



Interdiction de discriminer et champ d'application de la Convention d'Istanbul

Avis de droit

établi à la demande du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes,
Département fédéral de l'intérieur

Pascal Mahon

Anne-Laurence Graf

Nesa Zimmermann

Berne, 15 décembre 2021

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, Postfach, 3001 Berne

Téléphone +41 31 631 86 51, skmr@skmr.unibe.ch

AUTEUR·E·S

Pascal Mahon

Prof. Dr. iur., Professeur de droit constitutionnel suisse et comparé à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel ; membre du Directoire et responsable du Domaine thématique Migration, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH).

Anne-Laurence Graf

Dr. iur., collaboratrice scientifique, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Domaine thématique Migration.

Nesa Zimmermann

Dr. iur., LL.M. en droit international public (King's College London), maître-assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève et co-responsable de la *Law Clinic sur les droits des personnes vulnérables* de l'Université de Genève.

Suggestion de citation : CENTRE SUISSE DE COMPÉTENCE POUR LES DROITS HUMAINS (CSDH), Interdiction de discriminer et champ d'application de la Convention d'Istanbul. Avis de droit, rédigé par Mahon Pascal/ Graf Anne-Laurence/ Zimmermann Nesa, Berne, 2021.



Étude entière



Extraits

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction : mandat, objet et plan de l'étude	1
II. Rappel des règles en matière d'interprétation	3
A. Aperçu des diverses méthodes d'interprétation.....	3
B. Valeur interprétative des pratiques des organes des traités, notamment en ce qui concerne la Convention d'Istanbul.....	9
1. Les organes de la Convention d'Istanbul et leurs travaux ainsi que les matériaux qui s'y réfèrent.....	9
2. La valeur interprétative de la pratique des organes des traités, en général et pour la Convention d'Istanbul en particulier	10
C. Enseignements et conclusions intermédiaires	13
III. Analyse du champ d'application et de l'interdiction de discriminer de la Convention	14
A. Quelques généralités sur la Convention d'Istanbul	14
B. Le champ d'application de la Convention (art. 2).....	15
1. Le champ d'application matériel et personnel de la Convention	15
2. Le champ d'application territorial de la Convention.....	20
C. L'égalité et le principe de non-discrimination (art. 4 par. 3).....	26
D. Les liens et interactions entre champ d'application de la Convention et interdiction de discriminer	31
IV. Synthèse et réponses aux questions posées.....	41

I. INTRODUCTION : MANDAT, OBJET ET PLAN DE L'ÉTUDE

1. **Demande d'avis de droit, acceptation et confirmation du mandat.** – En mars 2021, le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) s'est adressé au Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) en vue de la rédaction d'un avis de droit sur l'interprétation de certaines dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul), convention conclue le 11 mai 2011 et ratifiée par la Suisse avec effet au 1^{er} avril 2018¹. Il a été décidé au sein du CSDH que le mandat serait pris en charge par le premier soussigné, codirecteur du domaine thématique « Migrations », lequel a pris contact en avril avec le BFEG.

Le Bureau fédéral de l'égalité a par ailleurs fourni à l'équipe auteure du présent avis différents documents en lien avec l'exécution du mandat, notamment le rapport alternatif de la société civile – le « Schattenbericht » – de 2021².

Il a enfin été convenu que l'avis de droit serait délivré pour le 15 novembre 2021, après qu'une séance destinée à établir le bilan intermédiaire des travaux aurait eu lieu entre l'équipe auteure de l'avis et les divers représentants et représentantes des deux offices fédéraux concernés. Cette séance s'est tenue le 13 octobre 2021.

2. **Objet et étendue de l'étude.** – Le mandat définissait comme suit le contexte de base et les diverses questions à examiner :

L'avis de droit devrait exposer et discuter de manière critique la façon dont le principe de non-discrimination de la Convention d'Istanbul doit être interprété (en particulier : l'interdiction de discrimination en ce qui concerne l'orientation sexuelle, l'identité de genre ainsi que le statut de séjour) et dans quelle mesure le résultat de cette interprétation a un impact sur l'objectif et le champ d'application de la Convention.

À cet égard, les questions suivantes doivent être abordées :

1. **Interprétation de l'interdiction de discrimination** : comment l'art. 4, par. 3 de la Convention d'Istanbul doit-il être interprété ? L'art. 4, par. 3, de la Convention d'Istanbul a-t-il un caractère accessoire – par analogie à l'art. 14 CEDH ? Quels sont les effets de l'interprétation de l'art. 4, par. 3 de la Convention d'Istanbul sur son champ d'application au regard de son art. 2 ? Dans quelle mesure l'art. 2 de la Convention constitue-t-il une limite au champ d'application de l'art. 4, par. 3 ?
 2. **Champ d'application territorial de la Convention** : comment l'art. 4, par. 3 de la Convention d'Istanbul doit-il être interprété en ce qui concerne son champ d'application territorial ? En vertu de son art. 4, par. 3, la Convention d'Istanbul s'applique-t-elle à des faits qui se déroulent en dehors du territoire d'un de ses États membres ?
 3. **Protection de certains groupes de personnes** : comment l'art. 4, par. 3 de la Convention d'Istanbul doit-il être interprété en ce qui concerne la protection de groupes particuliers de personnes, tels que les personnes LGBTIQ+ ou les femmes migrantes sans titre de séjour légal ? Relèvent-elles du champ de protection de la Convention d'Istanbul ? Dans quelle mesure les personnes LGBTIQ+ peuvent-elles invoquer l'art. 4, par. 3 de la Convention et quelles en sont les limites sur la base des art. 2 et 3 de celle-ci ?
3. **Questions posées au présent avis, démarche et méthode utilisées.** – Les questions posées au présent avis consistent donc à examiner le champ d'application de la Convention d'Istanbul (art. 2), en particulier au regard de la nature et de la portée de la disposition de la Convention

¹ RS 0.311.35 (RO 2017 1117-1153). Voir aussi FF 2017 163-287, pour le *Message concernant l'approbation de la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (convention d'Istanbul)*, du 2 décembre 2016 (ci-après : *Message*, FF 2017 163, ... [avec indication de la page ou des pages pertinentes]).

² *Mise en œuvre de la Convention d'Istanbul en Suisse, Rapport alternatif de la société civile*, Ed. Réseau Convention Istanbul, 5 juillet 2021 (ci-après : *Rapport alternatif de la société civile 2021*).

prévoyant une interdiction de discriminer sur la base de différents critères (art. 4 par. 3), et à examiner spécifiquement les liens et interactions entre les dispositions relatives au champ d'application de la Convention, d'une part, et à l'interdiction de discriminer, d'autre part. Concrètement, à cet égard, les questions qui se posent sont notamment celles de savoir si l'interdiction de discriminer imposée par la Convention à son art. 4, par. 3, a ou peut avoir pour effet, dans certaines configurations, d'« étendre » en quelque sorte le champ d'application de la Convention, ou si, à l'inverse, le champ d'application de la Convention, tel que défini à l'art. 2, constitue ou peut constituer une limite à la portée de l'interdiction de discriminer de l'art. 4 par. 3.

Pour répondre aux différentes questions posées, le présent avis se fonde, s'agissant de la démarche, sur les méthodes traditionnelles de l'analyse juridique et sur les sources habituelles et généralement disponibles de la réglementation en vigueur – qu'elle soit constitutionnelle ou législative –, de la jurisprudence et de la doctrine juridique, ainsi que de la pratique des autorités, notamment, s'agissant de l'interprétation de dispositions d'un traité international, de la pratique des organes des traités.

4. **Plan de l'avis.** – Pour ce qui est du plan, nous proposerons tout d'abord, dans une deuxième partie faisant suite à cette introduction, et avant d'entrer dans le cœur des questions à examiner, un bref rappel, aussi succinct que possible, des règles applicables en matière d'interprétation des textes juridiques, en particulier des règles du droit international, et tout spécialement des dispositions du droit international des droits humains (partie II, ci-après). La troisième partie, qui constitue le cœur de l'étude, se concentrera sur l'analyse juridique proprement dite des questions posées (III). Elle commencera par rappeler quelques généralités au sujet de la Convention d'Istanbul (III.A). Elle proposera ensuite une analyse approfondie du champ d'application matériel et personnel ainsi que territorial de la Convention d'Istanbul au sens de son art. 2, d'une part (III.B), ainsi que du contenu et de la nature de l'interdiction de discriminer de l'art. 4 par. 3 de la Convention, d'autre part (III.C), pour déboucher sur l'examen approfondi des liens et interactions, voire des champs de tension potentiels – entre ces deux dispositions (III.D). La quatrième et dernière partie reprendra les résultats de ces analyses sous forme de synthèse et de réponses aux questions concrètes posées, ainsi que de conclusions (IV).

II. RAPPEL DES RÈGLES EN MATIÈRE D'INTERPRÉTATION

A. Aperçu des diverses méthodes d'interprétation en droit interne et en droit international

5. **Fonctions de l'interprétation et pluralisme méthodologique en droit interne.** – L'interprétation a pour but de « déterminer le sens » d'une norme juridique, de « déchiffrer son message »³. L'interprétation de la loi ou d'un texte juridique exige de recourir à une pluralité de « méthodes »⁴ ou « éléments »⁵. En droit interne, le Tribunal fédéral a estimé, en 1957 déjà, qu'il n'excluait « aucune méthode de manière absolue mais (...) qu'il recourt aux procédés d'interprétation qui lui paraissent, dans le cas particulier, les plus propres à dégager le véritable sens de la norme »⁶. Afin de déterminer la portée exacte d'une disposition normative, le Tribunal fédéral recourt ainsi à l'interprétation *littérale* (ou *grammaticale*), à l'interprétation *systématique*, à l'interprétation *historique*, à l'interprétation *contemporaine* et à l'interprétation *téléologique*⁷. Ce pluralisme méthodologique souligne l'absence de hiérarchie à proprement parler entre les diverses méthodes d'interprétation, même si l'analyse littérale du texte lui-même constitue très fréquemment le point de départ de l'interprétation juridique⁸.
6. **Des méthodes et règles en principe semblables en droit international.** – Les méthodes d'interprétation que nous venons d'évoquer sont également pertinentes en droit international⁹. La Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après : CVDT)¹⁰, qui reflète en grande partie le droit international coutumier¹¹ et à laquelle tant la Cour européenne des droits de l'homme¹² que le

³ MALINVERNI GIORGIO – HOTTELIER MICHEL – HERTIG RANDALL MAYA – FLÜCKIGER ALEXANDRE, *Droit constitutionnel suisse (vol. I) – L'Etat*, 4^e éd., Berne 2021, N 1502, p. 545 ; cf. aussi, et surtout, sur le processus d'interprétation, RENÉ RHINOW – MARKUS SCHEFER – PETER UEBERSAX, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3^e éd., Bâle, 2016, N 480-547, pp. 96-106.

⁴ Critiques sur le terme « méthodes », RHINOW – SCHEFER – UEBERSAX, précités (note 3), N 497, p. 99.

⁵ MAHON PASCAL, *Droit constitutionnel, volume I – Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, 3^e éd., Bâle/Neuchâtel 2014, N 49, p. 65.

⁶ ATF 83 I 173, du 26 juin 1957, cons. 4, p. 178 ; ATF 131 II 697, du 26 octobre 2005, cons. 4.1, pp. 702-703.

⁷ TSCHANNEN PIERRE, Die Auslegung der neuen Bundesverfassung, in : ULRICH ZIMMERLI (éd.), *Die neue Bundesverfassung – Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Berne 2000, pp. 223-248, p. 236.

⁸ MAHON, précité (note 5), N 49, pp. 66-67. Sur ce pluralisme, et pour un arrêt récent, cf. aussi ATF 141 V 25, du 15 janvier 2015, cons. 8.2, p. 28.

⁹ AMMANN ODILE, *Domestic Courts and the Interpretation of International Law. Methods and Reasoning Based on the Swiss Example*, Leiden/Boston 2020, pp. 197-221 ; KOLB ROBERT, *Interprétation et création du droit international. Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruxelles 2006, N 167-321, pp. 407-654 ; VANNESTE FRÉDÉRIC, Interpréter la Convention européenne et la Convention américaine des droits de l'homme : comment réconcilier les pratiques divergentes avec la théorie générale, *Revue Québécoise de droit international*, hors-série, mars 2016, pp. 81-95, p. 82.

¹⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969, RS 0.111.

¹¹ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Montenegro), arrêt du 26 février 2007, par. 160 ; AMMANN, précitée (note 9), p. 193 ; GARDINER RICHARD, *Treaty Interpretation*, 2^e éd., Oxford 2016, pp. 146 ss.

¹² Voir p.ex. CourEDH, *Golder c. Royaume-Uni* (Cour plénière), requête n° 4451/70, arrêt du 21 février 1975, par. 29 ; CourEDH, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (Grande Chambre), requêtes n°s 46827/99 et 46951/99, arrêt du 4 février 2005, par. 111 ; CourEDH, *Vasiliasuskas c. Lituanie* (Grande Chambre), requête n° 35343/05, arrêt du 20 octobre 2015, par. 183.

Tribunal fédéral¹³ se réfèrent, précise qu'un « traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »¹⁴, faisant ainsi référence à l'interprétation littérale (les termes du traité), à l'interprétation systématique (leur contexte) ainsi qu'à l'interprétation téléologique (l'objet et le but du traité). Comme nous le verrons, les interprétations historique et contemporaine se trouvent également en filigrane des règles prévues par les articles 31 et 32 CVDT¹⁵. Cette convention se caractérise donc, elle aussi, par un pluralisme méthodologique, appelé parfois « méthode holistique », ce qui montre bien la prise en compte, conjointe et complémentaire, de l'ensemble de ces différents éléments¹⁶. La doctrine considère en effet que l'art. 31 CVDT est le résultat d'un compromis entre les tenants de l'interprétation textuelle, ceux de l'interprétation subjective basée sur la volonté des parties et ceux de l'interprétation finaliste ou téléologique¹⁷.

7. **Interprétation littérale ou grammaticale et interprétation systématique.** – L'*interprétation littérale* ou *grammaticale* repose « sur l'analyse lexicale du texte de la norme, elle se base sur le sens ordinaire des mots qui composent le texte »¹⁸. Son importance a été soulignée à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral¹⁹, qui rappelle qu'on ne peut s'éloigner d'une formulation claire d'une disposition législative ou constitutionnelle que lorsqu'il existe de sérieux motifs laissant à penser que cette formulation n'exprime pas le sens véritable de la disposition²⁰ ou n'est pas celui raisonnablement voulu par l'autorité auteure de la norme²¹.

De manière similaire, l'interprétation littérale bénéficie en droit international d'une certaine priorité par rapport aux autres méthodes d'interprétation²². Ceci se justifie par le fait que le texte d'un traité est vu comme « la plus sûre expression de la volonté des parties »²³. Néanmoins, il n'est pas toujours aisé de déterminer le sens ordinaire des mots, ce d'autant plus dans un contexte international marqué par une diversité linguistique et culturelle²⁴. S'agissant des traités de droits humains en particulier, la portée de l'interprétation littérale se trouve limitée par les formulations ouvertes et relativement indéterminées couramment employées par ces textes²⁵. C'est afin d'éviter ce risque

¹³ Le Tribunal fédéral, tout en suivant les méthodes préconisées par la CVDT, semble toutefois préférer se référer à sa propre jurisprudence plutôt qu'à la CVDT, comme le relève AMMANN au terme de son analyse (voir AMMAN, précitée [note 9], pp. 235-247, spéc. p. 245).

¹⁴ Art. 31 par. 1 CVDT.

¹⁵ Voir *infra*, N 10 et 11.

¹⁶ VANNESTE, précité (note 9), p. 82.

¹⁷ SOREL JEAN-MARC, Article 31, in : Olivier Corten/Pierre Klein (éds), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, Bruxelles 2006, p. 1295.

¹⁸ MAHON, précité (note 5), N 49, p. 65. Cf. également HÄFELIN ULRICH – HALLER WALTER – KELLER HELEN – THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10^e éd., Zurich/Genève/Bâle 2020, N 91 ss, pp. 28 s.

¹⁹ Voir notamment l'ATF 131 II 697, du 26 octobre 2005, cons. 4.1, p. 702, dans lequel il est clairement souligné que le texte d'une disposition constitue le point de départ de toute interprétation.

²⁰ Cf. not. ATF 131 II 217, du 16 mars 2005, cons. 2.3, p. 221.

²¹ Cf. ATF 137 V 13, du 17 janvier 2011, cons. 5.1, p. 17, et les références citées.

²² Art. 31 par. 1 CVDT ; KOLB, précité (note 9), N 168-169, pp. 408-410 (lien avec la sécurité juridique).

²³ KOLB, précité (note 9), N 168, p. 409.

²⁴ Voir p. ex. BENAVIDES CASALS MARIA ANGÉLICA, *Die Auslegungsmethoden von Menschenrechtsverträgen. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Baden-Baden 2010, pp. 27-28.

²⁵ À propos du rôle limité de l'interprétation grammaticale par les juridictions de protection des droits humains, voir FERRERO JULIE, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme. Contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international*, Paris 2019, N 172-187, pp. 119-128 ; BENAVIDES CASALS, précitée (note 24), pp. 71-73, spéc. p. 80.

lié à l'indétermination des termes du traité que l'interprétation littérale doit être complétée par d'autres méthodes²⁶.

8. **Interprétation systématique ou contextuelle.** – A côté de l'interprétation littérale ou grammaticale, les tribunaux recourent également à l'*interprétation systématique* ou *contextuelle*. Celle-ci se fonde sur l'analyse de la place d'une disposition dans un ensemble normatif déterminé et sur les rapports qu'elle entretient avec d'autres articles du même acte ou, éventuellement, d'autres actes ayant un lien étroit avec l'article concerné²⁷.

En droit international, l'interprétation systématique est consacrée par l'art. 31 CVDT, qui cite le « contexte » comme élément à prendre en considération²⁸. Ce contexte comprend l'ensemble du traité, y compris son préambule et ses annexes, ainsi que « tout accord ayant un rapport au traité et [...] intervenu entre toutes les parties à l'occasion de [sa] conclusion », ou en tout cas accepté par toutes les parties comme « ayant un rapport au traité »²⁹. À ce contexte *stricto sensu*, il est possible d'ajouter des éléments extrinsèques comme des déclarations du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale des Nations Unies³⁰. La CVDT énumère en outre plusieurs éléments qui peuvent être qualifiés de « quasi-contexte », à savoir des éléments qui dépassent le contexte *stricto sensu*, mais dont il faut tenir compte « en même temps que du contexte » (« together with », « in gleicher Weise »)³¹. Il s'agit notamment de tout accord ultérieur pertinent entre les parties, de la pratique subséquente suivie dans l'application du traité ou encore de toute règle pertinente de droit international applicable entre les parties³². À ce titre, la question de savoir si un organe institué par un traité peut être à l'origine d'une pratique subséquente par rapport à ce traité est controversée en doctrine, comme on le verra ci-dessous³³.

Du contexte, il faut distinguer les circonstances qui entourent la conclusion du traité, et en particulier les travaux préparatoires, qui ne représentent, en droit international, qu'un moyen d'interprétation complémentaire et donc subsidiaire³⁴.

9. **Interprétation téléologique.** – L'interprétation *téléologique*, quant à elle, s'efforce de déterminer la finalité d'une disposition, afin d'en saisir le sens. Cette finalité peut découler tant des travaux préparatoires que des autres méthodes d'interprétation³⁵. La portée de cette méthode d'interprétation en droit interne ne doit pas être sous-estimée, le Tribunal fédéral n'hésitant pas à y recourir à l'occasion³⁶.

En droit international, l'interprétation téléologique est la troisième méthode consacrée par l'art. 31 par. 1 CVDT, qui prévoit qu'un traité doit être interprété à la lumière de son *objet* – la

²⁶ Voir le texte de l'art. 31 par. 1 CVDT : « ... suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité *dans leur contexte et à la lumière de l'objet et de son but* » (nous soulignons).

²⁷ Cf. notamment HÄFELIN – HALLER – KELLER – THURNHERR, précités (note 18), N 97-98, p. 30.

²⁸ Art. 31 par. 1 CVDT.

²⁹ Art. 31 par. 2 CVDT.

³⁰ KOLB, précité (note 9), N 207, pp. 463-467.

³¹ Art. 31 par. 3 CVDT.

³² Art. 31 par. 3 CVDT. À propos de ces différents éléments, voir en particulier KOLB, précité (note 9), N 207, pp. 467-469.

³³ Voir *infra*, N 16.

³⁴ Art. 32 CVDT.

³⁵ Cf. notamment MALINVERNI – HOTTELIER – HERTIG RANDALL – FLÜCKIGER, précités (note 3), N 1529, p. 557.

³⁶ Cf., par exemple, ATF 128 I 273, du 17 septembre 2002, cons. 2.2, pp. 276-277.

matière réglementée – et de son *but* – la finalité de la réglementation³⁷. Comme nous le verrons, l'objet et le but d'un traité peuvent être envisagés dans une perspective historique ou, au contraire, dans une perspective dynamique ou évolutive³⁸. Une partie de la doctrine estime que cette méthode ne saurait être sur un pied d'égalité avec les autres, car elle serait trop vague et présenterait un risque de « législation judiciaire »³⁹. Cette position doctrinale ne se reflète toutefois ni dans la CVDT, ni dans la pratique judiciaire, qui recourt fréquemment à cette méthode⁴⁰. Dans le domaine des droits humains, en particulier, l'interprétation téléologique s'est imposée comme une véritable méthode d'interprétation, au même titre que les autres⁴¹. À noter toutefois que l'objet et le but du traité ne peuvent pas être utilisés, à des fins d'interprétation, afin d'étendre le champ d'application du traité au-delà des termes clairs de celui-ci⁴².

