

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

VERS UNE CRITIQUE QUEER DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE :
L'EXEMPLE DE LA DÉTENTION EN TEMPS DE CONFLIT ARMÉ

MÉMOIRE PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE À LA
MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR
CATHERINE MARCOUX

JUILLET 2020

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.10-2015). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Avant tout, je tiens à remercier mon excellent directeur M. Alejandro Lorite Escorihuela qui, par ses bons conseils, ses encouragements et son soutien, m'a permis de constamment me dépasser en amenant mes réflexions toujours plus loin. Son ouverture d'esprit et son support constant m'ont permis d'apprendre de nouvelles choses à chaque étape de ce mémoire, autorisant réflexions et rédaction sortant quelque peu de la norme.

Je souhaite aussi remercier tou·te·s les professeur·e·s qui ont marqué mon parcours universitaire, particulièrement celles et ceux que j'ai eu la chance de côtoyer lors de mon passage à l'UQÀM. Merci au département des sciences juridiques de l'UQÀM et à mes trois évaluateurs de projet de mémoire, Bruce Broomhall, Rémi Bachand et François Roch pour avoir cru en mes idées.

Merci à toutes les personnes qui m'ont encouragé de près ou de loin lors des longs mois de rédaction, sans qui mon parcours aurait été excessivement moins plaisant. Je remercie ma famille et mes ami·e·s pour votre infinie patience, vos encouragements et votre intérêt pour mon travail. Vous êtes source inépuisable de motivation et de réconfort. Je tiens tout particulièrement à remercier Véro, Marie-Philippe, Clara et Alexia, ami·e·s extraordinaires qui ont prit la peine et le temps de réfléchir à mes côtés. Finalement, un merci spécial à l'organisme *Thésez-vous* pour m'avoir fourni en café à volonté et soutien moral durant ces derniers mois de rédaction.

Queerness is a longing that propels us onward, beyond romances of the negative and toiling of the present. Queerness is that thing that lets us feel that this world is not enough, that indeed something is missing.

- Jose Esteban Munoz¹

¹ Jose Esteban Munoz, *Cruising Utopia: The Then and There of Queer Futurity*, New York, New York University Press, 2009 à la p 1.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES	ix
RÉSUMÉ	xi
ABSTRACT	xii
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I	
CADRE THÉORIQUE	15
1.1 Théories queer	15
1.1.1 Origines	16
1.1.1.1 Lutttes activistes	16
1.1.1.2 Premières théorisations	19
1.1.1.3 Critiques	22
1.1.2 Concepts clés en théories queer : l'apport de Foucault et Butler	25
1.1.2.1 Le pouvoir et ses techniques de normalisation	28
1.1.2.2 Les stratégies de pouvoir par le discours	32
1.1.2.3 Fonction de discipline et possibilités de résistance	34
1.1.2.4 L'hétéronormativité	37
1.2 Théories queer du droit	42
1.2.1 De l'intérêt de queeriser le droit	43
1.2.2 De l'objectif d'une analyse queer juridique	45
1.2.3 De la méthode de queerisation du droit	49
1.2.3.1 Par une analyse jurisprudentielle	52
1.2.3.2 Par une analyse par secteur	55
1.2.3.3 Par une critique de lois spécifiques	57
CHAPITRE II	
BASES DU DIH ET QUEERISATION DU DROIT INTERNATIONAL	61
2.1 Fondements et acteurs du droit international humanitaire	62
2.1.1 L'armée comme institution hétéronormative	63
2.1.2 Structure du droit international humanitaire	72

2.1.2.1	Principes.....	73
2.1.2.2	Sources	77
2.1.2.3	Acteurs	78
2.2	Comment queeriser le droit international?	82
2.2.1	Critique de la structure du droit international	84
2.2.2	Critique de la création d'un sujet du droit international	88
2.2.2.1	Critique de l'ajout de plus de normes en droit international	88
2.2.2.2	Création d'un sujet par des discours normalisants	89
2.2.2.3	Création d'un sujet par les discours négatifs.....	93
CHAPITRE III		
ANALYSE CRITIQUE DE LA STRUCTURE DU DROIT INTERNATIONAL PAR		
L'EXEMPLE DE LA DÉTENTION		
3.1	Droit international des droits humains et enjeux de la DSPG	98
3.2	Droit international des droits humains et détention.....	103
3.3	Fonctionnement du droit international humanitaire et impacts sur les situations	
	de détention	106
3.3.1	Qualifications/catégorisations	106
3.3.2	Droit de Genève/droit de La Haye	111
3.3.3	Catégories de personnes détenues	113
3.3.3.1	Combattants	114
3.3.3.2	Personnes civiles	117
3.3.4	Règlementation existante quant à la DSPG dans les contextes de conflits	
	armés et plus spécifiquement dans les situations de détention	122
3.4	Critique queer : manières de queeriser le droit international humanitaire.....	128
3.4.1	Ajouter des droits : la position positiviste.....	129
3.4.2	Déconstruction complète : courants anarcho-queer	135
3.4.3	Déconstruction/reconstruction : une multiplication de possibilités	144
3.4.3.1	Rigidité.....	144
3.4.3.2	Réinterprétation des termes	148
3.4.3.3	Ouvrir les discours	151
CONCLUSION		155
BIBLIOGRAPHIE		161

LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

AGNU	Assemblée générale des Nations unies
CAI	Conflit armé international
CANI	Conflit armé non international
CEDH	Cour européenne des droits de l’homme
CG	Conventions de Genève
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de justice
CPI	Cour pénale internationale
CSC	Cour Suprême du Canada
DIDH	Droit international des droits humains
DIH	Droit international humanitaire
DIP	Droit international public
DSPG	Diversité sexuelle et pluralité des genres

DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
PA	Protocoles additionnels aux Conventions de Genève
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

RÉSUMÉ

Les enjeux liés aux personnes s'identifiant comme issues de la diversité sexuelle et de la pluralité des genres diffèrent selon les endroits et les contextes. Lorsqu'en détention, particulièrement lors de conflits armés, plusieurs obstacles s'ajoutent aux difficultés qu'elles ont à vivre en temps de paix. Le droit international humanitaire est-il outillé pour aborder ces enjeux? Prenant l'exemple la détention en temps de conflit armé, nous offrons dans ce mémoire des façons d'utiliser les sensibilités queer pour critiquer la structure du droit international humanitaire. En ce sens, nous développons des façons queer d'analyser différentes branches de droit afin de pouvoir appliquer ce cadre théorique au droit des conflits armés. Par cette critique structurelle de différents corpus juridiques, une queerisation du droit s'opère : la véritable cible de ce mémoire se trouve alors à être non pas une situation en particulier, mais l'ensemble des interactions, des constructions et effets catégorisants qui constituent le droit international humanitaire.

Mots clés : Droit international humanitaire, conflits armés, détention, théories queer, LGBT, personnes détenues, théories critiques

ABSTRACT

Issues related to people who define themselves as coming from sexual diversity and gender plurality differ according to places and contexts. When in detention, particularly during armed conflict, there are several obstacles that are added to the difficulties they face during peacetime. Is international humanitarian law equipped to address these issues? Using detention in armed conflict as an example, this paper offers ways in which queer perspectives can be used to criticize the structure of international humanitarian law. To do so, we develop queer ways of analysing different branches of law in order to apply this theoretical framework to the law of armed conflict. Through this structural critique of different bodies of law, a queerisation of the law takes place: the real target of this dissertation is then not one particular situation, but the whole set of interactions, constructions and categorising effects that constitute international humanitarian law.

Keywords : International humanitarian law, armed conflict, detention, queer theories, LGBT, detained persons, critical theories

INTRODUCTION

L'Organisation des Nations Unies (ONU) présente les personnes issues de la diversité sexuelle et de la pluralité des genres comme constituant un groupe particulièrement vulnérable lorsqu'en situation de détention². Le Conseil des droits de l'Homme a d'ailleurs publié, dans un rapport de 2016, que les personnes issues de la diversité sexuelle et de la pluralité des genres sont spécialement à risque de subir de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants³. Ce mémoire cherche à reprendre ce sujet de détention en général pour parler plus spécifiquement de la détention de personnes issues de la diversité sexuelle et de la pluralité des genres par rapport au droit international humanitaire (DIH), le tout à travers une perspective queer. En développant notre analyse sur cet exemple, passant par le droit en général, le droit international public (DIP) et le droit international des droits humains (DIDH), nous pourrons tout au long du travail imaginer une critique structurelle du DIH.

Débutons d'abord notre mémoire avec quelques considérations techniques, soit les définitions de certains termes qui seront utilisés tout au long du travail. Le terme queer fera le plus souvent référence au cadre théorique queer, mais peut aussi être utilisé pour décrire des personnes qui s'y identifient. Les acronymes, chose courante

² *Handbook on Prisoners with Special Needs*, E09IV4, New York, United Nations Office on Drugs and Crimes, 2009 à la p 103.

³ *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, A/HRC/31/57, New York, United Nations Human Rights Council, 2016 au para 34.

en droit international humanitaire, sont énumérés dans la page prévue à cet effet⁴ et seront aussi expliqués au fur et à mesure de leur utilisation. Par contre, un acronyme en particulier mérite une attention spéciale: c'est celui de *DSPG*, qui remplace pour nous le *LGBT* utilisé traditionnellement dans d'autres textes traitant d'enjeux semblables au nôtre.

Pourquoi utiliser spécifiquement ce sigle? Il faut d'abord considérer que les opinions divergent sur quel est le meilleur acronyme à utiliser⁵. En effet, *LGBT* « fait référence aux personnes s'identifiant comme lesbiennes, gaies, bisexuelles ou transidentitaires »⁶. Bien qu'étant couramment utilisé pour décrire cette communauté, certains y ajoutent d'autres lettres dans un souci d'inclusion. Le gouvernement du Canada, sur ses pages web, privilégie *LGBTI* (I représentant les personnes intersexes),⁷ mais il est possible d'ajouter plusieurs autres lettres telles que *LGBTQQIP2SAA* (Lesbienne, Gai, Bisexuel, Trans, Queer, en Questionnement, Intersexe, Pansexuel, deux-esprits/bispirituel, Asexuels, Alliés)⁸.

⁴ Voir la page ix

⁵ Par exemple, le GLAAD (Gay and Lesbian Alliance Against Defamation) privilégie l'acronyme LGBTQ: Gay and Lesbian Alliance Against Defamation, « GLAAD Media Reference Guide - Lesbian / Gay / Bisexual Glossary Of Terms » (9 septembre 2011), en ligne : GLAAD <www.glaad.org/reference/lgbtq>.

⁶ Chambre du commerce gaie du Québec, *Lexique LGBT sur la diversité sexuelle et de genre en milieu de travail*, 2014 à la p 15.

⁷ Gouvernement du Canada, « Droits des personnes LGBTI » (23 octobre 2017), en ligne : <canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/droits-personnes-lgbti.html>.

⁸ Ian Bussière, « LGBTQ2, l'acronyme qui grandit », *Le Soleil* (30 novembre 2017), en ligne : Le Soleil <lesoleil.com/actualite/lgbtq2-lacronyme-qui-grandit-b6b89896883439692ebb86fc9ffb8396>.

L'utilisation d'un acronyme avec plusieurs lettres permet d'augmenter le sentiment de représentation et d'inclusion que ressentent les personnes de la communauté, pour qui la visibilité est très importante⁹. Cependant, bien que l'utilisation d'un tel acronyme ait comme objectif d'inclure le plus de réalités possible, il peut s'avérer « énigmatique pour le non-initié »¹⁰ et peut avoir comme résultat son délaissement pour un terme moins long, renversant l'objectif du rajout de lettres.

Certains groupes choisissent ainsi d'aller dans une autre direction en utilisant l'expression *Diversité sexuelle et pluralité des genres*, qui se veut encore plus inclusive que les acronymes précédemment préconisés¹¹. En effet, d'éviter de nommer chaque lettre sur le spectre de la sexualité et du genre permet d'éviter de délaisser des identités tout en anticipant des futurs, d'autant plus que, selon les théories queer, l'objectif principale n'est pas l'ajout, mais bien l'abolition de catégories. À la suite de ces réflexions théoriques et pratiques¹², nous avons décidé dans ce mémoire d'utiliser *Diversité sexuelle et pluralité des genres* (DSPG) pour représenter l'ensemble des identités et orientations sexuelles et de genre.

⁹ Marie Geoffroy, de la *Chaire de recherche sur l'homophobie de l'UQAM*, ajoute que bien qu'elle essaie d'utiliser le terme 'diversité sexuelle et pluralité des genres', leur projet de recherche utilise l'acronyme LGBTQ. *Ibid.*

¹⁰ Line Chamberland, Blye Frank et Janice Lynn Ristock, *Diversité sexuelle et constructions de genre*, PUQ, 2009 à la p 2.

¹¹ Par exemple, l'Alliance Arc-en-ciel de Québec, la Chaire de recherche sur l'homophobie de l'UQAM et le Groupe régional d'intervention social (GRIS) l'utilisent. « Alliance Arc-en-ciel de Québec », en ligne : Alliance Arc-en-ciel de Québec <arcencielquebec.ca/>; Bussière, *supra* note 8; « GRIS-Quebec », en ligne : <grisquebec.org/>.

¹² Conseil québécois LGBT, *Renseignement*, 31 octobre 2018.

Notre réflexion sur la détention de personnes issues de la diversité sexuelle et de la pluralité des genres par rapport au droit international humanitaire part de trois constats : d'abord, les personnes issues de la DSPG vivent des expériences différentes selon leur situation et l'endroit dans le monde où elles se trouvent. Ensuite, les personnes détenues ont des réalités qui leur sont propres, compte tenu de leur situation et du contexte dans lequel elles ont été incarcérées. Finalement, les personnes prenant part ou étant affectées par des conflits armés se trouvent aussi en situation particulière et doivent faire face à une série de défis selon celle-ci. C'est en ayant en tête ces observations que s'amorce notre réflexion : qu'arrive-t-il lorsque ces trois contextes se chevauchent?

Le premier constat est que les personnes issues de la DSPG sont à risque de subir des violences verbales ou physiques dans leur quotidien, et ce, partout dans le monde. Les conséquences de la discrimination varient des préjugés sociaux à la peine de mort, et comprennent entre autres « les violences physiques, sexuelles et verbales, les poursuites pénales, le refus d'asile, l'emprisonnement et la discrimination dans l'emploi, la garde des enfants, le logement, l'accès aux soins de santé et la reconnaissance des relations » [Notre traduction]¹³.

L'homosexualité est illégale dans plus de 68 pays dans le monde¹⁴ et 12 pays prévoient la peine de mort pour la conduite homosexuelle¹⁵. La criminalisation de

¹³ Jena McGill, « SOGI - So What: Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations » (2014) 3:1 Can J Hum Rts 1 à la p 7.

¹⁴ International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, « Maps - Sexual orientation laws » (14 septembre 2017), en ligne : ILGA <ilga.org/maps-sexual-orientation-laws>.

¹⁵ Human Dignity Trust, « Map of Countries that Criminalise LGBT People », en ligne : <humandignitytrust.org/lgbt-the-law/map-of-criminalisation/?type_filter=death_pen_applies>.

l'homosexualité ou des «conduites homosexuelles» n'est pas la seule cause des discriminations envers les personnes de la DSPG, mais il reste que ces lois « peuvent potentiellement renforcer la stigmatisation et encourager la discrimination et le traitement inhumain dans de nombreuses sphères de leur vie, comme dans les établissements de soins de santé, les communautés et la famille » [Notre traduction]¹⁶. Par exemple, dans les Caraïbes, d'anciennes lois homophobes de l'époque coloniale sont encore en vigueur et les personnes qui s'affichent comme faisant partie de la DSPG sont à risque de se faire stigmatiser par leur famille, leur employeur·e¹⁷ et leur communauté¹⁸. En 2017, en Tchétchénie, une purge antigaie a été lancée par le gouvernement, entraînant l'arrestation d'une centaine d'hommes soupçonnés d'être homosexuels¹⁹.

¹⁶ Melanie Bejzyk, « Criminalization on the Basis of Sexual Orientation and Gender Identity: Reframing the Dominant Human Rights Discourse to Include Freedom from Torture and Inhuman and Degrading Treatment » (2017) 29 Can J Women Law 375 à la p 397.

¹⁷ Nous avons tenté dans ce travail d'utiliser le plus souvent possible une écriture épïcène et une féminisation des termes. Nous l'avons fait dans un souci de ne pas utiliser le « masculin pour alléger le texte », bien que nous soyons conscient·e d'une éventuelle réification des binaires masculin/féminin. Nous croyons toutefois que le point de suspension, contrairement aux crochets ou aux tirets, est la manière qui laisse le mieux entrevoir la possibilité d'une certaine fluidité des termes : à mi-chemin entre le masculin et le féminin, nous y voyons l'occasion d'imaginer une transgression de la binarité lexicale. C'est ainsi que vous verrez tout au long du travail des termes féminisés, que ce soit prisonnier·ère, théoricien·ne ou encore chercheur·euse. Pour plus d'informations sur le sujet et pour un guide de féminisation, nous vous suggérons les sites suivants : Office québécois de la langue française, « Banque de dépannage linguistique - Féminisation et rédaction épïcène », en ligne : <bdl.oqlf.gouv.qc.ca/bdl/gabarit_bdl.asp>; Gouvernement du Canada, « La féminisation - Le guide du rédacteur » (8 octobre 2009), en ligne : <btb.termiumplus.gc.ca/redac-chap?lang=fra&lettr=chapsect9&info0=9#zz9> (consulté le 19 décembre 2019); Gouvernement du Canada, « La féminisation des titres de fonction » (8 octobre 2009), en ligne : <btb.termiumplus.gc.ca/redac-chap?lang=fra&lettr=chapsect9&info0=9.2>.

¹⁸ Human Rights Watch, « *I Have to Leave to be me* »: Discriminatory Laws against LGBT People in the Eastern Caribbean, 2017.

¹⁹ Human Rights Watch, « *They Have Long Arms and They Can Find Me* »: Anti-Gay Purge by Local Authorities in Russia's Chechen Republic, 2017.

La stigmatisation sociale des personnes de la DSPG dans les endroits où l'homosexualité est légale a aussi des conséquences désastreuses. En Afrique du Sud, l'homosexualité est légale selon la constitution, mais, en réalité, les femmes et hommes homosexuel·le·s sont victimes d'attaques et de viols visant à «corriger» leur orientation²⁰, une organisation pour les femmes lesbiennes rapportant qu'elle peut recevoir dix nouveaux cas par semaine²¹. En Albanie, un membre de la Société gaie albanaise a été roué de coups par deux agents de police et, lorsqu'il a tenté de faire une plainte, il a été ignoré et menacé²². Entre octobre 2018 et septembre 2019, il est estimé que 331 personnes trans ont été assassinées dans le monde, dont 250 en Amérique du Nord seulement²³.

Ces cas ne sont pas isolés : ce ne sont que quelques exemples de situations où des personnes s'identifiant ou étant perçues comme faisant partie de la DSPG subissent de la discrimination et des violences du fait de leur identité de genre ou de leur orientation sexuelle, les conséquences variant de la stigmatisation sociale à la violence physique.

²⁰ Clare Carter, « The Brutality of 'Corrective Rape' », *New York Times* (juillet 2013), en ligne : New York Times <<https://www.nytimes.com/interactive/2013/07/26/opinion/26corrective-rape.html>>.

²¹ Action Aid, *Hate Crimes: The Rise of « Corrective » Rape in South Africa*, 2009 à la p 10.

²² Commission des droits humains, *Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment, in particular: torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment: Report of the Special Rapporteur*, E/CN4/2002/76/Add1, 2002 au para 16.

²³ Trans Murder Monitoring Project, « TMM Update Trans Day of Remembrance 2019 » (11 novembre 2019), en ligne : TvT <<https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2019/>>.

En parallèle à cette réalité, il semble y avoir une augmentation de la sensibilisation par rapport aux enjeux liés à la DSPG dans les populations en général, mais surtout dans les populations occidentales. Cela se reflète par exemple avec la légalisation du mariage homosexuel dans l'ensemble des États-Unis en 2015²⁴, par le débat sur les toilettes non genrées au Québec et au Canada²⁵ ou encore par l'ouverture de plusieurs pays à ne pas spécifier le genre sur des documents officiels comme le passeport²⁶.

Les personnes issues de la DSPG sont donc traitées de manière inégale dans le monde. En effet, certains pays semblent beaucoup plus ouverts que d'autres, reconnaissent leurs droits et ont une population assez sensibilisée tandis que d'autres ont des lois criminalisant les activités homosexuelles et se montrent beaucoup moins enclins à accepter des pratiques qui sortent du cadre hétéronormatif.

C'est dans ce contexte mondial hétérogène qu'intervient notre second contexte, celui de la détention. La détention sous toutes ses formes est habituellement gérée, en temps de paix, par des agents de l'État ou des sous-traitants. Que ce soit la détention administrative ou criminelle, la détention de migrants aux frontières ou celle d'enfants, des règles spécifiques s'appliquent. Ces règles sont déterminées par la législation étatique, mais doivent aussi respecter les standards internationaux en place,

²⁴ « Gay marriage legalised across US », *BBC News*, sect US & Canada (27 juin 2015), en ligne : BBC News <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-33290341>>.

²⁵ « Des toilettes non genrées à l'UQAC », *Radio-Canada* (mai 2018), en ligne : Radio-Canada <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1101579/toilette-universite-non-genre>>.

²⁶ Zone Société-, « Vers des documents neutres sur le plan du genre », *Radio-Canada* (27 janvier 2017), en ligne : Radio-Canada <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1013569/neutralite-genre-pieces-identite>>.

par exemple en ce qui a trait à la prohibition de la torture et au respect de la dignité humaine²⁷, aux installations adéquates et au respect de la religion des détenus²⁸.

Malgré les règles qui les encadrent, il arrive que les conditions de détention soient inadéquates. Un des aspects auquel s'intéresse ce mémoire est la combinaison des spécificités des personnes issues de la DSPG dans le contexte particulier de la prison ou du centre de détention. Quelles sont les mesures en place pour protéger les personnes de la DSPG lorsqu'iel²⁹ sont en détention? Est-ce qu'iels sont considéré·e·s lors de la rédaction de textes légaux encadrant les contextes de privation de liberté?

Les cas des demandeur·euse·s d'asile s'identifiant comme faisant partie de la DSPG, notamment ceux et celles qui proviennent d'Amérique latine, qui arrivent aux États-Unis et se voient détenu·e·s le temps que leur demande soit analysée, sont à la base de cette réflexion. Par exemple, une installation était prévue pour loger exclusivement des personnes immigrantes transgenres, à Santa Ana en Californie :

Bien que l'unité soit considérée comme une meilleure alternative au logement des femmes transgenres dans des établissements exclusivement masculins, les auteurs du rapport ont déclaré que les gardiens de Santa Ana maltrahaient les détenus. Les fouilles à nu invasives, les fermetures fréquentes qui impliquent un confinement en

²⁷ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 RTNU 171, 23 mars 1976.

²⁸ Assemblée Générale des Nations Unies, *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela)*, 2015.

²⁹ Contraction de « il » et « elle » dans un souci de neutralité du genre

cellule jusqu'à 24 heures par jour et des services médicaux et de santé mentale inadéquats sont la norme, selon le rapport [Notre traduction]³⁰.

En détention, les personnes de la DSPG peuvent subir de la torture ou autres traitements inhumains ou dégradants dû à leur orientation sexuelle ou leur identité de genre à la fois de la part des autres détenu·e·s, mais aussi des policier·ère·s ou des agent·e·s correctionnel·le·s³¹. Les dommages psychologiques qui découlent des mauvaises conditions de détention due à l'orientation sexuelle ou l'identité de genre peuvent d'ailleurs être considérés comme un traitement inhumain ou dégradant³².

Les personnes s'identifiant comme faisant partie de la DSPG se heurtent ainsi à des réalités et à des enjeux qui diffèrent de ceux auxquels doivent faire face les détenu·e·s s'identifiant à la majorité hétérosexuelle. Admettant que les situations de détention en temps de paix présentent déjà des défis particuliers pour les personnes incarcérées, nous poussons notre questionnement plus loin en nous demandant ce qu'il advient des personnes issues de la DSPG incarcérées lors d'un conflit armé.

Le troisième contexte d'intérêt est donc celui de la guerre. Est-ce que le droit applicable est le même en temps de paix par opposition au moment où un conflit armé se déclare? Que se passe-t-il en pratique durant ces conflits pour les personnes issues de la DSPG? Les violences envers ces dernières peuvent empirer du fait de l'affaiblissement de la structure étatique : « en période d'anarchie accrue et de

³⁰ Cindy Carcamo, « Transgender asylum-seekers often mistreated in detention, study finds », *Los Angeles Times* (23 mars 2016), en ligne : Los Angeles Times <<http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-transgender-immigrants-20160323-story.html>>.

³¹ Bezyk, *supra* note 16 à la p 396.

³² *Ibid.*

pression sur des ressources plus rares, l'homophobie remonte à la surface et peut être abordée en toute impunité. La stigmatisation préexistante se trouve amplifiée » [Notre traduction]³³.

En effet, plusieurs rapports font état d'une augmentation des discriminations envers les personnes de la DSPG lors de conflits armés. En Amérique du Sud par exemple, il est noté que les femmes trans sont particulièrement vulnérables aux violences de la part des groupes armés ou des membres du crime organisé³⁴. En Syrie, l'homophobie qui existait déjà a été amplifiée par la guerre et les hommes homosexuels se trouvent encore plus surveillés, exposés et discriminés qu'avant³⁵, que ce soit par les milices rebelles, les groupes armés ou encore le gouvernement syrien³⁶. Pendant le conflit en Iraq, une milice armée recherchait spécifiquement les hommes homosexuels, ce *death squad* ciblant les hommes qui n'étaient pas considérés comme assez masculin pour les tuer³⁷.

Pendant la guerre, les menaces peuvent donc augmenter et les violences faites aux personnes issues de la DSPG, groupe qui est déjà discriminé en temps de paix,

³³ Human Dignity Trust, *Criminalising Homosexuality and LGBT Rights in Times of Conflict, Violence and Natural Disasters*, 2015 à la p 4.

³⁴ Alon Margalit, « Still a Blind Spot: The Protection of LGBT Persons During Armed Conflict and Other Situations of Violence » *Int Rev Red Cross* 1 à la p 5.

³⁵ « The Double Threat for Gay Men in Syria » (28 avril 2014), en ligne : Human Rights Watch <<https://www.hrw.org/news/2014/04/28/double-threat-gay-men-syria>>.

³⁶ Human Dignity Trust, *supra* note 33 à la p 9.

³⁷ Human Rights Watch, « *They Want Us Exterminated* »: *Murder, Torture, Sexual Orientation and Gender in Iraq*, 2009 à la p 2.

risquent de passer davantage sous silence³⁸. Plus théoriquement, le DIH prévoit des dispositions bien précises pour une variété de situations, que ce soit pour déterminer des objectifs militaires, pour assurer la protection de biens culturels, ou encore pour apporter de l'aide humanitaire. Plus important encore, le DIH est fondé sur la création de catégories opposées : combattants/civils, homme/femme, bien civil/objectif militaire, etc.

C'est ainsi que nous arrivons à notre questionnement principal, qui se trouve à l'intersection des trois contextes. Qu'arrive-t-il lors de la détention d'une personne de la DSPG lors d'un conflit armé? Nous savons que « les détenus en situation de conflit sont particulièrement vulnérables parce qu'ils sont entre les mains de leur "ennemi", qu'il s'agisse d'un État, d'un groupe armé ou de forces multinationales » [Notre traduction]³⁹. Puisque la discrimination envers les personnes de la DSPG est exacerbée en temps de guerre, comment cela se traduit-il en contexte de détention?

C'est donc en considérant toutes ces problématiques que nous avons réfléchi ce mémoire. Le questionnement, en se développant par l'ajout des théories queer, est abouti à une critique du droit international humanitaire en général en prenant l'exemple de la détention de personnes de la DSPG en temps de conflit armé. C'est donc de ce sujet dont traitera ce mémoire, qui sera divisé en trois chapitres distincts.

Le premier chapitre sert d'abord à présenter le cadre théorique qui sera utilisé pour orienter nos discussions, soit celui des théories queer. Une vue d'ensemble de l'émergence de ces théories nous permet en premier lieu de les situer dans un

³⁸ Margalit, *supra* note 34 à la p 2.

³⁹ Vincent Bernard, « Editorial: Out of Sight, out of Mind? Exposing the Human Cost of Detention » (2016) 98:903 Int'l Rev Red Cross 725 à la p 730.

contexte global et de mieux comprendre les principes qui les sous-tendent. Nous tâcherons ensuite de comprendre les principaux concepts qui pourront dès lors s'appliquer à notre réflexion et nous informer tout au long du mémoire. La deuxième section du chapitre viendra faire une première application des théories queer sur une structure juridique. Est-il possible de combiner le droit et les théories queer? Nous verrons des façons dont les théoricien·ne·s ont tenté l'expérience et surtout, quelles ont été leurs stratégies de queerisation du droit⁴⁰.

Le deuxième chapitre du mémoire précise notre champ d'intérêt, passant du droit général au droit international humanitaire. D'abord, nous allons prendre le temps d'expliquer de quelle manière l'armée en particulier et l'institution militaire en général influencent le DIH et les manières de réfléchir la guerre. Une critique de l'armée est nécessaire afin de comprendre de quelles façons les problématiques liées au queer peuvent s'articuler pendant les conflits armés. Suivant cette analyse, une première vue d'ensemble du DIH comme branche du droit international public sera faite, notamment par l'explication de sa structure générale, de ses sources et ses acteurs. Nous tenterons en terminant une deuxième application des théories queer, cette fois-ci au champ plus spécifique du droit international public. Comment les théoricien·ne·s ont-ils réussi à employer les théories queer lors d'analyses du droit international? Nous verrons que deux critiques principales de ce corpus juridique peuvent être relevées, soit une critique de sa structure au sens large et une critique plus spécifique concernant la création de sujets. En posant les bases du DIH et en élaborant une critique queer du droit international public, nous serons à mieux de comprendre comment le DIH est construit, sur quoi se base sa structure et dans quel context global il s'inscrit.

⁴⁰ Nous utiliserons tout au long du mémoire les termes *queeriser* et *queerisation*, nos traductions du terme anglais *queering* qui a été utilisé par plusieurs auteur·ice·s queer.

Le troisième et dernier chapitre traitera d'enjeux encore plus spécifiques, soit ceux concernant la détention et les personnes issues de la DSPG, offrant pour commencer une vue d'ensemble des textes et traités de droit international prévoyant une protection pour ce groupe. Par la suite, nous analyserons la structure du DIH, mais cette fois en portant attention à la spécificité de ce droit. Nous verrons les façons dont la catégorisation excessive du DIH est centrale à sa constitution et de quelles manières cela se traduit en contexte de détention. Y a-t-il en DIH des façons d'exister sans être catégorisé·e·s? Le DIH peut-il être informé par les théories queer? C'est la dernière section de ce chapitre qui tentera de réunir l'ensemble des éléments discutés à travers le mémoire afin de répondre à ces questions. Notre troisième application des théories queer concerne donc directement le DIH, et nous y avons relevé trois façons différentes mais complémentaires de le queeriser selon les discussions des deux autres chapitres.

Finalement, nous croyons que les théories queer nous permettent d'offrir un point de vue et des manières de comprendre le DIH que d'autres théories ne sont pas à même d'offrir. De plus, nous nous inscrivons dans une conversation qui est pour l'instant assez limitée, le queer et le DIH ne se combinant que très rarement :

Les surprises sont difficiles à trouver dans la discipline du droit international humanitaire: on ne trouve pas beaucoup de conférences sur Foucault, "Le corps et le droit des conflits armés", ou d'explorations sur la façon dont les visions du monde hégémoniques ont pu développer le principe de distinction [Notre traduction]⁴¹.

⁴¹ Naz K Modirzadeh, « Folk International Law: 9/11 Lawyering and the Transformation of the Law of Armed Conflict to Human Rights Policy and Human Rights Law to War Governance » (2014) 1 Harv Natl Secur J 1 225 aux pp 236-237.

Par contre, nous savons que les enjeux concernant la DSPG ne peuvent qu'augmenter en visibilité dans les prochaines années. Ce dialogue entre théories queer et DIH prendra de l'expansion et entraînera une multitude de débats – il est important d'y réfléchir dès maintenant pour mieux pouvoir informer les discussions futures. Une discussion sur la structure du DIH et de sa relation avec d'autres branches du droit est ainsi nécessaire pour bien comprendre comment une critique queer pourrait s'articuler. Participons donc par ce mémoire à causer la surprise en DIH, queerisant ces enjeux qui ne reçoivent pas encore assez d'attention.

CHAPITRE I

CADRE THÉORIQUE

Dans ce chapitre, nous débuterons notre réflexion sur le queer et sur les façons dont il peut être combiné au droit. En premier lieu, nous ferons un récapitulatif de l'origine du queer, tant au niveau de l'activisme que des théories. Ensuite, nous détaillerons quelques concepts d'importance dans ce cadre théorique. Qu'est-ce que le queer cherche à analyser spécifiquement? La deuxième section du chapitre applique le cadre théorique queer au droit en général. Pourquoi est-ce important de queeriser le droit? Quels sont les objectifs et les méthodes de cette queerisation? Ce sont toutes des questions auxquelles ce chapitre tentera de répondre.

1.1 Théories queer

Nous débutons ce chapitre par la mise en contexte des théories queer et du cadre théorique qu'elles offrent, ce qui nous permettra, tout au long du mémoire, d'ancrer nos réflexions dans les concepts clés théorisés par les auteur·ice·s de la discipline. C'est à travers l'apport de théoricien·ne·s queer tels que Teresa de Lauretis, Monique Wittig, Michel Foucault et Judith Butler que nous pourrons par la suite développer notre propre conception d'une critique queer, puis l'appliquer au droit international humanitaire. D'abord, il importe de retracer les débuts et les développements des théories queer ainsi que les courants majeurs les traversant.

1.1.1 Origines

La première définition du mot queer dans le *Oxford English Dictionary* est « étrange, curieux »⁴². Utilisé comme une insulte durant de nombreuses décennies, différenciant les *straights* (droits) des *queers* (travers), la réappropriation du terme par les personnes concernées a longtemps été controversée⁴³. Bien qu'aujourd'hui largement utilisé pour catégoriser les personnes issues de la diversité sexuelle et de la pluralité des genres, le terme *queer* est le résultat de plusieurs années de luttes et de réflexions sur la théorisation d'inégalités et de constructions sociales concernant le genre. Ce sont les luttes activistes qui ont permis d'ouvrir la discussion sur les enjeux queer, portées par les luttes féministes et celles de la communauté gaie.

Se développant principalement aux États-Unis, les débats queer universitaires ont émergé parallèlement aux revendications populaires. Bien qu'ayant été la cible de plusieurs critiques, les théories queer restent pertinentes et vivantes à ce jour. Quel est l'attrait de ce cadre théorique, et quels sont les concepts trouvant encore aujourd'hui écho dans les milieux académiques?

1.1.1.1 Luttes activistes

Les droits des minorités sexuelles et de genre font l'objet de luttes activistes et universitaires depuis de nombreuses décennies. Ces luttes ont d'abord été entamées par la défense des droits des femmes. Traversées par plusieurs préoccupations

⁴² « queer: Definition of queer », en ligne : Oxford Dictionaries <en.oxforddictionaries.com/definition/queer>.

⁴³ Wally Silanpoa défend son opposition à l'utilisation de *queer* pour définir les nouvelles théories en relevant le caractère profondément insultant du terme: « The word "Queer" is still a homophobic weapon despite any fancy theorization ». Dans Lauren Berlant et al, « FORUM: On the Political Implications of Using the Term "Queer," as in "Queer Politics," "Queer Studies," and "Queer Pedagogy" » (1994) 45 *Radic Teach* 52 à la p 57.

différentes, les théories féministes cherchent à comprendre la nature des inégalités entre les hommes et les femmes à travers une multitude de domaines tels que la sociologie, la psychanalyse, la politique, l'anthropologie et l'histoire. Réfléchissant sur les sociétés et les systèmes qui organisent les individus en faisant partie, les théories féministes continuent de relever les oppressions et inégalités qui créent des disparités entre les hommes et les femmes, dénonçant le patriarcat comme structure oppressante et totalisante.

En parallèle à ce travail académique, les enjeux des droits des femmes se sont aussi traduits par des revendications politiques. C'est ainsi que les femmes ont obtenu le droit de vote au niveau national pour la première fois en 1893⁴⁴ et plus tard dans pratiquement l'ensemble des pays, et que l'égalité entre les hommes et les femmes, bien que loin d'être acquise, continue d'être un objectif vers lequel plusieurs États tendent.

Outre les droits des femmes, les droits des minorités sexuelles, plus particulièrement ceux des gays et lesbiennes, ont aussi fait l'objet de recherches et d'activisme. Dans les années 1950, il se produit un effort de reprendre le contrôle sur les narratifs présents dans le public et le milieu académique à propos des pratiques homosexuelles, alors que celles-ci sont considérées comme une maladie et étudiées comme quelque chose à soigner⁴⁵. Aux États-Unis, l'intégration de la minorité homosexuelle dans le *mainstream* se fait progressivement entre 1960 et 1980 et suivant les années marquées par la crise du SIDA, plusieurs revues universitaires consacrées aux études

⁴⁴ « Droit de vote (1883 - 1954) », en ligne : Si/si, les femmes existent <sisilesfemmes.fr/droits-des-femmes-en-plusieurs-dates/droit-de-vote-1883-1954/>.

⁴⁵ Diane Richardson et Steven Seidman, *Handbook of Lesbian and Gay Studies*, SAGE, 2002 aux pp 15-16.

lesbiennes et gaies voient le jour⁴⁶. Les luttes activistes se déroulent en parallèle, et d'importants droits sont accordés à la communauté gaie dans le monde, surtout dans les pays occidentaux. Que ce soit sur le plan de la décriminalisation de l'homosexualité dans plusieurs pays, de la montée générale des droits humains avec l'avènement d'institutions onusiennes, le mariage gai ou bien l'octroi de plus de droits aux parents homosexuels, les luttes en faveur de l'égalité ont à ce jour apporté leur lot de résultats.

Les théories lesbiennes et gaies se développent en parallèle aux luttes activistes et, bien qu'ayant contribué de manière importante à l'émancipation et à l'intégration des personnes homosexuelles dans la communauté hétérosexuelle «générale», deviennent de plus en plus fragmentées et contestées, entre autres par des minorités sexuelles et de genre qui ne se sentent pas inclus dans les représentations et revendications portées par ces théories⁴⁷.

