

Jus cogens et non-discrimination : pourquoi la discrimination à l'égard des femmes n'est-elle pas interdite par une norme impérative du droit international ?*

Anne-Marie LÉVESQUE**

Jus cogens and Non-Discrimination : Why is Gender Discrimination not Prohibited by a Peremptory Norm of International Law?

Jus cogens y no discriminación : porque la discriminación hacia las mujeres no es prohibida por una norma imperativa del derecho internacional?

Jus cogens e não discriminação : Por que a discriminação das mulheres não é proibida por uma norma imperativa de direito internacional?

强行法与禁止歧视：
为什么国际法强行规范不禁止针对妇女的歧视？

Résumé

Ce texte a pour but de mettre en lumière l'incongruité du fait que l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe soit absente des normes impératives du droit international ou *jus cogens*. La première partie décortique la notion de *jus cogens* et souligne l'important pouvoir

Abstract

The purpose of this essay is to highlight the incongruity of the absence of the prohibition of gender discrimination among the peremptory norms of international law, or *jus cogens*. Part I examines the concept of *jus cogens* and underlines the high symbolic significance

* L'auteure tient à remercier Jean-François Gaudreault-Desbiens et Isabelle Duplessis pour leurs précieux commentaires.

** B.Sc. (Montréal), LL.M. (Montréal), chercheure chez Ergon Associates (Londres).

symbolique qu'elle confère aux normes ayant atteint ce statut. Ayant démontré que l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe ne fait toujours pas partie du corpus de normes jugées non susceptibles de dérogation par la communauté internationale dans son ensemble, une comparaison est effectuée avec la discrimination raciale, dont la prohibition fait, quant à elle, l'objet d'une norme de *jus cogens*. Cet exercice fait ressortir le grand écart de traitement réservé à chacune des formes de discrimination, ce qui à son tour mène à une conclusion gênante: un État sera jugé plus sévèrement pour des comportements discriminatoires semblables si ces derniers visent les membres d'une minorité raciale que s'ils visent des personnes de sexe féminin. La deuxième partie tente d'apporter des pistes de réponses pouvant expliquer cet état de fait. En premier lieu, viennent les effets de la distinction public/privé, qui se répercutent sur la scène internationale ainsi que dans le processus de formation du *jus cogens* en maintenant les questions relatives aux droits des femmes dans une sphère tantôt nationale, tantôt séparée des autres droits du droit international des droits de la personne. L'attention se tourne ensuite vers la possible présence d'un standard ou biais masculin dans le droit qui occulterait les expériences féminines dans la construction de concepts tels que l'État nation ou les droits de la personne. Le troisième élément de réponse porte, quant à lui, sur l'influence importante du relativisme culturel dans les débats entourant le principe de non-discrimination à l'égard des femmes. Une fois de plus, le recours à la comparaison avec le principe de non-discrimination raciale permet de constater la différence dans le traitement

conferé to norms that have reached this status. After demonstrating that the international community as a whole does not consider the prohibition of gender discrimination as an imperative norm, a comparison is then made with racial discrimination, whose prohibition is a norm of *jus cogens*. This exercise highlights the gap that exists between the treatment of each form of discrimination, which in turn leads to an embarrassing conclusion: a State will be judged more severely for similar discriminatory treatment if it is directed towards the members of a racial minority than if it is directed towards women. Part II tries to offer some answers that could explain this gap. First, there are the effects of the public/private divide, which are reflected in the international arena as well as in the formation of *jus cogens* norms by keeping issues related to women's rights in a sphere that is either national or distinct from other international human rights. Attention is then brought on the possible presence of a male standard or bias in law that would ignore female experiences in the construction of concepts such as the nation State or human rights. The third possible element of response relates to the significant influence of cultural relativism in the debates surrounding the principle of non-discrimination against women. Once again, a comparative approach with the prohibition of racial discrimination shows the important difference in how each type of discrimination is treated, since cultural claims are practically absent from discussions about racial discrimination.

réservé aux deux formes de discrimination, puisque les revendications culturelles sont pour ainsi dire complètement absentes des discussions concernant la discrimination raciale.

Resumen

Este texto tiene por objetivo destacar la incongruencia del hecho que la prohibición de discriminación basada en el sexo sea ausente de las normas imperativas de derecho internacional o *jus cogens*. La primera parte del texto disecciona la noción de *jus cogens* y hace hincapié en el importante poder simbólico que ella confiere a las normas que han alcanzado esta categoría. Habiendo demostrado que la prohibición de discriminación basada en el sexo aun no es parte del corpus de normas consideradas no susceptibles de derogación por la comunidad internacional en su conjunto, se procede a hacer una comparación con la discriminación racial, cuya prohibición es objeto de una norma de *jus cogens*. Este ejercicio pone de relieve la gran divergencia en el tratamiento reservado a cada forma de discriminación, que a su vez conduce a una incómoda conclusión: un Estado será juzgado con mayor severidad, por comportamientos discriminatorios similares si estos últimos se aplican a los miembros de una minoría racial que si se aplican a las personas de sexo femenino. La segunda parte trata de dar algunas pistas que podrían explicar esta situación. En primer lugar vienen los efectos de la distinción público/privado, que repercuten sobre la escena internacional, así como en el proceso de formación de *jus cogens* manteniendo las cuestiones relativas a los

Resumo

O objetivo deste texto é destacar a incongruência da ausência da proibição de discriminação de gênero entre as normas imperativas de direito internacional, ou *jus cogens*. A primeira parte analisa o conceito de *jus cogens* e sublinha o grande significado simbólico conferido às normas que atingiram este status. Depois de demonstrar que a comunidade internacional como um todo não considera a proibição da discriminação de gênero como norma imperativa, uma comparação é feita com a discriminação racial, cuja proibição é uma norma de *jus cogens*. Este exercício destaca a lacuna que existe entre o tratamento de cada forma de discriminação, que por sua vez leva a uma conclusão embaraçosa: um Estado será julgado mais severamente por tratamento discriminatório semelhante se este for direcionado a membros de uma minoria racial do que se direcionado a mulheres. A segunda parte tenta oferecer algumas respostas que poderiam explicar essa lacuna. Primeiro, há os efeitos da divisão público/privado, que se refletem na arena internacional, assim como na formação das normas de *jus cogens*, e que mantém as questões relacionadas aos direitos das mulheres em uma esfera que é nacional ou diferente de outros direitos humanos internacionais. A atenção é então atraída sobre a possível presença de um padrão masculino ou viés na lei que ignoraria experiências femininas na

derechos de las mujeres en un ámbito tanto nacional, como separada de otros derechos del derecho internacional de los derechos humanos. La atención se dirige enseguida hacia la posible presencia de un estándar o sesgo masculino en el derecho que ocultaría las experiencias femeninas en la construcción de conceptos como el Estado nación o los derechos humanos. El tercer elemento de respuesta se refiere por su parte a la importante influencia del relativismo cultural en los debates en torno al principio de no discriminación de la mujer. Una vez más, un estudio comparativo al principio de no discriminación racial permite constatar la diferencia en el tratamiento de las dos formas de discriminación, puesto que las reivindicaciones culturales son por así decirlo completamente ausentes de las discusiones relativas a la discriminación racial.

construção de conceitos como o de Estado nação ou os direitos humanos. A terceira resposta possível refere-se à influência significativa do relativismo cultural nos debates em torno do princípio da não-discriminação contra as mulheres. Mais uma vez, uma abordagem comparativa com a proibição da discriminação racial mostra a diferença importante na forma como cada tipo de discriminação é tratada, uma vez que reivindicações culturais estão praticamente ausentes das discussões sobre a discriminação racial.

中文摘要

本文旨在阐释为什么国际法强行规范或强行法中没有禁止性别歧视的规定。第一部分剖析“强行法”的概念，强调其赋予强行规范的重大象征意义。在揭示了国际社会作为整体并没有把禁止性别歧视作为强行规范之后，又与作为强行法的禁止种族歧视进行比较。比较重点关注对待不同歧视种类的差异，从而又得出一个尴尬的结论：就类似的歧视行为而言，国家针对少数种族的歧视比针对妇女的歧视会受到更严重的指责。第二部分提出几点答案试图对这一差异进行解释。首先，由于国际领域以及强行法规范形成过程中的公私划分，与妇女权利有关的问题通常不是被划为国内问题，就是与其他国际人权问题相区分。其次，在“民族国家”、“人权”等这类概念的建构过程中，可能存在男性的法律标准或偏见而忽视了女性经验。最后，在围绕禁止歧视妇女原则的争议中，文化相对主义的影响甚大。与禁止种族歧视的再一次比较表明了对待不同歧视种类的巨大差异，因为有关种族歧视的讨论几乎不涉及文化主张。

Plan de l'article

Introduction	459
I. Le concept de <i>jus cogens</i> et le statut du principe de non-discrimination en fonction du sexe en droit international	461
A. Le concept de <i>jus cogens</i>	461
1. Définition.....	462
2. Processus de formation	464
3. Exemples	466
B. Le statut du principe de non-discrimination en fonction du sexe en droit international.....	467
1. Une norme conventionnelle.....	468
2. Une norme coutumière?	471
3. Une norme de <i>jus cogens</i> ?.....	473
C. Comparaison entre l'interdiction de la discrimination raciale et le principe de non-discrimination fondée sur le sexe.....	474
II. Facteurs expliquant l'absence de la prohibition de la discrimination fondée sur le sexe parmi les normes impératives du droit international général	483
A. La distinction public/privé	484
1. La distinction public/privé: origines et transposition en droit international	484
2. L'influence de la distinction public/privé sur le <i>jus cogens</i>	489
3. Une division qui peut être surmontée.....	492

B.	Primauté du standard masculin en droit	496
1.	De l'importance du standard et du statu quo en droit	497
2.	Le standard masculin au sein des institutions du système international	500
3.	Influence sur le <i>jus cogens</i>	503
C.	Influence du relativisme culturel.....	507
1.	Relativisme, universalisme et droits des femmes	508
2.	Comparaison avec l'interdiction de la discrimination raciale	513
3.	Dimension politique	515
4.	Apport des féministes non occidentales.....	519
	Bilan et perspectives : quelles avenues possibles ?	523

En septembre 1995, 189 États membres des Nations-Unies ainsi que les représentants de plus de 2 100 organisations non gouvernementales étaient réunis à Beijing pour la quatrième Conférence mondiale sur les femmes. Cinquante ans après la naissance des Nations-Unies et à l'aube du nouveau millénaire, le climat était favorable à l'adoption d'un document qui permettrait de rattraper le retard accumulé en matière d'égalité entre les sexes: c'est ainsi que fut adopté le Programme d'action de Beijing, présenté comme un agenda pour l'autonomisation et la prise de pouvoir (*empowerment*) des femmes. L'optimisme était tel que la Secrétaire générale de la conférence, Mme Gertrude Mogella, affirma ni plus ni moins qu'une révolution avait commencé¹. En mettant l'accent sur des thèmes tels que la pauvreté, l'éducation, la violence faite aux femmes, les inégalités économiques, les médias ainsi que le traitement réservé aux fillettes, le Programme d'action cherchait à accroître le respect des droits de la personne pour toutes les femmes.

Aujourd'hui, plus de dix-huit ans après l'adoption du Programme, force est de constater que la révolution annoncée n'a pas eu lieu. Si certains progrès ont été atteints, les statistiques concernant, par exemple, la pauvreté, l'éducation et la santé des femmes et des filles, ainsi que celles portant sur la violence envers les femmes demeurent encore alarmantes. Ce constat est d'autant plus inquiétant qu'il semble se dégager de la pratique ainsi que des déclarations de nombreux États une impression selon laquelle les droits des femmes, y compris leur droit de vivre à l'abri de la discrimination, ont un statut inférieur à d'autres droits de la personne. Cette impression est malheureusement renforcée par le fait que, contrairement à d'autres formes de discrimination, la discrimination basée sur le sexe ne semble pas être prohibée par une norme de *jus cogens*, aussi connue sous le nom de norme impérative du droit international. Bien qu'il puisse s'agir, à première vue, d'un simple détail technique, une telle situation a pourtant de quoi inquiéter au regard de l'importante signification de l'inclusion d'une norme dans cette catégorie particulière. En effet, cette absence pourrait mener à la conclusion que la discrimination envers les femmes n'est pas l'affaire de la communauté internationale des États dans son ensemble, ou encore qu'elle ne heurte pas les valeurs fondamentales

¹ Gertrude MONGELLA, *Allocution d'ouverture, Cérémonie d'ouverture de la quatrième conférence mondiale sur les femmes*, Beijing, 4 septembre 1995, en ligne: <<http://www.un.org/esa/gopher-data/conf/fwcw/conf/una/950904102036.txt>> (consulté le 19 juillet 2014).

de l'ordre international. Un tel aveu serait pour le moins embarrassant, surtout pour les défenseurs de l'universalité du droit international et des droits de la personne. Comment affirmer d'une part que tous les humains sont détenteurs de droits fondamentaux inaliénables, tout en refusant d'autre part d'interdire une forme de discrimination qui touche la moitié de l'humanité?

Cette étude aura pour objet d'identifier certaines des raisons pouvant expliquer le fait que, contrairement à la discrimination raciale par exemple, la discrimination basée sur le sexe ne fait pas partie des violations des droits de la personne prohibées par une norme de *jus cogens*. La première partie s'intéressera au concept de *jus cogens* et analysera sa signification, son processus de formation ainsi que son contenu actuel. Le statut réel du principe de non-discrimination à l'égard des femmes sera ensuite évalué par rapport à ce corpus de normes impératives, en le comparant plus particulièrement au statut dont jouit l'interdiction de la discrimination raciale.

Après avoir constaté le statut inférieur de la discrimination basée sur le sexe par rapport à d'autres droits de la personne, la deuxième partie sera quant à elle consacrée aux facteurs pouvant expliquer cet état de fait. Ces facteurs se divisent en deux catégories : les facteurs d'ordre structurel, qui sous-tendent le fonctionnement des mécanismes de droit international d'apparence neutre, mais qui agissent au détriment des intérêts des femmes, et les facteurs liés aux accusations d'impérialisme culturel de la part des pays occidentaux envers les pays du « Tiers-monde ». La première catégorie regroupe des institutions centrales au système juridique national et international qui entraînent dans leur fonctionnement des effets différenciés pour les hommes et les femmes. La traditionnelle distinction entre les sphères publique et privée, qui se répercute sur la scène internationale par une opposition entre la sphère publique internationale et la sphère privée nationale, constitue l'un des obstacles à la reconnaissance de la discrimination envers les femmes comme un enjeu touchant la communauté internationale des États dans son ensemble. La présence d'un standard masculin dans le droit, notamment dans le droit international des droits de la personne ainsi que dans le paradigme de l'État-nation, freine aussi grandement cette reconnaissance.

En ce qui a trait à la deuxième catégorie de facteurs, elle relève de l'emprise des arguments des relativistes culturels sur le débat entourant le

statut du principe de l'égalité entre les sexes en droit international. En présentant ce dernier comme une valeur typiquement occidentale plutôt que comme un droit fondamental, de nombreux États réussissent à miner la portée de l'interdiction de la discrimination basée sur le sexe sur la base de revendications culturelles ou religieuses, ce qu'ils n'osent cependant pas faire pour d'autres types de discrimination. Finalement, cette étude se conclura par l'examen de quelques pistes de solutions et perspectives d'avenir quant à l'inclusion du principe de non-discrimination à l'égard des femmes parmi les normes de *jus cogens*.

I. Le concept de *jus cogens* et le statut du principe de non-discrimination en fonction du sexe en droit international

Avant de s'attaquer aux raisons pouvant expliquer l'absence de la discrimination basée sur le sexe parmi les normes impératives du droit international général, il importe d'abord de clarifier l'état du droit international sur la question. Cette première partie sera donc consacrée à une brève étude du concept de *jus cogens* et des normes ayant vraisemblablement acquis ce titre, puis à l'analyse du statut véritable que possède à l'heure actuelle le principe de non-discrimination à l'égard des femmes en droit international. Finalement, une comparaison sera effectuée avec l'interdiction de la discrimination raciale afin d'évaluer l'écart de statut entre les deux facteurs de discrimination.

A. Le concept de *jus cogens*

Si le concept de *jus cogens* fit pendant un certain temps l'objet de débats en droit international quant à sa validité, la plupart des juristes s'entendent aujourd'hui pour dire que son inclusion dans la *Convention de Vienne sur le droit des traités*² de 1969 démontre qu'il a été accepté par pratiquement tous les États³. Afin de bien illustrer l'importance accordée aux normes qui profitent de ce statut, il convient d'en exposer la définition et le processus de formation ainsi que de fournir des exemples de normes ayant rejoint cette catégorie.

² *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur le 27 janvier 1980) [ci-après « Convention de Vienne »].

³ Oscar SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, p. 342.

1. Définition

La *Convention de Vienne sur le droit des traités* établit clairement l'équivalence entre le terme *jus cogens* et les normes dites « impératives » du droit international à ses articles 53 et 64, respectivement intitulés « Traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) » et « Survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ». Une définition plus détaillée du concept se retrouve à l'article 53 :

« Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble comme une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant acquis le même caractère. »

Cette définition peut être décomposée en trois éléments principaux, soit la reconnaissance de la norme par la communauté internationale des États dans son ensemble, l'impossibilité de déroger à ladite norme ainsi que son caractère permanent ou « indélébile »⁴, qui ne peut être contesté que par une nouvelle norme de *jus cogens*. Le premier élément agit comme un critère de légitimité pour la norme impérative : pour être reconnue comme telle, elle doit en effet recueillir l'adhésion de la communauté internationale des États dans son ensemble. Au sein d'une communauté internationale où les intérêts sont aussi diversifiés que nombreux, cette tâche pour le moins difficile à réaliser a pour but d'assurer une valeur universelle au *jus cogens*. Quant à eux, les deuxième et troisième éléments confèrent aux normes impératives une supériorité normative qui les distingue des autres normes du droit international. Non seulement est-il interdit de contrevenir à ces normes, mais il est aussi impossible de les abroger par simple traité ou accord bilatéral. Ce sont plutôt ces mêmes traités et accords qui sont considérés nuls lorsqu'en conflit avec une norme impérative⁵. L'impossibilité de déroger aux normes appartenant à cette catégorie leur vaut aussi dans la littérature les qualificatifs « indérogeables » et « péremptoirs ».

⁴ Ian BROWNIE, *Principles of Public International Law*, 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 510.

⁵ Convention de Vienne, préc., note 2, art. 53 et 64.

Les normes impératives du droit international général semblent donc provenir d'une rare combinaison entre universalité et supériorité normative⁶. Étant donné l'autorité qui émane des normes issues d'un tel croisement, leur violation serait perçue comme heurtant l'essence même du système juridique auquel elles appartiennent⁷. Ces normes non susceptibles de dérogation ne traduisent ni plus ni moins que les valeurs fondamentales du système international⁸, le concept de *jus cogens* étant selon certaines interprétations « destiné à servir de base à la constitution d'un ordre public international fondé sur une morale objective universelle qu'aucun État ne pourra transgresser »⁹. À ce chapitre, le *jus cogens* démontre une certaine parenté avec le concept de droit naturel tel que présent, par exemple, dans la pensée de Grotius. On y retrouve en effet la même idée de communauté universelle unie par des valeurs ainsi qu'un droit éternel et immuable dit « naturel », doté d'une existence à part entière et dont l'évolution ne dépendrait aucunement des fluctuations politiques et géographiques¹⁰.

Évidemment, cette vision quelque peu idyllique du *jus cogens* ne fait pas l'unanimité. Bien que l'existence du concept ait été reconnue par les États, beaucoup de scepticisme entoure toujours la capacité de ce type de normes à exercer un impact réel sur la pratique du droit international. Selon certains commentateurs, la supériorité hiérarchique du *jus cogens* est davantage morale que normative puisque les normes de cette catégorie ne constituent pas la source d'autorité pour la création du *jus dispositivum*¹¹. Il convient cependant de souligner que les juristes qui croient au potentiel de ce droit péremptoire sont aussi les premiers à reconnaître son caractère explicitement promotionnel. Loin d'y voir une tare, ils y voient au contraire le moyen de faire progresser le respect de normes et valeurs

⁶ Nicholas G. ONUF et Richard K. BIRNEY, « Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future », (1974) 4 *Denver J. Int'l L. & Pol'y* 187, 190, cités par Hilary CHARLESWORTH et Christine CHINKIN, « The Gender of Jus Cogens », (1993) 15 *Human Rights Quarterly* 63, 63.

⁷ Lauri HANNIKAINEN, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law; Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1988, p. 1.

⁸ Hilary CHARLESWORTH et Christine CHINKIN, *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000, p. 120 et 121.

⁹ Jean-Maurice ARBOUR et Geneviève PARENT, *Droit international public*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 37.

¹⁰ *Id.*, p. 38.

¹¹ L. HANNIKAINEN, *préc.*, note 7, p. 12.

jugées fondamentales pour la communauté internationale: «The importance of the doctrine of *jus cogens* lies [...] not in its practical application, but in its symbolic significance. It assumes that decisions with respect to normative priorities can be made and that certain norms can be designated as of fundamental significance»¹². Le symbole puissant que constitue la reconnaissance d'un caractère non susceptible de dérogation à une norme n'est pas à négliger; il en sera largement question plus loin dans cette étude.