10. **Interprétation historique.** – L'*interprétation historique* accorde, elle, un intérêt particulier au sens d'une norme lors de sa création et de son adoption⁴³. S'appuyant sur le principe de la séparation des pouvoirs, qui exclut qu'un autre organe redéfinisse une norme adoptée, par exemple, par le législateur ou le constituant, elle permet, en droit interne, d'éviter qu'un ou une juge – ou un autre organe étatique – « dépasse manifestement les bornes de son office » en révisant une disposition que ladite autorité auteure de la norme estime encore satisfaisante⁴⁴. Dans tous les cas, deux règles semblent s'appliquer de façon générale : premièrement, plus une norme est récente, plus ce type d'interprétation aura du sens⁴⁵ ; deuxièmement, le poids des travaux préparatoires dépend de la question de savoir si ceux-ci ont concrètement influencé la disposition finalement adoptée, c'est-à-dire ont trouvé ancrage dans le texte de la norme⁴⁶.

S'agissant du droit international, la méthode historique peut être rattachée à différentes dispositions de la CVDT. Il s'agit tout d'abord du texte, qui peut être interprété selon le sens prévalant à l'époque de son adoption. À ce propos, la CVDT précise qu'« [u]n terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties »⁴⁷. L'interprétation historique trouve par ailleurs un certain ancrage dans l'interprétation téléologique, l'objet et le but d'un traité pouvant être interprétés dans une perspective historique, en suivant la volonté (réelle ou présumée) des parties lors de la conclusion du traité⁴⁸. La CVDT ne consacre en revanche pas une

³⁷ Art. 31 par. 1 CVDT ; voir aussi KOLB, précité (note 9), N 248, pp. 532-533.

³⁸ KOLB, précité (note 9), N 249, pp. 533-538.

³⁹ KOLB, précité (note 9), N 255, pp. 548-549.

⁴⁰ AMMAN, précitée (note 9), pp. 208-213 ; KOLB, précité (note 9), N 259, p. 558.

⁴¹ AMMAN, précitée (note 9), p. 210 ; DUBOUT EDOUARD, *Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 74, 2008, pp. 383-418, p. 384 ; FERRERO, précitée (note 25), N 197-214, pp. 134-145.

⁴² Comme souligné par le Tribunal des réclamations Iran-États Unis, *Federal Reserve Bank of New York v. Bank Markazi*, Case A28, Iran-US Claims Tribunal Reports, vol. 36, 2000, par. 58.

⁴³ Cf. notamment HÄFELIN – HALLER – KELLER – THURNHERR, précités (note 18), N 101-113, pp. 26-28.

⁴⁴ AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Traité de droit constitutionnel suisse (vol. I)*, Neuchâtel 1967, p. 118, qui précise qu'on distingue entre l'interprétation *historique subjective*, qui s'efforce de déterminer la volonté concrète du législateur ou du constituant ayant adopté la norme en cause, et l'interprétation *historique objective*, qui a pour but de faire en sorte que « les textes [juridiques], lorsqu'ils ont besoin d'être interprétés, seront entendus dans le sens qui pouvait raisonnablement leur être attribué, au moment où ils ont été adoptés ».

⁴⁵ HÄFELIN – HALLER – KELLER – THURNHERR, précités (note 18), N 101, p. 26. Le Tribunal fédéral exprime le même principe par la négative : « [Die Materialien] sind umso weniger zu beachten, je weiter sie zeitlich zurückliegen » (ATF 111 II 149, du 26 mars 1985, cons. 4a, p. 152).

⁴⁶ ATF 109 la 273, du 9 octobre 1983, cons. 12c, pp. 301-303.

⁴⁷ Art. 31 par. 4 CVDT.

⁴⁸ Cf. aussi ci-dessus, à propos de l'interprétation téléologique.

méthode historique en tant que telle, et elle limite notamment la portée des travaux préparatoires, qui ne sont considérés que comme des moyens complémentaires – et donc subsidiaires – d'interprétation. En effet, un recours à ces moyens se justifie notamment si l'interprétation des autres éléments « laisse le sens ambigu ou obscur » ou « conduit à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable »⁴⁹. Pour être considérés comme tels, les travaux préparatoires doivent en principe être publics et refléter les intentions communes des parties, et non pas une position isolée ou une position désavouée dans la suite des travaux⁵⁰.

11. **Interprétation contemporaine, ou dynamique, ou évolutive.** – Comme son nom l'indique, l'interprétation contemporaine vise, quant à elle, à « [...] rechercher le sens de la norme tel qu'il peut apparaître, non plus dans le passé, au moment de son adoption, mais dans le présent, au moment de son application, et compte tenu des circonstances actuelles »⁵¹. Elle permet donc de réinterpréter le but d'une disposition à la lumière des conditions actuelles, qui ont potentiellement évolué depuis son entrée en vigueur⁵². L'idée est notamment de garantir une utilité renouvelée des normes juridiques à travers le temps⁵³. Si l'interprétation dynamique a comme avantage de permettre une évolution du droit – et dès lors d'éviter qu'il se fige outre mesure⁵⁴ –, elle implique certains risques au regard de la séparation des pouvoirs, laissant une marge de manœuvre considérable aux juges⁵⁵. Elle revêt une importance particulière dans l'interprétation des normes formulées de manière ouverte et qui sont le plus sujettes à l'évolution des mœurs ou du contrat social, comme les dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux ou les normes internationales de droits humains⁵⁶.

L'interprétation dynamique peut être rattachée à différents éléments énumérés par la CVDT, en particulier le but et l'objet d'un traité (interprétation téléologique) et le contexte (interprétation systématique). En lien avec le but et l'objet, l'interprétation dynamique permet de réinterpréter les dispositions d'un traité à la lumière des conditions sociétales et juridiques changeantes, et d'assurer ainsi que celui-ci conserve son actualité et sa pertinence. De plus, elle implique de tenir compte du contexte au sens juridique du terme, en permettant notamment d'interpréter une norme à la lumière d'autres instruments adoptés dans l'intervalle et en tenant compte d'autres éléments de pratique subséquente⁵⁷. Elle favorise ainsi une lecture intégrative du droit, qui contribue à limiter la fragmentation du droit international⁵⁸. Toutefois, l'interprétation dynamique peut être controversée (et est parfois contestée par les États) en ce qu'elle fait courir le risque d'étendre le champ d'application du traité concerné, c'est-à-dire au-delà de ce à quoi les États ont entendu s'engager.

⁴⁹ Art. 32 let. a et b CVDT.

⁵⁰ Commission de droit international, *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires*, 1966, p. 240 ; voir aussi AMMAN, précitée (note 9), pp. 214-215.

⁵¹ MAHON, précité (note 5), N 49, p. 66.

⁵² AUBERT, précité (note 44), p. 121.

⁵³ MAHON, précité (note 5), N 49, p. 66.

⁵⁴ En l'espèce, HÄFELIN, HALLER, KELLER et THURNHERR parlent à juste titre de risque de « Versteinerung der Rechtsordnung », c'est-à-dire, au sens littéral, de « pétrification de l'ordre juridique » (HÄFELIN – HALLER – KELLER – THURNHERR, précités [note 18], p. 33).

⁵⁵ AUBERT, précité (note 44), p. 118.

⁵⁶ BENAVIDES CASALS, précitée (note 24), pp. 84-123 ; FERRERO, précitée (note 25), spéc. N 218-261, pp. 147-180.

⁵⁷ Voir not. FERRERO, précitée (note 25), N 217-228, pp. 147-156. À propos de la notion de « pratique subséquente », cf. *infra*, N 16.

⁵⁸ À ce propos, voir p. ex. PETERS ANNE, Fragmentation and Constitutionalization, in : Anne Orford/Florian Hoffmann (éds), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford 2016, pp. 1011-1032.

Un certain degré « d'acceptance » par les États ou par d'autres actrices ou acteurs (« social acceptance ») est donc invoqué par la doctrine et la jurisprudence⁵⁹.

Si l'interprétation dynamique n'est pas absente d'autres domaines du droit international, elle s'est en particulier imposée dans le domaine du droit international des droits humains⁶⁰. Dans ce cadre, elle se justifie notamment par la nature spécifique (*lex specialis*) des instruments de droits humains, qui ne sont pas basés sur la réciprocité, mais établissent un ordre quasi-constitutionnel, avec, notamment, des organes chargés de leur interprétation et de leur développement⁶¹. À cet égard, l'intention originelle des rédactrices et rédacteurs du traité serait d'importance moindre que pour les autres types de traités internationaux⁶². Dans ce domaine, l'interprétation téléologique et l'interprétation dynamique se confondent jusqu'à un certain point, les deux visant à garantir l'effectivité des droits humains⁶³.

L'interprétation dynamique ou évolutive a tout particulièrement été développée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui considère de manière constante depuis 1978 que la Convention est un « instrument vivant », qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles, de manière à l'adapter en particulier aux nouveaux défis qui se posent sous l'angle des droits humains⁶⁴. Comme le souligne la doctrine⁶⁵, cette jurisprudence, très évolutive, est à la fois dynamique et « intégrative » ou intégratrice⁶⁶, en ce sens qu'elle prend en compte l'ensemble des sources du droit international en tant qu'élément d'aide à l'interprétation. En effet, partant de l'idée que la Convention est un « instrument vivant », qui entend assurer « une protection concrète et effective des droits de l'homme », la Cour n'hésite pas à prendre en compte le « consensus » qui se reflète dans les instruments de droit international et dans la pratique des organes de contrôle de ces instruments, et cela indépendamment du fait que l'État considéré ait ou non ratifié les instruments en cause. La Cour prend ainsi en compte, dans sa jurisprudence relative à la violence domestique à l'égard des femmes, la Convention d'Istanbul pour interpréter les dispositions pertinentes de la CEDH, en particulier l'art. 2 (droit à la vie)⁶⁷.

Les organes de surveillance des traités, comme le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, sont considérés comme interprétant également de manière « dynamique » leur traité en

⁵⁹ SCHLÜTTER BIRGIT, Human rights interpretation by the UN treaty bodies, in : Helen Keller/Geir Ulfstein (éds), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge 2012, pp. 261-319, spéc. pp. 271-272.

⁶⁰ BENAVIDES CASALS, précitée (note 24), pp. 84-123 ; FERRERO, précitée (note 25), spéc. N 218-261, pp. 147-180.

⁶¹ BENAVIDES CASALS, précitée (note 24), pp. 39-46 ; FERRERO, précitée (note 25), N 321-333, pp. 216-224.

⁶² KÄLIN WALTER – KÜNZLI JÖRG, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford 2009, p. 38.

⁶³ Pour une analyse plus détaillée du lien entre les deux, voir en particulier FERRERO, précitée (note 25), N 207-216, pp. 140-146.

⁶⁴ Pour la première consécration de ce principe, voir CourEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, requête n° 5856/72, arrêt du 25 avril 1978, par. 31 ; voir aussi FERRERO, précitée (note 25), N 3, p. 18 at N 41, p. 48.

⁶⁵ Voir aussi, tout particulièrement, MAHON PASCAL, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit du travail, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds), *Les aspects internationaux du droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle 2019, pp. 105-128, spéc. pp. 117 et ss, avec d'autres références, notamment à PÄRLI KURT – BAUMGARTNER TOBIAS – DEMIR EYLEM – JUNGHANSS CORNELIA – LICCI SARA – UEBE WESSELINA, *Arbeitsrecht im internationalen Kontext. Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht*, Zurich/Saint-Gall 2017, N 305-316, pp. 134-139, et à BERSET BIRCHER VALÉRIE – MEIER ANNE, L'impact du droit international en droit suisse du travail, in : Rémy Wyler (éd.), *Panorama III en droit du travail*, Lausanne 2017, pp. 579-637, spéc. pp. 602-637, qui examinent la jurisprudence de la Cour relative aux art. 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁶⁶ Pour cette notion de jurisprudence « intégrative », cf. not. MAHON, précité (note 65), pp. 119-120, avec d'autres références.

⁶⁷ S'agissant par exemple de l'appréciation du caractère réel et immédiat de la menace pour la vie dans le contexte des violences domestiques à la lumière de l'obligation positive de protection découlant de l'art. 2 CEDH, cf. CourEDH (Grande Chambre), *Kurt c. Autriche*, requête n° 62903/15, arrêt du 15 juin 2021, par. 161-190.

raison de la nature des droits humains et de la nécessité d'adaptation aux changements de la réalité sociale⁶⁸.

À cet égard, il convient encore d'examiner la question de la valeur interprétative qui est reconnue à la pratique des organes chargés d'assurer le contrôle des traités internationaux – les « organes de traités » – de manière générale d'abord, puis spécifiquement en lien avec la Convention d'Istanbul.

B. Valeur interprétative des pratiques des organes des traités, notamment en ce qui concerne la Convention d'Istanbul

1. Les organes de la Convention d'Istanbul et leurs travaux ainsi que les matériaux qui s'y réfèrent

12. **Les matériaux relatifs à l'interprétation de la Convention d'Istanbul.** – Divers documents entrent en ligne de compte pour interpréter la Convention d'Istanbul, qu'il conviendra d'examiner plus en détail. Il s'agit en particulier, dans l'ordre chronologique, des travaux du Comité *ad hoc* pour prévenir et combattre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (CAHVIO), du Rapport explicatif de la Convention et des rapports du Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (le GREVIO).

On décrira brièvement ici ces différents organes et leurs travaux, ainsi que les matériaux qui s'y réfèrent.

13. **Les travaux du CAHVIO.** – Le Comité *ad hoc* pour prévenir et combattre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (CAHVIO) était un groupe d'expertes et d'experts, composé de représentants gouvernementaux des États membres du Conseil de l'Europe, que celui-ci a créé en 2008, et qui, au terme d'une dizaine de réunions, a finalisé le texte du projet de Convention en décembre 2010⁶⁹. Les travaux du CAHVIO, y compris les premiers projets de la Convention et les procès-verbaux des séances ayant conduit à l'élaboration du texte final de celle-ci, ne constituent pas véritablement des travaux préparatoires au sens de la Convention de Vienne, mais contiennent néanmoins des indications utiles sur la volonté des parties⁷⁰.
14. **Les délibérations du Comité des Ministres et le Rapport explicatif de la Convention.** – Ce sont plutôt les délibérations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relatives à l'adoption de la Convention qui devraient constituer les véritables travaux préparatoires au sens de la Convention de Vienne, du moins si ces délibérations étaient publiques, ce qu'elles ne sont toutefois apparemment pas. Il existe cependant un Rapport explicatif relatif à la Convention d'Istanbul, qui est un document publié sous l'égide du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe au moment où la Convention a été ouverte aux signatures⁷¹. En tant que tel, ce Rapport remplit une double

⁶⁸ SCHLÜTTER, précitée (note 59), p. 265.

⁶⁹ Ce projet a ensuite été adopté par le Comité des Ministres et la Convention a été ouverte à la signature le 11 mai 2011 à Istanbul. Suite à sa 10^{ème} ratification, par Andorre, le 22 avril 2014, la Convention d'Istanbul est entrée en vigueur le 1^{er} août 2014. Voir à ce sujet, et sur le CAHVIO, <https://www.coe.int/fr/web/istanbul-convention/cahvio> (consulté pour la dernière fois le 11 octobre 2021).

⁷⁰ GRANS LISA, The Istanbul Convention and the Positive Obligation to Prevent Violence, *Human Rights Law Review*, n° 18, 2018, pp. 133-155, p. 134.

⁷¹ Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, du 11 mai 2011, STE 210.

fonction : d'une part, il fait partie des travaux préparatoires, qui sont, comme nous l'avons vu, un élément subsidiaire pour l'interprétation du traité⁷². D'autre part, sa portée va au-delà des travaux préparatoires. En effet, de par sa publication au moment même de l'ouverture de la Convention d'Istanbul aux signatures, le Rapport constitue un « accord ayant un rapport au traité et [...] intervenu entre toutes les parties à l'occasion de [sa] conclusion » au sens de l'art. 31 par. 2, let. a, de la Convention de Vienne, et il fait donc partie du contexte au sens strict⁷³. La distinction a son importance, puisqu'elle érige le Rapport explicatif en élément interprétatif de première importance plutôt qu'en simple moyen subsidiaire d'interprétation⁷⁴. En tout état de cause, la Cour européenne des droits de l'homme attribue un poids important au Rapport explicatif pour interpréter les dispositions de la Convention d'Istanbul aux fins d'interpréter, de manière indirecte, la CEDH⁷⁵.

15. **Les travaux du GREVIO.** – Le Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, connu sous l'acronyme GREVIO, est le principal organe chargé du suivi de la Convention d'Istanbul. Institué par les articles 66 et suivants de la Convention, cet organe peut être assimilé aux organes des traités des Nations Unies, comme le Comité sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) ou le Comité relatif aux droits de l'enfant (CDE)⁷⁶. Le GREVIO a en effet des attributions similaires à ces derniers organes, à savoir la responsabilité d'un cycle de suivi, la compétence d'adopter des observations générales et celle de mener des enquêtes afin d'éviter des violations graves de la Convention⁷⁷. S'il n'a pas la compétence de recevoir des communications individuelles, force est de constater que cette possibilité n'est généralement pas accordée aux organes de traités par les traités constitutifs eux-mêmes, mais par un protocole additionnel, ce qui indique qu'il ne s'agit pas là d'un attribut essentiel. Ainsi, les travaux du GREVIO ont en principe la même valeur interprétative que les travaux des organes de traités des Nations Unies, une question qu'il convient d'examiner brièvement.

2. La valeur interprétative de la pratique des organes des traités, en général et pour la Convention d'Istanbul en particulier

16. **La valeur interprétative de la pratique des organes des traités au regard de la CVDT : une qualification contestée mais une importance généralement reconnue.** – Les observations des organes de traités sont en principe considérées comme dépourvues d'effet contraignant direct pour

⁷² GARDINER, précité (note 11), p. 235.

⁷³ GARDINER, précité (note 11), p. 235.

⁷⁴ GARDINER, précité (note 11), p. 235.

⁷⁵ Cf., de manière notable, CourEDH, *Kurt c. Autriche*, précité (note 67), par. 167.

⁷⁶ Voir en ce sens GUNEY GIZEM, *The Group of Experts under the Istanbul Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence and the ECtHR : Complementary or Contradictory Tools?*, *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, mars 2020, <https://www.ejiltalk.org/the-group-of-experts-under-the-istanbul-convention-on-preventing-and-combating-violence-against-women-and-domestic-violence-and-the-ecthr-complementary-or-contradictory-tools/> (consulté pour la dernière fois le 11 octobre 2021).

⁷⁷ Voir les articles 68 et 69 de la Convention d'Istanbul.

les États⁷⁸. Il n'en demeure pas moins que tant la doctrine que la jurisprudence internationale⁷⁹ s'accordent sur le fait que les interprétations faites par les organes chargés du suivi d'un traité de droits humains apportent une contribution cruciale à la clarification et au développement du droit⁸⁰ et participent ainsi à l'interprétation des traités dont ils assurent la surveillance⁸¹. La portée exacte de la pratique des organes de traités en matière d'interprétation est toutefois controversée⁸². Ainsi, une partie de la doctrine estime que la pratique des organes de traités doit être considérée comme une « pratique subséquente » au sens de l'art. 31 par. 3 let. b CVDT, ce qui revient à leur reconnaître une valeur d'interprétation authentique du traité⁸³. À cet égard, il a été rappelé qu'il s'agit d'organes qui ont été créés par les États en vue d'assurer la bonne application des traités⁸⁴. Certain·e·s parlent même d'un « monopole d'expertise » confiée par les États à ces organes⁸⁵. Rappelant que les traités doivent être interprétés selon le principe de la bonne foi, ils considèrent que, par la création d'organes en charge de la supervision et du suivi de traités, tels le Comité des droits de l'homme, les États auraient renoncé, jusqu'à un certain degré, à leur compétence interprétative⁸⁶. D'autres estiment par contre que la pratique des organes de traités doit plutôt être considérée comme l'expression des « règle[s] pertinente[s] du droit international applicable[s] dans les relations entre les parties », donc du quasi-contexte, au sens de l'art. 31 par. 3 let. c CVDT. D'autres encore jugent que la pratique des organes de traité devrait tout au plus être considérée comme un moyen complémentaire – subsidiaire – d'interprétation⁸⁷.

⁷⁸ VAN ALEBEEK ROSANNE – NOLLKAEMPER ANDRE, *The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law*, in : Helen Keller/Geir Ulfstein (éds), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge 2012, pp. 356–413, p. 407 et références citées.

⁷⁹ Pour une analyse de la jurisprudence internationale, cf. AZARIA DANAE, *The legal significance of expert treaty bodies pronouncements for the purpose of the interpretation of treaties*, *International Community Law Review*, vol. 22, 2020, pp. 33-60, spéc. pp. 35-36.

⁸⁰ BAYEFSKY ANNE, *The UN Human Rights Treaty System*, La Haye/Londres/New York 2001, p. 99 ; BUERGENTHAL THOMAS, *The U.N. Human Rights Committee*, in : Jochen Frowein/Rüdiger Wolfrum (éds), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, pp. 341-398, p. 387.

⁸¹ Cf. notamment la Conclusion 13 concernant les « Prononcés d'organes conventionnels d'experts » du *Projet de conclusions concernant les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités*, adopté par la Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international, 70^e session (30 avril-1^{er} juin et 2 juillet-10 août 2018), Doc. A/73/10, New York 2018, p. 112.

⁸² VAN ALEBEEK – NOLLKAEMPER, précités (note 78), pp. 407-411 ; SHELTON DINAH, *The Legal Status of Normative Pronouncements of Human Rights Treaty Bodies*, in : Holger Hestermeyer et al. (éds), *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum* (vol. I), Leiden/Boston 2012, pp. 553–575.

⁸³ MECHLEM KERSTIN, *Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2009, pp. 905-47, pp. 920-921 ; SCHEININ MARTIN, *Human Rights Treaties and the Vienna Convention on the Law of Treaties – Conflicts or Harmony?*, Strasbourg 2005, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-UD\(2005\)014rep-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-UD(2005)014rep-e) (consulté pour la dernière fois le 11 octobre 2021). Cette vision est toutefois réfutée par les États, ce qui a par exemple amené le Comité des droits de l'homme à retirer de son Observation générale n° 33 la précision selon laquelle ses recommandations auraient valeur d'interprétation authentique du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2, Pacte ONU II), COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *Projet de conclusions*, précité (note 81), p. 116 (par. 10 du commentaire sous la Conclusion 13) ; cf. AZARIA DANAE, précitée (note 79), pp. 33-60, pp. 35-36. S'opposant à une telle qualification de pratique subséquente des travaux des organes de traités de droits humains : VAN ALEBEEK – NOLLKAEMPER, précités (note 78), p. 409.