Les discours queer commencent donc en réaction aux « effets du communautarisme gai des années 1980 »⁴⁸, critique de ce courant qui se concentre principalement sur l'homosexualité, le posant comme contraire à l'hétérosexualité. Le modèle type étant l'homme homosexuel blanc, occidental et bourgeois, plusieurs communautés se sentent laissées pour compte et la marginalisation de ceux et celles qui n'entrent pas dans le cadre acceptable (personnes trans, travailleuses du sexe)⁴⁹ est exacerbée.

⁴⁶ Par exemple: *The Gay & Lesbian Review*; *Tulane Journal of Law and Sexuality*; *A Journal of Gay and Lesbian Studies*

⁴⁷ Richardson et Seidman, *supra* note 45 à la p 18.

⁴⁸ Robert Harvey, « Qu'ouïr au queer? » 40 Rue Descartes 2 à la p 2.

⁴⁹ *Ibid.*

C'est ainsi que des organisations activistes telles que *Queer Nation* ou *Act Up* émergent aux États-Unis dans le but de revendiquer une meilleure visibilité non seulement pour les personnes s'identifiant comme homosexuelles, mais pour tous les marginaux, ne cherchant pas à créer des endroits de tolérance au sein de la majorité hétérosexuelle, mais voulant plutôt *transformer* les espaces en lieux gais et lesbiens⁵⁰. Le terme queer est donc apparu en réaction au normal, et inclut tous les corps qui se positionnent à contre-courant des divisions hétéronormées, « dépass[ant] ou compliqu[ant] les frontières traditionnelles de l'identité sexuelle et les pratiques sexuelles normatives » [Notre traduction]⁵¹.

1.1.1.2 Premières théorisations

Parallèlement aux luttes queer activistes, un milieu académique se développe. Le terme « théories queer » a été utilisé pour la première fois en 1991 par Teresa de Lauretis, marquant le début d'une décennie où plusieurs théoricien·ne·s cherchent à élargir la portée des théories gaies/lesbiennes et féministes. De Lauretis voulait, en conceptualisant les théories queer, rompre avec les théories gay/lesbiennes qu'elle ne jugeaient pas assez intersectionnelles – ne positionnant pas l'homosexualité par rapport au genre ou à la classe par exemple⁵² – ouvrant un nouvel espace où la

⁵⁰ Lorenzo Bernini, *Queer Apocalypses: Elements of Antisocial Theory*, Palgrave Macmillan, 2017 à la p 5.

⁵¹ Rosemary Hennessy, « Queer Visibility in Commodity Culture » (1994) 29 *Cult Crit* 31 à la p 34.

⁵² Teresa De Lauretis, « Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities: An Introduction » (1991) 3:2 *Differ J Fem Cult Stud* iii-xviii aux pp iii-iv.

théorisation prendrait en considération les multiples identités et ne passerait pas par le modèle classique où l'homosexualité reste la seule différence étudiée⁵³.

Alors que les théories gaies et lesbiennes se concentrent sur l'intégration des personnes homosexuelles dans la société hétérosexuelle (en revendiquant plus de droits civils ou en relevant les conditions particulières de discrimination par exemple), les théories queer ont comme projet de contester la normalité en se positionnant contre tout ce qui passe pour naturel comme la race, la classe ou le genre⁵⁴. Ainsi, pour les théoricien·ne·s queer, les luttes pour l'augmentation des droits ne font que « fixer les catégories utilisées par l'État pour subordonner certains groupes, augmentant ultimement la régulation de la conduite personnelle »⁵⁵.

Le queer, c'est une critique radicale de la société et de son organisation – spécifiquement de l'hétérosexualité – non pas parce que c'est fondamentalement mal, mais plutôt parce que c'est ce qui représente la normalité. Le queer, c'est donc « une critique déconstructive de tous les essentialismes, des assignations identitaires normalisantes, des binarismes réducteurs [...] et de l'alignement génétique rigide sexe/genre/sexualité/identité »⁵⁶. Alors que dans le langage courant queer est associé

⁵³ David M Halperin, « The Normalization of Queer Theory » (2003) 45:2-4 Journal of Homosexuality 339 à la p 340.

⁵⁴ Berlant et al, *supra* note 43 à la p 54.

⁵⁵ Sami Zeidan, « The Limits of Queer Theory in LGBT Litigation and the International Human Rights Discourse » (2006) 14 Willamette J Int'l L & Dis Res 73 à la p 74.

⁵⁶ Harvey, *supra* note 48 à la p 3.

avec des œuvres, des personnes et des textes lesbien/gai/transgenres/bisexuels, l'usage théorique du terme diffère considérablement⁵⁷.

En effet, ne cherchant pas à définir des identités minoritaires, le terme queer critique l'idée même d'identité fixe : « c'est une promotion radicale de l'individu au détriment des groupes d'appartenance préexistants »⁵⁸. David Halperin le résume bien dans son livre *Saint Foucault : Towards a Gay Hagiography* lorsqu'il explique que le queer ne réfère à rien en particulier, n'étant pas une *positivité*, mais plutôt un *positionnement* par rapport au normal⁵⁹.

Outre cette opposition au normal, le projet des théories queer est aussi de réfléchir sur les façons dont les différences se présentent dans la société et de remettre en cause toute identité paraissant naturelle et fixe. À l'opposé des théories lesbiennes/gaies qui se concentrent sur des enjeux spécifiques de leur communauté, les « études queer tentent d'étudier les processus de catégorisation sexuelle et leur déconstruction » [Notre traduction]⁶⁰ dans la société en générale.

À la manière des théories féministes, l'utilisation des théories queer oblige la redécouverte de textes historiques, littéraires, cinématographiques ou de culture populaire afin de relever les présupposés et les modes de pensées qui y sont intégrés⁶¹;

⁵⁷ Karl Whittington, « QUEER » (2012) 33 Stud Iconogr 157 à la p 157.

⁵⁸ Pascale Macary-Garipuy, « Le mouvement « queer » : des sexualités mutantes ? » (2006) 7:3 Psychanalyse 43 à la p 44.

⁵⁹ David M Halperin, *Saint Foucault: Towards a Gay Hagiography*, OUP USA, 1997 à la p 62.

⁶⁰ Katherine Watson, « Queer Theory » (2005) 38:1 Group Anal 67 à la p 74.

⁶¹ Harvey, *supra* note 48 à la p 3.

contrairement aux théories féministes, on ne cherche pas à relever les endroits où le patriarcat s'imisce, mais plutôt où l'hétéronormativité est présente. C'est ainsi que les théories queer remettent en question tous les aspects de la société en queerisant des textes de plusieurs disciplines⁶², particulièrement les textes qui n'ont à première vue pas de lien avec les enjeux sexuels ou de genre⁶³. Les théories queer se veulent un outil de déconstruction, décortiquant les manières de penser et cherchant à susciter des questionnements, réfléchissant sur les structures et leur raison d'être⁶⁴.

1.1.1.3 Critiques

Plusieurs critiques ont été faites aux théories queer, entre autres par les théoricien·ne·s féministes. D'abord, cet abandon des sujets fixes, la déconstruction préconisée par le queer peut mener à l'effacement de sujets qu'il est important de conserver. En effet, « les catégories sociales ont encore une réalité matérielle qui a un impact sur la vie des gens » [Notre traduction]⁶⁵. Les inégalités structurelles engendrées par les catégories ne disparaissent pas seulement par la dissolution du terme les désignant, et il serait parfois utile d'utiliser les catégories pour mieux les attaquer.

Brenda Cossman répond à cet argument en prônant la combinaison des théories queer et féministes pour analyser les situations dans leur ensemble, ce qui apporterait selon

⁶² Watson, *supra* note 60 à la p 74.

⁶³ Berlant et al, *supra* note 43 à la p 54.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Carl Stychin, *Law's Desire : Sexuality And The Limits Of Justice*, Routledge, 2013 à la p 143.

elle une critique plus nuancée⁶⁶. La question de la possibilité d'utiliser les catégories afin d'atteindre un but précis se pose alors. C'est à travers l'essentialisme stratégique, terme défini pour la première fois par Gayatri Chakravorty Spivak, théoricienne postcoloniale, que cette utilisation duale est possible. Cette méthode utilise l'essentialisme à son avantage, se réappropriant les catégories à un escient subversif, les sujets arrachant le pouvoir de la catégorisation des oppresseurs. Un peu comme la réappropriation du terme queer par les activistes, c'est le « choix de développer une communauté essentialisée, une minorité discrète ou une catégorie générale, telle que "femme" ou "queer", dans le but de promouvoir des objectifs politiques spécifiques » [Notre traduction]⁶⁷.

Permettant aux groupes subordonnés de s'autodéfinir, l'essentialisme stratégique les outille à mieux naviguer le système juridique basé sur la catégorisation de ses sujets⁶⁸. Bien que ce soit parfois utile pour la revendication de plus de droits pour une minorité, « en utilisant l'essentialisme stratégique, nous ratons l'occasion cruciale de déstabiliser les conceptions catégoriques, fixes et immuables du sexe, du genre et de la sexualité, ainsi que leurs relations entre elles » [Notre traduction]⁶⁹. C'est cette déconstruction du sujet qui fait la spécificité des théories queer, soit la remise en

⁶⁶ Brenda Cossman, « Sexuality, Queer Theory, and "Feminism After" - Reading and Rereading the Sexual Subject » (2004) 49:4 McGill Law Journal 848 à la p 855.

⁶⁷ Lara Karaian, « The Troubled Relationship of Feminist and Queer Legal Theory to Strategic Essentialism: Theory/Praxis, Queer Porn, and Canadian Anti-discrimination Law » dans *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Ashgate Publishing, 2009, 375 à la p 378.

⁶⁸ Erin Fowler, « A Queer Critique on the Polygamy Debate in Canada: Law, Culture, and Diversity » (2012) 21 Dalhous J Leg Stud 93 à la p 116.

⁶⁹ *Ibid* à la p 117.

cause de l'ensemble des catégories. Théoriquement, d'utiliser l'essentialisme stratégique va donc à l'opposé de l'idée même des théories queer.

Une autre critique, cette fois par rapport au manque d'intersectionnalité au sein des théories et du mouvement queer, a été fait par Cathy Cohen dans son texte *Punks, Bulldaggers and Welfare Queens : The Radical Potential of Queer Politics?*⁷⁰. Cohen s'y questionne sur le potentiel subversif du queer dans la mesure où il omettrait de prendre en considération les multiples intersections des discriminations que les individus vivent. En regroupant seulement les personnes de la diversité sexuelle et la pluralité des genres sous le terme queer, il y a un risque d'exclure les personnes ayant une sexualité considérée comme anormale dans la société, par exemple les travailleur·euse·s du sexe. En contrepartie, en regroupant toutes les personnes de la DSPG sous le terme queer, il y a un risque d'oublier que beaucoup de personnes qu'on pourrait percevoir comme opprimées font en fait partie des personnes privilégiées dans la majorité des aspects de leur vie, par exemple les hommes cis blanc, fortunés et gai⁷¹.

Cette critique rejoint aussi celle du langage utilisé par les théoricien·ne·s queer, qui est très spécifique à la discipline. Les théories queer sont-elles réservées à une élite académique? Bien qu'il soit vrai que les termes et concepts utilisés par les auteur·ice·s queer peuvent sembler complexes, il reste que ce choix de langage s'inscrit dans la logique du courant. En effet, Butler l'explique lors de sa réponse aux critiques apportées à son livre *Trouble dans le genre*, que certains jugeaient d'un style

⁷⁰ Cathy J Cohen, « Punks, Bulldaggers, and Welfare Queens: The Radical Potential of Queer Politics? » (1997) 3 GLQ 437.

⁷¹ *Ibid* à la p 442.

trop difficile. Elle soutient que la grammaire est un outil d'oppression, les règles d'intelligibilité nous confinant dans un langage normalisé : « ce serait une erreur de penser que la grammaire que l'on a apprise est le meilleur moyen d'exprimer des vues radicales, étant donné les contraintes qu'impose cette grammaire à notre pensée, et même à ce qui est simplement pensable »⁷². La déconstruction de ce langage imposé – et finalement très limité – permettrait donc de conceptualiser des alternatives au cadre qui nous est présentement offert.

1.1.2 Concepts clés en théories queer : l'apport de Foucault et Butler

Que peut apporter le queer dans les réflexions sur la sexualité et, plus largement, sur la société? Outre les développements activistes et les réponses aux critiques, ce cadre théorique est fondé sur des concepts précis et bien développés. Les théories queer sont le résultat d'une longue série de questionnements et de réflexions académiques sur l'identité et sur les catégories dans lesquelles est distribué le pouvoir⁷³. Influencées par « les idées psychanalytiques et post-structurelles entourant l'identité, la sexualité et le rôle du symbolique » [Notre traduction]⁷⁴, plusieurs auteur·ice·s ont contribué à développer les idées fondatrices du queer.

L'une des idées pionnières des théories queer est celle d'anti-essentialisme, tirée de la philosophie et ensuite reprise par les théories féministes. L'essentialisme est la notion que chaque chose possède des traits innés qui sont nécessaires pour son identité. Appliqué aux questions de genre et de sexualité, « l'essentialisme consiste à croire

⁷² Judith Butler, *Trouble dans le genre: Le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, La découverte, 2005 à la p 41.

⁷³ Watson, *supra* note 60 à la p 69.

⁷⁴ *Ibid* à la p 70.

que le sexe d'une personne établit son genre, en délimitant ses traits de personnalité et les rôles qu'elle peut jouer dans la société »⁷⁵, donc que la catégorie femme existe parce que toutes partagent des traits «naturels» communs⁷⁶, ce que plusieurs courants féministes contestent. Les théories queer s'opposent donc à l'essentialisme, affirmant que toutes les catégories sont construites et que rien n'est naturel, tout étant le produit de jeux de pouvoir.

Dans la même lignée, Monique Wittig, bien avant que l'expression «théorie queer» soit inventée, réfléchissait sur le caractère non-essentialiste du sexe dans son texte *La pensée straight* (1980)⁷⁷. Poussant la réflexion féministe plus loin, elle propose l'idée que la notion même de femme est construite, et ce, toujours en opposition à la notion d'homme, qui est perçu comme le genre «normal». La catégorisation obligatoire entre ces deux termes réifie cette distinction artificielle : elle suggère donc de cesser de les utiliser afin de se libérer des catégories qui, finalement, ont pour but politique d'opprimer les «femmes»⁷⁸. Divergeant donc du féminisme traditionnel, Wittig peut sans contredit être considérée comme étant l'une des précurseurs des théories queer⁷⁹.

⁷⁵ Pascale Bujold, *La dénaturalisation des stéréotypes masculins dans la série télévisée québécoise Minuit, le soir*, Mémoire, Université du Québec à Montréal à la p 29.

⁷⁶ Charlotte Witt, « Anti-Essentialism in Feminist Theory » (1995) 23:2 Philos Top 321 à la p 322.

⁷⁷ Monique Wittig, « La pensée straight » (1980) 7 Questions Féministes 45.

⁷⁸ *Ibid* à la p 51.

⁷⁹ Macary-Garipuy, *supra* note 58 aux pp 46-47.

Les théories queer ont aussi beaucoup tiré du poststructuralisme, qui a émergé dans l'ouest dans la deuxième moitié du XXe siècle, porté par Michel Foucault et Jacques Derrida. Cette théorie s'oppose à l'idée que chaque individu est un agent autonome, rationnel et indépendant⁸⁰. Le poststructuralisme, au lieu de voir l'individu comme un agent complètement libre, l'explique plutôt comme étant « intégré dans un réseau complexe de relations sociales » [Notre traduction]⁸¹, et une attention particulière est portée sur le langage utilisé pour discipliner et contraindre les individus. Le sujet est ainsi construit par ces discours et à travers les relations de pouvoir.

Le projet poststructuraliste est ainsi de déconstruire l'idée d'agent autonome⁸². En effet, d'affirmer qu'il n'existe pas une essence innée aux individus entraîne un questionnement sur les manières dont sont construites les identités, plus particulièrement sur comment celles-ci sont dissimulées et quels sont les objectifs politiques sous-jacents à cette construction. Les théoricien·ne·s poststructuralistes « considère[nt] le corps, le sexe et le genre comme fictifs; construits par des processus sociaux se produisant aux niveaux macro social, micro social et intrapsychique » [Notre traduction]⁸³. Puisque le corps, les identités de genre et l'orientation sexuelle sont construits, il importe de déterminer quelles sont les contraintes qui les encadrent, mais surtout, de travailler à leur déconstruction. C'est à travers une étude du concept

⁸⁰ Surya Monroe, « Beyond Male and Female: Poststructuralism and the Spectrum of Gender » (2005) 8:1 Int J Transgenderism 3 à la p 4.

⁸¹ Ki Namaste, « The Politics of Inside/Out: Queer Theory, Poststructuralism, and a Sociological Approach to Sexuality » (1994) 12:2 Sociol Theory 220 à la p 221.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Monroe, *supra* note 80 aux pp 5-6.

de «pouvoir» développé par Foucault que nous pourrions mieux comprendre la création du sujet et des identités et leur réification dans la société en général.

1.1.2.1 Le pouvoir et ses techniques de normalisation

Michel Foucault est considéré comme l'un des penseurs les plus influents en sciences sociales, son travail s'inscrivant entre autres dans le courant poststructuraliste⁸⁴. Parmi ses ouvrages les plus influents on retrouve *Surveiller et punir* (1975) qui étudie l'émergence de la prison et ses quatre tomes de la série *Histoire de la sexualité*, publiés jusqu'après sa mort. Le premier tome de cette série, *La volonté de savoir* (1976), a offert pour la première fois une alternative à l'histoire classique du développement des sexualités. Selon lui, la catégorie homosexuelle ne peut pas être retracée historiquement, avançant plutôt que « la catégorie des homosexuels est née d'un contexte particulier dans les années 1870 et que, comme la sexualité en général, elle doit être considérée comme une catégorie construite de savoirs plutôt que comme une identité découverte » [Notre traduction]⁸⁵. Posant les bases pour les théories queer à venir, les écrits de Foucault continuent encore aujourd'hui à être utilisés par les théoricien·ne·s du genre.

Parmi les personnes inspirées par Foucault, Judith Butler est certainement l'une des plus influentes dans le domaine. Dans son ouvrage philosophique *Trouble dans le genre* (1990), Butler « développe le travail de Foucault en relation avec les théories féministes du genre afin d'exposer et d'explorer les modèles naturalisés et normatifs

⁸⁴ Tamsin Spargo, *Foucault and Queer Theory*, coll Postmodern Encounters, Cambridge, Icon Books, 1999 à la p 7.

⁸⁵ *Ibid* à la p 17.

du genre et de l'hétérosexualité » [Notre traduction]⁸⁶. C'est encore l'une des chercheuses les plus lues en sciences politiques et en sociologie, *Trouble dans le genre* étant en 2015 l'ouvrage le plus cité lors de recherches sur le féminisme⁸⁷.

Ces deux auteur·ice·s sont donc considéré·e·s comme ayant placé les bases théoriques permettant encore aujourd'hui le développement de critiques queer. Le concept principal que Foucault et Butler ont déployé dans leurs recherches et celui qui nous servira tout au long de ce mémoire est celui du pouvoir, de ses manières d'agir et des points de résistance qu'il offre.

Le pouvoir pour Foucault n'est pas une question de force physique ou matérielle, mais plutôt un jeu de relations constantes entre les individus. Cette conception du pouvoir le pose comme étant structurel, sans lien avec la volonté consciente des individus, le résultat d'un amalgame « des structures discursives, des connaissances (scientifiques) et des pratiques qui les accompagnent » [Notre traduction]⁸⁸, pouvant agir à la fois sur les autres et sur soi-même. Deux éléments clés du concept de pouvoir sont particulièrement importants, soit qu'il est diffus et qu'il est productif.

D'abord, le pouvoir n'appartient réellement à personne, il est relationnel et diffus. Contrairement aux théories précédentes imaginant le pouvoir comme émanant du haut (le souverain, l'État) vers le bas (le sujet), Foucault positionne le pouvoir comme étant une relation entre individus. Le pouvoir ne peut donc pas être détenu par une

⁸⁶ *Ibid* à la p 52.

⁸⁷ Nicola J Smith et Donna Lee, « What's Queer about Political Science? » (2015) 17:1 Br J Polit Int Relat 49 à la p 51.

⁸⁸ Ivan Manokha, « Foucault's Concept of Power and the Global Discourse of Human Rights » (2009) 23:4 Glob Soc 429 à la p 430.

personne ou un groupe de personnes puisqu'il s'opère dans chaque interaction entre chaque individu⁸⁹. Pour lui, le pouvoir « se produit à chaque instant, en tout point, ou plutôt dans toute relation d'un point à un autre. Le pouvoir est partout ; ce n'est pas qu'il englobe tout, c'est qu'il vient de partout »⁹⁰. De plus, plusieurs systèmes de pouvoir sont à l'œuvre en même temps, que ce soit par rapport à la sexualité, le genre ou encore la race ou la classe.

D'ailleurs, puisque chacun·e a des intérêts et objectifs qui lui sont propres, les actions ne peuvent être coordonnées et ne suivent pas de stratégie globale⁹¹. Le pouvoir actuel, ne pouvant être retracé à un souverain ou une entité précise, doit ainsi plutôt être défini comme une multiplicité de rapports de forces qui agissent au quotidien dont « la cristallisation institutionnelle prennent corps dans les appareils étatiques, dans la formulation de la loi, dans les hégémonies sociales »⁹².

Ensuite, bien que le pouvoir soit en action constante entre chaque sujet, il importe de déconstruire notre perception de sa force uniquement répressive. Pour Foucault, le pouvoir est davantage productif : il « réprime, mais fait tout aussi bien exister »⁹³. Contrairement aux théories précédentes décrivant la société capitaliste moderne comme ayant réprimé les sexualités, Foucault explique qu'au contraire, les discours

⁸⁹ Alec McHoul et Wendy Grace, *A Foucault Primer : Discourse, Power And The Subject*, Routledge, 2015 à la p 89.

⁹⁰ Michel Foucault, *Histoire de la sexualité I: La volonté de savoir*, Gallimard, 1976 à la p 122.

⁹¹ Isaak Dore, « Foucault on Power » (2009) 78:3 UMKC Law Rev 737 aux pp 740-741.

⁹² Foucault, *supra* note 90 aux pp 121-122.

⁹³ Macary-Garipuy, *supra* note 58 à la p 45.

sur la sexualité n'ont jamais été aussi multiples⁹⁴. En effet, le pouvoir est positif et productif, créant les éléments qui constituent la société⁹⁵ et produisant les comportements jugés comme acceptables, normaux.

Le pouvoir produit et régule donc à la fois les relations entre chaque individu, mais peut aussi agir sur le soi. C'est ce que Butler avance avec son concept de subjectivation, qui dévoile à la fois la construction du sujet et sa subordination au pouvoir. C'est l'idée que le sujet n'existe pas socialement avant les termes qui le définissent, émergeant « à travers une soumission primaire aux catégories, termes et noms établis par les concaténations des relations de pouvoir qui précèdent et s'étendent au-delà du sujet qu'ils désignent » [Notre traduction]⁹⁶. Le sujet doit être constamment réaffirmé par la performance des actes de pouvoir l'ayant constitué : cette répétition – réitération dans les termes de Butler – crée le sujet sans que celui-ci soit conscient des éléments le construisant. C'est ainsi que « le statut de sujet n'est assuré que par la répétition des conditions de pouvoir qui inaugurent ce statut, de sorte que ces conditions elles-mêmes sont rétablies ou reproduites par leur citation continue » [Notre traduction]⁹⁷.

Les sujets sont aussi disciplinés par les structures institutionnelles. Nous pouvons donc finalement appliquer la théorie du pouvoir de Foucault et Butler à l'État. Considérant que le pouvoir agit de manière répressive, mais également productive, il

⁹⁴ McHoul et Grace, *supra* note 89 à la p 80.

⁹⁵ *Ibid* à la p 82.

⁹⁶ Catherine Mills, « Contesting the Political: Butler and Foucault on Power and Resistance » (2003) 11:3 J Polit Philos 253 à la p 259.

⁹⁷ *Ibid*.

importe d'étudier les lois étatiques non seulement comme réprimant des comportements, mais aussi comme les créant : « les désirs et les identités ne sont pas préexistants, mais constitués au cours de pratiques culturelles historiquement spécifiques. Le droit, en tant que pratique culturelle, participe à la création des catégories identitaires qu'il cherche à contrôler » [Notre traduction]⁹⁸. Comme nous le verrons plus loin, le droit n'est qu'un instrument du pouvoir parmi tant d'autres, mais il a une forte capacité d'action sur les sujets⁹⁹ et construit les catégories qu'il cherche à contrôler et interdire.

1.1.2.2 Les stratégies de pouvoir par le discours

Comment le pouvoir peut-il agir sur les individus de cette manière? Selon Foucault, c'est par le discours et les structures discursives que sont produites les normes encadrant les sujets¹⁰⁰. Chaque fois que nous réfléchissons sur un objet ou un sujet, nous utilisons les mots qui nous sont disponibles : « un "discours" serait alors tout ce qui contraint, mais aussi permet, l'écriture, la parole et la pensée dans des limites historiques [...] spécifiques » [Notre traduction]¹⁰¹. Le pouvoir est productif, et le discours produit le pouvoir.

Puisque c'est à travers le discours que le pouvoir opère, le sujet est contraint par les structures discursives pour se définir¹⁰². En matière de genre, le discours produit les

⁹⁸ Wayne Morgan, « Queer Law: Identity, Culture, Diversity, Law » (1995) 5 *Australas Gay Lesbian Law J* 1 à la p 24.

⁹⁹ Dore, *supra* note 91 à la p 748.

¹⁰⁰ Manokha, *supra* note 88 à la p 430.

¹⁰¹ McHoul et Grace, *supra* note 89 à la p 31.

¹⁰² Manokha, *supra* note 88 à la p 430.

sujets qu'il discipline. Pour Butler, il n'y a « point de 'nature' antérieure à la construction sociale du genre; le sexe, comme le genre, est une catégorie construite par le discours »¹⁰³. Ce sont entre autres les discours médicaux et psychologiques qui ont formé les sujets et les identités, positionnant l'hétérosexualité comme naturelle et définissant ce qu'est le sexe «normal»¹⁰⁴. Le langage définit et construit le sujet, l'interprétation du soi étant donc conditionnelle aux discours qui nous sont disponibles.

Les discours sont productifs, mais les silences le sont également. Ce qui est interdit fait partie des stratégies de pouvoir au même niveau que ce qui est autorisé :

Le mutisme lui-même, les choses qu'on se refuse à dire ou qu'on interdit de nommer, la discrétion qu'on requiert entre certains locuteurs, sont moins la limite absolue du discours, l'autre côté dont il serait séparé par une frontière rigoureuse, que des éléments qui fonctionnent à côté des choses dites, avec elles et par rapport à elles dans des stratégies d'ensemble. [...] Il n'y a pas un, mais des silences et *ils font partie intégrante des stratégies qui sous-tendent et traversent les discours*¹⁰⁵.

C'est ainsi que les tabous, les choses interdites, produisent des sujets forcés d'être définis et de se définir à l'intérieur de discours et d'interdits contraignants, au même titre que les choses dites construisent les sujets.

¹⁰³ Nous mettons l'emphase dans le texte : Irène Jami, « Judith Butler, théoricienne du genre » (2008) 1:44 Cahiers du genre 205 aux pp 209-210.

¹⁰⁴ *Ibid* à la p 213.

¹⁰⁵ Foucault, *supra* note 90 aux pp 38-39.

1.1.2.3 Fonction de discipline et possibilités de résistance

À quoi sert ce pouvoir si personne n'en est à la tête? Et comment peut-il agir sur tou·te·s si aucun mécanisme de discipline n'existe? Foucault a développé une théorie s'inspirant du *Panoptique* de Jeremy Bentham, système carcéral permettant aux gardiens de prison de voir l'ensemble des prisonnier·ère·s à la fois. Ces dernier·ère·s, ne sachant pas exactement quand l'observation commence, mais réalisant que ce peut être à tout moment, se disciplinent eux-mêmes à agir comme s'iels l'étaient. Appliquant ce concept aux interactions, cela produit des situations où « le sujet se transforme en objet de pouvoir et adopte des comportements "volontaires" qui sont attendus par le discours dominant et les configurations de vérité » [Notre traduction]¹⁰⁶. Le sujet s'autodiscipline afin de correspondre à ce que le pouvoir dicte comme norme acceptable, puisqu'il sait qu'il est constamment observé et jugé par les autres. La normativité est ainsi un instrument du pouvoir, où chaque individu est discipliné *par les autres* et se discipline *soi-même* pour être et se considérer comme normal¹⁰⁷.

Butler reprend cette analyse du discours comme agent conducteur du pouvoir : pour la philosophe, « la façon dont nous voyons le sexe et le genre est une fonction des discours qui fixent les limites de nos façons de voir » [Notre traduction]¹⁰⁸. Selon elle, le genre et le sexe ne sont pas préexistants aux discours. Au contraire, ce sont les discours qui les créent et les organisent :

¹⁰⁶ Manokha, *supra* note 88 à la p 435.

¹⁰⁷ Dore, *supra* note 91 à la p 743.

¹⁰⁸ Hennessy, *supra* note 51 à la p 37.

Les identités de genre sont donc soumises à une norme culturelle, elle-même fondée sur des catégories discursives qui excluent, en les rejetant dans l'inintelligible ou l'anormal, ce qui du genre ou du désir n'est pas moulé selon cette « matrice culturelle », ou encore « hégémonie hétérosexuelle »¹⁰⁹.

Le concept de matrice hétérosexuelle est défini par Butler comme étant la croyance que les personnes désignées mâles doivent agir de manière masculine et désirer les personnes désignées femmes et que celles-ci doivent agir de manière féminine et désirer les mâles pour être considérées comme normales¹¹⁰. C'est ainsi que la « performativité du langage hétérocentré tente [...] de faire du sexe biologique la causalité du genre, ce dernier étant supposé refléter le désir, orienté vers le sexe opposé »¹¹¹.

Ce qui est intéressant dans l'idée que le pouvoir, véhiculé par les discours, puisse produire et reproduire des identités, c'est les possibilités qu'on peut entrevoir quant aux endroits de résistance. Puisque c'est à travers le discours qu'il est possible de discipliner les individus, c'est aussi à travers le discours qu'il est possible de résister à cette discipline. Pour Foucault, chaque centre de pouvoir coexiste avec une multitude de lieux de résistance¹¹². Nous avons vu que le pouvoir n'agit pas de haut en bas, mais qu'il est partout, les relations de pouvoir étant multidirectionnelles : les lieux de résistance le seront autant¹¹³. Les lieux de critique du pouvoir se trouvent

¹⁰⁹ Macary-Garipuy, *supra* note 58 aux pp 47-48.

¹¹⁰ Lauren Wilcox, « Practising Gender, Queering Theory » (2017) 43:5 Rev Int Stud 789 à la p 796.

¹¹¹ Macary-Garipuy, *supra* note 58 à la p 50.

¹¹² McHoul et Grace, *supra* note 89 aux pp 83-84.

¹¹³ Bernini, *supra* note 50 à la p 8.

donc près de celui-ci, et ne peuvent être définis en objectifs généraux et englobants – ils doivent apparaître dans chacune des relations de pouvoir¹¹⁴. Foucault conclut donc que par la résistance, « chaque relation de pouvoir est fluide et potentiellement modifiable » [Notre traduction]¹¹⁵.

Comment alors résister aux jeux de pouvoir? Foucault propose « une résistance anarchique - pleine d'expérimentation de la pensée et du corps, mais sans agenda - comme forme de lutte contre l'appareil de la sexualité » [Notre traduction]¹¹⁶. La résistance se doit d'être dirigée vers une technique de pouvoir, et non contre un ou des individus en particulier¹¹⁷. C'est ainsi que les théories queer concentrent leurs efforts sur la critique de l'hétéronormativité en tant que structure et non sur les personnes hétérosexuelles spécifiquement.

Butler propose aussi des techniques de résistance en se basant sur la même prémisse comme quoi la résistance n'est pas externe au pouvoir, mais en fait partie intégrante¹¹⁸. Comme discuté, le genre est une réitération, une performance, et Butler y voit comme possibilité de résistance « le potentiel d'une répétition infidèle et critique qui pourrait déplacer les constructions mêmes par lesquelles elle est

¹¹⁴ McHoul et Grace, *supra* note 89 aux pp 85-86.

¹¹⁵ Dore, *supra* note 91 à la p 741.

¹¹⁶ Bernini, *supra* note 50 à la p 8.

¹¹⁷ McHoul et Grace, *supra* note 89 aux pp 86-87.

¹¹⁸ Mills, *supra* note 96 à la p 253.

mobilisée » [Notre traduction]¹¹⁹. De cette manière, puisque la construction des identités se fait par un processus de répétition, il serait possible de produire des répétitions subversives, allant contre la norme : « Si la répétition est vouée à se répéter comme mécanisme de reproduction culturelle des identités, la question décisive est de savoir quel genre de répétition subversive pourrait remettre en question la pratique régulatrice de l'identité »¹²⁰.

En produisant des discours contraires à ce qui est considéré normal, il est donc possible d'exposer et de déconstruire les présupposés, par exemple celui comme quoi l'hétérosexualité est la norme¹²¹. En effet, l'une des bases de la critique queer est la reconnaissance de l'existence d'une structure dominante s'appuyant sur l'idéologie voulant que le monde soit organisé et interprété par un présupposé hétérosexuel¹²². C'est à travers cette compréhension de l'organisation hétéronormée de la société que l'avènement des théories queer se justifie et que leur développement est nécessaire, d'où l'importance de bien comprendre le concept d'hétéronormativité.

1.1.2.4 L'hétéronormativité

Le terme hétéronormativité découle des deux termes «hétérosexuel» et «normativité», signifiant donc la normalisation de l'hétérosexualité. Cette hétérosexualité est considérée comme la forme normale et naturelle que prennent les relations entre les

¹¹⁹ Stéphanie Genz et Benjamin A Brabon, « Queer (Post)Feminism » dans *Postfeminism*, coll Cultural Texts and Theories, Edinburgh University Press, 2018, 187 à la p 189.

¹²⁰ Butler, *supra* note 72 à la p 108.

¹²¹ Watson, *supra* note 60 à la p 72.

¹²² Aaron Ponce, « Shoring up Judicial Awareness: LGBT Refugees and the Recognition of Social Categories » (2012) 18 N Engl J Int Comp Law 185 à la p 188.

humains¹²³, forme privilégiée – voire obligatoire – de modeler les interactions. En effet, l'hétérosexualité de la société semble incontestable, inévitable:

bien qu'on ait admis ces dernières années qu'il n'y a pas de nature, que tout est culture, il reste au sein de cette culture un noyau de nature qui résiste à l'examen, une relation qui revêt un caractère d'inéluctabilité dans la culture comme dans la nature; c'est la relation hétérosexuelle ou relation obligatoire entre 'l'homme' et 'la femme'¹²⁴.

L'idée que l'hétérosexualité est l'origine normale de toute organisation sociétale est réitérée dans l'ensemble des interactions et se trouve reprise par les individus et par les structures sociales¹²⁵. L'hétérosexualité et les relations hétérosexuelles sont donc perçues comme étant chose naturelle, sans questionnement nécessaire. Dès lors, ce sont « les pratiques localisées et les institutions centralisées qui légitiment et privilégient l'hétérosexualité et les relations hétérosexuelles comme fondamentales et naturelles dans la société » [Notre traduction]¹²⁶ qui créent ce qui devient une norme.

L'hétéronormativité divise les relations entre ce qui est naturel/pas naturel, normal/anormal. Plus qu'une simple norme, « il s'agit en fait d'un principe normatif, d'une norme qui crée une norme à respecter, en dessous de laquelle les gens ne sont pas autorisés par la société à dévier : une norme "hétéronormative" » [Notre

¹²³ Dianne Otto, « Taking a Break from “Normal”: Thinking Queer in the Context of International Law » (2007) 101 Am Soc'y Int'l L Proc 119 à la p 120.

¹²⁴ Wittig, *supra* note 77 à la p 49.

¹²⁵ Ponce, *supra* note 122 à la p 188.

¹²⁶ Cohen, *supra* note 70 à la p 440.

traduction]¹²⁷. Nous pouvons en déduire que de s'éloigner de l'hétérosexualité est interdit : tous les corps qui dévient de cette norme se trouvent catégorisés comme anormaux et marginaux¹²⁸. Le pouvoir est ainsi d'avoir la faculté de définir ce qui est normal/anormal.

Outre le binaire normal/anormal, l'hétéronormativité sert aussi à créer d'autres lignes de division : « la grande portée de l'hétéronormativité en tant qu'instrument de l'ordre social et juridique réside dans son pouvoir d'exclure, de tracer des limites et d'établir des catégories d'initiés et d'étrangers » [Notre traduction]¹²⁹. Le binaire hétérosexuel/homosexuel est associé respectivement aux autres binaires moralité/amoralité, vérité/mensonge et bon/mauvais par exemple¹³⁰. Cette association est reproduite dans toutes les sphères de la société et de la sexualité: « Selon les standards hétéronormatifs, le "bon" sexe est le sexe monogame, intraracial, intergenre, procréateur, privé; selon ces standards, tout ce qui est moins est du "mauvais" sexe » [Notre traduction]¹³¹.

¹²⁷ Jillian Todd Weiss, « The Gender Caste System: Identity, Privacy, and Heteronormativity » (2001) 10 Law Sex Rev Lesbian Gay Bisexual Transgender Leg Issues 123 à la p 124.

¹²⁸ Angela Dwyer, « Policing Queer Bodies: Focusing on Queer Embodiment in Policing Research as an Ethical Question » (2008) 8 Qld Univ Technol Law Justice J 414 à la p 416.

¹²⁹ Emily L Stark, « Get a Room: Sexual Device Statutes and the Legal Closeting of Sexual Identity » (2009) 20 George Mason Univ Civ Rights Law J 315 aux pp 317-318.

¹³⁰ Diane S Meier, « Gender Trouble in the Law: Arguments against the Use of Status/Conduct Binaries in Sexual Orientation Law » (2008) 15 Wash Lee J Civ Rights Soc Justice 147 à la p 148.

¹³¹ Stark, *supra* note 129 à la p 317.

Les institutions et les discours dominants reproduisent cette hétéronormativité présentée comme étant le fondement de la société,¹³² laissant ainsi supposer qu'un monde qui n'est pas organisé selon elle est chaotique, inimaginable¹³³. La structure hétéronormative peut être relevée dans chaque aspect de la société moderne, modelant chaque interaction et institution : « non seulement par un discours référentiel ouvert comme les intrigues amoureuses et la sentimentalité, mais aussi matériellement, dans le droit du mariage et de la famille, dans l'architecture du foyer, dans le zonage du travail et en politique » [Notre traduction]¹³⁴. Même dans les sphères qui semblent sans lien avec la sexualité, l'hétérosexisme et l'homophobie organisent la vie sociale¹³⁵ et, comme nous le verrons plus tard, influencent aussi les structures et normes juridiques¹³⁶.

