

procédures et les problèmes logistiques, la simplification des méthodes de travail, le resserrement de la coopération entre ces organes, ainsi que sur la nécessité d'assurer des services de secrétariat suffisants pour permettre à chaque organe de s'acquitter efficacement de son mandat» (52).

III. — LES RÉFÉRENCES CROISÉES
DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERAMÉRICAINNE :
ILLUSTRATION EMBLÉMATIQUE

21. La Cour interaméricaine adopte une position différente de celle retenue par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et la Cour européenne des droits de l'homme. Le référentiel croisé est central — omniprésent, quasi-systématique, et construit avec méthode — dans la jurisprudence interaméricaine. Avant d'examiner l'usage de la citation croisée dans le système interaméricain, rappelons que la *Convention américaine des droits de l'homme*, également connue sous le nom de *Pacte de San José*, a été adoptée le 22 novembre 1969 à San José, par les Etats membres de l'OEA, et est entrée en vigueur le 18 juillet 1978. Ratifié par 25 (53) des Etats membres de l'OEA sur les 35 (54) que compte cette Organisation, le Pacte de San José protège un large ensemble de droits et libertés et contient divers mécanismes de protection et de mise en œuvre, et notamment un mécanisme de pétition individuelle. Instrument de l'Organisation des Etats américains adopté en vue de matérialiser la volonté politique des Etats membres de mettre en place un système conventionnel de protection des droits de l'homme, la Convention américaine ne constitue qu'un élément, certes majeur, d'un ensemble plus vaste formant le *système interaméricain des droits de*

(52) CDH, *Rapport annuel 2003*, A/58/40, p. 16 et p. 17. Des réunions intercomités sont également organisées. Les débats de la deuxième réunion intercomités, tenue à Genève du 18 au 20 juin 2003, portaient essentiellement sur les propositions du Secrétaire général relatives à la réforme des organes conventionnels.

(53) L'Etat de Trinité-et-Tobago a dénoncé la Convention américaine le 26 mai 1998 ramenant ainsi à 24 le nombre d'Etats parties à la Convention.

(54) Ce chiffre prend en compte Cuba suspendu de ses fonctions au sein de l'OEA.

l'homme (55). La Commission interaméricaine des droits de l'homme, ayant son siège à Washington D.C., et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ayant son siège à San José, Costa Rica, contrôlent le respect de la Convention américaine par les Etats parties. La Cour interaméricaine exerce essentiellement deux types de compétence : une compétence contentieuse (56) lui permettant de connaître des allégations de violation des droits de la Convention par les Etats parties et une compétence consultative (57) qui s'étend à tous les pays de l'OEA. A ce jour, la Cour a publié 149 arrêts rendus dans le cadre de sa procédure contentieuse (dans une soixantaine d'affaires) et 19 avis consultatifs. Ces arrêts et avis sont étoffés, rendent compte des éléments factuels de manière détaillée et prennent généralement la forme d'arrêts de principe.

22. Pour comprendre l'usage intensif du référencement croisé par la Cour interaméricaine, il faut saisir le rôle que cette juridiction joue dans la Région. La Cour de San José s'impose en effet comme une véritable cour régionale et dépasse largement le rôle d'organe de contrôle de la Convention américaine des droits de l'homme. Le référencement croisé n'est en réalité que la partie visible de l'intégration au sein de la jurisprudence interaméricaine des principes et interprétations des autres systèmes de protection.

A. — Une Cour régionale compétente
pour interpréter tous les traités sur les droits de l'homme
liant les Etats de l'OEA

23. Outre sa compétence contentieuse, qui lui permet de connaître des pétitions individuelles alléguant la violation de droits

(55) L'organisation de la protection interaméricaine des droits de l'homme est dualiste et se compose du système de la *Convention américaine des droits de l'homme* et, d'autre part, du système de la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme*, le tout formant ce que la doctrine nomme le «système interaméricain des droits de l'homme». Ces deux systèmes ne forment pas un ensemble homogène. Dans la présente étude, le «système interaméricain» est examiné sous l'angle de la Convention américaine, instrument conventionnel à portée générale fondant le système conventionnel américain.

(56) Articles 61-63 de la Convention américaine des droits de l'homme.

(57) Article 64 de la Convention américaine des droits de l'homme.

de la Convention américaine des droits de l'homme commise par des Etats parties et ayant accepté sa compétence en la matière, la Cour exerce une fonction consultative extrêmement large qui lui a permis de s'imposer en tant que véritable Cour régionale de l'Organisation des Etats américains. A la différence de la compétence contentieuse, tous les Etats de l'OEA peuvent soumettre une demande d'avis consultatif à la Cour. Conformément à l'article 64 de la Convention américaine, l'objet de la demande d'avis consultatif s'étend : à l'interprétation de la Convention ou de tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les Etats américains (58); ainsi qu'aux questions relatives à la compatibilité de l'une des législations d'un Etat de l'OEA avec la Convention ou tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans l'OEA (59). Le premier aspect de cette compétence - interprétation des autres traités - est essentiel pour comprendre les rapports que la Cour entretient avec les autres systèmes de protection, et en particulier avec les traités des Nations Unies que les Etats de l'Organisation des Etats américains sont susceptibles de ratifier. Selon la Cour, la compétence consultative constitue un mécanisme parallèle à celui de la compétence contentieuse offrant ainsi un *mode judiciaire alternatif de caractère consultatif* destiné à aider les Etats à exécuter et appliquer les traités qui les lient en matière de droits de l'homme tout en évitant le formalisme et les sanctions de la procédure contentieuse (60). Pour la Cour, le but de la fonction consultative vise à assister les Etats de l'OEA à respecter leurs obligations en matière de droits de l'homme et à aider les organes de l'OEA à exercer leurs compétences relatives aux droits de l'homme (61). La Cour peut

(58) Article 64.1 de la Convention américaine des droits de l'homme.

(59) Article 64.2 de la Convention américaine des droits de l'homme.

(60) CourIADH, Avis consultatif, *Restricciones a la Pena de Muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 8 septembre 1983, OC-3/83, Série A. n° 3, par. 43 : *Cabe aquí, simplemente, poner énfasis en el hecho de que la Convención, al permitir a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultativas, crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso.*

(61) CourIADH, Avis consultatif, «Otros Tratados» *Objeto de la Función Consultiva de la Corte* (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24 septembre 1982, OC-1/82, Série A. n° 1, par. 25).

ainsi, à l'occasion de demandes d'avis consultatifs, clarifier l'objet, le but et la signification des *instruments internationaux en matière de droits de l'homme* (62) et guider les Etats dans l'interprétation des instruments ou de certaines dispositions en particulier (63). Loin de se limiter aux traités interaméricains, la Cour interprète largement la notion «autres traités» (64) à l'égard desquels elle peut exercer sa compétence consultative. Cette notion vise en effet : les traités sur les droits de l'homme du système interaméricain, les traités sur les droits de l'homme conclus entre des pays membres de l'OEA; les traités universels sur les droits de l'homme auxquels des Etats de l'OEA sont parties (65); et enfin, les traités bilatéraux et multilatéraux dont l'objet principal ne doit pas nécessairement être relatif aux droits de l'homme. En réalité, la Cour interprète l'expression «autre traité» de manière tellement large, que son interprétation lui permet de se

(62) Le Juge Oliver Jackman critique la décision de la Cour de rendre un avis portant sur des questions trop générales couvrant un ensemble d'hypothèses qui ne sont ni urgentes ni juridiquement complexes. Ce faisant, la Cour rentre dans des considérations qui relèvent, selon lui, de la «spéculation académique» et qui sont susceptibles d'affaiblir le système de protection de la Convention américaine et de dénaturer la compétence consultative de la Cour. O. JACKMAN, *Voto separé (dissentidit)*, en annexe de CourIADH, Avis consultatif, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28 août 2002, OC-17/2002, Série A. n° 17.