⁸⁴ GEORG NOLTE, Rapporteur spécial, *Cinquième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités*, A/CN.4/715, 28 février 2018, par. 141.

⁸⁵ DELAS OLIVIER – THOUVENOT MANON – BERGERON-BOUTIN VALÉRIE, *Quelques considérations entourant la portée des décisions du Comité des droits de l'homme*, *Revue québécoise de droit international*, vol. 30, 2017, pp. 1-50, pp. 38-41.

⁸⁶ DELAS – THOUVENOT – BERGERON-BOUTIN, précités (note 85), pp. 22-23, 38-41 ; voir aussi MECHLEM, précitée (note 83), p. 919.

⁸⁷ VAN ALEBEEK – NOLLKAEMPER, précités (note 78), p. 408 ; GEORG NOLTE, Rapporteur spécial, *Quatrième rapport sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités*, A/CN.4/694, 7 mars 2016, par. 53.

17. **Réception du droit international et de la pratique des organes de traité en droit interne suisse : la jurisprudence évolutive du Tribunal fédéral.** – Pour ce qui est de la question de la réception de la pratique des organes des traités en général, en droit suisse, une évolution assez remarquable semble se dessiner. Celle-ci se joue à deux niveaux : premièrement, la prise en compte de dispositions non directement applicables dans l'interprétation du droit international et, deuxièmement, l'importance accrue accordée à la pratique des comités chargés de la mise en œuvre et de la supervision de traités.

Pour ce qui est du premier point, la jurisprudence récente du Tribunal fédéral révèle que les dispositions non directement applicables de traités internationaux ne s'adressent pas seulement aux autorités législatives et administratives, mais qu'elles sont également pertinentes pour l'interprétation judiciaire du droit interne. Par exemple, dans un arrêt du 16 octobre 2017, relatif à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant⁸⁸, le Tribunal fédéral reconnaît tout d'abord lui-même que sa jurisprudence « s'est en général montrée restrictive quant à admettre un effet direct à cette convention des Nations Unies ». Il poursuit cependant en précisant : « Le fait qu'un traité international ne soit pas d'application directe n'implique pourtant nullement que le juge puisse simplement ignorer son existence. Il en va spécialement ainsi dans les matières relatives aux droits de l'homme, qui plus est dans un domaine où l'on a affaire à des personnes en état de faiblesse, par exemple au regard de leur âge »⁸⁹.

Quant au second point, la jurisprudence indique également la pertinence des travaux des organes internationaux, comme le soulignent plusieurs arrêts relatifs aux avis du Comité de la liberté syndicale de l'Organisation internationale du travail (OIT). Dans ce domaine, c'est longtemps un avis de droit isolé de l'Office fédéral de la justice, du 8 mars 2006⁹⁰, qui a semble-t-il dicté la solution. Celle-ci consistait à considérer que les recommandations prises par ce Comité n'avaient pas de force juridique contraignante, tant à l'égard des États que des juges⁹¹. Or, plus récemment, la position du Tribunal fédéral a semble-t-il évolué, même s'il est peut-être un peu tôt pour en juger de manière définitive⁹². Ainsi, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a qualifié les recommandations de l'OIT de « source d'information importante pour l'interprétation des conventions de l'OIT »⁹³. Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal fédéral a tenu compte de la valeur que la Cour européenne des droits de l'homme accordait, dans ses arrêts, à « la pratique du Comité de la liberté syndicale et de la [Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations de l'OIT (CEACR)] », qu'elle considère comme des sources non conventionnelles

Cette vision est toutefois elle-même contestée par la Commission de droit international, comme le montre le compromis trouvé dans la Conclusion 13 du *Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités* (cf. *supra* note 81).

⁸⁸ ATF 144 II 56. Pour une analyse de cet arrêt, ainsi que de l'autre arrêt évoqué ci-dessous, cf. notamment MAHON, précité (note 65), pp. 119-120, avec d'autres références.

⁸⁹ ATF 144 II 56 cons. 5.2, p. 62.

⁹⁰ Publié au JAAC 70(2006).94, p. 1577.

⁹¹ JAAC 70.94, p. 1594.

⁹² Ainsi dans d'autres arrêts, comme son arrêt relatif à la grève de la Providence, TF, 4A_64/2018, du 17 décembre 2018, le Tribunal fédéral ne fait guère de cas du droit de l'OIT (même s'il précise, en se référant à l'arrêt publié aux ATF 144 I 50, examiné ci-dessous, que la pratique du Comité de la liberté syndicale, « en fonction des circonstances, peut servir à l'interprétation du droit suisse » ; cons. 5.3.3.2, p. 62).

⁹³ ATF 144 I 50 cons. 5.3.3.1, p. 61 (traduction française selon DUNAND JEAN-PHILIPPE, Liberté syndicale et droit de l'Organisation internationale du travail (OIT) : un cadeau avant l'anniversaire ! – Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_499/2015 du 6 septembre 2017, in : Newsletter DroitDuTravail.ch, mai 2018, qui relève que le Tribunal fédéral « a visiblement réorienté sa jurisprudence », p. 9).

pertinentes pour interpréter l'art. 11 CEDH⁹⁴. C'est donc l'interprétation « intégrative » ou « intégratrice » de la Cour européenne qui a amené le Tribunal fédéral à faire évoluer sa position vis-à-vis des organes de l'OIT.

18. **Valeur interprétative des actes des organes d'application et de contrôle de la Convention d'Istanbul.** – Aux fins de cet avis de droit, il y a lieu de considérer que, même s'il y a controverse en doctrine au sujet de la valeur interprétative exacte des avis et recommandations du GREVIO, cet organe participe indiscutablement à l'interprétation de la Convention d'Istanbul et que ses avis, recommandations et autres observations peuvent en tous les cas – et pour le moins – guider l'interprétation de ladite Convention.

Du reste, ainsi qu'on l'a vu, la Cour européenne des droits de l'homme accorde une importance considérable au travail du GREVIO dans plusieurs de ses arrêts phares en matière de violences domestiques, notamment en s'intéressant aux conclusions du GREVIO dans son rapport d'évaluation de référence du pays en cause⁹⁵.

Les travaux du GREVIO ont une autorité certaine en matière d'interprétation de la Convention d'Istanbul.

C. Enseignements et conclusions intermédiaires

19. **Diversité et concordance des méthodes d'interprétation, utilité et autorité des travaux du GREVIO et du Rapport explicatif.** – Pour ce qui est du présent avis, il y a donc lieu de retenir qu'en droit international comme en droit interne, différentes méthodes d'interprétation coexistent. Aucune d'entre elles ne prévaut sur les autres, sauf peut-être s'agissant du sens littéral des dispositions du traité lorsque ce sens est parfaitement clair. Mais dès lors que ce n'est pas le cas, ce qui survient fréquemment, les autres méthodes d'interprétation entrent en jeu et doivent mener à une interprétation concordante, qui permette de proposer une solution raisonnable. Ainsi, les différentes dispositions doivent être lues les unes à la lumière des autres ; la finalité du traité doit être prise en considération ; et, en matière de droits humains, l'exigence d'effectivité de la protection des droits humains implique une interprétation dite « évolutive », c'est-à-dire plus en phase avec la réalité contemporaine.

Il ressort également de l'analyse qui précède que, même si leur qualification au sens du droit international fait l'objet de discussions en doctrine, tant les travaux du CAHVIO que ceux du GREVIO, ainsi que le Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul constituent indiscutablement – et pour le moins – des outils d'aide à l'interprétation des dispositions de ladite Convention.

⁹⁴ Voir tout particulièrement CourEDH (Grande Chambre), *Demir et Baykara c. Turquie*, requête n° 34503/97, arrêt du 12 novembre 2008 ; pour une confirmation ultérieure, voir notamment l'arrêt *National Union of Rail National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. The United Kingdom*, du 8 avril 2014, requête n° 31045/10. Pour une analyse approfondie de cette jurisprudence, cf. MAHON PASCAL, La protection contre les licenciements antisyndicaux abusifs selon l'OIT et la CEDH, Vers un changement de paradigme en droit suisse ?, *PJA*, n° 3, 2019, pp. 371-383, avec de nombreuses autres références.

⁹⁵ Voir notamment CourEDH, *Kurt c. Autriche*, précité (note 67), par. 88-90 ; cf. aussi, concernant des violences, sexuelles et autres, commises à l'égard d'une femme dans un lieu public, CourEDH, *J.L. c. Italie*, requête n° 5671/16, arrêt du 27 mai 2021, par. 66-67, 120 et 140 (la CourEDH admet en l'occurrence une violation par l'Italie des obligations positives découlant de l'art. 8 CEDH), ainsi que CourEDH, *Tërshana v. Albanie*, requête n° 48756/14, arrêt du 4 novembre 2020, par. 108-112 et 156 (la CourEDH admet en l'occurrence une violation par l'Albanie de l'art. 2 CEDH).

III. ANALYSE DU CHAMP D'APPLICATION ET DE L'INTERDICTION DE DISCRIMINER DE LA CONVENTION

A. Quelques généralités sur la Convention d'Istanbul

20. **Le premier instrument juridiquement contraignant dédié à la violence à l'égard des femmes en Europe.** – Adoptée en 2011 et entrée en vigueur en 2014, la Convention d'Istanbul est le premier instrument juridiquement contraignant dédié à la violence à l'égard des femmes et à la violence domestique au niveau européen⁹⁶. Aujourd'hui, la Convention compte 33 États parties⁹⁷, dont la Suisse, qui l'a ratifiée le 14 décembre 2017 pour une entrée en vigueur le 1^{er} avril 2018⁹⁸. La Convention définit de manière précise les obligations étatiques en matière de violences à l'égard des femmes et de violences domestiques, regroupées autour des quatre piliers que sont la prévention, la protection, les poursuites et les politiques intégrées ou coordonnées⁹⁹.

Si la Convention d'Istanbul représente une avancée majeure en Europe, elle s'inscrit aussi dans une évolution plus large. En effet, au cours des dernières années, les violences à l'égard des femmes se sont imposées comme un sujet phare en droits humains¹⁰⁰. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (ci-après : Comité CEDEF) s'est saisi de la thématique en 1992, en adoptant une Recommandation générale n° 19 pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, actualisée entretemps par la Recommandation générale n° 35¹⁰¹. Par la suite, des instruments spécifiques ont été adoptés d'abord au sein du système interaméricain de protection des droits humains¹⁰², puis au sein du système africain de protection des droits de l'homme et des peuples¹⁰³. En Europe, la Convention d'Istanbul a été précédée par des recommandations adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe¹⁰⁴. Elle s'est fortement inspirée de la pratique du Comité CEDEF ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des

⁹⁶ D'autres instruments traitent toutefois aussi de certaines violences à l'égard des femmes, avant tout la Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, du 16 mai 2005 (RS 0.311.543), qui prévoit d'ailleurs certaines prestations qui se recourent avec la Convention d'Istanbul.

⁹⁷ La Convention a été ratifiée par 34 États, mais la Turquie a dénoncé la Convention au 1^{er} juillet 2021, une situation jusque-là inédite.

⁹⁸ RO 2018 1119 ; FF 2017 163.

⁹⁹ <https://rm.coe.int/coe-istanbulconvention-brochure-fr-r03-v01/1680a06d50> (consulté pour la dernière fois le 11 octobre 2021).

¹⁰⁰ Voir aussi SJÖHOLM MARIA, *Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems*, Leiden/Boston 2018, pp. 388–389, 418.

¹⁰¹ COMITÉ CEDEF, Recommandation générale n° 19, Violence à l'égard des femmes, A/47/38, (1992) ; COMITÉ CEDEF, Recommandation générale n° 35 sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, portant actualisation de la Recommandation générale n° 19, CEDAW/C/GC/35 (2019).

¹⁰² Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme, du 9 juin 1994 (Convention Belém do Pará).

¹⁰³ Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique, du 11 juillet 2003 (Protocole de Maputo).

¹⁰⁴ Voir en particulier COMITÉ DES MINISTRES, CM/Rec(2002)5 ; pour un aperçu historique, voir MCQUIGG RONAGH, *Istanbul Convention, Domestic Violence and Human Rights*, Abingdon/New York 2017, pp. 37–68.

droits de l'homme, qui a concrétisé les obligations étatiques, positives en particulier, pour lutter contre les violences domestiques¹⁰⁵.

B. Le champ d'application de la Convention (art. 2)

1. Le champ d'application matériel et personnel de la Convention

21. **Remarques liminaires : lien entre champ d'application matériel et champ d'application personnel et lien entre champ d'application et interdiction de discriminer comme spécificités de la Convention d'Istanbul.** – Le champ d'application matériel et personnel de la Convention d'Istanbul est défini à son art. 2. L'art. 3 de la Convention, qui définit plusieurs termes employés par l'art. 2, est également déterminant pour comprendre et interpréter cette disposition relative au champ d'application.

Le premier paragraphe de l'art. 2 précise que la Convention « s'applique à toutes les formes de violence à l'égard des femmes, y compris la violence domestique, qui affecte les femmes de manière disproportionnée »¹⁰⁶, alors que son deuxième paragraphe encourage les États parties à l'appliquer à toute personne, indépendamment du genre, pour ce qui concerne les violences domestiques. Cette possibilité, dont les États parties peuvent ou non faire usage¹⁰⁷, distingue la Convention d'Istanbul des autres traités internationaux ou régionaux des droits humains.

En effet, les instruments de droits humains peuvent être regroupés en deux catégories en fonction de leur champ d'application personnel : les traités *universels*, qui s'appliquent à « tout être humain » et les traités s'appliquant à certains groupes de personnes, comme les femmes¹⁰⁸, les enfants¹⁰⁹, les personnes en situation de handicap¹¹⁰, etc. Une autre distinction, qui ne se recoupe pas avec la première, a trait à la conception de l'égalité et de l'interdiction de discrimination adoptée par l'instrument en question. Celle-ci peut être symétrique : par exemple, les Pactes ONU et la CEDH interdisent les discriminations fondées sur le sexe ou le genre, qui peuvent frapper aussi bien les hommes que les femmes¹¹¹ ; à l'inverse, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (ci-après : CEDEF) interdit uniquement la discrimination à l'égard des femmes, et cette perspective asymétrique est encore renforcée par le fait que la CEDEF prévoit explicitement l'adoption de mesures temporaires spéciales en faveur des femmes¹¹².

¹⁰⁵ Parmi les nombreux arrêts, voir en particulier CourEDH, *Opuz c. Turquie*, requête n° 33401/02, arrêt du 9 juin 2009 ; CourEDH, *Valiuliené c. Lituanie*, requête n° 33234/07, arrêt du 26 mars 2013 ; CourEDH, *Talpis c. Italie*, requête n° 41237/14, arrêt du 2 mars 2017 ; CourEDH, *Kurt c. Autriche*, précité (note 67).

¹⁰⁶ Art. 2 par. 1 Convention d'Istanbul.

¹⁰⁷ Rapport explicatif, par. 37.

¹⁰⁸ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), du 18 décembre 1979, RS 0.108.

¹⁰⁹ Convention relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989 (CDE), RS 0.107.

¹¹⁰ Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH), du 13 décembre 2006, RS 0.109.

¹¹¹ Art. 2 par. 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I), du 16 décembre 1966, RS 0.103.1 ; art. 2 par. 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II), du 16 décembre 1966, RS 0.103.2 ; art. 14 CEDH.

¹¹² Art. 1 et 4 CEDEF ; voir p. ex. SCHLÄPPI ERIKA – LOCHER RETO, Artikel 1 allgemein, in : Schläppi Erika/Ulrich Sylvia/Wyttenbach Judith (éds), *Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau*, pp. 139-170, N 31-32, pp. 154-155 ; KÄGI-DIENER REGULA, Artikel 4 allgemein,

L'approche de la Convention d'Istanbul est plus complexe : la Convention s'intéresse d'une part aux violences à l'égard des femmes et d'autre part aux violences domestiques, qui concernent potentiellement aussi les hommes. Cette dualité se retrouve à travers la Convention et influe sur l'interprétation et l'application de ses différents articles. Elle a également pour effet de créer un lien étroit – et presque indissoluble – entre le champ d'application matériel et le champ d'application personnel de la Convention d'Istanbul. Ainsi, certaines clarifications concernant le champ d'application matériel s'imposent.

22. **Champ d'application matériel et personnel : notions de « violence à l'égard des femmes » et de « violences en raison du genre ».** – Comme nous venons de l'évoquer, la Convention d'Istanbul concerne en premier lieu, du point de vue matériel, les *violences à l'égard des femmes* et les *violences domestiques*. Bien que traitées séparément, avec une possibilité d'élargir le champ d'application sur laquelle nous reviendrons encore, les violences domestiques sont explicitement décrites comme une forme de violences à l'égard des femmes¹¹³. Ce champ d'application matériel suppose la définition de la notion de violence à l'égard des femmes et la distinction de cette notion par rapport à celle de violences fondées sur le genre, elle aussi utilisée par la Convention.

Pour ce qui est de la notion de « *violences à l'égard des femmes* », l'art. 3 let. a de la Convention définit cette expression comme comprenant « tous les actes de violence fondés sur le genre qui entraînent, ou sont susceptibles d'entraîner pour les femmes, des dommages ou souffrances de nature physique, sexuelle, psychologique ou économique, y compris la menace de se livrer à de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou privée »¹¹⁴. Cette définition comprend deux composantes : il doit s'agir d'une violence, qui est définie dans un sens très large¹¹⁵, et cette violence doit être commise à l'égard d'une femme. En revanche, elle ne doit pas nécessairement être commise par un homme et comprend donc également les violences commises au sein de relations de même sexe, ou par une femme à l'égard d'une autre femme (y compris en dehors de toute relation)¹¹⁶. Cette constatation, qui découle de l'interprétation littérale de la Convention, se trouve renforcée par l'élément historique : en effet, pendant le processus rédactionnel, la proposition de limiter la Convention aux violences à l'égard des femmes *commises par des hommes* a été explicitement rejetée¹¹⁷.

En plus de la « violence à l'égard des femmes », la Convention définit également, on l'a dit, l'expression de « *violence à l'égard des femmes en raison du genre* »¹¹⁸, qui est comprise

in : Schläppi Erika/Ulrich Sylvia/Wytenbach Judith (éds), *Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau*, pp. 315-343, N 7, pp. 322-323.

¹¹³ Art. 2 par. 1 Convention d'Istanbul. Si la Convention précise que les hommes peuvent également être victimes de violence domestiques, elle rappelle aussi que « la violence domestique affecte les femmes de manière disproportionnée », érigeant le cas des hommes victimes de telles violences en situation exceptionnelle.

¹¹⁴ Art. 3 let. a Convention d'Istanbul.

¹¹⁵ En particulier, elle inclut les violences économiques (Rapport explicatif, par. 40), allant au-delà de la définition proposée par la Recommandation générale n° 19 du Comité CEDEF, précitée (note 101).

¹¹⁶ NIEMI JOHANNA – VERDU SANMARTIN AMALIA, *The Concepts of Gender and Violence in the Istanbul Convention*, in : Johanna Niemi/Lourdes Peroni/Vadislava Stoyanova (éds), *International Law and Violence Against Women. Europe and the Istanbul Convention*, Londres 2020, pp. 77-94, p. 83.

¹¹⁷ GRANS, précitée (note 70), p. 137 et les réf. cit. ; SOSA LORENA, *The Istanbul Convention in the Context of Feminist Claims*, in : Johanna Niemi/Lourdes Peroni/Vadislava Stoyanova (éds), *International Law and Violence Against Women. Europe and the Istanbul Convention*, Londres 2020, pp. 25-42, pp. 30-33. Au-delà des couples de même sexe, ce rejet s'explique aussi par d'autres violences genrées à l'égard des femmes commises par des femmes, l'exemple de la mutilation génitale féminine ayant notamment été mentionné lors des débats (GRANS, précitée [note 70], p. 137 et les réf. cit.).

¹¹⁸ Art. 3 let. d Convention d'Istanbul.

comme « toute violence faite à l'égard d'une femme parce qu'elle est une femme ou affectant les femmes de manière disproportionnée »¹¹⁹. Même si le Rapport explicatif affirme que cette expression « est utilisé[e] tout au long de la Convention », elle n'y apparaît en réalité que trois fois, dont une dans les définitions¹²⁰. Si l'expression a le mérite de souligner, une fois de plus, le caractère « genré » des violences qui entrent dans le champ d'application matériel de la Convention, elle est en réalité superflue¹²¹. En effet, comme l'indique la définition précédente, le lien causal entre le genre féminin et la violence fait déjà partie intégrante du concept de la « violence à l'égard des femmes », connu de longue date sous l'acronyme anglais VAW (« violence against women »)¹²². La « violence à l'égard des femmes » est donc, par définition, aussi une violence en raison du genre¹²³. En revanche, la « violence en raison du genre » (*gender-based violence*) est un concept *a priori* plus étendu, car il peut également inclure les violences à l'égard d'hommes, basées sur leur identité ou expression de genre, voire sur leur orientation sexuelle et affective¹²⁴.

23. **Champ d'application matériel et personnel : notion de « femmes ».** – Le champ d'application personnel, mais aussi matériel, de la Convention est par ailleurs indissolublement lié à la notion de « femmes », et rend ainsi nécessaire une définition de ce terme. À cet égard, trois questions principales se posent. La première est en lien avec l'âge : est-ce que les femmes mineures sont également couvertes par ce terme, et à partir de quel âge ? A ce propos, le texte de la Convention d'Istanbul contient une réponse précise et explicite, dans son art. 3 relatif aux définitions, qui prévoit que « le terme 'femme' inclut les filles de moins de 18 ans »¹²⁵. En d'autres termes, toute personne appartenant au genre féminin est considérée comme une femme au sens de la Convention d'Istanbul, peu importe son âge, et toutes les dispositions de cette Convention s'appliquent donc aussi aux mineures¹²⁶. En revanche, la Convention ne traite pas de la situation spécifique ou vulnérabilité particulière des filles, à une exception près¹²⁷. En effet, le seul article qui distingue entre les femmes et les filles est l'art. 38 relatif aux mutilations génitales féminines, qui oblige les États à ériger en

¹¹⁹ Art. 3 let. d Convention d'Istanbul.