Sachant que l'hétéronormativité et les divisions qui en découlent organisent toutes les sociétés et sont présentes dans l'ensemble de ses sphères¹³⁷, les théories queer se positionnent comme dénonciatrices et déconstructrices de cet ordre oppressant :

Parce que la logique de l'ordre sexuel est maintenant si profondément ancrée dans un éventail indescriptible d'institutions sociales et qu'elle est ancrée dans les récits les plus courants du monde, les luttes queer ne visent pas seulement la

¹³² Wittig, *supra* note 77 à la p 48.

¹³³ *Ibid* à la p 50.

¹³⁴ Lauren Berlant et Michael Warner, « Sex in Public » 24:2 Critical Inquiry 547 à la p 562.

¹³⁵ Michael Warner, « Fear of a Queer Planet » (1991) 29 Social Text 3 à la p 6.

¹³⁶ Weiss, *supra* note 127 à la p 124.

¹³⁷ Warner, *supra* note 135 à la p 6.

tolérance ou l'égalité de statut, mais la contestation de ces institutions et récits [Notre traduction]¹³⁸.

C'est ainsi que les théories queer ne cherchent pas à se tailler une place à l'intérieur de la structure, mais tâchent plutôt de la déconstruire et de l'exposer dans toute son oppression¹³⁹. L'hétéronormativité a été la cible théorique et politique des théoricien·ne·s et des activistes queer depuis ses débuts¹⁴⁰:

en ciblant l'hétéronormativité plutôt que l'hétérosexualité, la théorie queer et l'activisme reconnaissent [...] que l'hétérosexualité est une institution qui organise plus que le sexuel: elle est socialement omniprésente, sous-jacente à une myriade de normes prises pour acquises qui façonnent ce qui peut être vu, dit et apprécié [Notre traduction]¹⁴¹.

Le queer et les corps «anormaux» perturbent cette organisation par leur simple existence¹⁴². C'est sur cette compréhension de l'organisation sociale que se base l'ensemble de la théorisation du queer. L'hétéronormativité est ainsi dénoncée et interprétée comme omniprésente, catégorisante et oppressante, et le travail de déconstruction s'effectue peu à peu à travers chaque analyse queer écrite à ce jour.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Hennessy, *supra* note 51 à la p 36.

¹⁴⁰ Cohen, *supra* note 70 à la p 440.

¹⁴¹ Hennessy, *supra* note 51 aux pp 35-36.

¹⁴² Dwyer, *supra* note 128 à la p 416.

C'est en ayant en tête ces définitions, ces concepts importants en théories queer que nous pouvons maintenant tenter d'en comprendre les effets sur des champs théoriques plus larges que les études de genre classiques. Le but de notre mémoire étant de critiquer la structure du droit international humanitaire, nous devons d'abord commencer par observer de quelles manières les théories queer peuvent être associées à une critique du droit en général afin de bien s'en approprier les techniques.

1.2 Théories queer du droit

Le droit, bien qu'ayant souvent la prétention d'être neutre, n'échappe pas à la structure hétéronormative discutée plus haut. En effet, « le droit ne peut être séparé avec succès de la politique, de la morale et du reste des activités humaines, mais fait partie intégrante du réseau de la vie sociale » [Notre traduction]¹⁴³. Considérant que la structure hétéronormative organise les sociétés actuelles, il importe donc de se rappeler que le droit et les systèmes juridiques y sont aussi soumis. Les tribunaux « opèrent selon des postulats au regard du sexe biologique, du genre, de la sexualité et de l'identité, postulats qui sont par la suite déployés pour privilégier l'hétérosexualité et qui marginalisent les réalités queer » [Notre traduction]¹⁴⁴. Une étude queer des lois, normes, décisions et du droit en général nous permet alors de relever les endroits où les présupposés hétérosexuels sont présents.

¹⁴³ Frances Olsen, « The Sex of Law » dans David Kairys, dir, *The Politics of Law: A Progressive Critique*, 3^e éd, New York, Basic Books, 1998, 690 à la p 705.

¹⁴⁴ Ponce, *supra* note 122 à la p 188.

1.2.1 De l'intérêt de queeriser le droit

Pourquoi devrait-on étendre l'analyse queer au juridique et quel est l'intérêt d'en faire un champ d'études indépendant, le *queer legal theory*? Comme discuté plus haut, les discours qui forment les individus et la société sont multiples et le pouvoir est diffus, ne découlant pas du haut vers le bas, mais provenant de toutes parts. Le droit et les discours juridiques devraient-ils donc obtenir une place de choix dans une analyse de la société et de l'hétéronormativité, ou faudrait-il au contraire considérer le droit seulement comme un discours parmi d'autres¹⁴⁵?

L'intérêt de soumettre les systèmes juridiques à la critique queer vient du fait que le droit, bien que n'ayant pas plus d'importance dans la construction de la culture que d'autres discours, « exerce un contrôle direct sur la vie des gens » [Notre traduction]¹⁴⁶. Wayne Morgan suggère de ne pas exagérer l'effet du droit sur la société, mais il affirme que ce serait faux de le considérer comme seulement un discours parmi d'autres puisque

le droit jouit d'un pouvoir particulier en raison de l'autorité institutionnelle, politique et morale dont il est investi, de la richesse et des ressources qui y sont consacrées et de sa capacité à influencer directement la vie des personnes qui sont soumises à ses processus [Notre traduction]¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Morgan, *supra* note 98 à la p 3.

¹⁴⁶ *Ibid* à la p 4.

¹⁴⁷ *Ibid* à la p 9.

Le droit comme objet d'analyse présente donc un attrait pour les théoricien·ne·s queer puisqu'il constitue un point d'accès privilégié vers la compréhension de comment l'hétéronormativité est institutionnalisée et codifiée.

Il est d'autant plus pertinent d'appliquer les enjeux de genre et d'identité dans l'ensemble du domaine juridique puisque la sexualité est un outil pouvant servir à étudier davantage que les domaines du droit qui y sont directement liés. En effet, selon Felicia Kornbluh, il est possible et même souhaitable d'analyser d'un point de vue queer les branches du droit qui semblent ne pas avoir de lien évident avec les questions de genre ou de sexualité¹⁴⁸. Pour elle, « toutes les politiques publiques modernes sont genrées »¹⁴⁹ puisque chaque norme a été construite et réfléchie en présupposant l'existence d'une binarité homme/femme. Le cadre d'analyse queer est de ce fait utilisé depuis plusieurs années dans le monde juridique pour analyser une multitude de branches différentes du droit. Que ce soit au niveau du droit de la famille¹⁵⁰, des droits humains¹⁵¹ ou encore en droit de l'immigration¹⁵², plusieurs théoricien·ne·s queer ont cherché à comprendre les implications de l'hétéronormativité et ses conséquences dans la création et l'application de normes juridiques qui n'avaient a priori aucun lien avec les minorités sexuelles et de genre.

¹⁴⁸ Felicia Kornbluh, « Queer Legal History: A Field Grows up and Comes Out » (2011) 36:2 Law & Soc Inquiry 537 à la p 556.

¹⁴⁹ *Ibid* à la p 548.

¹⁵⁰ Graeme W Austin, « Queering Family Law » (1999) 8 Australas Gay Lesbian Law J 39.

¹⁵¹ Aeyal Gross, « Queer Theory and International Human Rights Law: Does Each Person Have a Sexual Orientation? » (2007) 101 129.

¹⁵² C T Turney, « Give Me Your Tired, Your Poor, and Your Queer: The Need and Potential for Advocacy for LGBTQ Immigrant Detainees Comment » (2010) 58 UCLA Law Rev 1343.

1.2.2 De l'objectif d'une analyse queer juridique

Considérant que le droit influence la société et que cette dernière influence le droit, et admettant la pertinence d'une étude queer des systèmes juridiques, nous devons nous interroger sur le but des théories queer et déterminer quel est l'objectif de leur regard critique.

L'utilisation des théories queer pour l'analyse du droit sert d'abord à relever les biais hétéronormatifs qui y sont dissimulés, mais tend aussi vers le but global de la remise en cause de l'entièreté des structures régulatrices. En effet, « une politique simplement axée sur la contestation de la position de l'hétérosexualité en tant que terme supérieur [...] échouerait dans l'objectif déconstructif de déloger le système en général » [Notre traduction]¹⁵³.

Ce n'est pas un désaveu total des efforts poussant vers une plus grande égalité juridique entre les genres et les identités sexuelles, mais plutôt une réflexion sur la pertinence de l'ajout de droits. En effet, même si davantage de droits sont accordés aux minorités, l'égalité totale ne sera jamais atteinte puisque ce sera le système inégalitaire et biaisé qui chapeautera tous les 'acquis'. Ainsi, les théories queer du droit sont à la fois nécessaires pour relever les biais inscrits dans les normes, et indispensables pour effectuer une réforme juridique sexuelle et de genre profonde, menant ultimement au démantèlement total de l'hétéropatriarcat ¹⁵⁴. Cette déconstruction des structures mènera à la libération du sujet queer – et du même coup

¹⁵³ Kate Foord, « Imagine There are No Lesbians: Psychoanalysis, Queer Theory and the Legal Recognition of Same-Sex Parenting » (2007) 27 Aust Fem Law J 3 à la p 4.

¹⁵⁴ Francisco Valdes, « Afterword & Prologue: Queer Legal Theory Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of Sex, Gender, and Sexual Orientation in Euro-American Law and Society » (1995) 83:1 Calif Law Rev 344 à la p 345.

du sujet hétérosexuel – de par la déstabilisation de toutes les identités et la reconnaissance de la fluidité des genres et des sexes. L'exposition et la déconstruction de la binarité imposée bénéficiera donc à l'ensemble de la société, libérée de toute contrainte.

L'ampleur de la déconstruction prônée par les théoricien·ne·s queer varie en intensité. L'un des courants queer poussant la déconstruction jusqu'à l'extrême est la branche antisociale des théories queer, portée en grande partie par Leo Bersani¹⁵⁵ et Lee Edelman¹⁵⁶. Le plaidoyer fait par ce dernier propose un *non-futur*, la destruction du politique et de l'ordre social, un projet abolitionniste qui n'offre pas d'alternative à la destruction complète¹⁵⁷. Son ouvrage *No Future*

offre une critique de la politique qui ne vise ni la réforme ni l'accommodement, mais plutôt l'abolition ou le renversement d'un système qui est essentiellement hiérarchique et d'exploitation dans son essence et donc non réparable [Notre traduction]¹⁵⁸.

Le *death drive*, ou la pulsion de mort, est l'un des concepts qui en fait partie : ne signifiant pas nécessairement la mort biologique, la pulsion de mort fait plutôt référence au fait que le sujet queer est déjà catégorisé comme «mort» puisque la

¹⁵⁵ Leo Bersani, « Is the Rectum a Grave? » (1987) 43 Octobre 197; Leo Bersani, *Homos: repenser l'identité*, Éditions Odile Jacob, 1998.

¹⁵⁶ Lee Edelman, *No Future: Queer Theory and the Death Drive*, Londres, Duke University Press, 2004.

¹⁵⁷ C Heike Schotten, « SOCIETY MUST BE DESTROYED » dans *Queer Terror: Life, Death, and Desire in the Settler Colony*, Columbia University Press, 2018, 93-125 à la p 96.

¹⁵⁸ *Ibid* aux pp 98-99.

société le perçoit comme contraire à la vie et à la reproduction, sujet n'ayant aucun futur dans l'ordre hétéronormatif. Edelman encourage le sujet queer à accepter cette catégorisation et à succomber à la pulsion de mort en reconnaissant son statut non productif, amenant cette «mort» jusqu'à la destruction de l'ordre social, pour enfin pouvoir «vivre» en tant que sujet queer¹⁵⁹.

Cette destruction de la structure actuelle amènerait invariablement la destruction de la futurité et des sujets hétérosexuels et queer, qui s'en verraient les deux libérés. Bien qu'il y ait plusieurs critiques apportées au courant antisocial des théories queer – entre autres par rapport à la faisabilité de la chose, ou encore à son occidentalocentrisme bourgeois¹⁶⁰ –, il reste que le projet antisocial force à imaginer un futur dans lequel la destruction de la structure actuelle pourrait permettre une alternative qui, paradoxalement, inclurait le sujet queer tout en le détruisant.

Bien que ce courant puisse à première vue sembler nihiliste, il est tout de même porteur d'espoir, nous contraignant à réaliser les limites du cadre sociétal actuel dans le but d'ouvrir le champ des possibles pour les corps et la société en général. En droit, il pourrait être interprété comme une critique des normes contraignantes et réductrices actuelles, donnant la possibilité de réfléchir un autre ordre social, offrant le potentiel de mieux reconstruire sur de nouvelles bases inimaginables pour le moment.

L'objectif principal des théories queer est ainsi de critiquer et déconstruire le droit et sa structure, ne cherchant pas invariablement l'atteinte de réformes juridiques et

¹⁵⁹ *Ibid* à la p 110.

¹⁶⁰ L'une des critiques les plus virulentes face au livre *No Future* est la remise en question de la pertinence de l'analyse de Bersani qui prend comme seule expérience la sienne, soit celle d'homme blanc/gai/bourgeois, rendant son texte très unidimensionnel, capaciste et insensible aux enjeux des minorités raciales.

l'ajout de droits ou de normes. Au contraire, le queer force à la réalisation que le droit sert d'abord à contrôler et contraindre les gens en étant vecteur d'homophobie, entraînant la réalisation que ses fondements sont basés sur l'oppression¹⁶¹. Les théories queer du droit servent donc à déconstruire, à porter un regard critique, à remettre en cause les hiérarchies et les binarités, le tout sans nécessairement avoir la prétention ni l'intention de dicter ce qui vient après la révélation des oppressions¹⁶². Comme nous le verrons, le queer ne doit pas être perçu comme étant complètement pessimiste et négatif :

C'est en résistant aux pratiques discursives et institutionnelles qui, dans leur fonctionnement dispersé et diffus, contribuent au fonctionnement de l'hétéronormativité que les identités queer peuvent ouvrir un espace social pour la construction d'identités différentes, pour l'élaboration de divers types de relations, pour le développement de nouvelles formes culturelles [Notre traduction]¹⁶³.

Comment faire pour appliquer ces idées et principes queer au champ juridique? Nous verrons que malgré la difficulté de combiner un cadre théorique prônant la fluidité et un champ d'études extrêmement rigide, plusieurs auteur·ice·s ont tentés d'élaborer des stratégies de queerisation du droit.

¹⁶¹ Morgan, *supra* note 98 à la p 41.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Halperin, *supra* note 59 aux pp 66-67.

1.2.3 De la méthode de queerisation du droit

La déconstruction de toutes les normes hétérosexistes n'est pas simple, particulièrement lorsque celles-ci sont rigidelement codifiées et appliquées par l'État. Comment est-il donc possible de *queeriser* le droit, et quelles sont les stratégies qui ont été utilisées pour le faire? Francisco Valdes, dans son texte *Queers, Sissies Dykes and Tomboys*, explique de façon extensive le lien entre le droit et les théories queer, et propose huit stratégies clés pour atteindre la liberté sexuelle et de genre, deux desquelles seront illustrées ci-dessous¹⁶⁴.

L'une de ces stratégies consiste en l'intégration des notions et connaissances des sciences sociales aux sciences juridiques pour que ces dernières puissent bénéficier des années de recherche concernant les droits des minorités sexuelles et de genre. L'accent est mis sur la sensibilisation des acteurs du milieu juridique aux biais qu'il peut y avoir dans le droit en y incorporant les apports de la sociologie queer par exemple, alors même que la culture légale « se contente généralement de négligence et d'ignorance, sinon de mépris et de persécution, à l'égard des réalités des minorités sexuelles et des groupes minoritaires »¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Francisco Valdes, « *Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of "Sex," "Gender," and "Sexual Orientation" in Euro-American Law and Society* » (1995) 83:1 Calif Law Rev 1 aux pp 364-372. Les huit stratégies complètes sont:

- (1) combattre les stéréotypes de conflation,
- (2) rapprocher les connaissances en sciences sociales et les connaissances juridiques,
- (3) utiliser des récits,
- (4) développer les sensibilités constructivistes,
- (5) conceptualiser l'"orientation sexuelle",
- (6) défendre le désir comme tel,
- (7) dépasser la " vie privée " et
- (8) promouvoir le positionnement, la relationnalité et l'(inter)connexion

[Notre traduction]

¹⁶⁵ Valdes, *supra* note 154 à la p 362.

Pour ce faire, l'une des premières actions à entreprendre est d'étendre les études queer aux programmes universitaires en droit afin que les juristes qui formeront les prochains tribunaux et qui écriront les prochaines lois soient familier·ère·s avec les idées queer et les manières dont le droit discrimine. L'intégration de recherches queer provenant des sciences sociales au cursus universitaire en droit permettrait aux apprenti·e·s juristes d'avoir une vision portant au-delà du système juridique actuel, leur donnant une conception des identités plus globale et compréhensive que celle proposée jusqu'à maintenant, autorisant dès lors une critique structurelle profonde du droit¹⁶⁶.

Une seconde stratégie proposée par Valdes est l'utilisation par les théoricien·ne·s en droit de *récits* relatant des faits vécus par les minorités sexuelles et de genre :

[En saisissant] l'humanité, la complexité et la diversité de la vie et des questions juridiques queer, l'utilisation de récits peut dramatiser de façon concrète, convaincante et indéniable l'injustice de l'hétérosexisme pour aider à informer et orienter les actions des décideurs juridiques [Notre traduction]¹⁶⁷.

Permettant de sortir du cadre académique habituel, l'utilisation de récits rend possible à la fois de convaincre de la pertinence des théories queer tout en ancrant celles-ci dans la réalité. Scott Ihrig utilise d'ailleurs cette méthode dans son étude relatant les expériences des étudiant·e·s gaies, lesbiennes et bisexuel·le·s dans plusieurs écoles de droit¹⁶⁸. En rapportant les réalités vécues par plusieurs de ses collègues étudiant·e·s, il

¹⁶⁶ Laurie Rose Kepros, « Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory? » (1999) 9 Law Sex Rev Lesbian Gay Bisexual Transgender Leg Issues 279 à la p 308.

¹⁶⁷ Valdes, *supra* note 164 à la p 366.

¹⁶⁸ Scott Ihrig, « Sexual Orientation in Law School: Experiences of Gay, Lesbian, and Bisexual Law Students » (1996) 14:2 Law Inequal J Theory Pract 555.

démontre les effets négatifs de l'absence et l'invisibilisation des personnes issues de la DSPG dans les universités, absence « stigmatisant l'association avec les personnes GLB [Gay, lesbiennes, Bisexuelles], en définissant étroitement les rôles sexuels et en limitant la portée du dialogue acceptable » [Notre traduction]¹⁶⁹, effets qui se reflètent à la sortie des études dans le droit en général.

Outre les sensibilités queer pouvant être enseignées lors de la formation des juristes, des techniques spécifiques peuvent par la suite être employées pour apporter un regard queer sur les enjeux juridiques. Pour Morgan, la contre-surveillance est une façon pour « les juristes gais et lesbiennes [de] contester directement la prétention du droit à connaître [leur] vie » [Notre traduction]¹⁷⁰, et reste le meilleur moyen de porter un regard critique queer sur le droit. De rester vigilant·e·s en analysant les multiples façons dont l'hétéronormativité s'imisce dans les différentes sphères du droit permet d'attirer l'attention de la communauté juridique aux problématiques queer qui ne seraient pas considérées autrement.

Trois stratégies principales de contre-surveillance queer sont d'intérêt particulier pour notre réflexion. D'abord, l'analyse jurisprudentielle utilise les jugements rendus sur un sujet donné pour relever les inclinations hétéronormatives, à la fois dans le résultat du jugement que dans les réflexions des juges. Ensuite, une analyse par secteur permet de relever des tendances dans un espace donné, que ce soit au niveau régional ou national. Finalement, une critique queer de lois spécifique et l'étude de l'impact de ces lois viennent clore les techniques queer de critique du droit.

¹⁶⁹ *Ibid* à la p 563.

¹⁷⁰ Morgan, *supra* note 98 à la p 44.

1.2.3.1 Par une analyse jurisprudentielle

L'une des façons de queeriser le droit s'illustre à travers l'analyse de jugements rendus par divers paliers de tribunaux. Bien que les jugements des cours supérieures aient plus de poids que ceux des cours inférieures, il reste que les interprétations des juges et leurs façons de décrire les situations et les personnes est significative et ce, peu importe l'instance. Les idéologies des juges font surface à travers leurs jugements, laissant transparaître leurs opinions sur les questions de genre et de sexualité. Leur interprétation des faits est influencée par des enjeux idéologiques – nonobstant la neutralité formelle des lois, leur application sera biaisée. Les théoricien·ne·s queer peuvent ainsi chercher à relever les endroits dans des jugements précis où les juges, de façon explicite ou implicite, n'ont pas été impartiaux·ales.

Janet Halley en fait la démonstration dans son essai *Le genre critique : comment (ne pas) genrer le droit?*¹⁷¹, où elle reprend l'affaire *Twyman v. Twyman*¹⁷² de la Cour Suprême du Texas. Dans cette affaire, la plaignante poursuit son ex-mari qui, selon elle, l'a forcée à se soumettre à la pratique du *bondage* sous menace de mettre fin au mariage. La femme se serait sentie obligée de se plier aux attentes de son mari, même si elle ne voulait pas : son mariage en dépendait. Elle avance donc avoir été contrainte de s'adonner à des pratiques sexuelles contraires à ses préférences. Halley fait valoir que pour les juges, c'est leur interprétation d'une pratique sexuelle «déviant», sortant de la norme qui a motivé la décision de donner gain de cause à la femme. La vision que les juges avaient du mariage a aussi guidé leur décision, d'autant plus qu'ils ont admis que la menace de mettre fin au mariage équivaut à une contrainte.

¹⁷¹ Janet Halley, « Le genre critique: comment (ne pas) genrer le droit? » [2011] *Jurisprud Rev Crit* 109.

¹⁷² *Twyman v Twyman*, SW (2d) 790 (1993).

La détresse de la femme est ainsi causée par les pratiques déviantes de son ex-mari : elle n'avait aucun choix de s'y soumettre, sa capacité d'agir étant complètement éclipsée par la menace d'un divorce. « Le divorce est représenté comme si semblable à une menace de mort que, confrontée à lui, les femmes ne peuvent être regardées comme des agents rationnels »¹⁷³.

Cette vision conservatrice que la femme et les juges partagent sous-tend que le mariage est si important pour la femme que sa dissolution est inimaginable, et il est si encadrant que de ne pas se plier aux volontés de son époux ou de son épouse est impensable. Pour Halley, la conclusion est que, bien que la femme ait gagné sa cause, les juges ont fait beaucoup de suppositions. Une façon queer de lire le jugement et la situation est qu'au lieu de voir la femme comme une victime, on peut imaginer qu'il existe plusieurs pratiques sexuelles, qu'il n'y a pas de division binaire et hiérarchique entre le bon/le «mauvais» sexe et que le *bondage* n'est pas intrinsèquement mauvais.

Un autre cas jurisprudentiel qui met encore plus clairement en évidence les biais des juges est la célèbre affaire *Bowers v. Hardwick*¹⁷⁴ rendue à la Cour suprême des États-Unis en 1986. Cette affaire concerne un homme s'étant fait arrêter chez lui, puis accuser de sodomie, acte illégal en Géorgie à l'époque. Il conteste la constitutionnalité de cette interdiction jusqu'en Cour suprême, qui rend un jugement confirmant la validité de la loi criminalisant la sodomie, condamnant en même temps les actes homosexuels.

¹⁷³ Halley, *supra* note 171 à la p 127.

¹⁷⁴ *Bowers v Hardwick*, 478 US 186 (1986).

L’auteur Carl Stychin en fait la critique en remarquant que la Cour suprême a fait une interprétation erronée et biaisée de la loi, tout en créant un sujet homosexuel défini par ses actions. La loi en cause était en effet neutre, interdisant la sodomie chez toute *personne*, ne visant pas spécifiquement les relations homosexuelles. Pourtant, pour les juges de la majorité, la sodomie est *de facto* liée à l’homosexualité, « brouillant la frontière entre actes et identités » [Notre traduction]¹⁷⁵.

En ne considérant pas les actes de sodomie dans les relations hétérosexuelles, les juges essentialisent « l’identité homosexuelle » en la liant automatiquement à cet acte, qui à son tour définit l’identité sexuelle de la personne. Thomas Stoddard critique aussi le travail des juges dans *Hardwick* en soutenant que ce sont les opinions personnelles des juges qui ont prévalu dans le jugement, et non les principes de droit¹⁷⁶. Selon lui, « l’opinion de la Cour dans l’affaire *Hardwick* ne repose sur rien de plus substantiel que le dégoût collectif des cinq juges de la majorité pour la conduite examinée » [Notre traduction]¹⁷⁷. Finalement, les juges majoritaires expliquent spécifiquement que le jugement est rendu en tenant compte de l’acceptabilité sociale de la sodomie, supposant donc que la majorité des habitants de la Géorgie considèrent la sodomie *homosexuelle* comme un acte immoral et inacceptable¹⁷⁸. C’est ainsi que les juges, en confirmant la validité de l’illégalité de la sodomie, choisissent de viser spécifiquement les personnes homosexuelles, exposant leur biais homophobe.

¹⁷⁵ Stychin, *supra* note 65 à la p 150.

¹⁷⁶ Thomas B Stoddard, « Bowers v. Hardwick: Precedent by Personal Predilection » (1987) 54 U CHI L REV 648 à la p 648.

¹⁷⁷ *Ibid* à la p 649.

¹⁷⁸ *Ibid* à la p 655.

Les critiques queer faites par Halley, Stychin et Stoddard nous permettent de mieux comprendre comment les jugements paraissant neutres sont porteurs d'idées hétéronormatives, biaisées et binaires et sont le reflet d'un biais qui vient structurer le droit. Que ce soit dans la construction d'une bonne ou d'une mauvaise sexualité ou encore dans l'essentialisation d'identités sexuelles liées aux actions, les jugements reproduisent des schèmes binaires et ancrent les sujets et les actes dans des catégories fixes et rigides, les confinant dans une structure oppressante.

1.2.3.2 Par une analyse par secteur

Outre la critique de cas jurisprudentiels spécifiques, une seconde manière de queeriser le droit est l'étude de tendances dans un cadre temporel, géographique ou décisionnel précis, analysant une multitude de jugements du même tribunal, d'une même instance ou encore d'une région sur un sujet en particulier. Une analyse globale d'une seule instance permet de voir les idéologies évoluant au courant des années dans un même endroit géographique, intéressant pour constater les idées que porte et projette cette instance.

Un exemple de cette façon de faire est illustré à travers le texte *The Construction of Homosexuality in New Zealand Judicial Writing*¹⁷⁹ d'Edward Clark, qui analyse le langage utilisé par les juges en Nouvelle-Zélande pour décrire l'homosexualité dans les jugements suivant la décriminalisation de la conduite homosexuelle. Pour Clark, le langage judiciaire est particulièrement important, et ce, peu importe le dénouement de l'affaire, puisque ce langage « sert à renforcer et à répéter le privilège hétérosexuel » [Notre traduction]¹⁸⁰. De plus, puisque la conduite homosexuelle n'est plus illégale

¹⁷⁹ Edward Clark, « The Construction of Homosexuality in New Zealand Judicial Writing » (2006) 37 Vic Univ Wellingt Law Rev 199.

¹⁸⁰ *Ibid* à la p 201.

dans les jugements étudiés, la façon dont les juges décrivent les personnes homosexuelles relève entièrement de leurs opinions sur ce qu'ils considèrent comme moral/amoral.

C'est ainsi que Clark relève plusieurs endroits où les juges utilisent le terme *comportement homosexuel* pour décrire des moments où deux hommes ou deux femmes ont des relations sexuelles. Outre le fait qu'il n'y ait jamais mention de *comportements hétérosexuels*,

Ce type d'usage implique que toutes les interactions entre les homosexuels tournent autour du sexe, alors qu'il n'en va pas de même pour les hétérosexuels. L'expression "comportement homosexuel" pourrait désigner le fait que deux hommes homosexuels regardent ensemble un film sur le thème de l'homosexualité aussi facilement qu'ils le feraient s'ils avaient des rapports sexuels, mais elle n'est utilisée dans un contexte judiciaire que pour désigner le sexe [Notre traduction]¹⁸¹.

Bien que ne supposant pas l'homophobie explicite des juges, Clark relève que le choix du langage dans les jugements analysés implique invariablement que l'hétérosexuel est la norme qui n'a pas besoin d'être spécifiée, tandis que l'homosexuel et ses «comportements» sont constamment soulignés¹⁸². De queeriser cette situation est donc de relever les façons dont l'hétéronormativité agit dans les discours véhiculés par les jugements, imposant sans cesse une binarité homosexuel/hétérosexuel.

¹⁸¹ *Ibid* à la p 204.

¹⁸² *Ibid*.

1.2.3.3 Par une critique de lois spécifiques

Finalement, une dernière stratégie de queerisation du droit consiste en l'analyse d'une loi, d'un règlement ou d'une décision qui est en faveur ou en défaveur des droits des personnes de la DSPG, relevant les impacts que le texte a réellement sur la société, sur la communauté queer et spécifiquement sur la construction du sujet «homosexuel». L'ajout de normes n'est pas une stratégie qui est préconisée par les théoricien.ne.s queer : bien qu'à première vue, l'addition de droits pour les minorités sexuelles ou de genre puisse sembler efficace, voire même apporter des résultats positifs, les identités n'en sont que réifiées et essentialisées, le système continuant d'être hétéronormatif et fondamentalement discriminatoire.

Un exemple des impacts qu'a eu la Charte canadienne des droits et libertés (la Charte) sur les décisions rendues et l'évolution de la législation provinciale au Canada est proposé par Brenda Cossman¹⁸³. La Cour suprême du Canada (CSC) a rendu plusieurs jugements qui ont fait progresser la cause des personnes de la DSPG depuis l'instauration de la Charte. En prenant l'exemple de quelques jugements phares¹⁸⁴ qui ont fait avancer les définitions de famille, de couple et d'égalité au Canada, Cossman démontre qu'il y a en effet eu des victoires significatives pour les personnes homosexuelles, mais qu'en créant ces droits, un nouveau sujet juridique entièrement défini par la CSC a été créé. Les femmes lesbiennes et les hommes gays deviennent donc, au fil des décisions juridiques, constitués comme des sujets en droit, mais bien que « ces nouveaux sujets juridiques remettent en question les modes dominants de subjectivité et d'hétéronormativité juridiques, [ils y sont simultanément] absorbés »

¹⁸³ Brenda Cossman, « Lesbians, Gay Men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (2002) 40 Osgoode Hall Law J 223.

¹⁸⁴ Entre autres: *Little Sisters Book and Art Emporium v Canada*, 2000 CSC 69 [2000] 2 SCR 1120; *Friend v Alberta*, [1998] 1 RCS 493; *M v H*, [1999] 2 RSC 3.

[Notre traduction]¹⁸⁵. Le droit canadien a certes changé de par l'incorporation d'un nouveau sujet, mais ce dernier a dû être défini, encadré et doit maintenant répondre aux critères du droit canadien pour être reconnu.

Cossman critique aussi la conception de la famille monogame, faisant valoir que pour bénéficier des protections de la loi, le couple homosexuel doit entrer dans un cadre prédéfini, ce qui a ultimement un effet pernicieux :

l'inclusion des sujets gais et lesbiens dans la loi est réglementée dans ses marges pour s'assurer que les "autres" – les personnes sexuellement promiscues, sexuellement publiques et sexuellement non monogames – restent des hors-la-loi [Notre traduction]¹⁸⁶.

En analysant de plus près les décisions en faveur des personnes homosexuelles et les lois qui en ont découlé, Cossman arrive à démontrer que bien que pouvant être considérés comme une certaine victoire, les avantages réels pour l'avancement de la cause restent minimes. Erin Fowler parvient à la même conclusion en analysant le débat polygamie/monogamie au Canada, se posant la question s'il se pouvait que les bénéfices de l'inclusion de la polygamie comme minorité acceptée en droit surpassent les désavantages qu'une nouvelle catégorie apporterait¹⁸⁷. La mononormativité n'en serait selon lui que renforcée : « en attribuant à la polygamie le statut de minorité sexuelle, on ne ferait que perpétuer l'idée que les relations sont hiérarchiques, la

¹⁸⁵ Cossman, *supra* note 183 à la p 246.

¹⁸⁶ *Ibid* à la p 248.

¹⁸⁷ Fowler, *supra* note 68.

monogamie conservant son statut d'idéal » [Notre traduction]¹⁸⁸. La binarité mono/poly ne serait donc que renforcée, le premier binaire étant le normal et le second l'anormal.

Nous pouvons ainsi comprendre que les façons de queeriser le droit sont multiples. Plusieurs auteur·ice·s se sont intéressé·e·s aux manières de rendre un peu plus queer les jugements, les lois et les tribunaux, usant chacun·e de stratégies distinctes. Nous concluons en réitérant l'importance d'une critique queer du droit. Nous avons vu que Foucault comprend le droit, en tant que technique de pouvoir, comme n'étant pas que répressif, mais surtout productif. C'est ainsi que

lorsque les États modernes et leurs institutions utilisent le pouvoir, ils prennent le contrôle de leurs sujets grâce à des technologies du pouvoir qui non seulement ne suscitent pas de résistance, mais sont la source de la normalisation, sinon de la subjectivation même, de l'individu [Notre traduction]¹⁸⁹.

C'est cette normalisation de sujets ainsi que les techniques de pouvoir utilisées pour agir sur les individus que les théories queer cherchent à relever par leur critique du droit. Le prochain chapitre tâchera d'appliquer ce que nous avons conclu sur les théories queer et sur les techniques de queerisation du droit en général au droit international en particulier. Quelles stratégies de pouvoir agissent dans le système juridique international? Comment les auteur·ice·s parviennent-ils à critiquer ce corpus juridique? D'abord, en lien avec la thématique principale de notre mémoire, il importe de poser les bases de la branche du droit international qui nous est d'intérêt

¹⁸⁸ *Ibid* à la p 112.

¹⁸⁹ Dore, *supra* note 91 à la p 738.

particulier, le droit international humanitaire, pour pouvoir mieux appréhender la discussion qui suivra dans le chapitre trois.

CHAPITRE II

BASES DU DIH ET QUEERISATION DU DROIT INTERNATIONAL

Dans ce chapitre, nous débutons avec une vue d'ensemble du droit international humanitaire (DIH). À quoi sert ce corpus juridique? Comment s'est-il développé et pour quelles raisons? Nous verrons quels sont les acteurs principaux qui interagissent lors de la création et de l'application du DIH, nous attardant sur l'acteur le plus important durant les conflits : les forces armées. Une critique de l'institution militaire de ses manières d'organiser ses membres et ses actions nous permet de mieux comprendre comment le DIH est construit. En effet, de bien cerner les enjeux qui traversent les forces armées nous informe sur comment la guerre est menée et sur comment les personnes sont organisées durant les conflits. Plus particulièrement, nous soutenons que l'armée contribue à la création des règles qui encadrent les conflits armés, les enjeux qui se trouvent au sein de l'institution militaire s'intégrant donc aux règles de la guerre et à la structure même du DIH. Cette première section sur l'armée et le DIH nous servira à poser les bases pour notre analyse du chapitre trois.

Dans la deuxième section, nous étendons nos réflexions précédentes sur le droit et le queer jusqu'au champ du droit international. Nous venons de discuter de manières de queeriser le droit : comment cela se traduit-il au niveau international? Y a-t-il des auteur·ice·s qui ont déjà tenté de queeriser le droit international? Ce chapitre a comme objectif de nous positionner face à une critique plus spécifique au DIH. En effet, de voir comment queeriser ce corpus juridique est nécessaire avant d'entamer

une critique complète du DIH puisque celui-ci découle directement de la structure du droit international public. Débutons d'abord par une brève explication des fondements du droit international humanitaire.

2.1 Fondements et acteurs du droit international humanitaire

Les conflits armés sont régis par le droit international humanitaire, qui rassemble l'ensemble des règles s'appliquant aux différents acteurs prenant part au conflit : le DIH s'applique à toutes les parties prenantes et doit aussi être appliqué par tous. Les armées étatiques sont l'un des acteurs principaux durant les conflits armés, se trouvant soumises aux règles du DIH, tout en ayant l'obligation de les appliquer. Les armées prennent constamment des décisions relatives aux choix d'attaquer ou de protéger des lieux et des personnes. Dans toute critique du DIH, une analyse de l'armée est donc importante puisque c'est cette dernière qui l'interprète, l'applique et y est soumise.

D'abord, les forces armées étatiques, tout en étant des organisations qui ont leur propre gestion, pratiques et valeurs internes, font partie de la société dans son ensemble. L'armée comme institution n'est donc pas à l'abri des enjeux touchant le reste de la société dans laquelle elle opère, d'autant plus que ses membres individuels sont partie intégrante de la structure sociale. Avant d'entamer la critique principale du mémoire, il est donc pertinent et important de s'attarder sur l'armée puisque celle-ci reflète, reproduit et amplifie des enjeux que l'on retrouve dans la société, tout en détenant une grande part de pouvoir direct sur les corps et les endroits durant les conflits armés.

La prochaine section du mémoire vise donc à analyser comment l'armée en tant qu'institution et groupement d'individus reproduit les inégalités déjà présentes dans la société. Nous discuterons de l'hétéronormativité de l'institution militaire, de son image et de la manière dont elle est construite par la société, des rapports de pouvoir à l'intérieur de l'institution et de comment cela se traduit lors d'interactions avec l'ennemi. Finalement, une description du droit international humanitaire ainsi que de ses fondements et principes sera faite, soulignant l'importance de ce droit dans tous les aspects des conflits armés.

2.1.1 L'armée comme institution hétéronormative

Les théoricien·ne·s féministes ont beaucoup écrit sur les femmes pendant la guerre, notamment sur les violences subies par celles-ci,¹⁹⁰ mais aussi sur leur intégration au sein de forces armées¹⁹¹. Encore aujourd'hui, la participation des femmes aux effectifs militaires est minime et ce, peu importe l'État: 97% des soldats dans l'ensemble des armées du monde sont des hommes¹⁹². En juin 2019, seulement 5,8%

¹⁹⁰ Christine Chinkin, « Rape and Sexual Abuse of Women in International Law » (1994) 5:3 Eur J Int Law 326; Natalia Buchowska, « Violated or Protected? Women's Rights in Armed Conflicts after the Second World War » (2016) Int Comp Jurisprud 72; Valerie Oosterveld, « Feminist Debates on Civilian Women and International Humanitarian Law » (2009) Law Publ 385.