(63) CourIADH, Avis consultatif, «Otros Tratados» *Objeto de la Función Consultiva de la Corte* (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24 septembre 1982, OC-1/82, Série A. n° 1, par. 40; CourIADH, Avis consultatif, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1^{er} octobre 1999, OC-16/99, Série A. n° 16, par. 47.

(64) La question de la clarification de la notion «autre traité» a fait l'objet de la première demande d'avis consultatif de la Cour interaméricaine déposée par le Pérou. Ce dernier formulait sa demande comme suit : *¿Cómo debe ser interpretada la frase : «o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos»? En relación con dicho tema, el Gobierno peruano solicita que la consulta abarque las siguientes preguntas específicas. Esa frase se refiere y comprende : a) ¿Solamente los tratados adoptados dentro del marco o bajo los auspicios del Sistema Interamericano?; o, b) ¿Los tratados concluidos únicamente entre Estados Americanos, o sea que la referencia está limitada a los tratados en que son partes exclusivamente Estados Americanos?; o, c) ¿Todos los tratados en los que uno o más Estados Americanos sean partes? CourIADH, Avis consultatif, «Otros Tratados» *Objeto de la Función Consultiva de la Corte* (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24 septembre 1982, OC-1/82, Série A. n° 1, par. 8).*

(65) CourIADH, Avis consultatif, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1^{er} octobre 1999, OC-16/99, Série A. n° 16, par. 109 : *En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son Partes los Miembros de la OEA con excepción de Antigua y Barbuda, Bahamas, Saint Kitts y Nevis y Santa Lucía. En concepto de este Tribunal, todas las disposiciones citadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos concierne efectivamente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.*

prononcer, via une demande d'avis consultatif, sur tout traité applicable aux États américains à condition qu'il comprenne une disposition relative à la protection des droits de l'homme (66). Ainsi, dans son avis consultatif n°16, la Cour s'estime compétente pour interpréter l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (67). Selon la Cour, un traité peut concerner la protection des droits de l'homme, indépendamment de son objet principal (68). Dans le cadre de l'avis consultatif n°16, les États-Unis d'Amérique soutenaient que la Cour n'était pas compétente pour interpréter la Convention de Vienne sur les droits consulaires étant donné qu'il ne s'agissait ni d'un traité sur les droits de l'homme, ni d'un traité concernant les droits de l'homme, ni, enfin, d'un traité destiné à attribuer des droits à des individus (69). La Cour rejette cet argument en soulignant que l'article 36 de la Convention de Vienne attribuait, certes par le biais de la reconnaissance d'un droit étatique, des droits individuels bénéficiant aux détenus qu'elle qualifie de droits de l'homme (70). L'origine du traité, son objet, son caractère bilaté-

(66) CourIADH, Avis consultatif, « *Otros Tratados* » Objeto de la Función Consultativa de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24 septembre 1982, OC-1/82, Série A. n° 1, par. 52.

(67) CourIADH, Avis consultatif, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1er octobre 1999, OC-16/99, Série A. n° 16, par. 86 : Si el Estado que envía decide brindar su auxilio, en ejercicio de los derechos que le confiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión. Par. 87 : Por lo tanto, la comunicación consular a la que se refiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, efectivamente concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquel. Esta es la interpretación que debe darse a las funciones de «protección de los intereses» de dicho nacional, y a la posibilidad de que éste reciba «ayuda y asistencia», en particular, en la organización de «su defensa ante los tribunales». La relación que existe entre los derechos conferidos por el artículo 36 y los conceptos de «debido proceso legal» o «garantías judiciales» se examina en otra sección de esta Opinión Consultativa.

(68) CourIADH, Avis consultatif, « *Otros Tratados* » Objeto de la Función Consultativa de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24 septembre 1982, OC-1/82, Série A. n° 1, Opinion, point n°1.

(69) CourIADH, Avis consultatif, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1er octobre 1999, OC-16/99, Série A. n° 16, par. 24 et 26.

(70) CourIADH, Avis consultatif, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1er octobre 1999, OC-16/99, Série A. n° 16, par. 82-87.

ral ou multilatéral, sont autant d'éléments qui n'entrent nullement en considération pour la détermination de la compétence consultative de la Cour (71). En outre, la Cour peut se prononcer sur tous les aspects des traités faisant l'objet d'une demande d'avis (72), y compris sur la validité d'une réserve par exemple (73). Cette compétence étendue alliée à l'interprétation générale de la notion «autres traités» permettent de mieux comprendre le rôle que la Cour interaméricaine est invitée à jouer au sein de l'OEA à l'égard du droit international des droits de l'homme en général. Ces «autres traités» ne sont donc pas totalement étrangers au système interaméricain étant donné que la Cour est compétente pour exprimer des avis consultatifs les concernant. Pour la Cour, l'obligation générale de respecter et de garantir les droits à charge des États de l'OEA s'étend aux droits de la Convention américaine et à ceux du Pacte international sur les droits civils et politiques (74).

B. — La référence croisée comme méthode d'interprétation de la Convention américaine

24. Si la Cour interaméricaine se prononce, dans le cadre de sa compétence consultative, sur l'interprétation d'autres traités, et notamment de traités qui sont étrangers au système interaméricain, elle s'appuie également sur ces autres traités ainsi que sur les jurisprudences universels et régionaux de protection des

(71) CourIADH, Avis consultatif, « *Otros Tratados* » Objeto de la Función Consultativa de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24 septembre 1982, OC-1/82, Série A. n° 1, par. 11.

(72) CourIADH, Avis consultatif, « *Otros Tratados* » Objeto de la Función Consultativa de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24 septembre 1982, OC-1/82, Série A. n° 1, par. 14.

(73) CourIADH, Avis consultatif, *Restricciones a la Pena de Muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 8 septembre 1983, OC-3/83, Série A. n° 3, par. 45.

