

Université de Montréal

**Le dialogue des juges entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour
interaméricaine des droits de l'homme**

par

Jeanne ROBERT

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maîtrise en Droit
option Droit international (LL.M.)

juin 2014

© Jeanne Robert, 2014

Résumé

Cette étude a pour but de présenter le dialogue entre les juges de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH), deux Cours régionales supranationales, visant toutes deux à garantir le respect des droits fondamentaux. Le dialogue est étudié à travers l'analyse du contentieux portant sur l'intégrité de la personne humaine et sur la protection des droits économiques et sociaux. Ce sujet se rattache au contexte de mondialisation qui vient transformer les relations de pouvoir et révèle l'émancipation des juges dans la régulation transgouvernementale.

Le présent mémoire conclut que le dialogue vise à établir une cohérence entre les systèmes afin de faire prévaloir une vision commune des droits de l'homme à travers la constitution d'un espace euro-américain, tel un réseau d'échange informel. Néanmoins, le dialogue est limité par certains facteurs contextuels liés aux réalités contrastées des deux systèmes régionaux ainsi que par la volonté des acteurs étatiques.

Mots-clés : Droit international public – Dialogue des juges – Cour européenne des droits de l'homme – Cour interaméricaine des droits de l'homme – Droit à l'intégrité – Droits sociaux

Abstract

This research aims to present the dialogue between judges of the European Court of Human Rights (ECHR) and the Inter-American Court of Human rights (IAHR). These two supranational regional courts both aim at ensuring respect for fundamental rights within their jurisdiction. The dialogue between them is analysed through the study of disputes regarding the integrity of human being and the protection of economic and social rights. This subject is greatly linked to the context of power shifts induced by globalization and reveals how judges are emancipating themselves through transgovernemental regulatory networks.

In conclusion, this thesis demonstrates the dialogue's objective to establish a certain coherence between the systems and to allow a common vision of human rights to be brought forward through the constitution of an informal exchange network now known as the Euro-American interspace. However, the dialogue is restricted by many contextual factors and the contrasted realities of the two regional systems, as well as the will of state actors.

Keywords : Public International Law – European Court of Human Rights – Inter-American Court of Human Rights – Right to Human Integrity – Socio-economic Rights

Table des matières

<i>Table des abréviations</i>	vi
<i>Remerciements</i>	viii
Introduction	1
I- L'émergence et les manifestations d'un dialogue des juges entre la CIADH et la CEDH	13
A) L'émergence d'un dialogue judiciaire	13
1- Le développement d'une communication judiciaire	14
2- La notion de « dialogue »	20
B) Des origines communes dans des contextes distincts	26
1- Les facteurs historiques favorables au dialogue	26
2- Les principales différences entre les deux systèmes juridictionnels	37
C) Les manifestations du dialogue des juges entre les deux cours	47
1- Les moyens et méthodes utilisés par les juges	47
2- Les critères de persuasion.....	56
Conclusion	60
II- Les ambitions et les failles du dialogue des juges	61
A) Le renforcement du droit	61
1- Le renforcement des décisions des juges.....	61
2- Le renforcement des droits fondamentaux	68
a) <u>Des avancées jurisprudentielles majeures</u>	68
i - <u>La restriction de la peine de mort : un renforcement mutuel</u>	68
ii - <u>Les disparitions forcées : l'apport de la CIADH</u>	72
iii- <u>L'application des droits sociaux aux migrants : vers une influence mutuelle des Cours ?</u>	80
b) <u>L'harmonisation des droits</u>	84
i- <u>Une vision commune de la protection de l'intégrité de la personne humaine</u> 84	

ii - Les droits économiques et sociaux : l'utilisation de méthodes communes.	93
B) Les failles et les limites du dialogue	106
1- Des décisions critiquées	106
2- Un dialogue asymétrique	110
C) Un rapprochement limité, mais certain	115
1- Les limites liées aux facteurs contextuels	115
a) <u>L'avance prise par la CEDH</u>	116
b) <u>Les particularités de la jurisprudence de la CIADH</u>	121
2- Perspectives	142
Conclusion	146
Conclusion	148
<i>Bibliographie</i>	155