¹⁹¹ Brenda Oppermann et Melanne Verveer, « Women and Gender in the US Military: A Slow Process of Integration » dans Robert Egnell et Mayesha Alam, dir, *Women and Gender Perspectives in the Military*, coll An International Comparison, Georgetown University Press, 2019, 113; Jill Laurie Goodman, « Women, War, and Equality: An Examination of Sex Discrimination in the Military » (1978) 4 Womens Rights Law Report 243; Hanna Herzog et Melanne Verveer, « Are Women Really Equal in the People's Army?: A Gender Perspective on the Israel Defense Forces » dans Robert Egnell et Mayesha Alam, dir, *Women and Gender Perspectives in the Military*, coll An International Comparison, Georgetown University Press, 2019, 153.

¹⁹² Joshua S Goldstein, « War and Gender » dans Carol R Ember et Melvin Ember, dir, *Encyclopedia of Sex and Gender: Men and Women in the World's Cultures*, Boston, MA, Springer US, 2004, 107 à la p 107.

des forces des Casques bleus de l'ONU étaient des femmes¹⁹³. Au Canada, les femmes constituent un mince 15,7% des forces régulières et de réserve¹⁹⁴. Finalement, dans l'ensemble de l'histoire de toutes les armées du monde, le pourcentage de guerrières oscille autour de 1% des troupes¹⁹⁵.

En ce qui a trait aux personnes issues de la diversité sexuelle et de la pluralité des genres, les statistiques sont encore plus accablantes, quoique moins nombreuses : on rapportait en 2017 que seulement 0.45% des membres des forces armées canadiennes s'identifiaient ouvertement comme trans¹⁹⁶ et en 2014, seulement trente pays au monde montraient des signes d'ouverture ou d'inclusion face au personnel issu de la DSPG dans les forces armées¹⁹⁷. Les personnes s'identifiant en tant qu'homme cisgenre forment donc l'écrasante majorité des forces militaires, peu importe le lieu ou l'époque.

Qu'autant d'hommes soient présents dans les forces militaires étatiques n'est pas un hasard. La guerre a longtemps été conçue comme étant pour les hommes, par les hommes, le résultat étant qu'aujourd'hui, la perception que se font les soldats d'eux-mêmes et la façon qu'à la société de les percevoir est encore profondément teintée de

¹⁹³ United Nations Peacekeeping, « Gender », en ligne : [United Nations Peacekeeping <peacekeeping.un.org/en/gender>](http://peacekeeping.un.org/en/gender).

¹⁹⁴ National Defence, « Statistics of women in the Canadian Armed Forces » (6 mars 2019), en ligne : [Aem <canada.ca/en/department-national-defence/services/women-in-the-forces/statistics.html>](http://canada.ca/en/department-national-defence/services/women-in-the-forces/statistics.html).

¹⁹⁵ Goldstein, *supra* note 192 à la p 107.

¹⁹⁶ Zoe McKnight, « Being transgender in the Canadian military », *MacLeans* (août 2017), en ligne : [MacLeans <macleans.ca/news/canada/being-transgender-in-the-canadian-military/>](http://macleans.ca/news/canada/being-transgender-in-the-canadian-military/).

¹⁹⁷ The Hague Center for Strategic Studies, *LGBT Military Personnel: A Strategic Vision for Inclusion*, 2014 à la p 62.

présupposés hétéronormatifs. Les façons dont se construit l'image de guerrier type et d'armée idéale sont multiples, et mènent à des conséquences concrètes au sein des troupes et lors d'interactions avec l'ennemi.

D'abord, l'État présente le fait d'aller à la guerre comme une façon privilégiée d'exprimer et de prouver la virilité, créant une figure d'héroïsme. Le soldat courageux partant se battre pour sa patrie est un héros, un modèle à suivre. Sa figure est construite comme étant virile, stoïque, courageuse, téméraire. Il « a le don de séduire les filles et est résolument hétérosexuel » [Notre traduction]¹⁹⁸. Le soldat héroïque est prêt à se sacrifier pour la population civile, laissant derrière femme et enfants pour donner sa vie à la nation.

À l'opposé du héros, les hommes n'allant pas au combat sont considérés comme efféminés, comme des lâches :

En Grande-Bretagne et en Amérique, pendant la Première Guerre mondiale, les femmes ont organisé une campagne à grande échelle pour distribuer des plumes blanches aux hommes valides trouvés dans la rue. Avant le coup d'État de 1973 au Chili, les femmes de droite lançaient du maïs aux soldats pour les railler comme des "poulets". Les femmes Apaches rencontraient les guerriers victorieux avec des "chants et des réjouissances", mais ceux vaincus avec des "railleries et des insultes" ; les femmes Zouloues en faisaient de même [Notre traduction]¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Rachel Woodward, « Warrior Heroes and Little Green Men: Soldiers, Military Training, and the Construction of Rural Masculinities* » (2000) 65:4 Rural Sociol 640 à la p 643.

¹⁹⁹ Goldstein, *supra* note 192 à la p 110.

Particulièrement dans le cas des sociétés qui sont militarisées, les hommes qui se positionnent à l'opposé de la figure privilégiée par la société sont perçus comme suspects. D'une part, leur loyauté à l'État est remise en question et d'autre part, leur masculinité même est compromise : « ce ne sont pas seulement des "lâches et des traîtres", mais aussi des "tapettes et des *queers*" » [Notre traduction]²⁰⁰. Afin de se positionner comme bon sujet masculin, les hommes ont avantage à intégrer l'armée et à se conformer à ses normes.

Les hommes intègrent donc «naturellement» le système militaire, mais qu'en est-il des autres? Une fois faite l'application pour intégrer les forces armées, l'impératif masculin se manifeste par un refus d'inclusion, au niveau individuel comme structurel. En effet, « la décision d'exclure explicitement les femmes des combats a reposé, entre autres, sur l'affirmation des militaires selon laquelle les femmes, comme les homosexuels, mineraient les liens entre hommes et la cohésion des troupes » [Notre traduction]²⁰¹.

Il y a une relation entre la masculinité et les conflits armés : « les guerriers sont construits comme masculins, et la masculinité est construite par la guerre » [Notre traduction]²⁰². Plus encore, la masculinité hégémonique²⁰³ est perçue comme une

²⁰⁰ Lisa S Price, « Finding the Man in the Soldier-Rapist: Some Reflections on Comprehension and Accountability » (2001) 24:2 *Womens Stud Int Forum* 211 à la p 222.

²⁰¹ Valorie K Vojdik, « The Invisibility of Gender in War » (2002) 9 *Gender L & Pol'y* 261 à la p 267.

²⁰² *Ibid* à la p 266.

²⁰³ Au lieu d'utiliser le terme «masculinité», qui renvoi à un concept subjectif et changeant, d'utiliser l'expression «masculinité hégémonique» permet de rendre compte que l'exigence de masculinité est contraignante pour tou·te·s à différents niveaux. La masculinité hégémonique «incarn[e] la manière actuellement la plus honorée d'être un homme, exig[e] que tous les autres hommes se positionnent par rapport à elle, et légitim[e] idéologiquement la subordination globale des femmes aux hommes». Voir :

cause de la guerre tandis que la guerre est aussi perçue comme une façon de former cette masculinité hégémonique²⁰⁴. Les hommes et les autres au sein des forces armées doivent se conformer à l'idéal masculin, mais les conflits armés ne peuvent exister seulement qu'en présence d'un idéal masculin. Dès le moment de former les militaires au combat, on leur apprend que la pire insulte est d'être perçu comme une femme ou un homosexuel. Se faisant traiter de *fags*, *sissies*, *pussies*, *girls*²⁰⁵, le soldat apprend vite qu'il doit se distancier de ces termes, qu'il doit se discipliner afin de paraître assez viril pour entrer dans la norme du bon soldat.

L'utilisation individuelle de ce langage n'est que le reflet de ce que prône l'institution de l'armée en tant que *structure*, qui est en soi sexiste et homophobe. L'armée doit maintenir la cohésion entre ses rangs et doit s'assurer que chaque individu se conforme. En effet,

l'armée est une institution totale et androcentrique qui repose sur le contrôle des hommes entre eux, des hommes sur eux-mêmes (autodiscipline), et des hommes sur les femmes. [...] On présume que l'efficacité au combat repose sur la cohésion entre les membres, et que celle-ci est synonyme d'homogénéité ou, pour le dire autrement, du rejet de tout ce qui est "autre", par exemple les femmes ou les homosexuels²⁰⁶.

RW Connell et James W Messerschmidt, « Hegemonic Masculinity: Rethinking the Concept » (2005) 19:6 Gend Soc 829 à la p 832.

²⁰⁴ Kimberly Hutchings, « Making Sense of Masculinity and War » (2008) 10:4 Men Masculinities 389 à la p 391.

²⁰⁵ Vojdik, *supra* note 201 à la p 266.

²⁰⁶ Émilie Beauchesne, *Permis de tuer? Masculinité, culture d'agression et armée: Le cas du colonel Russell Williams, violeur en série et tueur*, Québec, M Éditeur, 2018 à la p 33.

Si l'Autre réussit finalement à se faire une place dans l'institution militaire, ce sera toutefois en se conformant aux normes. C'est ainsi que la femme souhaitant être incluse et considérée égale doit composer à la fois avec les termes dérogatoires utilisés par ses collègues et avec une culture de sexualisation. La femme trouvera aussi sa place dans l'armée dans des rôles traditionnellement féminins, à l'écart du combat actif, donc à l'intérieur des cuisines ou à l'entretien de l'équipement. L'homophobie et le sexisme institutionnalisés se traduisent aussi par le silence face au harcèlement, le choix de ne pas reconnaître les plaintes de discrimination ou de ne pas laisser la chance de soumettre des plaintes²⁰⁷. Les silences sont oppressants, et produisent les sujets autant que les discours.

Outre la gestion des membres de l'institution et de leurs interactions, la relation qu'ont les militaires avec l'ennemi est aussi influencée par la masculinité hégémonique. Les militaires ne doivent pas se laisser influencer par leurs émotions et ne doivent pas penser aux morts et aux dommages causés par une action au risque de paraître faible/féminin²⁰⁸. Au contraire, le calcul froid et logique est valorisé, de même que la violence et les bombardements : « les soldats ne sont pas formés pour la paix, mais bien pour humilier, pour tuer, pour faire la guerre »²⁰⁹. L'ennemi est déshumanisé, efféminé et perçu comme moindre aux yeux de l'attaquant. L'ennemi

²⁰⁷ Aux États-Unis par exemple, la politique voulant que les gays et lesbiennes restent 'dans le placard' (Don't ask don't tell) faisait en sorte que dès qu'une personne de la DSPG parlait d'une situation à un intervenant de santé, iel risquait de se faire dénoncer en tant qu'homosexuel·le et de se faire expulser de l'armée : Aaron Belkin, « Breaking Rank: Military Homophobia and the Creation of Queer Practices and Identities » (2001) 3 *Geo J Gender & L* 83 à la p 85.

²⁰⁸ Voir entre autres ce texte de Cohn qui détaille une simulation militaire dans laquelle le langage utilisé pour développer des stratégies est violent et péjoratif pour les femmes et les personnes issues de la DSPG Carol Cohn, « Wars, Wimps, and Women - Talking Gender and Thinking War » dans Miriam Cooke et Angela Woollacott, dir, *Gendering War Talk*, 1993.

²⁰⁹ Beauchesne, *supra* note 206 à la p 27.

n'étant plus un "homme", il ne mérite plus le respect. La binarité femme/homme et les caractéristiques qui leur sont traditionnellement attribuées est amplifiée, celles négatives associées au féminin (sensibilité, émotion, douceur) rejetées au profit des caractéristiques masculines (logique, froideur, rationalité). Finalement, la défaite dans la guerre est la féminisation ultime : historiquement, les hommes vaincus se faisaient parfois castrer, littéralement ou symboliquement, entre autres par le viol de leurs femmes²¹⁰. Charlesworth et Chinkin poussent l'analogie: l'État, conquis, défait – castré –, devient féminin²¹¹.

C'est ainsi que chaque partie de l'armée et de l'institution militaire est construite sur des prémisses de masculinité obligatoire et du dénigrement de l'Autre à l'intérieur des rangs comme dans les rangs ennemis. Cette culture hyper masculine a des répercussions lors de conflits armés, et plus particulièrement dans les contextes de détention.

L'un des exemples contemporains les plus marquants est celui de la torture de prisonniers au centre de détention d'Abu Ghraib, en Irak²¹². Ce cas implique la publication de photos de femmes militaires américaines torturant des prisonniers irakiens au centre de détention. Aziza Ahmed en a fait l'analyse, comparant les réponses féministes et les réponses possibles que les théories queer pourraient

²¹⁰ Adam Jones, « Straight as a Rule: Heteronormativity, Gendercide, and the Noncombatant Male » (2006) 8:4 Men Masculinities 451 à la p 454.

²¹¹ Hilary Charlesworth et Christine Chinkin, *Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000 à la p 130.

²¹² Seymour M Hersh, « Torture at Abu Ghraib », *The New Yorker* (30 avril 2004), en ligne : The New Yorker <newyorker.com/magazine/2004/05/10/torture-at-abu-ghraib>.

apporter²¹³. Selon elle, les théoriciennes féministes font fausse route lorsqu'elles perçoivent les femmes militaires comme victimes du système et les hommes torturés comme efféminés. Un point de vue queer devrait au contraire comprendre de la situation les rôles de bourreau et de victime, sans égard au genre. La militaire qui torture est « pleinement intégrée dans une institution fondamentalement violente » [Notre traduction]²¹⁴, et son genre n'excuse ni n'explique ses actions. De plus, contrairement aux théories queer, les théories féministes ne prennent pas nécessairement conscience des autres aspects entourant ce cas de torture, par exemple la perception qu'ont l'armée et l'occident en général de l'Autre musulman ou racisé²¹⁵. En se concentrant exclusivement sur les enjeux touchant le groupe très restreint de «femmes», les théoriciennes féministes omettent de voir les discriminations qui s'y superposent. Une analyse queer, au contraire, cherche à déceler les binarités et oppositions qui sont imbriquées dans les structures, remettant en cause ces dernières lors de tout jeu de pouvoir, même si *a priori* les enjeux de genre et de sexualité ne sont pas au premier plan.

Finalement, bien que les conflits armés ne soient plus menés exclusivement par des forces armées étatiques, il reste que les différents groupes militarisés qui sont impliqués dans les guerres reproduisent les mêmes structures, les mêmes présupposés hétéronormatifs et sexistes que l'armée traditionnelle. Les membres de groupes armés non étatiques sont souvent d'ancien·ne·s militaires, tandis que ceux²¹⁶ qui n'ont

²¹³ Aziza Ahmed, « When Men Are Harmed: Feminism, Queer Theory, and Torture at Abu Ghraib » (2011) 11 UCLA JIslamis EL 1.

²¹⁴ *Ibid* à la p 16.

²¹⁵ *Ibid* à la p 18.

²¹⁶ Contraction de ceux et celles

pas fait partie d'une force armée étatique ont tout de même une vision de ce qu'est un «bon militaire», vision informée entre autres par une société hétéropatriarcale. L'armée est une institution culturelle qui est reproduite par les groupes menant des activités similaires.

Dans le cadre de ce mémoire, l'importance de la structure militaire est exacerbée par le fait que les forces armées étatiques ou non étatiques ont développé, continuent à influencer et appliquent les règles du droit international humanitaire. Une queerisation du DIH doit donc prendre en considération que la structure de ce droit est fortement dépendante des forces armées. Leur organisation et leur conception de l'ennemi, de l'Autre, influencent leurs décisions et agissent du même coup sur les politiques étatiques.

En effet, bien que ce soit officiellement les États qui déterminent les règles du DIH, l'État n'est pas une personne physique, mais plutôt un rassemblement de plusieurs organisations et individus aux intérêts multiples : « les individus agissent pour l'État et au nom de l'État, puisque l'État est une entité entièrement artificielle - une fiction juridique - qui ne peut agir par elle-même » [Notre traduction]²¹⁷. C'est ainsi que les individus membres des forces armées contribuent à former le droit²¹⁸. Les politiques adoptées sont ensuite appliquées lors de conflits armés, ou du moins elles informent les actions des militaires. Les problèmes soulevés dans cette section par rapport aux forces armées sont ainsi reproduits dans les règles que l'armée contribue à rédiger, règles qui recréent structurellement les mêmes discriminations et exclusions.

²¹⁷ Robert McCorquodale, « An Inclusive International Legal System » (2004) 17 Leiden J Int Law 477 à la p 482.

²¹⁸ Gus Waschefort, « Africa and International Humanitarian Law: The More Things Change, the More They Stay the Same » (2016) 98:2 Int'l Rev Red Cross 593 à la p 609.

Dans le cadre de ce travail, il sera intéressant de se pencher plus particulièrement sur les lieux d'internement pendant la guerre. L'application du DIH se fait par les personnes qui gèrent ces endroits, et leur façon d'administrer les corps sur lesquels elles ont du pouvoir est déterminée par les règles en vigueur. C'est ainsi qu'outre l'application des règles par rapport à la détention et à l'internement, il sera tout autant pertinent de se questionner sur comment les règles sont structurées. Pour ce faire, il importe d'abord de comprendre les bases du droit international humanitaire et de sa création.

2.1.2 Structure du droit international humanitaire

Le droit international humanitaire rassemble les règles définissant les normes minimales devant être respectées dans toute situation de conflit armé²¹⁹, tant au niveau du traitement des personnes que dans le choix des moyens de mener la guerre. Ce droit s'applique seulement en temps de conflit armé, et les règles applicables diffèrent dépendamment de la nature du conflit (international ou non international)²²⁰. Partant du principe que les effets néfastes de la guerre ne devraient pas dépasser ce qui est absolument nécessaire, le DIH se veut un rempart d'humanité et un guide de bonne conduite pour les participant·e·s au conflit armé :

La guerre ne se justifie que par la nécessité ; elle ne saurait être une fin en soi.
Elle n'est, pour un État, qu'un moyen de soumettre un autre État à sa volonté.
Toute violence qui n'est pas indispensable pour atteindre ce but est sans objet,

²¹⁹ Nils Melzer, *Droit international humanitaire: introduction détaillée*, 2018 à la p 21.

²²⁰ Marco Sassoli, Antoine Bouvier et Anne Quintin, *Un droit dans la guerre?*, 2^e éd, 1, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2012, ch 2 à la p 26.

donc purement cruelle et stupide. Une fois rendu inoffensif par sa blessure ou sa capture, exterminer l'ennemi ou le faire souffrir est inutile et criminel²²¹.

L'idée de créer une branche du droit international qui régit les conflits armés prend forme dans l'expérience de Henry Dunant, qui assiste impuissant à la souffrance de soldats blessés et mourants à la suite de la bataille de Solferino, en Italie. Indigné par l'indifférence à leur sort, il écrit un livre qui obtient écho en Europe, et quelques années plus tard, la première convention de Genève visant à encadrer la guerre voit le jour²²². Ce sera l'ancêtre des conventions de Genève actuelles.

2.1.2.1 Principes

La structure du DIH est basé sur une série de principes qui guident l'ensemble des traités et conventions et sur lesquels les parties au conflit doivent se référer en tout temps. Les principes essentiels permettant d'interpréter l'ensemble des actions durant les conflits armés sont les critères de distinction²²³, proportionnalité²²⁴, l'interdiction de causer des maux superflus²²⁵, la nécessité/l'impératif militaire²²⁶ et la précaution²²⁷,

²²¹ Jean Pictet, « La formation du droit international humanitaire - CICR » (2002) 84:846 Rev Int Croix-Rouge 321.

²²² Sassoli, Bouvier et Quintin, *supra* note 220, ch 3 p2.

²²³ Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977 art 48.

²²⁴ *Ibid* art 51 (5)b].

²²⁵ *Ibid* art 35.

²²⁶ *Ibid* arts 54(5), 52(2) et 62(1).

²²⁷ *Ibid* arts 57 et 58.

qui ont tous comme objectif de baliser les actions des belligérants avant et pendant les attaques²²⁸. S'ils sont respectés et bien appliqués, ces principes garantissent qu'aucune des parties au conflit ne subira de dommages excessifs ou durables. On peut les retrouver dans l'ensemble du corpus juridique du DIH, faisant partie de multiples conventions et traités, y compris des quatre conventions de Genève et de leurs protocoles additionnels²²⁹.

Lorsque les conventions et les principes précédents ne suffisent pas ou ne couvrent pas une situation particulière, il reste tout de même une balise qui accorde une certaine protection aux personnes impliquées ou présentes pendant le conflit. C'est la notion *d'humanité* dans la guerre, l'un des principes les plus importants, qui fait son apparition dès les premiers traités de DIH. La déclaration de Saint-Petersbourg en fait pour la première fois mention en 1868, exigeant le respect des lois de l'humanité dans la guerre et le besoin de « concilier les nécessités de la guerre avec les lois de l'humanité »²³⁰. Plus tard, la clause Martens, insérée dans le préambule de la Convention II de la Haye de 1899, viendra ajouter à l'impératif d'humanité, expliquant que

²²⁸ Par exemple, le principe de précaution peut s'appliquer dans l'attaque, mais aussi avant l'attaque, alors que toutes les parties doivent éviter de placer des objectifs militaires près de biens civils ou d'objets protégés.

²²⁹ Voir par exemple : Conférence diplomatique sur l'interdiction totale des mines terrestres antipersonnel, *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction*, 18 septembre 1997; Conférence du désarmement et Assemblée générale des Nations Unies, *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction*, 13 janvier 1993; *Convention des Nations Unies de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, 10 octobre 1980.

²³⁰ Commission militaire internationale, *Déclaration de St Petersburg interdisant les projectiles explosifs*, 1868.

les Hautes Parties Contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique²³¹

Cette clause englobe donc toutes les situations qui ne sont pas explicitement couvertes par le droit, assurant qu'un minimum d'humanité sera appliqué peu importe la situation.

Encore importante et présente dans de nombreuses conventions aujourd'hui²³², elle garantit toujours une protection aux sujets qui ne sont pas spécifiquement protégés en DIH. Ne discriminant pas entre les catégories de personnes, « le droit d'être traité

²³¹ Conférence internationale de la Paix, *Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, La Haye, 29 juillet 1899 préambule.

²³² Conférence internationale de la Paix, *Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Convention no IV)*, 18 octobre 1907 préambule; Conférence diplomatique de Genève, *Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, août 1949 art 63; Conférence diplomatique de Genève, *Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, août 1949 art 62; Conférence diplomatique de Genève, *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, août 1949 art 142; Conférence diplomatique de Genève, *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, août 1949 art 158; Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, *supra* note 223 art 1(2); Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 8 juin 1977 préambule; Conférence des Nations Unies sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, *Convention des Nations Unies de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, *supra* note 229 préambule.

avec humanité est absolu et s'applique non seulement aux personnes privées de liberté, mais aussi, plus généralement, aux habitants des territoires placés sous l'autorité de l'ennemi »²³³. Ces deux notions – celle d'humanité et la clause Martens – sont donc particulièrement importantes puisqu'elles « soulignent que tout ce qui n'est pas interdit en cas de guerre n'est pas pour autant autorisé, et que les réponses aux questions relatives à la protection des victimes de guerre ne doivent pas être recherchées dans une approche exclusivement positiviste »²³⁴.

C'est ainsi que tout au long du XX^e siècle jusqu'à maintenant, de nombreux tribunaux ont eu recours au principe d'humanité et à la clause Martens pour justifier leurs décisions ou pour condamner une action²³⁵. Par exemple, la Cour internationale de justice (CIJ), dans son *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, évoque la clause Martens pour expliquer que le choix des armes n'est pas illimité, et que si une arme peut « caus[er] aux combattants des souffrances inutiles, c'est-à-dire des souffrances supérieures aux maux inévitables que suppose la réalisation d'objectifs militaires légitimes »²³⁶, son emploi ne serait pas légitime. La CIJ a aussi mentionné les considérations élémentaires d'humanité comme principe général et reconnu dans un arrêt de 1949²³⁷. Il est donc maintenant admis que ces principes sont coutumiers. Leur importance est amplifiée dans les situations qui ne

²³³ Melzer, *supra* note 219 à la p 24.

²³⁴ Sassoli, Bouvier et Quintin, *supra* note 220 Chap 4 p13.

²³⁵ Cela remonte aussi loin que durant les tribunaux de Nuremberg : *Affaire Krupp*, 1948 US Military Tribunal Nuremberg à la p 1340.

²³⁶ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] CIJ rec 226 au para 78.

²³⁷ *Affaire du Détroit de Corfou*, [1949] CIJ rec 4 à la p 22.

sont pas couvertes par les normes écrites du DIH, notamment dans le cas de conflits armés non internationaux, encadrés par beaucoup moins de règles que les conflits armés internationaux.

2.1.2.2 Sources

Les sources du droit international humanitaire sont les mêmes que celles du droit international général, telles qu'énumérées dans le statut de la Cour internationale de justice²³⁸. Outre les principes généraux du droit, plusieurs traités et conventions s'appliquent, avec une distinction entre les conflits armés internationaux et non internationaux. Le droit conventionnel, bien qu'étant clair et sans trop d'ambiguïtés, permet aussi une certaine évolution n'empêchant pas que « des questions d'interprétation se posent [...], en particulier lorsque le contexte politique et militaire évolue au fil du temps »²³⁹.

Vient ensuite la coutume, compilée depuis peu dans le *Manuel de droit coutumier* du Comité international de la Croix-Rouge (CICR)²⁴⁰, qui se base sur la pratique et

²³⁸ *Statut de la Cour internationale de justice*, 24 octobre 1945 au para 38(1). :

La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique:

- a. Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige;
- b. La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit;
- c. Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;
- d. Sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit

²³⁹ Melzer, *supra* note 219 à la p 26.

²⁴⁰ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Droit international coutumier*, Volume I: Règles, Cambridge University Press, 2006.

l'opinio juris des États. Ce manuel « est [...] une source largement reconnue qui fait référence en la matière »²⁴¹, et bien que n'étant pas une recension de chaque règle, sert maintenant de base aux réflexions sur le développement de la coutume. La jurisprudence de nombreux tribunaux internationaux, spéciaux et militaires, sert à fournir une interprétation de règles de droit. Parmi ceux-ci, la Cour pénale internationale (CPI) et la Cour internationale de justice sont les principales. Finalement, la doctrine sert à guider l'interprétation des règles souvent floues et n'est pas une source officielle du droit. Cependant, en DIH, la doctrine revêt un caractère assez important, notamment au niveau des commentaires des Conventions de Genève et de ses protocoles additionnels²⁴², du manuel de San Remo et du manuel de Tallinn, commentaires doctrinaux ayant une autorité considérable lors de l'interprétation des règles codifiées.

Le DIH a un champ d'application *ratione personae* assez large, puisqu'il s'applique à toutes les personnes qui sont impliquées de près ou de loin dans un conflit armé, que ce soit celles prenant directement part au conflit (combattant·e·s, membres de groupes armés), celles qui sont hors de combat ou encore aux personnes civiles.

2.1.2.3 Acteurs

Ce sont les entités et les individus qui, en interagissant, réfléchissent, créent et appliquent les règles que comporte le DIH, agissant directement sur la structure de ce droit. Gus Waschefort relève à ce sujet cinq groupes qui influencent de façon non officielle l'agenda du droit international humanitaire, soit « les universitaires, les

²⁴¹ Melzer, *supra* note 219 à la p 27.

²⁴² *Ibid* à la p 31. « D'autre part, étant donné le mandat spécial du CICR, ses *Commentaires* sur les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels sont considérés comme une interprétation de ces traités faisant particulièrement autorité »

gouvernements, les forces armées, la société civile et les organisations internationales (y compris les organisations régionales) » [Notre traduction]²⁴³. Les universitaires et la société civile contribuent à l'avancement du droit international humanitaire en conduisant des recherches et des études sur le sujet, faisant progresser les réflexions sur les nouveaux enjeux d'actualité en lien aux conflits armés, par exemple en ce qui a trait à la question terroriste ou encore par rapport aux systèmes d'armes autonomes²⁴⁴.

Bien que les acteurs individuels contribuent au DIH, ce sont les États en tant qu'entité qui ont le plus de pouvoir puisqu'ils ont la tâche principale d'adopter les textes de droit et leur pratique détermine le droit coutumier²⁴⁵. Puisque les États sont les principaux sujets du droit international²⁴⁶, ce sont donc eux qui ont le pouvoir de créer des traités, de les intégrer et d'en assurer l'application. Ce sont aussi souvent les États qui prennent la décision de s'impliquer ou non dans un conflit armé, par le choix d'intervenir dans un conflit à l'étranger ou encore par la manière dont sont gérées les crises internes.

En complément aux États, plusieurs entités de leur création contribuent aussi au développement du droit : « les États ont conféré à diverses entités le pouvoir d'interpréter, d'appliquer, de faire respecter ou de développer le droit international

²⁴³ Waschefort, *supra* note 218 à la p 609.

²⁴⁴ Melzer, *supra* note 219 à la p 51.

²⁴⁵ Sandesh Sivakumaran, « Making and Shaping the Law of Armed Conflict » (2018) 71:1 Curr Leg Probl 119 à la p 134.

²⁴⁶ McCorquodale, *supra* note 217 à la p 479.

humanitaire » [Notre traduction]²⁴⁷. Nous pouvons noter par exemple la formation de plusieurs tribunaux tels que la Cour internationale de justice, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) ou encore la Commission des réclamations Érythrée/Éthiopie, qui sont toutes des entités mandatées pour donner leur opinion sur des enjeux liés, entre autres, à des conflits armés.

De plus, une multitude d'acteurs non étatiques contribuent au développement des règles et de la coutume²⁴⁸. De ceux-ci, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) est sans doute le plus influent²⁴⁹. En effet, bien que ce soit les États qui adoptent les traités, le CICR prépare des ébauches de textes et organise des consultations entre différents acteurs qui sont souhaitent développer le DIH²⁵⁰. Son rôle, inscrit dans son Statut, comprend la dissémination du droit international humanitaire et la préparation de son développement²⁵¹, notamment en encourageant les études, conférences et publications sur le DIH. Parmi les acteurs non étatiques qui

²⁴⁷ Sivakumaran, *supra* note 245 à la p 139.

²⁴⁸ *Ibid* à la p 142.

²⁴⁹ Pour un aperçu de la contribution du CICR au développement du DIH au courant de son histoire, voir : Francois Bugnion, « The International Committee of the Red Cross and the Development of International Humanitarian Law » (2004) 5:1 Chic J Int Law 191.

²⁵⁰ « What is the ICRC 's role in developing and ensuring respect for IHL? » (14 août 2017), en ligne : ICRC Blog <<https://blogs.icrc.org/ilot/2017/08/14/what-is-the-icrc-s-role-in-developing-and-ensuring-respect-for-ihl/>> .

²⁵¹ *Statutes of the International Committee of the Red Cross*, 21 décembre 2017 art. 4(1)g].

contribuent au développement du DIH, on compte aussi des groupes d'experts, des ONG et différents groupes armés²⁵².

En plus des acteurs qui prennent part au développement du droit et de sa structure, plusieurs catégories de personnes interagissent durant les conflits armés. Celles qui ont le statut de combattant·e·s et les autres classés comme étant des civils participant directement aux hostilités sont celles qui combattent, mais il y a aussi sur le terrain les catégories de civils ainsi que le personnel religieux et médical²⁵³.

En somme, le DIH est une combinaison d'interactions entre différentes entités, traités, jurisprudence, coutumes et principes. Étant en évolution constante – quoique lente – la transformation du DIH reste toutefois dépendante des choix des sujets abordés par les différents acteurs²⁵⁴. Cela a l'avantage de mettre à l'ordre du jour les thèmes importants du moment, mais, comme nous allons en discuter plus bas, dirige l'attention sur des enjeux considérés comme importants spécialement pour les acteurs influents. Gardant donc en tête ce portrait de ce qu'est le DIH et des interactions le construisant, nous allons dans la prochaine section tenter une seconde application des théories queer, mais cette fois au droit international, dans le but d'informer notre critique du DIH.

²⁵² Par exemple, onze mouvements de libération nationale ont pris part aux négociations entourant les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève en tant que membres observateurs. Pour en apprendre plus sur comment les groupes armés pourraient davantage contribuer au DIH, voir : Sophie Rondeau, « Participation of Armed Groups in the Development of the Law Applicable to Armed Conflicts » (2011) 93:883 Int Rev Red Cross 649 à la p 658.

²⁵³ Melzer, *supra* note 219 à la p 95.

²⁵⁴ Sivakumaran, *supra* note 245 à la p 146.

2.2 Comment queeriser le droit international?

Nous avons vu dans la première section que la critique queer s'intéresse aux binarités, aux normalités et à la création de sujets dociles. Essentiellement, la critique queer en est une structurelle, remettant en question les fondations même des entités qu'elle analyse. C'est donc la logique de la structure du droit international humanitaire qui nous intéresse dans ce travail. Pour pouvoir faire cette critique, nous devons d'abord poser les bases du DIH afin de bien comprendre ses fondements, ce qui implique en premier lieu l'analyse de la relation de ce corpus juridique avec le droit international public, puis avec le droit international des droits humains. En effet, la spécificité des théories queer et de son positionnement par rapport au droit implique de s'intéresser à la structure fondamentale du droit, ce qui est la véritable cible des préoccupations queer lors d'une critique du DIH. C'est ainsi que cette prochaine section traite des structures du droit international public, ce nous permettra de mieux comprendre comment une épistémologie queer peut se traduire en critique du droit international humanitaire.

En premier lieu, il importe donc de rappeler que le droit international humanitaire n'est qu'une branche du droit international public, qui compte plusieurs autres branches telles que les droits humains, le droit maritime ou encore le droit international du travail²⁵⁵. Le droit international public est composé de multiples traités, accords bilatéraux et multilatéraux, de conventions, d'organisations internationales et de cours internationales et régionales, agissant tous de concert pour faire fonctionner les relations entre les États et entités à travers le monde. Il existe plus de 500 traités multilatéraux déposés au secrétariat général de l'ONU depuis sa

²⁵⁵ Pour un aperçu des traités principaux et des nombreuses branches du droit international, consulter : United Nations, *International Law Handbook: Collection of Instruments*, Book one, Genève, 2017.

création²⁵⁶, le droit international étant en constante évolution et abordant des sujets aussi variés que la protection de l'environnement, le désarmement ou encore la diversité biologique.

Le droit international humanitaire fait ainsi partie du droit international public, et de comprendre comment ce dernier est critiqué et analysé par les théoricien·ne·s queer servira à nous informer sur comment porter un regard queer sur le droit au niveau mondial. Mais qu'est-ce que signifie de queeriser le droit international? Diane Otto nous propose que c'est de penser autrement: « *queeriser* le droit international suggère quelque chose de plus que l'inclusion normative : ça représente un défi fondamental à la façon habituelle de procéder » [Notre traduction]²⁵⁷.

Tenant donc de comprendre les manières dont les théories queer pourraient permettre de porter un regard critique sur les différentes branches du droit international, nous analyserons d'abord la façon dont est construit le droit international public. En premier lieu, la structure même de ce droit sera analysée, puis nous aborderons quelques observations qui ont été faites par rapport à la création d'un sujet homogène homosexuel sur la scène mondiale. De comprendre comment le droit international public est construit et comment s'articulerait une critique de cette structure nous permettra de localiser ce qui est la véritable cible dans une analyse queer du DIH, soit ses fondements même.

²⁵⁶ United Nations, « International Law and Justice », en ligne : <un.org/en/sections/issues-depth/international-law-and-justice/index.html>.

²⁵⁷ Otto, *supra* note 123 aux pp 119-120.

2.2.1 Critique de la structure du droit international

Le rapport au genre qu'entretient le droit international n'a pas beaucoup changé depuis ses débuts. Bien que les théoricien·ne·s féministes aient réussi à augmenter la visibilité des enjeux liés aux femmes au courant des dernières décennies, la vision du genre que maintient le droit international n'est pas très inclusive. Prenant des exemples du droit international pénal, du travail de rapporteur·e·s spéciaux et du droit international des droits humains, Brenda Cossman l'explique par un questionnement sur la définition du genre en droit international. Selon elle, bien qu'il y ait des avancées au niveau de la reconnaissance des droits des personnes issues de la DSPG, il reste que la vision qu'à et que transmet l'ensemble du droit international par rapport au genre reste très simple et binaire. En effet, selon elle, « [l]a relation traditionnelle entre le sexe et le genre n'a pas été perturbée sur la scène du droit international. Au fur et à mesure que le genre devient représenté au niveau international, son sens devient de plus en plus rigide et figé » [Notre traduction]²⁵⁸. C'est dire que les questions de genre sont encore synonymes d'enjeux liés aux femmes et à leur oppression²⁵⁹, et dans les rares cas où les enjeux de genre sont analysés de manière à prendre en considération leur origine socialement construite, le genre et le sexe ne sont pas dissociés²⁶⁰.

La critique queer qu'entreprend Cossman permet à la fois de prendre conscience de la façon dont l'ensemble du droit international conçoit le genre, mais aussi d'entrevoir les possibles changements qui pourraient être apportés à cette conception. Elle

²⁵⁸ Brenda Cossman, « Gender Performance, Sexual Subjects and International Law » (2002) 15:2 Canadian journal of law and jurisprudence 281 à la p 289.

²⁵⁹ *Ibid* à la p 285.

²⁶⁰ *Ibid* à la p 287.

propose donc d'imaginer un droit international structuré d'une manière complètement différente, n'accordant pas toujours plus de droits à certaines identités fixes, mais augmentant la liberté des «sujets sexuels» : « une approche performative du genre faciliterait ce passage de l'identité à l'autodétermination sexuelle en mettant l'accent sur le fait que la sexualité est quelque chose que nous faisons, pas simplement quelque chose que nous avons » [Notre traduction]²⁶¹. De cette manière, les théories queer pourraient permettre d'imaginer une transformation structurelle du droit international.

Outre la vision très simple et fixe du genre, le droit international est fondé sur un ensemble de binarités et d'oppositions. Aux binarités traditionnellement associées aux États ou aux structures telles qu'anarchie/ordre, international/domestique, paix/guerre, s'ajoutent les binarités associées aux sujets du droit international. Partant d'un sujet type «normal», un éventail d'autres sujets sont construits et définis par opposition au modèle de base. Un point de vue queer nous permet d'identifier ces sujets «anormaux» et de contester leur catégorisation.