(74) CourIADH, Avis consultatif, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 septembre 2003, OC-18/03, Série A. n° 18, par. 109 : Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter erga omnes. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

droits de l'homme afin d'interpréter la Convention américaine des droits de l'homme. Ainsi, lorsqu'elle est invitée à se prononcer dans le cadre de l'exercice de sa fonction consultative sur une problématique générale relative au droit international des droits de l'homme ou sur l'interprétation d'un droit, la Cour examine l'état du droit universel, européen et parfois africain des droits de l'homme. Par exemple, dans son avis consultatif n° 18, lorsqu'elle étudie le principe d'égalité et de non-discrimination, la Cour se réfère de manière explicite et détaillée à la définition de la non-discrimination proposée par la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies et de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (75). Si la technique du référencement croisé est quasi-systématique et méthodique dans le cadre des avis consultatifs, elle est également très fréquente dans les arrêts contentieux de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, même si son usage est plus décousu et moins régulier. Concrètement, dans sa jurisprudence contentieuse, la Cour interaméricaine se réfère fréquemment à la jurisprudence européenne, et, dans une moindre mesure, à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. La Cour peut par exemple se référer à des textes étrangers pour définir une notion contenue dans la Convention américaine. Ainsi, vu que la Convention américaine ne définit pas la notion d'« enfant » protégé par l'article 19 de la Convention américaine, la Cour s'inspire de la Convention sur les droits de l'enfant des Nations Unies conformément à laquelle un enfant s'entend comme tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable (76). La Cour applique une technique similaire

(75) CourIADH, Avis consultatif, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 septembre 2003, OC-18/03, Série A. n° 18, par. 82-96.

(76) CourIADH, *Villagrán Morales (Affaire « Niños de la Calle ») et autres c. Guatemala*, 19 novembre 1999, Arrêt sur le fond, Série C. n° 63, par. 188; CourIADH, Avis consultatif, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 25 août 2002, OC-17/2002, Série A. n° 17, par. 39-40; Citant les Règles de Pékin, les Règles de Tokyo ainsi que les *Principes Directeurs de Riyad sur la prévention de la délinquance juvénile*, la Cour note que ces textes font référence également à la notion de « mineurs » mais refuse en l'espèce de distinguer les « mineurs » des « enfants » se contentant de distinguer entre « majeurs » et « mineurs » (de moins de 18 ans) ».

pour définir la notion de torture par exemple. En effet, bien que ni la Cour, ni la Commission, n'ait donné de définition générique des termes « tortures » ou « traitements cruels, inhumains ou dégradants » (77), elles se réfèrent (78) à la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture et à la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (79). En réalité, ces définitions reprennent les critères énoncés par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'Affaire grecque et développés par la Commission et la Cour européennes dans *Irlande contre Royaume-Uni* (80). La Cour interaméricaine se réfère également aux autres systèmes comme méthode d'interprétation de l'étendue des droits et libertés de la Convention américaine. Par exemple, en matière de torture, la Cour interaméricaine se réfère *inter alia* à la jurisprudence de la Cour européenne et du Comité des droits de l'homme pour affirmer qu'il existe un « véritable régime juridique international de prohibition absolue de toutes formes de torture » (*verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura*). La Cour utilise également le référencement croisé, par exemple : pour affirmer que la détention en isolement prolongé est une forme de mauvais traitement (81) ou encore que les châtiments corporels sont con-

← Globalement, pour la Cour interaméricaine, compte tenu des normes internationales et de sa propre jurisprudence contentieuse, il faut entendre par « enfants », toute personne n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans. CourIADH, Avis consultatif, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 25 août 2002, OC-17/2002, Série A. n° 17, par. 42.

(77) Voy. dépendant : CourIADH, *Tibi c. Equateur*, 7 septembre 2004, Série C. n° 114, par. 146; CourIADH, *Meriza c. Guatemala*, 27 novembre 2003, Série C. n° 103, par. 104.

(78) Voir notamment : CourIADH, *Caso de los Hermanos Gómez Pequeñavars c. Pérou*, 8 juillet 2004, Série C. n° 110; CourIADH, *Meriza c. Guatemala*, 27 novembre 2003, Série C. n° 103; CourIADH, *Cantoral Benavides c. Pérou*, 18 août 2000, Arrêt sur le fond, Série C. n° 69; CourIADH, *Villagrán Morales (Affaire « Niños de la Calle ») et autres c. Guatemala*, 19 novembre 1999, Arrêt sur le fond, Série C. n° 63. Voir également : CommissionIADH, *Affaire 11.634 (Fondo Jailton Neri Da Fonseca) c. Brésil*, 11 mars 2004, Fond, Rapport n° 33/04, Rapport annuel 2004, par. 63.

(79) Les définitions de ces deux textes sont substantiellement similaires. Tout au plus, on remarquera que la Convention interaméricaine inclut les méthodes qui ne provoquent pas de souffrances, mais qui affectent la personnalité de la victime alors que la Convention des Nations Unies ne mentionne pas ce point.

(80) CourEDH, *Affaire Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, Série A. n° 25; CommissionEDH, *Affaire Grecque*, (The Greek case), 18 novembre 1969, *Annuaire de la Convention*, 1969.

(81) CourIADH, *Suárez Rosero c. Equateur*, 12 novembre 1997, Arrêt sur le fond, Série C. n° 35, par. 90-92.

traires au principe de prohibition de la torture (82); pour considérer que le «*phénomène du couloir de la mort*» est une forme de mauvais traitement (83); pour définir la liberté de circulation (84); pour délimiter l'étendue du procès équitable (85); ou encore pour déterminer les restrictions possibles à la liberté d'expression (86), etc.

25. Le référencement croisé est donc une méthode d'interprétation du droit interaméricain des droits de l'homme. Aussi, si la Cour prend d'abord en considération les autres textes internationaux et la jurisprudence internationale en matière de droits de l'homme, cela n'implique pas pour autant qu'elle se considère compétente pour *appliquer* ces textes et condamner un Etat américain qui ne respecterait pas ses engagements en vertu d'un traité qui ne lui confie pas de compétence. En effet, dans le cadre de sa fonction contentieuse (87), la Cour interaméricaine (88) est compétente pour appliquer la Convention américaine ainsi que les autres textes spécifiques qui lui confient une compétence contentieuse propre, explicite ou implicite (89), comme c'est le cas par exemple de la *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture* (90). Elle refuse toutefois d'appliquer

(82) CourIADH, *Caesar c. Trinité-et-Tobago*, 11 mars 2005, Série C. n° 123, par. 58.

(83) CourIADH, *Hilaire, Constantin et Benjamin c. Trinité-et-Tobago*, 21 juin 2002, Arrêt sur le fond, Série C. n° 94, par. 166-167.

(84) CourIADH, *Caso de la Comunidad Moicana contre Suriname*, 15 juin 2005, Série C. n° 124, par. 107.

(85) CourIADH, *Tibi c. Equateur*, 7 septembre 2004, Série C. n° 114, par. 186.

(86) CourIADH, Avis consultatif, *La Colección Obligatoria de Periódicos* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 13 novembre 1985, OC-5/85, Série A. n°5, par. 46.

(87) Dans le cadre de sa fonction consultative, la Cour interaméricaine est compétente pour interpréter la Convention américaine ou tout autre traité relatif à la protection des droits de l'homme dans les Etats américains.

(88) Voy. sur cette question : H. THEODORJA, « L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : En marge d'arrêts et d'avis consultatifs récents », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2002, pp. 69-110.

(89) Article 8 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture.