¹²⁰ Art. 3 let. d, art. 14 par. 1, art. 60 par. 1 Convention d'Istanbul.

¹²¹ L'expression « violence à l'égard des femmes fondée sur le genre » semble être un calque de l'anglais où elle est plus courante (cf. p.ex. les versions anglaise et française du Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la violence à l'égard des femmes, ses causes et ses conséquences et l'adéquation du cadre juridique international de lutte contre les violences faites aux femmes, du 19 juillet 2017, A/72/134).

¹²² Art. 3 let. a : « tous les actes de violence *fondés sur le genre* » (nous soulignons).

¹²³ Cette lecture est confirmée par le Rapport explicatif, qui précise que l'expression « violence à l'égard des femmes fondée sur le genre » dans la Convention d'Istanbul est synonyme de l'expression « violence fondée sur le genre » au sens de la recommandation générale n° 19 de la CEDEF sur la violence à l'égard des femmes, de la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes (1993), et de la Recommandation Rec(2002)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur la protection des femmes contre la violence (2002) (Rapport explicatif, par. 44).

¹²⁴ ACAR FERIDE – POPA RALUCA MARIA, From Feminist Legal Project to Groundbreaking Regional Treaty : The Making of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, *Journal européen des droits de l'homme*, n° 3, 2016, pp. 287-319, pp. 295-296. Précisons toutefois qu'à l'origine, les notions de violence basée sur le genre et violences à l'égard des femmes ont été utilisées de manière synonyme (voir not. COMITÉ CEDEF, Recommandation générale n° 19, précitée [note 101]).

¹²⁵ Art. 3 let. f Convention d'Istanbul ; voir aussi Rapport explicatif, par. 46.

¹²⁶ Rapport explicatif, par. 46. Cette interprétation est également en accord avec le préambule de la Convention, qui mentionne à plusieurs reprises les filles : « reconnaissant avec une profonde préoccupation que les femmes *et les filles* sont souvent exposées à des formes graves de violence telles que la violence domestique [...] et les mutilations génitales, lesquelles constituent une violation grave des droits humains des femmes et *des filles* et un obstacle majeur à la réalisation de l'égalité entre les femmes et les hommes » ; « reconnaissant que les femmes *et les filles* sont exposées à un risque plus élevé de violence fondée sur le genre que ne le sont les hommes » (nous soulignons).

¹²⁷ Voir aussi NIEMI – VERDU SANMARTIN, précitées (note 116), p. 86.

infraction pénale un certain nombre d'actes en lien avec les mutilations génitales féminines, y compris le fait de contraindre une femme ou de contraindre ou inciter une fille à subir une mutilation génitale¹²⁸.

La deuxième question concerne les contours de la notion de femme, en particulier la question de savoir si le terme fait référence au « sexe » légal¹²⁹ d'une personne ou à son identité de genre. Cette question est particulièrement importante pour les femmes trans*, à savoir les personnes qui s'identifient comme femmes mais à qui a été assigné à la naissance le « sexe » masculin¹³⁰. Comme on le verra, la notion de femme doit être interprétée à la lumière du principe de non-discrimination ancré à l'art. 4 par. 3 de la Convention et comprend, dès lors, toute personne qui s'identifie comme femme, indépendamment de son « sexe » légal¹³¹.

La troisième question, enfin, est de savoir si le champ d'application personnel et matériel pose des conditions particulières relatives à la nationalité ou au statut de séjour des femmes en question. En d'autres termes, il s'agit de savoir si la Convention ne s'applique qu'aux personnes ayant la nationalité de l'État signataire ou qui résident légalement sur le territoire de cet État. Aucun élément textuel de la Convention n'indique que tel pourrait être le cas. Comme nous l'avons déjà indiqué, les articles 2 et 3 cernant le champ d'application et définissant les termes employés parlent des « femmes » sans référence aucune au statut migratoire. Une lecture systématique de la Convention montre qu'au contraire, cet instrument porte une attention particulière à la situation des personnes migrantes. Ainsi, l'art. 4 al. 3, sur lequel nous reviendrons¹³², interdit explicitement les discriminations fondées sur « le statut de migrant ou de réfugié », et diverses dispositions obligent les États à porter une attention particulière aux femmes migrantes. Outre les articles 59 à 61, contenus dans un chapitre explicitement dédié à la migration et à l'asile¹³³, il s'agit notamment des articles 12 et 18, qui précisent que les mesures préventives (art. 12 ss) et de protection et de soutien (art. 18 ss) doivent tenir compte des « besoins spécifiques des personnes rendues vulnérables du fait de circonstances particulières », dont font partie les personnes migrantes et sans-papiers¹³⁴.

24. **Champ d'application matériel et personnel : notion de « violences domestiques ».** – Comme nous l'avons déjà indiqué, la Convention distingue entre les violences à l'égard des femmes au sens large et les « violences domestiques ». Le terme « violences domestiques » est défini, selon l'art. 3, let. b, comme désignant « tous les actes de violence physique, sexuelle, psychologique ou

¹²⁸ Art. 38 let. b et c. Convention d'Istanbul ; voir aussi Rapport explicatif, par. 201. Les autres actes que les États doivent ériger en infraction pénale sont le fait de commettre une mutilation génitale féminine ou de fournir les moyens de le faire (art. 38 let. a Convention d'Istanbul).

¹²⁹ Dans cet avis, nous utilisons le terme « sexe » légal pour faire référence au genre inscrit à l'état civil, dans la mesure où « sexe » correspond à la terminologie officielle (voir en particulier le libellé de l'art. 30b du Code civil suisse, RS 210, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2022 ; art. 6 let. j de la Loi fédérale sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes, RS 431.02 ; art. 8 let. d de l'Ordonnance sur l'état civil, du 28 avril 2004, RS 211.112.2). Les guillemets visent à rappeler que le « sexe » inscrit à l'état civil serait plus correctement décrit par le terme « genre », qui fait référence à la construction juridique et sociale (voir aussi SCHLÄPPI – LOCHER, précités [note 112], N 10, p. 145). Le terme « sexe » est utilisé sans guillemets lorsqu'il fait référence aux critères énumérés par la Convention d'Istanbul elle-même.

¹³⁰ Transgender Network Switzerland TGNS, *Trans – Eine Informationsbroschüre. Von trans Menschen für trans Menschen und alle anderen*, 4^e éd., Zurich 2020, p. 74 ; *Rapport alternatif de la société civile 2021*, précité (note 2), p. 20.

¹³¹ Pour plus de détails, voir *infra*, N 39.

¹³² Voir *infra*, N 40 à 42.

¹³³ Les femmes migrantes sont ainsi le seul groupe dont la Convention traite spécifiquement, un aspect qui a d'ailleurs été relevé par des autrices qui regrettaient l'absence d'un chapitre similaire pour les personnes LGBTIQ, en particulier les femmes lesbiennes et trans* (SOSA, précitée [note 117], pp. 35-36 ; NIEMI – VERDU SANMARTIN, précitées [note 116], p. 86).

¹³⁴ Rapport explicatif, par. 87 et 120.

économique qui surviennent au sein de la famille ou du foyer ou entre d'anciens ou actuels conjoints ou partenaires, indépendamment du fait que l'auteur de l'infraction partage ou a partagé le même domicile que la victime ». Pour ces violences domestiques, et alors même qu'elle vise principalement les violences à l'égard des femmes, y compris les violences domestiques, la Convention encourage, à son art. 2 par. 2, les États à appliquer la Convention à toutes les victimes de violences domestiques indépendamment de leur genre¹³⁵, c'est-à-dire aussi aux hommes (ainsi qu'aux garçons). Pour cette raison, la Convention prend soin de formuler la notion de victime de manière neutre, sans référence quelconque au genre¹³⁶.

Cet encouragement à l'égard des États est le résultat d'un compromis qui s'est forgé lors du processus de rédaction de la Convention, notamment face aux voix qui soulignaient que les hommes pouvaient, eux aussi, être la cible de violences domestiques¹³⁷. En revanche, cette option ne change rien au fait que la Convention reconnaît que les violences domestiques touchent les femmes de manière disproportionnée et sont enracinées dans des conceptions inégalitaires entre femmes et hommes¹³⁸. Cette conceptualisation a notamment pour conséquence que les États sont tenus d'adopter une perspective sensible aux questions du genre dans leur traitement des violences domestiques¹³⁹. On retrouve donc ici une asymétrie, même lorsque la Convention est appliquée à toutes les victimes – hommes y compris – de violences domestiques.

Sur le plan formel, se pose la question de savoir quelle forme doit revêtir l'application de la Convention à toutes les victimes de violences domestiques. En Suisse, par exemple, le Conseil fédéral a simplement déclaré dans son message que « dans le droit pénal et le droit civil suisses, les dispositions pertinentes sont en principe formulées de manière neutre et donc applicables aux personnes des deux sexes »¹⁴⁰. Peut-on réellement considérer qu'il s'agit là d'une extension du champ d'application, en l'absence d'une déclaration formelle ?¹⁴¹. Dans son message, le Conseil fédéral a considéré que les Parties à la Convention étaient libres de décider non seulement si elles voulaient appliquer la Convention aux hommes, mais encore de décider « comment elles entendent le faire », ce qui correspond au Rapport explicatif, lequel souligne que les Parties sont libres d'appliquer les articles de la Convention en lien avec les violences domestiques aux hommes et garçons « de la manière qu'elles considèrent la plus appropriée, en tenant notamment compte des spécificités du contexte national et de l'évolution de leur société »¹⁴². Ces considérations sembleraient indiquer la possibilité d'une application facultative, « à la carte » en quelque sorte, des dispositions de la Convention plutôt qu'une extension du champ d'application de la Convention, ce qui soulève notamment des questions au regard du mécanisme de suivi de la Convention.

¹³⁵ Art. 2 par. 2 Convention d'Istanbul.

¹³⁶ Art. 3 let. e Convention d'Istanbul.

¹³⁷ CAHVIO (2009) 31, pp. 32 et 39 ; CAHVIO (2010) 11, pp. 3-4 ; ACAR – POPA, précitées (note 124), p. 299 ; voir aussi Rapport explicatif, par. 27.

¹³⁸ Préambule et art. 3 let. a Convention d'Istanbul ; Rapport explicatif, par. 5, 19-21 et 25-27.

¹³⁹ Art. 2 par. 2 *in fine* Convention d'Istanbul ; GREVIO, *Mid-term horizontal review of GREVIO baseline evaluation reports*, 10 mai 2021, par. 11-15 et par. 19-20.

¹⁴⁰ Message précité (note 1), FF 2017 163, 171.

¹⁴¹ Le rapport alternatif de la société civile considère que « la Suisse s'est fixé[e] comme objectif [de prendre des mesures contre la violence domestique indépendamment du genre] » et parle d'une « déclaration d'intention de la Suisse » en ce sens (*Rapport alternatif de la société civile 2021*, précité, [note 2], p. 20). Or, aucune déclaration formelle n'existe (pour les déclarations faites par la Suisse lors de la ratification, voir <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2018/168/fr> [consulté pour la dernière fois le 11 octobre 2021]).

¹⁴² Rapport explicatif, par. 37.

25. **Enseignements et conclusions intermédiaires.** – Il résulte de ce qui précède que le champ d'application matériel de la Convention d'Istanbul porte en premier lieu sur les violences à l'égard des femmes, dont font partie les violences domestiques à leur égard. Partant, le champ d'application personnel de la Convention se limite avant tout aux femmes, dont font partie les femmes mineures, les filles, indépendamment de leur âge. La Convention ne précise pas comment il faut entendre la notion de « femme », mais ce terme doit être lu à la lumière de l'interdiction des discriminations, comme on le verra¹⁴³. S'agissant du statut migratoire, aucune condition spécifique n'est prévue par la Convention ; là encore, une lecture à la lumière de l'interdiction des discriminations s'impose, on y reviendra¹⁴⁴.

En second lieu, cependant, les États parties peuvent, s'ils le souhaitent, mais sans y être obligés, étendre le champ d'application matériel et personnel de la Convention aux violences domestiques commises à l'égard d'hommes et de garçons. S'ils le font, ils restent néanmoins tenus d'aborder et d'appréhender les violences domestiques à l'égard des femmes dans une approche sensible au genre¹⁴⁵.

2. Le champ d'application territorial de la Convention

26. **Silence relatif de la Convention d'Istanbul sur son champ territorial et principes généraux applicables.** – La Convention d'Istanbul est quasiment muette s'agissant de son champ d'application territorial, sous réserve de l'art. 77 qui précise la possibilité des États parties de restreindre ou d'étendre l'application de la Convention à certains de leurs territoires¹⁴⁶ et des dispositions spécifiques relatives à la poursuite de certaines infractions pénales commises à l'étranger (art. 44).

Pour le reste et de manière générale, il faut donc en premier lieu se référer aux principes généraux d'application des traités en droit international public, selon lesquels le traité a d'abord et avant tout des effets territoriaux, l'extraterritorialité constituant l'exception¹⁴⁷. Dans le cadre de plusieurs traités internationaux en matière de droits humains, l'applicable extraterritoriale – bien qu'exceptionnelle – de ces conventions découle de la notion de « juridiction »¹⁴⁸ telle qu'interprétée par les organes de surveillance de ces traités. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme considèrent qu'un État partie qui exerce un contrôle effectif sur un

¹⁴³ Voir *infra*, N 39.

¹⁴⁴ Voir *infra*, N 40 à 42.

¹⁴⁵ Art. 2 par. 2 Convention d'Istanbul ; Rapport explicatif, par. 37 ; voir *infra*, N 38.

¹⁴⁶ L'art. 77 par. 1 de la Convention prévoit que « [t]out État ou l'Union européenne peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, désigner le ou les territoires auxquels s'appliquera la présente Convention », les par. 2 et 3 précisant les possibilités d'étendre ou de restreindre ce champ d'application territorial. Cette clause qui permet de préciser la portée spatiale des traités s'explique historiquement par le besoin, à l'époque coloniale, des Puissances administrantes de préciser la portée d'un traité par rapport à ces territoires (« clause coloniale »), DUPUY PIERRE-MARIE – KERBRAT YANN, *Droit international public*, 13^e éd., Paris 2016, p. 327.

¹⁴⁷ Cette application essentiellement territoriale des traités par les États parties est à mettre en relation avec la compétence territoriale des États, qui permet en principe à ceux-ci d'exclure l'ingérence d'autres États sur leur territoire et d'y exercer l'ensemble des pouvoirs qui s'attachent à leur qualité d'autorité publique, DUPUY – KERBRAT, précités (note 146), pp. 86-87.

¹⁴⁸ Art. 1 CEDH par exemple : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention » ; cf. BESSON SAMANTHA, The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights : Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to, *Leiden Journal of International Law* 2012, vol. 25, pp. 857-884, pp. 862-864 ; WILDE RALPH, The extraterritorial application of human rights law on civil and political rights, in : Scott Sheeran/Nigel Rodley (éds), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, London 2013, pp. 635-661, p. 637.

territoire à l'étranger (en cas d'occupation militaire¹⁴⁹), voire sur un individu (en cas d'arrestation ou interception physique par des agents de l'État¹⁵⁰), est tenu de respecter les obligations découlant du traité à l'égard des personnes sur ce territoire ou à l'égard de l'individu sous son contrôle¹⁵¹. Par ailleurs, ces organes ont considéré qu'un État pouvait engager sa responsabilité sous l'angle notamment de l'interdiction de la torture, des traitements inhumains ou dégradants en raison de l'éloignement d'une personne vers un pays dans lequel elle serait exposée à de tels traitements¹⁵². Cependant, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a précisé dans un arrêt relativement récent que le principe de non-refoulement ne constituait pas *stricto sensu* une application extraterritoriale de la CEDH dans la mesure où la personne se trouvait sur le territoire de l'État partie et « relève dès lors manifestement de sa juridiction »¹⁵³.

27. **Nécessité d'un titre de compétence en cas d'infraction commise à l'étranger : distinction entre compétence pénale et soutien à la victime en Suisse.** – La Convention d'Istanbul ne contient pas de clause relative à la « juridiction » de l'État partie pour circonscrire l'étendue des obligations de celui-ci. À la lumière des considérations ci-dessus, il sied cependant de retenir qu'un traité a d'abord et avant tout des effets territoriaux. Les effets extraterritoriaux proprement dits, c'est-à-dire lorsque les faits se sont déroulés ou lorsque la personne concernée se trouve à l'étranger, requièrent que la « juridiction » ou la « compétence »¹⁵⁴ de l'État soit établie (par un lien de nationalité ou par une cause d'une autre nature, comme nous le verrons plus loin s'agissant de la poursuite des infractions pénales).

De ce point de vue, il est capital de distinguer entre deux aspects d'une situation qui comporte un élément d'extranéité : prenons à titre d'illustration le cas d'une femme qui a été victime d'un viol en Libye et qui se trouve désormais sur le territoire suisse. L'élément d'extranéité consiste dans le lieu de commission de l'infraction, à l'étranger. Du point de vue de la poursuite pénale contre la ou les personnes auteures de l'infraction, l'État suisse ne peut engager de poursuite et les punir que s'il existe un titre de compétence lui permettant de poursuivre l'infraction commise en-dehors du territoire suisse (par exemple si la personne auteure de l'infraction ou la victime est de nationalité suisse). Nous verrons plus loin ce que la Convention d'Istanbul prévoit de spécifique à cet égard.

¹⁴⁹ CourEDH (Grande Chambre), arrêt *Loizidou c. Turquie*, requête n° 15318/89, du 23 mars 1995, par. 62 ; CourEDH (Grande Chambre), arrêt *Chypre c. Turquie*, requête n° 25781) du 10 mai 2001, par. 76 s.

¹⁵⁰ CourEDH (Grande Chambre), *Hirsi Jamaa c. Italie*, requête n° 27765/09, du 23 février 2012, par. 81 ; CourEDH (Grande Chambre), arrêt *Öcalan c. Turquie*, requête n° 46221/99, du 12 mai 2005, par. 91 ; CourEDH (Grande Chambre), arrêt *Medvedyev et autres c. France*, requête n° 3394/03, du 29 mars 2010, par. 67 ; COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME (CDH), *Lilian Celiberti de Casariego c. Uruguay*, Comm. n°56/1979, CCPR/C/13/D/56/1979, 29 juillet 1981, par. 10.3 ; CDH, *Lopez Burgos c. Uruguay*, Comm. n° R.12/52, CCPR/C/13/D/52/1979, 29 juillet 1981, par. 12.3.

¹⁵¹ À noter que le Comité des droits de l'homme a interprété le texte du Pacte ONU II en allant au-delà de son texte littéral (l'art. 2 par. 1 Pacte ONU II dispose que «les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte», mis en italique par nous), COMITÉ DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU, *Observation générale n° 31*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, par. 10 (individus sur le territoire ou sous le contrôle effectif de l'État), NOWAK MANDRED, Article 2, in : Manfred Nowak (éd.), *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2^e éd., Kehl/Strasbourg/Arlington 2005, pp. 27-75, N 27-31, pp. 43-45 ; cf. aussi COMITÉ CEDEF, *Recommandation générale n° 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, CEDAW/C/GC/28 (2010), par. 12 (personnes sur le territoire ou placées sous la « juridiction effective » de l'État partie).

¹⁵² CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, requête n° 14038/88, arrêt du 7 juillet 1989, par. 91.

¹⁵³ CourEDH (Grande Chambre), *M. N. et autres c. Belgique*, requête n° 3599/18, arrêt du 5 mai 2020, par. 120.

¹⁵⁴ CourEDH (Grande Chambre), *Bankovic et autres c. Belgique et autres*, requête n° 52207/99, décision du 12 décembre 2001, par. 59-60.

Du point de vue cependant de l'assistance à apporter à la « victime »¹⁵⁵ d'un acte visé par la Convention se trouvant en Suisse, en particulier une assistance médicale ou psychologique en raison du préjudice subi, il n'y a pas d'effet extraterritorial à proprement parler de la Convention d'Istanbul dès lors que la femme se trouve sur le territoire (suisse). La situation est différente lorsque la personne, victime d'une infraction visée par la Convention, se trouve en-dehors du territoire de l'État partie dont elle a la nationalité, puisque la Convention prévoit que cet État doit apporter, dans cette hypothèse, une protection consulaire à la victime (art. 18 par. 5). Mise à part cette hypothèse de la protection consulaire à apporter aux victimes possédant la nationalité de l'État partie, la question de l'extraterritorialité ne se pose donc principalement qu'en rapport avec la compétence pénale de l'État de poursuivre les infractions commises à l'étranger.

Dans les développements qui suivent, nous allons donc nous intéresser à ces deux aspects en rapport avec le champ d'application territorial de la Convention d'Istanbul et le contexte suisse, à savoir, d'une part, la question de la poursuite pénale des infractions commises à l'étranger et, d'autre part, celle de l'offre des prestations d'aide ou de soutien aux victimes.

28. ***Poursuite pénale des infractions visées par la Convention d'Istanbul : un effet extraterritorial recherché par la Convention.*** – Comme évoqué, la notion d'extraterritorialité n'apparaît explicitement dans la Convention d'Istanbul qu'en lien avec la poursuite des infractions sous l'angle pénal. Le Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, ainsi que la Convention elle-même, rappellent en effet que le principe est celui de la territorialité¹⁵⁶ : chaque État est tenu de poursuivre les infractions, visées par la Convention, commises sur son territoire (art. 44 par. 1 let. a). Ainsi, selon le Rapport explicatif, la Convention d'Istanbul ne crée pas, sous réserve de l'art. 44 concernant la compétence pénale à l'égard des infractions visées par la Convention ayant eu lieu à l'étranger, d'obligations extraterritoriales¹⁵⁷.