C'est ainsi que sont construites les «minorités protégées» en droit international, qualification qui implique implicitement un contraire – une majorité – différente du normal, les minorités étant l'Autre. S'y inscrivent entre autres les personnes qui ne sont pas hétérosexuelles et cisgenres, puisque « le sujet sexuel universel en matière de droits de la personne est l'hétérosexuel » [Notre traduction]²⁶². Le même concept s'applique aux personnes en situation de handicap, aux enfants, aux personnes âgées,

²⁶¹ *Ibid* à la p 294.

²⁶² Michele Grigolo, « Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject » (2003) 14:5 EJIL 1023 à la p 1027.

aux minorités ethniques ou encore aux minorités religieuses, qui sont tous des «minorités protégées» en droit international.

Une analyse queer de cette binarité inscrite dans la structure du droit permet d'imaginer l'abolition des catégories. Par exemple, au lieu de classer les personnes en opposition au «normal», Grigolo propose de réfléchir autrement en se défaisant du concept de différence. Il faudrait donc parler de «sexualités» au lieu de «minorités sexuelles» : « ce que je proposerais, en passant de l'homosexualité à la sexualité, c'est que les questions liées à la sexualité soient 'démajoritisées' et universalisées au sein des droits sexuels individuels » [Notre traduction]²⁶³. Nous pourrions donc envisager une queerisation du droit international par l'abolition des catégories minoritaires, remplacées par des concepts plus larges et inclusifs.

En plus d'être construit selon des oppositions, le droit international est aussi basé sur un système westphalien de relations entre différents États souverains. Ces derniers doivent répondre à des critères précis et suivre des règles établies par la communauté internationale afin d'être considérés comme de «bons» États (être une démocratie, accorder des droits individuels à ses citoyen·ne·s, adhérer au libre-échange, etc.). Chaque État est structuré selon des critères qui lui permettent de se reproduire et d'assurer sa pérennité. La reproduction de la population est basée sur une supposition d'hétérosexualité.

En effet, l'une des manières dont ce système d'organisation hétéronormatif se traduit est par l'exigence de population permanente, nécessaire afin de pouvoir se qualifier

²⁶³ *Ibid* à la p 1028.

comme État²⁶⁴. Ce critère implique la nécessité de reproduction de la population, contraignant en quelque sorte les États à organiser leur population de manière à favoriser la prolifération des familles et, plus largement, des mariages ²⁶⁵. L'hétérosexualité est « le fondement présumé de toutes les formes de communauté "normale", y compris celle que recouvre l'État-nation "normal", sujet principal du droit international » [Notre traduction]²⁶⁶.

La structure des États peut être queerisée, par exemple en imaginant un État qui ne suivrait pas les règles établies : Diane Otto le fait en évoquant le Vatican comme exemple d'un possible État queer, sa population ne se reproduisant pas d'elle-même puisque composée de personnes vouées à l'abstinence. Ironiquement, le Vatican serait donc un État queer selon les critères étatiques actuels. Comprenant ce besoin de population permanente comme base de la structure tout État, la manière dont les politiques nationales sont organisées autour de la famille est nécessaire dans la société hétéronormative²⁶⁷. Une façon d'ouvrir les champs de possibles queer de manière locale, tout en utilisant le droit international, serait donc de remettre en question cette façon de structurer la société.

²⁶⁴ *Convention de Montevideo concernant les droits et devoirs des Etats*, (1933) 19, 165 LNTS art. premier.

²⁶⁵ Otto, *supra* note 123 à la p 120.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ Dianne Otto, « Resisting the Heteronormative Imaginary of the Nation-State: Rethinking Kinship and Border Protection » dans *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, Routledge, 2018, 236 à la p 240.

2.2.2 Critique de la création d'un sujet du droit international

Le droit international public agit en tant que gestionnaire d'entités étatiques, mais aussi en tant que gestionnaire de sujets, qui sont contraints de se positionner à l'intérieur de cette structure. L'une des critiques les plus souvent apportées au droit international par les théoricien·ne·s queer est la façon dont est créé le sujet homosexuel en opposition au sujet hétérosexuel. La création du sujet homosexuel en droit international se produit à la fois par les actions militantes, par l'entremise des différents tribunaux et cours ou encore à travers les discours d'acteurs religieux et étatiques.

2.2.2.1 Critique de l'ajout de plus de normes en droit international

D'abord, plusieurs organisations internationales et militantes œuvrent pour que plus de droits soient accordés aux groupes «minoritaires». Le fait de prôner l'ajout de droits est vivement critiqué par plusieurs théoricien·ne·s queer, entre autres par Jena McGill, qui avance que de chercher à ajouter des droits pour les uns ne fait qu'exclure les autres ne cadrant pas dans les «bonnes» catégories protégées²⁶⁸.

Au niveau des enjeux de la DSPG, cela signifie une amplification des catégories et une exclusion de personnes divergeant du normal et des catégories acceptables du moment²⁶⁹. En développant plus de droits spécifiques, la marginalisation des sujets ne cadrant pas dans les catégories établies est exacerbée. Par exemple, les discours des représentant·e·s et des rapports de l'ONU utilisent souvent les termes «orientation sexuelle et identité de genre», excluant ainsi les personnes intersexes, qui se trouvent

²⁶⁸ McGill, *supra* note 13 à la p 22.

²⁶⁹ On peut entre autres penser aux catégories gay/lesbienne/bisexual·le qui sont plus admis dans le champ des possibles que les personnes agenres ou intersexes par exemple.

ainsi invisibilisées sur la scène internationale²⁷⁰. L'ajout de droits n'est donc pas synonyme de progrès.

2.2.2.2 Création d'un sujet par des discours normalisants

L'ajout de plus de droits entraîne la création d'un sujet qui doit entrer dans un cadre spécifique pour être considéré, mais qui doit aussi correspondre aux critères occidentaux de sexualité et d'identité pour être accepté. Aeyal Gross aborde ce problème de relativisme culturel par l'exemple de l'ONG *Gay International*, qui préconise la reconnaissance des droits des «gays» partout dans le monde²⁷¹. En exportant la conception occidentale d'homosexualité dans des parties du monde où «homosexualité» n'est pas un terme utilisé,

ce mouvement impose la division binaire hétéro/homo à une société dans laquelle elle n'existe pas, et incite au discours sur l'homosexualité d'une manière qui rendra en fait les relations homosexuelles entre personnes de même sexe moins possibles [Notre traduction]²⁷².

Cette façon de contraindre les personnes à se classer à l'intérieur d'identités occidentalisées exclut les gens ayant des conceptions de genre et de sexualité pouvant s'étendent plus loin que homo/hétéro, qui ne se considéreraient pas comme faisant partie d'une catégorie précise même s'ils ont des relations H/H ou F/F²⁷³.

²⁷⁰ McGill, *supra* note 13 à la p 25.

²⁷¹ Gross, *supra* note 151.

²⁷² *Ibid* à la p 130.

²⁷³ McGill, *supra* note 13 à la p 30.

En plus des organisations internationales et militantes, plusieurs cours régionales et internationales contribuent à créer un sujet homosexuel de par leurs décisions et par les critères d'identité auxquels doivent correspondre les personnes qui s'y présentent. Le processus de demandes d'asile en est un exemple. Les sujets issus de la DSPG s'y voient construits de manière très contraignante puisque pour bénéficier du statut de réfugié, ils doivent entrer dans des critères spécifiques teintés de présupposés occidentaux. En effet,

certaines des hypothèses qui sous-tendent la prise de décision en matière d'asile sont que toutes les lesbiennes et tous les gais [...] sont actifs dans les espaces sociaux queer, connaissent la culture queer, sont sexuellement actifs mais toujours seulement avec des personnes du même sexe [et] n'ont pas d'enfants [Notre traduction]²⁷⁴.

En projetant la situation des personnes issues de la DSPG vivant en occident sur les applicant·e·s se présentant en cour, les systèmes d'immigration réduisent au silence les expériences de ces personnes, ne validant que celles qui lui sont familières.

Vogler prend l'exemple du droit d'asile aux États-Unis, faisant état du modèle auquel doivent correspondre les demandeur·euse·s. Il critique d'abord le fait que, pour les juges, les *identités* sont souvent associées à des *conduites* précises :

Cette question du statut par rapport à la conduite a joué un rôle central dans la détermination de l'identité des homosexuels. Mis à part les stéréotypes sexistes, qu'est-ce qui constitue en réalité le queer? Pour les tribunaux de l'immigration,

²⁷⁴ Bina Fernandez, « Queer Border Crossers: Pragmatic Complicities, Indiscretions and Subversions » dans Dianne Otto, dir, *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, Routledge, 2018, 191-212 à la p 202.

et le système juridique en général, les actes queer semblent signaler des identités queer [Notre traduction]²⁷⁵.

Liant la conduite à l'identité, les tribunaux contraignent les sujets à se catégoriser à l'intérieur d'une identité qu'ils n'auraient peut-être pas adopté, tout en pénalisant les personnes s'identifiant comme faisant partie de la DSPG, mais sans «actes» pour le prouver²⁷⁶. De rendre l'asile conditionnel à l'identité réifiée et normalise des catégories spécifiques, qui deviennent par la suite la norme et s'intègrent à la structure du droit. Ce faisant, ceux qui ne correspondent pas aux catégories établies comme normales se voient rejeté·e·s. C'est ainsi que malgré les progrès par rapport à l'inclusion en droit de l'immigration,

au fur et à mesure que de nouvelles catégories d'identité sociale apparaissent, elles sont évaluées par rapport à des catégories juridiques acceptées et, parfois, incorporées dans le panthéon des identités acceptées, pour être ensuite remises en question [Notre traduction]²⁷⁷.

Cette boucle ne fait que renforcer les catégories acceptables, en excluant les sujets inacceptables²⁷⁸. La catégorisation des sujets en tant qu'Autre est double, puisqu'elle

²⁷⁵ Stefan Vogler, « Legally Queer: The Construction of Sexuality in LGBQ Asylum Claims » (2016) 50 Law Soc Rev 856 à la p 879.

²⁷⁶ Voir par exemple le texte de Bowmani qui explique entre autres le problème lié à la conduite/identité ainsi que l'exigence de 'visibilité' qui peut y être lié : Zsea Bowmani, « Queer Refuge: The Impacts of Homoantagonism and Racism in U.S. Asylum Law » (2017) 18:1 Geo J Gender & L 1-41 aux pp 23-24.

²⁷⁷ Vogler, *supra* note 275 à la p 885.

²⁷⁸ L'une des stratégies suggérées aux demandeur·euse·s de la DSPG afin d'augmenter leur admissibilité à l'asile est de s'intégrer dans une catégorie stéréotypée claire, tout en avertissant des

se produit tant au niveau de la nationalité que de la sexualité, les ancrant dans cet ordre social hétéronormatif²⁷⁹.

Gonzalez en arrive au même constat en analysant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) portant sur les personnes issues de la DSPG. Il nomme ce qu'il appelle «l'homosexuel de la Cour», créé par et pour la CEDH à travers ses jugements. Soutenant que les jugements ont un pouvoir discursif qui entraîne les applicant·e·s à performer leur genre et orientation selon ce qu'ils croient que la Cour souhaite, Gonzalez utilise les théories queer pour démontrer la binarité forcée devant la CEDH : « il semble obligatoire pour tout individu devant la Cour d'avoir une orientation sexuelle et, par conséquent, de prendre une place de l'un des côtés du binaire » [Notre traduction]²⁸⁰. Puisque la CEDH s'attend à ce que les individus se classent dans les catégories acceptables, et que simultanément les individus se disciplinent eux-mêmes pour être acceptés, la division binaire est sans cesse renforcée et réifiée.

Dans les deux exemples décrits, soit l'ajout de plus de droits par des organisations internationales ou militantes et la catégorisation entreprise par différentes cours, les objectifs de base ne sont pas de nuire aux personnes issues de la DSPG. Les organisations qui luttent pour ajouter plus de droits partent de bonnes intentions et les résultats ne sont pas nécessairement négatifs, tandis que les cours qui catégorisent

effets sur la réification des catégories : « playing into stereotypes further perpetuates the use of these stereotypes within LGBTQ asylum adjudication ». Bowmani, *supra* note 276 à la p 41.

²⁷⁹ Ponce, *supra* note 122 à la p 188.

²⁸⁰ Damian A Gonzalez-Salzberg, « The Making of the Court's Homosexual: A Queer Reading of the European Court of Human Rights' Case Law on Same-Sex Sexuality » (2014) 65 North Irel Leg Q 371 à la p 373.

leurs sujets le font pour des raisons pragmatiques. Par contre, il reste que les effets sont néfastes et contribuent à renforcer l'image d'un sujet homosexuel type, cette vision excluant les autres sexualités et expressions de genre :

Un déploiement fixe et rigide du genre peut permettre à certains sujets d'entrer en scène. Mais les multiples autres subjectivités construites dans et à travers le genre restent au-delà des marges, des êtres abjects qui ne sont pas encore les sujets de ce discours, qui restent relégués dans les zones d'«inhabitabilité» [Notre traduction]²⁸¹.

L'une des façons de poser un regard queer sur la création des sujets serait alors de considérer par opposition à qui/quoi se crée le sujet type en droit international.

2.2.2.3 Création d'un sujet par les discours négatifs

Se positionnant en tant qu'opposants au développement des droits des personnes issues de la DSPG, des entités religieuses et étatiques contribuent aussi à la création d'un sujet homosexuel en défendant la vertu de son contraire, par un effort de dissociation et de distance vis-à-vis de l'Autre.

L'une des manières de créer cette distance est de nier complètement l'existence d'autre chose que le sujet type hétérosexuel et cisgenre, tentant de préserver la conception traditionnelle de ce qu'est le genre. Les réserves exprimées par certains groupes religieux lorsqu'il est question d'augmenter ou de discuter des droits des personnes issues de la DSPG sur la scène internationale en sont un exemple. Ce fut le cas lorsque l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) a émis en 2008 la Déclaration relative aux droits de l'Homme et à l'orientation sexuelle et l'identité de

²⁸¹ Cossman, *supra* note 258 à la p 289.

genre²⁸², suscitant une contestation forte de plusieurs États et organisations. Suite à cette déclaration, la délégation de la Syrie, représentant plusieurs États, a présenté un communiqué avançant l'absence de fondements en droit international par rapport à la protection des personnes issues de la DSPG, ajoutant que d'imposer cette vision occidentale aux autres États est inacceptable²⁸³.

Le Vatican a aussi émis des réserves par l'entremise d'un communiqué²⁸⁴, plaçant l'absence des termes «orientation sexuelle» et «identité de genre» dans les textes de droit international, évoquant ainsi le non fondé juridique de la déclaration de l'AGNU. En droit pénal international, le Vatican a aussi influencé la définition officielle de «genre» dans le Statut de Rome, insistant pour que le terme exclue les homosexuels²⁸⁵.

En insistant sur la différence et la primauté d'une catégorie de personne au détriment d'une autre, les organisations et États qui nient le sujet homosexuel le définissent en même temps en opposition à ce qu'ils considèrent comme «normal». C'est ainsi que le Vatican, en voulant dénoncer l'intégration du sujet homosexuel, le pose en

²⁸² Assemblée Générale des Nations Unies, *Déclaration relative aux droits de l'Homme et à l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 18 décembre 2008, en ligne : <<https://www.refworld.org/docid/49997ae312.html>>.

²⁸³ Organization of Islamic Conference-sponsored Delegation, *Joint Statement, Issued by the Syrian Delegation (Read in the UN General Assembly by Syria, 19 December 2008)*, en ligne : <<<http://issuu.com/i.l.m./docs/gl-rights>>>.

²⁸⁴ Vatican, *Statement of the Holy See Delegation at the 63rd Session of the General Assembly of the United Nations on the Declaration on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*, en ligne : <http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2008/documents/rc_seg-st_20081218_statement-sexual-orientation_en.html> .

²⁸⁵ Cossman, *supra* note 258 à la p 284.

contraste avec son sujet idéal, hétérosexuel et chrétien. Ironiquement, la contestation de l'existence même du sujet homosexuel contribue à le définir comme l'autre versant de l'hétérosexuel.

À travers l'exploration des critiques faites par différent·e·s auteur·ice·s, nous pouvons constater que les façons de rendre queer le droit international sont multiples et ont plusieurs objectifs. Une vision queer de la structure du droit international public permet d'entrevoir des possibilités de changement, tant au niveau de la façon de percevoir le genre et les classifications minorité/majorité qu'au niveau de l'organisation interne des États. La formation des sujets à travers différentes conceptions de comment ceux-ci devraient être définis nous laisse entrevoir les possibles d'une absence de définitions, d'une liberté autorisant la fluidité des genres et des sexualités.

L'objectif de ce chapitre était de présenter la structure du droit international humanitaire, droit s'appuyant sur des catégories multiples pour fonctionner. Nous avons relevé que la structure du DIH et la manière dont il est réfléchi par les juristes et les militaires informe son application et son développement. Nous avons ensuite entrepris une critique queer du droit international public, expliquant qu'il se trouve plusieurs façons de rendre une analyse structurelle de ce droit de par la manière dont le cadre et les sujets sont construits. L'étude de la construction des sujets est importante dans toute analyse structurelle puisqu'elle rend compte des effets directs qu'une structure écrasante peut avoir sur les individus et la façon de les percevoir.

Après cette analyse critique du droit international public, est-il nécessaire d'entâmer une autre critique, cette fois encore plus précise, d'un corpus juridique en découlant? La critique du DIP ne suffit-elle pas à en imaginer une du DIH? Nous croyons qu'au contraire, il est maintenant nécessaire de réfléchir spécifiquement au droit international humanitaire et à la détention dans le contexte particulier de conflit armé.

Au vu de nos discussions dans les sections précédentes, le DIH est un droit essentiellement catégorisant et ses spécificités font en sorte qu'il mérite une attention particulière, une analyse ciblée étant donc essentielle.

C'est par une sensibilité queer que nous pourrions examiner la structure du DIH en profondeur. Comme dans ce chapitre nous avons discuté des sources du DIH et de ses acteurs, nous aborderons dans le prochain chapitre l'essence même de sa structure et de la raison des catégories, resserant notre critique en partant des catégories générales du DIH jusqu'aux plus précises, nous menant finalement à l'exemple de la détention des personnes de la DSPG.

CHAPITRE III

ANALYSE CRITIQUE DE LA STRUCTURE DU DROIT INTERNATIONAL PAR L'EXEMPLE DE LA DÉTENTION

Nous avons pu, dans les chapitres précédents, comprendre le fonctionnement des théories queer dans un contexte d'analyse juridique, ce qui nous a permis de relever des manières de queeriser le droit. La structure du droit est particulièrement importante dans notre analyse – la manière dont est organisé le droit en général et le DIP en particulier nous informe aussi sur comment le DIH est construit. D'aborder toutes ces façons de queeriser le droit, combiné à notre compréhension de l'impact de différents acteurs et de la constitution du DIH, nous permet maintenant d'entamer une réflexion plus précise sur le sujet choisi, soit la détention des personnes issues de la DSPG durant les conflits armés.

Notre réflexion débutera par une première section qui traitera des enjeux de détention. D'abord, nous dresserons une vue d'ensemble de la situation actuelle en DIDH et en détention, pour ensuite aborder le contexte spécifique de détention en temps de conflit armé. D'avoir choisi la détention comme objet d'analyse n'est pas anodin, puisque ce contexte particulier est encadré de manière très spécifique par plusieurs règles et normes catégorisantes. De ce fait, une sensibilité queer oblige une réflexion sur la manière dont toutes ces normes sont organisées et organisent les personnes. En ce qui a trait aux conditions de détention, notre intérêt est dirigé sur les normes qui découlent d'une multitude d'autres normes, le tout fondé sur des binarités et des dualités.

Puisque l'objet de notre mémoire est la structure binaire, catégorisante du droit, ce qui nous intéresse particulièrement dans la première section, c'est la façon dont est construit le droit international des droits humains de manière à pouvoir inclure les personnes de la DSPG et les enjeux de détention. Nous verrons que l'ajout de nouvelles normes n'est pas nécessairement la solution privilégiée lorsque nous prenons en considération le fonctionnement du droit. Nous discuterons par la suite de la structure du DIH, en revenant aux bases même de ce corpus juridique (qu'est-ce qui autorise la guerre?) pour spécifier notre objet d'intérêt (quelles normes régissent les personnes de la DSPG lors de conflits armés?). C'est ainsi que nous verrons que le DIH est construit sur des dualités de plus en plus précises, chaque norme dépendant d'une autre.

Finalement, la dernière section contient notre critique queer du DIH. Ayant discuté tout au long du mémoire des structures du droit et ayant affiné notre analyse à travers la critique de plusieurs corpus juridiques, nous offrons finalement un aperçu de ce que serait une critique du DIH informée par des sensibilités queer. Ce cadre théorique nous permet d'imaginer les possibilités de déconstruction et de reconstruction, le tout par l'application d'une critique structurelle. Nous y verrons que le queer n'appelle pas nécessairement à l'ajout de normes, mais que cette option peut aussi être choisie de manière stratégique. La spécificité des théories queer est ce qu'elles prennent comme cible : les sources mêmes du DIH et sa place dans l'ordre mondial.

3.1 Droit international des droits humains et enjeux de la DSPG

En premier lieu, il est nécessaire de souligner qu'en droit international des droits humains (DIDH), les enjeux concernant les personnes de la DSPG ne sont que récemment mis à l'ordre du jour. En effet,

avant les années 1990, les mécanismes des Nations Unies en matière de droits de la personne n'avaient pas fait beaucoup pour lutter contre la criminalisation des actes homosexuels consensuels entre adultes, et ils ne reconnaissaient en aucune façon les violations des droits humains des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre [Notre traduction]²⁸⁶.

C'est à travers plusieurs jugements, résolutions et déclarations de pays qu'aujourd'hui, plus de droits sont accordés – ou du moins étendus – aux personnes de la DSPG. Le premier jugement international en faveur d'une personne issue de la DSPG est rendu en 1994, lorsque le Comité des Droits de l'Homme a jugé que les lois criminalisant l'homosexualité en Tasmanie violaient le droit à la vie privée selon l'article 17 du PIDCP²⁸⁷. Ce droit a d'ailleurs été interprété pour inclure les personnes de la DSPG par le Comité des droits de l'homme, qui a réaffirmé en 2011 que la criminalisation de l'homosexualité par un État constituait une violation de la vie privée²⁸⁸.

La première résolution d'un organe des Nations unies qui traite spécifiquement des enjeux de la DSPG est la résolution sur les droits de l'homme, l'orientation sexuelle et l'identité de genre du Conseil des droits de l'Homme de 2011²⁸⁹. D'autres résolutions propres aux organisations régionales traitent aussi des droits spécifiques

²⁸⁶ Bejzyk, *supra* note 16 à la p 382.

²⁸⁷ *Toonen v Australia*, 1994 Human Rights Committee paras 8.2-8.6.

²⁸⁸ UN Human Rights Committee (HRC), *Concluding Observations of the Human Rights Committee : Ethiopia*, CCPR/C/ETH/CO/1, 2011 para 12.

²⁸⁹ Conseil des droits de l'homme, *Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre*, A/HRC/RES/17/19, 14 juillet 2011.

de la DSPG, que ce soit en Europe²⁹⁰, dans les Amériques²⁹¹ ou en Afrique²⁹², le niveau de protection variant selon les régions.

Des organes traitant d'enjeux particuliers ont inclus les droits des personnes de la DSPG dans leur champ de protection. D'ailleurs, c'est d'étendre l'interprétation de droits déjà existants jusqu'aux personnes de la DSPG qui est la manière la plus courante de protéger ces derniers. C'est ainsi que le Comité contre la torture a spécifié que l'interdiction de torture ou de mauvais traitement devait s'étendre à tous les groupes, et particulièrement les groupes à risque, comprenant les personnes de tous genres et orientations sexuelles²⁹³. Le comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a aussi pris position en faveur de la dépénalisation du comportement homosexuel et contre la discrimination à l'égard des femmes par rapport à l'orientation sexuelle et le genre²⁹⁴.

²⁹⁰ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity*, Res 1728, Doc No 1728, 29 avril 2010.

²⁹¹ Organisation des États Américains, *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity and Expression*, AG/RES 2863 (XLIV-O/14), 5 juin 2014.

²⁹² Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Resolution on Protection Against Violence and Other Human Rights Violations Against Persons on the Basis of Their Real or Imputed Sexual Orientation or Gender Identity*, Res 55/275, 28 mai 2014.

²⁹³ UN Committee Against Torture, *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties*, CAT/C/GC/2, 2008 para 21.

²⁹⁴ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 18 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes: Observations finales*, CEDAW/C/UGA/CO/7, 2010 para 44.

Finalement, quelques textes font état des discriminations auxquels font face les personnes issues de la DSPG. Les Nations unies ont publié deux rapports, soit celui sur la *Discrimination et violence à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*²⁹⁵ qui liste des discriminations que subissent les personnes de la DSPG et celui intitulé *Nés libres et égaux*²⁹⁶, qui détaille les obligations des États au niveau de la protection qui doit être accordée aux personnes de la DSPG.

Le plus important des textes à ce jour demeure les *Principes de Yogyakarta*. Cet ensemble de principes, élaborés en 2006 par des expert·e·s en droits humains, sert de guide interprétatif et de ligne directrice lors de la lecture d'autres textes de droits humains²⁹⁷. Bien que n'étant pas contraignant, l'objectif du processus était de

développer une série de principes juridiques internationaux sur l'application du droit international aux violations des droits humains fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, afin d'apporter une plus grande clarté et une plus grande cohérence aux obligations qui incombent aux États en matière de droits humains²⁹⁸.

²⁹⁵ Conseil des droits de l'homme, *Discrimination et violence à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, A/HRC/29/23, Assemblée Générale des Nations Unies, 2015.

²⁹⁶ Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Nés libres et égaux: Orientation sexuelle et identité de genre en droit international des droits de l'homme*, HR/PUB/12/06, New York et Genève, 2013.

²⁹⁷ Nevenka Duric, Suncana Roksandic Vidlicka et Gleb Bogush, « Legal Protection of Sexual Minorities in International Criminal Law » (2018) 6 Russ Law J 28 à la p 33.

²⁹⁸ *Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, 26 mars 2007 à la p 7.

En complément à l'ensemble de ces textes, le Conseil des droits de l'homme a créé en 2016 le poste d'expert indépendant sur la protection contre la violence et la discrimination en raison de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre²⁹⁹ qui s'occupe entre autres de vérifier la mise en œuvre des règles existantes en droits humains par rapport aux enjeux de la DSPG³⁰⁰.

Bien qu'il y ait eu un certain développement des droits au courant des dernières décennies, il reste qu'en général, les textes sur le sujet n'ont pas de force contraignante et les protections pour les personnes issues de la DSPG doivent pour la plupart être déduites de dispositions générales. Il est ainsi maintenant accepté que les droits déjà inclus dans les textes de droits humains s'appliquent aussi aux personnes de la DSPG. C'est la position qu'a soutenue la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, la Commission interaméricaine des droits de l'homme ainsi que les Nations unies lors d'un dialogue conjoint portant sur les violences et les violations des droits humains en 2016. Ils y ont affirmé qu'aucun n'allait rajouter des droits spécifiques pour les personnes de la DSPG, mais qu'ils interprétaient les principes existants comme s'étendant à tous les groupes qui sont victimes de discrimination³⁰¹. C'est aussi une stratégie que soutient le Comité des droits de l'homme, qui utilise amplement les droits à la vie privée, à l'égalité, à la non-discrimination et l'interdiction de torture ou de mauvais traitements pour traiter des

²⁹⁹ Conseil des droits de l'homme, *Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 30 juin 2016*, A/HRC/RES/32/2, 2016.

³⁰⁰ Office of the High Commissioner for Human Rights, « Independent Expert on Sexual Orientation and Gender Identity », en ligne : <ohchr.org/en/issues/sexualorientationgender/pages/index.aspx>.

³⁰¹ African Commission on Human and Peoples' Rights, *Ending violence and other human rights violations based on sexual orientation and gender identity*, Pretoria, 2016 para 14.

questions de la DSPG³⁰². C'est ainsi qu'au niveau international, plusieurs droits peuvent protéger les personnes de la DSPG contre les abus et les discriminations.

3.2 Droit international des droits humains et détention

Chaque pays a ses propres règles concernant les raisons d'emprisonnement, les conditions de détention et les normes encadrant la libération des prisonnier·ère·s. Ceci étant, des normes internationales sont nécessaires afin de s'assurer que l'ensemble des États suivent des règles communes et respectent au minimum les droits humains de base dans des situations de détention. Il est intéressant de noter qu'aucune disposition dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) ne fait explicitement référence aux détenu·e·s, « même s'ils [sont] implicitement couverts par les droits qui y [sont] énoncés, y compris l'interdiction de la torture, le droit à un procès équitable et la présomption d'innocence »³⁰³.

Par contre, peu après l'adoption de la DUDH, l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus est adopté pour traiter des conditions de détention minimales à fournir aux détenu·e·s. Ces règles ont été révisées en 2015 et sont maintenant connues sous le nom d'*Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela)*³⁰⁴. Ces règles « visent à établir [...] les principes et les règles d'une bonne organisation pénitentiaire et de la pratique du traitement des

³⁰² Bejzyk, *supra* note 16 à la p 383.

³⁰³ Andrew Gilmore, « Les Règles Nelson Mandela : Protéger les droits des personnes privées de liberté », en ligne : Nations Unies: Chroniques <un.org/fr/chronique/les-regles-nelson-mandela-protoger-les-droits-des-personnes-privées-de-liberte>.

³⁰⁴ Assemblée Générale des Nations Unies, *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela)*.

détenus »³⁰⁵. Bien que n'étant pas contraignantes, elles servent à fournir « des directives détaillées en matière de protection des droits des personnes privées de liberté, allant de la phase d'instruction à la condamnation »³⁰⁶.

Il existe aussi un ensemble de principes généraux quant aux conditions de détention, créés par l'Assemblée générale des Nations unies en 1988³⁰⁷ ainsi que des règles plus spécifiquement orientées vers la protection des femmes détenue·e·s, les *Règles de Bangkok*³⁰⁸ de 2011. Ces dernières ont été adoptées dans un souci de mettre à jour la première version des règles Nelson Mandela de 1955³⁰⁹, qui ne prenaient pas en considération les enjeux propres aux femmes détenues. Ce nouvel ensemble de normes se veut donc un complément aux règles déjà existantes. Au niveau des dispositions générales qui s'appliquent dans tout contexte, dont celui de détention, le Protocole international sur les droits civils et politiques (PIDCP)³¹⁰ et le Protocole

³⁰⁵ *Ibid* Observations préliminaires au para 1.

³⁰⁶ Gilmore, *supra* note 303.

³⁰⁷ Assemblée Générale des Nations Unies, *Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*, 43/173, 1988.

³⁰⁸ Assemblée Générale des Nations Unies, *Règles des Nations Unies concernant le traitement des détenues et l'imposition de mesures non privatives de liberté aux délinquantes (Règles de Bangkok)*, A/RES/65/229, 16 mars 2011.

³⁰⁹ *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela)*, 2015, *supra* note 304.

³¹⁰ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 27.

international sur les droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)³¹¹ sont contraignants et la majorité des États en sont partie.

Finalement, il est important de rappeler que les États ont des devoirs envers les personnes qui sont sous leur charge dans les lieux de détention. Étant garants de leur santé et leur sécurité, les États

ont le devoir fondamental d'assurer le contrôle et la sécurité à l'intérieur des lieux de détention et de prévenir la violence entre détenus. Les États doivent s'abstenir de commettre des actes de torture ou des traitements inhumains ou dégradants à l'encontre de personnes privées de liberté, notamment pour des raisons liées à leur orientation sexuelle ou à leur identité de genre [Notre traduction]³¹².

En droit international, nous pouvons donc relever des dispositions contraignantes et certains textes qui abordent directement les personnes de la DSPG ou la détention. Bien que ce ne soit pas des textes contraignants, ceux qui traitent des enjeux de la DSPG sont le résultat de réflexions et de débats récents, mais nécessaires sur la scène internationale. La façon dont est construit le DIDH permet l'ajout de droits, l'intégration de nouveaux concepts et la réinterprétation de termes pour inclure différents sujets. Dans la prochaine section, nous verrons si, considérant sa structure, le DIH a aussi entrepris des réflexions du genre.

³¹¹ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 3 janvier 1976.

³¹² Inter American Commission on Human Rights, *Press Release: IACHR Expresses Concern about Violence and Discrimination against LGBT Persons Deprived of Liberty*, 21 mai 2015, en ligne : <http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2015/053.asp>.

3.3 Fonctionnement du droit international humanitaire et impacts sur les situations de détention

Comment fonctionne le droit international humanitaire? Nous avons discuté des principes de base de ce corpus juridique dans le chapitre précédent, mais cette prochaine section servira à mieux comprendre la structure du DIH et la façon dont il est construit. Fondé sur des catégories de plus en plus précises, le DIH est intrinsèquement normatif : il est nécessaire pour une critique queer de relever la manière dont ces catégories sont formées mais aussi de voir comment elles informent les autres catégories.

C'est ainsi que dans cette section, nous nous retrouvons d'abord à remonter à l'origine de l'état de guerre comme étant normal et normalisé, pour ensuite explorer les types de conflits armés (CAI/CANI) et de personnes (combattant·e·s, civil·e·s) que catégorisent le DIH. La détention en DIH est organisée selon le même principe de normes de plus en plus spécifiques, et une critique structurelle de cet enjeu implique avant tout une critique de l'ensemble de la structure qui lui permet d'exister. Pour arriver à une critique queer de la détention, il faut donc débiter par l'origine même de la normalisation de la guerre.

3.3.1 Qualifications/catégorisations

La détention en DIH entraîne une série de règles très précises, d'autant plus que plusieurs catégories de personnes peuvent être détenues à différents moments durant le conflit armé et pour de multiples raisons. Le système de réglementation de la détention est basé sur plusieurs catégorisations qui débutent dès le moment de lancer le conflit armé et déterminent jusque dans les moindres détails la vie quotidienne des personnes détenues. En DIH, chaque catégorie est clairement délimitée, classifiée et distincte, et chacune dépend d'une classification antérieure.

Tout d'abord, afin de déterminer s'il est permis ou non d'entrer en guerre, il faut répondre à certaines conditions. Qu'est-ce qui donne le droit à un État d'entreprendre un conflit armé? Durant de nombreuses années, la doctrine de la guerre juste était la plus répandue, et la validité d'une guerre était mesurée par la raison d'entrer en conflit : la guerre était jugée juste ou injuste selon la légitimité même des motifs. Les raisons permettant d'aller en guerre comprenaient le rétablissement des droits bafoués ou la punition d'un opposant ayant fait un tort³¹³, et les *actions* prises pendant le conflit étaient jugées valides ou non selon si la *cause globale* était juste ou non. Maintenant, la raison d'entrer en conflit et les actions durant le conflit ne sont pas liées, faisant partie de deux corpus juridiques bien distincts, soit respectivement le *jus ad bellum* et le *jus in bello*.

Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale et la mise en place de règles liant toutes les nations du monde, les dispositions permettant ou non d'aller en guerre sont bien définies. L'usage de la force est prohibé par la Charte des Nations unies³¹⁴, sauf en situation de légitime défense. De plus, le sujet du droit international qui veut user la force pour se défendre doit faire part de son intention au Conseil de sécurité, qui devra par la suite lui donner son accord³¹⁵. C'est la branche du *jus ad bellum*, le droit avant la guerre, qui réunit ces exigences.

³¹³ Jasmine Moussa, « Can jus ad bellum override jus in bello? Reaffirming the separation of the two bodies of law » (2008) 90:872 Int Rev Red Cross 963 à la p 966.

³¹⁴ *Charte des Nations Unies*, San Francisco, 24 septembre 1945 art 2(4). «Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies»

³¹⁵ *Ibid* art 51.

En parallèle à la distinction entre l'*avant*-conflit et le *pendant* conflit, il importe de savoir si un affrontement se qualifie même comme étant un «conflit armé», puisque des règles différentes s'appliqueront selon si la violence atteint cette qualification. Nul besoin d'avoir comme preuve un acte de guerre officiel, ce sont les faits sur le

³¹⁷ Jens Iverson, « War Aims Matter: Keeping Jus Contra Bellum Restrictive While Requiring the Articulation of the Goals of the Use of Force Symposium Articles » (2018) 27:1 Minn J Int Law 67 à la p 73.

terrain qui importent, d'autant plus que la qualification n'est pas à la discrétion des parties au conflit, mais est déterminée conformément aux critères préétablis dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels. Ces critères ont été confirmés dans l'arrêt *Tadic* de 1995, qui explique qu'« un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État »³¹⁸. L'application du droit international humanitaire débute donc dès l'enclenchement des hostilités. Par contre, d'autres distinctions normatives sont aussi nécessaires par la suite: différentes branches du DIH s'appliquent selon le type de conflit armé.

D'abord, les conflits armés internationaux (CAI) ont lieu lorsqu'« un ou plusieurs États ont recours à la force armée contre un autre État, quelles que soient les raisons ou l'intensité de cet affrontement »³¹⁹. Dans ce type de conflit, les quatre Conventions de Genève³²⁰ ainsi que le Protocole additionnel I régissent la conduite des hostilités. Les CAI sont le type de conflit les mieux encadrés par le droit, cette forme d'affrontement étant la norme lors de la rédaction des principaux textes de DIH.

³¹⁸ *Le procureur c Dusko Tadic, Arrêt relatif a l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 1995 Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie [*Tadic*] para 70.

³¹⁹ Comité international de la Croix-Rouge (CICR), *Comment le terme « conflit armé » est-il défini en droit international humanitaire?*, mars 2008 à la p 1.

³²⁰ Conférence diplomatique de Genève, *Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, *supra* note 232; Conférence diplomatique de Genève, *Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, *supra* note 232; Conférence diplomatique de Genève, *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *supra* note 232 art 2; Conférence diplomatique de Genève, *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, *supra* note 232.

La qualification de conflit armé non international (CANI) est un peu plus ardue, d'autant plus que ce type d'affrontement peut prendre plusieurs formes. Néanmoins, le CICR le définit comme se déroulant

sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer [le Protocole additionnel II]³²¹.

Les dispositions conventionnelles de DIH qui s'appliquent dans les CANI incluent l'article 3 commun aux Conventions de Genève (article 3 commun) et le Protocole additionnel II (PAII). La séparation binaire entre les types de conflits CANI/CAI est essentielle dans la façon dont est pensé le DIH, construit par des États qui ne voulaient pas donner une légitimité excessive aux groupes armés, limitant donc le nombre de dispositions les concernant.