2. Processus de formation

Mais comment une norme en vient-elle à se voir attribuer un statut péremptoire? La *Convention de Vienne sur le droit des traités* n'identifie pas un processus de formation particulier, laissant le soin à la pratique des États et à la jurisprudence internationale d'en définir les paramètres¹³. Une pratique basée sur un test de «double consentement» semble s'être développée à partir de la définition posée à l'article 53 de la Convention. Pour être reconnue comme une norme de *jus cogens*, une norme doit d'abord être acceptée comme une norme de droit international général; ensuite, son caractère péremptoire doit être admis par la communauté internationale des États dans son ensemble¹⁴. Afin de satisfaire au premier critère, la norme doit provenir de l'une des trois sources du droit international général telles qu'identifiées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice (CIJ), soit les conventions internationales, la coutume internationale ou encore les principes généraux de droit¹⁵. Mais ce ne sont évidemment pas toutes les normes issues de ces sources qui peuvent atteindre le statut de *jus cogens*. Pour ce faire, elles doivent présenter un caractère péremptoire, qui peut être déduit par exemple de l'inclusion desdites normes dans un nombre important de traités internationaux, de leur reprise par les tribunaux internationaux ainsi que de leur inclusion dans l'ordre public international¹⁶. Tous ces éléments visent à déterminer si la

¹² H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 8, p. 119.

¹³ J.-M. ARBOUR et G. PARENT, préc., note 9, p. 38.

¹⁴ Ladan ASKARI, «Girls' Rights Under International Law: An Argument for Establishing Gender Equality as a *Jus Cogens*», (1998-1999) 8 S. Cal. Rev. L. & Women's Stud. 3, 6.

¹⁵ Statut de la Cour Internationale de Justice, annexé à la Charte des Nations-Unies, 26 juin 1945, C.N.U.O.I., vol. 15, p.365 (texte originaire), [1945] R.T.Can. n° 7 [ci-après «Charte des Nations-Unies»].

¹⁶ David S. MITCHELL, «The Prohibition of Rape in International Humanitarian Law as a Norm of *Jus Cogens*: Clarifying the Doctrine», (2005) 15 Duke J. Comp. & Int'l 219, 233.

norme candidate au statut de *jus cogens* remplit un critère élémentaire pour se qualifier, soit de protéger des intérêts qui concernent l'ensemble de la communauté internationale, et non ceux d'un seul État ou d'un groupe d'États¹⁷.

Cela dit, le test du « double consentement » n'est pas réussi tant que ce caractère péremptoire n'est pas reconnu par la communauté internationale des États dans son ensemble. Cette exigence pour le moins ambiguë fait l'objet de nombreux débats dans la doctrine ; combien d'États exactement représentent la communauté « dans son ensemble » ? L'unanimité est-elle nécessaire ? Selon le comité de rédaction de la Convention de Vienne, il semblerait que l'objection d'un seul État face à la reconnaissance d'une norme comme impérative ne serait pas suffisante pour mettre fin au processus, pas plus que si cet État n'était soutenu par un « petit nombre » d'autres États seulement¹⁸. Il apparaît donc que l'appui d'une « très grande majorité d'États » suffit pour qu'une norme accède au cercle restreint des normes non susceptibles de dérogation, bien qu'aucun nombre exact n'ait été avancé. En cas de doute quant à l'accession d'une norme à la catégorie des normes impératives, le dernier mot revient à la Cour internationale de justice¹⁹.

En somme, la formation d'une norme de *jus cogens* est conditionnelle à deux éléments : l'existence objective de la norme en droit international public général ainsi que l'acceptation de son caractère impératif par un nombre suffisant d'États membres de la communauté internationale. Ces critères ne sont pas sans rappeler les éléments constitutifs de la coutume internationale : la norme coutumière doit non seulement se refléter dans la pratique des États (élément matériel), mais cette pratique généralisée doit aussi être motivée par la conviction de ces mêmes États d'obéir à une norme coutumière (élément subjectif)²⁰. De la même manière, la formation d'une nouvelle norme de *jus cogens* est soumise à un critère « psychologique » qui ne peut être déterminé que par l'*opinio juris* : la communauté internationale dans son ensemble doit être convaincue de devoir obéir au caractère péremptoire et non susceptible de dérogation de la nouvelle norme, sans quoi la seule existence objective de cette dernière n'a aucun

¹⁷ O. SCHACHTER, préc., note 3, p. 343.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ J.-M. ARBOUR et G. PARENT, préc., note 9, p. 404.

²⁰ *Id.*, p. 71.

effet. Si obtenir une croyance aussi forte d'un aussi grand nombre d'États représente évidemment tout un défi, en faire la preuve demeure encore plus difficile²¹, ce qui explique sans doute pourquoi les normes impératives du droit international général sont encore si peu nombreuses à l'heure actuelle.

3. Exemples

Ce qui rend le concept de *jus cogens* aussi fascinant que déconcertant réside dans le fait que tant l'identité que le contenu des normes qui le composent ne sont pas exactement connus, pas plus que leur nombre précis²², ce qui fait dire à Ian Brownlie que « [...] more authority exists for the category of *jus cogens* than exists for its particular content »²³. L'article 53 de la Convention de Vienne demeure en effet muet quant à savoir quelles normes exactement représentent les valeurs fondamentales de la communauté internationale des États dans son ensemble. Il s'agit là d'un choix délibéré, puisque la codification d'une liste de normes identifiées comme *jus cogens* aurait sans contredit limité la portée du concept. En effet, non seulement les négociations entourant la rédaction d'une telle disposition auraient-elles été longues et fastidieuses, mais l'existence d'une liste officielle aurait aussi figé dans le temps un concept pourtant hautement subjectif et susceptible d'évoluer au fil du temps, empêchant toute modification (pour varier le vocabulaire) du corpus de normes constituant le *jus cogens* et ce, indépendamment de l'état de l'*opinio juris*. Comme pour le processus de formation de la norme impérative, il faut aussi se tourner vers la pratique des États, la jurisprudence internationale ainsi que la doctrine pour obtenir des exemples reconnus de telles normes.

À partir de ces sources, il est possible d'affirmer que les normes suivantes font partie du *jus cogens*: l'interdiction du recours illégal à la force (tel qu'énoncé dans l'affaire Nicaragua²⁴); le respect du principe d'autodétermination des peuples (tel que reconnu dans l'affaire du Timor Oriental²⁵); la prohibition de la piraterie, de l'esclavage et de la traite des

²¹ I. BROWNIE, préc., note 4, p. 512.

²² H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 6, 64.

²³ I. BROWNIE, préc., note 4, p. 512.

²⁴ *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, C.I.J. Recueil 1986, p. 90 (27 juin 1986).

²⁵ *Affaire relative au Timor Oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 102 (30 juin 1995).

esclaves; l'interdiction du crime de génocide et des crimes contre l'humanité; la prohibition de la discrimination raciale²⁶, de la torture, des disparitions forcées et des détentions arbitraires prolongées²⁷, ainsi que l'interdiction de conclure des traités envisageant la commission d'un crime international²⁸. Une certaine autorité semble aussi exister quant au statut impératif de quelques normes du droit international humanitaire telles que l'obligation de protection à l'égard du personnel médical ainsi que l'interdiction d'utiliser des armes empoisonnées et de commettre des atrocités de masse²⁹.

Ces normes constituent de bons exemples de la combinaison entre universalité et supériorité normative caractéristique du *jus cogens*. Elles proviennent de normes conventionnelles et coutumières reconnues, et leur valeur fondamentale semble être universellement acceptée. Même s'il arrive parfois que ces normes soient violées, il est en effet très difficile d'imaginer un État revendiquer publiquement ces infractions comme faisant partie de sa politique ou de ses lois nationales. Et si un tel cas venait à se produire, il ne fait aucun doute que la communauté internationale condamnerait unanimement ces actes par une série d'actions et de représailles à l'encontre de l'État fautif.

Mais qu'en est-il de la norme interdisant la discrimination basée sur le sexe? S'agit-il d'une norme de *jus cogens*? Est-elle en voie de le devenir? La prochaine section aura pour objectif de déterminer la place exacte de cette norme en droit international public.

B. Le statut du principe de non-discrimination en fonction du sexe en droit international

Bien que des individus de sexe masculin ou encore des personnes transgenres ou transsexuelles puissent aussi en être victimes, la discrimination basée sur le sexe sera ici analysée sous sa forme la plus répandue, soit la discrimination à l'égard des femmes, définie dans la *Convention des*

²⁶ O. SCHACHTER, préc., note 3, p. 343

²⁷ H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 6, 70.

²⁸ O. SCHACHTER, préc., note 3, p. 343.

²⁹ L. HANNIKAINEN, préc., note 7, p. 101 (protection du personnel médical), p. 106 (interdiction des armes empoisonnées) et p. 111 (prohibition des atrocités de masse).

Nations-Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes comme étant :

« [T]oute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine. »³⁰

Depuis l'adoption de la Convention, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a aussi reconnu la violence faite aux femmes comme une forme de discrimination basée sur le sexe, dans la mesure où il s'agit d'une violence « exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme »³¹. En droit international des droits de la personne, le principe de non-discrimination à l'égard du sexe se retrouve à la fois dans une obligation générale de non-discrimination ainsi que dans les normes interdisant spécifiquement la discrimination à l'endroit des femmes. Afin de déterminer la place réelle de ce principe en droit international par rapport au *jus cogens*, il convient de l'examiner sous ses différentes manifestations, à commencer par ses formes conventionnelles et coutumières.

1. Une norme conventionnelle

L'obligation de traiter tous les êtres humains sans distinction aucune, notamment de sexe, mais aussi de race, de couleur, de langue, de religion, d'opinion politique, d'origine nationale, de fortune ou de naissance est consacrée par de nombreux instruments internationaux et régionaux. En plus de figurer dans la *Charte des Nations-Unies*³² et la *Déclaration universelle des droits de l'homme*³³, on la retrouve aussi dans les principaux traités des droits de la personne, entre autres dans le *Pacte relatif aux droits civils*

³⁰ *Convention des Nations-Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13, art. 1 (entrée en vigueur le 3 septembre 1981) [ci-après « CEDEF »].

³¹ *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, Doc. off. A.G. N.U., 47^e sess., suppl. n° 38 (A/47/38) (1992), par. 6, en ligne: <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?ConvType=15&docType=36>> (consulté le 31 août 2014).

³² Préc., note 15.

³³ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G. N.U., 3^e sess., suppl. n° 13, p.17, Doc. N.U. A/810 (1948), art. 2.

et politiques³⁴, le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*³⁵, la *Convention européenne des droits de l'homme*³⁶ et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*³⁷. Cette obligation de non-discrimination est aussi devenue fondamentale au sein d'autres domaines du droit international tels que le droit international du travail³⁸. Les instances juridictionnelles et autres mécanismes de surveillance liés à ces traités ont à maintes reprises rendu des décisions sommant des États parties de respecter ce principe.

Quant à l'interdiction plus spécifique de la discrimination à l'égard des femmes, elle fait l'objet de la *Convention des Nations-Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* et de son protocole additionnel³⁹ ainsi que du *Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique*⁴⁰. Le droit des femmes de vivre à l'abri de toute discrimination est aussi consacré à l'article 6 de la *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme*⁴¹. La discrimination envers les femmes est aussi prohibée en matière de rémunération au travail grâce à la *Convention (No 100) concernant l'égalité de la rémunération*

³⁴ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, art. 2 et 26 (entré en vigueur le 23 mars 1976) [ci-après « Pacte relatif aux droits civils et politiques »].

³⁵ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, art. 2 (2) (entré en vigueur le 3 janvier 1976) [ci-après « Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels »].

³⁶ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5, art. 2 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) [ci-après « Convention européenne des droits de l'homme »].

³⁷ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123, art. 1 (entrée en vigueur le 18 juillet 1978) [ci-après « Pacte de San José »].

³⁸ *Convention (n° 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*, 25 juin 1958, 362 R.T.N.U. 31 (entrée en vigueur le 15 juin 1960).

³⁹ Préc., note 30.

⁴⁰ *Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique*, 11 juillet 2003 (entré en vigueur le 25 novembre 2005), en ligne : <<http://au.int/en/content/protocol-african-charter-human-and-peoples-rights-rights-women-africa>> (consulté le 19 juillet 2014).

⁴¹ *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme*, 9 juin 1994, A-61 (entrée en vigueur le 3 mai 1995), en ligne : <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/m.femme.htm>> (consulté le 19 juillet 2014) [ci-après « Convention Belém do Pará »].

*entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale*⁴², qui est une convention fondamentale de l'Organisation internationale du travail (OIT).

Le principe de non-discrimination sur la base du sexe semble donc être une norme conventionnelle solidement établie, dont l'application est garantie à la fois par les instruments spécifiques de protection des droits des femmes ainsi que par le régime plus large de protection des droits de la personne. En y regardant de plus près, il devient cependant évident que la norme n'est pas aussi coercitive qu'elle le paraît. Cela est dû tout d'abord à la règle élémentaire en droit des traités qui veut que les dispositions d'une convention ne soient opposables qu'aux États ayant exprimé leur consentement d'être liés à ladite convention et non aux États tiers⁴³. Il ne s'agit là que de la légalité la plus stricte, mais qui limite considérablement la portée du principe de non-discrimination envers les femmes compte tenu du fait qu'il se trouve encore des États qui n'ont toujours pas adhéré à certains des traités déjà mentionnés. À titre d'exemple, l'Iran, le Soudan, la Somalie et les Palaos ne sont pas des parties à la CEDEF. Plus étonnant encore, les États-Unis ont signé, mais n'ont jamais ratifié la CEDEF, pas plus qu'ils n'ont adhéré aux conventions de l'OIT relatives à la discrimination dans l'emploi.

Cela dit, le mécanisme légal qui mine davantage encore la force de cette norme conventionnelle est celui qui permet l'émission de réserves et de « déclarations interprétatives » par les États parties à l'égard de certaines dispositions des conventions auxquelles ils adhèrent. L'exemple de la CEDEF est à ce sujet particulièrement parlant : en 2013, soit plus de 30 ans après la conclusion de la Convention, près d'une soixantaine d'États avaient toujours des réserves actives à l'encontre de plusieurs de ses dispositions⁴⁴. Parmi les articles de la CEDEF ayant suscité le plus de réserves, on retrouve les articles 2 (condamnation et engagement à mettre en œuvre des politiques visant à éliminer la discrimination faite aux femmes),

⁴² *Convention (n° 100) concernant l'égalité de la rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale*, 29 juin 1951, 165 R.T.N.U. 303 (entrée en vigueur le 23 mai 1953).

⁴³ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 2, art. 34.

⁴⁴ COLLECTION DES TRAITÉS DES NATIONS-UNIES, *État des traités: Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, en ligne: <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=fr> (consulté le 19 juillet 2014).

5 (changements dans les modèles de comportement socio culturel et l'éducation), 9 (lois régissant la nationalité), 15 (capacité juridique de la femme), 16 (conditions du mariage) et 29 (règlement des différends). Les raisons les plus souvent invoquées sont l'incompatibilité alléguée de certaines dispositions avec la Charia islamique, le respect des coutumes et croyances religieuses ou personnelles de minorités ou d'États fédérés ainsi que la nécessité de protéger le droit à la vie privée.

Certaines réserves vont tellement loin dans leur rejet de quelques articles qu'elles ont soulevé chez les observateurs des questions de validité par rapport à la Convention de Vienne⁴⁵. En effet, on peut penser que le fait de se dégager de la responsabilité de respecter l'article 2 de la CEDEF, qui ne représente ni plus ni moins que l'objectif central du traité, soit l'obligation de prendre tous les moyens appropriés pour mettre fin à la discrimination à l'égard des femmes, est tout simplement contraire à l'objet et au but du traité. Ce type de réserves est explicitement interdit à l'article 19 (c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Ces réserves radicales sont d'autant plus inquiétantes qu'elles n'ont été somme toute que peu dénoncées par les autres États parties. En effet, seule une petite minorité d'États ayant ratifié la CEDEF (dont la Finlande, l'Allemagne, Israël, le Mexique, les Pays-Bas, la Norvège, la Suède et, plus récemment, le Canada) ont émis des objections en réaction à quelques-unes de ces réserves et ce, sans toutefois remettre en question la validité du traité entre l'État auteur de la réserve et celui y ayant formulé une objection⁴⁶. Ainsi, des États comme l'Arabie saoudite, les Émirats arabes unis, l'Iraq, Singapour, le Qatar et la Corée du Nord, qui ont tous déclaré ne pas être liés par une ou plusieurs des dispositions de la Convention ou qui conditionnent leur application à la compatibilité avec leurs normes religieuses⁴⁷, ne peuvent objectivement être considérés comme se trouvant en violation de leurs obligations internationales lorsqu'ils mettent en place ou maintiennent des politiques absolument contraires à ces mêmes dispositions.

2. Une norme coutumière ?

La coutume internationale, une autre source du droit international reconnue à l'article 38 du Statut de la CIJ, désigne une pratique générale

⁴⁵ H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 8, p. 105 et 106.

⁴⁶ *Id.*, p. 107.

⁴⁷ COLLECTION DES TRAITÉS DES NATIONS-UNIES, préc., note 44.

acceptée comme étant le droit⁴⁸. Elle est composée d'un élément matériel, soit une pratique générale, constante et uniforme, ainsi que d'un élément subjectif, soit la conviction que cette pratique constitue le droit (*opinio juris*). La coutume et la norme conventionnelle sont étroitement liées : les normes coutumières naissent parfois de la réunion de ces deux éléments par une norme conventionnelle, tout comme les normes conventionnelles peuvent elles aussi provenir de la codification de la coutume internationale. La coutume internationale se situe tout de même à un niveau normatif supérieur à la norme conventionnelle, puisque la coutume est applicable à l'ensemble de la communauté internationale, y compris les États qui ne sont pas liés par le traité qui contient la norme conventionnelle⁴⁹. Le seul moyen pour un État de se dérober à l'application d'une norme coutumière est de devenir un objecteur persistant, soit d'exprimer systématiquement son opposition à la norme coutumière en formation dans tous les aspects de sa pratique étatique et ses déclarations officielles.

L'interdiction de la discrimination basée sur le sexe a-t-elle atteint un statut coutumier en droit international? Rien n'est moins sûr. L'opinion la plus répandue veut que ce ne soit pas le cas et que le principe de non-discrimination en fonction du sexe demeure à ce jour uniquement une norme conventionnelle⁵⁰. La pratique des États, qui comprend des exemples flagrants et répétés de lois et d'actes discriminatoires envers les femmes, pointe en effet en ce sens. Quant à l'élément psychologique de la norme coutumière, rien n'indique que le principe de non-discrimination est maintenant accepté comme étant le droit. L'exemple des réserves émises à la CEDEF et à son protocole additionnel semble plutôt indiquer qu'une importante division existe à ce sujet au sein de la communauté internationale.

La réponse pourrait par contre s'avérer différente en évaluant le caractère coutumier des instruments de protection des droits de la personne contenant l'interdiction générale de discriminer. Il semblerait que quelques-uns de ces textes fondamentaux, tels que la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, soient maintenant considérés comme ayant un statut coutumier. Cela signifie-t-il pour autant que la discrimination envers les femmes est interdite par la coutume internationale? Pour l'ins-

⁴⁸ J.-M. ARBOUR et G. PARENT, préc., note 9, p. 66.

⁴⁹ L. HANNIKAINEN, préc., note 7, p. 335.

⁵⁰ H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 8, p. 72.

tant, il semblerait qu'un statut coutumier ne soit reconnu qu'aux pires formes de discrimination, peu importe le critère, commises de manière systématique et répétée par un État⁵¹. Par « pires formes », on entend généralement les violations des droits de la personne qui s'inscrivent par exemple dans le cadre d'une politique de génocide ou de crimes contre l'humanité. Cette interprétation donne à penser que d'autres formes courantes de discrimination envers les femmes, telles que la discrimination dans le domaine de l'emploi, ou encore les actes de violence commis par des personnes privées, demeurent en dehors de l'obligation coutumière. Les plus optimistes parlent, quant à eux, de la prohibition de la discrimination à l'égard des femmes comme d'une norme coutumière en devenir⁵².

3. Une norme de *jus cogens*?

Tel qu'illustré par la courte liste d'exemples de normes de *jus cogens* proposée précédemment, l'interdiction de la discrimination envers les femmes n'est généralement pas acceptée dans la pratique et la doctrine comme une norme impérative du droit international à laquelle il est impossible de déroger. Comme pour le statut coutumier, les violations des droits fondamentaux de la personne prohibées par des normes péremptives sont seulement les pires formes (« *grossest category* ») de violations. Dans le cas des femmes, il s'agirait par exemple des cas de traitements s'apparentant à l'esclavage tels que les cas avérés de mariages forcés, de prostitution forcée, de traite et de trafic des femmes ainsi que des cas de viol et de prostitution forcée en situation de conflit armé⁵³. Dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique constituant un crime contre l'humanité, les crimes et persécutions sexuelles seraient aussi prohibés par une norme de *jus cogens*.

L'interdiction plus générale de discriminer les individus sur la base de leur sexe n'est quant à elle toujours pas considérée comme étant une valeur fondamentale du système international. Dans l'affaire *Barcelona Traction*, la Cour Internationale de Justice a cependant affirmé que le respect des droits fondamentaux de la personne constituait une obligation *erga omnes*, dont chaque État peut exiger l'application de par l'intérêt que tous les

⁵¹ O. SCHACHTER, préc., note 3, p. 341.

⁵² *Id.*, p. 340.

⁵³ L. HANNIKAINEN, préc., note 7, p. 451-453.

États ont à ce que ces droits soient protégés⁵⁴. Cela dit, les normes impliquant une obligation *erga omnes*, bien que dues à toute la communauté internationale, ne sont pas nécessairement des normes de *jus cogens*. Comme nous l'avons déjà signalé, ces normes doivent aussi remplir le critère plus subjectif d'être considérées comme non susceptibles de dérogation par la communauté internationale des États dans son ensemble, ce qui est à l'heure actuelle tout au plus une possibilité pour l'avenir en ce qui concerne la discrimination faite aux femmes⁵⁵.