Lorsqu'une telle infraction a eu lieu à l'étranger, cependant, la Convention prévoit l'obligation pour les États parties d'établir leur compétence afin de poursuivre les infractions, visées par la Convention, commises à bord d'un navire ou d'un aéronef immatriculé dans ledit État (art. 44 par. 1 let. b et c), ainsi que celles commises par un de leurs ressortissants (art. 44 par. 1 let. d). La Convention va même à cet égard au-delà du principe de la nationalité en imposant, de manière novatrice par rapport à de nombreux ordres juridiques internes – avec toutefois la faculté, pour les États parties, d'émettre une réserve sur ce point ou d'assortir cette compétence de conditions –, d'établir leur compétence pour des infractions commises par des personnes ayant leur « résidence habituelle » sur le territoire de l'État partie (art. 44 par. 1 let. e). En utilisant la possibilité offerte par la Convention, la Suisse a émis une réserve à cette dernière disposition. Par ailleurs, la Convention ne fait qu'encourager et n'impose pas aux États d'établir leur compétence pour poursuivre des

¹⁵⁵ Dans la Convention d'Istanbul, la « victime » est définie en référence aux actes matériels prohibés par la Convention, à savoir la violence à l'égard des femmes et, s'agissant des autres victimes, la violence domestique, comme suit, par l'art. 3 let. e : « le terme «victime» désigne toute personne physique qui est soumise aux comportements spécifiés aux points a [violence à l'égard des femmes] et b [violence domestique] ; ... ». A contrario, aucune condition tenant au lieu de commission de la violence ne se rapporte à la notion de « victime » dans le cadre de la Convention d'Istanbul. Il faut souligner que la notion de « victime » au sens de la Convention n'exige pas une identification formelle comme telle suite à une procédure pénale, mais qu'elle est strictement définie par rapport au champ d'application (violences visées) de la Convention ; cf. à ce propos l'arrêt de la CourEDH, *J.L. c. Italie*, précité (note 95), par. 105 (où le Gouvernement de l'État requis soutenait que la Convention d'Istanbul n'était pas pertinente parce que la qualité de victime de violences n'avait pas été reconnue à la requérante par les autorités judiciaires italiennes compétentes).

¹⁵⁶ Rapport explicatif, par. 222.

¹⁵⁷ Cf. cependant aussi l'art. 18 par. 5 de la Convention, déjà évoqué, par rapport à l'obligation des États d'apporter une protection consulaire et une aide spécifique lorsque la victime, une de leurs ressortissantes, se trouve en-dehors de son pays de nationalité (Rapport explicatif, par. 122).

infractions commises contre une ou un de leurs ressortissants ou contre une personne ayant sa résidence habituelle sur le territoire dudit État (art. 44 al. 2).

En outre, la Convention prévoit l'obligation pour les États, pour certaines infractions les plus graves¹⁵⁸ (violence sexuelle, mariage forcé, mutilations génitales féminines, avortement et stérilisation forcés), de ne pas subordonner leur poursuite à la condition d'une double incrimination (dans le pays étranger dans lequel l'infraction a été commise et dans l'État concerné, art. 44 par. 3). Il s'agit, pour ce qui est du mariage forcé et des mutilations génitales, d'infractions qui sont considérées comme étant plus fréquemment commises à l'étranger plutôt que sur le sol européen des États parties à la Convention du Conseil de l'Europe. La Suisse a émis une réserve à l'art. 44 par. 3, se réservant la possibilité de ne pas appliquer cette disposition en ce qui concerne la violence sexuelle à l'égard des adultes (art. 36) et l'avortement et la stérilisation forcés (art. 39). En outre, la poursuite à l'étranger de ces infractions graves, lorsqu'elle est commise par un ressortissant ou une personne ayant sa résidence habituelle dans l'État partie, est encore facilitée par l'obligation de ne pas tenir compte du dépôt d'une plainte ou de l'engagement d'une procédure pénale dans l'État dans lequel l'infraction a été commise (art. 44 par. 4).

Ainsi, en matière de poursuite pénale des infractions visées par la Convention d'Istanbul, celle-ci prévoit expressément une application extraterritoriale. Pour certaines infractions graves, qui sont fréquemment commises (ou risquent de l'être) dans un État étranger à l'État partie à la Convention, comme le mariage forcé et les mutilations génitales féminines, la Convention d'Istanbul prévoit même des obligations qui visent à faciliter la poursuite pénale à l'encontre des responsables et des complices (en particulier, la levée de la condition de la double incrimination). Cette extension de la compétence extraterritoriale, par l'abandon du critère traditionnel de la double incrimination, a été critiquée en sciences sociales s'agissant des mutilations génitales féminines¹⁵⁹. En Suisse, la compétence universelle tirée du nouvel art. 124 du Code pénal (CP)¹⁶⁰ en matière de mutilations génitales féminines fait aussi l'objet de sévères critiques sous l'angle du principe de légalité¹⁶¹.

29. **Offres de soutien aux victimes : pas de condition liée au lieu de commission de l'infraction dans le cadre de la Convention d'Istanbul.** – La Convention d'Istanbul prévoit, dans son chapitre IV « Protection et soutien », un certain nombre d'obligations pour les États parties en matière d'offres d'aide et de soutien aux victimes¹⁶². L'assistance à fournir par l'État aux victimes des actes visés par la Convention consiste notamment en des mesures d'information (art. 19), en l'accès à des mesures facilitant leur rétablissement, notamment l'accès aux services tels que le conseil juridique et psychologique, l'assistance financière, les services de logement, l'éducation, la formation et l'assistance en matière de recherche d'emploi (art. 20 par. 1), ainsi que l'accès aux services de santé et aux services sociaux (art. 20 par. 2). Par ailleurs, l'État doit mettre en place des mécanismes de plainte, individuelle ou collective (art. 21), des services de soutien spécialisés pour les

¹⁵⁸ Rapport explicatif, par. 227.

¹⁵⁹ Cf. MESTRE I MESTRE RUTH – JOHNSDOTTER SARA, Court cases, cultural expertise, and « female genital mutilation » in Europe, *Studies in Law Politics and Society*, n° 78, 2019, pp. 95-113.

¹⁶⁰ RS 311.0.

¹⁶¹ GLASSEY LUDWICZAK MARIA, Le principe de l'universalité illimitée de la poursuite pénale et les mutilations génitales féminines : remarques à propos de l'ATF 145 IV 17, *Forumpoenale* 2019, n° 6, pp. 463-468, de même que par rapport au risque d'exclusion de l'asile, HAUSAMMANN CHRISTINA, Condamnation pour mutilations génitales féminines commises à l'étranger, Critique de l'arrêt du Tribunal fédéral du 11 février 2019, Site internet du CSDH, 2019, <https://www.skmr.ch/frz/domaines/genre/nouvelles/condamnation-emgf-etrananger.html?zur=91> (consulté pour la dernière fois le 11 octobre 2021).

¹⁶² On reviendra plus loin sur les autres prestations prévues par le chapitre V de la Convention d'Istanbul, notamment en lien avec la question de la réparation sous forme d'indemnisation ; cf. *infra*, notamment N 42.

victimes des actes visés par la Convention (art. 22), tels que des refuges (art. 23), etc. Dans ce contexte des mesures de protection et de soutien des victimes, et de l'obligation d'assistance des États parties, la Convention ne pose pas de problème sous l'angle de l'extraterritorialité dès lors que les femmes concernées se trouvent sur le territoire de l'État partie considéré, les États n'ayant en principe à fournir ce type de prestations que pour les victimes se trouvant sur leur territoire. Pour les personnes se trouvant à l'étranger, l'État partie doit toutefois apporter, comme on l'a vu, une protection consulaire si la personne est une de ses ressortissants (art. 18 par. 5)¹⁶³. Dans ce cas spécifique, la Convention fait alors elle-même une exception d'extraterritorialité et, pour celle-ci, une distinction fondée sur la nationalité de la personne concernée. Dans tous les autres cas, c'est-à-dire lorsque les victimes se trouvent sur le territoire de l'État partie considéré, la Convention s'applique selon le principe de la territorialité.

Pour ces mesures de protection, de soutien ou d'assistance, la Convention d'Istanbul ne fait toutefois aucune distinction en fonction du lieu de commission des infractions, ou du lieu où les violences ont été subies. Ainsi, les obligations spécifiques de l'État, selon la Convention d'Istanbul, en matière de protection et de soutien des victimes, en particulier l'accès aux offres de soutien, s'appliquent quel que soit le lieu de commission de l'infraction. En effet, c'est la notion de victime et le fait que celle-ci se trouve concrètement dans la sphère d'influence de l'État partie¹⁶⁴ qui déclenche l'obligation de celui-ci de lui assurer l'accès à une offre de soutien, et non pas le lieu d'origine ou d'exercice de la violence. Cette interprétation ressort tant du texte de la Convention (*a contrario*, du fait que ce texte ne prévoit pas de condition tenant au lieu de commission de l'infraction)¹⁶⁵ que de l'application essentiellement territoriale de la Convention (la victime se trouvant alors sur le territoire suisse).

Cette interprétation, qui résulte à notre avis du texte même et de la systématique de la Convention, est également renforcée par celle du GREVIO, qui insiste dans de nombreux rapports d'évaluation de pays, sur la nécessité de permettre l'accès aux offres de soutien aux femmes réfugiées et migrantes, quand bien même elles auraient été victimes de violence dans leur pays d'origine ou dans un pays en transit vers le pays d'accueil¹⁶⁶, ce qui selon le Rapport explicatif de la Convention survient fréquemment¹⁶⁷. Pour ce qui est du cas particulier des mutilations génitales féminines, qui sont quasiment toujours perpétrées (ou risquent de l'être) dans le pays d'origine des victimes, le GREVIO considère que les dispositions relatives à l'accès aux services de protection généraux et spécialisés pour les victimes s'appliquent¹⁶⁸. Il en est de même, toujours selon le GREVIO, des services de protection spécialisés en matière de violence pour les femmes et les filles qui fuient un

¹⁶³ Ou toute personne ayant le droit, en vertu d'accords internationaux, à la protection consulaire de cet État, cf. sur ce point le Rapport explicatif, par. 123.

¹⁶⁴ En lien avec l'obligation de diligence de l'art. 5 par. 2 de la Convention.

¹⁶⁵ Ainsi, par exemple, l'art. 20 par. 1, prévoit que « [I]es Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour que les victimes aient accès à des services facilitant leur rétablissement [...] ». »

¹⁶⁶ « [C]ertaines formes particulières de violence à l'égard des femmes [...] peuvent – ou sont souvent pratiquées – hors du territoire d'application de cette convention telles que le mariage forcé, les mutilations génitales féminines, l'avortement forcé et la stérilisation forcée », Rapport explicatif, par. 227.

¹⁶⁷ Rapport explicatif, par. 313 et 315.

¹⁶⁸ GREVIO, Rapport d'évaluation de référence, France, 19 novembre 2019, par. 144 ; GREVIO, Rapport d'évaluation de référence, Italie, 13 janvier 2020, par. 136 ; Rapport d'évaluation de référence, Finlande, 2 septembre 2019, par. 109.

mariage forcé (dans leur pays d'origine¹⁶⁹), services qui doivent être accessibles pour ces personnes, selon la Convention d'Istanbul¹⁷⁰. À cet égard, comme cela sera rappelé plus loin, la clause de non-discrimination dans la mise en œuvre de la Convention (art. 4 par. 3) vise précisément, selon le Rapport explicatif, à éviter que des femmes migrantes et réfugiées rencontrent des obstacles dans l'accès aux services de protection contre la violence¹⁷¹.

30. **Offres de soutien en droit suisse et problématique du lieu de commission de l'infraction.** – Dans le contexte du droit suisse, les victimes d'une infraction commise sur le territoire helvétique ou à l'étranger peuvent bénéficier d'offres de soutien à divers titres, qu'il s'agisse de prestations couvertes par l'assurance obligatoire des soins de l'assurance-maladie, de l'aide sociale, de l'aide d'urgence ou d'une prise en charge spécifique dans les centres fédéraux d'asile, au sens de la loi fédérale sur l'asile¹⁷², ou encore de la législation en matière d'aide et de mesures de protection et de soutien aux victimes d'infractions et de violences, dont la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, du 23 mars 2007 (LAVI), représente le pilier essentiel¹⁷³. Comme son nom l'indique, cette loi prévoit en effet, comme son nom l'indique, diverses mesures d'aide aux victimes d'infractions, notamment au travers des prestations de conseil et d'aide fournies par les centres de consultation spécifiques. A ce titre, elle constitue sans doute la réglementation qui concrétise à titre principal, dans notre pays, la Convention d'Istanbul, en particulier en ce qui concerne les mesures de protection et de soutien.

Or, le champ d'application de cette est en principe explicitement restreint aux seules infractions ayant eu lieu en Suisse (art. 3 al. 1 LAVI). L'art. 3 LAVI prévoit en effet que l'« aide aux victimes est accordée lorsque l'infraction a été commise en Suisse » (al. 1^{er}), et que « [s]i l'infraction a été commise à l'étranger, les prestations des centres de consultation sont accordées aux conditions prévues à l'art. 17 ; aucune indemnité ni réparation morale n'est accordée ». La loi exclut donc toute forme d'indemnisation et de réparation du tort moral pour les infractions subies en dehors du territoire suisse¹⁷⁴. Pour ce qui est des prestations d'aide des centres de consultation, l'art. 17 LAVI précise qu'« en cas d'infraction commise à l'étranger », ces prestations ne sont dues que si la victime « était domiciliée en Suisse au moment des faits et au moment où elle a introduit sa demande » ; de plus, l'aide est subsidiaire, en ce sens qu'elle n'est fournie que si « l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise ne verse aucune prestation ou verse des prestations insuffisantes ». Ces articles soulèvent donc la question de leur conformité à la Convention d'Istanbul.

Le principe de la territorialité de la LAVI est conforme, selon la doctrine, à la Convention du Conseil de l'Europe de 1983 relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes et n'entraîne aucune discrimination fondée sur la nationalité ou le domicile dès lors que l'infraction a

¹⁶⁹ GREVIO, Rapport France, précité (note 168), par. 197 (envoi forcé à l'étranger, forme courante avec laquelle se manifeste le mariage forcé depuis le territoire de l'Etat hôte).

¹⁷⁰ GREVIO, Rapport d'évaluation de référence, Autriche, 27 septembre 2017, par. 102-104 et recommandation c) par. 107 ; Rapport Finlande, précité (note 168), par. 109.

¹⁷¹ Rapport explicatif, par. 53.

¹⁷² SEM, Situation des femmes et des filles dans les centres fédéraux pour requérants d'asile : rapport sur la mise en œuvre des mesures prises en réponse au postulat 16.3407 Feri du 9 juin 2016, Berne, 17 novembre 2021.

¹⁷³ RS 312.5.

¹⁷⁴ Comme déjà indiqué, on reviendra plus loin sur la question de l'indemnisation, en lien avec les obligations imposées à ce sujet par la Convention d'Istanbul, cf. *infra*, notamment N 42.

eu lieu en Suisse¹⁷⁵. Elle soulève en revanche des difficultés sous l'angle de la Convention d'Istanbul.

La restriction prévue par la LAVI des offres de soutien aux (seules) victimes d'infractions commises en Suisse, excluant en principe¹⁷⁶ les victimes d'infractions visées par la Convention d'Istanbul mais commises à l'étranger, apparaît de prime abord contraire au texte, à la systématique et au but de la Convention d'Istanbul, telle qu'interprétée par le GREVIO et le Comité des Ministres. On peut se demander en outre dans quelle mesure la restriction liée à l'exigence du domicile en Suisse pour les prestations des centres de consultation pour les infractions commises à l'étranger est susceptible de constituer une discrimination indirecte (interdite par l'art. 4 par. 3 de la Convention d'Istanbul) par rapport aux personnes migrantes victimes de violences avant ou durant leur transit jusqu'en Suisse. On reviendra plus loin sur ces questions¹⁷⁷.

31. **Enseignements et conclusions intermédiaires.** – Il résulte de ce qui précède que la Convention d'Istanbul prévoit une extraterritorialité s'agissant de la compétence des États parties pour poursuivre certaines infractions pénales visées par la Convention ou pour apporter leur protection consulaire à l'une de leurs ressortissantes à l'étranger. S'agissant par contre des mesures de protection et de soutien à apporter aux victimes de telles infractions se trouvant sur le territoire suisse, le lieu de commission de l'infraction est indifférent. En cela, les obligations prévues par la Convention d'Istanbul en matière de services de soutien généraux et spécialisés s'appliquent aux femmes sur le territoire suisse selon le principe de la territorialité, quels que soit la nationalité de la femme ou le pays dans lequel la violence a eu lieu.

Pour ce qui est du droit suisse, il y a lieu d'examiner si la restriction, prévue par la LAVI, liée à l'exigence du domicile en Suisse pour les prestations des centres de consultation pour les infractions commises à l'étranger n'est pas susceptible de constituer une discrimination indirecte (interdite par l'art. 4 par. 3 de la Convention d'Istanbul) par rapport aux personnes migrantes victimes de violences avant ou durant leur transit jusqu'en Suisse. Cette question sera examinée plus loin¹⁷⁸, après l'analyse du principe d'interdiction des discriminations de la Convention d'Istanbul.

C. L'égalité et le principe de non-discrimination (art. 4 par. 3)

32. **Remarques liminaires : la place et le rôle de l'égalité et de l'interdiction des discriminations dans la Convention d'Istanbul en général.** – Les principes d'égalité et de non-discrimination sont sous-jacents à la Convention d'Istanbul dans son ensemble. En effet, la Convention considère que les violences à l'égard des femmes constituent une « violation des droits de l'homme et une forme de discrimination à l'égard des femmes »¹⁷⁹. En cela, elle se situe dans le prolongement de la pratique du Comité CEDEF, qui avait reconnu les violences à l'égard des femmes comme une

¹⁷⁵ RS 0.312.5 ; ZEHNTNER ANOUCK, Art. 3 OHG, in : Peter Gomm/Dominik Zehntner (éds), *Opferhilferecht*, 4^e éd., Berne 2020, pp. 38-42, pp. 38 et 41, qui note cependant que la Convention du Conseil de l'Europe de 1983, qui repose sur le principe du territoire sur lequel l'infraction a été commise, ne concerne que l'indemnisation alors que la LAVI applique le principe de territorialité à l'ensemble des prestations (p. 42). Sur la problématique de la non-discrimination pour les infractions commises en Suisse, cf. *infra* N 41.

¹⁷⁶ Sauf conditions de résidence en Suisse et de subsidiarité remplies (cf. *supra* N 29).

¹⁷⁷ Voir *infra*, N 40 à 42.

¹⁷⁸ *Infra*, N 40 à 42.

¹⁷⁹ Art. 3 let. a Convention d'Istanbul ; Rapport explicatif, par. 26 et 40.

discrimination, dans une recommandation générale en 1992¹⁸⁰, dont la Convention d'Istanbul s'est explicitement inspirée¹⁸¹. La Convention d'Istanbul va même au-delà, puisqu'elle précise qu'il s'agit d'une violation des droits de l'homme¹⁸². Cette formule a par la suite été reprise à son tour par le Comité CEDEF¹⁸³.

Au-delà de ces considérations, la Convention consacre également une disposition spécifique à l'égalité et à la non-discrimination, l'art. 4. Dans ses divers paragraphes, cette disposition établit différentes obligations à l'égard des États parties, obligations dont la nature et la portée sont variables.

On examinera ici, plus ou moins brièvement, selon leur pertinence pour le présent avis, ces paragraphes.

33. **Art. 4 par. 1 : la violence à l'égard des femmes comme discrimination.** – Le premier paragraphe de l'art. 4, tout d'abord, affirme le droit de toute personne, « en particulier des femmes », de « vivre à l'abri de la violence aussi bien dans la sphère publique que dans la sphère privée » et précise que les États parties ont l'obligation positive de prendre « les mesures législatives et autres nécessaires pour promouvoir et protéger » ce droit¹⁸⁴. Au vu de sa formulation générale, ce premier paragraphe doit être compris comme un rappel de droits et obligations généralement reconnus¹⁸⁵, découlant notamment du droit à l'intégrité physique et psychique et de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants¹⁸⁶. Par ailleurs, la mention expresse des femmes souligne, une fois de plus, la conception asymétrique de l'égalité¹⁸⁷ sous-jacente à la Convention d'Istanbul, qui reconnaît que les femmes sont la cible de violences en raison de leur genre¹⁸⁸ et qu'elles sont touchées de manière disproportionnée par certaines formes de violences, comme les violences domestiques¹⁸⁹, et qui conceptualise donc la violence à l'égard des femmes comme une discrimination en tant que telle¹⁹⁰.
34. **Art. 4 par. 2 : les obligations positives de nature législative.** – Le deuxième paragraphe de l'art. 4 consacre des obligations positives concrètes, imposant aux États parties l'obligation d'inscrire les principes d'égalité entre les femmes et les hommes et d'interdiction de la discrimination à l'égard des femmes dans leurs constitutions ou législations, c'est-à-dire dans leur droit national, mais surtout d'en garantir l'application effective, y compris en recourant à des sanctions lorsque

¹⁸⁰ COMITÉ CEDEF, Recommandation générale n° 19, précitée (note 101) ; voir déjà, mais de manière moins explicite, COMITÉ CEDEF, Recommandation générale n° 12, Violence contre les femmes, A/44/38 (1989).

¹⁸¹ Rapport explicatif, par. 40.

¹⁸² ŠIMONVIĆ DUBRAVKA, Global and Regional Standards on Violence Against Women: The Evolution and Synergy of the CEDAW and Istanbul Conventions, *Human Rights Quarterly*, vol. 36, 2014, pp. 590-606, spéc. pp. 602-604.

¹⁸³ COMITÉ CEDEF, Recommandation générale n° 35, précitée (note 101).

¹⁸⁴ Art. 4 par. 1 Convention d'Istanbul.

¹⁸⁵ Selon le Rapport explicatif, ceci est vrai pour l'ensemble de l'art. 4 (« Les dispositions prévues aux articles 3 et 4 ne créent pas de nouveaux droits mais clarifient des droits de l'homme existants », Rapport explicatif, par. 47).

¹⁸⁶ Art. 10 al. 2 Cst. féd. et art. 3 CEDH.

¹⁸⁷ À propos des approches symétrique et asymétrique de l'égalité, voir p. ex. KLEBER ELEANOR, *La discrimination multiple. Etude de droit international, suisse et européen*, Genève/Zurich/Bâle 2015, pp. 53-59 ; MARTENET VINCENT, Géométrie de l'égalité, Genève/Zurich/Bâle 2003, pp. 424-456 ; KÄLIN WALTER – KÜNZLI JÖRG, *Universeller Menschenrechtsschutz. Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, 4^e éd., Bâle 2019, N 11.51-11.56, pp. 422-424.