(90) Voir notamment : CourIADH, *Tibi c. Equateur*, 7 septembre 2004, Série C. n° 114, par. 49, par. 62; CourIADH, *Caso de los Hermanos Gómez Paizaguari c. Pérou*, 8 juillet 2004, Série C. n° 110, par. 114; CourIADH, *Villagrán Morales (Affaire « Niños de la Calle ») et autres c. Guatemala*, 19 novembre 1999, Arrêt sur le fond, Série C. n° 63, par. 252; CourIADH, *Paniagua Morales et autres (Affaire Panel Blanco) c. Guatemala*, 8 mars 1998, Arrêt sur le fond, Série C. n° 37, par. 136.

d'autres textes conventionnels qui ne lui confient pas une telle compétence (91). Dans l'affaire *Las Palmeras contre Colombie*, la Commission interaméricaine soutenait que la Cour devait appliquer l'article 3 commun des Conventions de Genève de 1949 (92). En l'espèce, l'Etat ne contestait pas qu'il existait, au moment des faits litigieux, un conflit armé interne sur son territoire (93). Or, en cas de conflits armés, la protection du droit à la vie, violé en l'espèce, se définit de manière plus nuancée qu'en temps de paix. Ces nuances sont en principe réglementées par la *lex specialis* applicable au conflit armé (94). La Cour juge cependant qu'elle n'est compétente que pour se prononcer sur la compatibilité des actes et des normes des Etats avec la Convention américaine et non avec les Conventions de Genève de 1949 (95). Si la Cour n'est pas compétente pour mettre en œuvre la responsabilité internationale d'un Etat pour la violation de traités qui ne lui confient pas une telle compétence, elle juge qu'elle est libre d'*observer* que certains actes ou omissions qui violent les droits de l'homme contenus dans des traités tels que la Convention américaine, contreviennent également à d'autres instruments internationaux de protection des droits de la personne tels que les Conventions de Genève de 1949 et, en particulier, leur article 3 commun (96). Cela n'implique pas pour autant qu'elle mette en œuvre la responsabilité internationale de l'Etat en raison d'une

(91) La Commission interaméricaine semble avoir une perception différente. Voy. CommissionIADH, *Affaire 11.725 (Carmelo Sorta Espinoza) c. Chili*, 19 novembre 1999, Fond, Rapport n° 133/99, Rapport annuel 1999, par. 133 et s. Dans une affaire antérieure à l'affaire *Las Palmeras c. Colombie*, la Commission applique l'article 3 commun des Conventions de Genève : CommissionIADH, *Affaire 11.142 (Arturo Ribón Avila) c. Colombie*, 30 septembre 1997, Fond, Rapport n° 26/97, Rapport annuel 1997.

(92) CourIADH, *Las Palmeras c. Colombie*, 4 février 2000, Exceptions préliminaires, Série C. n° 67, par. 29 : *La Comisión expresó que, en el presente caso, ha determinado preliminarmente si el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra había sido violado y, una vez comprobado esto, recién averiguó si había habido violación del artículo 4 de la Convención Americana.*

(93) CourIADH, *Las Palmeras c. Colombie*, 4 février 2000, Exceptions préliminaires, Série C. n° 67, par. 29.

(94) C.I.J., Avis consultatif, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Rapport C.I.J. 1996, p. 240, cité in CourIADH, *Las Palmeras c. Colombie*, 4 février 2000, Exceptions préliminaires, Série C. n° 67, par. 29.

(95) CourIADH, *Las Palmeras c. Colombie*, 4 février 2000, Exceptions préliminaires, Série C. n° 67, par. 33.

(96) CourIADH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, 25 novembre 2000, Arrêt sur le fond, Série C. n° 70, par. 208.

telle *observation*. La Cour se contente donc d'interpréter la Convention américaine à la lumière d'autres traités, extérieurs ou non au système interaméricain (97). Dans l'affaire *Bamaca Velásquez contre Guatemala*, elle interprète l'article 1.1 de la Convention américaine en relation avec l'article 3 commun des Conventions de Genève pour considérer que le fait qu'une situation de conflit armé existait au Guatemala à l'époque des faits n'exonère pas l'Etat de son obligation de respecter et de garantir les «droits de la personne» (98). La Cour juge en effet que conformément aux règles du droit humanitaire, l'Etat doit garantir la vie et l'intégrité des personnes qui ne participent pas directement aux hostilités ou qui ne prennent pas part, quelle qu'en soit la raison, aux combats (99). En l'espèce, le détournement par l'article 3 commun des Conventions de Genève visait, semble-t-il, à déterminer la question de l'imputabilité des violations. La référence au droit humanitaire s'arrête là. Dans cet arrêt, la Cour condamne ensuite le Guatemala pour violation de la Convention américaine (100). Dans l'affaire *Masacre Plan de Sánchez contre Guatemala*, la Cour s'estime également incompétente pour appliquer la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (101). En l'espèce, l'Etat avait reconnu sa responsabilité, ce qui limitait considérablement les débats. La Cour, en se contentant de faire référence au concept de «génocide» plutôt qu'à la Convention sur le génocide, déclare que les faits litigieux ont affecté gravement l'identité et les valeurs des membres du peuple Maya Achi et qu'ils s'inscrivaient dans le cadre d'un massacre organisé («un *patrón de masacres*»). La Cour conclut que les

(97) Voy. également : C., CERNA, «Questions générales de droit international examinées par la Cour interaméricaine des droits de l'homme», *Annuaire Français de Droit International*, 1996, p. 715.

(98) La Commission se réfère également à l'article 3 commun des Conventions de Genève dans ses propres décisions. Voir par exemple : Commission IADH, *Affaire 11.654 (Masacre de Ríofrío) c. Colombie*, 6 avril 2001, Fond, Rapport n° 62/01, Rapport annuel 2000, par. 54.

(99) Cour IADH, *Bamaca Velásquez c. Guatemala*, 25 novembre 2000, Arrêt sur le fond, Série C, n° 70, par. 207.

(100) Cour IADH, *Bamaca Velásquez c. Guatemala*, 25 novembre 2000, Arrêt sur le fond, Série C, n° 70, par. 213.

(101) Cour IADH, *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, 29 avril 2004, Série C, n° 105, par. 51.

«conséquences aggravées» qui en découlent doivent être prises en considération dans la phase de réparation (102).

26. Quoi qu'il en soit, si la Cour ne peut appliquer les autres traités, elle les utilise, comme nous l'avons vu, afin d'interpréter la Convention. Toute la jurisprudence de la Cour interaméricaine est construite, en partie, grâce à l'appui de la jurisprudence de Strasbourg ou de Genève. Cette forte perméabilité aux autres systèmes, voire même cette *absorption* jurisprudentielle, dépasse le cadre strict de la méthode d'interprétation et trouve son fondement dans la philosophie particulière du droit interaméricain des droits de l'homme qui tend à considérer que le droit international des droits de l'homme forme un ensemble homogène et cohérent, un véritable *corpus juris de droit international des droits de l'homme*.

C. - Le corpus juris du droit international des droits de l'homme

27. Par le biais de sa jurisprudence, la Cour interaméricaine met en avant une conception particulière du droit international des droits de l'homme (103). Dans ses décisions, et particulièrement dans ses décisions consultatives, la juridiction interaméricaine tend à privilégier une approche en rupture avec le «positivisme juridique» remettant en cause le fondement volontariste du droit international au profit d'un droit «véritablement universel» applicable tant aux Etats qu'aux êtres humains. La conception du droit international des droits de l'homme défendue par la Cour se veut résolument pragmatique et souvent *pro victima*, voire engagée en faveur d'une protection accrue de l'être humain. Pour reprendre les termes du Juge interaméricain Antonio A. Cançado Trindade, «la Cour contribue [...] à la construction du nouveau jus gentium du 21^{ème} siècle, guidé par les principes généraux du droit (parmi lesquels on retrouve le principe

(102) Cour IADH, *Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala*, 29 avril 2004, Série C, n° 105, par. 51.