Le DIH est structuré suivant l'enchâssement de catégories de plus en plus précises. Après les distinctions *jus ad bellum/jus in bello* et CAI/CANI, chaque situation ayant lieu au sein du conflit doit être analysée individuellement selon les dispositions conventionnelles et la coutume applicable. Il y a deux façons principales d'analyser les situations en DIH, dépendamment de la finalité recherchée et de la perception de l'utilité de ce droit: est-ce que l'essence du DIH est d'aider les personnes protégées ou de défendre des intérêts militaires?

³²¹ Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, *supra* note 232 à l'art 1.

3.3.2 Droit de Genève/droit de La Haye

Chaque conflit armé est analysé de deux points de vue divergents qui, selon David Luban, sont celui militaire (droit des conflits armés) et celui humanitaire (du droit international humanitaire)³²². Ces deux visions ont des objectifs différents, et pourraient être catégorisées respectivement dans la binarité droit de La Haye/droit de Genève : le premier s'est développé pour régir la conduite des hostilités tandis que le second sert à la défense des personnes protégées. La séparation entre ces deux droits et façons d'analyser les conflits armés est importante en DIH puisque chacun porte des objectifs qui diffèrent, mais les deux doivent coexister lors de la poursuite du règlement des hostilités.

Selon la vision du droit des conflits armés, l'objectif principal pour toute partie au conflit est d'en sortir victorieux. Ceci étant, une considération est accordée aux règles visant à épargner les personnes protégées, mais la priorité est donnée à la nécessité et au bon jugement militaire. Le DIH sert donc à encadrer le conflit, mais les décisions finales reviennent aux entités militaires : « en vertu de la vision militaire, la responsabilité externe pour les violations du droit de la guerre n'est pas souhaitable; on devrait compter sur les forces armées des États pour surveiller leurs propres activités » [Notre traduction]³²³. De ce fait, les avocate·s et conseiller·ère·s militaires vont considérer le DIH comme un corpus juridique servant à compléter l'impératif militaire, droit qu'il faut donc certainement considérer, mais qui ne supprime pas le concept de nécessité.

³²² David Luban, « Military Necessity and the Cultures of Military Law International Legal Theory » (2013) 2 Leiden J Int Law 315.

³²³ *Ibid* à la p 327.

À l’opposé, la vision du droit international humanitaire part d’un autre constat. La réflexion

commence par des êtres humains pris contre leur gré dans une guerre - des êtres humains qui veulent simplement s'occuper de leurs affaires quotidiennes et dont la dignité humaine leur confère le droit de le faire sans être détruits, mutilés, endommagés au cerveau, chassés des ruines de leur maison ou obligés d'enterrer leurs enfants [Notre traduction]³²⁴.

Ce point de vue met l’humain au centre des préoccupations, et admet à regret le besoin de faire une place à la nécessité militaire.

Ces deux visions coexistent, et chacune interprète le droit d’une façon qui sert différents intérêts. En insistant sur la prééminence de leur point de vue, elles contribuent à rendre le droit indéterminé, qui peut alors « être compris à travers l'un ou l'autre de deux systèmes structurés qui s'opposent l'un à l'autre » [Notre traduction]³²⁵. Il apparaît ainsi que le DIH reste ouvert à l’interprétation, et que chaque action prise pendant les conflits armés peut être perçue comme fondée ou non selon l’opinion de l’interlocuteur. Le DIH doit s’accommoder des deux conceptions et est construit pour composer avec les nécessités militaires et les considérations humanitaires³²⁶.

Au niveau de l’enjeu spécifique de la détention, les considérations militaires et humanitaires sont particulièrement importantes et doivent être balancées afin

³²⁴ *Ibid* à la p 329.

³²⁵ *Ibid* à la p 337.

³²⁶ Sassoli, Bouvier et Quintin, *supra* note 220 chap 1 à la p 1.

d'assurer que les personnes détenues le soient seulement lorsqu'il est nécessaire, et que leurs conditions de détention respectent au minimum les principes de base d'humanité. Le concept même de détention entend une limitation des déplacements, des libertés et donne plein pouvoir aux détenteurs sur les corps, le bien-être et la vie des personnes détenues. De comprendre la binarité militaire/humanitaire prend alors tout son sens puisque le jeu de pouvoir entre les deux viendra déterminer le traitement des personnes détenues

3.3.3 Catégories de personnes détenues

Plusieurs groupes de personnes détenues existent, dépendamment du type de conflit et de leur niveau de participation. D'abord, nous avons vu que le DIH s'applique lors de tout conflit armé. Il reste que les conflits armés internationaux sont mieux couverts par le DIH que leur homologue non international. Malgré le fait que moins de règles en DIH existent pour protéger les personnes détenues durant les conflits armés non internationaux, d'autres branches du droit servent à combler ces lacunes. En effet,

lorsque des États détiennent des prisonniers dans le cadre d'un conflit armé, le droit international humanitaire, le droit relatif aux droits de l'homme ou une combinaison des deux s'applique toujours [Notre traduction]³²⁷.

Une combinaison du DIH, du DIDH et du droit national est alors nécessaire pour garantir une protection optimale aux personnes détenues. Comme nous avons pu constater plus haut, la plupart des États sont partie à des traités de droits humains qui fournissent des garanties minimales en cas de détention, et ont dans leur législation

³²⁷ Michael H Hoffman, « Rights and Duties, as Captives and Captors, of Nonstate Intervenors During International and Internal Armed Conflicts » (2002) 96 Proc Annu Meet Am Soc Int Law 32 à la p 34.

nationale des dispositions établissant les procédures adéquates pour déterminer les motifs de détention³²⁸.

Il ne s'agit toutefois pas seulement de déterminer quelle branche du DIH s'applique lors d'une situation de détention, il faut aussi que les personnes détenues soient préalablement catégorisées afin de déterminer quelles protections peuvent leur être accordées. Lors des situations spécifiques de détention, les personnes détenues sont divisées de nombreuses façons, leur qualification variant entre autres selon leur statut suivant leur participation aux hostilités ou leur emploi en tant que membre des forces armées partie au conflit. Chaque catégorie est distincte et entraîne des privilèges et des droits différents. Afin de mieux comprendre la complexité des distinctions nécessaires, nous aborderons brièvement les deux principales catégories de personnes pouvant être détenues durant les conflits armés.

3.3.3.1 Combattants

Le statut de combattant·e est précis et limité, et mène à une qualification encore plus précise lors de la détention, soit celui de prisonnier·ère de guerre. La qualification de prisonnier·ère de guerre est l'une des plus difficiles à obtenir puisque des critères très spécifiques déterminent qui y a droit, d'autant plus qu'il s'agit d'un statut réservé exclusivement aux CAI, l'article 4 de la troisième Convention de Genève fixant qui peut en bénéficier³²⁹. Leur qualification est importante à la fois pour déterminer les

³²⁸ Ashley S Deeks, « Administrative Detention in Armed Conflict Security Detention: The International Legal Framework » (2007) 40:3 Case West Reserve J Int Law 403 à la p 413.

³²⁹ Sont considérés comme prisonniers de guerre les personnes qui sont tombées aux mains de l'ennemi et qui appartiennent aux catégories suivantes : (1) les membres des forces armées, (2) les membres des mouvements de résistance, (3) les membres de forces armées qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnu par la Puissance détentrice, (4) les accompagnateurs, (5) les membres des équipages de la marine marchande et de l'aviation civile des parties au conflit et (6) les participants à une levée en masse. L'article 4B accorde aussi le même traitement, sans toutefois

motifs qui autorisent leur détention et pour fixer leurs conditions de détention une fois sur place. La troisième Convention de Genève, qui est entièrement dédiée au traitement des prisonnier·ère·s de guerre, détaille toutes les catégories et les règles qui s'appliquent à ces dernier·ère·s.

L'emprisonnement des prisonnier·ère·s de guerre n'en est pas un qui se veut punitif, mais doit plutôt servir au «bon déroulement» du conflit armé. En effet, « la captivité n'est ni une peine qu'on inflige aux prisonniers de guerre, ni un acte de vengeance; c'est seulement un séquestre temporaire, qui doit être exempt de tout caractère pénal »³³⁰. Le but de la détention de prisonnier·ère·s de guerre est de les empêcher de prendre part au conflit: ce n'est pas pour les punir d'un quelconque crime. L'objectif étant donc simplement de restreindre la capacité de combattre, les conditions dans lesquelles sont détenus les prisonnier·ère·s doivent être adéquates et même confortables comparativement aux établissements carcéraux. Par exemple, les prisonnier·ère·s de guerre doivent bénéficier de conditions de logement « aussi favorables que celles réservées aux troupes de la Puissance détentrice »³³¹, ont droit à

accorder le statut, aux militaires en territoire occupé, aux internés en pays neutre et au personnel médical et religieux : Conférence diplomatique de Genève, *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *supra* note 232 art 4.

³³⁰ Institut de droit international, *Manuel d'Oxford des lois de la guerre sur terre*, 9 septembre 1880 art 61.

³³¹ Conférence diplomatique de Genève, *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *supra* note 232 art 25(1).

des activités intellectuelles, éducatives, récréatives et sportives³³² et ont droit d'avoir des locaux réservés aux offices religieux³³³.

Après l'acquisition du statut de prisonnier·ère de guerre, plusieurs distinctions s'opèrent au sein même du lieu de détention. D'abord, il y a une catégorisation entre les prisonnier·ère·s de différents grades, qui bénéficient de privilèges différents selon leur position. C'est ainsi qu'une séparation s'opère entre les officier·ère·s³³⁴ et les hommes de troupes et les sous-officier·ère·s, qui doivent être logés dans des endroits indépendants³³⁵. Contrairement aux autres prisonnier·ère·s, les officier·ère·s prisonnier·ère·s de guerre ne doivent pas saluer les officier·ère·s de la Puissance détentrice sauf si ces dernier·ère·s sont plus haut gradés³³⁶. De plus, les prisonnier·ère·s ont droit d'être détenu·e·s avec d'autres prisonnier·ère·s de même nationalité ou origine, les séparant des autres détenu·e·s étranger·ère·s. Il y a aussi des différences entre les façons de s'occuper des prisonnières et des prisonniers. Des dortoirs séparés doivent être fournis pour les hommes et les femmes³³⁷ tandis que lors de peines disciplinaires, les femmes doivent être détenues dans des locaux séparés des

³³² *Ibid* ar 38(1).

³³³ *Ibid* art 34(2).

³³⁴ Selon le gouvernement du Canada, la féminisation du titre de fonction «officier» est «officière» : Gouvernement du Canada, *supra* note 17.

³³⁵ Conférence diplomatique de Genève, *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *supra* note 232 art 97(3).

³³⁶ *Ibid* art 39(3).

³³⁷ *Ibid* arts 25(4) et 29(2).

hommes et doivent être surveillées par d'autres femmes³³⁸. Il reste que, parmi toutes les dispositions de la convention, aucune ne traite de diversité sexuelle et pluralité des genres.

Ces distinctions, catégorisant jusqu'au moindre détail chaque personne détenue en tant que prisonnier·ère de guerre, organisent leur vie quotidienne. S'assurant de ne pas bouleverser les séparations existantes entre les personnes, le DIH ne fait que les réifier. En détention, ne seront remis en question ni le grade des prisonnier·ère·s, ni les privilèges qui y sont associés. Au contraire, chaque disposition classifiant les détenu·e·s le fait selon des divisions existantes, que ce soit homme/femme, officier·ère/soldat·e ou, comme nous le verrons, combattant·e·s/civil·e participant aux hostilités.

3.3.3.2 Personnes civiles

Les personnes civiles peuvent aussi être détenues par les parties aux conflits, mais pour des raisons différentes de celles liées aux prisonnier·ère·s de guerre. Selon la quatrième Convention de Genève, qui régit la protection des civils en temps de guerre, une personne civile peut être internée ou placée en résidence forcée seulement « si la sécurité de la Puissance au pouvoir de laquelle ces personnes se trouvent le rend absolument nécessaire »³³⁹ ou en territoire occupé pour « d'impérieuses raisons de sécurité »³⁴⁰. L'article 42 de la quatrième Convention de Genève qui aborde cette question a été interprété par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

³³⁸ *Ibid* arts 97(4) et 108(2).

³³⁹ Conférence diplomatique de Genève, *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, *supra* note 232 art 42.

³⁴⁰ *Ibid* art 78.

lors de l'affaire *Delalić*, alors que le tribunal a confirmé que l'internement des civils est autorisé « seulement si [la Puissance protectrice] a des raisons sérieuses et légitimes de penser que les personnes en cause sont susceptibles de nuire gravement à sa sécurité par des moyens tels que le sabotage ou l'espionnage »³⁴¹.

C'est ainsi que, contrairement aux prisonnier·ère·s de guerre, les personnes civiles sont détenues « non pas en fonction des catégories fondées sur le statut, mais en fonction du fait qu'une personne représente ou non une menace pour la sécurité »³⁴². De ce fait, la durée de l'internement ne peut pas être indéfinie :

l'un des principes les plus importants régissant l'internement/la détention administrative est que cette forme de privation de liberté doit cesser dès que l'individu cesse de représenter une menace réelle pour la sûreté de l'État, ce qui signifie que la privation de liberté pour de tels motifs ne peut être illimitée [Notre traduction]³⁴³.

Les personnes civiles doivent donc être libérées « dès que les causes qui ont motivé [leur] internement n'existeront plus »³⁴⁴, que ce soit à la fin du conflit armé ou lorsqu'il est encore en cours.

³⁴¹ *Le Procureur c Zejnil Delalić et consorts, jugement*, 1998 Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie au para 576.

³⁴² Ryan Goodman, « The Detention of Civilians in Armed Conflict » (2009) 103:1 Am J Int Law 48 à la p 53.

³⁴³ Jelena Pejic, « Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence » (2005) 87:858 Int Rev Red Cross 375 à la p 382.

³⁴⁴ Conférence diplomatique de Genève, *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, *supra* note 232 art 132.

Malgré le fait que dans le cas des personnes civiles le statut n'ait pas d'incidence sur les motifs de détention, une classification s'effectue tout de même entre différents types de personnes civiles, selon leur degré de participation au conflit armé. C'est ainsi que toutes les personnes qui combattent sans faire partie d'une force armée étatique – comme c'est le cas dans les conflits armés non internationaux – ne se qualifient pas comme prisonnier·ère·s de guerre, mais doivent quand même être catégorisées autrement que comme simple civil·e·s.

La catégorie « personne participant directement aux hostilités » englobe ces personnes civiles prenant part au conflit sans toutefois faire partie de forces armées étatiques ou de groupes armés. La distinction entre les termes «civil·e» et «civil·e participant directement aux hostilités» est importante en DIH puisque le premier est une personne protégée tandis que le deuxième peut être une cible légitime. Plusieurs critères encadrent cette qualification, qui a entraîné énormément de débats au cours des dernières années. Le CICR, dans son *Guide sur la participation directe aux hostilités*³⁴⁵, détermine officiellement les critères nécessaires à cette qualification, qui comptent le seuil de nuisance³⁴⁶, la causation directe³⁴⁷ et le seuil de belligérance³⁴⁸. Les personnes civiles qui répondent à ces critères peuvent être prises comme cibles et perdent de ce fait leur statut de personne protégée. Nous pouvons aussi inclure parmi les civil·e·s ayant perdu leur statut les espion·ne·s qui, sans uniforme démontrant une appartenance à une partie au conflit, peuvent être détenu·e·s comme civil·e·s. En

³⁴⁵ Niels Melzer, *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, 2010.

³⁴⁶ *Ibid* à la p 49.

³⁴⁷ *Ibid* à la p 53.

³⁴⁸ *Ibid* à la p 60.

résumé, des critères très précis marquent la séparation entre ceux pouvant être pris comme cible lors de conflits armés versus ceux qui doivent être protégé·e·s.

La différence entre personne civile et combattant·e est primordiale en DIH et constitue l'un de ses fondements les plus profonds. Le principe de distinction, qui fait partie du cœur même du DIH, est entièrement construit autour de la protection des personnes et biens civils. La démarcation entre les combattant·e·s et les civil·e·s paraissait auparavant très claire, mais elle est maintenant troublée par la participation de plus en plus fréquente de personnes civiles lors de combats non traditionnels, créant une civilianisation des conflits et chamboulant les règles traditionnelles liées à la détention³⁴⁹.

Lors de la détention de personnes civiles, plusieurs niveaux de séparation et de classification existent, comme dans le cas des prisonnier·ère·s de guerre. D'abord, les personnes civiles doivent être logées séparément des prisonnier·ère·s de guerre et des personnes privées de liberté³⁵⁰ et les personnes protégées inculpées doivent être séparées des autres personnes détenues³⁵¹. Si des femmes doivent être logées avec des hommes n'appartenant pas à leur unité familiale, elles doivent pouvoir dormir dans des lieux séparés³⁵² et être placées sous surveillance de femmes³⁵³. Lors de conflits

³⁴⁹ Sassoli, Bouvier et Quintin, *supra* note 220 Chap 5 à la p 12.

³⁵⁰ Conférence diplomatique de Genève, *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, *supra* note 232 art 84.

³⁵¹ *Ibid* art 76.

³⁵² *Ibid* art 87(4).

³⁵³ Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949*

armés non internationaux, le même principe de séparation entre les femmes et les hommes s'applique³⁵⁴. Les enfants doivent aussi être détenus dans des locaux séparés, sauf dans les cas de familles logées ensemble³⁵⁵. L'unité familiale est très importante dans la conception de la protection des personnes civiles qu'entretient le DIH, qui soutient que les membres d'une même famille doivent être, dans la mesure du possible, toujours internés ensemble³⁵⁶. Par contre, malgré ce regroupement obligatoire, la définition de famille n'est jamais explicitée dans les textes conventionnels de DIH.

À travers toutes ces définitions et explications du fonctionnement du DIH, nous pouvons clairement voir que ce corpus juridique est construit sur une multitude de catégories agissant de concert pour réglementer les corps interagissant durant les conflits armés. Pourtant, malgré toutes ces distinctions et réglementations précises, aucune n'aborde les personnes issues de la DSPG. La structure même du DIH est entièrement construite sur des binarités et une multitude de normes catégorisantes, concepts totalement opposés aux idées queer. Nous verrons dans la prochaine section quelles dispositions nous pourrions appliquer lorsque nous tentons d'accorder une

relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), supra note 223 art 75(5).

³⁵⁴ Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, supra note 232 art 5(2) a]. .

³⁵⁵ Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, supra note 223 art 77(4).

³⁵⁶ Conférence diplomatique de Genève, *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, supra note 232 art 82.

certaine protection aux personnes de la DSPG lorsqu'iels se trouvent à l'intérieur d'un conflit armé.

3.3.4 Règlementation existante quant à la DSPG dans les contextes de conflits armés et plus spécifiquement dans les situations de détention

Il est vrai que le droit international humanitaire a été créé pour la plus grande partie à la suite de la Deuxième Guerre mondiale, dans un contexte où les enjeux de la diversité sexuelle et la pluralité des genres n'était pas à l'ordre du jour. Par contre, les autres branches du droit international ont évolué dans le sens de la protection des personnes de la DSPG, et le DIH devrait aussi être considéré comme protégeant les personnes de cette catégorie³⁵⁷. Il faut toutefois noter qu'il n'y a pas en DIH de disposition spécifique couvrant les droits des personnes issues de la DSPG. En contrepartie, il y a moyen de les inclure, leurs droits « [pouvant] être déduits des principes fondamentaux du traitement humain et de l'interdiction de toute distinction défavorable » [Notre traduction]³⁵⁸.

En effet, le DIH comprend l'interdiction de discrimination fondée sur « la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou la croyance, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou une autre situation ou tout autre critère analogue »³⁵⁹, tant dans les CAI que les CANI. On peut déduire de cette

³⁵⁷ Human Dignity Trust, *supra* note 33 à la p 4.

³⁵⁸ Margalit, *supra* note 34 à la p 14.

³⁵⁹ Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, *supra* note 223 art 9(1); Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, *supra* note 232 art 2.

disposition que l'orientation sexuelle et l'identité de genre peuvent être incluses dans la catégorie « tout autre critère analogue ». Cette exigence de non-discrimination a d'ailleurs valeur coutumière et s'applique à toutes les parties au conflit³⁶⁰.

C'est ainsi qu'il est possible de soutenir que les personnes de la DSPG peuvent faire partie des groupes protégés par le DIH, toutes les règles s'appliquant *de facto* à leur «catégorie». Comme dans le cas du DIDH qui ne contient pas dans ses traités contraignants de dispositions précises protégeant ce groupe, le droit international humanitaire doit utiliser les dispositions de non-discrimination existantes et les interpréter comme incluant les discriminations basées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre³⁶¹. Les Conventions de Genève comprenant l'exigence de respecter et de faire respecter le droit international humanitaire³⁶², les États doivent donc prendre des actions concrètes pour protéger les personnes de la DSPG durant les conflits armés. De plus, cette règle de mise en œuvre a maintenant valeur coutumière tant dans les CANI que les CAI, toutes les parties au conflit se devant d'émettre des instructions en ce sens à leurs troupes armées³⁶³.

³⁶⁰ Henckaerts et Doswald-Beck, *supra* note 240 à la règle 88.

³⁶¹ Human Dignity Trust, *supra* note 33 à la p 13.

³⁶² Conférence diplomatique de Genève, *Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, *supra* note 232; Conférence diplomatique de Genève, Conférence diplomatique de Genève, *Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, *supra* note 232; Conférence diplomatique de Genève, Conférence diplomatique de Genève, *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *supra* note 232; Conférence diplomatique de Genève, Conférence diplomatique de Genève, *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, *supra* note 232 à l'art 1 commun.

³⁶³ Henckaerts et Doswald-Beck, *supra* note 240 à la règle 139.

Le DIH contient donc des dispositions pouvant être utilisées pour plaider pour la défense des droits des personnes de la DSPG. Par contre, contrairement au DIDH, il n'y a pas de cour qui interprète les traités de DIH. Les individus ne peuvent pas porter de cause devant un tribunal, et aucune cour n'existe pour rendre compte de l'évolution du DIH. Il est vrai que la Cour pénale internationale peut juger de violations graves et de crimes importants commis lors de conflits armés, mais le processus est long et ardu et elle ne se prononcera pas sur cet enjeu de sitôt. La Cour internationale de justice « pourrait en théorie faire une telle déclaration, mais cela nécessiterait une requête d'État à État sur cette question, ce qui est peu probable dans un avenir proche » [Notre traduction]³⁶⁴.

C'est la même logique qui s'applique dans le contexte de la détention lors de conflits armés, alors qu'aucun droit spécifique n'encadre les situations spécifiques de détention des personnes issues de la DSPG. Ces dernières peuvent être détenues pour les mêmes raisons que les autres personnes, soit comme prisonnier·ère·s de guerre, comme des personnes civiles qui représentent une menace pour la sécurité, dans un contexte de procès criminel lié à une violation du droit national ou encore dans les cas de crimes de guerre³⁶⁵. Par contre, nous savons que les effets de la détention sur les personnes de la DSPG peuvent être plus néfastes que ceux que subissent les autres groupes, surtout en contexte de conflit armé.

Les dispositions qui protègent les personnes de la DSPG qui sont en détention sont donc sensiblement les mêmes que pour les autres groupes. Les droits des personnes issues de la DSPG peuvent être déduits des principes de base du DIH. Le principe

³⁶⁴ Human Dignity Trust, *supra* note 33 à la p 13.

³⁶⁵ Margalit, *supra* note 34 à la p 18.

d'humanité, que nous avons abordé dans le chapitre deux, est l'un des plus compréhensifs lorsqu'il est question de protéger les personnes hors de combat et plus généralement les personnes non couvertes par d'autres dispositions de DIH. Lors de conflits armés non internationaux, l'article 4 du Protocol additionnel II (PAII)³⁶⁶ et l'article 3 commun aux Conventions de Genève³⁶⁷ font office de garantie du standard d'humanité. En temps de conflit armé international, le principe d'humanité est encadré par l'article 27 de la IV^e Convention de Genève³⁶⁸ et l'article 75(1) du Protocol additionnel I³⁶⁹. C'est ainsi qu'en DIH,

tous les détenus, y compris les détenus LGBT, ont droit à un traitement humain et à une protection contre la torture et les traitements humiliants ou dégradants,

³⁶⁶ Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, *supra* note 232 art 4.

³⁶⁷ Conférence diplomatique de Genève, *Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, *supra* note 232; Conférence diplomatique de Genève, Conférence diplomatique de Genève, *Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, *supra* note 232; Conférence diplomatique de Genève, Conférence diplomatique de Genève, *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, *supra* note 232; Conférence diplomatique de Genève, Conférence diplomatique de Genève, Conférence diplomatique de Genève, *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, *supra* note 232 à l'art 3 commun.

³⁶⁸ Conférence diplomatique de Genève, *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, *supra* note 232 art 27.

³⁶⁹ Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, *supra* note 232 art 75(1).

y compris les violences sexuelles et les procédures médicales inutiles qui ne sont pas justifiées par l'état médical du détenu [Notre traduction]³⁷⁰.

Afin de compléter les traités classiques de DIH, les *Principes de Copenhague*, une série de principes et de recommandations de bonne pratique en matière de détention, traitent de celle-ci durant les opérations militaires. Ces principes ont été développés par un groupe d'États qui ont travaillé plusieurs années dans le but de combler les lacunes du DIH dans les situations de CANI et d'opérations de paix³⁷¹. Bien que n'étant pas du droit contraignant, il reste qu'ils sont une source de pratique d'un bon nombre d'États concernant la détention lors de conflits armés³⁷². Nous pouvons donc inclure les personnes issues de la DSPG comme bénéficiant de la protection accordée par ces principes.

Finalement, le DIH est assez complet en ce qui concerne le nombre de dispositions applicables à la détention. En effet, en plus de tout ce qui a été nommé plus haut, il donne au Comité international de la Croix-Rouge l'autorisation d'aller visiter et inspecter les lieux de détention dans les CAI et il « engage la responsabilité des auteurs de violations des Conventions ou du PAI » [Notre traduction]³⁷³ et des

³⁷⁰ Margalit, *supra* note 34 à la p 18.

³⁷¹ Lawrence Hill-Cawthorne, « The Copenhagen Principles on the Handling of Detainees: Implications for the Procedural Regulation of Internment » (2013) 18 J Confl Secur Law 481 à la p 483.

³⁷² *Ibid* à la p 482.

³⁷³ Margalit, *supra* note 34 à la p 12.

supérieur·e·s et commandant·e·s³⁷⁴ qui étaient au courant des violations, mais qui ne les ont pas empêchées.

Les solutions qui sont proposées pour améliorer les conditions de détention des personnes issues de la DSPG lors de conflits armés varient de la prévention à la séparation. En effet, d'aucuns favorisent une formation des employé·e·s des centres de détention afin d'« améliorer l'interaction du personnel avec les détenus LGBT [...] ainsi que [d'augmenter] la capacité de prévenir les mauvais traitements et de détecter les signes de détresse de la part des détenus LGBT » [Notre traduction]³⁷⁵. D'autres favorisent plutôt la séparation des détenu·e·s de la DSPG et des autres détenu·e·s, en particulier de « ceux qui semblent hostiles aux personnes LGBT, et au moins quand il s'agit de dormir ou de prendre une douche ou des toilettes » [Notre traduction]³⁷⁶.

Bien que ces solutions puissent possiblement pallier aux problèmes immédiats auxquels font face les personnes issues de la DSPG, il reste que les enjeux liés à la leur détention ne sont pas assez traités dans la littérature portant sur le DIH et les conflits armés. C'est ainsi que cette situation sous-étudiée ne reçoit pas l'attention nécessaire pour l'amélioration réelle des conditions de détention. La prochaine section tentera d'aborder les solutions qui pourraient être envisagées par les théories queer pour inclure les personnes de la DSPG dans les réflexions sur l'avenir du DIH, considérant les binarités, les divisions et la normalisation de ce corpus juridique. Nous croyons donc que malgré la complexité de ce droit, ses divisions essentielles à

³⁷⁴ Selon l'OQLF, la féminisation de «ommandant» est «commandante» : Office québécois de la langue française, *supra* note 17.

³⁷⁵ Margalit, *supra* note 34 à la p 20.

³⁷⁶ *Ibid* à la p 18.

sa construction et son inflexibilité qui contribuent à la difficulté d'en imaginer une réforme ou une refonte, il est possible de critiquer le DIH en s'attaquant directement à sa structure.

3.4 Critique queer : manières de queeriser le droit international humanitaire

Comment rendre une critique queer d'un corpus juridique qui est construit de façon totalement opposée aux idées queer? La multiplication des catégories, les dispositions qui classent chaque personne dans des compartiments différents et la structure binaire au cœur même du DIH sont fondamentalement à l'opposé du fonctionnement des théories queer. *A priori*, il n'y a pas de moyen de concilier le queer et le DIH. Dans cette dernière section de notre mémoire, nous tâcherons d'appliquer les concepts et idées que nous avons développés au courant du travail pour tenter de démontrer qu'une critique queer du DIH est à la fois possible et nécessaire dans le contexte actuel.

Le contexte de la détention est ici particulièrement intéressant pour l'analyse queer, puisque c'en est un qui est organisé selon des binarités et des divisions. Les binarités organisationnelles construites pour gérer les lieux de détention ne laissent aucune place à la fluidité, nécessitant pour fonctionner des démarcations claires entre les détenu·e·s. Un seul corps peut donc venir troubler cette binarité de par le refus réel ou perçu de s'inscrire parfaitement dans l'une ou l'autre des catégories. Les corps trans sont les plus visiblement troublants dans les contextes de détention puisqu'ils sont perçus comme transgressant ostentatoirement la binarité H/F. Comment concilier détention, DIH et queer? C'est à travers des exemples liés à la détention que nous pourrions offrir une critique structurelle du DIH.

Considérant ces enjeux, notre analyse propose trois chemins possible dans la quête de la queerisation du DIH. D'abord, l'idée d'ajouter des droits pour protéger la catégorie

de personnes issues de la DSPG n'est pas nouvelle et peut présenter des attraits lors de réflexions sur la question. Ensuite, un courant queer nous permet d'imaginer une alternative aux concepts que nous tenons pour acquis lorsque nous réfléchissons sur les conflits armés et la détention. Finalement nous tenterons de trouver une option réaliste, mais restant dans l'utopisme queer, conciliant déconstruction structurelle et considérations matérielles. Débutons donc avec notre première critique queer du DIH, l'idée d'une expansion du corpus juridique pour inclure tou·te·s ceux qui sont exclu·e·s.

3.4.1 Ajouter des droits : la position positiviste

La première des solutions envisageable afin de rendre queer le droit international pour mieux protéger les personnes de la DSPG est l'ajout de plus de droits. Pour d'autres groupes considérés comme étant des minorités, des textes ont été créés dans le but d'augmenter les protections les concernant spécifiquement³⁷⁷. C'est notamment le cas pour la Convention relative aux droits de l'enfant³⁷⁸ ou encore la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes³⁷⁹.

C'est cette option que les théoricien·ne·s féministes ont traditionnellement choisi dans leur combat, tentant de pallier aux déficits concernant la protection des femmes en droit international en se mobilisant pour la création de nouveaux droits sexospécifiques. Deux stratégies ont été préconisées, soit celle de créer de nouveaux

³⁷⁷ Human Dignity Trust, *supra* note 33 à la p 26.

³⁷⁸ Assemblée Générale des Nations Unies, *Convention relative aux droits de l'enfant*, 2 septembre 1990.

³⁷⁹ Assemblée Générale des Nations Unies, *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 3 septembre 1981.

traités ou instruments internationaux et celle de réécrire des dispositions existantes pour y inclure les considérations féministes³⁸⁰. En effet, il y a eu l'idée dans les cercles féministes de créer un troisième protocole additionnel qui concernerait exclusivement la protection des femmes dans les conflits armés, ou encore de pousser l'Assemblée générale des Nations unies à adopter une convention sur la violence faite aux femmes durant les conflits armés³⁸¹. L'idéal pour les partisan·e·s de cette méthode serait soit d'ajouter ou de réécrire le droit afin d'y inclure les considérations propres aux femmes³⁸². Cette façon de faire a été appliquée en droit international des droits humains, mais n'est pas encore présente en droit international humanitaire.

Prenant cet exemple, nous pourrions affirmer que la même chose devrait être appliquée pour les personnes de la DSPG. Il pourrait avoir, dans le cas de la détention lors de conflits armés, un quatrième protocole additionnel qui encadrerait spécifiquement les enjeux liés au genre et à l'identité sexuelle. Il serait aussi possible d'adopter une résolution qui engagerait les États de l'ONU à protéger spécifiquement les personnes de la DSPG lors de conflits armés ou encore plus spécifiquement la gestion des personnes de la DSPG en détention lors des conflits armés.

De queeriser le droit international humanitaire par l'ajout de plus de manières d'encadrer les personnes et les actes pourrait aussi être par l'addition d'un autre *jus*, qui viendrait compléter le *jus ad bellum* et le *jus in bello*. En effet, il y a un engouement pour l'ajout d'un *jus post bellum* qui viendrait régler la fin des

³⁸⁰ Karima Bennoune, « Do We Need New International Law to Protect Women in Armed Conflict? » (2006) 38 Case W Res J Intl L 363 à la p 387.

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² *Ibid* à la p 388.

conflits. Le *jus post bellum* est un concept qui se veut être un spectre de possibilités juridiques, de principes et de pratiques qui s'appliquent lors de la transition d'un conflit armé à la paix. Par contre, le but n'est pas nécessairement l'ajout de nouvelles lois, mais le rassemblement d'instruments existants afin de mieux pouvoir encadrer les conséquences des conflits armés et, plus largement, de pouvoir réfléchir aux conséquences d'un conflit qui n'est pas encore entamé³⁸³.

Finalement, une autre façon d'augmenter le nombre de droits reliés aux personnes de la DSPG en DIH serait de faire évoluer la coutume dans ce sens. Les États pourraient ajouter dans leurs propres instruments des dispositions protégeant explicitement les personnes de la DSPG en détention durant les conflits armés : « si de nombreux pays font cet ajout à leurs manuels militaires, un corpus de pratiques étatiques se développera et pourra servir de base à l'établissement d'une norme internationale coutumière » [Notre traduction]³⁸⁴.

Bien que toutes ces manières de faire pourraient possiblement améliorer le traitement des personnes de la DSPG lors de conflits armés, il reste que selon nous, les bénéfices ne seront qu'à court terme et ultimement, les effets seront négatifs. De rajouter des droits n'est pas une méthode qui est privilégiée au sein des théories queer, qui, comme nous l'avons vu dans les chapitres précédents, est d'avis que ce n'est qu'une solution temporaire pour des problèmes qui sont structurels.

D'abord, l'ajout de normes forcerait les personnes à se classer dans des catégories définies afin de pouvoir bénéficier des protections qui seraient offertes par le DIH.

³⁸³ Jennifer Easterday, « Remarks by Jennifer Easterday » (2012) 106 Proc Annu Meet Am Soc Int Law 335.

³⁸⁴ Human Dignity Trust, *supra* note 33 à la p 15.

Dans le chapitre deux, nous avons pu comprendre comment les demandes d'asile sur la base de persécution envers les personnes de la DSPG étaient contraignantes pour les demandeur·euse·s. Comprenant que « la reconnaissance du statut de réfugié dans les régimes des droits de l'homme repose sur des notions essentialistes d'identité » [Notre traduction]³⁸⁵, il est pertinent de réfléchir sur les effets que cela pourrait avoir dans un contexte de détention lors de conflits armés. Considérant que la spécificité du DIH s'articule par une multitude de catégories, est-ce qu'en rajoutant d'autres, les personnes de la DSPG seraient contraintes d'essentialiser leur genre et leur identité sexuelle afin d'espérer bénéficier de protections lors de leur détention?

D'augmenter le nombre de droits régissant seulement une minorité des personnes affectées par les conflits armés réifie les catégories et les solidifie à l'intérieur d'une définition rigide qui laisse peu de place à la fluidité. Les théoricien·ne·s féministes, en poussant pour ajouter toujours plus de droits, ont fait en sorte qu'il est maintenant difficile de considérer autre chose que la binarité homme/femme lorsqu'on aborde le genre en droit international. Ce dernier est maintenant encore plus ancré dans une logique hétéronormative, et une analyse plus large permettant de comprendre comment les enjeux de genre et de pouvoir touchent des personnes se situant hors de la binarité homme/femme sont rares et difficiles à entreprendre³⁸⁶. Bien que n'étant pas l'objectif du mouvement féministe, « les droits humains internationaux et une grande partie de l'engagement féministe visant à assurer concrètement la protection des droits humains des femmes ont toujours favorisé le binaire sexe/genre, l'asymétrie

³⁸⁵ Sima Shakhsari, « The Queer Time of Death: Temporality, Geopolitics, and Refugee Rights » (2014) 17:8 Sexualities 998 à la p 1004.

³⁸⁶ Kathryn Mcneilly, « Gendered Violence and International Human Rights: Thinking Non-discrimination Beyond the Sex Binary » (2014) 22:3 Fem Leg Stud 263 à la p 272.

et la présomption d'hétérosexualité » [Notre traduction]³⁸⁷, et l'ajout de plus de droits ne fait que renforcer ces problématiques.

Ensuite, un autre effet pervers de cette augmentation des droits pourrait être de légitimer certaines actions en réaction à leur violation. C'est ce qui est avancé par Janet Halley dans son texte *Rape in Berlin*³⁸⁸, où elle critique les efforts féministes prônant l'ajout du crime de viol dans le Statut de Rome, considérant que sa criminalisation pourrait mener à une augmentation des violences, soit l'effet contraire de ce qui est désiré.

En effet, selon elle, de criminaliser le viol dans les textes internationaux pourrait avoir plusieurs effets négatifs dans la réalité. Entre autres, elle explique que de criminaliser ou d'interdire un comportement ne fait pas en sorte que celui-ci disparaisse, bien au contraire : d'interdire un acte peut pousser l'ennemi à le commettre, dans un but de vengeance par exemple. Elle prend l'exemple des viols commis par l'armée allemande contre des femmes soviétiques, compris comme une vengeance pour le viol des femmes allemandes par les armées soviétiques : les conditions ardues présentes dans un conflit armé « peu[ven]t en fait *accroître* la valeur d'une catégorie donnée d'agression comme outil de guerre » [Notre traduction]³⁸⁹. Le viol des femmes était dans son récit considéré comme un outil de guerre, et son interdiction n'aurait rien changé et aurait pu au contraire aggraver la chose. Le même phénomène pourrait se produire dans le cas de dispositions

³⁸⁷ *Ibid* à la p 274.

³⁸⁸ Janet Halley, « Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalisation of Rape in the International Law of Armed Conflict » (2008) 9 Melb J Int Law 78.

³⁸⁹ *Ibid* à la p 115.

criminalisant la discrimination envers la «minorité» de la DSPG, où la violation de ces normes pourrait devenir un outil de guerre.