¹⁸⁸ Préambule et art. 3 let. d ; Rapport explicatif, par. 44.

¹⁸⁹ Préambule et art. 2 par. 1 Convention d'Istanbul ; voir aussi Rapport explicatif, par. 19 et 42.

¹⁹⁰ Préambule et art. 3 let a Convention d'Istanbul ; voir aussi Rapport explicatif, par. 5, 21 et 40.

cela est nécessaire, et d'abroger « toutes les lois et pratiques qui discriminent les femmes »¹⁹¹. Il s'agit donc là d'obligations positives de nature législative, qui visent la mise en place et l'application effective d'un cadre juridique adéquat¹⁹². Ces obligations sont étroitement liées à la prévention des – et à la protection contre les – violences à l'égard des femmes telles que conçues par la Convention d'Istanbul. En effet, celle-ci conçoit et décrit les violences à l'égard des femmes comme le résultat des « rapports de force historiquement inégaux entre les femmes et les hommes », et d'une domination des seconds sur les premières¹⁹³. Partant, une prévention et une lutte efficace contre les violences à l'égard des femmes présupposent d'œuvrer vers une égalité réelle entre les genres¹⁹⁴.

La formulation générale de l'art. 4 par. 2 ainsi qu'une comparaison avec le paragraphe 3, sur lequel nous reviendrons¹⁹⁵, indiquent que ces obligations législatives ont une portée indépendante des autres articles de la Convention¹⁹⁶. En d'autres termes, elles s'appliquent de manière générale et indépendamment de savoir si d'autres dispositions de la Convention sont touchées. Cette interprétation était partagée par le Conseil fédéral, comme le montre son message relatif à la Convention d'Istanbul¹⁹⁷. Sur le plan international, elle est confirmée par le Rapport explicatif¹⁹⁸. Il est possible de tirer ici un parallèle avec l'art. 2 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* (CEDEF), qui contient des formulations similaires¹⁹⁹ et dont la portée indépendante a été reconnue²⁰⁰. En revanche, malgré son caractère indépendant, l'art. 4 par. 2 de la Convention d'Istanbul ne consacre pas de droit individuel justiciable²⁰¹. En effet, la formulation de cette disposition indique qu'elle s'adresse en premier lieu au législateur. En cela, elle se distingue d'autres clauses non discriminatoires, et tout particulièrement de l'art. 26 du Pacte ONU II, qui consacre un droit individuel non seulement indépendant, mais encore directement applicable²⁰².

35. **Art. 4 par. 3 : caractère accessoire, contenu et spécificités de l'interdiction de discriminer.**
– Le troisième paragraphe de l'art. 4, quant à lui, interdit les discriminations dans la mise en œuvre

¹⁹¹ Art. 4 par. 2 Convention d'Istanbul.

¹⁹² À propos des obligations positives législatives, voir en particulier LAVRYSEN LAURENS, *Human Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Mortsel 2016, pp. 69-129.

¹⁹³ Préambule de la Convention d'Istanbul.

¹⁹⁴ Voir aussi Rapport explicatif, par. 21.

¹⁹⁵ Voir le N suivant.

¹⁹⁶ Art. 4 par. 2 Convention d'Istanbul ; art. 4 par. 3 Convention d'Istanbul *a contrario* ; Rapport explicatif, par. 54.

¹⁹⁷ Message précité (note 1), FF 2017 163, 174-175.

¹⁹⁸ Rapport explicatif, par. 54.

¹⁹⁹ La similarité des formulations n'est pas un hasard, les formulations de l'art. 2 CEDEF ayant plutôt inspiré les personnes chargées de la rédaction de la Convention d'Istanbul (voir aussi PERONI LOURDES, *Unleashing the Gender equality potential of the Istanbul Convention*, in : Johanna Niemi/Lourdes Peroni/Vadislava Stoyanova (éds), *International Law and Violence Against Women. Europe and the Istanbul Convention*, Londres 2020, pp. 43-57, 53).

²⁰⁰ SCHLÄPPI ERIKA – ULRICH SYLVIA – WYTENBACH JUDITH, *Das Übereinkommen*, in : Schläppi Erika/Ulrich Sylvia/Wytenbach Judith (éds), *Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau*, pp. 3-57, N 33, pp. 22-23.

²⁰¹ À propos de l'absence de justiciabilité de l'ensemble de la Convention d'Istanbul, voir KÄLIN – KÜNZLI, précités (note 187), N. 11.67, p. 428.

²⁰² En ce sens, voir p. ex. Message du Conseil fédéral sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, FF 1991 I 1138-1140 ; pour plus de détails, voir NOWAK MANFRED, *Article 26*, in : Manfred Nowak (éd.), *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2^e éd., Kehl 2005, pp. 597-634, N 12, pp. 604-605 ; KÄLIN – KÜNZLI, précités (note 187), N. 3.77, p. 110.

de la Convention. Il prévoit que « la mise en œuvre des dispositions de la présente Convention par les Parties, en particulier les mesures visant à protéger les droits des victimes, doit être assurée sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, le genre, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'âge, l'état de santé, le handicap, le statut marital, le statut de migrant ou de réfugié, ou toute autre situation »²⁰³. Cette clause non discriminatoire appelle plusieurs précisions.

La première question qui se pose est celle de la nature et de la portée de l'interdiction des discriminations contenue à l'art. 4 par. 3. Celle-ci a un caractère accessoire, à savoir qu'elle ne s'applique qu'en lien avec les autres dispositions de la Convention²⁰⁴. De telles clauses accessoires sont fréquentes dans les traités de droits humains ; citons par exemple l'art. 14 CEDH²⁰⁵ ou les articles 2 par. 2 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et 2 par. 1 du Pacte relatif aux droits civils et politiques²⁰⁶. Pour ce qui concerne l'art. 4 par. 3 de la Convention d'Istanbul, ce caractère accessoire découle du texte même de la disposition, qui précise que « [l]a mise en œuvre *des dispositions de la présente Convention* [...] doit être assurée sans discrimination aucune »²⁰⁷. Ce caractère se trouve également confirmé par une comparaison avec le paragraphe 2 de la même disposition (élément systématique) et par le Rapport explicatif²⁰⁸. Précisons toutefois que son caractère accessoire n'enlève pas à une clause non discriminatoire toute portée autonome. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a considérablement inspiré les rédactrices et les rédacteurs de la Convention d'Istanbul, nous enseigne ainsi que l'interdiction des discriminations s'applique dès qu'un état de fait entre dans la sphère protégée d'une de ses autres dispositions, sans que celle-ci soit nécessairement violée²⁰⁹.

La deuxième question qui se pose en lien avec le paragraphe 3 de l'art. 4 de la Convention d'Istanbul est celle des motifs suspects. Comme nous venons de le voir, cette clause énumère de nombreux motifs suspects, dont font partie – pour ce qui nous intéresse ici – l'orientation sexuelle, l'identité de genre ainsi que le statut de migrant ou de réfugié. L'énumération est par ailleurs non exhaustive, puisqu'elle clôt avec l'expression « toute autre situation »²¹⁰. L'inclusion de plusieurs de ces critères, mais en particulier de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, constitue un aspect novateur qui distingue la Convention d'Istanbul des autres traités de droits humains. En effet, ces deux motifs ne sont mentionnés explicitement ni par la CEDH, ni par les Pactes, ni par la CDE ou la CDPH²¹¹. Malgré le silence de ces textes, ces deux critères sont cependant de plus

²⁰³ Art. 4 par. 3 Convention d'Istanbul.

²⁰⁴ Pour une explication du caractère accessoire d'une clause de non-discrimination, voir p. ex. NOWAK, Article 2, précité (note 151), N 15-17, pp. 35-36.

²⁰⁵ MEYER-LADEWIG JENS – LEHNER ROMAN, Artikel 14, in : Jens Meyer-Ladewig/Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (éds), *EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar*, 4^e éd., Bâle 2017, pp. 474–491, N 5-8, pp. 476-477 ; PEUKERT WOLFGANG, Artikel 14, in : Jochen Frowein/Wolfgang Peukert (éds), *Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar*, 3^e éd., Kehl 2009, pp. 401-418, N 2-4, pp. 402-403.

²⁰⁶ NOWAK, Article 2, précité (note 151), N 13-17, pp. 34-36.

²⁰⁷ Art. 4 par. 3 Convention d'Istanbul (nous soulignons).

²⁰⁸ Rapport explicatif, par. 54.

²⁰⁹ MEYER-LADEWIG – LEHNER, précités (note 205), N 5-8, pp. 476-477 ; PEUKERT, précité (note 205), N 2-4, pp. 402-403. La lecture de l'arrêt *B. c. Suisse* à propos de la rente de veuf et de veuve, qui analyse l'art. 8 à la lumière de l'art. 14 CEDH pour constater que le droit suisse viole l'interdiction des discriminations, en fournit une bonne illustration (voir CourEDH, *B. c. Suisse*, requête n° 78630/12, arrêt du 20 octobre 2020, non encore définitif).

²¹⁰ Art. 4 par. 3 Convention d'Istanbul.

²¹¹ Art. 2 par. 1 CDE ; art. 2 par. 2 Pacte ONU I ; art. 2 par. 1 Pacte ONU II ; Préambule, let. p, CDPH. La CEDEF, étant dédiée entièrement aux questions de non-discrimination, ne contient pas de clause non discriminatoire à l'instar de la

en plus présents dans la pratique des organes de protection des droits humains, au point qu'il a été affirmé que tant l'orientation sexuelle que l'identité de genre font partie des critères suspects généralement reconnus par les organes de protection des droits humains²¹². Pionnier en la matière, le Comité des droits de l'homme considère depuis 1994 de manière constante que le motif suspect du « sexe » mentionné aux articles 2 par. 2 et 26 du Pacte ONU II inclut l'orientation sexuelle²¹³. D'autres organes, comme le Comité des droits sociaux, économiques et culturels et le Comité des droits de l'enfant, estiment que l'orientation sexuelle constitue une « autre situation », en d'autres termes la rattachent au motif suspect résiduel²¹⁴. Le critère de l'identité de genre, quant à lui, est mentionné de manière moins systématique, mais apparaît néanmoins régulièrement, y compris dans les observations finales et certaines observations générales²¹⁵. Le Comité CEDEF, en particulier, a précisé que l'art. 2 CEDEF prohibait les discriminations en fonction de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre²¹⁶. Sur le plan régional, tant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour et la Commission interaméricaines des droits de l'homme ont développé une jurisprudence riche à propos de l'interdiction des discriminations en raison de l'orientation sexuelle²¹⁷ et de l'identité de genre²¹⁸.

En ce sens, la Convention d'Istanbul codifie donc une évolution qui s'est amorcée depuis un certain temps déjà dans la pratique des organes de droits humains. À ce propos, d'ailleurs, le Rapport explicatif précise lui-même que l'énumération de l'art. 4 par. 3 s'inspire de l'art. 14 CEDH, du Protocole additionnel n° 12 à la CEDH ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'y réfère²¹⁹. Sur ce dernier point, le Rapport explicatif cite explicitement l'arrêt de la Cour dans la cause *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, qui avait conclu à une violation de l'art. 14 CEDH en raison d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle du requérant²²⁰, indiquant que la jurisprudence de la Cour a constitué un moteur pour les rédactrices et les

plupart des autres traités cités. Précisons toutefois que l'orientation sexuelle figure dans les clauses non discriminatoires du Traité sur l'Union européenne (art. 19) et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 21).

²¹² KÄLIN – KÜNZLI, précités (note 187), N 11.106, p. 442. Toutefois, les droits des personnes LGBTIQ sont loin d'être incontestés sur le plan international et de nombreux aspects doivent encore être considérés comme étant des droits humains émergents plutôt que fermement consacrés (voir aussi LUTCHME PERSAD XAVIER, An expanding human rights corpus : sexual minority rights as international human rights, *Cardozo Journal of Law & Gender*, vol. 20, 2014, pp. 337-369, p. 362).

²¹³ CDH, *Toonen c. Australie*, requête n° 488/1992, par. 8.7 ; voir not. NOWAK, Article 26, précité (note 202), N 43 p. 623 ; KÄLIN – KÜNZLI, précités (note 187), N 11.106-11.112, pp. 441-444.

²¹⁴ Voir p. ex. CDESC, Observations générales n° 14, par. 18 ; n° 15, par. 13 ; n° 18, par. 12 ; n° 20, par. 32.

²¹⁵ Voir p. ex. CDESC, Observation générale n° 20, par. 32 ; CDE, Observation générale n° 13, par. 60 et 72. Pour plus de références, voir en particulier GERBER PAULA – TIMOSHANKO AARON, Is the UN Committee on the Rights of the Child Doing Enough to Protect the Rights of LGBT Children and Children with Same-Sex Parents ?, *Human Rights Law Review*, vol. 21, 2021, pp. 1-51, pp. 9-46.

²¹⁶ Comité CEDEF, Recommandations générales n° 27, par. 13 ; n° 28, par. 18.

²¹⁷ Voir p. ex. Cour IADH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, du 24 février 2012, par. 83, 93 ; CourEDH, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, requête n° 33290/96, arrêt du 21 décembre 1999, par. 36 ; CourEDH, *Identoba et autres c. Georgie*, requête n° 73235/12, arrêt du 12 mai 2005, par. 65-71.

²¹⁸ Voir p. ex. Cour IADH, *Identidad de género, y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión consultiva*, du 24 novembre 2017, ch. I ; CourEDH, *Hämäläinen c. Finlande* (Grande Chambre), requête n° 37359/09, arrêt du 16 juillet 2014, par. 107-113 ; CourEDH, *A.M. et autres c. Russie*, requête n° 47220/19, arrêt du 6 juillet 2021, par. 74-81 (non encore définitif).

²¹⁹ Rapport explicatif, par. 52.

²²⁰ CourEDH, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, précité (note 217), par. 36.

rédacteurs de la Convention d'Istanbul, notamment dans le fait de citer explicitement certains motifs qui « présentent un intérêt spécial eu égard à l'objet de la convention », dont l'orientation sexuelle et l'identité de genre²²¹.

L'inclusion du critère de l'identité de genre dans les motifs suspects s'est faite suite à l'intervention de l'*International Lesbian and Gay Association ILGA*, qui avait explicitement visé l'application de la Convention à toutes les femmes trans*, indépendamment de leur « sexe » légal²²². Différents États membres de l'Union européenne ainsi que des associations de la société civile ont exprimé leur soutien à la mention de ces critères de discrimination prohibés²²³. Leur inclusion n'est toutefois pas restée incontestée, tant s'en faut. Elle a au contraire rencontré la résistance de certains États, en particulier de la délégation russe (concernant l'orientation sexuelle) et de la délégation lithuanienne (à propos de l'identité de genre)²²⁴. Cette résistance n'affaiblit en rien la portée de l'interdiction de la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, puisqu'elle n'a pas prévalu lors du processus de rédaction.

36. **Art. 4 par. 4 : la réserve des mesures spécifiques.** – Le quatrième paragraphe, enfin, précise que des mesures spécifiques prises à l'égard des seules femmes, à l'exclusion des hommes, ne sont pas discriminatoires lorsqu'elles sont nécessaires pour « prévenir et protéger les femmes contre la violence fondée sur le genre »²²⁵. Le Rapport explicatif indique que cette formulation est inspirée tant de l'art. 4 par. 1 CEDEF que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²²⁶. La première prévoit la possibilité, pour les États, de prendre des mesures temporaires spéciales afin d'instaurer une égalité de fait²²⁷. La seconde, quant à elle, considère que, dans certains cas, les États ont une obligation positive de procéder à un traitement différencié, voire d'adopter des mesures spéciales, afin de corriger des inégalités factuelles persistantes²²⁸.

Comme la question des mesures spécifiques dépasse le cadre du mandat confié au présent avis, elle ne sera pas examinée plus en détail ici.

D. Les liens et interactions entre champ d'application de la Convention et interdiction de discriminer

37. **Divers champs de tension potentiels entre champ d'application de la Convention et interdiction de discriminer.** – Sur la base de la double analyse qui précède du champ d'application

²²¹ Rapport explicatif, par. 53.

²²² ILGA Europe, « Submission to the Council of Europe Ad-Hoc Committee on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence. The need to ensure that the Convention on violence against women addresses effectively the obligation of member states to prevent and combat violence against lesbian, bisexual and transgender women », 8 September 2009 ; voir aussi ACAR – POPA, précitées (note 124), p. 308.

²²³ ACAR – POPA, précitées (note 124), p. 308 et les réf. cit.

²²⁴ CAHVIO (2010) 27 rev, pp. 3-4.

²²⁵ Art. 4 par. 4 Convention d'Istanbul.

²²⁶ Rapport explicatif, par. 55.

²²⁷ COMITÉ CEDEF, Recommandation générale n° 25 concernant le premier paragraphe de l'art. 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, portant sur les mesures temporaires spéciales (2004).

²²⁸ CourEDH, *Thlimmenos c. Grèce* (Grande Chambre), requête n° 34369/97, arrêt du 6 avril 2000, par. 44 ; CourEDH, *Anguelova et Iliev c. Bulgarie*, requête n° 55523/00, arrêt du 26 juillet 2007, par. 115 ; CourEDH, *D.H. c. République tchèque* (Grande Chambre), requête n° 57325/00, arrêt du 13 novembre 2007, par. 175-176. Voir aussi KLEBER, précitée (note 187), pp. 406-407.

de la Convention d'Istanbul et de l'interdiction de discriminer que celle-ci contient, il est possible d'identifier à notre avis trois tensions – ou champs de tensions – entre le champ d'application, matériel et personnel ou territorial, de la Convention d'Istanbul et le principe de non-discrimination ancré à son art. 4 par. 3²²⁹ : les questions du sexe ou du genre d'une part, et de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre d'autre part, en lien avec le champ d'application matériel et personnel de la Convention, ainsi que la question du statut de migrant·e ou de réfugié·e, en lien avec le champ d'application territorial, mais aussi personnel de la Convention.

On reprendra donc ci-après ces trois problématiques, qui sont au cœur de la demande d'avis de droit et, en conséquence, du présent avis.

38. **Champ d'application et interdiction de discriminer sur la base du sexe et du genre.** – Le premier de ces champs de tension entre le champ d'application (matériel et personnel) de la Convention et le principe de non-discrimination de l'art. 4 par. 3 a trait à la question du sexe ou du genre²³⁰. L'art. 4 par. 3 prévoit en effet que la Convention doit être appliquée sans discrimination fondée sur le sexe ou sur le genre. Ceci soulève deux questions : premièrement, celle de savoir s'il est problématique de limiter l'application de la Convention aux femmes et, deuxièmement, en cas d'application aux hommes également, quelle est la portée exacte de l'interdiction des discriminations.

La réponse à la première question doit être négative : il n'est pas problématique de n'appliquer la Convention qu'aux femmes. Même si la Convention encourage les États à appliquer la Convention aux personnes de sexe masculin pour ce qui est du volet des violences domestiques, les États restent libres de le faire ou non²³¹. En d'autres termes, l'interdiction des discriminations consacrée par l'art. 4 par. 3 n'oblige pas les États à étendre le champ d'application aux personnes de sexe masculin. Cette interprétation découle aussi bien du texte de la Convention²³², de sa systématique²³³, de son objet et de son but, qui est de prévenir et lutter contre les *violences à l'égard des femmes*, que de l'historique de son adoption²³⁴.

La seconde question, elle, est plus délicate. Ainsi, si un État décide d'appliquer la Convention aux hommes pour ce qui concerne les violences domestiques, ce choix soulève la question de savoir si cela signifie nécessairement que l'État en cause est tenu d'appliquer l'ensemble des dispositions concernant les violences domestiques aux hommes, sans distinction en fonction du sexe ou du genre. Il faut en particulier se demander si on est en présence d'une discrimination à l'égard des hommes lorsqu'un État décide de leur appliquer uniquement certaines – et pas d'autres – dispositions concernant les violences domestiques. La réponse dépend sans doute des dispositions en question. Par exemple, des distinctions en fonction du sexe ou du genre quant à l'aide aux victimes semblent difficilement justifiables. À l'inverse, certaines distinctions en fonction du sexe ou du genre sont même nécessaires. Ainsi, tant le texte de la Convention que le Rapport explicatif insistent sur l'importance d'adopter une approche sensible au genre et d'aborder les violences

²²⁹ L'âge, un autre motif suspect cité par l'art. 4 par. 3 de la Convention, ne pose pas de problème en lien avec le champ d'application, dans la mesure où la Convention s'étend explicitement à toutes les filles et femmes, indépendamment de leur âge (art. 3 let. f Convention d'Istanbul).

²³⁰ La Convention d'Istanbul fait référence aussi bien au sexe qu'au genre.

²³¹ À ce propos, voir déjà *supra*, N 24, 33, 35.

²³² Voir en particulier le libellé de l'art. 2 de la Convention d'Istanbul, qui est sans équivoque.

²³³ Cf. notamment le Préambule ainsi que les articles 1 et 3 de la Convention d'Istanbul.

²³⁴ GRANS, précitée (note 70), pp. 137-138.

domestiques comme une forme de violence à l'égard des femmes²³⁵. Le GREVIO s'est aussi montré critique à l'égard de cadres juridiques et administratifs neutres, qui peuvent invisibiliser les hiérarchies de pouvoir et inégalités à la racine de ces phénomènes²³⁶. Ainsi, une approche sensible au genre n'est pas considérée comme une discrimination, mais au contraire comme étant nécessaire en vue d'atteindre une égalité substantielle ou matérielle²³⁷.

39. **Champ d'application et interdiction de discriminer sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre.** – Le deuxième champ de tension entre le champ d'application matériel et personnel de la Convention et le principe de non-discrimination de l'art. 4 par. 3 de celle-ci a trait aux critères de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre. En effet, l'art. 4 par. 3 prévoit que la Convention doit être appliquée sans discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, ce qui soulève la question de l'influence de cette prohibition sur le champ d'application de la Convention.