(103) Voy. également : H. TICSOUDJA, «L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : En marge d'arrêts et d'avis consultatifs récents», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2002, pp. 69-110.

fondamental d'égalité et de non-discrimination), caractérisé par l'intangibilité du procès équitable entendu dans un sens large, renforcé par la reconnaissance du jus cogens et instrumentalisé par les conséquences des obligations erga omnes de protection, et érigé, finalement, sur base du respect et de la garantie des droits inhérents de la personne humaine (104). Antonio A. Cançado Trindade qualifie cette démarche, en rupture avec le positivisme juridique, d'*humanisation du droit international* (105). Pour construire ce nouveau *jus gentium*, la Cour interaméricaine utilise essentiellement deux outils : d'une part, la Cour a fréquemment recours aux concepts de «*jus cogens*», d'obligations «*erga omnes*» et s'appuie sur les principes généraux du droit (106); et, d'autre part, la Cour utilise abondamment la technique du *référéncement croisé*. En effet, les architectes de ce «*nouveau jus gentium du 21^{ème} siècle*» mentionné par Antonio A. Cançado Trindade ne

(104) ANTONIO A. CANÇADO TRINDADE, *Vote séparé* (concordant), par. 89 en annexe de CourIADH, Avis consultatif, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 septembre 2003, OC-18/03, Série A, n° 18 : *Al resaltar, en la presente Opinión Consultativa, la visión universalista que marcó los orígenes de la mejor doctrina del Derecho Internacional, la Corte Interamericana contribuye para la construcción del nuevo jus gentium del siglo XXI, orientado por los principios generales del derecho (entre los cuales el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación), caracterizado por la intangibilidad del debido proceso legal en su amplio alcance, sedimentado en el reconocimiento del jus cogens e instrumentalizado por las consecuencias obligatorias erga omnes de protección, y erigido, en última instancia, sobre el pleno respeto y la garantía de los derechos inherentes a la persona humana.*

(105) ANTONIO A. CANÇADO TRINDADE, *Vote séparé* (concordant), par. 88 en annexe de CourIADH, Avis consultatif, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 septembre 2003, OC-18/03, Série A, n° 18.

(106) A. A. CANÇADO TRINDADE, *Vote séparé*, par. 52 et s. en annexe de CourIADH, Avis consultatif, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, 17 septembre 2003, OC-18/03, Série A, n° 18 : *Entre estos principios, los que se resisten de carácter verdaderamente fundamental, a los cuales aquí me refiero, en realidad forman el substratum del propio ordenamiento jurídico, revelando el derecho al Derecho de que son titulares todos los seres humanos. Voy. CourIADH, *Affaire des cinq pensionnés c. Pérou*, 28 février 2003, Série C, n° 98, par. 156; CourIADH, *Cantos c. Argentine*, 7 septembre 2001, Exceptions préliminaires, Série C, n° 85, par. 37; CourIADH, *Baena Ricardo et autres c. Panama (Affaire des 270 travailleurs)*, 2 février 2001, Arrêt sur le fond, Série C, n° 72, par. 98; CourIADH, *Neira Alegria et autres c. Pérou*, 11 décembre 1991, Exceptions préliminaires, Série C, n° 13, par. 29; CourIADH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, 29 juillet 1988, Arrêt sur le fond, Série C, n° 4, par. 184. CourIADH, Avis consultatif, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28 août 2002, OC-17/2002, Série A, n° 17, par. 66 et 87; CourIADH, Avis consultatif, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1^{er} octobre 1999, OC-16/99, Série A, n° 16, par. 58, 113 et 128; CourIADH, Avis consultatif, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 9 décembre 1994, OC-14/94, Série A, n° 14, par. 35.*

se limitent pas, selon la Cour, aux organes interaméricains. La Cour se réfère constamment aux décisions du Comité des droits de l'homme, de la Cour européenne des droits de l'homme (107), et de divers organes des Nations Unies ou encore, dans une moindre mesure, de la Commission africaine des droits de l'homme (108). Le droit international des droits de l'homme forme, aux yeux de la Cour interaméricaine et de la Commission interaméricaine (109), un tout cohérent, une logique systémique. En outre, elle se réfère régulièrement à la jurisprudence consultative ou contentieuse de la Cour internationale de justice.

28. Pour la Cour interaméricaine, il existe un véritable *corpus juris* de droit international des droits de l'homme formé par un ensemble d'instruments internationaux aux contenus et aux effets juridiques variés (allant des traités aux résolutions) (110). L'interprétation dynamique de la Convention américaine des droits de l'homme s'inscrit, selon la Cour, dans la perspective plus large de l'évolution dynamique du droit international des droits de l'homme qui exerce un impact positif sur le droit international général. (111).

29. L'usage de la technique du *référéncement croisé* dans le système interaméricain, et en particulier par la Cour interaméri-

(107) Voy. sur cette question : A. A. CANÇADO TRINDADE, «The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts», in *Contemporary International Law Issues : Conflits and Convergence*, Asser Instituut, La Haye, 1996.

(108) Voy. par exemple : CourIADH, *Caso Herrera Ulloa (La Nación) c. Costa Rica*, 2 juillet 2004, Série C, n° 107, par. 114.

(109) Voy. par exemple : Commission IADEI, *Affaire 11.725 (Carmelo Soría Espinoza) c. Chili*, 19 novembre 1999, Fond, Rapport n° 133/99, Rapport annuel 1999, par. 132 et s.

(110) CourIADH, Avis consultatif, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1^{er} octobre 1999, OC-16/99, Série A, n° 16, par. 115 : *El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la humana en el derecho internacional contemporáneo.*

(111) CourIADH, Avis consultatif, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, 1^{er} octobre 1999, OC-16/99, Série A, n° 16, par. 115.

caine, rencontre essentiellement deux objectifs complémentaires. Premièrement, le référencement croisé s'impose dans la jurisprudence interaméricaine comme un argument de persuasion, d'autorité et de légitimité (112). En se référant aux systèmes européen et universel, la Cour interaméricaine souligne la convergence des jurisprudences, afin d'en renforcer l'autorité mais aussi la légitimité de ses décisions car elle cite essentiellement la Cour de Strasbourg qui occupe une position historique - dont personne ne conteste l'autorité ou la légitimité - centrale en la matière et l'organe de protection du Pacte de New York qui, en tant qu'instance de l'ONU, peut également prétendre à un certain degré de légitimité et d'autorité. Ces références croisées sont en outre de nature à convaincre en particulier les Etats parties de la Convention américaine, sensibles à l'autorité des Nations Unies et à celle de l'exemple européen en matière de protection des droits de l'homme. Deuxièmement, il permet à la Cour de réaffirmer en pratique sa conception universaliste du droit international des droits de l'homme. Dans cet esprit, la Cour interaméricaine affirme et fonde, dès son premier avis consultatif, la compatibilité du régionalisme interaméricain et de l'universalisme. La matière des droits de l'homme exclut, selon elle, toute distinction radicale entre l'universalisme et le régionalisme des droits de l'homme. L'unité de la nature humaine et le caractère universel des droits et libertés garantis fondent tout le régime international de protection. De telle sorte qu'il est inapproprié de distinguer entre les obligations des Etats qui ont leur source dans un instrument régional ou non (113). La Cour souligne que : « dans la Convention

(112) Voy. sur ces types d'arguments : A.-M. SLAUGHTER, « A typology of Transjudicial Communication », *University of Richmond Law Review*, 29, 1994, p. 119.

