1979 au décès du jeune Syrien Alan Kurdi en 2015. La réaction du public dans les deux cas fut agent catalyseur de l'intervention étatique. Toutefois, l'auteur souligne que le programme de parrainage privé a formé une réponse plus importante que celle venant de l'État, répondant à la fois aux aspirations nationales et à l'impératif humanitaire. L'auteur conclut en rappelant les retombées positives pour le Canada, et les Canadiens, de demeurer une terre d'accueil²³.

Au deuxième chapitre, Hannan et Baulder²⁴ abordent certaines mesures de protection des droits du travail garantis par des « sanctuaires » au Canada, au Royaume-Uni et aux États-Unis. Les mesures fédérales de « crimmigration », empêchant l'emploi de migrants irréguliers et entraînant le retrait de leurs droits, ont précarisé les conditions de vie de ces travailleurs, les rendant plus sujets à l'exploitation. La non-ratification des différentes conventions internationales assurant leur protection fait également foi de la réticence des États à garantir ces droits. Les auteurs esquissent ainsi les différents programmes initiés par les provinces et les États américains pour éviter les conséquences de tels obstacles. Ils concluent sur la nécessité de prendre certaines précautions lors de l'établissement de ces sanctuaires, afin d'éviter entre autres la création d'un faux sentiment de protection.

Judith Gleeson²⁵ clôt la section sur les réponses de l'Europe face à la « crise migratoire » des dernières années couplée aux récents attentats terroristes en territoire européen. L'auteure soutient que la construction de murs aux frontières des États et les nouvelles mesures nationales restrictives en matière d'asile ont mis à mal l'*Accord de Schengen*²⁶ et le régime d'asile européen commun (RAEC). L'auteure appelle les pays européens à trouver une nouvelle stratégie commune, avec ou sans la survie du RAEC, voire de l'Union européenne en soi. Malgré quelques concepts abordés à la hâte, l'auteure résume de manière habile un thème fort substantiel.

En guise de conclusion, les codirecteurs proposent différentes solutions aux « crises migratoires » de l'avenir en vue de décriminaliser la migration. Nonobstant la pertinence des autres propositions, la nécessité d'adresser les causes profondes de ces

²² Peter Goodspeed, « Back to the Future : Shifts in Canadian Refugee Policy Over Four Decades » dans Atak et Simeon, *supra* note 3, 283.

²³ Ne serait-ce que pour honorer son Nansen Refugee Award: Voir *Ibid* à la p 294.

²⁴ Charity-Ann Hannan et Harald Bauder, « Scoping the Range of Initiatives for Protecting the Employment and Labour Rights of Illegalized Migrants in Canada and Abroad » dans Atak et Simeon, *supra* note 3, 313.

²⁵ Judith Gleeson, « Progress towards a Common European Asylum System? The Migration Crisis in Europe » dans Atak et Simeon, *supra* note 3, 340.

²⁶ CE, *Acquis de Schengen*, [2000] JO, L 239 à la p 13.

crises (c'est-à-dire les conflits prolongés) demeure certainement l'une des plus fondamentales. Le rôle du HCR en tant que médiateur et l'inclusion des « réfugiés de guerre » dans la définition de la *Convention* constituent des moyens forts intéressants.

De par la diversité des thèmes abordés et des approches méthodologiques propres aux auteurs, l'ouvrage rend difficilement compte d'un fil conducteur. Il est particulièrement ardu de déceler une suite logique entre les parties de l'ouvrage, de même que pour les chapitres au sein des sections. La deuxième partie portant sur l'article I F de la *Convention* y fait toutefois exception. D'un autre côté, l'approche interdisciplinaire de l'ouvrage offre au lecteur une grille de lecture diversifiée, permettant à ce dernier d'acquérir une connaissance plus vaste du sujet, au travers de points de vue multiples, allant de la philosophie à la criminologie en passant par l'histoire et le droit. Outre cet objectif atteint de rassembler divers champs d'expertise à l'étude d'un seul thème, il faut également souligner la richesse empirique de l'ouvrage. Les témoignages et les récits de réfugiés permettent de donner une voix à ces derniers et de dépasser l'étiquette ou le seul statut juridique qui leur est attribué, découvrant leurs autres identités, comme travailleurs, parents ou enfants.

De plus, il faut mentionner la portée géographiquement limitée de l'ouvrage. Bien que l'attention soit dirigée principalement sur le Canada, certains chapitres contenant des titres avec les mentions *Abroad*, *Around the World* ou *Internationally*, ne font que des références ponctuelles à certains pays, comme les États-Unis ou le Royaume-Uni. Ainsi, il aurait été fort intéressant de miser sur une perspective comparative et d'approfondir les passages sur les mesures de criminalisation des autres pays.