En somme, la prohibition de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ne constitue pas en soi une norme de *jus cogens*, ni une norme coutumière clairement établie. Elle est par contre solidement ancrée en tant que norme conventionnelle dans plusieurs conventions et traités internationaux visant à protéger les droits fondamentaux de la personne. Son autorité ne s'applique cependant pas à toute la communauté internationale des États, certains d'entre eux n'ayant pas ratifié toutes les conventions pertinentes ou encore ayant émis des réserves substantielles à des dispositions-clés de ces dernières, ce qui permet à plusieurs États de perpétuer des lois et des pratiques discriminatoires à l'égard des femmes.

C. Comparaison entre l'interdiction de la discrimination raciale et le principe de non-discrimination fondée sur le sexe

Comme mentionné précédemment, il existe en droit international une obligation générale de non-discrimination envers tous les êtres humains, peu importe leur race, leur sexe, leur religion, leur langue, leur opinion politique, etc. S'il n'y a pas *a priori* de hiérarchie entre ces possibles facteurs de discrimination, un rapide coup d'œil à l'état actuel du droit international suffit pour constater que la prohibition de certaines discriminations est plus impérative que d'autres. Comparons, par exemple, l'interdiction de la discrimination raciale et l'interdiction de la discrimination envers les femmes. Si la race ou l'origine ethnique d'un individu est tout aussi contingente et indépendante de la volonté de ce dernier que son sexe, le premier critère se voit accorder beaucoup plus d'importance en

⁵⁴ O. SCHACHTER, préc., note 3, p. 344.

⁵⁵ Catharine A. MacKinnon, *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 2007, p. 9.

droit international que le second. Non seulement fait-il l'objet d'une norme de *jus cogens* acceptée et reconnue, mais son statut conventionnel est aussi plus fort que celui de l'interdiction de la discrimination faite aux femmes.

Le caractère impératif de la prohibition de la discrimination raciale n'est plus à prouver. Depuis la fin du régime d'apartheid en Afrique du Sud en 1991, aucun autre État n'a osé ériger la ségrégation raciale en politique officielle. Bien que cela ne signifie pas que la discrimination raciale ait été complètement éradiquée à l'échelle mondiale, il est au moins possible d'y voir la preuve que les politiques s'apparentant à l'apartheid ou à d'autres formes de ségrégation raciale sont unanimement condamnées par la communauté internationale des États dans son ensemble. À en juger par l'opposition suscitée internationalement par l'apartheid sud-africain lorsque celui-ci avait cours, ce consensus s'est formé il y a longtemps déjà ; cette politique a en effet été féroce ment dénoncée au sein des Nations-Unies tout au long de son existence⁵⁶. En 1963, le Conseil de sécurité de l'ONU établissait que la situation en Afrique du Sud constituait une menace à la paix et à la sécurité internationales⁵⁷, ouvrant ainsi la porte à l'adoption de sanctions obligatoires en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations-Unies. Cette décision résultait du fait que l'Afrique du Sud accumulait depuis quelque temps des armes, dont plusieurs servaient à maintenir la politique d'apartheid⁵⁸. Après l'adoption de plusieurs autres résolutions exhortant entre autres le gouvernement sud-africain à mettre fin à sa politique d'apartheid ainsi qu'à la répression sanglante de l'opposition lors des émeutes de Soweto, le Conseil de sécurité adopta des mesures coercitives en décrétant un embargo obligatoire sur les armes et tout matériel militaire à destination de l'Afrique du Sud au moyen de sa résolution 418⁵⁹. Le recours aux pouvoirs du Chapitre VII par le Conseil pour condamner et tenter de faire cesser l'apartheid confirme que la

⁵⁶ H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 8, p. 136.

⁵⁷ *Résolution 181 du 7 août 1963*, Doc. off. C.S. N.U., C.S. Rés. 181 S/5386 (1963), en ligne : <[http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/181\(1963\)&Lang=E&style=B](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/181(1963)&Lang=E&style=B)> (consulté le 19 juillet 2014).

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Résolution 418 du 4 novembre 1977*, Doc. off. C.S. N.U., 2046^e séance, C.S. Rés. 418 (1977), en ligne : <[http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/418\(1977\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/418(1977))> (consulté le 19 juillet 2014).

prohibition de la discrimination raciale constituait déjà une norme à laquelle aucune dérogation n'est permise.

De son côté, l'Assemblée générale des Nations-Unies s'est elle aussi saisie à plusieurs reprises de la question sud-africaine. Elle adopta en 1973 la *Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*, élevant ainsi l'apartheid et les autres politiques s'apparentant à la ségrégation et à la discrimination raciale au rang de crime contre l'humanité⁶⁰ (catégorie de crimes aussi prohibée par une norme de *jus cogens*). Par la suite, elle s'illustra notamment lors de la proclamation de l'indépendance des «bantoustans», ces soi-disant États créés à même le territoire sud-africain afin d'y confiner la population noire⁶¹. Dans sa résolution 31/6 A du 21 octobre 1976, l'Assemblée générale condamne la création de bantoustans «comme étant une mesure visant à consolider la politique inhumaine d'*apartheid*, à détruire l'intégrité territoriale du pays, à perpétuer la domination de la minorité blanche et à déposséder la population africaine d'Afrique du Sud de ses droits inaliénables» et proclame la déclaration d'indépendance du bantoustan du Transkei comme étant «nulle et non avenue», exhortant du même souffle tous les gouvernements à refuser de reconnaître le Transkei et de s'abstenir de toutes relations avec lui et les autres bantoustans⁶². L'interdiction de la discrimination raciale faisant l'objet d'une norme de *jus cogens*, l'établissement d'«États» fondés sur une telle discrimination ne pouvait qu'être nul, tout comme étaient nuls les accords qu'avait conclu l'Afrique du Sud avec les bantoustans⁶³. Autre preuve du caractère inacceptable de sa politique de ségrégation, l'Afrique du Sud fut aussi successivement expulsée de l'UNESCO, de l'OMS ainsi que de l'OIT.

À l'inverse, la prohibition de la discrimination envers les femmes ne bénéficie pas d'un statut impératif. Cela signifie que les États ayant des lois et des règlements discriminant et excluant systématiquement les femmes ne se voient généralement pas obligés par la communauté internationale de renoncer à ces pratiques. Prenons par exemple le cas de l'Afghanistan sous le régime des talibans, soit de 1996 à 2001. Les femmes afghanes

⁶⁰ *Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*, 30 novembre 1973, 1015 R.T.N.U. 243, art. 1 (entrée en vigueur le 18 juillet 1976).

⁶¹ L. HANNIKAINEN, préc., note 7, p. 486.

⁶² *Politique d'apartheid du Gouvernement sud-africain*, Doc. off. A.G. N.U., 31^e sess., A.G. Rés. 31/6 A (1976), en ligne: <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/31/6&Lang=F> (consulté le 19 juillet 2014).

⁶³ L. HANNIKAINEN, préc., note 7, p. 488.

vivaient alors sous le coup d'édits stricts basés sur la Charia islamique restreignant leur liberté de mouvement, niant leur droit à l'éducation, à la santé et au travail, en plus de les astreindre à un code vestimentaire les obligeant à se couvrir de la tête aux pieds, entre autres⁶⁴. Les infractions à ces commandements, rapportées grâce à la surveillance constante d'une sorte de police religieuse, étaient passibles de châtiments très sévères; des femmes étaient régulièrement emprisonnées ou battues publiquement pour ne pas avoir couvert convenablement leurs chevilles, pour être sorties de leur domicile non accompagnées, ou encore pour avoir clandestinement fait l'école à de jeunes filles⁶⁵.

Le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale des Nations-Unies ont exprimé à quelques reprises leur préoccupation envers la situation des droits des femmes en Afghanistan entre 1996 et 2001, sans toutefois avoir recours aux pouvoirs du Chapitre VII. La discrimination envers les femmes n'est pas, à l'heure actuelle, considérée comme une menace à la paix et la sécurité internationale, et ce même lorsqu'elle est le résultat d'une politique étatique généralisée. Le fait que de nombreuses femmes afghanes aient été tuées, mutilées ou violées sous le régime taliban ne semble pas avoir été suffisant pour déclencher les pouvoirs du Chapitre VII; si l'on en croit le précédent de l'Afrique du Sud, il aurait fallu que le gouvernement afghan accumule un nombre considérable d'armes dans le but de s'en servir spécifiquement contre des femmes. Le plus loin où le Conseil de sécurité soit allé sur le lien entre les femmes et la sécurité internationale est cette phrase du préambule de sa résolution 1325 (2000) qui ne fait aucune mention des mots « égalité » et « discrimination » :

« *Considérant* que, si les effets des conflits armés sur les femmes et les petites filles étaient mieux compris, s'il existait des arrangements institutionnels efficaces pour garantir leur protection et si les femmes participaient pleinement au processus de paix, le maintien et la promotion de la paix et de la sécurité internationales seraient facilités [...] »⁶⁶

⁶⁴ HUMAN RIGHTS WATCH, *The «Ten-Dollar Talib» and Women's Rights; Afghan Women and the Risks of Reintegration and Reconciliation*, 2010, p. 16, en ligne: <<http://www.hrw.org/reports/2010/07/13/ten-dollar-talib-and-women-s-rights-0>> (consulté le 19 juillet 2014).

⁶⁵ *Id.*, p. 17 et 18.

⁶⁶ *Résolution 1325 du 31 octobre 2000*, Doc. off. C.S. N.U., 4213^e séance, C.S. Rés. 1325 (2000), en ligne: <[http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1325\(2000\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1325(2000))> (consulté le 19 juillet 2014).

Le fait que beaucoup d'États se disaient préoccupés par la discrimination dont étaient victimes les femmes afghanes sous le régime des talibans ne les a donc pas empêchés d'avoir des relations relativement bonnes avec le gouvernement afghan au cours de cette période. À titre d'exemple, le gouvernement américain a remis 43 millions de dollars, en mai 2001, au régime taliban dans le cadre de son programme de lutte contre les drogues⁶⁷. Ces relations ont évidemment changé du tout au tout après les attentats terroristes du 11 septembre 2001, ce qui n'a cependant modifié en rien l'attitude des pays occidentaux envers leurs alliés qui continuent d'appliquer envers leur population féminine des politiques semblables à celles des talibans. Le cas de l'Arabie saoudite illustre bien ce phénomène : bien que les femmes saoudiennes soient légalement considérées comme mineures, qu'elles fassent l'objet de restrictions vestimentaires et de sorties très strictes, qu'elles ne puissent pas étudier ou travailler à l'extérieur sans l'accord d'un tuteur masculin, qu'elles n'aient pas le droit de conduire une voiture ou de pratiquer un sport en public⁶⁸, le Royaume n'a jamais fait l'objet de sanctions de la part de ses alliés pour cette discrimination institutionnalisée. La preuve ultime qu'il est possible de contrevenir sans problème à l'interdiction de la discrimination envers les femmes s'est produite en novembre 2010, alors que l'Arabie saoudite a été élue pour trois ans en tant que « membre contributeur » au sein du Conseil d'administration d'ONU Femmes, la nouvelle agence onusienne pour l'autonomisation des femmes⁶⁹. Cette élection pour le moins incongrue jette de sérieux doutes sur la crédibilité du système des Nations-Unies en matière de lutte contre la discrimination faite aux femmes.

Un écart semblable s'observe entre les normes conventionnelles qui interdisent respectivement la discrimination raciale et la discrimination basée sur le sexe. La *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* de 1966⁷⁰ est considérée par plusieurs

⁶⁷ Ratna KAPUR, « Un-Veiling Women's Rights in the "War on Terrorism" », (2002) 9 *Duke J Gender L & Pol'y* 211, 213 et 214.

⁶⁸ HUMAN RIGHTS WATCH, *The World Report 2012*, 2012, p. 617 et 618, en ligne : <<http://www.hrw.org/world-report-2012>> (consulté le 19 juillet 2014).

⁶⁹ ONU FEMMES, « Les Nations-Unies élisent le Conseil d'administration de la nouvelle agence pour l'autonomisation des femmes », 10 novembre 2010, en ligne : <<http://www.unwomen.org/fr/2010/11/united-nations-elects-executive-board-of-new-agency-for-womens-empowerment/>> (consulté le 19 juillet 2014).

⁷⁰ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 R.T.N.U. 195 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969) [ci-après « CERD »].

comme étant l'un des instruments de protection des droits de la personne les plus efficaces en droit international⁷¹. Non seulement la CERD est-elle plus efficace que d'autres instruments comme la CEDEF, mais elle réunit aussi davantage d'États parties⁷². La force de la CERD tient dans un premier temps du langage qui la compose. Dès le préambule, les États parties ne laissent aucune place à la confusion : « Convaincus que toute doctrine de supériorité fondée sur la différenciation entre les races est scientifiquement fausse, moralement condamnable et socialement injuste et dangereuse et que rien ne saurait justifier, où que ce soit, la discrimination raciale, ni en théorie ni en pratique [...] »⁷³. La définition de la discrimination raciale établie à l'article premier de la Convention va, quant à elle, plus loin que celle presque identique de la discrimination à l'égard des femmes, en ajoutant la préférence à la distinction, l'exclusion et la restriction fondée sur la race :

« [...] toute distinction, exclusion, restriction ou *préférence* fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique. »⁷⁴

Il est à noter que les travaux préparatoires de la CEDEF démontrent que la préférence faisait originalement partie de la définition de la discrimination envers les femmes. Elle fut toutefois retirée à la suggestion du Royaume-Uni, suggestion qui fut par la suite adoptée sans passer au vote par la Commission de la condition de la femme⁷⁵. Si l'on en croit d'autres documents tirés des travaux préparatoires, il semblerait que cette décision ait été en partie motivée par la crainte que l'inclusion de la préférence parmi les composantes de la discrimination empêche le fait d'accorder un statut particulier aux femmes enceintes et ce, en dépit du fait que la

⁷¹ Laura A. DONNER, « Gender Bias in Drafting International Discrimination Conventions: The 1979 Women's Convention Compared with the 1965 Racial Convention », (1994) 24 *Calif. West. Int. Law J.* 241.

⁷² Belinda CLARK, « The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women », (1991) 85 *Amer. J. Int'l L.* 281, 316.

⁷³ Préc., note 70.

⁷⁴ *Id.*, art. 1 (nos italiques).

⁷⁵ COMMISSION DE LA CONDITION DE LA FEMME, *Report on the Twenty-Sixth and Resumed Twenty-Sixth Sessions*, Doc. off. C.E.S. N.U., 1977, suppl. n° 3, Doc. N.U. E/CN.6/608, p. 30.

CEDEF contenait déjà plusieurs dispositions garantissant explicitement la protection de ces femmes⁷⁶. Dans les faits, la décision des rédacteurs de la CEDEF d'exclure la préférence de la définition de la discrimination basée sur le sexe a plutôt pour effet de réduire la portée de cette définition, donnant par exemple la possibilité à des employeurs de préférer à compétences égales un homme à une femme pour un emploi donné⁷⁷, alors qu'il serait au contraire interdit par la CERD d'accorder un emploi à un candidat par simple préférence pour son origine raciale ou ethnique. Les obligations des États s'avèrent aussi plus étendues sous la CERD. À titre d'exemple, les États parties à la CERD doivent condamner toute propagande raciste ainsi que toutes les organisations en faisant la promotion en déclarant ces dernières illégales; la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale et l'incitation à la discrimination raciale, entre autres, doivent être déclarés délits punissables par la loi⁷⁸. Les rédacteurs de la *Convention sur l'élimination de la discrimination faite aux femmes*, qui se sont pourtant largement inspirés de la CERD pour leur Convention, ont choisi de ne pas inclure de dispositions concernant la propagande sexiste ou les organisations qui la produisent et la diffusent. Par conséquent, les États parties à la CEDEF ne sont pas expressément tenues de déclarer illégaux les groupes faisant la promotion de la discrimination ou de la haine envers les femmes, ni de faire de la diffusion de discours sexistes ou misogynes un délit punissable par la loi⁷⁹. Cette omission pourrait être due au fait qu'il serait difficile de définir les groupes ou organisations visés par une telle interdiction⁸⁰, surtout en ce qui a trait aux groupes religieux qui s'opposent à l'émancipation des femmes. Plutôt que d'affronter les États gouvernés par des lois religieuses ou encore leurs associations religieuses nationales, les États membres semblent avoir préféré ne pas s'attaquer au problème du discours sexiste.

Un autre facteur qui distingue les deux normes conventionnelles est l'approche sévère de la Convention sur l'élimination de la discrimination raciale vis-à-vis les réserves. Le paragraphe 2 de l'article 20 de la CERD

⁷⁶ *Draft Convention on the Elimination of Discrimination Against Women*, Doc. off. A.G. N.U., 32^e sess., Doc. N.U. A/32/218 (1977), p. 7.

⁷⁷ L. A. DONNER, préc., note 71, 248.

⁷⁸ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, préc., note 73, art. 4.

⁷⁹ L. A. DONNER, préc., note 71, 253 et 254.

⁸⁰ *Id.*, 254.

édicte (un contrat stipule/une loi énonce, impose, prohibe..) en effet qu'«aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention ne sera autorisée»; une réserve sera considérée comme incompatible «si les deux tiers au moins des États parties à la Convention élèvent des objections»⁸¹. Cette disposition a porté ses fruits: avec un total de 175 parties, la CERD ne fait l'objet que de très peu de réserves modifiant ou excluant directement des obligations ayant pour but d'éliminer la discrimination raciale. Les plus substantielles incluent la Suisse et Monaco, qui ont formulé des réserves à l'encontre de l'article 2 en faisant référence à leur souveraineté quant à l'admission de travailleurs étrangers sur leur territoire, ainsi que Tonga, qui se dégage d'une partie de l'article 5 (concernant le droit à la propriété) en cas d'incompatibilité avec l'application de son régime foncier aux peuples autochtones⁸². Le Yémen et la République des Fidji, qui avaient formulé des réserves semblables lors de leur adhésion à la Convention, les ont retirées depuis. L'Arabie saoudite, qui a formulé une réserve générale de compatibilité avec la Charia islamique, est le seul État à faire mention de la religion. Le reste des réserves concerne majoritairement l'article 22, qui porte sur le règlement des différends. Cette situation contraste avec le piètre bilan du régime des réserves à la CEDEF dont il a été question plus haut. Bien que l'article 28 de la CEDEF ne permette pas les réserves incompatibles avec l'objet et les buts du traité, aucune disposition ne met en place un mécanisme ou une procédure visant à juger de la compatibilité d'une réserve⁸³.

Ces différences en apparence mineures entre les deux instruments conventionnels sont pourtant lourdes de conséquences. Avec le temps, la CEDEF s'est vue attribuer à travers la communauté internationale un statut moins contraignant, voire moins «important» que la CERD ou d'autres instruments de protection des droits de la personne. Pire encore, les failles de la CEDEF en tant qu'instrument conventionnel lui auraient conféré un statut «séparé» des autres instruments:

«The failure to extrapolate the wider implications for treaty relations from the case of [CEDEF] reflects a view commonly implied, if not expressed, in

⁸¹ Préc., note 73, art. 20(2).

⁸² COLLECTION DES TRAITÉS DES NATIONS-UNIES, *État des traités: Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, en ligne: <http://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSOnline&tabid=2&mt_dsg_no=IV-2&chapter=4&lang=fr#15> (consulté le 19 juillet 2014).

⁸³ L. A. DONNER, préc., note 71, 252.

speeches to ECOSOC and the General Assembly, that [CEDEF] is somehow separate and distinct from other multilateral treaties – even other UN human rights instruments.»⁸⁴

Même si la CEDEF n'a dans les faits pas un statut séparé des autres traités protégeant les droits de la personne, on peut penser que le seul fait que ses États parties la traitent ainsi suffit à diminuer considérablement la portée du principe de non-discrimination à l'égard des femmes qu'elle contient.

La présente section a démontré qu'il existe à l'intérieur du principe général de non-discrimination des écarts très importants en ce qui a trait à la valeur accordée aux différents critères de discrimination. Ainsi, toute discrimination raciale est prohibée par une norme non susceptible de dérogation, ce qui n'est pas le cas de la discrimination basée sur le sexe. De plus, bien qu'elles fassent toutes deux l'objet d'une norme conventionnelle établie, la norme interdisant la discrimination raciale est garantie par un traité plus fort et mieux respecté que la norme interdisant la discrimination faite aux femmes. Ce constat a de quoi laisser perplexe. En effet, pourquoi accorder un statut supérieur au critère racial ou ethnique par rapport au sexe? Force est de constater que cette situation ne provient pas du fait que les violations des droits des femmes sont moins graves que celles infligées par une politique de discrimination raciale. Il suffit, par exemple, d'imaginer que l'Arabie saoudite compte depuis longtemps une importante population originaire de l'Afrique sub-saharienne, et que les lois qui s'appliquent aujourd'hui aux femmes sont plutôt destinées à la population noire du Royaume: les Noirs seraient d'éternels mineurs aux yeux de la loi, n'auraient pas le droit de voter, pas le droit de conduire une voiture, pas le droit de pratiquer un sport dans un lieu fréquenté par les Arabes, etc. Il ne fait aucun doute qu'un tel régime serait considéré comme un crime d'apartheid et serait complètement inadmissible aux yeux de la communauté internationale. Suivant le précédent de l'Afrique du Sud, les plus hautes instances internationales pourraient agir en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations-Unies et entreprendre des actions immédiates envers ce pays ayant ainsi enfreint une norme impérative du droit international.

⁸⁴ *Id.*, 285.

Ce contraste entre le traitement réservé à l'Arabie saoudite fictive et celui réservé au même pays dans la réalité est très difficile à justifier. Objectivement, quelle est la différence entre le sexe d'une personne et la couleur de sa peau? *A priori*, ce sont deux éléments physiologiques, biologiques qui font partie de l'ensemble plus grand de tous les éléments qui constituent une personne donnée. Discriminer quelqu'un sur la base de l'un ou l'autre de ces critères n'est-il pas également injuste et répréhensible? Pourquoi est-il devenu au fil du temps mondialement inacceptable pour un État d'instaurer un régime de ségrégation raciale, alors qu'un régime ouvertement sexiste est critiqué, mais demeure tout de même toléré? Pourquoi un critère passe-t-il le critère du « double consentement » déjà exposé, alors que l'autre y échoue? La deuxième partie de cet essai tentera d'apporter quelques réponses à ces questions, en abordant plus particulièrement les facteurs susceptibles d'expliquer l'absence de la prohibition de la discrimination basée sur le sexe parmi les normes impératives du droit international général.