(113) CourIADH, Avis consultatif, « Otros Tratados » Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24 septembre 1982, OC-1/82, Série A. n° 1, par. 40 : « el fondo mismo de la materia se opone a una distinción radical entre universalismo y regionalismo. La unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía, están en la base de todo régimen de protección internacional. De modo que resultaría impropio hacer distinciones sobre la aplicabilidad del sistema de protección, según que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado nazcan o no de una fuente regional. Por ello, se reclama la existencia de ciertos patrones mínimos en esta materia. El Preambulo del Pacto de San José recoge inequívocamente esta idea cuando reconoce que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional... »

on peut voir une tendance du système régional et du système universel de protection des droits de l'homme à former un tout. Dans le préambule on voit que les principes qui servent de base à ce traité ont été consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme. Ces principes ont été réaffirmés et développés dans d'autres instruments internationaux, que ce soit dans le cadre universel ou dans le cadre régional» (114). La Cour ajoute que « [l'intégration] [la coexistence] (115) régionale avec le système universel est mise en avant aussi dans le travail de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et s'ajuste parfaitement aux buts et aux fins de la Convention, de la Déclaration américaine et du Statut de la Commission » (116). On comprend, dans ce contexte, que le référencement croisé aux autres systèmes de protection des droits de l'homme est inhérent à la conception du droit international des droits de l'homme défendue par les juges interaméricains.

D. - Les limites de l'usage du référencement croisé

30. Le droit international des droits de l'homme est dense et la jurisprudence européenne en particulier est devenue massive.

(114) CourIADH, Avis consultatif, « Otros Tratados » Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24 septembre 1982, OC-1/82, Série A. n° 1, par. 41 : « En la Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos. En el Preambulo se reconoce que los principios que sirven de base a ese tratado han sido también consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que «han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional». Igualmente, varias disposiciones de la Convención hacen referencia a otras convenciones internacionales o al derecho internacional, sin restringirlas al ámbito regional (artículos 22, 26, 27 y 29, por ejemplo). Dentro de ellas, cabe destacar muy especialmente lo dispuesto por el artículo 29, que contiene las normas de interpretación de la Convención y que se opone, en términos bastante claros, a restringir el régimen de protección de los derechos humanos atendiendo a la fuente de las obligaciones que el Estado haga asumido en esa materia. »

(115) En espagnol, le verbe *integrar* s'entend comme former un tout plutôt que comme l'action d'intégrer un système dans un autre. Nous traduisons donc ici le mot *integración* par coexistence qui correspond mieux, selon nous, à l'esprit du texte.

(116) CourIADH, Avis consultatif, « Otros Tratados » Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24 septembre 1982, OC-1/82, Série A. n° 1, par. 43 : « El propósito de integración del sistema regional con el universal se advierte, igualmente, en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, perfectamente ajustada al objeto y fin de la Convención, de la Declaración Americana y del Estatuto de la Comisión. En varias ocasiones, en sus informes y resoluciones, la Comisión ha invocado correctamente « otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos », con prescindencia de su carácter bilateral o multilateral, o de que se hayan adoptado o no dentro del marco o bajo los auspicios del sistema interamericano. »

Pour pouvoir utiliser adéquatement la technique du référencement croisé, encore faut-il maîtriser cette jurisprudence et prendre en considération, par exemple, les revirements. Or, la Cour interaméricaine s'appuie sur un Greffe composé seulement d'une dizaine de juristes. Ces derniers effectuent les travaux de recherche et analysent, notamment, la jurisprudence internationale relative aux questions de droit qu'ils sont invités à traiter dans les affaires qui leur sont confiées. La qualité des références croisées va donc dépendre du niveau d'expertise des membres du Greffe et du Juge rapporteur ainsi que de l'accès à l'information. Il n'est pas certain, par exemple, que le fait que la Cour interaméricaine semble préférer les référencement à la jurisprudence européenne – au détriment parfois de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme – se justifie par des considérations stratégiques ou juridiques. Il semble plutôt que les difficultés d'accès aux décisions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies y jouent un rôle central. La Cour attache également beaucoup d'importance aux arguments de plaideurs qui invoquent bien souvent les autres jurisprudences internationales. Pour les inciter à le faire, lorsqu'elle fixe le montant des frais et dépens que l'Etat condamné doit rembourser au pétitionnaire, la Cour prend l'ensemble des éléments de chaque cas en considération et notamment l'apport effectif des preuves visant à démontrer les faits de la cause, mais aussi le niveau de connaissance de l'avocat de la jurisprudence internationale et, de manière générale, tous les éléments qui lui permettent d'évaluer la qualité et la pertinence du travail réalisé (117). Cela implique en pratique, que l'avocat est invité à démontrer devant la Cour son niveau d'expertise du droit international des droits de l'homme, ce qu'il fera notamment en faisant état de la jurisprudence internationale, et plus particulièrement, des jurisprudences européenne et du Comité des droits de l'homme. Enfin, la Cour bénéficie, dans l'exercice de sa procédure consultative, des précieuses ressources des *amici curiae*, pratique fortement utilisée et appréciée. Les mémoires des *amici* permettent à la Cour de

(117) CourIADH, *Cesti Hurtado c. Pérou*, 31 mai 2001, Réparations, Série C, n° 78, par. 83.

comblent ses limites logistiques et d'enrichir sa jurisprudence de références aux autres systèmes.

31. Toutefois, force est de constater que la Cour interaméricaine utilise parfois la technique du référencement croisé de manière erronée ou superfétatoire. L'erreur consiste à se référer à une jurisprudence dépassée car elle a fait l'objet d'un revirement, alors que la référence superfétatoire, qui n'est pas nécessairement volontaire, consiste pour la Cour interaméricaine à préférer un référencement croisé alors qu'un autoréférencement aurait été préférable, et en tout cas nécessaire lorsque la Cour aurait été la première à énoncer le principe cité. En ce qui concerne la règle d'épuisement des voies de recours internes par exemple, la Cour interaméricaine a énoncé un ensemble de principes nuanciant la charge de la preuve dès son premier arrêt *Velásquez Rodríguez contre Honduras* rendu en 1987 et les a synthétisés dans son avis consultatif n° 11 qui portait précisément sur les exceptions à la règle d'épuisement des voies de recours internes. Or, la Cour se réfère depuis 1996 aux arrêts européens rendus dans les affaires turques. Le référencement croisé peut aussi être source d'erreur lorsque la Cour ignore les revirements de jurisprudence. Dans l'affaire *Las Hermanas Serrano Cruz contre El Salvador* – qui concernait la disparition forcée de deux mineures – la Cour retient partiellement l'exception d'incompétence *ratione temporis* soulevée par l'Etat. En effet, en acceptant la compétence contentieuse de la Cour le 6 juin 1995, l'Etat avait clairement indiqué qu'il limitait la compétence *ratione temporis* aux faits postérieurs à la date d'acceptation. En conséquence, ignorant le récent revirement de jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, lui-même inspiré, semble-t-il, de la jurisprudence interaméricaine (118), la Cour se réfère explicitement à l'ancienne jurisprudence du