S'agissant tout d'abord de l'orientation sexuelle, celle-ci ne pose guère de problème en lien avec le champ d'application. Comme nous l'avons déjà indiqué, la Convention ne précise pas le genre de la personne auteure des violences. Le champ d'application s'étend ainsi aux violences à l'égard des femmes commises par des femmes, par exemple dans des couples de femmes. La définition des violences domestiques mentionne d'ailleurs non seulement les « conjoints », mais également les « partenaires », le texte de la Convention soulignant donc aussi cette ouverture. Signalons tout de même une interprétation potentiellement un peu incongrue qui ressort du Rapport explicatif. Traitant de l'obligation, contenue à l'art. 60 de la Convention, d'interpréter les motifs d'asile dans une perspective sensible au genre, le Rapport explicatif précise que « les Parties peuvent, si elles le souhaitent, étendre l'interprétation aux gays, lesbiennes, bisexuels ou transsexuels, qui peuvent aussi être victimes de formes particulières de persécution et de violence liées au genre ». *A priori*, cette formulation, qui semble laisser à cet égard une liberté aux États parties, est difficilement conciliable à notre avis avec l'interdiction des discriminations telle qu'elle découle de l'art. 4 par. 3 de la Convention d'Istanbul²³⁸.

Concernant ensuite l'interdiction des discriminations fondées sur l'identité de genre, on constate qu'elle influe sur le champ d'application. En effet, comme nous l'avons déjà indiqué, la disposition relative au champ d'application ne précise pas ce qu'il faut entendre par « femmes »²³⁹. Une lecture isolée de cette disposition soulève deux questions en lien avec l'interdiction de discriminer en raison de l'identité de genre.

Il faut d'abord se demander si un État pourrait limiter l'application de la Convention aux seules femmes cisgenres, à savoir les femmes dont l'identité de genre correspond au « sexe » légal assigné à la naissance²⁴⁰. Une telle interprétation de la Convention d'Istanbul n'est pas envisageable. En effet, une telle compréhension du champ d'application conduirait à un résultat « manifestement absurde ou déraisonnable » qu'on essaie précisément d'éviter par le recours aux méthodes d'interprétation, recours dont le but est de conduire à une interprétation concordante, qui permette de

²³⁵ Art. 2 par. 2 Convention d'Istanbul ; Rapport explicatif, par. 37.

²³⁶ GREVIO, *Mid-term horizontal review of GREVIO baseline evaluation reports*, 10 mai 2021, par. 11-15, par. 19-20.

²³⁷ À ce propos, voir déjà *supra*, N 24.

²³⁸ La formulation dans le Rapport explicatif, qui s'explique probablement par les controverses lors du processus de rédaction, va à l'encontre du texte clair de la Convention.

²³⁹ Voir *supra*, N 23.

²⁴⁰ Transgender Network Switzerland TGNS, *Trans – Eine Informationsbroschüre. Von trans Menschen für trans Menschen und alle anderen*, 4^e éd., Zurich 2020, p. 73.

proposer une solution raisonnable²⁴¹. Or, en l'espèce, une telle interprétation irait à l'encontre du texte de l'art. 4 par. 3 de la Convention, qui interdit les discriminations en raison de l'identité de genre, et viderait cette clause de son sens. Ainsi, l'interprétation grammaticale du texte de l'art. 4 par. 3 comme l'interprétation systématique des articles 2 et 4 par. 3 et de la Convention dans son ensemble empêche une application limitée aux seules femmes cisgenres. Cette lecture est par ailleurs renforcée par le but et l'objet de la Convention, en particulier sa visée protectrice telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires²⁴² et du Rapport explicatif²⁴³. Le fait que la Convention doive s'appliquer à toutes les femmes selon l'état civil, peu importe leur identité de genre²⁴⁴, se confirme aussi à la vue du contexte au sens large, tout particulièrement de la CEDEF qui, comme vous l'avons vu, a inspiré la Convention d'Istanbul. En effet, alors même que le texte de la CEDEF n'interdit pas les discriminations en raison de l'identité de genre, il est aujourd'hui admis que la Convention protège les femmes trans* ayant procédé à une modification de leur état civil²⁴⁵.

Il faut ensuite se demander si un État pourrait limiter l'application de la Convention aux seules personnes dont le « sexe » légal (inscrit à l'état civil) est féminin, à savoir les femmes cis et les femmes trans* ayant modifié leur état civil. Une telle interprétation restrictive doit être réfutée au profit d'une interprétation plus inclusive, appliquant la Convention à toutes les personnes qui s'identifient comme femmes en plus de toutes les personnes qui sont des femmes selon leur état civil²⁴⁶. Plusieurs éléments justifient cette interprétation large. Tout d'abord, au niveau de la systématique, la Convention doit être interprétée comme un ensemble cohérent, les différents articles devant se compléter. Or, une interprétation restrictive du champ d'application aux seules femmes au sens étroit viderait de son sens l'interdiction des discriminations en raison de l'identité de genre de l'art. 4 par. 3²⁴⁷. Ensuite, l'interprétation historique appuie cet argument. En effet, l'inclusion du critère de l'identité de genre dans les motifs suspects s'est faite, on l'a dit, suite à l'intervention de l'*Interna-*

²⁴¹ Voir *supra*, N 10 et 19, notamment.

²⁴² En particulier autour de l'intervention de l'ILGA décrite ci-après. Pour une appréciation critique de ces discussions, qui montre que le texte final de la Convention ne correspond pas en tout point aux demandes des milieux intéressés, voir SOSA, précitée (note 117), pp. 30-33.

²⁴³ Rapport explicatif, par. 53, 87.

²⁴⁴ Cela inclut donc également les hommes trans* avant modification de leur état civil, un élément qui a été critiqué dans le contexte de la CEDEF, voir en particulier ROSENBLUM DARREN, Unsex CEDAW, Or what's wrong with women's rights, *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 20, pp. 98-194, spéc. p. 175.

²⁴⁵ SCHLÄPPI–ULRICH – WYTTENBACH, précitées (note 200), N 31-32, p. 21.

²⁴⁶ Précisons encore que la visée protectrice de la Convention d'Istanbul, la formulation de sa clause de non-discrimination et les considérations quant à la vulnérabilité particulière des personnes trans*, signifient également, et de manière quelque peu paradoxale, que les dispositions de la Convention ne concernant que les femmes doivent s'appliquer aux hommes trans* avant la modification de leur état civil. Il serait effectivement difficilement justifiable de priver une partie des personnes considérées comme femmes selon leur état civil de la protection de la Convention d'Istanbul en raison de leur identité de genre « homme ». Pour les mêmes raisons, la Convention doit également s'appliquer à toutes les personnes non binaires dont l'état civil est « femme ». Enfin, l'objectif de la Convention d'Istanbul étant de protéger des personnes qui appartiennent, en raison de leur genre ou identité de genre, à un groupe non dominant de la société qui risque de subir davantage de violences et discriminations, la Convention devrait plus généralement s'appliquer aux personnes non binaires. Elle devrait en particulier protéger les personnes que leur état civil ne décrit ni comme « homme » ni comme « femme ». Cette question pourrait se poser en Suisse, même si le droit suisse ne reconnaît, pour l'instant, pas de « troisième genre » et ne permet pas de laisser vide l'information à propos du « sexe » légal (inscrit à l'état civil) (voir en particulier Conseil fédéral, Message concernant la révision du Code civil suisse, FF 2019 779, spéc. 793 ss, qui évoque également les propositions sous considération dans les Chambres). En effet, un tribunal cantonal a récemment reconnu la suppression de la mention du genre effectuée à l'étranger (Tribunal cantonal argovien, arrêt ZBE.2020.8 du 29 mars 2021, affaire actuellement pendante devant le Tribunal fédéral).

²⁴⁷ Voir aussi, dans le contexte de la CEDEF, SCHLÄPPI – ULRICH – WYTTENBACH, précitées (note 200), N 32, p. 21.

tional Lesbian and Gay Association ILGA, qui avait explicitement demandé l'application de la Convention à toutes les femmes trans*, indépendamment de leur « sexe » légal²⁴⁸. Cet aspect du processus rédactionnel est d'autant plus pertinent qu'il a trouvé ancrage dans le texte final de la Convention²⁴⁹. Ainsi, seule l'interprétation large est en accord avec la visée protectrice de la Convention d'Istanbul, dont le Rapport explicatif souligne d'ailleurs la vulnérabilité particulière et le besoin de protection accru des personnes trans*²⁵⁰. Enfin, le contexte au sens large est aussi favorable à cette interprétation inclusive. À ce propos, rappelons que l'interdiction des discriminations en raison de l'identité de genre a gagné en importance dans la pratique des organes de droits humains aussi bien sur le plan international que régional²⁵¹. Or, les discriminations, surtout lorsqu'il s'agit de violences, sont souvent indépendantes de l'état civil, mais basées sur les caractéristiques perçues d'une personne²⁵². Précisons également que seule une interprétation inclusive est conforme au droit à l'autodétermination en matière d'identité de genre, préconisé par la *soft law*²⁵³ et reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme²⁵⁴. Ainsi, la Convention d'Istanbul doit s'appliquer à toutes les femmes trans*²⁵⁵.

40. **Champ d'application territorial et interdiction de discriminer sur la base de la nationalité et du statut de migrant·e ou de réfugié·e.** – Le troisième champ de tension entre le champ d'application, territorial, cette fois, mais aussi personnel, de la Convention et le principe de non-discrimination de l'art. 4 par. 3 de celle-ci a trait à la question du statut de migrant·e ou de réfugié·e. L'art. 4 par. 3, qui interdit la discrimination dans la mise en œuvre de la Convention d'Istanbul, contient en effet explicitement le motif, prohibé, du statut de migrant·e ou de réfugié·e.

Le motif explicitement prohibé – statut de migrant·e ou de réfugié·e – fait écho au chapitre VII de la Convention qui énonce des obligations spécifiques de protection des femmes migrantes et réfugiées²⁵⁶, lesquelles sont considérées comme représentant un groupe particulièrement vulnérable à la violence fondée sur le genre²⁵⁷ et comme souffrant, en pratique, d'obstacles dans l'accès aux services de protection dans les États parties²⁵⁸. À l'intérieur de la catégorie des migrant·e·s,

²⁴⁸ Voir la note 222, *supra*.

²⁴⁹ À ce propos, voir *supra*, N 10.

²⁵⁰ Rapport explicatif, par. 87.

²⁵¹ Voir *supra*, N 35.

²⁵² Voir aussi SCHLÄPPI– ULRICH – WYTTEBACH, précitées (note 200), N 32, p. 21.

²⁵³ Voir en particulier le troisième des *Principes de Yogyakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, présentés devant le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies le 26 mars 2007. Voir aussi COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME DU CONSEIL DE L'EUROPE THOMAS HAMMARBERG, *Issue Paper on Gender Identity and Human Rights*, Strasbourg 2009, p. 43 ; ASSEMBLÉE PARLEMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE, *La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe*, Résolution n° 2048 (2015), art. 6.2.1.

²⁵⁴ CourEDH, *Van Kück c. Allemagne*, requête n° 35968/97, arrêt du 12 juin 2003, par. 69-72 ; CourEDH, *A.P., Nicot et Garçon c. France*, requêtes n°s 79885/12 et al., arrêt du 6 avril 2017, par. 92-96. La Cour utilise le terme « droit à l'identité sexuelle » plutôt qu'« identité de genre », ce qui est d'ailleurs critiqué en doctrine. Pour une analyse du droit à l'autodétermination, voir JAUNAIT ALEXANDRE, *Genèses du droit de l'identité de genre. Approche des configurations sociojuridiques*, *Droit et société*, n° 2, 2020, pp. 429-451.

²⁵⁵ Notre avis rejoint en cela le rapport alternatif de la société civile, voir *Rapport alternatif de la société civile 2021*, précité (note 2), pp. 21-22.

²⁵⁶ STOYANOVA VLADISLAVA, *A Stark Choice : Domestic Violence or Deportation ? The Immigration Status of Victims of Domestic Violence under the Istanbul Convention*, *European Journal of Migration and Law*, 2018, n° 20, pp. 53-82, spéc. p. 53.

²⁵⁷ Rapport explicatif, par. 298.

²⁵⁸ Rapport explicatif, par. 53.

le Rapport explicatif envisage les personnes « sans-papiers » comme étant particulièrement concernées par les problèmes d'accès à la protection²⁵⁹. Dans son Rapport d'évaluation de l'Espagne, le GREVIO a ainsi constaté avec une grande préoccupation que les femmes migrantes étaient plus souvent victimes de violences domestiques que les ressortissantes espagnoles (33% des femmes assassinées par leur mari sont des migrantes alors que les migrantes ne représentent que 10% de la population) et qu'elles avaient beaucoup plus de difficultés à exercer leurs droits que les femmes espagnoles²⁶⁰.

Ainsi, il est contraire à la Convention d'Istanbul, au titre d'une discrimination directe, d'exclure ou de limiter l'accès à des services de protection par des requérantes d'asile, des personnes sans-papiers²⁶¹, des réfugiées ou autres personnes migrantes²⁶².

Par ailleurs, l'obligation d'assurer un accès aux services de protection à toutes les victimes, au sens de la Convention d'Istanbul, implique de prendre des mesures *positives*²⁶³ afin que le statut juridique sur le territoire (autorisation de séjour temporaire ; absence d'autorisation de séjour : séjour irrégulier) ne constitue pas une discrimination (indirecte) dans l'accès aux offres. Dans ce sens, le GREVIO a recommandé à l'Italie de développer et d'améliorer l'accessibilité des services de protection et de soutien pour certains groupes de femmes (sujettes à la discrimination intersectionnelle par ailleurs, notamment les femmes migrantes et demandeuses d'asile)²⁶⁴. Dans le même sens, il a recommandé à l'Italie d'assurer l'information sur leurs droits et l'assistance aux victimes étrangères de manière adéquate et accessible²⁶⁵, ce qui, selon l'art. 19, se rapporte notamment à la langue dans laquelle l'information est transmise. À cet égard, l'obligation dans la Convention d'Istanbul de prévoir un service d'interprétariat (« interprètes indépendants et compétents ») dans le cadre des procédures judiciaires²⁶⁶ s'adresse aux femmes migrantes²⁶⁷. Au contraire, le GREVIO s'est félicité de ce que la Finlande avait pris d'importantes mesures pour faciliter, pour les femmes migrantes en situation irrégulière en Finlande, l'accès à des refuges pour victimes de violence domestique²⁶⁸. S'agissant de l'accès aux services de santé²⁶⁹, le GREVIO constate dans

²⁵⁹ Rapport explicatif, par. 87 et par. 136 (par rapport à la nécessité de mettre en place des permanences téléphoniques gratuites) ; par. 298 (par rapport à la vulnérabilité accrue à la violence sexiste).

²⁶⁰ GREVIO, Rapport d'évaluation de référence, Espagne, 25 novembre 2020, par. 20. S'agissant des migrantes en situation irrégulière, le GREVIO note qu'elles ont peur de se tourner vers les autorités. Il note aussi pour toutes les migrantes des problèmes d'accès pratique aux services de protection et de connaissances insuffisantes de leurs droits.

²⁶¹ GRANS, précitée (note 70), p. 139 (qui se réfère notamment aux commentaires des représentants des États pendant la négociation du texte).

²⁶² PERONI LOURDES, *Violence Against Migrant Women : the Istanbul Convention Through a Postcolonial Feminist Lens, Feminist Legal Studies*, n° 24, 2016, pp. 49-67, pp. 57-58. Dans ce sens, parmi de multiples références, GREVIO, Rapport d'évaluation Finlande, par. 103 : « L'assistance financière, l'éducation, la formation, l'emploi et le logement sont des éléments fondamentaux du soutien et du rétablissement des victimes de violences ; ces services doivent être fournis à toutes les femmes, en fonction de leurs besoins, *y compris aux femmes migrantes ou réfugiées* » (mis en italique par nous).

²⁶³ Rapport explicatif, par. 87 (« En sus de l'interdiction de la discrimination formulée à l'art. 4, par. 3, ce paragraphe préconise d'entreprendre une action positive pour veiller à ce que les mesures de prévention répondent spécifiquement aux besoins des personnes vulnérables »).

²⁶⁴ GREVIO, Rapport Italie, précité (note 168), par. 27 let. e.

²⁶⁵ GREVIO, Rapport Italie, précité (note 168), par. 133 ; dans le même sens, GREVIO, Rapport Finlande, précité (note 168), par. 96 (efforts d'information moins importants lorsqu'il s'agit d'informer les femmes migrantes notamment).

²⁶⁶ Art. 56 al. 1 let. h.

²⁶⁷ PERONI, précitée (note 262), p. 58.

²⁶⁸ GREVIO, Rapport Finlande, précité (note 168), par. 13 et 108.

²⁶⁹ Art. 20 Convention d'Istanbul (services généraux de protection).

son Rapport d'évaluation sur la Finlande, que les barrières linguistiques et culturelles étaient nombreuses pour les femmes migrantes lorsqu'elles sont exposées à la violence²⁷⁰.

Finalement, si le Chapitre VII concerne spécifiquement les femmes migrantes et réfugiées²⁷¹, cela ne saurait éluder le fait que les dispositions de la Convention dans leur ensemble sont applicables aux femmes migrantes, quel que soit leur statut juridique sur le territoire de l'État partie, selon l'art. 4 par. 3²⁷².

41. **Discrimination (directe ou indirecte) fondée sur la nationalité ou le statut migratoire au regard des prestations explicitement prévues par la Convention d'Istanbul.** – Dans le contexte suisse, la controverse en lien avec le statut de migrant·e ou de réfugié·e a émergé, on l'a dit²⁷³, en lien avec le champ d'application territorial restreint de la LAVI²⁷⁴, en matière d'assistance aux victimes, aux (seules) infractions commises en Suisse²⁷⁵. En effet, en raison de leur parcours, les femmes migrantes sont plus souvent que les femmes suisses sujettes à la violence à l'étranger²⁷⁶. Elles sont donc plus concernées, en pratique, que les femmes suisses par la restriction des prestations en matière d'assistance de la LAVI aux (seules) infractions commises en Suisse (à relever cependant que les femmes migrantes victimes de violence en Suisse bénéficient, sous réserve d'un accès effectif, des prestations prévues par la LAVI, quel que soit leur statut migratoire, notamment la régularité de leur séjour²⁷⁷).

Dans le même ordre d'idée, on l'a vu aussi, la LAVI prévoit certes, exceptionnellement en quelque sorte, que certaines prestations d'aide et de soutien des centres de consultation peuvent être allouées même en cas d'infraction commise à l'étranger (à l'exclusion toutefois de toute indemnisation du préjudice et de toute réparation du tort moral²⁷⁸). Cette « ouverture » est néanmoins subordonnée à la condition que la victime ait été domiciliée en Suisse au moment de l'infraction et au moment de la demande d'aide (art. 17)²⁷⁹, de sorte qu'elle est plus susceptible en

²⁷⁰ GREVIO, Rapport Rapport Finlande, précité (note 168), par. 99 et, s'agissant de l'accès aux services de protection spécialisés dans la protection contre la violence, par. 123.

²⁷¹ Ainsi, l'art. 59 concerne l'octroi d'un permis de séjour autonome en cas de violence au sein du couple (lorsque le permis de séjour de la femme dépend de celui du mari et donc de son mariage) et l'art. 60 consacre l'obligation de mettre en place des procédures d'asile et d'accueil des requérantes d'asile sensibles au genre.

²⁷² Cf. BOILLET VÉRONIQUE – GRAF ANNE-LAURENCE, Convention d'Istanbul et femmes migrantes : un nouveau souffle pour le droit et la pratique suisses, *Revue suisse de droit international et européen*, 2021, vol. 31, pp. 25-49.

²⁷³ Voir *supra*, N 30 et 31.

²⁷⁴ Cf. *supra* N 29.

²⁷⁵ "Appell : Spezialisierte Hilfe für ALLE Gewaltbetroffenen – unabhängig von Aufenthaltsstatus und Tatort", automne 2019, https://www.brava-ngo.ch/assets/dokumente/20191030_Appell_Opferhilfe_für_ALLE.pdf (consulté la dernière fois le 11 octobre 2021), suite à la conférence de presse du 16 octobre 2019 du Conseil fédéral concernant le rapport *Analyse de la situation des réfugiées* en réponse au postulat Feri, 9 juin 2016 ; FIZ – BRAVA, *Accès au soutien spécialisé pour les femmes ayant subi des actes de violence à l'étranger. Rapport alternatif détaillé relatif à la mise en œuvre de la Convention d'Istanbul en Suisse*, 2021, https://www.brava-ngo.ch/assets/dokumente/202107_Vertiefungsbericht-IK_Tatort-Ausland_F.pdf (consulté la dernière fois le 11 octobre 2021).

²⁷⁶ CENTRE SUISSE DE COMPÉTENCE POUR LES DROITS HUMAINS, *Analyse der Situation von Flüchtlingsfrauen. Zur Situation in den Kantonen*. Postulat Feri 16.3407, Berne 2019, pp. 93-95 et p. 128.

²⁷⁷ CONVERSEY STÉPHANIE, *Aide aux victimes d'infractions et réparation du dommage. De l'action civile jointe à l'indemnisation par l'État sous l'angle du nouveau droit*, Genève/Zurich/Bâle, 2009, p. 156 (qui remarque qu'ainsi même les personnes en situation irrégulière mais victimes d'une infraction en Suisse ont droit aux prestations de la LAVI) ; la doctrine note qu'en général la nationalité ne joue aucun rôle par rapport au champ d'application de la LAVI en cas d'infraction commise en Suisse (principe de territorialité de la LAVI), cf. ZEHNTNER précitée (note 175), p. 39 ; cf. aussi *supra* N 29.

²⁷⁸ CONVERSEY, précitée (note 277), p. 160.

²⁷⁹ À cela s'ajoute, comme on l'a vu, la subsidiarité de l'aide, à savoir le fait qu'elle n'est fournie que si l'État dans lequel l'infraction a été commise n'octroie pas d'aide ou ne prévoit qu'une aide insuffisante.

pratique de s'appliquer à une femme suisse ou résidant de manière habituelle en Suisse plutôt qu'à une personne migrante victime de violence liée au genre dans son pays d'origine ou durant son voyage en transit vers la Suisse. Ce dernier écueil avait déjà été relevé dans le cadre de la révision de la LAVI²⁸⁰.