II. Facteurs expliquant l'absence de la prohibition de la discrimination fondée sur le sexe parmi les normes impératives du droit international général

La section précédente ayant démontré le caractère non absolu et la valeur inférieure accordée en droit international au principe de non-discrimination basée sur le sexe, il semble maintenant indiqué de chercher à identifier les raisons derrière cet état de fait. Au premier coup d'œil, il peut être tentant d'y voir simplement le résultat d'un sexisme répandu à l'échelle mondiale. Selon cette logique, la discrimination envers les femmes n'est pas prohibée par une norme impérative pour la simple et bonne raison que l'égalité entre les hommes et les femmes n'est pas encore atteinte dans bon nombre de pays. Bien qu'il puisse y avoir du vrai dans cette affirmation, elle ne peut expliquer à elle seule l'état du droit international sur cette question. Après tout, le fait qu'une norme internationale soit parfois violée n'invalide pas son existence et l'obligation de la respecter. Le racisme répandu à travers beaucoup de sociétés n'empêche pas le fait que la discrimination raciale demeure prohibée par une norme péremptoire. Par conséquent, d'autres éléments doivent être à l'œuvre dans ce cas-ci.

Deux catégories de facteurs seront abordées dans cette partie: les facteurs d'ordre structurel, qui sous-tendent le fonctionnement des

mécanismes de droit international d'apparence neutre, mais qui agissent au détriment des intérêts des femmes, et les facteurs liés aux accusations d'impérialisme culturel formulées par des pays du « Tiers-monde » à l'encontre des pays occidentaux. La première catégorie regroupe des principes transcendants du système juridique national et international qui entraînent dans leur fonctionnement des effets différenciés pour les hommes et les femmes. Ces principes, tels que la distinction entre le domaine public et le domaine privé, ainsi que la préséance du standard masculin dans la conception et l'interprétation du droit feront l'objet des deux premières sections de cette partie. La deuxième catégorie de facteurs, dont les arguments font appel à la notion de relativisme culturel, sera abordée dans la dernière section.

A. La distinction public/privé

Bien qu'elle paraisse sexuellement neutre dans sa formulation et son application, la traditionnelle distinction entre les sphères publique et privée fait partie de ces principes juridiques qui peuvent créer des effets différenciés pour les hommes et les femmes. Sur le plan du droit international, cette affirmation est d'autant plus vraie que les conséquences de cette distinction se trouvent renforcées de par sa répétition sous diverses formes à l'intérieur du système international. Il sera démontré au cours de la présente section que cette distinction public/privé influence à la fois le contenu et la formation du *jus cogens*, contribuant à la non-reconnaissance de l'interdiction de la discrimination faite aux femmes parmi les normes impératives.

1. La distinction public/privé : origines et transposition en droit international

La distinction public/privé constitue en quelque sorte la limite invisible entre le champ d'action de l'État et celui de la vie privée, où les possibilités d'interventions étatiques sont réduites⁸⁵. Il s'agit bien sûr d'une ligne de démarcation fictive, invisible, sujette à se déplacer selon l'évolution des concepts de public et de privé. Le droit est rempli de telles images

⁸⁵ Katherine O'DONOVAN, *Sexual Divisions in Law*, Londres, Weidenfeld et Nicolson, 1985, p. 8.

et métaphores qui organisent et structurent la pensée juridique⁸⁶. Bien que les origines de cette distinction puissent être retracées jusqu'à l'Antiquité grecque, la nécessité de séparer le domaine public du domaine privé s'est particulièrement affirmée avec la montée en puissance de l'État-nation et des démocraties libérales. La sphère publique correspond au lieu où les individus interagissent en société; c'est là où ils travaillent et participent à la vie politique et culturelle de leur milieu, entre autres. L'État régit cet espace public en soumettant ces interactions en société à une multitude de règles et de lois. De son côté, la sphère privée représente plutôt l'intimité, tant dans le lieu physique du domicile que dans la conscience de l'individu et ses sentiments. C'est dans cette sphère que les citoyens vivent leur vie personnelle, familiale et affective⁸⁷. Les interventions étatiques y sont plus restreintes et délimitées par la protection du droit à la vie privée.

Dans la pensée libérale actuelle, la distinction public/privé se veut sexuellement neutre, au sens où elle n'opère pas directement de discrimination basée sur le sexe. Elle a uniquement pour but de délimiter les domaines où la régulation étatique est nécessaire de ceux relevant de l'autonomie individuelle⁸⁸. Cela dit, les féministes ont depuis longtemps démontré que la distinction public/privé ne fut pas au fil du temps sans affecter la condition féminine. Elles ont notamment soulevé que cette distinction a traditionnellement concordé avec la division sexuelle du travail entre les hommes et les femmes, elle-même influencée par des facteurs tels que le déterminisme biologique ou les croyances religieuses. En effet, à partir de la Grèce antique la sphère publique ou *polis* fut historiquement dominée par les hommes, puisque ces derniers étaient réputés posséder les qualités nécessaires (rationnels, compétitifs, fonceurs) pour y réussir; la sphère privée ou *oikos* fut quant à elle réservée aux femmes, qui étaient censées avoir des talents innés (amour, tendresse, délicatesse) pour le soin des enfants et la tenue du foyer familial⁸⁹. La relation entre les deux sphères était alors perçue comme une de complémentarité, voire de symbiose:

⁸⁶ Karl E. KLARE, « The Public/Private Distinction in Labor Law », (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review* 1358, 1361, cité par Margaret THORNTON, « The Cartography of Public and Private », dans Margaret THORNTON (dir.), *Public and Private: Feminist Legal Debates*, Melbourne, Oxford University Press, 1995, p. 2, à la page 2.

⁸⁷ K. O'DONOVAN, préc., note 85, p. 11.

⁸⁸ H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 8, p. 31.

⁸⁹ Hilary CHARLESWORTH, Christine CHINKIN et Shelley WRIGHT, « Feminist Approaches to International Law », (1991) 85 *Amer. J. Int'l L.* 613, 626.

sans le travail accompli par les femmes (et aussi à cette époque par les esclaves) à l'intérieur de la sphère privée, le chef de famille ne jouirait pas de la liberté de participer à la vie de la *polis*⁹⁰.

Si ce clivage tend désormais à s'estomper dans la plupart des sociétés occidentales, il demeure néanmoins présent ; les femmes sont en effet souvent moins nombreuses que les hommes sur le marché du travail et dans les postes de hauts dirigeants, alors qu'elles accomplissent encore la majorité des tâches liées aux enfants et aux tâches ménagères. Le lien entre le féminin et le privé reste fortement ancré, tant dans l'inconscient collectif que les institutions. Pour les féministes radicales, la dichotomie public/privé sert à la fois à camoufler et à légitimer la domination masculine sur les femmes, soutenant que l'aspect sexué ou « genré » (« *gendered* ») de cette dichotomie renforce la position désavantageuse de la femme dans la société en la maintenant systématiquement dans la sphère privée⁹¹. Suivant cette logique, la distinction public/privé aurait pour conséquence de garantir aux femmes une protection moindre de la part de l'État (puisque une grande partie de leur vie se déroule dans la sphère privée), tout en les tenant loin des sphères de pouvoir, ce qui en retour freinerait une représentation adéquate de leurs intérêts au sein des instances décisionnelles.

La distinction public/privé ne se limite pas qu'à l'État-nation : elle se trouve aussi reflétée sous plusieurs formes dans l'organisation du système international. Il y a d'abord la distinction entre le droit international public et le droit international privé, soit ce qui sépare les relations internationales entre les États (publiques) de celles que diverses entités privées (individus, compagnies privées, multinationales, etc.) nouent entre elles. C'est cependant la séparation établie en droit international entre la sphère internationale et la sphère nationale qui présente le plus de similarités avec la distinction public/privé déjà évoquée. La sphère internationale correspond ici à la sphère publique, soit le domaine de la communauté internationale des États dans son ensemble. La sphère nationale rappelle quant à elle la sphère privée, protégée par le droit à l'autodétermination et le principe de la non-ingérence dans les affaires internes des autres États, consacré par l'article 2 (7) de la *Charte des Nations-Unies*⁹². C'est l'espace où

⁹⁰ M. THORNTON, préc., note 86, à la page 3.

⁹¹ H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 8, p. 44.

⁹² H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN et S. WRIGHT, préc., note 89, 625.

l'État exerce pleinement sa souveraineté, à l'abri des influences étrangères. Les critiques féministes du droit international dénoncent cette séparation, qu'elles considèrent comme une barrière à la protection des droits fondamentaux des femmes sur le plan international. Contrairement à bon nombre de droits fondamentaux, il semblerait en effet que les questions reliées aux droits des femmes soient le plus souvent jugées comme appartenant à la sphère nationale de chaque État, permettant à tous les gouvernements d'adopter leurs propres lois et politiques en matière de droits des femmes⁹³. De plus, lorsqu'ils sont ainsi relégués par la communauté internationale à la sphère interne des États, les enjeux ayant trait aux droits des femmes continuent de subir sur la scène nationale les effets de la distinction public/privé « originelle », c'est-à-dire qu'ils font l'objet d'une action restreinte de la part des autorités étatiques en raison de leur caractère « privé » ou familial. Puisque les États nient généralement toute responsabilité internationale pour les actions privées de leurs citoyens, la question de la protection des droits des femmes à l'intérieur de la sphère privée reste nébuleuse.

Cette superposition d'obstacles à la prise en compte des droits des femmes fait dire à certaines auteures que, d'un point de vue analytique, les femmes sont « invisibles » à l'échelle de la société internationale⁹⁴. Selon l'approche plus radicale avancée par Catharine MacKinnon, l'application de la distinction public/privé aux relations internationales découle de la reproduction du schème de domination masculine à un niveau politique supérieur. Les frontières étatiques sont le résultat de la division du pouvoir entre les hommes et de leur volonté de contrôle sur leurs juridictions respectives, juridiction qui inclut les femmes. Une sorte de reconnaissance masculine implicite assurerait le respect de ces frontières : « Interpreted in gendered terms, men respect other men's control over their own domains in the hope and expectation of reciprocity : the male bond »⁹⁵.

Il est important de souligner que la critique de la distinction public/privé ne fait pas l'unanimité dans son application au niveau international, qui inclut les sociétés non occidentales. Beaucoup sont en effet d'avis que

⁹³ Celina ROMANY, « Women as Aliens: A Feminist Critique of the Public/Private Distinction in Human Rights Law », (1993) 6 *Harv. Hum. Rts J.* 87, 96.

⁹⁴ Karen KNOP, « Re/Statements: Feminism and State Sovereignty in International Law », (1993) 3 *Transnat'l L. & Contemp. Probs* 293, 295.

⁹⁵ C. A. MACKINNON, préc., note 55, p. 6 et 7.

cette distinction est difficilement transposable à l'ensemble des sociétés, puisque ce qui est jugé d'ordre « public » ou « privé » varie grandement à travers le monde. De plus, des féministes ont aussi contesté le fait que la dichotomie public/privé agissait systématiquement au détriment des femmes⁹⁶. Ces critiques sont appropriées, car elles permettent d'éviter les généralisations à outrance ainsi que les dangers liés à l'emploi de la distinction public/privé sans l'adapter aux différents contextes nationaux. Cependant, dans la mesure où les institutions internationales actuelles ont été en grande partie façonnées par les sociétés libérales et qu'on peut supposer que ces dernières y ont exporté quelques-unes de leurs caractéristiques juridiques fondamentales⁹⁷, il demeure intéressant de s'interroger sur les répercussions de la distinction public/privé à l'échelle globale. De plus, si le contenu des sphères publique et privée peut varier selon les sociétés, il est tout de même possible de dégager une constante dans la dévaluation des activités dites « féminines » à travers leur caractérisation comme « privées »⁹⁸.

Dans le contexte de la présente étude, l'examen des conséquences de la distinction juridique entre le public et le privé sur la place de l'interdiction de la discrimination faite aux femmes en droit international s'avère donc particulièrement pertinente. L'approche adoptée ici fera écho à celle utilisée par Charlesworth et Chinkin⁹⁹ : sans prétendre que la distinction public/privé se retrouve en un seul bloc monolithique dans tout le système international et qu'elle explique à elle seule l'oppression des femmes à travers le monde, il s'agit plutôt de reconnaître que des distinctions en apparence neutres (tant au niveau national qu'international) entre la sphère publique et la sphère privée peuvent avoir des *effets* différenciés sur les hommes et les femmes, effets qui méritent d'être évalués. Le reste de cette section sera donc consacré à l'étude des effets de la distinction public/privé sur le contenu et le processus de formation du *jus cogens*, plus particulièrement en ce qui a trait aux questions touchant les femmes.

⁹⁶ H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 8, p. 57 et 58.

⁹⁷ Hilary CHARLESWORTH, « Words Apart: Public/Private Distinctions in International Law », dans Margaret THORNTON (dir.), *Public and Private: Feminist Legal Debates*, Melbourne, Oxford University Press, 1995, p. 243, à la page 252.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 8, p. 57.

2. L'influence de la distinction public/privé sur le *jus cogens*

En examinant de plus près les idées qui le sous-tendent ainsi que les normes qui le composent, il est d'emblée possible de constater que le concept même de *jus cogens* fait référence à une certaine notion de séparation entre le public et le privé. Déjà dans la définition du *jus cogens* fournie par la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, la référence à la « communauté internationale des États dans son ensemble »¹⁰⁰ implique une démarcation. À travers l'article 53, il devient en effet établi que le concept de normes non susceptible de dérogations ne peut s'appliquer qu'à des questions touchant l'ensemble de la communauté internationale, alors que les enjeux mis de l'avant par un seul État ou un petit groupe de nations en sont automatiquement exclus. Derrière ce langage se dégage la volonté de distinguer ce qui appartient au domaine public international (condition de base pour faire partie du *jus cogens*) de ce qui n'en fait pas partie. Cette interprétation se voit confirmée par les déclarations des États parties au sujet de la nature du *jus cogens* en marge de la rédaction de la Convention de Vienne : « Mexico stated [...] that rules of jus cogens are derived from principles which the legal conscience of mankind deems absolutely essential to coexistence in the international community [...] »¹⁰¹. Il s'agit donc de principes visant à assurer la coexistence entre les États au sein de la société internationale, de la même manière que les lois dictées par l'État assurent la coexistence entre les individus au niveau national. Dans les deux cas, ces règles qui sont destinées à un espace « public ».

Du côté des normes impératives elles-mêmes, elles peuvent elles aussi être associées au caractère public du *jus cogens*. En effet, les normes identifiées plus haut comme ayant atteint un statut péremptoire découlent majoritairement de droits dits de « première génération », soit les droits civils et politiques. Ces droits visent surtout à protéger les individus de possibles abus de pouvoir de la part de l'État à leur endroit. Tel est le cas, par exemple, de l'interdiction du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, de la torture, des disparitions forcées et des détentions arbitraires ; toutes ces normes sont apparues suite à la commission d'atrocités de masse par des États envers leurs citoyens. Charlesworth et Chinkin en déduisent que les droits de première génération répondent principalement aux peurs et préoccupations des hommes et sont donc orientés vers

¹⁰⁰ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, préc., note 2, art. 53.

¹⁰¹ L. HANNIKAINEN, préc., note 7, p. 4.

la sphère publique: «The primacy traditionally given to civil and political rights [...] is directed towards protection for men within their public life – their relationship with government»¹⁰². Cette crainte de l'abus de pouvoir étatique se reflète aussi dans la caractérisation même de certains crimes de *jus cogens*: le crime de torture, par exemple, n'existe que si les souffrances ont été infligées par «un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement tacite»¹⁰³. C'est l'implication de l'agent public qui fait la différence entre la torture et les voies de fait, ou encore entre un crime de *jus cogens* ou un crime de droit commun. Des auteurs comme Rhonda Copelon font un parallèle entre la torture et des cas de violence faite aux femmes commis dans l'intimité par des membres de leur famille: malgré de grandes similitudes dans la violence subie, l'absence d'implication de l'État dans les traitements infligés aux femmes fait en sorte qu'ils ne sont pas nécessairement considérés comme des violations des droits de la personne tel que ces derniers sont compris en droit international¹⁰⁴.

Ces constats ne signifient pas pour autant que les femmes ne peuvent pas bénéficier de la protection de leurs droits fondamentaux, ni qu'elles ne sont jamais victimes de violations de leurs droits civils et politiques. Sachant cependant que les femmes passent encore une grande partie de leur vie dans des sphères dites privées, cette limitation du *jus cogens* aux violations davantage susceptibles de se produire dans la sphère publique fait en sorte que de nombreux aspects de la vie des femmes sont laissés sans véritable protection internationale. C'est le cas par exemple de la discrimination et de la violence sexuelles perpétrées hors du champ d'action de l'État.

Bien qu'ils l'expliquent en partie, ces effets de la distinction public/privé ne sont pas responsables à eux seuls de l'exclusion de la discrimination basée sur le sexe parmi les violations des droits de la personne prohibées par une norme de *jus cogens*. En effet, si le facteur déterminant dans l'équation était la présence ou l'absence d'implication étatique, pourquoi la discrimination sexuelle ne serait-elle pas au moins interdite par une

¹⁰² H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 6, 69.

¹⁰³ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85, art. 1 (entrée en vigueur le 26 juin 1987).

¹⁰⁴ Rhonda COPELON, «Recognizing the Egregious in the Everyday: Domestic Violence as Torture», (1993-1994) 25 *Colum. Hum. Rts L. Rev.* 291, 294.

norme de *jus cogens* lorsqu'elle est le fait de l'État ou de ses agents, comme dans l'exemple saoudien d'une politique nationale ouvertement sexiste ? Il semblerait qu'un autre effet de la distinction public/privé soit ici à l'œuvre, soit le réflexe de considérer les questions qui touchent spécifiquement les droits des femmes comme appartenant à la sphère privée, c'est-à-dire nationale. Si, de par leurs liens étroits avec des sujets aussi « privés » que la sexualité, le mariage, la famille et la religion, les droits des femmes ont traditionnellement été associés à la sphère privée, il est en effet possible de constater que la même chose se reproduit au niveau international comme si, pour reprendre l'image de MacKinnon, les États respectaient la « juridiction » des autres États sur ces questions.

Cette habitude de considérer les enjeux qui touchent particulièrement les femmes comme une question nationale ou interne pourrait en partie expliquer les lacunes de la CEDEF et des réserves dont elle fait l'objet. Une très grande majorité de réserves émises par rapport à des dispositions substantives visent en effet à rappeler de manière plus ou moins directe la souveraineté de l'État sur ces questions, affirmant par exemple la primauté des lois nationales sur la CEDEF en cas d'incompatibilité entre les deux et refusant l'autorité de la CIJ pour trancher les différends. De plus, même lorsqu'ils réussissent à être considérés comme internationaux, les enjeux concernant les femmes se voient souvent redirigés dans une catégorie « à part », en dehors des institutions générales du droit international. Bien qu'elles aient vraisemblablement été créées dans le but d'améliorer la représentation des femmes sur la scène internationale, ces institutions (telles que la Commission de la condition de la femme ou CSW, ONU Femmes, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes ou la CEDEF elle-même) ont pour effet d'accentuer la séparation entre les questions « féminines » et les questions internationales « générales ». La délégation de tout ce qui touche les femmes à ces entités crée la fausse impression chez les autres institutions internationales qu'elles n'ont pas à s'en occuper. Par conséquent, les questions concernant les femmes (comme la discrimination basée sur le sexe) sont évacuées des préoccupations des institutions principales de la société internationale (comme le *jus cogens*) qui traitent de questions générales pour être confiées à des institutions spécialisées, dont le financement est de surcroît souvent mal assuré¹⁰⁵.

¹⁰⁵ H. CHARLESWORTH, préc., note 97, à la page 247.

En ce sens, la distinction général/spécialisé fonctionne comme une distinction public/privé.

Finalement, les effets de ces différentes démarcations public/privé se font aussi sentir dans le processus de formation du *jus cogens*. Comme nous l'avons déjà signalé dans cette étude, pour être reconnue comme impérative, une norme doit satisfaire à des critères objectifs, mais aussi à un critère psychologique, qui se traduit par une conviction partagée au sein des États à l'effet que ladite norme revêt un caractère non susceptible de dérogation et péremptoire. Cette étape représente en quelque sorte la reconnaissance par la communauté des États du caractère public de la norme, de son importance pour la communauté internationale des États dans son ensemble. Or, si une norme est considérée comme relevant davantage du domaine réservé des États ou encore à un domaine spécialisé du droit international en raison de certaines distinctions traditionnelles entre le public et le privé, les chances qu'elle soit reconnue comme péremptoire sont très minces. Ce phénomène pourrait en partie expliquer pourquoi, contrairement à l'interdiction de la discrimination raciale, l'interdiction de la discrimination faite aux femmes n'a toujours pas le statut de *jus cogens* et ce, malgré le fait qu'elle satisfasse à beaucoup de critères objectifs. Le fait que la discrimination basée sur le sexe concerne une population avant tout féminine en fait une question d'ordre national, ou tout au plus d'un pan spécifique du droit international, alors que la discrimination raciale, qui touche aussi les hommes, est réputée relever de l'ordre international, universel¹⁰⁶, freinant du même coup la satisfaction du critère psychologique nécessaire à la reconnaissance du caractère impératif de cette interdiction. Tant que le chapitre du droit international des droits de la personne consacré aux droits des femmes sera relégué au niveau national ou à une catégorie à part des droits de la personne, il demeurera ardu de convaincre les États qu'il s'agit d'une norme de *jus cogens*.