(118) CDH, *Sarma c. Sri Lanka*, 31 juillet 2003, Communication n° 950/2000, CCPR/C/78/D/950/2000 : Dans cette affaire relative à une disparition forcée survenue au Sri Lanka, le Comité souligne « que même si l'enlèvement puis la disparition présumés du fils de l'auteur avaient eu lieu avant l'entrée en vigueur du Protocole facultatif à l'égard de l'Etat partie, les violations du Pacte, si leur réalité était confirmée par l'examen au fond, avertissent que avoir lieu ou se poursuivre après l'entrée en vigueur du Protocole facultatif ».

Comité en la matière (119), pour s'estimer incompétente pour connaître des violations des articles 4, 5 et 7 en relation avec l'article 1.1, directement liées à des faits de disparition forcée datés du 2 juin 1982 (120). Cette décision a été fortement critiquée (121) par le Juge Antonio Cançado Trindade dans son opinion dissidente qui la qualifie de *lamentable régression* tout en souhaitant que cet arrêt ne soit qu'un accident de parcours (122). Sa critique se fonde essentiellement sur deux points. D'une part, la Cour fragmente la violation alléguée de disparition forcée. Or, ce type de violation continue forme un tout et doit être pris dans sa totalité (123). D'autre part, l'Etat invoquait en l'espèce une exception d'incompétence *ratione temporis* de la Cour en se fondant sur les limites qu'il avait lui-même

(119) CDH, *Perez Vargas c. Chili*, 24 septembre 1999, Communication n° 718/1996, OCPE/C/66/D/718/1996, par. 6.4; CDH, *Inostroza et consors c. Chili*, 16 septembre 1999, Communication n° 717/1996, OCPE/C/66/D/717/1996, par. 6.4.

(120) A.A. CANÇADO TRINDADE, *Vote séparé (Dissident)*, en annexe de Cour.IADH, *Las Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, 23 novembre 2004, Exceptions préliminaires, Série C, n° 118. Par. 17 : *Esta decisión de la Corte Interamericana tampoco está conforme a su propia jurisprudencia reciente al respecto, siendo, pues, a mi modo de ver, regresiva. En el presente caso, la voluntad del Estado desafortunadamente prevaleció sobre los imperativos de protección de los derechos humanos. Ha llegado el momento de que los Estados Partes en la Convención Americana se esmeren de formular imitaciones de esta naturaleza, y modifiquen o retiren las que por ventura hayan formulado en el pasado, con el fin de compatibilizarlas con el alcance preciso del artículo 62 de la Convención.*

(121) A.A. CANÇADO TRINDADE, *Vote séparé (Dissident)*, en annexe de Cour.IADH, *Las Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, 23 novembre 2004, Exceptions préliminaires, Série C, n° 118. Par. 22 : *en la presente Sentencia de la Corte en el caso de las Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador, en razón de su punto resolutivo n. 2, irónicamente lo que se ha transformado en « situación continuada », por decisión de la mayoría de la Corte, no es la situación supuestamente violatoria de los derechos humanos sometida a su consideración y decisión, sino más bien la situación de privación continuada, impuesta por el Estado a la Corte, de ejercer su jurisdicción, o sea, de examinar la materia y pronunciarse al respecto, - lo que a mi modo de ver nos aproxima a un verdadero absurdo jurídico. Ya se sabe que no hay progreso lineal en la historia del pensamiento jurídico, e inclusive del propio pensamiento humano en general, pero sincera-mente espero que, en una dimensión temporal, la presente Sentencia de la Corte, en cuanto a su punto resolutivo n. 2, no sea más que una piedra que sobrepasar, como un accidente en el largo camino a recorrer.*

(122) A.A. CANÇADO TRINDADE, *Vote séparé (Dissident)*, en annexe de Cour.IADH, *Las Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, 23 novembre 2004, Exceptions préliminaires, Série C, n° 118.

(123) La violation continue de disparition forcée est également fractionnée dans l'affaire *Blake*. Cependant, dans ce cas, cette fragmentation artificielle n'est pas imputable à la Cour mais résultait de la demande de la Commission interaméricaine. Dans son vote séparé annexé à cet arrêt, le Juge Antonio Cançado Trindade metait déjà en garde contre les fragmentations artificielles de ce type de délit. Voy. A.A. CANÇADO TRINDADE, *Vote séparé (Mote)*, en annexe de Cour.IADH, *Blake c. Guatemala*, 2 juillet 1996, Exceptions préliminaires, Série C, n° 27.

exprimées lors de son acceptation de la compétence contentieuse de la Cour interaméricaine. En retenant partiellement cette exception, la Cour autoriserait, selon le Juge Cançado Trindade, les Etats à déterminer le champ de sa compétence et donnerait trop de crédit au volontarisme étatique (124). Le contrôle juridictionnel interaméricain deviendrait alors illusoire puisqu'il pourrait être limité unilatéralement par les Etats parties (125). Ce cas illustre surtout les limites du référencement croisé. Pour l'utiliser efficacement, le référencement croisé nécessite une excellente maîtrise de la jurisprudence récente des autres systèmes. L'erreur dans le référencement croisé est domageable non seulement parce qu'il risque de porter atteinte à la crédibilité de la Cour interaméricaine mais aussi car il est source de confusion, notamment pour le plaideur. Toutefois, notons que ces quelques exemples de mauvaise utilisation du référencement croisé dans la jurisprudence interaméricaine sont exceptionnels et qu'ils ne peuvent en aucun cas, à eux seuls, remettre en question l'usage de cette méthode par la Cour qui rend des arrêts et des avis complexes, riches et soignés.