Qui plus est, alors que les codirecteurs définissent clairement le néologisme de la « crimmigration », il n'en est pas de même pour les concepts associés à la migration et au système de protection des réfugiés. En l'absence d'une définition explicite des termes de migrants, réfugiés, migrants forcés et demandeurs d'asile, ces derniers peuvent sembler interchangeable à la lecture des chapitres pour un lectorat non spécialisé. Ce faisant, cela risque de détourner l'attention du lecteur des particularités du système de protection des réfugiés et brouiller les frontières entre les obligations internationales prises à l'égard de ces derniers et celles en vertu des migrants²⁷.

Finalement, il faut saluer les différentes pistes de solutions proposées par les codirecteurs en guise de conclusion. Il aurait été certes pertinent de sortir du paradigme humanitaire privilégié abordé dans la majeure partie de l'ouvrage et refléter les enjeux soulevés par les témoignages des réfugiés dans la formulation des recommandations. Bref, inscrire la diversité des thèmes abordés dans un changement narratif à l'égard de réfugiés serait grandement intéressant.

²⁷ HCR, « "Réfugiés" et "migrants" – Questions fréquentes » (16 mars 2016), en ligne : *HCR* <www.unhcr.org/fr/news/stories/2016/3/56f29941c/refugies-migrants-questions-frequentes.html>.

**ÉRIC BOULANGER, ÉRIC MOTTET ET MICHÈLE RIOUX,
DIR, *MONDIALISATION ET CONNECTIVITÉ : LES ENJEUX
DU COMMERCE, DE L'INVESTISSEMENT ET DU TRAVAIL AU
XXIÈ SIÈCLE*, QUÉBEC, PRESSES DE L'UNIVERSITÉ DU
QUÉBEC, 2019**

*Laurie Trottier**

Une littérature abondante s'est accumulée au fil des années au sujet de la mondialisation. Si le sujet a fait couler autant d'encre, c'est que le phénomène se retrouve plus que jamais au cœur des échanges, du commerce, des sciences sociales, économiques et politiques, de la technologie et même du quotidien de la civilisation. Toutefois, certains auteurs¹ estiment que la mondialisation est trop souvent encadrée dans des prémisses et associations menant parfois à une vision étroite et linéaire des enjeux, plutôt que globalisante. C'est un des nombreux constats des auteurs de l'ouvrage collectif *Mondialisation et connectivité : les enjeux du commerce, de l'investissement et du travail au XXIe siècle*, sous la direction du codirecteur de l'Observatoire de l'Asie de l'Est de l'UQAM, Éric Boulanger, le professeur de géopolitique, Éric Mottet, et la directrice du Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation de l'UQAM, Michèle Rioux. Cet ouvrage ne prétend pas brosser le portrait complet de la mondialisation, mais cherche plutôt à dresser les résultats de recherches approfondies et à laisser au lecteur² le soin de faire ses propres liens entre les nombreux enjeux liés à ce phénomène.

Ce recueil aborde néanmoins un large éventail de thèmes : la place de l'État dans un monde globalisé, la politique commerciale américaine, les défis de la régulation, les dynamiques commerciales et les firmes transnationales en passant par l'émergence de nouveaux joueurs. Cet ouvrage puise son intellection à travers l'histoire, les outils économiques et les relations internationales pour s'inscrire ainsi comme une lecture essentielle afin de formuler un jugement critique de la mondialisation, exempt de raccourcis de pensée.

L'ouvrage se divise en vingt-quatre chapitres articulés autour de cinq parties qui permettent une juste compréhension de la mondialisation, bonifiée par la contribution d'auteurs aux bagages différents, mais complémentaires. C'est sur certaines propositions avancées à travers ceux-ci qu'on se concentre.

La première partie tente de qualifier ce phénomène et jette les premières pistes d'analyse en y intégrant beaucoup de faits historiques. Le premier chapitre élabore les

* Laurie Trottier est étudiante au baccalauréat en relations internationales et droit international à l'Université du Québec à Montréal (UQAM).

¹ Éric Boulanger, Éric Mottet et Michèle Rioux, dir, *Mondialisation et connectivité : les enjeux du commerce, de l'investissement et du travail au XXIe siècle*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2019, 417 p [Boulanger, Mottet, Rioux].

² Le genre masculin a été adopté afin de faciliter la lecture, de ne pas alourdir le texte et n'a aucune intention discriminatoire.

différentes transformations de l'économie mondiale, dont la montée en puissance de la Chine, l'organisation de la production des entreprises à l'ère de leur externalisation et l'apparition de nouveaux réseaux marchands. À cette enseigne, les auteurs Christian Deblock³ et Michèle Rioux⁴ expliquent que le capitalisme en tant que nouvelle dynamique de production est désormais empreint de production transnationale, ce qui laisse transparaître la volonté des États de rivaliser à l'international afin d'obtenir des contrats⁵.