3. Une division qui peut être surmontée

Le fait de critiquer certains aspects de la distinction public/privé ne signifie pas nécessairement qu'il faille en éliminer toutes les manifestations. Il s'agit avant tout de savoir identifier ses effets négatifs pour les femmes afin de parvenir éventuellement à les neutraliser. En se fiant à la

¹⁰⁶ H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 6, 68 et 69.

manière dont est appliquée la distinction public/privé dans d'autres domaines du droit, il est possible d'affirmer qu'elle peut s'adapter selon les situations et ce, tant sur le plan national qu'international. Dans un premier temps, il est faux de penser que la limite entre le domaine privé et le domaine public est complètement infranchissable. Dans sa sphère nationale ou interne, l'État intervient en effet dans plusieurs secteurs traditionnellement associés à la sphère privée individuelle. Par exemple, tout ce qui a trait aux enfants est sujet à une grande attention de la part des autorités publiques, qui n'hésitent pas à intervenir en cas de négligence ou de mauvais traitements. Depuis les années 1960, beaucoup d'États se mêlent aussi des cas de violence conjugale, remettant ainsi en question des siècles d'autorité absolue du mari sur sa femme. Certaines violations de normes internationales ne connaissent pas non plus de limitations entre le public et le privé; bien que son contenu soit largement le produit des interactions dans la sphère publique, le *jus cogens* ne permet pas de distinction public/privé dans son application¹⁰⁷. L'esclavage est en effet prohibé et condamné peu importe où il se produit, que ce soit à l'échelle d'un pays où dans une résidence privée.

Ces exemples rappellent que le caractère politique de la distinction public/privé n'est pas à négliger: le fait de poser la limite du champ d'action de l'État à tel ou tel endroit n'est pas anodin. La sphère privée demeure un endroit où l'État a *choisi* de ne pas intervenir¹⁰⁸, de la même manière que la communauté internationale a décidé de ne pas intervenir dans les affaires internes des États. Or, il vient d'être démontré que ces choix peuvent être révoqués lorsque les autorités publiques jugent que certaines questions appartiennent à un domaine plutôt qu'à l'autre, ce qui laisse présager que la discrimination faite aux femmes pourrait un jour être considérée comme appartenant à la sphère publique internationale si une véritable volonté politique existait en ce sens. De récents développements donnent des raisons d'être optimiste: certains instruments et textes internationaux adoptés dans les années 90 prohibant la violence faite aux femmes (comme la *Convention Belém do Pará*¹⁰⁹ et la *Déclaration sur*

¹⁰⁷ L. ASKARI, préc., note 14, 26.

¹⁰⁸ C. ROMANY, préc., note 72, 100.

¹⁰⁹ *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme*, préc., note 41, art. 1, 2(a), 2(c) et 3.

*l'élimination de la violence à l'égard des femmes*¹¹⁰) étendent leur compétence aux actes commis dans la sphère privée.

En deuxième lieu, le principe selon lequel la responsabilité des États ne peut être engagée que pour des actes commis par ses agents semble de moins en moins absolu. L'État peut d'abord être tenu pour responsable de certains agissements de personnes privées. La responsabilité étatique en matière de protection des étrangers, qui date d'aussi loin que l'Antiquité, veut en effet qu'un État soit tenu pour responsable de tout tort causé à un étranger sur son territoire, et ce peu importe si le tort a été causé par une personne privée ou un agent du gouvernement¹¹¹. L'État dont l'étranger est ressortissant est alors en droit d'exercer sa protection diplomatique et d'exiger des réparations de la part de l'État fautif¹¹². Celina Romany se base d'ailleurs sur cet exemple pour affirmer la responsabilité des États pour la violence faite aux femmes et autres violations des droits de ces dernières à l'intérieur des frontières étatiques: les femmes ayant toujours représenté «l'Autre», elles sont elles-mêmes des étrangères («*aliens*») au sein de leur société et ont par conséquent droit à une protection spéciale¹¹³.

Bien que cette comparaison soulève plusieurs questions, dont celle de savoir si une protection particulière obtenue en fonction d'un statut d'«*outsider*» ne ferait pas qu'accentuer ou sceller l'exclusion des femmes du reste de la société, ou encore de savoir si cette protection s'étend aussi aux autres groupes minoritaires considérés comme des «*outsiders*», elle contribue au débat en conceptualisant la responsabilité étatique comme pouvant également être engagée pour des actes commis par des personnes privées. Même si cette conception rejoint une interprétation somme toute plus intuitive des obligations des États en matière de discrimination sur le plan international («[...] it is hard to maintain that a State which is legally obliged to act against gender discrimination is not under a duty to take appropriate preventive and remedial action against non-State offenders»¹¹⁴), elle n'en demeure pas moins relativement difficile à mettre en

¹¹⁰ *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, A/RES/48/104 (1993), art. 1, 2(a), 2(c) et 3.

¹¹¹ C. ROMANY, préc., note 93, 114.

¹¹² J. ARBOUR et G. PARENT, préc., note 9, p. 628.

¹¹³ C. ROMANY, préc., note 93, 107.

¹¹⁴ O. SCHACHTER, préc., note 3, p. 340.

pratique dans le système international actuel, qui demeure pensé pour répondre au comportement des États.

La meilleure manière de mettre cette nouvelle vision en pratique serait peut-être d'avoir recours au principe de plus en plus admis selon lequel la responsabilité de l'État peut également être engagée pour des omissions, et non uniquement pour des actions. Dans son arrêt *Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a reconnu la responsabilité du Honduras pour des disparitions forcées à caractère politique et ce, même si des agents de l'État n'y avaient pas ouvertement pris part¹¹⁵. À travers ce jugement, la Cour semble jeter les bases d'une doctrine de la responsabilité des États comprenant à la fois les actes et les omissions, responsabilité découlant du devoir qui incombe à l'État de veiller au respect de ses obligations internationales en matière de droits de la personne¹¹⁶. En d'autres mots, au lieu de pouvoir être tenu directement pour responsable des actes commis par ses citoyens, un État pourrait plutôt voir sa responsabilité internationale engagée pour avoir omis de respecter son obligation d'empêcher ses citoyens de commettre de graves violations des droits de la personne et, le cas échéant, de faire cesser ces mêmes violations. Suivant cette logique, un État membre de l'Organisation des États Américains (OÉA) pourrait donc se voir blâmé par la Cour pour avoir failli à empêcher ou mettre fin à la commission d'actes discriminatoires envers les femmes, et ce même si ces gestes sont le fait d'individus n'ayant aucun lien avec l'État en question. Le raisonnement de la Cour pourrait s'appuyer sur la *Convention Belém do Pará*, qui contient l'obligation pour les États membres de prévenir, punir et éliminer la violence contre les femmes, et ce tant dans la sphère publique que dans la sphère privée¹¹⁷. Reste à voir si la Cour interaméricaine et d'autres instances judiciaires internationales emprunteront cette voie lorsqu'un tel cas se présentera devant elles.

Bien qu'il s'agisse d'une distinction fictive et essentiellement arbitraire, la séparation juridique qui subsiste entre les domaines public et

¹¹⁵ *Affaire Velásquez-Rodríguez c. Honduras*, 29 juillet 1988, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 4, par. 129, en ligne : <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_ing.pdf> (consulté le 19 juillet 2014).

¹¹⁶ C. ROMANY, préc., note 93, 112.

¹¹⁷ *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme*, préc., note 41, art. 1, 2, 7 et 8.

privé produit des effets bien réels pour les individus. Elle assigne des questions et des enjeux à des catégories précises qui demeurent très difficiles à modifier. Ainsi, la classification de la discrimination faite aux femmes comme un sujet « privé » ou national constitue un obstacle de taille à sa prohibition par une norme impérative du droit international, puisque cette reconnaissance n'est généralement accordée qu'à des thèmes considérés objectivement et psychologiquement comme étant d'ordre « public ». Concrètement, le caractère « privé » du problème que constitue la discrimination faite aux femmes se traduit par une grande discrétion des États dans l'interprétation et l'application des différents instruments internationaux prohibant cette pratique, ce qui en retour signifie le plus souvent une moindre protection pour les femmes contre toutes les formes de discrimination à leur égard en comparaison avec d'autres droits de la personne. Heureusement, quelques développements récents laissent croire que des changements pourraient survenir quant au traitement de la distinction public/privé en droit international, notamment en ce qui a trait à la discrimination faite aux femmes. Il reste seulement à espérer que ces nouveaux éléments parviendront à opérer un véritable changement quant à la *perception* de la discrimination basée sur le sexe, non plus comme une question privée ou secondaire, mais bien comme un enjeu qui concerne la communauté internationale des États dans son ensemble.

B. Primauté du standard masculin en droit

Une seconde explication quant à l'absence du principe de non-discrimination à l'égard du sexe parmi les normes non susceptibles de dérogation du droit international résiderait dans l'omniprésence d'un standard masculin implicite chez ces dernières. Accepté et présenté comme neutre, le standard à partir duquel la « norme » est établie serait plutôt le reflet d'une prédominance continue du masculin pendant des siècles dans l'ensemble des structures organisant la vie en société. Après avoir décortiqué ce standard, ses fonctions ainsi que les mécanismes qui le perpétuent, la présente section en identifiera des manifestations au sein de différentes institutions juridiques qui sous-tendent le système international. Il sera ensuite analysé comment cette primauté du standard masculin en droit influe sur le contenu et le processus de formation du *jus cogens*. Finalement, différentes réponses à ce phénomène tirées de la littérature critique féministe seront examinées.

1. De l'importance du standard et du statu quo en droit

Il est évident que, pour fonctionner correctement, le droit a besoin de points de repères fixes. La justice ne peut en effet fonctionner correctement sans stabilité : comment appliquer les lois si ces dernières ainsi que les définitions et concepts qu'elles comportent changent constamment ? Tout comme la nécessité d'appliquer une démarcation fictive entre les sphères publique et privée s'est imposée afin de déterminer le champ d'action de l'État, le besoin d'imaginer une « personne standard » s'est avéré criant pour le bon fonctionnement de la justice. Cette personne idéalisée n'est pas une personne parfaite, mais plutôt un idéaltype, soit un construit utopique servant à évaluer dans le réel le statut, le comportement et bien d'autres caractéristiques de l'ensemble des autres individus qui forment la société. On ne peut parler par exemple de droits de la personne sans d'abord avoir répondu à la question suivante : qu'est-ce qu'une personne, et sur quels plans a-t-elle besoin de protection ? Les thèmes reliés à la citoyenneté et au droit de vote sont quant à eux soumis à la question : qu'est-ce qu'un citoyen ? Ces interrogations nécessitent le recours souvent implicite et inconscient à l'idée d'une personne standard, normale, comme point de référence. En droit civil et criminel, le standard de la « personne raisonnable » permet d'évaluer le comportement de la personne en cause : dans cette situation *x*, l'accusé a-t-il agi comme une personne raisonnable, ou sa réaction est-elle à condamner ? On retrouve la même logique derrière le standard moins actuel du « bon père de famille ».

De la même manière, toute discussion sur la discrimination fait obligatoirement appel à un standard. La définition de la discrimination basée sur le sexe fournie par la CEDEF parle de « toute distinction, exclusion ou restriction » ; toutes ces actions impliquent un référent, puisque toute distinction, exclusion ou restriction se fait forcément *par rapport* à quelqu'un ou quelque chose d'autre. En français, le *Petit Robert* définit la discrimination comme « le fait de séparer un groupe social des autres en le traitant plus mal »¹¹⁸ ; le groupe discriminé se voit donc offrir un traitement moins avantageux *par rapport* aux autres. La distinction est quant à elle définie comme l'action de « reconnaître pour différent »¹¹⁹. Différent de quoi, de

¹¹⁸ Paul ROBERT, Josette REY-DEBOVE et Alain REY, *Le nouveau Petit Robert*, Le Robert, 2008, v^o « discrimination ».

¹¹⁹ *Id.*, v^o « distinction ».

qui? La nécessité d'un standard, d'un point de repère quelconque apparaît ici cruciale afin d'établir s'il y a discrimination ou non.

L'importance du standard de la personne normale en tant qu'idée est donc fondamentale à tout système juridique, de même qu'à la vie en société. En effet, le recours à de tels standards dépasse largement les limites du droit et régit aussi par exemple les comportements appropriés au travail ou dans les relations interpersonnelles. L'importance de ce standard lui confère en retour un pouvoir potentiellement dangereux : si le standard est biaisé, alors tout le système est nécessairement biaisé lui aussi. Pour les critiques féministes, tel est malheureusement le cas. Elles soutiennent que la personne « idéale » n'est nul autre que l'individu de sexe masculin, blanc et hétérosexuel. Objectivement parlant, il ne devrait pas s'agir là d'une grande surprise ; puisque les hommes ont dominé les sphères de pouvoir politique et juridique pendant des siècles, il est logique de supposer que le standard « masculin » est peu à peu devenu le standard « normal ». Ainsi, les concepts juridiques de « personne », de « citoyen » et même d'« humain » ont été plus ou moins façonnés sur le modèle d'un individu masculin. Le langage courant reflète encore cette prédominance du masculin sur certains concepts. Dans le monde francophone, le terme « droits de l'Homme » s'impose encore lorsqu'il est question de droits de la personne ; bien qu'il tende à disparaître, le standard du « bon père de famille » reste encore fortement ancré lorsque vient le temps d'évaluer le caractère raisonnable d'une décision ou d'un comportement.

Certaines féministes sont d'ailleurs sceptiques quant à l'idée que ces standards soient désormais plus neutres suite à leur nouvelles désignations telles que « droits de la personne » ou « personne raisonnable » ; il s'agit selon elles de changements avant tout cosmétiques, qui continuent de masquer la nature profondément masculine de ces standards. Cette nature privilégierait par exemple des comportements axés sur la rationalité, la compétitivité, la combativité et le sang-froid, ainsi que des valeurs liées au travail, au fait de produire et de contribuer activement à la société, tous associés traditionnellement aux hommes. L'adéquation entre la norme et une personne de sexe masculin fait en sorte que tous les individus, même ceux qui ne sont pas de sexe masculin et ne présentent peut-être pas ces caractéristiques, sont évalués en fonction de ce standard. Dans ce système, le féminin n'est pas compris comme l'un des deux sexes du genre humain ; l'idée de la femme s'est plutôt construite *par rapport* à la norme masculine, c'est-à-dire comme l'« Autre » ou encore ce que le masculin *n'est*

*pas*¹²⁰. Si les qualités dites masculines sont celles de l'esprit, les caractéristiques féminines sont celles du corps : la maternité, la sexualité, la passion, la tendresse, guidées par l'irrationalité des sentiments et des pulsions. Cette altérité du féminin se traduit par une dévalorisation systématique des caractéristiques qui lui sont associées par rapport à celles appartenant à l'idée du masculin.

Avant de s'aventurer plus loin sur le terrain de cette opposition et de son influence sur le droit international, quelques précisions s'imposent sur l'un des débats les plus virulents du féminisme. En effet, les auteurs sont partagés entre la nécessité, d'un côté, de dénoncer les institutions « masculines » qui excluent l'expérience et la participation des femmes, et d'un autre, le désir de briser les stéréotypes de genre qui reposent sur l'acceptation de natures féminines et masculines innées et immuables. Ce déchirement entre la volonté de faire reconnaître les expériences et les préoccupations typiquement « féminines », tout en remettant d'une certaine manière en question l'existence même de ces dernières fait en soi l'objet d'un débat à part entière dans la littérature féministe, qui se nourrit d'une variété de disciplines telles que la sociologie, la psychologie et la philosophie. La présente étude n'a pas pour but de prendre position dans ce débat, pour la simple et bonne raison qu'il n'apparaît pas nécessaire de le faire. L'idée défendue ici est en effet que, *même si* les caractéristiques biologiques des hommes et des femmes leur conféraient de manière innée des qualités et des comportements fondamentalement différents (ce qui est loin d'être chose sûre), cela ne constituerait pas une raison suffisante pour les priver de la jouissance égale de leurs droits fondamentaux, y compris le droit de vivre à l'abri de toute discrimination. La présente section se base donc sur le postulat suivant : à tort ou à raison, des stéréotypes de genre se sont formés. Vu la mainmise masculine sur les domaines politiques, juridiques et économiques, le stéréotype masculin est peu à peu devenu le standard « normal ». Malgré des efforts de neutralisation, ce déséquilibre en faveur du masculin est toujours bien présent et agit au détriment des femmes jusque dans la sphère internationale.

La longévité de cette prédominance du standard masculin s'explique quant à elle par la préférence du droit pour le *statu quo*. C'est l'élément qui assure la stabilité et la continuité du standard à travers le temps. Une fois les standards fixés, il devient en effet nécessaire de les protéger, sans quoi

¹²⁰ M. THORNTON, préc., note 86, p. 12.

c'est la cohérence même du système qui sera remise en cause. La règle du précédent, répandue dans nombre de systèmes de *common law*, favorise le *statu quo*¹²¹. Tout effort de modification place le fardeau de la preuve du côté du réformateur¹²², de sorte que lorsque le droit change, il bouge peu et très lentement. Les féministes critiquent cet effet pervers de la recherche de la stabilité juridique, puisqu'elle perpétue un *statu quo* patriarcal. Certaines y voient aussi l'une des raisons expliquant la longévité des rapports de domination hommes/femmes dans la vie en société, puisque les relations *de jure* stabilisent les relations *de facto*¹²³.

2. Le standard masculin au sein des institutions du système international

Parmi les institutions qui régissent le fonctionnement du système international, plusieurs d'entre elles fonctionneraient selon un standard masculin. L'exemple le plus couramment utilisé par les critiques féministes est le modèle de l'État-nation libéral, dont la nature masculine s'exprimerait tant dans son mode de fonctionnement interne que dans la fiction qui consiste à traiter les États comme des individus sur la scène internationale. L'État libéral tire en effet ses origines du mythe du contrat social, selon lequel les individus concèdent une partie de leur liberté en échange de protection de la part de la puissance publique, du Léviathan. Les individus à l'intérieur de ce contrat sont considérés comme étant égaux entre eux; or, les féministes affirment que ledit contrat est d'abord fondé sur un contrat sexuel basé sur des rapports « naturels » de domination entre les hommes et les femmes. Il appert que les individus du contrat social de Rousseau et Hobbes sont en effet des hommes et que l'égalité dont ces derniers bénéficiaient entre eux ne s'étendait pas aux autres membres de la cellule familiale. Sous un angle critique féministe, la nature paradoxale du contrat social apparaît évidente : théorie qui a pour base l'égalité entre les individus, elle admet pourtant d'emblée une inégalité « naturelle » fondamentale¹²⁴.

¹²¹ Patricia SMITH, « Feminist Philosophy of Law », dans Edward N. ZALTA (dir.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2010 Edition)*, en ligne : <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/feminism-law>> (consulté le 19 juillet janvier 2014).

¹²² *Id.*

¹²³ Catharine A. MACKINNON, *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 167.

¹²⁴ C. ROMANY, préc., note 93, 99.

Si la théorie du contrat social a sans contredit évolué depuis Hobbes et Rousseau et n'admet plus nécessairement le contrat sexuel « naturel », les féministes soutiennent que le concept de droits négatifs que privilégie le contrat social dans les rapports entre l'État et ses citoyens perpétue la position subordonnée de la femme dans la société. Dans la théorie du contrat social, la liberté individuelle est en effet garantie par des droits dits « négatifs »¹²⁵, c'est-à-dire des droits qui s'exercent pleinement lorsque l'État s'abstient d'intervenir dans la vie de ses citoyens, tels que le droit à la liberté d'opinion, d'expression ou de circulation. Or, puisqu'ils s'incarnent essentiellement par des abstentions, ces droits ne permettent pas de corriger efficacement les inégalités politiques, sociales et économiques entre les hommes et les femmes, ces dernières nécessitant le plus souvent une intervention étatique. Cette préférence pour les droits négatifs demeure fortement ancrée dans le modèle étatique libéral actuel et favoriserait au sein de ce dernier le maintien d'un système politique à l'avantage de l'homme. Cette emprise du masculin sur le pouvoir politique (et donc sur le droit) fait dire à MacKinnon que « [t]he State is male in the feminist sense: the law sees and treats women the way men see and treat women »¹²⁶. C'est donc dire que, dans les sociétés où les femmes sont considérées comme étant inférieures aux hommes, l'État les traitera comme telles; si au contraire la société se considère en faveur de l'égalité entre les sexes, leur condition s'améliorera. Il est à noter que dans les deux situations, les femmes demeurent tributaires de la norme masculine pour la représentation de leurs intérêts, qu'ils soient mal ou bien représentés.

Les États ainsi que les relations qu'ils entretiennent entre eux sont souvent décrits en ayant recours à un vocabulaire sexué. Si des qualificatifs associés tant au masculin qu'au féminin sont utilisés, il ressort que la masculinité est clairement associée aux aspects « positifs » de l'État, tandis que la féminité est davantage associée aux faiblesses de ce dernier. Ainsi, un État qui se porte bien est un État fort et en contrôle de son territoire; il possède idéalement une armée puissante et exerce une grande autorité sur sa population. En contrepartie, un État faible, vulnérable et en proie à l'anarchie sera décrit d'une manière similaire à une femme en danger, en comparant par exemple l'invasion territoriale à un viol¹²⁷. Par cette pénétration violente du territoire étranger, l'État envahisseur étend son pouvoir

¹²⁵ *Id.*, 98.

¹²⁶ C. A. MACKINNON, préc., note 123, p. 161 et 162.