E. - L'autonomie interaméricaine et la clause la plus favorable

32. Le référencement croisé interaméricain n'implique pas pour autant que le droit interaméricain n'est pas autonome. En

(124) A.A. CANÇADO TRINDADE, *Vote séparé (Dissident)*, en annexe de Cour.IADH, *Las Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, 23 novembre 2004, Exceptions préliminaires, Série C, n° 118. Par. 24 : *la presente Sentencia de la Corte sobre excepciones preliminares en el caso de las Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador, constituye, data venia, en lo que respecta particularmente al punto resolutivo n. 2, y los correspondientes párrafos considerativos n. 66-79, un lamentable retroceso. Disiento, pues, firmemente, de lo que me parece una inaceptable capitulación a un voluntarismo estatal que ya no se sostiene en nuestros días, además de militar en contra del actual proceso de jurisdiccionalización del propio derecho internacional, ilustrado por los recientes avances en el antiguo ideal de la realización de la justicia también en el plano internacional. Par. 25 : Los términos de aceptación por el Estado demandado de la competencia de la Corte Interamericana en materia contenciosa son inadmisibles e inválidos también en cuanto a otro aspecto específico, a saber, cuando el Estado se reserva la facultad de hacer cesar el reconocimiento de dicha competencia e en el momento en que lo considere oportuno. Este caveat conflictivo frontalmente con lo ya establecido por la Corte en las supracitadas Sentencias sobre Competencia en los casos del Tribunal Constitucional y de Iocher Bronstein.*

(125) En outre, plusieurs Etats ont formulé le même type de limite que celle stipulée par El Salvador lors de son acceptation de la compétence de la Cour interaméricaine parmi lesquels se trouvent notamment le Guatemala, l'Argentine et le Chili.

effet, si la jurisprudence interaméricaine est perméable, la Cour affirme son autonomie en consacrant des principes et des interprétations originaux. Sa jurisprudence est ambitieuse et novatrice. La Cour a ainsi, par exemple, consacré une protection très étendue et adaptée au bénéfice des populations indigènes (126) (en protégeant leur intégrité spirituelle, leur propriété collective ou encore leur droit de vivre dans des conditions dignes); mis en place un régime juridique efficace et pragmatique visant à lutter contre efficacement contre les disparités forcées (127) (en établissant notamment un régime de preuve par présomption); a développé de manière optimale ses compétences en matière de réparation, de mesures provisoires et de fonction consultative; etc.

33. En réalité, en se référant aux autres systèmes, l'objectif de la Cour interaméricaine vise avant tout à donner à la Convention américaine son amplitude protectrice maximale. La Cour puise donc dans la jurisprudence internationale les principes et interprétations les plus protecteurs. En principe, les traités sur les droits de l'homme interdisent que leurs dispositions soient interprétées dans un sens qui aurait pour effet de restreindre la protection dont les individus bénéficient en vertu d'autres accords

(126) Voy. notamment : CourIADH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaza c. Paraguay*, 29 mars 2006, Série C, n° 146; CourIADH, *Affaire Yatema c. Nicaragua*, 23 juin 2005, Série C, n° 127; CourIADH, *Comunidad Indígena Yatey Aza c. Paraguay*, 17 juin 2005, Série C, n° 125; CourIADH, *Caso Masacre Plan de Sanchez c. Guatemala*, 29 avril 2004, Série C, n° 105; CourIADH, *Caso de la Comunidad Maysagna (Sumo), Awas Tingni c. Nicaragua*, 31 août 2001, Arrêt sur le fond, Série C, n° 79; CourIADH, *Affaire Aloobotoe et autres c. Suriname*, 4 décembre 1991, Arrêt sur le fond, Série C, n° 11. Voy. également les commentaires de S. Garcia Ramirez, *Vote séparé (motivé)*, en annexe de CourIADH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaza c. Paraguay*, 29 mars 2006, Série C, n° 146.

(127) Voy. notamment les premiers arrêts de la Cour : CourLADH, *Godínez Cruz c. Honduras*, 17 août 1990, Interprétation de l'arrêt sur les réparations, Série C, n° 10; CourLADH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, 17 août 1989, Interprétation, Série C, n° 9; CourLADH, *Godínez Cruz c. Honduras*, 29 janvier 1989, Arrêt sur le fond, Série C, n° 5; CourLADH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, 29 juillet 1988, Arrêt sur le fond, Série C, n° 4; CourLADH, *Godínez Cruz c. Honduras*, 26 juin 1987, Exceptions préliminaires, Série C, n° 3; CourLADH, J. BENZIMBA-HAZAN, « Disparités forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité; la méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2001, pp. 765-797; Voy. également : C. MEDINA QUIROGA, *The Battle of Human Rights : Cross Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff, Boston et Londres, 1988.

internationaux ou du droit national (128). En pratique, cela implique que l'individu peut se prévaloir de la *clause la plus favorable* (129). Ainsi, confronté à l'application concurrente du Pacte international sur les droits civils et politiques et de la Convention européenne ou de la Convention américaine, le juge interne devra en principe appliquer la clause la plus favorable. On peut soutenir qu'en réalité, la Cour interaméricaine applique un principe analogue à celui de la *clause la plus favorable* comme méthode générale d'interprétation en se basant sur les autres textes internationaux et sur la jurisprudence des organes de contrôle et en s'adonnant ainsi au *cherry-picking*, ne retenant que les éléments les plus protecteurs de chaque système. Le référentiel croisé lui permet en effet d'examiner le *corpus juris* des droits de l'homme et d'y puiser l'interprétation la plus protectrice possible.

IV. - CONCLUSION : L'ÉMERGENCE D'UNE JURISPRUDENCE GLOBALE CONVERGENTE

34. Le cadre institutionnel de la protection internationale des droits de l'homme offre un environnement particulièrement propice au dialogue constructif entre les juges et experts des différents systèmes. Les droits protégés sont similaires, les mécanismes de protection sont équivalents, les experts et les juges siègent parfois successivement au sein de plusieurs organes de protection, et de nombreux Etats ont ratifié non seulement les instruments universels mais également les traités régionaux. Il est donc tout naturel que les juges du droit international des droits de l'homme empruntent à leurs collègues certaines interprétations, positions ou concepts pour enrichir leurs propres

(128) Article 5.2 du Pacte international sur les droits civils et politiques; Article 5.2 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels; Article 5 de la Convention sur le statut des réfugiés; Article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme; Article 32 de la Charte sociale européenne; Article 29.b. de la Convention américaine des droits de l'homme.

(129) Sur cette question, voy. A. A. CANÇADO TRINDADE, « Co-existence and Coordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels) », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 202, 1987-II, 1988, pp. 113 et s. et références citées.

arrêts ou décisions. Toutefois, étant donné que ces systèmes ne sont pas institutionnellement liés, et qu'il n'existe évidemment aucune règle de précédent obligeant un organe de respecter, voire même de considérer, la jurisprudence d'un autre organe, l'usage de l'argument comparatif, et en particulier de la citation croisée, est avant tout *persuasif* (130). Le juge emprunte aux autres systèmes pour enrichir sa propre jurisprudence en adoptant parfois une nouvelle perspective par rapport au problème posé et en s'inspirant des solutions, parfois originales, parfois traditionnelles, de ses collègues de Strasbourg, Genève ou San José. Dans tous les cas, il convient de noter qu'indépendamment de l'usage effectif de la technique du référencement croisé, le droit international des droits de l'homme constitue un laboratoire particulièrement instructif sur le phénomène de la globalisation judiciaire et, notamment, sur l'émergence d'une jurisprudence globale en matière de droits de l'homme. La recherche de cette jurisprudence globale est devenue pour la Cour interaméricaine une méthode de travail systématique – par le biais du référencement croisé – qu'elle justifie par une philosophie résolument universaliste des droits de l'homme mettant ainsi, en toute logique, au service du projet universaliste le phénomène de la globalisation judiciaire.

★

(130) Sur la notion de *persuasive authority*, voy. P. GLENN, « Persuasive Authority », *McGill Law Journal*, 1987, p. 261; A. M. SLAUGHTER, « A Global Community of Courts », *Harvard International Law Journal*, 44, 2003, p. 199.