Dans ces deux cas, les restrictions de la LAVI par rapport aux infractions commises à l'étranger peuvent aboutir à une discrimination indirecte entre les femmes selon leur statut migratoire. Or, toute discrimination dans la mise en œuvre de la Convention d'Istanbul est interdite, s'agissant « en particulier [d]es mesures visant à protéger les droits des victimes », comme le précise explicitement l'art. 4 par. 3 de la Convention.

42. **Discrimination (directe ou indirecte) en lien avec des prestations allant au-delà de celles (explicitement) prévues par la Convention ?** – Dans la foulée de celle qui vient d'être examinée, une autre question se pose : celle de savoir si un État partie qui institue ou instituerait des prestations qui vont au-delà donc du standard minimum explicitement prévu par la Convention d'Istanbul pourrait valablement réserver de telles prestations « supplémentaires » à certaines catégories de personnes, par exemple aux personnes possédant la nationalité de cet État ou régulièrement domiciliées sur son territoire au moment de l'infraction ; ou si, au contraire, cet État tomberait ce faisant sous le coup de l'interdiction de discriminer de l'art. 4 par. 3 de la Convention.

On peut penser ici, par exemple, à l'indemnisation par l'État partie, de manière subsidiaire à celle de l'auteur·e de l'infraction, en cas de préjudice grave à l'intégrité corporelle ou à la santé, telle que prévue par la Convention d'Istanbul (art. 30 par. 2 de la Convention²⁸¹). En principe, même si cela ne ressort pas explicitement du texte de la Convention, cette obligation d'indemnisation subsidiaire par l'État est réservée aux cas dans lesquels l'infraction a eu lieu sur son propre territoire²⁸² ou dans lesquels l'État partie en question a manqué à son devoir de diligence en matière de prévention et/ou de protection à l'égard de la victime²⁸³. Selon la Convention, il n'y a donc pas d'obligation d'indemnisation par l'État, de manière subsidiaire aux autres sources d'indemnisation, pour les infractions commises à l'étranger, en tout cas en l'absence de manquement à son obligation de diligence. Toutefois, pour revenir à la question énoncée au début de ce paragraphe, on peut se demander s'il serait permis à un État partie à la Convention d'Istanbul de prévoir, de manière plus généreuse que ce qu'exige la Convention, une indemnisation subsidiaire étatique pour les infractions commises à l'étranger, tout en réservant cette prestation « supplémentaire » aux seules victimes possédant sa nationalité ou domiciliées sur son propre territoire au moment des faits. Pour rappel, cette hypothèse ne concerne actuellement pas le droit suisse de l'aide aux victimes, lequel ne prévoit aucune indemnisation – ni réparation du tort moral – en cas d'infraction commise à l'étranger, pas plus pour les victimes de nationalité suisse ou domiciliées en Suisse que pour les autres catégories de personnes.

²⁸⁰ CONVERSEY, précitée (note 277), p. 162, n. 183 ; Message concernant la révision totale de la LAVI, FF 2005 6683-6770, p. 6734 : « Les étrangers qui ont été victimes d'une infraction à l'étranger et qui arrivent par la suite en Suisse (par ex. les requérants d'asile torturés dans leur pays d'origine) ne peuvent faire valoir, comme par le passé, aucune prétention fondée sur la loi d'aide aux victimes ».

²⁸¹ L'art. 30 de la Convention impose en effet aux États parties de prendre « les mesures législatives ou autres nécessaires pour que les victimes aient le droit de demander une indemnisation de la part des auteurs de toute infraction établie conformément à la présente Convention » (par. 1), précisant qu'une « indemnisation adéquate par l'État devrait être octroyée à ceux qui ont subi des atteintes graves à l'intégrité corporelle ou à la santé, dans la mesure où le préjudice n'est pas couvert par d'autres sources, notamment par l'auteur de l'infraction, par les assurances ou par les services sociaux et médicaux financés par l'État » (par. 2).

²⁸² Cela ressort *a contrario* du Rapport explicatif, par. 172 (pour le texte de ce paragraphe, cf. la note 285 *infra*).

²⁸³ Rapport explicatif, par. 150. Ce devoir de diligence renvoie à l'art. 5 par. 2 de la Convention.

Avant de répondre à la question posée, il y a lieu de préciser qu'il est tout à fait possible, et même encouragé par la Convention d'Istanbul, que les États parties aillent au-delà du texte de la Convention, en matière, notamment, d'indemnisation²⁸⁴.

S'agissant de la question d'une éventuelle discrimination (indirecte) dans une telle hypothèse, il nous paraît possible, d'un côté, d'argumenter sur la base du caractère accessoire de la clause de non-discrimination de l'art. 4 par. 3 de la Convention. En effet, ainsi qu'on l'a vu, la clause de non-discrimination de l'art. 4 par. 3 de la Convention est de nature accessoire et elle ne s'applique dès lors qu'à la mise en œuvre de droits *garantis* par la Convention. Ainsi, s'agissant d'infractions *commises sur le territoire* de l'État partie, celui-ci ne devrait pas être autorisé à distinguer entre les victimes ayant sa nationalité et les autres pour ce qui est de son obligation d'indemnisation subsidiaire²⁸⁵, alors même qu'il pourrait, *a priori*, réserver à ses seules ressortissantes ou résidentes l'indemnisation des infractions *commises à l'étranger*. En d'autres termes, l'interdiction de discriminer de l'art. 4 par. 3 ne s'appliquerait, sur la base de cette argumentation, qu'aux prestations explicitement prévues ou imposées par la Convention, et non aux prestations « supplémentaires » instituées spontanément ou volontairement par les États parties.

D'un autre côté, cependant, on pourrait éventuellement aussi argumenter, en se fondant sur le système général et l'esprit de la Convention d'Istanbul, qu'il n'est pas exclu que l'interdiction de discriminer de l'art. 4 par. 3 de la Convention, quand bien même elle est accessoire, trouve aussi à s'appliquer aux mesures qui semblent aller, *a priori*, au-delà des prestations explicitement prévues par la Convention, pour autant qu'elles entrent dans les obligations générales des États parties. La Convention d'Istanbul tend en effet, comme on l'a vu, à accorder une protection minimale à toutes les victimes de violences à l'égard des femmes ou de violences domestiques, cela en principe sans distinction fondée sur le lieu de commission des infractions ou des violences, ou sur le statut migratoire de la victime. Sur cette base, on pourrait être tenté de faire de cette interdiction de discriminer un élément essentiel, ou une obligation générale résultant de la Convention d'Istanbul, même pour les prestations allant au-delà des prestations minimales explicitement prévues par la Convention.

Le Rapport explicatif de la Convention lui-même semble toutefois admettre, au moins implicitement, que l'interdiction de discriminer, notamment sur la base du statut migratoire, ne s'applique que pour les prestations imposées par la Convention, et pas, du moins pas nécessairement, pour les prestations supplémentaires.

Quoi qu'il en soit, il ne nous paraît pas indispensable de trancher plus avant cette question dans la mesure où l'hypothèse évoquée ne concerne actuellement pas le droit suisse de l'aide aux victimes : celui-ci ne prévoit en effet aucune indemnisation – ni réparation du tort moral – en cas d'infraction commise à l'étranger, pas plus pour les victimes de nationalité suisse ou domiciliées

²⁸⁴ Rapport explicatif, par. 166.

²⁸⁵ Cela ressort par exemple, pour l'indemnisation subsidiaire de l'État en cas de défaillance de celle de la personne auteure de l'infraction, prévue par l'art. 30 par. 2 de la Convention, du paragraphe 172 du Rapport explicatif, qui a la teneur suivante : « 172. Étant donné qu'il est possible que de nombreuses victimes des formes de violence couvertes par cette convention n'aient pas la nationalité de la Partie sur le territoire de laquelle l'infraction a été commise, l'indemnisation subsidiaire financée par l'État devrait être étendue aux non-nationaux ». Comme le sous-entend ce texte, c'est pour les infractions commises sur le territoire de l'État dont l'intervention est requise que l'obligation d'indemnisation subsidiaire est imposée, et c'est cette prestation (imposée par la Convention) qui « devrait être étendue aux non-nationaux ». On pourrait en déduire *a contrario*, qu'une telle extension n'est pas exigée pour les prestations allant au-delà.

en Suisse que pour les autres catégories de personnes, et il ne fait donc aucune discrimination, ni directe, ni indirecte, fondée sur la nationalité ou le statut migratoire.

IV. SYNTHÈSE ET RÉPONSES AUX QUESTIONS POSÉES

43. **Rappel des éléments du mandat.** – Il est désormais possible, sur la base des analyses qui précèdent, de conclure et de répondre, de manière synthétique, aux diverses questions posées dans le mandat. On rappellera à cet égard que ce mandat consistait à proposer et à discuter, de façon critique, la manière dont pouvait ou devait être interprété le principe de non-discrimination de la Convention d'Istanbul (en particulier l'interdiction de discriminer sur la base de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre et le statut de séjour) ainsi que d'examiner la manière dont l'interprétation de cette interdiction de discriminer interagissait avec le champ d'application de la Convention²⁸⁶. Diverses questions concrètes étaient ainsi posées²⁸⁷.
44. **Précisions quant aux méthodes d'interprétation du droit international et à la valeur de la pratique des organes des traités, notamment des travaux relatifs à la Convention d'Istanbul.** – Avant d'aborder l'analyse proprement dite des questions posées, le présent avis propose, à titre d'explicitation de ses fondements méthodologiques, un rappel des règles en matière d'interprétation du droit international et en ce qui concerne la valeur, à cet égard, de la pratique des organes des traités, en général et pour la Convention d'Istanbul en particulier.

Il ressort de ce rappel, tout d'abord, que l'interprétation du droit international, comme celle du droit interne, fait appel à différentes méthodes d'interprétation et se fonde sur une approche « holistique ». Aucune de ces méthodes ne prévaut sur les autres, sauf peut-être s'agissant du sens littéral des dispositions du traité lorsque ce sens est parfaitement clair. Mais dès lors que ce n'est pas le cas, ce qui survient fréquemment, les autres méthodes d'interprétation entrent en jeu, le recours à ces diverses méthodes ayant pour but et pour fonction de mener à une interprétation concordante, qui permette de proposer une solution raisonnable. Ainsi, les différentes dispositions d'un traité doivent être lues les unes à la lumière des autres ; la finalité du traité doit être prise en considération ; et, en matière de droits humains, l'exigence d'effectivité de la protection des droits humains implique une interprétation dite « évolutive » ou « dynamique », c'est-à-dire plus en phase avec la réalité contemporaine.

Il ressort également de cette analyse que, même si leur qualification au sens du droit international fait l'objet de discussions en doctrine, la pratique et les recommandations ou observations des organes des traités, s'agissant de la Convention d'Istanbul, tant les travaux du CAHVIO que ceux du GREVIO, ainsi que le Rapport explicatif de la Convention, constituent indiscutablement – et pour le moins – des outils d'aide à l'interprétation des dispositions de ladite Convention.

45. **Conclusions et réponses aux questions concrètes posées, sur le fond.** – Sur la base de ces prémisses méthodologiques, et s'agissant de l'interprétation de la Convention d'Istanbul, il est possible de répondre comme suit aux diverses questions concrètes posées au présent avis. Pour ce qui est, tout d'abord, de la manière dont il convient d'interpréter l'interdiction de discriminer de

²⁸⁶ « L'avis de droit devrait exposer et discuter de manière critique la façon dont le principe de non-discrimination de la Convention d'Istanbul doit être interprété (en particulier : l'interdiction de discrimination en ce qui concerne l'orientation sexuelle, l'identité de genre ainsi que le statut de séjour) et dans quelle mesure le résultat de cette interprétation a un impact sur l'objectif et le champ d'application de la Convention ».

²⁸⁷ Pour ces questions, voir le N 2.

l'art. 4 par. 3 de la Convention d'Istanbul, notamment en lien avec le champ d'application personnel, matériel et territorial de celle-ci²⁸⁸, il y a lieu de préciser que les diverses dispositions de la Convention ne sauraient être interprétées pour elles-mêmes, isolément, mais doivent l'être dans leur ensemble, les unes à la lumière des autres, en considération aussi de la systématique, du contexte et de la finalité du traité. Il en résulte notamment que l'interdiction de discrimination de l'art. 4 par. 3 ne saurait être considérée, *a priori* et en soi, comme une « extension » du champ d'application (personnel, matériel ou territorial) de la Convention, pas plus que l'art. 2 de la Convention, qui définit son champ d'application, ne saurait être considéré, *a priori* et en soi, comme une limitation de l'interdiction de discriminer de l'art. 4 par. 3.

Même si l'interdiction de discriminer de l'art. 4 par. 3 a effectivement un caractère ou une nature accessoire, il n'en demeure pas moins qu'elle peut – et doit – être prise en considération dans l'interprétation du champ d'application de la Convention, au même titre d'ailleurs que la systématique, le contexte et la finalité du traité, tout comme, à l'inverse, le champ d'application de la Convention peut – et doit – être pris en considération, avec les autres éléments évoqués, dans l'interprétation de l'interdiction de discriminer.

Seule une telle approche, coordonnée et fondée sur l'ensemble des éléments du traité, permet de conduire à une interprétation concordante, cohérente et raisonnable de la Convention.

46. **Champ d'application territorial de la Convention, lieu de commission des violences et statut de migrante ou de réfugiée.** – S'agissant du champ d'application territorial de la Convention d'Istanbul, en lien avec la question du lieu de commission des infractions ou des violences, ainsi que celle du statut de migrante ou de réfugiée²⁸⁹, cette approche coordonnée permet de tirer les conclusions et enseignements suivants. Premièrement, le champ d'application territorial de la Convention d'Istanbul est essentiellement circonscrit au territoire de l'État partie, de sorte que, sous réserve de la poursuite pénale des infractions visées par la Convention et de la protection consulaire, la Convention n'impose pas d'obligations extraterritoriales aux États parties. Toutefois, s'agissant des prestations de protection et de soutien aux victimes de violences (au sens de la Convention), la Convention d'Istanbul impose aux États parties d'offrir ces prestations à toutes les victimes de violence liée au genre qui se trouvent sur leur territoire, et ce indépendamment du lieu de commission de ces violences et sans discrimination aucune, fondée notamment sur le statut migratoire ou le statut de réfugiée. La Convention d'Istanbul s'applique à cet égard sans effet extraterritorial dès lors que les personnes se trouvent sur le territoire de l'État partie et elle ne fait, dans ce cas, c'est-à-dire pour ces mesures de protection et de soutien, ou d'assistance, aucune distinction en fonction du lieu de commission des infractions, ou du lieu où les violences ont été subies.

²⁸⁸ Question qui était posée, dans le mandat, en ces termes : « Comment l'art. 4, par. 3 de la Convention d'Istanbul doit-il être interprété ? L'art. 4, par. 3, de la Convention d'Istanbul a-t-il un caractère accessoire – par analogie à l'art. 14 CEDH ? Quels sont les effets de l'interprétation de l'art. 4, par. 3 de la Convention d'Istanbul sur son champ d'application au regard de son art. 2 ? Dans quelle mesure l'art. 2 de la Convention constitue-t-il une limite au champ d'application de l'art. 4, par. 3 ? ».

²⁸⁹ Question qui était posée, dans le mandat, en ces termes : « Champ d'application territorial de la Convention : comment l'art. 4, par. 3 de la Convention d'Istanbul doit-il être interprété en ce qui concerne son champ d'application territorial ? En vertu de son art. 4, par. 3, la Convention d'Istanbul s'applique-t-elle à des faits qui se déroulent en dehors du territoire d'un de ses États membres ? ».

Ce constat résulte déjà de l'analyse du champ d'application territorial de la Convention d'Istanbul et il est renforcé par l'analyse de la disposition interdisant les discriminations dans la mise en œuvre de la Convention (art. 4 par. 3).

Dans le contexte du droit suisse, les victimes d'une infraction commise sur le territoire helvétique ou à l'étranger peuvent bénéficier d'offres de soutien à divers titres. Il peut s'agir de prestations couvertes par l'assurance obligatoire des soins de l'assurance-maladie, de l'aide sociale, de l'aide d'urgence ou d'une prise en charge spécifique dans les centres fédéraux d'asile, au sens de la loi fédérale sur l'asile, ou encore de la législation en matière d'aide et de mesures de protection et de soutien aux victimes d'infractions et de violences, dont la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, du 23 mars 2007 (LAVI), représente le pilier essentiel. Or, c'est précisément dans le cadre de cette loi que la question d'un éventuel conflit avec la Convention d'Istanbul apparaît, puisque son champ d'application est restreint en ce sens qu'il limite en principe les prestations d'assistance des centres de consultation aux (seules) infractions commises en Suisse. Or, du fait de leur parcours, les femmes migrantes sont en pratique plus souvent sujettes à la violence à l'étranger que les femmes suisses, de sorte qu'elles sont plus concernées que celles-ci par la restriction des prestations en matière d'assistance de la LAVI aux (seules) infractions commises en Suisse.

De plus, même si la LAVI prévoit une exception – ou une « ouverture » – à ce principe, en ce sens que certaines prestations d'aide et de soutien des centres de consultation peuvent être allouées même en cas d'infraction commise à l'étranger (à l'exclusion toutefois de toute indemnisation du préjudice et de toute réparation du tort moral), cette « ouverture » est cependant subordonnée à la condition que la victime ait été domiciliée en Suisse au moment de l'infraction et au moment de la demande d'aide. Là encore, il en résulte qu'une telle « ouverture » est plus susceptible en pratique de s'appliquer à une femme suisse ou résidant de manière habituelle en Suisse qu'à une personne migrante victime de violence liée au genre dans son pays d'origine ou durant son parcours vers la Suisse.

Dans ces deux cas, les restrictions de la LAVI par rapport aux infractions commises à l'étranger peuvent donc aboutir, à notre avis, à une discrimination indirecte entre les femmes selon leur nationalité ou leur statut migratoire. En effet, les femmes ayant été forcées de fuir leur pays car elles y étaient victimes de violence liée au genre ou qui ont été victimes de violence sur le trajet jusqu'en Suisse ne remplissent souvent pas cette condition du domicile en Suisse au moment déterminant. Or, toute discrimination dans la mise en œuvre de la Convention d'Istanbul est interdite, s'agissant « en particulier [d]es mesures visant à protéger les droits des victimes », comme le précise explicitement l'art. 4 par. 3 de la Convention.

Ainsi, au moins pour les prestations de protection et de soutien explicitement prévues par la Convention d'Istanbul, certaines restrictions imposées par le droit suisse en matière d'infractions ou de violences subies à l'étranger pourraient poser problème au regard de l'interdiction de discrimination posée par l'art. 4 par. 3 de cette Convention, notamment l'interdiction de discrimination fondée sur le statut de migrant·e ou de réfugié·e.

La question de l'interdiction de discriminer de l'art. 4 par. 3 de la Convention est en revanche plus délicate à trancher pour les prestations allant au-delà de celles qui sont explicitement prévues

par la Convention d'Istanbul. Dans l'hypothèse où un État partie institue ou instituerait des prestations allant au-delà du standard minimum explicitement prévu par la Convention d'Istanbul – en matière d'indemnisation, par exemple –, on pourrait alors se demander si cet État pourrait valablement réserver de telles prestations « supplémentaires » à certaines catégories de personnes, par exemple aux personnes possédant sa nationalité ou aux personnes régulièrement domiciliées sur son territoire au moment de l'infraction ; ou si, au contraire, cet État tomberait ce faisant sous le coup de l'interdiction de discriminer de l'art. 4 par. 3 de la Convention. À notre avis, la Convention d'Istanbul ne semble pas exclure la possibilité d'une différence de traitement dans cette hypothèse, mais le présent avis ne tranche pas définitivement la question, dans la mesure où une telle hypothèse ne concerne actuellement pas le droit suisse de l'aide aux victimes : celui-ci ne prévoit en effet aucune indemnisation – ni réparation du tort moral – en cas d'infraction commise à l'étranger, pas plus pour les victimes de nationalité suisse ou domiciliées en Suisse que pour les autres catégories de personnes, et il ne fait donc aucune discrimination, ni directe, ni indirecte, fondée sur la nationalité ou le statut migratoire.

47. **Champ d'application personnel et matériel de la Convention et protection de certains groupes de personnes.** – S'agissant enfin de la question du champ d'application, personnel et matériel, de la Convention d'Istanbul en lien avec la protection de certains groupes spécifiques de personnes²⁹⁰, il faut relever, premièrement, que la Convention d'Istanbul distingue entre les violences domestiques d'une part, et les violences à l'égard des femmes d'autre part. Si les dispositions relatives aux premières peuvent également être appliquées aux hommes et aux garçons, pour autant qu'une approche sensible au genre reste préservée, les secondes ne concernent que les femmes²⁹¹.

La notion de femmes inclut les femmes mineures – les filles – ainsi que les femmes transgenres, indépendamment de leur « sexe » légal (inscrit à état civil), et elle ne fait pas de distinction en fonction du statut légal d'une personne (statut de séjour, nationalité, etc.). La Convention d'Istanbul protège donc aussi les femmes trans*, qu'elles aient procédé ou non à une modification de leur état civil. Par ailleurs, elle ne fait pas de distinction, pour ce qui est des mesures de soutien et d'assistance aux victimes, sur la base de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre ou du statut de migrante ou de réfugiée d'une personne.

²⁹⁰ Question qui était posée, dans le mandat, en ces termes : « *Protection de certains groupes de personnes: comment l'art. 4, par. 3 de la Convention d'Istanbul doit-il être interprété en ce qui concerne la protection de groupes particuliers de personnes, tels que les personnes LGBTIQ+ ou les femmes migrantes sans titre de séjour légal ? Relèvent-elles du champ de protection de la Convention d'Istanbul ? Dans quelle mesure les personnes LGBTIQ+ peuvent-elles invoquer l'art. 4, par. 3 de la Convention et quelles en sont les limites sur la base des art. 2 et 3 de celle-ci ?* ».

²⁹¹ Sans que cela ne soit problématique au regard de l'interdiction de discriminer fondée sur le sexe ou le genre au sens de l'art. 4 par. 3 de la Convention.