¹²⁷ H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 8, p. 137 et 138.

et sa domination sur les plus faibles. Pour le pays envahi, c'est l'image féminine de la « mère patrie » qu'il faut sauver qui sera utilisée pour fouetter les troupes. S'il peut s'agir d'une représentation positive de la « féminité » de l'État (l'entité qui protège et nourrit son peuple, à la manière d'une mère), elle conforte surtout les militaires dans leur rôle masculin de sauveurs et de protecteurs de la nation. Cette image peut aussi être utilisée pour recueillir du support étranger pour l'État envahi; dans le discours visant à rallier l'opinion publique américaine à la guerre du Golfe de 1990 à 1991 contre l'Irak, le Koweït était fréquemment « féminisé » et présenté comme un pays sans défense qu'il fallait sauver, alors que les États-Unis étaient décrits comme les sauveurs¹²⁸.

La valeur accordée aux caractéristiques mâles de l'État se manifeste aussi dans sa représentation en tant qu'individu. Les États sont en effet souvent traités de cette manière en tant qu'objets d'études et d'analyses politiques; au niveau macro, ils sont vus comme des entités unitaires, qui se voient souvent attribuer des comportements et des caractéristiques humains. Les principales théories des relations internationales reflètent cette affirmation. En tentant d'expliquer et de prévoir le comportement des États, chacune se base sur une vision bien précise de la nature humaine. Ainsi, les réalistes par exemple considèrent les États comme étant d'abord motivés par leur intérêt individuel de survie: égoïstes, compétitifs et farouchement attachés à leur souveraineté, ils n'hésitent pas à déclencher les hostilités en cas de menace ou pour accroître leur puissance. Pour des réalistes classiques comme Hans Morgenthau, cet état de fait s'explique directement par la nature humaine, qui est selon eux irrémédiablement animée par un désir de puissance et de domination des hommes entre eux¹²⁹. Les tenants du libéralisme voient quant à eux les États démocratiques comme capables de coopérer entre eux et de coexister de manière pacifique, puisque chacun a besoin des autres pour satisfaire pleinement ses propres besoins¹³⁰. Dans ces deux exemples, l'État est présenté comme un agent purement rationnel, qui agit objectivement au mieux de ses intérêts. Ces deux courants, bien que diamétralement opposés théoriquement, prétent quand même tous deux une personnalité masculine au sujet qu'est l'État.

¹²⁸ *Id.*, p. 138.

¹²⁹ Diane ÉTHIER avec la collab. de Marie-Joëlle ZAHAR, *Introduction aux relations internationales*, 3^e éd., Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 26.

¹³⁰ *Id.*, p. 35.

Le concept de souveraineté est également du doigt par les auteures féministes comme étant porteur d'un standard masculin. Pour MacKinnon, l'idée d'exercer un pouvoir souverain constitue en elle-même un élément d'une idéologie typiquement masculine répandue tant au niveau national qu'international¹³¹. Elle serait intimement liée à la préservation de la distinction public/privé; si la demeure d'un homme est son château, le territoire d'un État est son royaume. Le concept de souveraineté et les immunités qui y sont rattachées (tant pour l'État que ses dirigeants) auraient pour effet de perpétuer la domination masculine et minimiser l'importance des droits fondamentaux des femmes au plan international¹³². Si l'affirmation de MacKinnon quant à la nature fondamentalement masculine du concept de souveraineté reste sujette à débats, l'exemple des réserves à la CEDEF montre bien que certains États invoquent avec succès leur souveraineté pour maintenir leur mainmise sur les questions relatives aux femmes, à la famille et à la religion, quitte à se soustraire à leurs obligations internationales. Si ce phénomène n'est pas uniquement observable relativement aux droits des femmes, il demeure omniprésent dans ce domaine, ce qui est d'autant plus troublant que ces revendications souverainistes furent complètement absentes des réserves à la Convention sur la discrimination raciale.

3. Influence sur le *jus cogens*

Comme dans le cas des institutions mentionnées plus haut, les normes impératives du droit international général ne sont pas non plus exemptes de biais masculins, ce qui pourrait en partie expliquer pourquoi elles n'incluent toujours pas la prohibition de la discrimination basée sur le sexe. Les théories du *jus cogens* se situent en effet au carrefour de plusieurs vecteurs porteurs d'un standard masculin implicite, ce qui ne rend leur imbrication que plus difficile à démêler et à contrer. Un premier vecteur serait celui de l'équivalence entre homme et humain, qui teinte le droit international des droits de la personne et par conséquent le *jus cogens*; un second serait celui du caractère masculin de l'État et de d'autres institutions juridiques internationales, qui influencerait l'identification des normes impératives en fonction du standard masculin. Finalement, le processus de formation du *jus cogens* lui-même, sans nécessairement favoriser le

¹³¹ C. A. MacKinnon, préc., note 55, p. 193.

¹³² *Id.*, p. 194.

standard masculin, contribuerait cependant à le maintenir par sa très grande propension au *statu quo*.

La présence implicite de l'individu de sexe masculin derrière l'idée de la personne ou de l'humain-type a des conséquences sur le droit international des droits de la personne. L'identification de ces droits et leur classification subséquente (civils et politiques, économiques et sociaux) sont en effet susceptibles d'être faites en fonction de l'expérience que les hommes font desdits droits. Ce standard masculin risque à son tour d'infiltrer les normes impératives, puisque certaines de ces dernières sont directement tirées du droit international des droits de la personne. Ainsi, des normes de *jus cogens* telles que l'interdiction de l'esclavage, de la torture, du génocide et de la discrimination raciale découlent de droits fondamentaux comme le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, le droit à la liberté d'opinion, le droit à la liberté d'expression ainsi que certains droits accordés aux minorités ethniques et raciales. L'insertion de ces droits dans le corpus de normes de *jus cogens* consacre leur statut supérieur par rapport aux autres droits fondamentaux; ils forment pour ainsi dire une sous-catégorie de droits de la personne, étant jugés non susceptibles de dérogation par la communauté internationale des États dans son ensemble. S'il demeure important de garantir les autres droits de la personne, les droits garantis par une norme impérative sont jugés essentiels au bon fonctionnement de la société internationale.

Tel qu'il l'a été mentionné dans la section précédente, de nombreuses auteures féministes affirment que les droits fondamentaux, surtout ceux dits de « première génération », répondent avant tout aux peurs et aux préoccupations des hommes. L'explication présentée était alors celle de la préséance accordée aux violations susceptibles de se produire dans la sphère publique, explication que l'analyse du standard masculin permet de compléter. La thèse avancée ici est qu'une plus grande présence des femmes dans la sphère publique ou encore une atténuation de la frontière entre les sphères publique et privée ne suffiraient peut-être pas à redéfinir les paramètres des droits fondamentaux d'une manière réellement neutre. La notion même de droit fondamental fait référence à une idée de la dignité humaine, c'est-à-dire que les droits fondamentaux constituent en quelque sorte les ingrédients nécessaires à toute vie digne. Or, la conception de la dignité présentement à la base des droits de la personne renverrait à la vision qu'ont les hommes de la vie humaine, basée sur leurs propres expériences. Selon MacKinnon, « [...] on some basis men have

decided is deserving of dignity and a measure of power, like conventional political ideology, because that is a basis on which they have been deprived of dignity and power»¹³³. En ce qui concerne la discrimination, les hommes ont identifié les critères en vertu desquels ils ont été privés de leur dignité, soit des critères tels la race, l'origine ethnique ou l'opinion politique; en raison de l'adéquation entre l'idéaltype de l'être humain et l'individu mâle hétérosexuel, ces critères sont devenus les baromètres de la dignité pour l'ensemble de l'humanité. Ainsi, l'absence de la prohibition de la discrimination basée sur le sexe parmi les normes de *jus cogens* s'expliquerait aussi par le fait que la «personne standard», conceptualisée comme un homme, n'est pas victime de discrimination basée sur le sexe. Le fait que cette discrimination soit interdite par un droit fondamental des personnes de sexe féminin n'est pas suffisant pour l'élever au rang de la sous-catégorie des normes non susceptibles de dérogation.

Ce déséquilibre entre la conception théorique de l'humain dans le discours des droits fondamentaux (basée sur le modèle masculin) et la réalité (un être humain peut être une femme ou un homme) a conduit les féministes à se demander si les femmes constituaient bel et bien des humains au sens du droit international. Bien qu'il soit possible d'y voir une simple boutade, ces questionnements prennent malgré tout naissance dans des situations très concrètes, telles que la distinction en droit international entre les instruments et les organes consacrés aux droits de la personne («*human rights*») et les droits des femmes («*women's rights*»). En plus des dangers de désintéressement des questions relatives aux femmes suite à cette compartimentation institutionnelle, cette distinction sémantique risque aussi de cristalliser l'impression que les femmes représentent non pas une sous-catégorie de l'ensemble des humains, mais bien une catégorie à part; pire, l'utilisation généralisée de ce vocabulaire pourrait signifier que cette fiction est déjà acceptée en droit international.

L'État constitue le deuxième vecteur par lequel le standard masculin s'infiltré au sein du *jus cogens*. En tant qu'acteurs principaux du système international, les États participent au premier chef à la formation et à la reconnaissance de normes impératives du droit international. Ce sont en effet leurs actions et leurs comportements vis-à-vis les traités qu'ils ratifient, les déclarations d'institutions multilatérales ou encore leurs déclarations qui permettent de déterminer si une norme reçoit l'assentiment

¹³³ *Id.*, p. 22.

nécessaire parmi la communauté internationale des États dans son ensemble pour être reconnue comme impérative. Gouverné par un standard masculin, l'État aura sans aucun doute tendance à favoriser des normes qui répondent aux critères de vie, de dignité et de droit de ce standard, donc davantage tournées vers les expériences masculines. L'État étant conceptualisé comme un individu, il élèvera au rang de *jus cogens* des normes assurant sa survie, comme l'interdiction du recours à la force illécite ou encore le droit à l'autodétermination. Transposés à l'État, les facteurs de discrimination dont peuvent souffrir les hommes seront aussi inclus, comme la race ou l'origine ethnique. Ainsi, comme le font remarquer Charlesworth et Chinkin, des concepts aussi abstraits que la race, l'origine ethnique ou encore la religion d'un État sont largement compris et acceptés au sein de la communauté internationale¹³⁴. Le colonialisme, la décolonisation ou encore l'apartheid sont des exemples de concepts qui font appel sans problème à l'idée de racisme appliquée à des États. De nombreux États transforment aussi leur appartenance ethnique ou religieuse en alliances politiques (ex: la Ligue arabe). À l'inverse, le concept du genre de l'État ne semble avoir aucun sens. Si certains diraient qu'il en est ainsi parce que l'État est une entité abstraite et asexuée, des féministes diraient plutôt que la prédominance du standard masculin a complètement englouti sa moitié féminine. L'État, qui se présente comme une entité neutre, mais qui est plutôt conceptualisé de manière masculine, n'est pas susceptible d'être discriminé sur la base de son genre ou de son sexe et ne voit donc pas pourquoi cette discrimination devrait être proscrite par une norme non susceptible de dérogation.

Serait-il possible de renverser cette tendance et d'inclure la prohibition de la discrimination envers les femmes parmi les normes de *jus cogens*? Dans l'état actuel des choses, un revirement en faveur du principe de non-discrimination à l'égard du sexe semble peu probable étant donné l'immense poids du *statu quo* dans la théorie des normes impératives. Dans la doctrine, certains auteurs reconnaissent en effet que la réunion des éléments matériel et psychologique sous-entendus à l'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* fait peser sur les tenants d'une nouvelle norme de *jus cogens* un fardeau de la preuve considérable¹³⁵. Fort de plusieurs siècles de *statu quo*, le standard masculin est largement avancé par la règle du précédent: chaque fois qu'il est maintenu, un poids

¹³⁴ H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 8, p. 137.

¹³⁵ I. BROWNIE, préc., note 4, p. 512.

supplémentaire s'ajoute en sa faveur dans la balance. Plus il est maintenu longtemps, plus la force nécessaire pour renverser la balance est grande.

Devant cet immense défi, certains avancent qu'au lieu de s'acharner à renverser le fardeau de la preuve, il faudrait plutôt repenser la balance elle-même et les structures qui la sous-tendent. Conserver les mêmes concepts et paradigmes pour appréhender le réel entraîne forcément le risque de perpétuer les biais qu'ils contiennent, de manière consciente ou non. Plus qu'une évolution, une véritable reconstruction serait nécessaire. Pour de nombreuses auteures féministes, le fait de penser constamment en termes d'États et de souveraineté restreint les possibilités de changement au sein de la communauté internationale¹³⁶. S'inspirant de certains mouvements citoyens et de l'émergence d'une société civile internationale depuis la fin du 20^e siècle, elles avancent l'idée que l'une des clés vers un monde plus égalitaire se trouve dans le dépassement du paradigme de l'État unitaire comme seul acteur décisionnel du système international pour inclure des associations nationales et transnationales de citoyens et de groupes divers. La notion de souveraineté elle-même devrait aussi être repensée de manière à inclure une plus grande participation démocratique et un respect pour les droits de la personne. Il appartiendrait alors aux femmes de s'emparer de ces nouvelles structures pour faire de l'égalité entre les sexes autant une condition à l'exercice de la souveraineté qu'un élément essentiel à la coexistence au sein de la communauté internationale¹³⁷.

Cela dit, un tel changement de paradigme n'est certes pas près de se produire dans un avenir rapproché : à moins que ne se produise un événement qui bouleverserait complètement le système international actuel, il est en effet difficile d'imaginer comment les États souverains, acteurs principaux des relations internationales, en viendraient à acquiescer à une telle diminution de leurs prérogatives ainsi qu'au remaniement d'un système fait sur mesure pour eux.

C. Influence du relativisme culturel

En plus d'être freinée par des structures légales internationales en apparence neutres, mais qui agissent au détriment des femmes, la

¹³⁶ Hilary CHARLESWORTH, « Alienating Oscar? Feminist Analysis of International Law », (1993) 25 *Studies in Transnational Legal Policy* 1, 11.

¹³⁷ K. KNOP, préc., note 94, 302 et 303.

reconnaissance du principe de non-discrimination envers les femmes comme norme impérative subit aussi l'influence du relativisme culturel. Qu'elles émanent de véritables inquiétudes vis-à-vis la pérennité des cultures non occidentales ou qu'elles soient utilisées à des fins politiques, les accusations d'impérialisme culturel formulées à l'encontre de l'Occident occupent en effet une grande place dans le débat entourant le statut du principe de non-discrimination à l'égard du sexe en droit international. Après avoir exploré les concepts de relativisme et d'universalisme ainsi que leurs principales implications pour l'interdiction de la discrimination sexuelle, cette section reprendra la comparaison avec l'interdiction de la discrimination raciale entamée plus haut pour tenter de comprendre la logique derrière l'invocation de la « défense culturelle » pour certains critères de discrimination seulement.

1. Relativisme, universalisme et droits des femmes

La tension entre le relativisme et l'universalisme a pour ainsi dire toujours entouré le droit international des droits de la personne. Depuis la rédaction de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, le débat fait rage entre les universalistes, pour qui les droits de la personne reposent sur des vérités absolues et universelles, et les relativistes, pour qui ces mêmes droits découlent au contraire d'opinions qui varient selon les cultures¹³⁸. Chaque proposition contient une vision « tout ou rien » quant au rôle de la culture dans la formulation et l'interprétation des droits fondamentaux. Dès 1947, l'Association américaine d'anthropologie (AAA) émettait de sérieuses réserves face à l'adoption imminente de la Déclaration, qui aux dires de ses membres concevait les droits de la personne en des termes et valeurs communs seulement aux pays d'Europe de l'Ouest et d'Amérique du Nord¹³⁹. La même année, un panel de philosophes mandaté par l'UNESCO concluait au contraire que les droits et principes contenus dans la Déclaration reposaient sur des « convictions communes » qui, bien que parfois articulées différemment, se retrouvaient à la fois dans les pensées européenne, musulmane, hindoue et confucéenne¹⁴⁰.

¹³⁸ Katie L. ZAUNBRECHER, « When Culture Hurts: Dispelling the Myth of Cultural Justification for Gender-Based Human Rights Violations », (2011) 33: 3 *Hous. J. Int'l L.* 679, 687.

¹³⁹ *Id.*, 689.

¹⁴⁰ *Id.*, 690.

Plus de soixante ans plus tard, force est de constater que le droit international des droits de la personne s'est largement développé à partir de la vision universaliste prônée par le second groupe. Le principe selon lequel les droits de la personne doivent être garantis à tous figure de manière explicite ou implicite dans tous les documents et instruments fondamentaux de cette branche du droit international. Outre la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, qui considère « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et [...] leurs droits égaux et inaliénables »¹⁴¹ comme le fondement de la paix dans le monde, l'universalité des droits fondamentaux de la personne est aussi réaffirmée dans la Charte des Nations-Unies: « Nous, peuples des Nations-Unies, résolus [...] à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes [...] »¹⁴². De tels exemples d'affirmation de l'universalité des principes de droits de la personne et de dignité humaine se retrouvent aussi, entre autres, dans le *Pacte relatif aux droits civils et politiques*¹⁴³, le *Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁴⁴ et la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*¹⁴⁵.

En réaffirmant ainsi constamment ces principes universels dans les préambules et clauses opératoires des instruments fondateurs du droit international moderne, les universalistes tentent de poser l'existence des droits de la personne comme une réalité indépendante des États ou des autres structures du système international¹⁴⁶. En d'autres mots, ces droits n'ont pas besoin de l'État pour exister puisqu'ils émanent d'une autorité supérieure, qui transcende les sociétés et les modes d'organisation humaine. Ce ne sont pas les États qui octroient ces droits, pas plus que ce sont les conventions qui les créent: ces droits, inhérents à la personne humaine, doivent plutôt guider les interactions des États avec leurs citoyens. Les conventions et traités internationaux ne font que les codifier. Ils ne peuvent faire l'objet de restrictions que pour des raisons exceptionnelles, soit « exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect

¹⁴¹ Préc., note 33, préambule.

¹⁴² Préc., note 15, préambule.

¹⁴³ Préc., note 34, préambule.

¹⁴⁴ Préc., note 35, préambule.

¹⁴⁵ Préc., note 37, préambule.

¹⁴⁶ Guyora BINDER, « Cultural Relativism and Cultural Imperialism in Human Rights Law », (1999) 5 *Buff. H.R.L. Rev.* 211, 212.

des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique »¹⁴⁷, ce qui exclut selon l'interprétation la plus répandue les raisons culturelles : « Nul ne peut invoquer la diversité culturelle pour porter atteinte aux droits de l'homme garantis par le droit international, ni pour en limiter la portée »¹⁴⁸.

Le droit de vivre à l'abri de la discrimination, y compris celle basée sur le sexe, fait incontestablement partie de ces droits fondamentaux universels reconnus par le droit international. Sans énumérer à nouveau tous les instruments mentionnés précédemment, il est sans doute bon de rappeler que le principe général selon lequel les droits de la personne s'appliquent à tous, « sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion » figure à l'article premier de la Charte des Nations-Unies¹⁴⁹, instrument fondamental et contraignant du droit international s'il en est un. La Charte ne crée pas une hiérarchie entre les différents critères ; au contraire, la race, le sexe, la langue ou la religion s'y retrouvent sur un pied d'égalité, et rien dans la Charte ne laisse sous-entendre que l'un des critères puisse automatiquement l'emporter sur l'autre en cas de conflit¹⁵⁰. Selon la logique de la Charte et du droit international des droits de la personne, la prohibition de la discrimination religieuse ne peut donc pas à elle seule justifier des restrictions sur les droits fondamentaux des femmes en raison de leur sexe. La CEDEF prône quant à elle la modification des « schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières [...] fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes »¹⁵¹, laissant entendre que la priorité doit plutôt être accordée au principe d'égalité entre les sexes.

¹⁴⁷ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 33, art. 29(2).

¹⁴⁸ *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, Rés. G.C. C64, Doc. off. G.C. UNESCO, 31^e sess. (1991), art. 4, p. 73, en ligne : <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001246/124687f.pdf#page=78>> (consulté le 19 juillet 2014).

¹⁴⁹ *Charte des Nations-Unies*, art. 1(3) et 55.

¹⁵⁰ Courtney W. HOWLAND, « The Challenge of Religious Fundamentalism to the Liberty and Equality Rights of Women: An Analysis under the United Nations Charter », (1997) 35 *Colum. J. Transnat'l L.* 271, 331.

¹⁵¹ *Convention des Nations-Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, préc., note 30, art. 5(a).

En dépit de cette apparente universalité des droits de la personne pour tous, y compris les femmes, l'état actuel du droit international démontre que les arguments des relativistes ne sont pas morts avec l'adoption de la Déclaration universelle. Au contraire, ils exercent une influence considérable sur le comportement et la pratique des États en matière de droits de la personne. Basée sur le relativisme tel qu'articulé au début du 20^e siècle par l'anthropologue Franz Boas et développé dans les années 1930 par Ruth Benedict, l'idée selon laquelle une culture ne peut objectivement être évaluée selon le système de valeurs d'une autre culture¹⁵² a en effet fait son chemin chez de nombreux acteurs et commentateurs du droit international. Cette idée a donné à son tour naissance à ce qui est appelé communément la « défense culturelle », soit l'invocation de particularités culturelles (incluant les croyances religieuses) pour justifier la dérogation à une norme internationale. Les États qui soulèvent cette défense rejettent l'argument universaliste selon lequel il existe des vérités morales universelles à partir desquelles juger les pratiques humaines¹⁵³. Les pratiques qui diffèrent selon les cultures sont par conséquent immunes aux possibles critiques émanant du jugement extérieur. Toute critique ainsi formulée est réputée être illégitime¹⁵⁴. Puisque ces critiques proviennent la plupart du temps des pays occidentaux, elles peuvent aussi être interprétées comme des tentatives d'impérialisme culturel. Dans ce qui ne serait ni plus ni moins qu'une poursuite du projet « civilisateur » colonial, ces États instrumentaliserait le droit international des droits de la personne à des fins impérialistes afin de maintenir leur domination sur les pays non occidentaux¹⁵⁵. Les États dont la culture et les traditions sont contraires à la conception européenne des droits de la personne humaine seraient donc en droit d'invoquer la défense culturelle pour résister à ces tentatives d'assimilation.