Le chapitre 2 s'articule plutôt autour de la nécessité de sécurité économique internationale qui s'installe dans les rapports interétatiques. Si Christian Deblock souligne au passage le progrès réalisé afin d'arriver à un nouvel ordre économique international, il formule également quelques critiques. Il indique notamment que le projet est « tronqué »⁶ par la volonté même des États, ce qui fait en sorte que les institutions économiques sont condamnées à n'avoir qu'un mandat sommaire en matière de multilatéralisme. De plus, l'ouvrage traite à répétition du rôle de l'État dans le développement économique international, et le chapitre 3 ne fait pas exception. L'analyse de Dorval Brunelle⁷, bien qu'elle remonte à plus de quinze ans, reste néanmoins pertinente, puisqu'on y traite de la reconversion de l'État après un questionnement sur sa possibilité de réguler les conflits économiques dans un monde où la classe politique et celle des affaires évoluent parfois en symbiose. Le constat formulé en 2003 par le chercheur n'est donc en rien caduc : les institutions, l'État en premier, se retrouvent bouleversés par la globalisation. Le postulat comme quoi l'heure n'est pas à la condamnation de l'État, mais plutôt à un changement de paradigme, se poursuit dans le chapitre 5, alors que Stéphane Paquin⁸ indique en s'appuyant sur des données statistiques que les pays les plus « cohérents en termes de politiques publiques »⁹ ne sont pas les perdants d'un système mondialisé, bien au contraire.

En deuxième partie, les auteurs abordent la régulation économique sous tous ses angles. Le chapitre 6, par Michèle Rioux, brosse un portrait complet de la gouvernance globale. Sans sombrer dans l'alarmisme, elle démontre que les capacités de supervision et de régulation ne sont plus adaptées aux besoins des États. Alors qu'il y a un consensus international sur la nécessité d'une gouvernance publique et privée, le modèle proposé comporte des lacunes importantes. On le devine rapidement : la professeure Rioux adresse une critique à la gouvernance mondiale, en dénonçant son

³ Christian Deblock est professeur titulaire au département de science politique de l'Université du Québec à Montréal et directeur de recherche au Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation (CEIM).

⁴ Michèle Rioux est professeure au département de science politique de l'Université du Québec à Montréal et directrice du Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation (CEIM).

⁵ Christian Deblock et Michèle Rioux, « De la nationalisation du monde à la globalisation », dans Boulanger, Mottet et Rioux, *supra* note 1 à la p 33.

⁶ Christian Deblock, « La sécurité économique internationale : entre l'utopie et le réalisme », dans Boulanger, Mottet et Rioux, *supra* note 1 à la p 55.

⁷ Dorval Brunelle est professeur au département de sociologie à l'Université du Québec à Montréal.

⁸ Stéphane Paquin est professeur titulaire à l'École nationale d'administration publique (ENAP), directeur scientifique du Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation (CEIM) et directeur du Groupe de recherche et d'études sur l'international et le Québec (GERIQ).

⁹ Stéphane Paquin, « La mondialisation n'est (toujours) pas coupable », dans Boulanger, Mottet et Rioux, *supra* note 1 à la p 124.

faible côté pratique. Le chapitre 7 de Mathieu Arès¹⁰ et Éric Boulanger¹¹, renchérit sur cette incapacité pour les États à prendre des engagements contraignants, comme quoi les solutions collectives sont délaissées au profit d'une multiplication d'accords bilatéraux. L'analyse comparative de l'évolution du régime national d'investissement dans le temps et l'arrivée des acteurs du Sud dans l'équation, permettent aux chercheurs de conclure que le régime fait partie intégrante de la mondialisation et que son attractivité s'atténue en raison du nombre de joueurs se faisant concurrence.

La troisième partie suit naturellement le fil conducteur de l'ouvrage en abordant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), les accords commerciaux et les échanges dans l'économie mondialisée. Non seulement le fonctionnement de l'organisation continue à favoriser les intérêts des grands joueurs mondiaux, mais l'agenda de Doha pour le développement ne fait qu'ajouter un objectif de réduction de pauvreté, sans réel changement ou rejet du libre-échange. Plusieurs questions sont soulevées : les pays émergents accepteront-ils le *statu quo* de la gouvernance commerciale multilatérale? Jetteront-ils les premières pierres en demandant une révision complète du système pour favoriser leur émancipation?

En s'appuyant sur une étude de cas de la coalition interétatique composée de plusieurs pays émergents, le *Non Agricultural Market Access* (NAMA-11), Medhi Abbas conclut brillamment que ces pays préfèrent soutenir la structure actuelle, en modifiant simplement les mandats et les modalités. Le chapitre 10 critique fortement le Programme Doha pour le développement, rappelant le peu de gains attendu et la répartition inégale de ceux-ci entre les pays développés et les pays en développement.