Halley avance finalement que l'objectif d'interdire le viol pendant les conflits armés était de l'éradiquer, mais qu'aucun texte n'a pris en considération que cette interdiction pourrait causer plus de tort que de bien. Prenant l'exemple du conflit au Kosovo, elle soutient que l'accusation du viol de femmes serbes par des hommes albanais était l'une des justifications menant au déclenchement des hostilités. Ainsi, il est important de prendre en considération le fait que l'interdiction du viol peut avoir des effets totalement contraires aux objectifs, et il faut considérer « la possibilité que son *illégalité spéciale* puisse alimenter une autre guerre de viol, une guerre qui répète le viol » [Notre traduction]³⁹⁰. En criminalisant des actes de violence contre les personnes de la DSPG, y aurait-il alors un risque d'alimenter les conflits armés? Est-ce que des conflits armés pourraient être engendrés par des allégations de violations de normes qui, si elles n'existaient pas, ne causeraient pas de guerres?

Les propositions pour l'ajout de plus normes en DIH concernant les personnes de la DSPG peuvent être justifiées par certain·e·s dans l'espoir que ces normes réduiront les violations. Bien que permettant de mettre de l'avant les préjudices subis par les personnes de la DSPG et possiblement d'améliorer leurs conditions sur papier, il reste que l'ajout de normes n'est finalement avantageux pour personne. À court terme, d'accroître le nombre de normes ne fera pas en sorte que les discriminations vont disparaître, pouvant réussir tout au plus à porter l'attention du CICR sur des enjeux sous-étudiés présentement. À long terme, les effets seront néfastes autant pour les personnes de la DSPG, qui devront se classer dans des catégories fixes pour pouvoir

³⁹⁰ «Feminist and IHL/ICL condemnation of rape in war has, nevertheless, been pervasively indifferent to the possibility that its *special illegality* could power up another rape-driven, rape-repeating war. » *Ibid.*

bénéficier des droits, que pour les autres personnes, qui, à défaut d'être une minorité considérée comme importante en DIH, seront laissées pour compte.

Ultimement, l'ajout de normes ne fera qu'emprisonner les personnes dans des catégories encore plus contraignantes qu'actuellement, et exclura d'autres catégories de personnes qui pourraient à leur tour revendiquer leur part de normes dans les années à suivre. Considérant les répercussions énumérées ci-dessus, nous devrions nous poser la question à savoir si, en tentant d'améliorer le DIH, nous souhaitons reproduire les mêmes problématiques que les théories féministes ont engendré. Que faire alors si l'ajout de normes n'est pas la voie à suivre dans la quête de la protection des personnes de la DSPG? Est-ce que les théories queer nous offrent une alternative à l'augmentation des règles?

3.4.2 Déconstruction complète : courants anarcho-queer

De réfléchir aux voies que les théories queer peuvent emprunter pour nous permettre de critiquer le DIH conjointement avec la protection des personnes de la DSPG nous amène inévitablement aux deux extrêmes des possibles envisageables. N'ayant pas trouvé de justification satisfaisante au sein des théories queer pour l'ajout de normes en DIH, nous devons alors examiner les autres manières de queeriser le DIH. C'est ainsi que cette prochaine section se penchera sur la possibilité de déconstruire le DIH dans son ensemble, et des méthodes que les théories queer pourraient emprunter pour entamer ce questionnement.

Poussant à l'extrême l'analyse queer du DIH, nous arrivons inévitablement à la réflexion sur l'utilité de ce corpus juridique. Prenons en premier lieu l'exemple mentionné plus haut, soit la différenciation nette entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*. Est-ce que cette séparation est réellement justifiée par un amoindrissement des effets de la guerre? Nous pouvons d'abord réfléchir sur le fait que le but premier du DIH est de diminuer les effets de la guerre, et surtout d'être le défenseur du devoir de

limiter au minimum le nombre de pertes civiles. Considérant le fait que les conflits contemporains touchent en plus grande proportion des civils et non des militaires, « on pourrait soutenir que les conflits armés violent intrinsèquement le *jus in bello* et que les conflits armés sont donc illégaux en soi »³⁹¹. Cette division ne servirait pas l'objectif de réduire les souffrances.

Par ailleurs, en limitant la compréhension des conflits armés au langage qu'offre le DIH, l'analyse est restreinte à l'examen de problèmes locaux plutôt que globaux. En nous demandant si tel ou tel objectif militaire *peut* être attaqué, nous omettons de réfléchir sur s'il *devrait* l'être, question que nous n'avons même pas la possibilité de poser dans le contexte où le *jus in bello* et le *jus ad bellum* sont aussi hermétiquement séparés.

Un exemple des conséquences de cette séparation est celui de l'occupation israélienne: le calcul pour savoir si l'attaque d'une cible en territoire palestinien répond au critère de proportionnalité met de côté la question plus large de la légitimité même de l'occupation³⁹². Les parties au conflit peuvent ainsi respecter le DIH et ses principes à la lettre et légalement causer des centaines de morts, le tout sans jamais avoir à remettre en question le bien-fondé du conflit: « la proportionnalité en vertu du *jus in bello* est mesurée par référence aux "objectifs immédiats" de chaque attaque militaire, plutôt qu'aux "objectifs ultimes" de l'action militaire plus large » [Notre traduction]³⁹³. Les théories queer peuvent-elles accepter un corpus juridique qui autorise, voir qui

³⁹¹ Inger Osterdahl, « Dangerous Liaison: The Disappearing Dichotomy between Jus ad Bellum and in Bello International Humanitarian Law » (2009) 78:4 Nord J Int Law 553 aux pp 558-559.

³⁹² Luban, *supra* note 322 à la p 346.

³⁹³ Moussa, *supra* note 313 à la p 976.

justifie la mort d'êtres humains au profit d'entités abstraites (États, groupes armés)? Bien que le DIH puisse permettre de baliser les actions des belligérants, il sert aussi à les justifier.

Une critique queer du DIH qui se veut complète se doit aussi d'interroger les causes structurelles de la guerre. Alors que deux visions – celle militaire et celle humanitaire – s'affrontent, elles sont confinées à un langage précis qui ne laisse place à aucun autre possible. C'est ainsi que l'ensemble des acteurs interagissent dans un monde où la guerre est présentée comme inévitable, alors qu'il serait pertinent de se demander *pourquoi* les acteurs vont en guerre. Nous tenterons pour y répondre d'offrir une critique de la structure même du monde et des relations internationales.

D'abord, de s'interroger sur la constitution du DIH amène à réfléchir aux sujets avantagés par ce droit. En examinant quelles sont les entités qui créent et appliquent le DIH, nous pouvons nous interroger sur la primauté de l'État et de sa pertinence même. La suprématie de l'État dans la sphère des relations mondiales est problématique, d'une part puisque seulement quelques voix sont prises en considération lors de la création de règles et d'autre part parce que le droit international en entier est basé sur le consentement des États, le DIH n'en faisant pas exception³⁹⁴. Les États ont donc un contrôle absolu à la fois sur la création des règles, leur application et les sanctions à leur dérogation, en plus d'avoir le contrôle sur leur propre population. D'ajouter plus de règles au DIH ne ferait que renforcer la supériorité de l'acteur étatique, ne laissant pas de place aux alternatives possibles.

³⁹⁴ Mohamed S Helal, « Justifying War and the Limits of Humanitarianism » (2013) 3 Fordham Int Law J 551 à la p 563.

En plus de réduire les options imaginables, l'ajout de normes pour régir la conduite de la guerre ne permet pas la représentation de toutes les nations, reproduisant des schèmes coloniaux et impérialistes. En effet, il importe de noter que l'application du droit international humanitaire s'inscrit dans un contexte mondial où certains États ont plus de pouvoir que d'autres, et où les divisions entre les États du Nord et du Sud n'ont jamais été aussi marquées. Ce phénomène a été analysé par les théories queer, relevant les divisions binaires qui marquent les distinctions entre les régions du monde (Nord/Sud, civilisé/sauvage, peuplé/surpeuplé, masculinité/féminité)³⁹⁵. Les inégalités sont exacerbées par les conflits armés et par les différents niveaux de pouvoir qu'ont les États quant à la création de règles les encadrant³⁹⁶.

Ainsi, ce sont essentiellement des États qui créent et appliquent le DIH. Toutefois, ce ne sont pas tous les États qui ont un poids égal lors du choix des bases sur lesquelles se construiront les règles qui s'appliqueront par la suite à tous. Effectivement, bien que le CICR ait fait un effort considérable pour être inclusif lors de la rédaction du manuel de droit coutumier, la plupart des manuels militaires se basent sur ceux de pays occidentaux. Il est en effet bien plus facile de trouver en ligne et en anglais les manuels des États-Unis, du Canada ou du Royaume-Uni, par exemple, que de chercher à traduire les documents de pays avec moins de ressources. De plus, les États puissants se basent sur des manuels d'États qui leur ressemblent, et d'États qui

³⁹⁵ Ilan Kapoor, « The Queer Third World » (2015) 36:9 Third World Q 1611 à la p 1614.

³⁹⁶ Les *Third world approach to international law* (TWAIL), approche critique du droit international, aborde cette question en profondeur : «Rather than seeing colonialism as external and incidental to international law, an aberration that could be quickly remedied once recognized, TWAIL II scholarship has focused on a more alarming proposition: that colonialism is central to the formation of international law.» Antony Anghie et B S Chimni, « Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflict » (2004) 36 Stud Transnatl Leg Policy 185 à la p 191.

ont déjà pris part à des conflits armés³⁹⁷. C'est ainsi que les pratiques des États occidentaux deviennent la norme, occultant les expériences et les besoins d'autres pays considérés comme ayant moins d'expertise³⁹⁸.

Est-ce que cette façon de créer et développer le DIH est la meilleure? L'organisation étatique de la société et les conflits qui en découlent peuvent sembler inévitables et naturels, mais nous croyons que ce n'est pas le cas. Marks en donne l'exemple à travers son analyse du terrorisme :

Au lieu d'être invités à examiner comment les politiques de l'État ont pu alimenter la violence politique et comment les dispositions légales ont pu contribuer aux conditions dans lesquelles cette violence a pu se produire, nous sommes encouragés à faire du terrorisme le point de départ de nos analyses; nous sommes encouragés à le traiter comme un fait ou une chose donnée qui menace l'État et qui défie les explications historiques. Dans la logique du centrisme étatique, la violence subversive devient donc un phénomène que nous devons combattre, mais que nous ne pouvons espérer comprendre [Notre traduction]³⁹⁹.

Les actes terroristes nous sont quotidiennement présentés comme étant incompréhensibles, insensés, alors que dans les faits, une réflexion pourrait être

³⁹⁷ Sivakumaran, *supra* note 245 à la p 134.

³⁹⁸ Le droit international humanitaire est fortement influencé par les besoins et les opinions des puissances coloniales : «For TWAIL scholars, this point is not unexceptional; rather, it suggests again the ways in which colonial issues shape in some way an ostensibly neutral, objective, and universal law, including IHL.» Anghie et Chimni, *supra* note 396 à la p 196.

³⁹⁹ Susan Marks, « State-Centrism, International Law, and the Anxieties of Influence » (2006) 2 Leiden J Int Law 339 à la p 343.

entamée sur comment le fait d'accorder un pouvoir absolu aux États contribue à créer les conditions menant au terrorisme.

Nous croyons que la même réflexion est valide dans une analyse des conflits armés. Si ce ne sont pas seulement les États qui sont parties aux conflits armés, ce sont eux qui contrôlent la plupart des territoires, qui ont les plus grandes forces armées, et il est pris pour acquis que ce sont les entités étatiques qui devraient avoir le pouvoir sur les territoires. Bien que, comme nous l'avons vu, ce sont les militaires qui appliquent le DIH sur le terrain et qui contribuent à la création des règles, il reste que ce sont les décisions politiques nationales et internationales des chefs étatiques qui créent ultimement les conditions sociales menant à un conflit⁴⁰⁰.

En outre, le système de division du monde en États implique une défense constante de la souveraineté et contraint les citoyen·ne·s à être patriotiques et nationalistes afin d'assurer la survie de la nation, mettant ainsi en place les bases de futurs conflits sociaux. L'organisation de la société en États-nations oblige un attachement à une entité fictive par l'entremise de la création d'un nationalisme étatique. Le problème qui en découle est que le nationalisme implique pour se construire une opposition avec un Autre réel ou imaginé: « un groupe construit sa propre identité ethnique nationale en se dotant d'un "Autre" (comme ennemi). Il construit sa propre identité autant que celle de l'autre » [Notre traduction]⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ « Awareness of and accountability for international policies and practices that create the environment in which internal conflicts are ignited must accompany individual accountability for conduct during conflict » Anghie et Chimni, *supra* note 396 à la p 197.

⁴⁰¹ Rada Ivekovic, « Women, Democracy & Nationalism » (1995) 16:1 Can Woman Stud 10 à la p 10.

Plusieurs textes ont été écrits sur la relation entre le nationalisme et les conflits armés. Gretchen Schrock-Jacobson conclut qu'il y a un lien entre les deux, et que le nationalisme est exacerbé et encouragé par les élites, qui construisent constamment un ennemi, un «Autre» menaçant l'intégrité du «Nous»⁴⁰². Ce phénomène qui se produit au niveau national est par la suite reproduit lors des conflits armés. Considérant toutes les implications de la division étatique de la société moderne, les théories queer, en réfléchissant sur les causes et conséquences de la guerre, devrait finalement se contester plus largement sur la pertinence du morcellement des sociétés en États-nations.

Le droit n'est peut-être pas adéquat pour encadrer les conflits et les enjeux actuels, et de le traiter comme la façon de régler tous les problèmes ne serait alors pas la bonne façon de procéder. Nous devrions alors nous questionner sur notre conception du droit international, perçu comme étant le meilleur moyen de confronter les enjeux sur le terrain. Est-il possible que « nous occult[i]ons la possibilité que les normes juridiques internationales aient elles-mêmes contribué à créer ou à maintenir les maux dont nous devons maintenant être sauvés » [Notre traduction]⁴⁰³? Contester l'utilité et le bien-fondé du droit international humanitaire devient alors pertinent, et de se distancier d'un modèle de solution entièrement juridique permettra éventuellement d'imaginer des possibles multiples.

Pour compléter une critique anarcho-queer du DIH, il faudrait finalement déconstruire jusqu'à notre idée même de la guerre. Comme dans le cas précédent du

⁴⁰² Gretchen Schrock-Jacobson, « The Violent Consequences of the Nation: Nationalism and the Initiation of Interstate War » (2012) 56:5 J Confl Resolut 825 à la p 829.

⁴⁰³ Marks, *supra* note 399 à la p 347.

terrorisme, pourquoi devrait-on accepter la conception que la guerre est inévitable? Le DIH normalise l'idée même de conflit armé en usant de discours tentant de le baliser, mais une autre conception des conflits peut aussi être possible. Une suggestion apportée par les théories queer serait de ne pas assumer l'inévitabilité d'une guerre future, mais de travailler pour maintenir les situations de paix sans qu'il y ait de conflit: « peut-être que la "guerre" devrait être considérée comme une crise de paix et que le droit devrait intervenir pour protéger les civils dans toute la mesure du possible pendant la transition de la paix à la paix en passant par la crise » [Notre traduction]⁴⁰⁴.

Comment pousser la réflexion sur la pertinence même du droit international humanitaire encore plus loin? C'est le courant queer antisocial abordé dans la première section qui pourrait être utilisée ici pour imaginer une critique entièrement déconstructive du DIH. Prenons pour ce faire l'exemple de Lee Edelman évoquée dans le premier chapitre, qui imagine une destruction de la société dans son livre *No Future*. Il y « propose une critique de la politique qui ne vise ni la réforme ni l'accommodement, mais plutôt l'abolition ou le renversement d'un système essentiellement hiérarchique et d'exploitation en son sein et donc irrémédiable » [Notre traduction]⁴⁰⁵. Une façon de rendre queer le droit international humanitaire serait donc de le détruire complètement, sans nécessairement concevoir autre chose. Pour cette branche antisociale du queer, tenter de conceptualiser autre chose que ce qui existe dans le présent est inutile et est « une illusion naïve concernant notre propre capacité à penser et à agir en dehors ou au-delà des mandats futuristes » [Notre

⁴⁰⁴ Osterdahl, *supra* note 391 à la p 566.

⁴⁰⁵ Schotten, *supra* note 157 aux pp 98-99.

traduction]⁴⁰⁶, nos modes de pensée étant nécessairement limités par le langage connu. D'essayer d'imaginer un DIH subversif ou radicalement différent est alors impossible et inutile – nous devrions plutôt l'abolir.

En effet, le DIH – comme le droit en général – bien qu'ayant des impacts positifs non négligeables, occulte les autres options qui pourraient s'offrir aux acteurs s'ils n'étaient pas contraints de naviguer dans ce corpus juridique spécifique et intrinsèquement binaire. C'est dans cette optique qu'il nous est permis de poser la question de la pertinence d'essayer de rajouter des normes au DIH, de le bonifier, d'accentuer les divisions et les binarités, alors qu'il serait aussi possible de tenter de concevoir quelque chose pouvant le déconstruire et le détruire complètement.

Par contre, cette option de déconstruction complète présente des désavantages. De réfléchir l'abolition du DIH est pertinent, mais il reste que plusieurs personnes dépendent de ce droit pour survivre. En contexte de conflit armé, d'avoir un corpus juridique qui a comme but d'empêcher les souffrances inutiles peut parfois remplir sa mission, et s'il y a une victime de moins grâce au DIH, son utilité est confirmée. Qu'est-il possible de faire alors si l'option de la déconstruction n'est pas la meilleure?

Considérant les deux façons d'analyser le DIH, soit le courant prônant l'ajout de normes et de catégories et son opposé poussant la critique queer à l'extrême, quelles sont les manières de queeriser le droit que nous pouvons utiliser? Quelle est la voie à suivre pour les théoricien·ne·s qui voudraient aborder une critique queer du DIH ne se situant pas dans l'un ou l'autre des pôles? La prochaine section tente de démontrer qu'il existe des façons d'appliquer une critique queer structurelle qui se situerait entre les deux manières de queeriser précédentes, qui ne chercherait donc pas un ajout de

⁴⁰⁶ *Ibid* à la p 108.

normes ni un anéantissement complet du DIH, mais plutôt un compromis entre les deux.

3.4.3 Déconstruction/reconstruction : une multiplication de possibilités

Tout au long de ce chapitre, nous avons pu constater la rigidité du DIH, spécifiquement par l'exemple de la détention pendant les conflits armés. Nous avons aussi reconnu que pour les théories queer, aucune binarité n'est justifiée : chaque division est politique et sert à discipliner, à produire des corps et des identités et à en réprimer d'autres. Considérant que la détention pendant la guerre est un enjeu réel et que malgré les problèmes que nous avons soulevés, le DIH conserve une certaine utilité, que pouvons-nous imaginer qu'une critique queer du DIH pourrait offrir comme possibilité de changement réaliste?

Nous tentons dans cette prochaine section de rassembler nos réflexions précédentes, imaginant un amalgame entre l'ajout et la déconstruction afin de concevoir un DIH qui serait mieux compatible avec les théories queer que présentement. C'est ainsi que nous avons imaginé plusieurs manières de queeriser le DIH d'une façon réaliste et constructive, tout en tâchant de rester dans la façon de penser déconstructiviste du queer. Ces manières se divisent en trois, soit de jouer à l'intérieur de la rigidité du DIH, de réinterpréter des termes qui nous sont déjà disponibles et finalement de favoriser la prolifération des discours, le tout en se rappelant que bien que le droit soit un outil d'oppression, sa réappropriation par les personnes et communautés marginalisées peut en faire un outil de libération.

3.4.3.1 Rigidité

Ne cherchant pas nécessairement à tout détruire du DIH, le queer suggère plutôt d'utiliser sa rigidité à son avantage. Nous savons que le DIH en entier est construit sur des oppositions, des catégorisations et des binarités qui sont exacerbées lors du

contexte de détention. Nous proposons comme stratégie de queerisation d'intégrer des récits et des personnes portant les perspectives queer à l'intérieur de certaines organisations en DIH pour tenter de les influencer à l'interne. Ensuite, nous tenterons d'imaginer des façons de repenser notre conception de l'État.

Nous avons abordé dans la discussion sur les façons de queeriser le droit⁴⁰⁷ une stratégie visant la réforme de l'éducation des futurs juristes⁴⁰⁸. Nous appuyant sur cette idée, nous proposons d'abord que l'enseignement du DIH doive inclure l'apport de théories critiques qui ne sont habituellement pas abordées en droit, spécifiquement les théories queer. En effet, pourquoi les théories queer n'ont-elles pas déjà été intégrées dans les réflexions académiques sur les conflits armés? Selon Modirzadeh,

Au sein de la discipline [du DIH], certains sujets qui ont changé, déplacé, déstabilisé ou élargi d'autres domaines du droit international public ne sont presque jamais discutés, écrits ou transformés en projets professionnels: le genre, le rétablissement de la paix comme alternative à la réglementation de la guerre, la culture, la critique [Notre traduction]⁴⁰⁹.

Les personnes qui apprennent le droit international humanitaire ne sont que rarement introduites aux théories critiques, ce qui empêche subséquemment le développement de la discipline dans son ensemble. Queeriser le DIH commence donc par introduire des idées queer lors de son apprentissage.

⁴⁰⁷ Voir section 1.2.3

⁴⁰⁸ Kepros, *supra* note 166 à la p 308.

⁴⁰⁹ Modirzadeh, *supra* note 41 à la p 236.

Outre les enjeux à l'intérieur des cercles étudiants et académiques, nous croyons que la queerisation du DIH passe aussi par l'intégration de personnes avec des perspectives sortant de la norme dans les instances décisionnelles. Nous avons vu qu'en plus de son travail sur le terrain, le Comité international de la Croix-Rouge répertorie le droit coutumier et agit en tant qu'initiateur de sujets en DIH. C'est cette organisation qui décide quels enjeux valent la peine d'être abordés, organisant conférences et congrès et encourageant la rédaction de traités sur différents sujets jugés d'actualité. Considérant le pouvoir qu'à encore aujourd'hui le CICR sur les enjeux abordés DIH, l'absence de perspectives queer dans ce corpus juridique pourrait donc être en partie attribuée aux choix que le CICR a fait et continue de faire quant aux sujets qu'il juge importants.

De plus, lors de la rédaction des principaux textes de DIH dans la période d'après-guerre, les enjeux liés au genre n'étaient pas spécifiquement à l'ordre du jour ou la possibilité d'en discuter n'était tout simplement pas considérée. Aujourd'hui, nous pourrions inclure des personnes avec des sensibilités queer dans les structures décisionnelles, ce qui pourrait permettre lors de la rédaction de textes d'avoir une perspective différente et inclusive. Nous pouvons queeriser le DIH en travaillant à l'intérieur même de la structure du CICR en y intégrant des personnes ayant des perspectives queer, permettant ainsi d'apporter une critique queer aux enjeux actuels et futurs en DIH⁴¹⁰.

Le CICR est l'organisation qui est la plus active en DIH, mais il reste que ce sont les États qui ont le plus de pouvoir quant aux règles et à leur application sur le terrain.

⁴¹⁰ McGill aborde l'importance de garder les enjeux queer à l'ordre du jour dans les instances décisionnelles, ici dans le cas du DIDH : «Thus, the most important insight to be gleaned from the analysis presented here is the value of keeping critical questions on the agenda as human rights related to sexual and gender diversity continue to evolve at the UN» dans McGill, *supra* note 13 à la p 37.

Comment les théories queer pourraient-elles considérer naviguer à l'intérieur de tout système qui est aussi rigide et hétéronormatif que celui des États-nations? Selon nous, bien que la question du démantèlement de l'État soit pertinente et mérite une réflexion approfondie par l'ensemble des théories critiques, le système actuel reste pour l'instant organisé de cette manière et pour être innovants, nous devons tenter d'imaginer des façons d'y intégrer des perspectives queer.

Diane Otto nous aide dans ce processus imaginatif en nous proposant de changer notre perception de l'État, qui pourrait être conçu non pas comme agent totalisant et contrôlant, mais plutôt comme une entité favorisant les interactions, le partage et les communautés. Développant la notion de *kinships queer*, Otto nous propose de modifier notre conception de l'utilité de l'État. Alors qu'il favorise aujourd'hui le développement de nationalismes, Otto imagine un État qui favoriserait le développement de relations humaines qui ne seraient pas fondées sur l'appartenance à une nation⁴¹¹. Pour l'autrice, « nous devons réimaginer l'État d'une façon qui n'est pas construite sur les loyautés nationales » [Notre traduction]⁴¹².

Cet État resterait d'une certaine manière celui que l'on connaît aujourd'hui tout en étant une entité complètement différente. Sur la scène mondiale, ce nouvel État engendrerait des politiques plus axées sur les personnes dans leur individualité et leur marginalité que sur des enjeux de pouvoir et de domination inter-nations. Appliquer ce concept de *kinships queer* au contexte du DIH et de détention lors de conflits armés nous permettrait possiblement d'imaginer des espaces qui ne seraient pas basés sur la binarité ou sur la nationalité. Ce serait plutôt des lieux où la violence de la

⁴¹¹ Otto, *supra* note 267 à la p 257.

⁴¹² *Ibid* à la p 255.

classification binaire serait considérée par les autorités contrôlant les corps pendant la guerre, lieux adaptés aux réalités des personnes de la DSPG. Ces communautés queer pourraient repenser les espaces afin que tou·te·s puissent y trouver une place.

Avec ces propositions, soit de queeriser les cercles académiques, l'intérieur même du CICR et de repenser un État queer, nous avons tenté de concevoir des endroits qui favoriseraient les réflexions queer, utilisant les structures qui existent déjà, mais en les réimaginant à notre avantage. En effet, nous ne prétendons pas connaître la réponse qui permettrait de queeriser le DIH d'un seul effort, mais nous croyons qu'une réflexion inspirée par les théories queer est nécessaire afin que ce droit évolue réellement. Alors que nous avons utilisé les espaces comme lieux de queerisation, notre prochaine partie utilisera les termes à notre disposition, les rendant à la fois subversifs et inclusifs.

3.4.3.2 Réinterprétation des termes

Les termes qui nous sont présentés en DIH sont lourds de sens et renferment une multitude d'enjeux, reproduisant des schèmes binaires, hétéronormatifs et discriminatoires. Pourtant, ce sont ces termes qui informent les décisions des militaires sur le terrain et qui organisent le quotidien des personnes détenues durant les conflits armés. Il est donc certain que d'abolir le DIH effacerait des années d'effort pour l'amélioration des conditions des personnes protégées lors de conflits armés et aurait des répercussions concrètes sur leurs vies lors des guerres actuelles.

En parallèle à l'importance concrète de règles encadrant le déroulement des conflits armés, considérons l'apport des théories queer à notre compréhension de la construction de sujets. L'explication du cadre théorique queer dans le premier chapitre nous a permis de comprendre que les stratégies de pouvoir sont multiples et agissent constamment pour discipliner les corps. Par contre, nous avons vu que ces stratégies laissent entrevoir autant de possibilités de résistance. Pourquoi alors ne pas

se réappropriier les termes qui sont employés pour discipliner et les utiliser à notre avantage?

L'un des concepts d'importance première en théories queer est celui de genre, que nous proposons d'analyser dans le but d'imaginer d'autres définitions sans pour autant en abolir la référence dans les textes de droit. D'abord, il nous semble conséquent d'affirmer que le genre ne devrait pas simplement référer aux enjeux liés aux femmes et aux filles, puisque « cela offre peu de soutien à ceux qui sont sexuellement "non conformes" » [Notre traduction]⁴¹³. De plus, nous croyons qu'une analyse queer proscrirait l'utilisation du terme «genre» en droit international lorsqu'il sert à définir un opposé aux traditionnels homme/femme, reproduisant la binarité entre le «normal» et «l'anormal». C'est ce qui est soutenu par Otto lors de son analyse du comité sur la CEDAW⁴¹⁴ qui utilise le terme «genre» comme référant aux identités de genre des personnes trans, « indiquant que le Comité de la CEDAW ne considère pas les femmes et les hommes comme des identités de genre » [Notre traduction]⁴¹⁵.

Pour s'aligner aux théories queer, il faudrait une conception du genre incluant l'ensemble des identités de genre, considérant l'idée de performativité de Butler. En effet, au lieu de percevoir le genre comme simplement biologique, les interprétations qu'en fait le droit international pourraient intégrer les idées queer, permettant de «

⁴¹³ Chris Dolan, « Letting Go of the Gender Binary: Charting New Pathways for Humanitarian Interventions on Gender-Based Violence » (2014) 96 Int'l Rev Red Cross 485 à la p 491.

⁴¹⁴ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), en français la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

⁴¹⁵ Dianne Otto, « Queering Gender [Identity] in International Law » (2015) 33:4 Nord J Hum Rights 299 à la p 308.

mieux rendre compte de la diversité des rapports de pouvoir genrés et des intérêts hétéronormatifs qu'ils servent » [Notre traduction]⁴¹⁶. De réinterpréter les textes déjà existants en incluant l'idée que le genre est construit et performé aiderait à mieux s'adapter aux situations selon les particularités de chaque personne.

En DIH, un travail commun des féministes et des queers pourrait mener à une manière ciblée de concevoir le genre, prenant en compte les enjeux spécifiques que vivent les personnes marginalisées en temps de guerre tout en considérant la nécessité d'avoir une interprétation large du genre afin de pouvoir protéger le plus de personnes possibles. C'est ainsi que

le but général des critiques queer doit [...] être d'ébranler l'héritage d'invisibilité et d'ignorance du sexe et du genre dans la loi, qui contribue à alimenter la subordination sociale et juridique des minorités sexuelles et des femmes [Notre traduction]⁴¹⁷.

En continuant de réifier la division binaire hétéronormée, le DIH contribue directement à la violence produite sur les corps qui s'inscrivent à l'extérieur du normal. C'est dans cette logique que nous croyons que bien qu'il soit difficile d'imaginer un DIH sans genre, nous pourrions tenter de changer la signification du terme, tout en conservant une perspective critique remettant en cause de la structure. Bien que souvent perçut comme une stratégie extérieure aux théories queer, de travailler avec les concepts existants nous permet d'agir concrètement sur le DIH dans l'immédiat. Nous sommes toutefois d'avis que cette stratégie doit être utilisée en

⁴¹⁶ *Ibid* à la p 309.

⁴¹⁷ Valdes, *supra* note 154 à la p 363.

combinaison avec les autres, et toujours dans l'optique finale de changements structurels.

3.4.3.3 Ouvrir les discours

Finalement, une dernière façon de queeriser le droit international humanitaire qui réunirait les objectifs déconstructeurs du queer avec les considérations matérielles des discriminations serait d'ouvrir le champ des possibles par la multiplication des discours. En effet, nous devons changer les narratifs qui nous sont présentés si nous voulons pouvoir un jour atteindre des réformes structurelles profondes.

Puisque nous savons que la normalisation opère par la répétition,

toutes les normes sont vulnérables à la possibilité de répétition [...], en vertu de leur besoin d'itération continue pour maintenir la cohérence et le pouvoir, le besoin de répétition de la norme "est la possibilité déconstituante dans le processus même de répétition" [Notre traduction]⁴¹⁸.

C'est ainsi que nous aurions la possibilité, en changeant la façon dont sont abordés les enjeux de genre et d'identité sexuelle en DIH, de déconstruire les discours qui existent et d'en proposer d'autres.

D'abord, nous proposons d'ouvrir les discussions sur les conflits armés, et bien que leur abolition immédiate et complète réglerait l'ensemble de nos problèmes par rapport au traitement des personnes de la DSPG en détention, nous devons nous rendre à l'évidence que ce n'est pas possible. Par contre, nous pouvons en faire une critique queer et tenter d'en concevoir des alternatives réalistes, ou du moins des

⁴¹⁸ Mcneilly, *supra* note 386 à la p 269.

façons d'amoindrir leur récurrence et leur ampleur. Nous pourrions pour ce faire reprendre le concept du *jus contra bellum* expliqué plus haut, et sans chercher l'ajout de droits, réfléchir sur la guerre avant qu'elle se produise :

avant de recourir à la force, il devrait y avoir une explication complète des raisons pour lesquelles il faut y avoir recours. Cela va au-delà de la justification juridique et implique une articulation complète des objectifs qui sous-tendent le recours à la force ainsi qu'un plan pour les atteindre [Notre traduction]⁴¹⁹.

De devoir considérer l'ensemble des retombées, des objectifs et des motifs liés à l'usage de la force pourrait amener les acteurs concernés à réévaluer l'utilité réelle de chaque guerre.

Queeriser le DIH, c'est donc aussi de se questionner sur les raisons qui poussent les États, les groupes armés et les autres acteurs à entreprendre des conflits. Sans connaître l'objectif du conflit armé, la fin devient incertaine. Nous avons vu que présentement, la légitime défense est la seule raison qui justifie l'usage de la force. Pourtant, il reste que « le fait d'invoquer ce principe est insuffisant pour expliquer correctement les objectifs de l'entité qui utilise la force, privant ainsi toutes les parties concernées de la capacité d'orienter et de mesurer la conduite et les résultats qui en découlent » [Notre traduction]⁴²⁰. D'ouvrir les conversations entre les parties dès le début, de faire du dialogue la nouvelle norme qui viendrait remplacer le déclenchement hâtif des hostilités, permettrait possiblement d'éviter des conflits armés.

⁴¹⁹ Iverson, *supra* note 317 à la p 106.

⁴²⁰ *Ibid* à la p 91.

Finalement, queeriser le DIH par la multiplication des discours implique aussi de réfléchir sur les enjeux qui nous préoccupent particulièrement dans ce travail, soit le traitement des personnes de la DSPG en détention. Considérant le fait que le DIDH aborde les questions «LGBT» depuis les années 1990, nous pouvons nous questionner sur le fait que le DIH n'ait pas suivi ce courant. Les enjeux queer peuvent-ils se tailler une place en DIH? Selon Modirzadeh,

les méthodologies et les formes de discours et d'interaction associées aux études juridiques critiques, à l'anthropologie et à la recherche philosophique postmoderne sont culturellement en contradiction avec la manière dont la plupart des juristes du DIH se conduisent et s'engagent dans des débats au sein de la discipline [Notre traduction]⁴²¹.

Modifier les façons de théoriser les enjeux de la DSPG en DIH ouvrirait de nouvelles pistes de réflexions qui ne sont pas imaginables présentement puisque la discipline ne s'y intéresse même pas.

Reprenant donc l'idée de réitération de Butler, nous pourrions tenter de produire des « discours concurrents [...] exposant la fausseté de l'idée qu'il existe un genre (ou une hétérosexualité) originel » [Notre traduction]⁴²². En mettant au premier plan les enjeux queer, en développant un autre «normal», nous pourrions contribuer à entraîner une modification de la discipline et des façons que le DIH interprète les enjeux de la DSPG.

⁴²¹ Modirzadeh, *supra* note 41 à la p 237.

⁴²² Watson, *supra* note 60 à la p 72.

Pourquoi alors ne pas se figurer des façons subversives de renouveler le DIH par les entités qui participent à la création des discours dominants: « le redéploiement de la puissance productive pour réitérer les normes de genre peut prendre la forme d'un refus de la norme, d'une exécution légèrement modifiée de la norme, de l'affirmation de possibilités normatives alternatives [...] » [Notre traduction]⁴²³. Concrètement, de queeriser les discours plus larges sur les enjeux de la DSGP pourrait prendre la forme d'une reconnaissance étatique de l'importance de les aborder pendant les conflits armés⁴²⁴ ou, encore mieux, de considérer ceux-ci avant que les conflits commencent⁴²⁵.

C'est ainsi que même si nous ne sommes pas en mesure de trouver une solution à la rigidité du DIH, nous croyons que d'entamer des conversations est important et nécessaire. L'objectif de ce mémoire est d'ouvrir les discussions sur le sujet en prenant en considération l'ensemble des éléments qui nous sont présentés. Pourquoi les praticien·ne·s du droit international humanitaire ne prendraient pas l'initiative de s'informer sur les enjeux queer afin d'assurer une meilleure représentation lorsque des textes futurs auront à être rédigés? Les théoricien·ne·s queer devraient s'allier aux juristes qui travaillent en DIH pour se positionner dès maintenant afin de mieux pouvoir réagir lorsque les enjeux de la DSPG en détention seront réellement à l'ordre du jour.

⁴²³ Mcneilly, *supra* note 386 à la p 269.

⁴²⁴ Human Dignity Trust, *supra* note 33 à la p 14.

⁴²⁵ *Ibid* à la p 20.

CONCLUSION

Dans ce mémoire, nous avons réfléchi les manières d'appliquer un cadre théorique sur une discipline qui n'est à première vue pas ouverte à la critique. En développant notre critique structurelle du DIH, nous nous sommes plus précisément attardés sur l'enjeu spécifique de la détention en temps de conflit armé, tâchant de comprendre de quelles façons le droit international humanitaire est construit et réfléchi d'une manière structurante et catégorisante. Précisant encore notre analyse, nous avons utilisé l'exemple spécifique de personnes de la DSPG détenues en temps de conflit armé pour appuyer notre critique de la structure du DIH. À travers les différents chapitres, nous avons précisé notre analyse, partant d'exemples de queerisation du droit en général jusqu'à la queerisation du droit international humanitaire. La spécificité de la critique queer nous a autorisé à rebrousser chemin, à analyser la structure du DIH par une critique de plusieurs droits l'influençant de près ou de loin.

D'abord, nous avons vu que les théories queer ont émergé de luttes activistes et de réflexions théoriques, portées par plusieurs auteur·ice·s qui voulaient réfléchir de façon plus structurelle et critique que ce que les théories lesbiennes et gaies pouvaient offrir. L'idée principale des théories queer est la remise en question de la rigidité des identités et des façons dont l'hétéronormativité agit dans la société, à la fois à travers les interactions entre les individus, mais aussi par le droit, véhicule de pouvoir important. Les explications de certains concepts d'importance portés par des

auteur·ice·s majeur·e·s en théories queer nous ont permis de mieux entamer notre réflexion et nous ont suivi tout au long du mémoire.

Notre première étude de l'application des théories queer sur le droit était par la queerisation du droit en général. Tâchant d'expliquer l'intérêt de queeriser cette discipline, nous avons détaillé plusieurs pensées d'auteur·ice·s qui ont développé des stratégies et des critiques dans ce sens. Comprenant qu'il est possible et nécessaire de queeriser le droit, nous avons pu commencer à réfléchir à jusqu'où le queer pourrait nous mener. Puisqu'il est possible de remettre en question le droit en général, serait-il aussi possible ou même nécessaire de queeriser d'autres droits?