Les droits des femmes, et surtout le principe d'égalité entre les sexes constituent pour bien des États non occidentaux de bons exemples de valeurs étrangères qui leur sont injustement imposées par le discours des droits de la personne. Certains de ces droits ainsi que l'interdiction de la

¹⁵² Sally Engle MERRY, « Changing rights, changing culture », dans Jane K. COWAN, Marie-Bénédicte DEMBOUR et Richard A. WILSON (dir.), *Culture and Rights; Anthropological Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 31, à la page 33.

¹⁵³ K. ZAUNBRECHER, préc., note 138, 688.

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ *Id.*

discrimination basée sur le sexe entrent en effet en conflit avec ce qui est présenté comme étant les pratiques culturelles ou croyances religieuses de plusieurs peuples. Les mutilations génitales féminines telles que pratiquées dans certaines régions d'Afrique sub-saharienne et musulmane, les cas de *sati* (immolations des veuves) en Inde ou de lapidations de femmes « adultères » dans certains pays musulmans, les mariages en bas âge ou l'imposition de codes vestimentaires très stricts pour les femmes dans des pays dirigés par des fondamentalistes religieux comptent parmi les exemples les plus médiatisés de pratiques apparemment contraires aux droits fondamentaux des femmes, mais revendiquées par plusieurs États comme faisant partie intégrante de leur culture. La condamnation de ces pratiques constituerait une menace à leur liberté de religion ainsi qu'à leur droit individuel et collectif à préserver leur culture et participer à la vie culturelle de leur milieu¹⁵⁶. L'égalité entre les hommes et les femmes est ici perçue et décrite comme une valeur typiquement occidentale; quand il n'est pas carrément admis que les femmes bénéficient de moins de droits que les hommes, il est souvent répété que les hommes et les femmes ont de par leur sexe des droits et des devoirs différents, selon le rôle particulier qui leur a été attribué (le plus souvent par Dieu)¹⁵⁷.

Il est ainsi plus aisé de comprendre pourquoi tant de réserves culturelles et religieuses ont été émises par rapport aux dispositions les plus importantes de la CEDEF, surtout l'article 5 (modification des modèles de comportement socioculturel). Outre le rejet explicite de certains États de l'égalité entre les hommes et les femmes, l'influence importante des femmes dans la transmission des traditions culturelles et religieuses (de par leur rôle dans la reproduction et l'éducation des enfants, entre autres) fait en sorte que de nombreux autres dirigeants hésitent à s'engager véritablement sur la voie de l'égalité homme/femme. En référant à la CEDEF comme un simple document d'intention, plutôt que comme un véritable instrument codifiant le droit international, certains États ont même laissé entendre dans leurs réserves et leurs déclarations officielles au Secrétaire général que la CEDEF devrait avoir un statut moins élevé que d'autres traités de droits de la personne en raison de son contenu hautement sensible d'un point de vue culturel¹⁵⁸. La Turquie, par exemple, a déclaré voir

¹⁵⁶ Jessica ALMQVIST, *Human Rights, Culture and the Rule of Law*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2005, p. 20.

¹⁵⁷ C. W. HOWLAND, préc., note 150, 283 et 284.

¹⁵⁸ B. CLARK, préc., note 72, 286.

la Convention avant tout comme un « processus dynamique » visant à atteindre un « idéal commun », ce qui lui permet de justifier les retards qu'elle accuse dans l'application de la Convention¹⁵⁹.

Considérant ces nombreux obstacles à l'efficacité de la CEDEF, l'absence du principe de non-discrimination à l'égard des femmes parmi les normes de *jus cogens* paraît un peu moins surprenante; face au discours relativiste affiché par de nombreux États, le test du double consentement semble très difficile à passer pour une telle norme. Tel qu'expliqué précédemment, l'élément psychologique à la reconnaissance d'une nouvelle norme impérative se décompose en deux étapes: elle doit d'abord être acceptée comme une norme de droit international général, après quoi son caractère péremptoire doit être reconnu par la communauté internationale des États dans son ensemble. Selon l'argument relativiste, il n'est pas du tout clair que le principe de non-discrimination sur la base du sexe satisfierait au premier critère de reconnaissance. Dans ces conditions, l'acceptation de son caractère péremptoire pour et par la communauté internationale des États dans son ensemble est plus que compromise. Bien entendu, l'unanimité parmi tous les États n'est pas nécessaire pour qu'une nouvelle norme impérative soit reconnue. En se fiant au nombre d'États ayant des réserves actives à la CEDEF, tout porte cependant à croire dans ce cas-ci que le nombre de récalcitrants serait assez important pour jeter de sérieux doutes quant à l'assentiment de l'ensemble de la communauté internationale.

2. Comparaison avec l'interdiction de la discrimination raciale

Si l'interdiction de la discrimination à l'égard des femmes est au cœur des débats entre relativistes et universalistes, il est intéressant de souligner qu'il en va tout autrement pour la prohibition de la discrimination raciale. Contrairement à l'égalité entre les hommes et les femmes, qui semble davantage être considérée comme une valeur occidentale, l'égalité entre les différents groupes ethniques ou raciaux est quant à elle présentée comme un fait indiscutable¹⁶⁰. On pourrait penser que ce statut découle du fait que la discrimination raciale n'a jamais été acceptée dans aucune culture; pourtant, rien n'est plus faux. La politique sud-africaine d'apartheid prenait par exemple sa source dans des motifs religieux; se basant sur leur

¹⁵⁹ *Id.*, 285.

¹⁶⁰ C. A. MACKINNON, préc., note 55, p. 10 et 11.

interprétation calviniste de l'Ancien Testament, les Afrikaners (Sud-africains blancs d'origine européenne) se voyaient comme le peuple choisi pour dominer tous les autres, d'où leur croyance en la suprématie des Blancs et leurs politiques ségrégationnistes¹⁶¹. Il en va de même pour d'autres crimes aujourd'hui prohibés par une norme de *jus cogens*, soit l'esclavage et la traite des esclaves qui lui était rattachée. La pratique de capturer, d'acheter et d'utiliser des êtres humains considérés « inférieurs » à des fins d'esclavage a eu cours pendant des millénaires et ce, dans de multiples civilisations à travers le globe avant d'être prohibée par une norme impérative au cours du 20^e siècle. On retrouve d'ailleurs dans tous les textes fondateurs des grandes religions monothéistes des passages exprimant clairement le droit de posséder des esclaves, et même des lignes directrices quant aux châtiments à leur infliger¹⁶². Pourtant, aucune voix ne s'élève aujourd'hui pour réclamer un droit à réduire des êtres humains à l'esclavage au nom de la liberté de religion ou encore sous prétexte qu'il s'agit d'une pratique culturelle millénaire. Cette attitude est la même sur le plan légal : contrairement à la CEDEF, la CERD ne comporte aucune réserve à une disposition substantive qui soit basée sur des motifs culturels ou religieux. Au plus fort de la tourmente entourant le régime d'apartheid, l'Afrique du Sud n'a jamais non plus fait valoir d'arguments basés sur la liberté de culte des Afrikaners. Appelée à rendre un avis consultatif sur le sujet, la Cour internationale de justice n'a aucunement tenu compte de possibles revendications culturelles ou religieuses de la part de l'Afrique du Sud. Au contraire, il ressort de son interprétation de la *Charte des Nations-Unies* que rien ne peut justifier la discrimination raciale¹⁶³.

Cette apparente unanimité quant à la perméabilité du principe de l'égalité entre les groupes ethniques ou raciaux face à la défense culturelle a d'autant plus de quoi étonner qu'elle devrait aussi légalement parlant s'appliquer au principe de non-discrimination basée sur le sexe. En effet, les articles 1(3) et 55(c) de la *Charte des Nations-Unies* mettent les distinctions sur la base de la race, du sexe, de la langue et de la religion sur un pied d'égalité. On peut donc logiquement penser que les normes qui prohibent chacune de ces distinctions doivent elles aussi se voir accorder

¹⁶¹ C. W. HOWLAND, préc., note 150, 347.

¹⁶² *Id.*, 359 et 360.

¹⁶³ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, par. 131 (21 juin 1971).

la même valeur. Suite au cas sud-africain, la discrimination raciale est sans doute le critère qui a fait l'objet du plus grand nombre d'interprétations et de jurisprudence : les résultats de ces analyses devraient donc servir de standard pour l'évaluation des normes prohibant les autres critères de discrimination¹⁶⁴. Ainsi, si la défense culturelle ne peut être invoquée dans le cas de la discrimination raciale, tel ne devrait pas non plus être le cas pour la discrimination envers les femmes, pas plus qu'il ne devrait l'être pour la discrimination religieuse ou linguistique. Par exemple, s'il est admis que la Charte prohibe l'interdiction du droit de vote à des individus d'une couleur de peau ou d'une origine ethnique donnée, on doit logiquement en conclure que la Charte prohibe aussi l'interdiction du droit de vote aux femmes¹⁶⁵. Même chose pour le droit à la vie, à la libre circulation, à l'éducation, etc. Malgré tout, les pratiques discriminatoires de nombreux États à l'égard des femmes continuent d'être tolérées sur la scène internationale sous le couvert de la défense culturelle et ce, même si ces pratiques violent explicitement la Charte. En droit international, la couleur de la peau d'une personne ne peut à juste titre en aucun cas influencer sur le nombre ou l'étendue de ses droits fondamentaux. Pourquoi n'observe-t-on pas la même attitude en ce qui a trait au sexe d'une personne ? Plus important encore, pourquoi cet écart est-il encore toléré, malgré l'existence de nombreux instruments protégeant le droit des femmes à vivre à l'abri de toute discrimination ?

3. Dimension politique

Une réponse possible à ces questions serait que la question de l'égalité entre les sexes et les droits des femmes en général fait l'objet d'une instrumentalisation avant tout politique. Cela ne signifie pas que les revendications que font certains chefs d'État ou leaders religieux dans le but de protéger leurs pratiques et traditions soient toutes dénuées de sincérité ou même de légitimité. Seulement, le fait que les arguments religieux et culturels aient été surmontés dans le cas de la discrimination raciale laisse supposer que d'autres facteurs sont à l'œuvre dans le cas de la discrimination faite aux femmes. Dans un premier temps, il pourrait s'agir d'une volonté de maintenir les structures de pouvoir internes, largement basées sur un modèle patriarcal. Comme mentionné précédemment, s'engager véritablement en faveur de l'universalité et de l'impérativité d'une nouvelle

¹⁶⁴ C. W. HOWLAND, préc., note 150, 349.

¹⁶⁵ *Id.*, 337.

norme de *jus cogens* a pour effet de propulser cette dernière dans la sphère publique internationale, où les États doivent mutuellement se rendre des comptes sur leurs pratiques. En choisissant la position du relativisme culturel, les États s'assurent au contraire de maintenir tout ce qui a trait à la culture et à la religion dans leur sphère privée interne¹⁶⁶. En continuant d'assimiler les droits des femmes à des questions culturelles, les États peuvent ainsi perpétuer leurs structures traditionnelles de genre à l'abri des critiques internationales.

D'un autre côté, la rhétorique du relativisme culturel semble aussi très souvent employée par des États plus faibles pour réaffirmer leur souveraineté ou leur droit à l'autodétermination face aux pays occidentaux¹⁶⁷. Cette méthode permet à l'État qui viole des droits fondamentaux de renverser la perception négative dont il fait l'objet à son avantage : en invoquant la défense culturelle, il se positionne ainsi comme la victime d'une tentative « d'occidentalisation » en provenance des pays d'Europe et d'Amérique du Nord. Ces derniers se voient alors accusés d'impérialisme, ce qui est susceptible de nuire à leur image auprès des anciens pays colonisés, qui peuvent quant à eux se sentir solidaires du pays que l'on tente de marginaliser. Bien que les succès de cette stratégie sur la scène internationale soient plus que contestables, le gouvernement invoquant la défense culturelle est souvent au moins certain de faire le plein d'appuis au sein de sa propre population pour avoir défendu les valeurs et traditions nationales face aux plus forts de ce monde. Dans de tels cas, les femmes sont pour ainsi dire des victimes collatérales d'une instrumentalisation politique à grande échelle.

Dans d'autres cas, la défense culturelle peut aussi être invoquée pour augmenter le rapport de force dans une négociation internationale. Les droits de la personne sont en effet de plus en plus traités comme une monnaie d'échange et non pas comme des principes universels. Ainsi, de nombreux pays vont être amenés à ratifier des traités de droits de la personne ou voter en faveur d'une déclaration prohibant la discrimination envers les femmes pour des raisons qui n'ont rien à voir avec leur foi présumée en

¹⁶⁶ H. CHARLESWORTH et C. CHINKIN, préc., note 8, p. 225.

¹⁶⁷ Jane K. COWAN, Marie-Bénédicte DEMBOUR et Richard A. WILSON, « Introduction », dans Jane K. COWAN, Marie-Bénédicte DEMBOUR et Richard A. WILSON (dir.), *Culture and Rights; Anthropological Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 1, à la page 7.

l'universalité des droits de la personne. Un tel geste peut par exemple servir à redorer leur image sur la scène internationale, ou encore à obtenir de l'aide financière au développement de la part d'institutions multilatérales comme la Banque mondiale ou le Fonds monétaire international (FMI)¹⁶⁸. Le fait qu'ils aient surmonté leurs réticences culturelles et adhéré audit instrument renforce alors la démonstration de leur bonne foi et peut leur apporter une plus grande reconnaissance ou aide financière, selon le cas.

À l'opposé, ils peuvent aussi invoquer la défense culturelle pour justifier de sérieuses limitations à leurs engagements, en émettant par exemple des réserves substantielles à des dispositions-clés du traité qu'ils viennent de signer (ex: CEDEF) de façon à ce que leur obligation d'amorcer de véritables changements soit en réalité minime. De leur côté, les pays qui promeuvent la protection des droits de la personne tolèrent ces attitudes sur la base qu'elles sont « mieux que rien ». Les deux camps achètent ainsi la paix, l'un et l'autre tirant des gains de cette apparente conversion aux droits de la personne. En raison de leurs propres biais patriarcaux, les États occidentaux peuvent se satisfaire de cette protection avant tout symbolique des droits des femmes et la justifier dans le discours officiel par des avancées sur d'autres terrains, telles que l'introduction d'élections libres ou un engagement à éliminer la torture. L'aura d'intouchabilité que confère la culture à la discrimination envers les personnes de sexe féminin fait encore une fois des droits des femmes le parent pauvre des droits de la personne. Il est à parier qu'une telle rationalisation ne serait pas admise pour des cas de discrimination raciale.

Finalement, le poids politique des États gouvernés par des lois et des dirigeants religieux influe aussi grandement sur le traitement réservé sur la scène internationale aux droits des femmes et à la discrimination dont elles sont victimes. Motivés par leurs croyances religieuses, les représentants de ces États n'hésitent pas à user de tous les moyens à leur disposition pour bloquer les projets de déclarations, conventions ou programmes comportant des éléments susceptibles de porter atteinte de près ou de loin à la place et au rôle traditionnels de la femme dans leurs sociétés. De par sa composition et ses règles de fonctionnement, l'Organisation des Nations-Unies constitue un bon exemple d'institution régulièrement affectée par ces blocages. Tout d'abord, la règle démocratique « un pays, un vote » qui prévaut au sein de son Assemblée générale avantage considérablement le

¹⁶⁸ K. L. ZAUNBRECHER, *préc.*, note 138, 685.

camp des États très religieux, composé de nombreux pays d'Amérique du Sud, d'Afrique, du Moyen-Orient et d'Asie. Ces régions ont vu naître un grand nombre d'États au fil des périodes de décolonisation successives, pour finalement constituer un groupe qui détient un poids très important au sein de l'Assemblée générale. Malgré leurs traditions religieuses différentes et parfois opposées, il n'est pas rare de voir des États fondamentalistes chrétiens et musulmans s'allier afin de contrer l'imposition de valeurs qu'ils jugent contraires à leurs traditions. L'Assemblée générale ayant pris l'habitude d'adopter ses résolutions par consensus, les textes traitant de discrimination basée sur le sexe doivent absolument recueillir l'appui de tous ces États pour être adoptés. Par conséquent, ces textes doivent souvent être réécrits dans un langage moins coercitif afin d'en arriver à un consensus parmi les États votants.

Pour les mêmes raisons, les blâmes adressés aux pays violant outrageusement les droits des femmes proviennent majoritairement des comités de l'ONU formés d'experts indépendants, et non pas des assemblées plénières. Les Nations-Unies sont aussi parfois victimes de leur politique de représentativité géographique au sein de leurs organes : des pays situés dans les régions susmentionnées n'hésitent en effet pas à profiter de leur présence dans les comités traitant de questions de droits des femmes pour y freiner les travaux et obtenir des concessions pour motifs religieux ou culturels. De plus, le statut d'observateur accordé par l'ONU à certaines entités, telles que l'État du Vatican, offre à ces dernières une plate-forme rêvée pour faire valoir leurs idées et influencer les États qui détiennent le droit de vote. C'est précisément ce que fait le Vatican, qui pratique un lobby intense auprès d'États chrétiens et musulmans pour que ces derniers votent selon leurs valeurs traditionnelles à chaque fois qu'il est question de droits des femmes, de famille, de mariage ou de contraception. À titre d'exemple, lors des négociations entourant la rédaction de la Déclaration du Millénaire et des Objectifs du Millénaire pour le développement (OMD) en 2000 et 2001, un grand nombre de pays alliés du Saint-Siège ont réussi à bloquer toute référence à la santé reproductive et sexuelle des femmes dans le texte de la Déclaration et dans la formulation des OMD¹⁶⁹. Les OMD, qui faisaient de l'égalité entre les sexes un pilier du développement, restaient ainsi silencieux sur le droit des femmes à contrôler leur propre corps et prendre les décisions s'y rattachant. Il a fallu attendre 2010,

¹⁶⁹ Barbara CROSSETTE, « Reproductive Health and the Millenium Development Goals: The Missing Link », (2005) 36 *Studies in Family Planning* 71, 75.

soit une décennie après l'adoption et la mise en place de stratégies visant à réaliser les OMD, pour que les termes « santé sexuelle et procréative » et « planification familiale » fassent leur entrée dans le vocabulaire des OMD sous l'objectif numéro cinq (améliorer la santé maternelle)¹⁷⁰.

4. Apport des féministes non occidentales

Cette reprise du relativisme à des fins politiques ne signifie cependant pas que les critiques de l'universalisme ou du régime de droit international des droits de la personne soient toute illégitimes. De nombreuses critiques, émanant entre autres de féministes du « Tiers-monde » ou de pays décolonisés, ont ciblé de manière tout à fait pertinente plusieurs failles de l'universalisme tel que conçu en Occident et appliqué par le système des Nations-Unies. Parmi ces faiblesses, l'approche « tout ou rien » qui rejette formellement toute place de la culture dans l'application et l'interprétation des droits de la personne rebute de nombreuses femmes du « Tiers-monde ». Ces femmes ne se reconnaissent pas nécessairement d'emblée dans les droits de la personne tels qu'ils leur sont présentés, c'est-à-dire dans une formulation issue de l'Occident. Rappelons que les femmes aussi sont des membres à part entière de leur société, et qu'elles s'identifient comme les autres êtres humains très fortement à leur culture. L'intransigeance avec laquelle les droits fondamentaux sont parfois introduits dans certains pays peut alors être perçue comme de l'arrogance du monde occidental envers les modes de vie étrangers et poussera les femmes ainsi offensées à se replier dans leur culture¹⁷¹. Les universalistes auraient donc parfois intérêt à adapter le discours des droits de la personne ou à le reformuler, de sorte que les femmes non occidentales n'auraient pas l'impression de devoir choisir définitivement entre leurs droits fondamentaux et leur identité culturelle ou religieuse.

D'autres critiques de l'universalisme visent plus directement les féministes occidentales. Des auteures post-colonialistes leur reprochent entre autres de faire de l'« essentialisme culturel », c'est-à-dire d'expliquer la

¹⁷⁰ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS-UNIES, *Tenir les promesses: unis pour atteindre les Objectifs du Millénaire pour le développement*, Doc. off. A.G. N.U., 65^e sess., Doc. N.U. A/Res/65/1 (2010), p. 24.

¹⁷¹ K. ZAUNBRECHER, *préc.*, note 138, 753.

condition des femmes du Tiers-monde par la culture seulement¹⁷². En mettant démesurément l'accent sur des pratiques culturelles jugées discriminatoires pour les femmes, les féministes occidentales feraient de l'ombre à d'autres problèmes affectant gravement la condition féminine, tels que le sous-développement économique, l'absence de soins de santé, les retards dans l'industrie agricole, les mouvements de migrations internationales, voire même les changements climatiques (qui causent sécheresses, inondations, etc.). En réduisant ainsi les problèmes des femmes non occidentales à leur culture, les féministes occidentales reproduisent en quelque sorte les structures qu'elles s'emploient à dénoncer: la culture étrangère devient l'Autre, à la fois exotique et barbare, et la femme étrangère est présentée avant tout comme une victime de sa culture, pauvre, illettrée, soumise et sans défense¹⁷³. L'argument est que cette rhétorique victimise les femmes du Tiers-monde au lieu de favoriser leur indépendance et leur prise de pouvoir économique et politique.