La troisième partie traite également de la mondialisation telle que l'entend le président de la République populaire de Chine, Xi Jinping, avec le projet de la route de la soie. Un projet « pancontinental » libre-échangiste, incluant des infrastructures maritimes, terrestres et énergétiques qui a pour objectif ambitieux de connecter la Chine à l'Afrique, l'Eurasie, l'Europe, le Moyen-Orient, l'Asie du Sud-Est et l'Asie du Sud. Il nécessitera forcément le financement de banques étrangères et d'investisseurs étrangers. Quelques enjeux sont soulevés, notamment les enjeux de financement, les revendications nationalistes ouïgoures qui pourraient ralentir les échanges entre la Chine et l'Asie centrale et les menaces sécuritaires au Moyen-Orient, en Asie du Sud ou en Asie centrale. Toutefois, la Chine semble faire cavalier seul et n'attend pas le feu vert des organisations économiques internationales pour donner suite à son projet.

La quatrième partie se concentre sur les chaînes de valeurs globales et les firmes multinationales qui « portent la mondialisation vers un degré d'interconnectivité qui n'a probablement jamais été auparavant »¹² et les défis de l'encadrement de ces pratiques. Les auteurs sont clairs : la mondialisation ne se limite pas au commerce. Les firmes multinationales bouleversent l'ordre économique international basé sur des réseaux d'échanges entre économies nationales et firmes indépendantes en militant pour

¹⁰ Mathieu Arès est professeur-adjoint à l'École de politique appliquée de l'Université de Sherbrooke.

¹¹ Éric Boulanger a obtenu son doctorat en science politique à l'Université du Québec à Montréal.

¹² Éric Boulanger, Éric Mottet et Michèle Rioux, « Introduction générale », dans Boulanger, Mottet et Rioux, *supra* note 1 à la p 16.

faire tomber toutes les contraintes des entreprises sur les marchés. Cette ouverture, en plus d'accentuer la faiblesse des organisations internationales économiques à arriver à des consensus, peut apporter son lot de problèmes. C'est par exemple le cas aux États-Unis où on voit la délocalisation d'entreprises, la réexportation et production à moindre coût, combinées à un Programme d'aide à l'ajustement commercial (PAAC) qui se doit d'être remis au goût du jour.

Enfin, la dernière partie de l'ouvrage s'inscrit comme un regard global sur la panoplie d'enjeux soulevés. Le chapitre vingt-quatre sur le protectionnisme, écrit par Christian Deblock, fait office de conclusion et présente cinq sources d'inquiétude¹³ associées aux dangers du protectionnisme, qu'il estime obsolète. Des pistes de réponses quant au futur de l'économie mondiale sont avancées, avec la nécessité de considérer d'autres approches afin de réguler le commerce et d'arriver avec des règles du jeu sur « la concurrence, sur la responsabilité des entreprises, sur les pratiques commerciales des entreprises, etc. »¹⁴, aussi bien pour le commerce que les finances publiques.

La rigueur implacable et la justesse de la recherche font la réputation de cet ouvrage qui s'inscrit comme un incontournable pour comprendre un concept qui semble n'échapper à aucun domaine de la science politique et de l'économie : la mondialisation. Truffé d'exemples récents et de graphiques pertinents, l'ouvrage interdisciplinaire constitue un point de départ pour toute recherche approfondie sur le sujet. Toutefois, il faudra parfois aller creuser davantage pour venir à bout de quelques idées et étoffer un débat. Quelles sont les conséquences commerciales et financières si le projet arrive à échéance? Comment celui-ci bouleversera-t-il le *statu quo* sur l'investissement et le travail? Dans quelle mesure ce projet pourra-t-il aider le développement sud-asiatique ou africain? À ce propos, l'Afrique semble la grande oubliée de cet ouvrage. On aborde peu les effets ou les conséquences de la mondialisation sur un continent en plein essor, où les acteurs internationaux sont tous réunis et jouent du coude pour en tirer des bénéfices.

Cela dit, la force de ce livre est qu'il pousse ses lecteurs à vouloir approfondir leurs recherches, tout en fournissant une base actuelle, efficace et scrupuleuse.

¹³ Les cinq sources d'inquiétude dégagées par le directeur de recherche du Centre d'études sur l'intégration et la mondialisation sont le retour du protectionnisme pouvant miner la progression de l'activité économique; le soutien du commerce et la nécessité d'empêcher la régression des échanges internationaux; l'équilibre précaire entre les finances publiques et la responsabilité étatique de soutenir les entreprises nationales; l'accroissement des inégalités et la facilité qu'ont les grands joueurs de faire du commerce le bouc émissaire de tous les problèmes financiers et économiques.

¹⁴ Christian Deblock, « La muleta du protectionnisme », dans Boulanger, Mottet et Rioux, *supra* note 1 à la p 411.