C'est dans le deuxième chapitre que nous avons pu explorer un peu plus les possibilités qu'offrent les théories queer. Nous avons débuté par une analyse de l'armée, relevant les problématiques hétéronormatives présentes dans la structure militaire qui ont des répercussions tant sur ses membres que sur les autres. Comprenant que les forces armées sont partie prenante des conflits armés et contribuent à l'évolution du DIH, nous avons pu voir que les enjeux présents dans la sphère militaire se reflétaient dans la façon dont est pensé le DIH. Afin de bien contextualiser ce corpus juridique, nous avons par la suite entamé une description de la structure du DIH, de ses principes de base et des acteurs qui y contribuent.

Ayant toutes ces idées en tête, nous nous sommes dès lors employés à une deuxième étude de queerisation, cette fois-ci du droit international. Nous avons détaillé plusieurs exemples qui confirment l'intérêt de queeriser le droit international. Clarifiant peu à peu notre champ d'intérêt, cette analyse nous a permis de comprendre comment pourrait s'articuler notre propre critique du DIH. C'est ainsi qu'une critique de la structure du droit international ainsi que de sa manière de construire les sujets qu'il gouverne a été énoncée.

Nous avons par la suite offert une vue d'ensemble de la situation des personnes de la DSPG dans le monde, énumérant différents traités internationaux qui abordent ces enjeux. Nous avons vite pu voir que la protection qu'offre le droit international aux personnes de la DSPG est très récente et succincte, en plus de ne pas être contraignante. La protection prévue en contexte de détention reste pour sa part limitée aux dispositions générales, aucun texte international ne traitant spécifiquement de cet enjeu. L'objectif de cette section était de démontrer qu'il existe des façons de protéger les personnes de la DSPG en droits humains, qu'elles restent très limitées, mais qu'elles s'avèrent malgré tout beaucoup plus nombreuses que celles en DIH. L'évolution des considérations de la DSPG en droit international relève selon nous des intérêts des théoricien·ne·s, qui sont beaucoup plus ouvert·e·s au changement, mais surtout à l'autocritique qu'autorise les droits humains contrairement au DIH.

Nous avons ensuite approfondi une critique du DIH. Dans la première section sur le droit international humanitaire, nous n'avions présenté qu'une vue d'ensemble générale du corpus juridique. Dans cette section, nous avons offert une analyse plus ciblée, visant spécifiquement une critique de la structure binaire du DIH et des multiples catégories qui le construisent. Tout ceci nous a menés à un panorama des dispositions s'appliquant aux personnes de la DSPG en contexte de conflit armé, plus particulièrement en détention. Nous avons pu constater qu'aucune disposition de DIH ne traite spécifiquement des enjeux de la DSPG, leur protection devant être déduite d'autres dispositions plus générales.

Prenant en considération l'ensemble des éléments que nous avons étudiés et présentés au courant du mémoire, nous avons terminé avec une troisième application des théories queer au droit, cette fois au droit international humanitaire. Ayant conscience de la rigidité et l'inflexibilité de ce droit, comment faire pour que les personnes de la DSPG soient considérées et protégées en temps de guerre? Pour répondre à cette question, notre effort de queerisation s'est divisé en trois sous-sections, une

présentant la possibilité d'ajouter plus de droits, une détaillant un point de vue entièrement déconstructeur et une dernière offrant des possibilités d'ouverture du DIH, d'une appropriation du droit à des fins queer. Réimaginer le DIH d'un point de vue queer n'est alors pas une entreprise fataliste, mais plutôt une façon de multiplier les perspectives et les discours.

À travers cette étude, nous avons donc utilisé les acquis d'autres disciplines connexes au DIH (droit, droit international) et les multiples manières dont s'articulent les théories queer pour trouver notre propre façon de queeriser le DIH. Les théories queer nous ont permis de sortir des frontières que présente habituellement le DIH pour nous intéresser non seulement aux enjeux très techniques normalement étudiés par les juristes humanitaires, mais aussi et surtout aux enjeux structurels qui organisent ce droit et donc aussi chaque conflit armé.

Nous ne sommes pas les seuls à réfléchir aux enjeux de la détention en DIH. En effet, le Haut-commissariat aux droits de l'homme s'en préoccupe aussi, effectuant beaucoup de travail sur le terrain qui engendre des résultats concrets:

L'année dernière, après avoir effectué 121 visites d'inspection dans des prisons au Yémen, il a, avec la coordination des organisations humanitaires, veillé à ce que les quartiers pour femmes et pour mineurs soient équipés d'un système d'énergie solaire et reçoivent de la nourriture, des couvertures et des filtres à eau. Dans le Territoire palestinien occupé, les visites effectuées régulièrement depuis 2011 par des spécialistes des droits de l'homme dans les centres de détention et les locaux destinés aux interrogatoires ont contribué à réduire les cas de mauvais traitements⁴²⁶.

⁴²⁶ Gilmore, *supra* note 303.

De plus, le CICR s'intéresse aux conditions de détention depuis la fin du 19^e siècle⁴²⁷, visitant des centres de détention et des lieux d'incarcération durant les conflits armés, travaillant avec les parties au conflit pour s'assurer de la sécurité des détenu·e·s. Une section entière de leur site internet aborde les questions de détention⁴²⁸ et un numéro complet de la Revue internationale de la Croix-Rouge détaille les avancées théoriques sur le sujet⁴²⁹.

Plusieurs organismes travaillent à la recension des conditions de détention partout dans le monde, que ce soit en contexte de paix ou de conflit armé. Nous pouvons penser par exemple aux grandes organisations telles qu'Amnistie internationale, Human Rights Watch, Human Dignity Trust ou même l'ONU, qui œuvre chaque jour en ce sens. Certains de ces organismes s'occupent aussi des enjeux de la DSPG en général, dénonçant les abus que vit cette catégorie de personne dans différents pays et contextes.

Nous avons choisi de travailler sur ce sujet entre autres parce que nous avons constaté une lacune dans ces études : aucune ne traite des sujets combinés de la DSPG et de la détention en temps de conflit armé. Notre contribution est modeste, mais permettra, nous l'espérons, d'attirer l'attention sur ce sujet qui est très peu considéré présentement, mais qui mériterait une étude plus approfondie. Notre mémoire ne

⁴²⁷ Andrew Thompson, « “Restoring Hope Where all Hope was Lost”: Nelson Mandela, the ICRC and the Protection of Political Detainees in Apartheid South Africa » 98:3 Int Rev Red Cross 799 à la p 801.

⁴²⁸ Comité international de la Croix-Rouge, « Prisonniers de guerre et détenus » (30 octobre 2014), en ligne : Guerre et droit <icrc.org/fr/guerre-et-droit/personnes-protégees/prisonniers-de-guerre-et-detenus> (consulté le 28 décembre 2019).

⁴²⁹ La revue en entier est disponible en anglais à cette adresse : International Review of the Red Cross, « Detention » (mars 2005), en ligne : <international-review.icrc.org/reviews/irrc-no-857-detention>.

prône pas l'ajout de plus de droits pour les personnes de la DSPG, mais espère une réflexion plus profonde sur les enjeux structurels qui font en sorte que cette discrimination est possible et même normale en DIH. Les théories queer nous ont permis de relever quels questionnements pourraient entamer une réflexion plus large, et quelles sont les stratégies qui informeraient une critique plus approfondie du DIH.

Le queer est un mode de désir structurant et éduqué qui nous permet de voir et de sentir au-delà du borbier du présent. L'ici et maintenant est une prison. Nous devons nous efforcer, face au rendu totalitaire de la réalité de l'ici et maintenant, de penser et de ressentir *un ici et un là* [Notre traduction]⁴³⁰

Bien qu'étant critique, ce mémoire se veut optimiste, proposant que les changements sont imaginables et que le queer nous les autorise – reste simplement à convaincre le droit international humanitaire que c'est possible.

⁴³⁰ Munoz, *supra* note 1 à la p 1.

BIBLIOGRAPHIE

Jurisprudence

Affaire Krupp, 1948 US Military Tribunal Nuremberg .

Affaire du Détroit de Corfou, [1949] CIJ rec 4.

Bowers v Hardwick, 1986 US 186.

Twyman v Twyman, [1993] SW (2d) 790.

Toonen v Australia, 1994 Human Rights Committee .

Le procureur c Dusko Tadic, Arrêt relatif a l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 1995 Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie .

M v H, [1999] 2 RSC 3 .

Vriend v Alberta, [1998] 1 RCS 493.

Le Procureur c Zejnir Delalić et consorts, jugement, 1998 Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie .

Little Sisters Book and Art Emporium v Canada, 2000 CSC 69 [2000] 2 SCR 1120.

Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, [1996] CIJ rec 226.

Traités et documents internationaux

Assemblée Générale des Nations Unies, *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 3 septembre 1981.

- , *Convention relative aux droits de l'enfant*, 2 septembre 1990.
- . *Déclaration relative aux droits de l'Homme et à l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 18 décembre 2008.
- . *Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement*, 43/173, 1988.
- , *Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela)*.
- , *Règles des Nations Unies concernant le traitement des détenues et l'imposition de mesures non privatives de liberté aux délinquantes (Règles de Bangkok)*, A/RES/65/229, 16 mars 2011.
- Charte des Nations Unies*, San Fransisco, 24 septembre 1945.
- Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Resolution on Protection Against Violence and Other Human Rights Violations Against Persons on the Basis of Their Real or Imputed Sexual Orientation or Gender Identity*, Res 55/275, 28 mai 2014.
- Commission militaire internationale, Déclaration de St Petersburg interdisant les projectiles explosifs*, 1868.
- Conférence diplomatique de Genève, *Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, aout 1949.
- Conférence diplomatique de Genève, *Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*, aout 1949.
- Conférence diplomatique de Genève, *Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, aout 1949.
- Conférence diplomatique de Genève, *Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, aout 1949.
- Conférence diplomatique sur l'interdiction totale des mines terrestres antipersonnel, *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction*, 18 septembre 1997.

Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, 8 juin 1977.

Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, 8 juin 1977.

Conférence du désarmement et Assemblée générale des Nations Unies, *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction*, 13 janvier 1993.

Conférence internationale de la Paix, *Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye*, 29 juillet 1899.

Conférence internationale de la Paix, *Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Convention no IV)*, 18 octobre 1907.

Conseil des droits de l'homme, *Résolution 17/19: Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre*, A/HRC/RES/17/19, 14 juillet 2011.

Convention de Montevideo concernant les droits et devoirs des Etats, (1933) 19, 165 LNTS.

Convention des Nations Unies de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, 10 octobre 1980.

Institut de droit international, *Manuel d'Oxford des lois de la guerre sur terre*, 9 septembre 1880.

Organisation des États Américains, *Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity and Expression*, AG/RES 2863 (XLIV-O/14), 5 juin 2014.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 RTNU 171, 23 mars 1976.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 3 janvier 1976.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *Resolution 1728: Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity*, Doc No 1728, 29 avril 2010.

Statut de la Cour internationale de justice, 24 octobre 1945.

Statutes of the International Committee of the Red Cross, 21 décembre 2017.

Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity, 26 mars 2007.

Doctrine

Monographies

Beauchesne, Émilie. *Permis de tuer? Masculinité, culture d'agression et armée: Le cas du colonel Russell Williams, violeur en série et tueur*, Québec, M Éditeur, 2018.

Bernini, Lorenzo. *Queer Apocalypses: Elements of Antisocial Theory*, Palgrave Macmillan, 2017.

Bersani, Leo. *Homos: repenser l'identité*, Éditions Odile Jacob, 1998.

Bujold, Pascale. *La dénaturalisation des stéréotypes masculins dans la série télévisée québécoise Minuit, le soir*, Mémoire, Université du Québec à Montréal.

Butler, Judith. *Trouble dans le genre: Le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, La découverte, 2005.

Chamberland, Line, Blye Frank et Janice Lynn Ristock. *Diversité sexuelle et constructions de genre*, PUQ, 2009.

Edelman, Lee. *No Future: Queer Theory and the Death Drive*, Londres, Duke University Press, 2004.

Foucault, Michel. *Histoire de la sexualité I: La volonté de savoir*, Gallimard, 1976.

Halperin, David M. *Saint Foucault: Towards a Gay Hagiography*, OUP USA, 1997.

- Henckaerts, Jean-Marie et Louise Doswald-Beck. *Droit international coutumier*, Volume I: Règles, Cambridge University Press, 2006.
- McHoul, Alec et Wendy Grace. *A Foucault Primer : Discourse, Power And The Subject*, Routledge, 2015.
- Melzer, Niels. *Guide interprétatif sur la notion de participation directe aux hostilités en droit international humanitaire*, Genève, 2010.
- Melzer, Niels. *Droit international humanitaire: introduction détaillée*, 2018.
- Munoz, Jose Esteban. *Cruising Utopia: The Then and There of Queer Futurity*, New York, New York University Press, 2009.
- Richardson, Diane et Steven Seidman. *Handbook of Lesbian and Gay Studies*, SAGE, 2002.
- Sassoli, Marco, Antoine Bouvier et Anne Quintin. *Un droit dans la guerre?*, 2^e éd, 1, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 2012.
- Spargo, Tamsin. *Foucault and Queer Theory*, coll Postmodern Encounters, Cambridge, Icon Books, 1999.
- Stychin, Carl. *Law's Desire : Sexuality And The Limits Of Justice*, Routledge, 2013.
- United Nations. *International Law Handbook: Collection of Instruments*, Book one, Genève, 2017.

Articles de périodiques

- Ahmed, Aziza. « When Men Are Harmed: Feminism, Queer Theory, and Torture at Abu Ghraib » (2011) 11 UCLA JIslam EL 1.
- Anghie, Antony et B. S. Chimni. « Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflict » (2004) 36 Stud Transnatl Leg Policy 185.
- Austin, Graeme W. « Queering Family Law » (1999) 8 Australas Gay Lesbian Law J 39.

- Bejzyk, Melanie. « Criminalization on the Basis of Sexual Orientation and Gender Identity: Reframing the Dominant Human Rights Discourse to Include Freedom from Torture and Inhuman and Degrading Treatment » (2017) 29 Can J Women Law 375.
- Belkin, Aaron. « Breaking Rank: Military Homophobia and the Creation of Queer Practices and Identities » (2001) 3 Geo J Gender & L 83.
- Bennoune, Karima. « Do We Need New International Law to Protect Women in Armed Conflict? » (2006) 38 Case W Res J Intl L 363.
- Berlant, Lauren et Michael Warner. « Sex in Public » 24:2 Critical Inquiry 547.
- Berlant, Lauren, Michael Warner *et al.* « FORUM: On the Political Implications of Using the Term “Queer,” as in “Queer Politics,” “Queer Studies,” and “Queer Pedagogy” » (1994) 45 Radic Teach 52-57.
- Bernard, Vincent. « Editorial: Out of Sight, out of Mind? Exposing the Human Cost of Detention » (2016) 98:903 Int’l Rev Red Cross 725.
- Bersani, Leo. « Is the Rectum a Grave? » (1987) 43 October 197.
- Bowmani, Zsea. « Queer Refuge: The Impacts of Homoantagonism and Racism in U.S. Asylum Law » (2017) 18:1 Geo J Gender & L 1-41.
- Buchowska, Natalia. « Violated or Protected? Women’s Rights in Armed Conflicts after the Second World War » [2016] Int Comp Jurisprud 72.
- Bugnion, Francois. « The International Committee of the Red Cross and the Development of International Humanitarian Law » (2004) 5:1 Chic J Int Law 191.
- Chinkin, Christine. « Rape and Sexual Abuse of Women in International Law » (1994) 5:3 Eur J Int Law 326.
- Clark, Edward. « The Construction of Homosexuality in New Zealand Judicial Writing » (2006) 37 Vic Univ Wellingt Law Rev 199.
- Cohen, Cathy J. « Punks, Bulldaggers, and Welfare Queens: The Radical Potential of Queer Politics? » (1997) 3 GLQ 437.
- Cohn, Carol. « Wars, Wimps, and Women - Talking Gender and Thinking War » dans Miriam Cooke et Angela Woollacott, dir, *Gendering War Talk*, 1993.

- Connell, R.W. et James W. Messerschmidt. « Hegemonic Masculinity: Rethinking the Concept » (2005) 19:6 *Gend Soc* 829.
- Cossman, Brenda. « Gender Performance, Sexual Subjects and International Law » (2002) 15:2 *Canadian journal of law and jurisprudence* 281.
- . « Lesbians, Gay Men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (2002) 40 *Osgoode Hall Law J* 223.
- . « Sexuality, Queer Theory, and “Feminism After” - Reading and Rereading the Sexual Subject » (2004) 49:4 *McGill Law Journal* 848.
- Deeks, Ashley S. « Administrative Detention in Armed Conflict Security Detention: The International Legal Framework » (2007) 40:3 *Case West Reserve J Int Law* 403.
- De Lauretis, Teresa. « Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities: An Introduction » (1991) 3:2 *Differences: A Journal of Feminist Cultural Studies* iii-xviii.
- Dolan, Chris. « Letting Go of the Gender Binary: Charting New Pathways for Humanitarian Interventions on Gender-Based Violence » (2014) 96 *Int'l Rev Red Cross* 485.
- Dore, Isaak. « Foucault on Power » (2009) 78:3 *UMKC Law Rev* 737.
- Duric, Nevenka, Suncana Roksandic Vidlicka et Gleb Bogush. « Legal Protection of Sexual Minorities in International Criminal Law » (2018) 6 *Russ Law J* 28.
- Dwyer, Angela. « Policing Queer Bodies: Focusing on Queer Embodiment in Policing Research as an Ethical Question » (2008) 8 *Qld Univ Technol Law Justice J* 414.
- Easterday, Jennifer. « Remarks by Jennifer Easterday » (2012) 106 *Proc Annu Meet Am Soc Int Law* 335.
- Fernandez, Bina. « Queer Border Crossers: Pragmatic Complicities, Indiscretions and Subversions » dans Dianne Otto, dir, *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, Routledge, 2018, 191.
- Foord, Kate. « Imagine There are No Lesbians: Psychoanalysis, Queer Theory and the Legal Recognition of Same-Sex Parenting » (2007) 27 *Aust Fem Law J* 3.
- Fowler, Erin. « A Queer Critique on the Polygamy Debate in Canada: Law, Culture, and Diversity » (2012) 21 *Dalhous J Leg Stud* 93.

- Genz, Stéphanie et Benjamin A. Brabon. « Queer (Post)Feminism » dans *Postfeminism*, coll Cultural Texts and Theories, Edinburgh University Press, 2018, 187.
- Goldstein, Joshua S. « War and Gender » dans Carol R Ember et Melvin Ember, dir, *Encyclopedia of Sex and Gender: Men and Women in the World's Cultures*, Boston, MA, Springer US, 2004, 107.
- Gonzalez-Salzberg, Damian A. « The Making of the Court's Homosexual: A Queer Reading of the European Court of Human Rights' Case Law on Same-Sex Sexuality » (2014) 65 North Irel Leg Q 371.
- Goodman, Jill Laurie. « Women, War, and Equality: An Examination of Sex Discrimination in the Military » (1978) 4 Womens Rights Law Report 243.
- Goodman, Ryan. « The Detention of Civilians in Armed Conflict » (2009) 103:1 Am J Int Law 48.
- Grigolo, Michele. « Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject » (2003) 14:5 EJIL 1023.
- Gross, Aeyal. « Queer Theory and International Human Rights Law: Does Each Person Have a Sexual Orientation? » (2007) 101 129.
- Halley, Janet. « Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalisation of Rape in the International Law of Armed Conflict » (2008) 9 Melb J Int Law 78.
- . « Le genre critique: comment (ne pas) genrer le droit? » (2011) Jurisprud Rev Crit 109.
- Halperin, David M. « The Normalization of Queer Theory » (2003) 45:2-4 Journal of Homosexuality 339.
- Harvey, Robert. « Qu'ouïr au queer? » 40 Rue Descartes 2.
- Helal, Mohamed S. « Justifying War and the Limits of Humanitarianism » (2013) 3 Fordham Int Law J 551.
- Hennessy, Rosemary. « Queer Visibility in Commodity Culture » (1994) 29 Cult Crit 31.
- Herzog, Hanna et Melanne Verveer. « Are Women Really Equal in the People's Army?: A Gender Perspective on the Israel Defense Forces » dans Robert

- Egnell et Mayesha Alam, dir, *Women and Gender Perspectives in the Military*, coll An International Comparison, Georgetown University Press, 2019, 153.
- Hill-Cawthorne, Lawrence. « The Copenhagen Principles on the Handling of Detainees: Implications for the Procedural Regulation of Internment » (2013) 18 J Confl Secur Law 481.
- Hoffman, Michael H. « Rights and Duties, as Captives and Captors, of Nonstate Interveners During International and Internal Armed Conflicts » (2002) 96 Proc Annu Meet Am Soc Int Law 32.
- Hutchings, Kimberly. « Making Sense of Masculinity and War » (2008) 10:4 Men Masculinities 389.
- Ihrig, Scott. « Sexual Orientation in Law School: Experiences of Gay, Lesbian, and Bisexual Law Students » (1996) 14:2 Law Inequal J Theory Pract 555.
- Ivekovic, Rada. « Women, Democracy & Nationalism » (1995) 16:1 Can Woman Stud 10.
- Iverson, Jens. « War Aims Matter: Keeping Jus Contra Bellum Restrictive While Requiring the Articulation of the Goals of the Use of Force Symposium Articles » (2018) 27:1 Minn J Int Law 67.
- Jagose, Annamarie. « Feminism's Queer Theory » (2009) 19:2 Fem Psychol 157.
- Jami, Irène. « Judith Butler, théoricienne du genre » (2008) 1:44 Cahiers du genre 205.
- Jones, Adam. « Straight as a Rule: Heteronormativity, Gendercide, and the Noncombatant Male » (2006) 8:4 Men Masculinities 451.
- Kapoor, Ilan. « The Queer Third World » (2015) 36:9 Third World Q 1611.
- Karaian, Lara. « The Troubled Relationship of Feminist and Queer Legal Theory to Strategic Essentialism: Theory/Praxis, Queer Porn, and Canadian Anti-discrimination Law » dans *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Ashgate Publishing, 2009, 375-394.
- Kepros, Laurie Rose. « Queer Theory: Weed or Seed in the Garden of Legal Theory? » (1999) 9 Law Sex Rev Lesbian Gay Bisexual Transgender Leg Issues 279.

- Kornbluh, Felicia. « Queer Legal History: A Field Grows up and Comes Out » (2011) 36:2 Law & Soc Inquiry 537.
- Luban, David. « Military Necessity and the Cultures of Military Law International Legal Theory » (2013) 2 Leiden J Int Law 315.
- Macary-Garipuy, Pascale. « Le mouvement « queer » : des sexualités mutantes ? » (2006) 7:3 Psychanalyse 43.
- Manokha, Ivan. « Foucault's Concept of Power and the Global Discourse of Human Rights » (2009) 23:4 Glob Soc 429.
- Margalit, Alon. « Still a Blind Spot: The Protection of LGBT Persons During Armed Conflict and Other Situations of Violence » Int Rev Red Cross 1.
- Marks, Susan. « State-Centrism, International Law, and the Anxieties of Influence » (2006) 2 Leiden J Int Law 339.
- McCorquodale, Robert. « An Inclusive International Legal System » (2004) 17 Leiden J Int Law 477.
- McGill, Jena. « SOGI - So What: Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations » (2014) 3:1 Can J Hum Rts 1.
- Mcneilly, Kathryn. « Gendered Violence and International Human Rights: Thinking Non-discrimination Beyond the Sex Binary » (2014) 22:3 Fem Leg Stud 263.
- Meier, Diane S. « Gender Trouble in the Law: Arguments against the Use of Status/Conduct Binaries in Sexual Orientation Law » (2008) 15 Wash Lee J Civ Rights Soc Justice 147.
- Mills, Catherine. « Contesting the Political: Butler and Foucault on Power and Resistance » (2003) 11:3 J Polit Philos 253.
- Modirzadeh, Naz K. « Folk International Law: 9/11 Lawyering and the Transformation of the Law of Armed Conflict to Human Rights Policy and Human Rights Law to War Governance » (2014) 1 Harv Natl Secur J 225.
- Monroe, Surya. « Beyond Male and Female: Poststructuralism and the Spectrum of Gender » (2005) 8:1 Int J Transgenderism 3.
- Morgan, Wayne. « Queer Law: Identity, Culture, Diversity, Law » (1995) 5 Australas Gay Lesbian Law J 1.

- Moussa, Jasmine. « Can jus ad bellum override jus in bello? Reaffirming the separation of the two bodies of law » (2008) 90:872 Int Rev Red Cross 963.
- Namaste, Ki. « The Politics of Inside/Out: Queer Theory, Poststructuralism, and a Sociological Approach to Sexuality » (1994) 12:2 Sociol Theory 220.
- Olsen, Frances. « The Sex of Law » dans David Kairys, dir, *The Politics of Law: A Progressive Critique*, 3^e éd, New York, Basic Books, 1998, 690.
- Oosterveld, Valerie. « Feminist Debates on Civilian Women and International Humanitarian Law » (2009) Law Publ 385.
- Oppermann, Brenda et Melanne Verveer. « Women and Gender in the US Military: A Slow Process of Integration » dans Robert Egnell et Mayesha Alam, dir, *Women and Gender Perspectives in the Military*, coll An International Comparison, Georgetown University Press, 2019, 113.
- Osterdahl, Inger. « Dangerous Liaison: The Disappearing Dichotomy between Jus ad Bellum and in Bello International Humanitarian Law » (2009) 78:4 Nord J Int Law 553.
- Otto, Dianne. « Taking a Break from “Normal”: Thinking Queer in the Context of International Law » (2007) 101 Am Soc’y Int’l L Proc 119.
- . « Queering Gender [Identity] in International Law » (2015) 33:4 Nord J Hum Rights 299.
- . « Resisting the Heteronormative Imaginary of the Nation-State: Rethinking Kinship and Border Protection » dans *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, Routledge, 2018, 236.
- Pejic, Jelena. « Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence » (2005) 87:858 Int Rev Red Cross 375.
- Pictet, Jean. « La formation du droit international humanitaire - CICR » (2002) 84:846 Rev Int Croix-Rouge 321.
- Ponce, Aaron. « Shoring up Judicial Awareness: LGBT Refugees and the Recognition of Social Categories » (2012) 18 N Engl J Int Comp Law 185.
- Price, Lisa S. « Finding the Man in the Soldier-Rapist: Some Reflections on Comprehension and Accountability » (2001) 24:2 Womens Stud Int Forum 211.

- Rondeau, Sophie. « Participation of Armed Groups in the Development of the Law Applicable to Armed Conflicts » (2011) 93:883 Int Rev Red Cross 649.
- Ruskola, Teemu. « Raping Like a State » (2009) 57 UCLA Law Rev 1477.
- Schotten, C. Heike. « SOCIETY MUST BE DESTROYED » dans *Queer Terror: Life, Death, and Desire in the Settler Colony*, Columbia University Press, 2018, 93.
- Schrock-Jacobson, Gretchen. « The Violent Consequences of the Nation: Nationalism and the Initiation of Interstate War » (2012) 56:5 J Confl Resolut 825.
- Shakhsari, Sima. « The Queer Time of Death: Temporality, Geopolitics, and Refugee Rights » (2014) 17:8 Sexualities 998.
- Sivakumaran, Sandesh. « Making and Shaping the Law of Armed Conflict » (2018) 71:1 Curr Leg Probl 119.
- Smith, Nicola J. et Donna Lee. « What's Queer about Political Science? » (2015) 17:1 Br J Polit Int Relat 49.
- Stark, Emily L. « Get a Room: Sexual Device Statutes and the Legal Closeting of Sexual Identity » (2009) 20 George Mason Univ Civ Rights Law J 315.
- Stoddard, Thomas B. « Bowers v. Hardwick: Precedent by Personal Predilection » (1987) 54 U CHI L REV 648.
- Thompson, Andrew. « “Restoring Hope Where all Hope was Lost”: Nelson Mandela, the ICRC and the Protection of Political Detainees in Apartheid South Africa » 98:3 Int Rev Red Cross 799.
- Turney, C. T. « Give Me Your Tired, Your Poor, and Your Queer: The Need and Potential for Advocacy for LGBTQ Immigrant Detainees Comment » (2010) 58 UCLA Law Rev 1343.
- Valdes, Francisco. « Afterword & Prologue: Queer Legal Theory Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of Sex, Gender, and Sexual Orientation in Euro-American Law and Society » (1995) 83:1 Calif Law Rev 344.
- . « Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of “Sex,” “Gender,” and “Sexual Orientation” in Euro-American Law and Society » (1995) 83:1 Calif Law Rev 1.

- Vogler, Stefan. « Legally Queer: The Construction of Sexuality in LGBTQ Asylum Claims » (2016) 50 Law Soc Rev 856.
- Vojdik, Valorie K. « The Invisibility of Gender in War » (2002) 9 Gender L & Pol'y 261.
- Warner, Michael. « Fear of a Queer Planet » [1991] 29 Social Text 3.
- Waschefort, Gus. « Africa and International Humanitarian Law: The More Things Change, the More They Stay the Same » (2016) 98:2 Int'l Rev Red Cross 593.
- Watson, Katherine. « Queer Theory » (2005) 38:1 Group Anal 67.
- Weiss, Jillian Todd. « The Gender Caste System: Identity, Privacy, and Heteronormativity » (2001) 10 Law Sex Rev Lesbian Gay Bisexual Transgender Leg Issues 123.
- Whittington, Karl. « QUEER » (2012) 33 Stud Iconogr 157.
- Wilcox, Lauren. « Practising Gender, Queering Theory » (2017) 43:5 Rev Int Stud 789.
- Witt, Charlotte. « Anti-Essentialism in Feminist Theory » (1995) 23:2 Philos Top 321.
- Wittig, Monique. « La pensée straight » (1980) 7 Questions Féministes 45.
- Woodward, Rachel. « Warrior Heroes and Little Green Men: Soldiers, Military Training, and the Construction of Rural Masculinities* » (2000) 65:4 Rural Sociol 640.
- Zeidan, Sami. « The Limits of Queer Theory in LGBT Litigation and the International Human Rights Discourse » (2006) 14 Willamette J Int'l L & Dis Res 73.

Documents

- Action Aid. *Hate Crimes: The Rise of « Corrective » Rape in South Africa*, 2009.
- African Commission on Human and Peoples' Rights. *Ending violence and other human rights violations based on sexual orientation and gender identity*, Pretoria, 2016.

Comité international de la Croix-Rouge (CICR). *Comment le terme « conflit armé » est-il défini en droit international humanitaire?*, mars 2008.

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. *Examen des rapports présentés par les États parties en application de l'article 18 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes: Observations finales*, CEDAW/C/UGA/CO/7, 2010.

Commission des droits humains. *Question of the human rights of all persons subjected to any form of detention or imprisonment, in particular: torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment: Report of the Special Rapporteur*, E/CN4/2002/76/Add1, 2002.

Conseil des droits de l'homme. *Discrimination et violence à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, A/HRC/29/23, Assemblée Générale des Nations Unies, 2015.

———. *Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 30 juin 2016*, A/HRC/RES/32/2, 2016.

Handbook on Prisoners with Special Needs, E09IV4, New York, United Nations Office on Drugs and Crimes, 2009.

Haut Commissariat des Nations Unies aux droit de l'homme. *Nés libres et égaux: Orientation sexuelle et identité de genre en droit international des droits de l'homme*, HR/PUB/12/06, New York et Genève, 2013.

Human Dignity Trust. *Criminalising Homosexuality and LGBT Rights in Times of Conflict, Violence and Natural Disasters*, 2015.

Human Rights Watch. *«They Want Us Exterminated»: Murder, Torture, Sexual Orientation and Gender in Iraq*, 1-56432-524-5, 2009.

———. *«They Have Long Arms and They Can Find Me»: Anti-Gay Purge by Local Authorities in Russia's Chechen Republic*, 2017.

———. *«I Have to Leave to be me»: Discriminatory Laws against LGBT People in the Eastern Caribbean*, 2017.

Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, A/HRC/31/57, New York, United Nations Human Rights Council, 2016.

UN Committee Against Torture. *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties*, CAT/C/GC/2, 2008.

UN Human Rights Committee (HRC). *Concluding Observations of the Human Rights Committee : Ethiopia*, CCPR/C/ETH/CO/1, 2011.

Sites internet

« Alliance Arc-en-ciel de Québec », en ligne : Alliance Arc-en-ciel de Québec <arcencielquebec.ca/>.

« Droit de vote (1883 - 1954) », en ligne : Si/si, les femmes existent <sisilesfemmes.fr/droits-des-femmes-en-plusieurs-dates/droit-de-vote-1883-1954/>.

Gay and Lesbian Alliance Against Defamation. « GLAAD Media Reference Guide - Lesbian / Gay / Bisexual Glossary Of Terms » (9 septembre 2011), en ligne : GLAAD <www.glaad.org/reference/lgbtq>.

Gilmore, Andrew. « Les Règles Nelson Mandela : Protéger les droits des personnes privées de liberté », en ligne : Nations Unies: Chroniques <un.org/fr/chronique/les-regles-nelson-mandela-protoger-les-droits-des-personnes-privees-de-liberte>.

Gouvernement du Canada. « La féminisation - Le guide du rédacteur » (8 octobre 2009), en ligne : <btb.termiumplus.gc.ca/redac-chap?lang=fra&lettr=chapsect9&info0=9#zz9> (consulté le 19 décembre 2019).

———. « La féminisation des titres de fonction » (8 octobre 2009), en ligne : <btb.termiumplus.gc.ca/redac-chap?lang=fra&lettr=chapsect9&info0=9.2>.

———. « Droits des personnes LGBTI » (23 octobre 2017), en ligne : <canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/droits-personnes-lgbti.html>.

« GRIS-Quebec », en ligne : <grisquebec.org/>.

Human Dignity Trust « Map of Countries that Criminalise LGBT People », en ligne : <humandignitytrust.org./lgbt-the-law/map-of-criminalisation/?type_filter=death_pen_applies>.

- International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association. « Maps - Sexual orientation laws » (14 septembre 2017), en ligne : ILGA <ilga.org/maps-sexual-orientation-laws>.
- International Review of the Red Cross. « Detention » (mars 2005), en ligne : <international-review.icrc.org/reviews/irrc-no-857-detention>.
- Kolb, Robert. « Sur l'origine du couple terminologique ius ad bellum / ius in bello », en ligne : Revue internationale de la Croix-Rouge <fre/resources/documents/misc/5fzh8x.htm>.
- National Defence. « Statistics of women in the Canadian Armed Forces » (6 mars 2019), en ligne : Aem <canada.ca/en/departement-national-defence/services/women-in-the-forces/statistics.html>.
- Office of the High Commissioner for Human Rights. « Independent Expert on Sexual Orientation and Gender Identity », en ligne : <ohchr.org/en/issues/sexualorientationgender/pages/index.aspx>.
- Office québécois de la langue française. « Banque de dépannage linguistique - Féminisation et rédaction épïcène », en ligne : <bdl.oqlf.gouv.qc.ca/bdl/gabarit_bdl.aspx>.
- « queer | Definition of queer », en ligne : Oxford Dictionaries <en.oxforddictionaries.com/definition/queer>.
- The Hague Center for Strategic Studies. *LGBT Military Personnel: A Strategic Vision for Inclusion*, 2014.
- Trans Murder Monitoring Project. « TMM Update Trans Day of Remembrance 2019 » (11 novembre 2019), en ligne : TvT <transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2019/>.
- United Nations. « International Law and Justice », en ligne : <un.org/en/sections/issues-depth/international-law-and-justice/index.html>.
- United Nations Peacekeeping. « Gender », en ligne : United Nations Peacekeeping <peacekeeping.un.org/en/gender>.

- Bussière, Ian. « LGBTQ2, l'acronyme qui grandit », *Le Soleil* (30 novembre 2017), en ligne : Le Soleil <lesoleil.com/actualite/lgbtq2-lacronyme-qui-grandit-b6b89896883439692ebb86fc9ffb8396>.
- Carter, Clare. « The Brutality of 'Corrective Rape' », *New York Times* (juillet 2013), en ligne : New York Times <<https://www.nytimes.com/interactive/2013/07/26/opinion/26corrective-rape.html>>.
- Chambre du commerce gaie du Québec. *Lexique LGBT sur la diversité sexuelle et de genre en milieu de travail*, 2014.
- Cindy Carcamo. « Transgender asylum-seekers often mistreated in detention, study finds », *Los Angeles Times* (23 mars 2016), en ligne : Los Angeles Times <<http://www.latimes.com/local/lanow/la-me-ln-transgender-immigrants-20160323-story.html>>.
- Comité international de la Croix-Rouge. « Prisonniers de guerre et détenus » (30 octobre 2014), en ligne : Guerre et droit <icrc.org/fr/guerre-et-droit/personnes-protegees/prisonniers-de-guerre-et-detenus>.
- « Des toilettes non genrées à l'UQAC », *Radio-Canada* (mai 2018), en ligne : Radio-Canada <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1101579/toilette-universite-non-genre>>.
- « Gay marriage legalised across US », *BBC News*, sect US & Canada (27 juin 2015), en ligne : BBC News <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-33290341>>.
- Hersh, Seymour M. « Torture at Abu Ghraib », *The New Yorker* (30 avril 2004), en ligne : The New Yorker <newyorker.com/magazine/2004/05/10/torture-at-abu-ghraib>.
- McKnight, Zoe. « Being transgender in the Canadian military », *MacLeans* (août 2017), en ligne : MacLeans <macleans.ca/news/canada/being-transgender-in-the-canadian-military/>.
- « The Double Threat for Gay Men in Syria » (28 avril 2014), en ligne : Human Rights Watch <<https://www.hrw.org/news/2014/04/28/double-threat-gay-men-syria>>.
- « What is the ICRC 's role in developing and ensuring respect for IHL? » (14 août 2017), en ligne : ICRC Blog <<https://blogs.icrc.org/ilot/2017/08/14/what-is-the-icrc-s-role-in-developing-and-ensuring-respect-for-ihl/>>.

Zone Société. « Vers des documents neutres sur le plan du genre », *Radio-Canada* (27 janvier 2017), en ligne : Radio-Canada <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1013569/neutralite-genre-pieces-didentite>>.

Autre

Conseil québécois LGBT. *Renseignement*, 31 octobre 2018.

Inter American Commission on Human Rights. *Press Release: IACHR Expresses Concern about Violence and Discrimination against LGBT Persons Deprived of Liberty*, 21 mai 2015.

Organization of Islamic Conference-sponsored Delegation. *Joint Statement, Issued by the Syrian Delegation (Read in the UN General Assembly by Syria, 19 December 2008)*.

Vatican. *Statement of the Holy See Delegation at the 63rd Session of the General Assembly of the United Nations on the Declaration on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*.