Derrière cette inquiétude se cache une critique plus générale du féminisme occidental et du droit international des droits des femmes: ce régime est souvent critiqué comme étant le reflet d'une vision euro centriste, voire néo-colonialiste de la condition et des droits des femmes, selon laquelle toutes les femmes ont une identité féminine commune et partagent par conséquent la même oppression due au patriarcat¹⁷⁴. La conception apparemment universelle de l'expérience féminine serait en fait le produit des préoccupations de la femme blanche, d'où l'articulation du mouvement pour les droits des femmes autour des enjeux jugés essentiels pour la libération de cette femme en particulier, soit la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe et la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes. De la même manière que le droit international serait régi par un standard masculin, le droit international des droits des femmes serait, quant à lui, gouverné par un standard féminin occidental. Les femmes issues d'environnements différents critiquent fortement l'incapacité des instruments de droit international consacrés aux droits des

¹⁷² Ratna KAPUR, «The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the "Native" Subject in International/Post-Colonial Feminist Legal Politics», (2002) 15 *Harv Hum Rts J* 1, 14.

¹⁷³ *Id.*, 17 et 18.

¹⁷⁴ Ien ANG, «I'm a Feminist, But... "Other" Women and Postnational Feminism», dans Kum-Kum BHAVNANI (dir.), *Feminism & "Race"*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 395.

femmes à reconnaître que les individus de sexe féminin n'habitent pas tous les mêmes « espaces socio-historiques », qui peuvent avoir été marqués différemment non seulement par le patriarcat, mais aussi par des phénomènes tels que le colonialisme, l'impérialisme et le nationalisme¹⁷⁵.

De leur côté, les tenants de l'approche *intersectionnelle* telle qu'articulée par Kimberle Crenshaw soulignent le fait que l'étude de la discrimination se fait la plupart du temps en fonction d'un seul critère à la fois, en termes d'opposition « soit/ou » (ex : on est soit une femme, soit une personne de couleur). Cette pensée en vase clos aurait pour effet d'éliminer complètement l'expérience de celles dont la réalité se situe à l'intersection de plus d'un facteur de discrimination¹⁷⁶. Selon cette approche, une femme autochtone qui vit dans une situation de très grande pauvreté ne fait pas l'expérience de la discrimination de la même manière qu'une femme blanche issue d'un milieu aisé, ou encore qu'une femme handicapée en Afrique sub-saharienne. Toutes ces manières dont la discrimination peut être vécue doivent être prises en compte afin d'améliorer de manière substantielle les conditions de vie de toutes les femmes. Bien que constructive et essentielle dans la lutte contre la discrimination basée sur le sexe, la contribution des féministes non occidentales a parfois des effets pervers : il arrive malheureusement que ces critiques soient instrumentalisées par des États opposés à l'égalité entre les sexes, qui se servent de ces arguments pour appuyer leur défense culturelle et autres revendications relativistes, ce qui n'était pas nécessairement le but premier de leurs auteures.

Malgré tous les critiques et différends entourant le débat entre relativistes et universalistes, il est faux de croire que culture et droits de la personne sont complètement irréconciliables. Tout d'abord, ceux qui voient une incompatibilité totale entre certaines cultures et l'interdiction de la discrimination faite aux femmes ont une vision statique, figée de la culture. En effet, en affirmant que l'égalité entre les hommes et les femmes est contraire aux valeurs d'une culture donnée, ces commentateurs tiennent pour acquis que la culture est un bloc monolithique au contenu bien défini et permanent. Or, l'histoire humaine est pour ainsi dire une succession de changements dans la culture et les mœurs. Au fil des migrations, des découvertes et des innovations scientifiques, les communautés

¹⁷⁵ *Id.*, p. 408.

¹⁷⁶ Kimberle CRENSHAW, « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color », (1991) 43 *Stan. L. Rev.* 1241, 1242.

humaines se sont transformées, tout comme leurs valeurs. La preuve en est que la discrimination raciale et l'esclavage, acceptés et pratiqués pendant des siècles, sont aujourd'hui unanimement condamnés. Les sociétés occidentales, autrefois si misogynes, sont pourtant devenues des pionnières dans la promotion de l'égalité entre les sexes. Est-ce si impensable d'imaginer que certaines pratiques culturelles ou croyances religieuses préjudiciables pour les femmes pourraient être appelées à se modifier, voire même à disparaître ?

De plus, le relativisme présente les membres d'une société donnée comme étant unanimes dans leur interprétation de la culture et n'accorde aucune valeur à la voix des dissidents qui ne partagent pas la vision « majoritaire » de la culture. Ces voix discordantes sont pourtant bien réelles et tentent de s'insérer dans le débat entourant l'application des droits fondamentaux dans leur société. Dans le monde arabe par exemple, des femmes font la promotion d'un islam plus égalitaire, compatible avec les principes généraux du Coran. Peu importe où elles résident, les femmes ne devraient pas avoir à renoncer à leur culture ou leur religion afin de jouir de leurs droits fondamentaux ; elles devraient plutôt pouvoir participer à la transformation de leur société, en se réappropriant ses valeurs et ses traditions¹⁷⁷. Sur la scène internationale, ou encore à l'intérieur d'un État pluriel, les droits des femmes peuvent être utilisés comme des revendications multiculturelles, soit en poursuivant le même idéal d'égalité entre les sexes tout en défendant les différents objectifs et priorités des femmes, qui peuvent varier selon les cultures et les milieux¹⁷⁸.

Bien que le droit international des droits de la personne ait encore beaucoup de chemin à faire afin de mieux représenter les intérêts et d'intégrer les expériences des femmes du « Tiers-monde » ou de pays décolonisés, le principe de non-discrimination à l'égard du sexe n'en est pas pour autant une préoccupation uniquement occidentale : tant que, peu importe où sur la planète, des personnes seront ciblées ou discriminées pour la seule et unique raison qu'elles sont de sexe féminin, il sera possible de

¹⁷⁷ K. ZAUNBRECHER, préc., note 138, 706.

¹⁷⁸ Monica MOOKHERJEE, *Women's Rights as Multicultural Claims; Reconfiguring Gender and Diversity in Political Philosophy*, Édimbourg, Edinburgh University Press, 2009, p. 156 et 157.

parler d'une expérience partagée et de la nécessité de mettre fin à cette discrimination pour toutes les femmes.



Bilan et perspectives : quelles avenues possibles ?

Contrairement à l'interdiction de la discrimination raciale, la prohibition de la discrimination envers les femmes ne jouit pas d'un statut péremptoire en droit international. S'agissant d'une norme conventionnelle reconnue, et possiblement d'une norme coutumière en devenir, la communauté internationale des États dans son ensemble ne lui reconnaît cependant pas de caractère impératif, ce qui l'empêche d'accéder au corpus restreint des normes de *jus cogens*. Cette hésitation à faire de l'interdiction de la discrimination basée sur le sexe une valeur fondamentale de la société internationale s'explique dans un premier temps par l'effet de structures juridiques bien ancrées, telles que la distinction public/privé et la présence d'un standard masculin dans les principales institutions internationales, qui ont pour conséquence de marginaliser les questions relatives aux droits des femmes sur la scène internationale. Outre les biais subtils et parfois inconscients reproduits par ces mécanismes, l'acceptation du caractère péremptoire du principe de non-discrimination à l'égard des femmes demeure aussi freinée par le rejet très explicite de certains États de l'égalité entre les sexes pour des raisons culturelles. Si certaines de ces revendications sont sincères, elles sont aussi régulièrement instrumentalisées à des fins politiques au moyen de stratagèmes tolérés par la majorité de la communauté internationale, incluant les États occidentaux.

Au regard du statut actuel de la norme ainsi que des principaux obstacles qui viennent d'être mentionnés, il semble que la discrimination basée sur le sexe soit pour l'instant encore très loin d'être prohibée par une norme de *jus cogens*. Devant ce constat inquiétant, certains auteurs proposent des manières détournées d'y arriver, soit en tentant de greffer certaines formes de discrimination à l'égard des femmes à des crimes déjà prohibés par des normes impératives. La violence envers les femmes est sans doute la forme de discrimination qui se prête le mieux à ce genre d'exercice. Elle pourrait par exemple être rajoutée à la définition du crime de torture : en plus de ses manifestations actuelles, ce crime pourrait être modifié de façon à inclure aussi les cas de violence conjugale, viols et

autres agressions sexuelles commis par des personnes privées¹⁷⁹. De la même manière, certaines pratiques culturelles telles que les mutilations génitales féminines et les mariages de fillettes pourraient aussi être assimilées à de la torture ou des traitements inhumains ou dégradants¹⁸⁰. Cette dernière option est cependant loin de faire l'unanimité, surtout chez les féministes non occidentales et les États qui reprennent leur discours, puisqu'elle perpétue selon eux l'image « barbare » des cultures non occidentales. L'idée derrière cette redéfinition de la torture est de mettre davantage l'accent sur la souffrance encourue par la victime, plutôt que sur l'identité (publique ou privée) de l'agent qui inflige les traitements.

Dans certains cas de violence à grande échelle, la violence envers les femmes pourrait aussi être considérée comme un crime de génocide. Les nombreux cas d'avortements de fœtus féminins ou d'infanticides de fillettes dans les régions où les enfants mâles se voient accorder la priorité constitueraient selon certaines interprétations des tentatives d'éliminer en tout ou en partie le groupe que constituent les femmes au sein d'une population donnée¹⁸¹. Des cas extrêmes de violence contre les femmes, tels que les milliers de meurtres de femmes (pour la plupart impunis) qui sont survenus jusqu'à maintenant à Ciudad Juárez, au Mexique, pourraient éventuellement aussi être appelés à entrer dans cette définition.

Plusieurs obstacles relatifs à la définition du crime de génocide se dressent cependant devant une telle reconnaissance, notamment en ce qui a trait à la qualification des femmes comme groupe ainsi qu'à l'intention génocidaire spécifique. En effet, ni la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1948¹⁸² ni le *Statut de Rome* de la Cour pénale internationale de 1998¹⁸³, qui sont les deux principaux instruments internationaux définissant et prohibant le crime de génocide, ne reconnaissent les femmes comme l'un des groupes pouvant faire l'objet d'une intention génocidaire. Ce statut est plutôt réservé à tout groupe « national,

¹⁷⁹ L. ASKARI, préc., note 14, 37.

¹⁸⁰ *Id.*

¹⁸¹ *Id.*, 40.

¹⁸² *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U. 277 (entrée en vigueur le 12 janvier 1951).

¹⁸³ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3 (entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002).

ethnique, racial ou religieux»¹⁸⁴. Les partisans de l'ajout du sexe à cette liste se basent quant à eux sur la Résolution 96 (I) de l'Assemblée générale des Nations-Unies, adoptée en 1946, soit deux ans avant la Convention sur le génocide: dans cette déclaration, les États membres condamnent le génocide, qu'il soit perpétré pour «des raisons raciales, religieuses, politiques ou pour d'autres motifs»¹⁸⁵. L'inclusion du terme «d'autres motifs» dans cette liste démontrerait l'ouverture des États membres à ce que d'autres critères de discrimination, tels que le sexe, puissent motiver une conduite génocidaire¹⁸⁶. L'interdiction de la violence sexuelle ayant déjà un statut péremptoire en temps de conflit armé ainsi que dans le cadre d'une attaque systématique ou généralisée constituant un crime contre l'humanité¹⁸⁷, les tenants de cette stratégie juridique semblent espérer que l'inclusion de la violence faite aux femmes dans les crimes de torture et de génocide fasse avancer la reconnaissance du principe de non-discrimination à l'égard du sexe comme une norme de *jus cogens*.

Malheureusement, cette stratégie d'inclusion «à la pièce» ne peut que déboucher sur une protection morcelée du droit des femmes à vivre à l'abri de la discrimination. Même en admettant que les redéfinitions de la torture et du génocide exposées précédemment finissent par être admises, le caractère péremptoire de la discrimination basée sur le sexe ne serait valide que pour certaines formes de discriminations et sous des circonstances bien précises seulement. Pour invoquer le statut impératif de l'interdiction de la violence faite aux femmes, il faudrait en effet être en situation de conflit armé (crime de guerre), de génocide ou encore d'attaque systématique ou généralisée envers une population civile (crime contre l'humanité). Il s'agit là de situations extrêmes, susceptibles de se produire de manière sporadique seulement dans la vie d'un individu, et qui doivent de surcroît répondre à des critères bien précis avant d'être avérées. Seule une redéfinition du crime de torture incluant les actes commis par des personnes privées permettrait de protéger les femmes dans davantage d'aspects de leurs vies. Dans cette éventualité, la norme de *jus*

¹⁸⁴ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, préc., note 182, art. 2.

¹⁸⁵ Le crime de génocide, Doc. off. A.G. N.U., 1^{ère} sess., A.G. Rés. 96(I) (1946), en ligne: <[http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/96\(I\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/96(I)&Lang=F)> (consulté le 19 juillet 2014).

¹⁸⁶ L. ASKARI, préc., note 14, 39.

¹⁸⁷ D. S. MITCHELL, préc., note 16, 253.

cogens demeurerait aussi limitée, puisqu'elle ne prohiberait la discrimination envers les femmes que dans sa forme violente seulement. La discrimination exempte de violence physique, qui peut prendre la forme, par exemple, de restrictions au droit de vote, au droit à l'éducation et à la liberté de circulation, ou encore celle de la discrimination dans l'emploi, ne serait pas davantage prohibée par une norme impérative. Une inclusion partielle de la discrimination sexuelle dans les crimes actuellement interdits par une norme péremptoire maintiendrait donc l'écart de statut avec la discrimination raciale, qui est prohibée aussi bien sous ses formes violentes que non violentes.

Les partisans d'une telle stratégie pourraient répliquer à ces critiques en affirmant qu'un statut péremptoire partiel demeure mieux qu'un simple statut conventionnel ou même coutumier, et qu'il représente un point d'ancrage à partir duquel les autres formes de discrimination envers les femmes pourraient graduellement être intégrées au *jus cogens*. Bien que ces avancées représentent indéniablement des victoires dans la lutte pour une plus grande reconnaissance de l'importance de la non-discrimination basée sur le sexe, elles ne s'attaquent qu'en surface aux obstacles identifiés dans cette étude et ne peuvent par conséquent pas à elles seules provoquer les changements nécessaires à l'inclusion de la discrimination envers les femmes parmi les comportements prohibés par une norme de *jus cogens*. Seule la reconnaissance pure et simple du caractère péremptoire de l'interdiction de la discrimination basée sur le sexe permettrait de faire de l'égalité entre les hommes et les femmes un principe transcendant toutes les institutions et tous les traités internationaux.

Pour y arriver, il est urgent de s'attaquer de front aux deux types de problèmes examinés précédemment, soit les obstacles d'ordre structurel et ceux liés au relativisme culturel. Objectivement parlant, la première catégorie de problèmes semble plus aisément surmontable. Comme nous venons de le mentionner, l'assouplissement des limites traditionnelles entre les sphères publique et privée est déjà amorcé sur la scène internationale. Le recalibrage du standard de la personne humaine et de l'État vers un standard plus neutre ou « humain » paraît quant à lui plus ardu, mais des progrès en ce sens sont tout à fait imaginables à moyen et à long terme. À ce chapitre, l'importance d'une plus grande participation des femmes à la redéfinition des paradigmes juridiques et politiques n'est pas à sous-estimer. L'exemple de la discrimination raciale s'avère ici à nouveau particulièrement éclairant : même si son importance allait déjà en croissant, la

reconnaissance du caractère inacceptable de la discrimination raciale a été facilitée par l'arrivée des pays décolonisés sur la scène internationale. La CERD n'aurait peut-être pas vu le jour aussi rapidement ou n'aurait pas contenu de dispositions aussi fortes sans l'appui des nouveaux États d'Asie, d'Afrique, d'Amérique latine et du Moyen-Orient et leurs représentants, pour qui la discrimination raciale était un enjeu concret et pressant¹⁸⁸. Fait troublant, ces États qui furent autrefois des pionniers en matière de lutte à la discrimination raciale sont les mêmes qui font aujourd'hui figure de cancre dans le domaine de l'égalité entre les sexes.

Le plus grand obstacle à la reconnaissance du caractère péremptoire de l'interdiction de la discrimination basée sur le sexe demeure l'importance accordée au discours relativiste dans ce débat. En effet, aucun progrès durable n'est envisageable tant que certains États invoqueront la défense culturelle pour se soustraire à leurs obligations en matière de droits de la personne et que cette pratique demeurera tolérée par le reste de la communauté internationale. Ce constat vaut aussi pour les progrès susceptibles de se produire sur le front des problèmes structurels, puisque la défense culturelle peut à tout moment être invoquée pour maintenir les droits des femmes dans une catégorie de sujets nationaux ou « privés », ou encore pour limiter la participation des femmes aux grands forums internationaux. Le combat contre le relativisme comprend deux volets : dans un premier temps, les États doivent impérativement arrêter de tolérer les violations du principe de non-discrimination à l'égard du sexe sur la base de revendications culturelles. Pour ce faire, ils peuvent d'abord faire appel aux instruments et mécanismes de surveillance déjà en place, tels que la CEDEF et son protocole additionnel, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard de la femme ainsi que toutes les autres institutions de protection des droits de la personne en général. Les principales cours internationales doivent aussi être mises à profit, en encourageant la formulation de plaintes et de recours officiels et ainsi favoriser le développement d'une jurisprudence internationale forte en matière de discrimination sexuelle. Il est aussi nécessaire d'améliorer ces instruments, en amendant par exemple la CEDEF de sorte qu'elle bénéficie d'un processus d'approbation des réserves (semblable à l'article 20 de la CERD), ou encore en adoptant de nouveaux instruments. L'interdiction de la violence faite aux femmes, qui ne fait toujours pas l'objet d'un traité universel

¹⁸⁸ L.A. DONNER, préc., note 71, 243.

(seulement d'un traité régional), représente un thème auquel il faudrait s'attaquer dès maintenant.

Cette politique de la ligne dure doit cependant obligatoirement s'accompagner d'un volet plus inclusif ayant pour but de faire entendre la voix des pays non occidentaux et surtout des femmes non occidentales dans les discussions entourant le principe d'égalité entre les sexes. En mettant en place de nouveaux canaux de communication, tant entre les acteurs étatiques et non étatiques qu'entre ces derniers et les principales institutions internationales, de nouvelles voix pourraient participer aux débats et influencer sur le processus décisionnel. Ce dernier ne refléterait ainsi plus nécessairement des valeurs uniquement occidentales comme semblent présentement le craindre les partisans de la défense culturelle. Ensemble, tous ces acteurs seraient mieux à même de trouver une manière de préserver la diversité culturelle sans toutefois compromettre les droits fondamentaux des personnes de sexe féminin. Ce dialogue doit aussi se poursuivre au niveau local avec les femmes de la société civile lors de l'implantation des dispositions des conventions internationales déjà, ainsi que des législations nationales subséquentement modifiées.

Il existe aussi une approche plus radicale visant à contrer les effets pervers du relativisme culturel sur le respect du principe de non-discrimination à l'égard des femmes, soit celui de conditionner systématiquement l'octroi de financement en provenance d'institutions internationales telles que le Fonds monétaire international ou la Banque mondiale au respect de normes internationales visant à éliminer la discrimination envers les femmes. Les partisans de cette stratégie soulignent que les principales organisations et institutions chargées de promouvoir les droits de la personne ont échoué dans leur mission auprès des pays en voie de développement, qui sont aussi les États où ces droits, particulièrement ceux des femmes, sont le moins respectés. Cet échec résulterait du fait que ces États ne dépendent pas des institutions susmentionnées pour leur développement¹⁸⁹; afin d'obtenir un impact réel et durable, les droits des femmes devraient plutôt être promus par les institutions qui contrôlent l'argent de l'aide au développement, soit les seules qui détiennent une véritable influence sur les politiques des pays du « Tiers-monde ».

¹⁸⁹ G. BINDER, préc., note 146, 221.

Une telle politique pose évidemment son lot de problèmes, sur le plan moral d'abord, puisqu'il est question de tirer profit de la nécessité économique pour obtenir un comportement désiré, mais aussi sur le plan pratique, puisque cette stratégie serait inévitablement décriée par nombre d'États comme un exemple parfait d'impérialisme culturel, et pourrait par conséquent s'avérer plus qu'ardue à mettre en œuvre politiquement. D'un autre côté, l'adoption d'une telle vision par le FMI et la Banque mondiale symboliserait une prise de position ferme de la part de ces institutions ainsi qu'un grand nombre d'États en faveur de l'universalisme des droits de la personne. Contrairement à la valse-hésitation entre relativisme et universalisme qui caractérise leur comportement actuel, le maintien constant d'une attitude universaliste de la part de ces acteurs aurait le mérite d'envoyer un message clair de tolérance zéro aux États qui ne respectent pas les normes internationales en matière de discrimination envers les femmes et de droits de la personne en général. Il resterait cependant à voir si les pays visés par ce « marchandage » se conformeraient à ces nouvelles exigences, ou si au contraire ils se rebifferaient et s'éloigneraient encore davantage du giron des droits de la personne. Cette dernière possibilité risquerait malheureusement de faire régresser la condition des femmes vivant dans ces États.

Si toutes ces options peuvent contribuer à la reconnaissance du statut impératif de l'interdiction de la discrimination basée sur le sexe par la communauté internationale dans son ensemble, il n'est pas non plus essentiel d'attendre que l'égalité entre les hommes et les femmes soit devenue une réalité partout sur la planète pour tenter de l'élever au rang de norme de *jus cogens*. Bien que prohibés par une telle norme, la discrimination raciale et le crime de génocide ne sont malheureusement pas pour autant complètement éradiqués à l'échelle mondiale. C'est pourquoi il importe de travailler dès maintenant sur l'élément psychologique de la norme impérative, soit de convaincre les États du caractère péremptoire de la norme même si leur comportement laisse parfois penser le contraire. Après tout, il s'agit là de la véritable importance du *jus cogens*: son pouvoir, bien que symbolique, transcende tout le droit international et permet de faire avancer le respect de la norme à tous les niveaux. Les défenseurs du droit des femmes à vivre, comme tous les humains, à l'abri de la discrimination doivent donc persévérer dans leurs efforts afin de s'emparer de ce statut péremptoire, et ainsi faire un pas de plus vers un plus grand respect des droits de la personne pour tous.