Table des abréviations

CEDH : Cour européenne des droits de l’homme

CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales

CIADH : Cour interaméricaine des droits de l’homme

CADH : Convention américaine relative aux droits de l’homme

CEJIL : Centre pour la Justice et le Droit international

EHRAC : European Human Rights Advocacy Centre

OÉA : Organisations des États américains

OIT : Organisation internationale du travail

ONG : Organisation non gouvernementale

STCE : Série des Traités du Conseil de l’Europe

TPIY : Tribunal Pénal International pour l’ex-Yougoslavie

À mes parents,

Remerciements

Je remercie sincèrement tous ceux qui m'ont aidé dans l'élaboration de ce mémoire.

Je remercie en particulier ma directrice de mémoire, la Professeure Renée-Claude Drouin, pour sa disponibilité, sa lecture attentive et ses précieux conseils.

J'exprime également ma gratitude au personnel et aux membres du Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail pour leur gentillesse et leur soutien permanent.

« Puisqu'il n'existe pas de gouvernement mondial, et tant qu'il n'existera pas de gouvernement mondial, ce sont les droits de l'homme et les instances jugeant de leur application ou de leurs violations qui créeront la légitimité, la concéderont ou la retireront, et la céderont - revers de la médaille - aux États, pays régions à l'origine de l'intervention "légitime" de la force »¹.

Introduction

« À la fois agents publics et juristes indépendants, exécutants d'un droit étatique et discutants d'un droit global, transformateurs des demandes privées et défenseurs des intérêts publics, les juges tiennent un rôle d'interface dans la mondialisation »². Ainsi, tel que l'affirment Julie Allard et Antoine Garapon, les juges occupent un rôle central dans un contexte de mondialisation marqué par l'accroissement des interactions entre les divers systèmes juridiques³. Les normes apparaissent comme des entrecroisements complexes, tel un « enchevêtrement »⁴ rendant les institutions juridiques de plus en plus interdépendantes⁵. Le droit devient alors une « matière d'échange »⁶ offrant aux juges de nouvelles perspectives. Ainsi, Mireille Delmas Marty constate une « montée en puissance » des juges caractérisée par « le recours accru à l'autorité judiciaire » et à sa « présence croissante dans le débat politique »⁷. Les échanges entre juges empruntent alors des formes diverses laissant place à de véritables dialogues entre juridictions. La globalisation économique est aussi l'un des facteurs

¹ ULRICH BECK, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme?*, coll. «Alto», Paris, Éditions Flammarion, 2006, p. 96.

² JULIE ALLARD ET ANTOINE GARAPON (dir.), *Les juges dans la mondialisation, La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Condé-sur-Noireau, 2005, p. 91.

³ ANNE-MARIE SLAUGHTER, *A New World Order*, Oxford, Princeton University Press, 2005, p. 66.

⁴ MIREILLE DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Éditions du Seuil, Paris, 2006, p. 136.

⁵ *Id.*

⁶ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 5.

⁷ MIREILLE DELMAS-MARTY, «La mondialisation et montée en puissance des juges», dans INSTITUT D'ETUDES SUR LA JUSTICE ET FONDATION BERNHEIM (dir.), *Le dialogue des juges: actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Institut d'études sur la justice, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp 95-114.

de ces échanges, puisque les processus d'intégration lancés dans divers pôles régionaux conduisent à l'établissement de juridictions supranationales particulièrement ouvertes aux permutations, telles que la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). La place grandissante du droit international des droits de l'homme offre un environnement favorable au dialogue⁸. En effet, les juges internationaux spécialisés dans ce domaine semblent profiter du caractère universalisant des droits fondamentaux⁹. Faute de législateur et de véritable gouvernement mondial, leur rôle apparaît d'autant plus important¹⁰ alors même que le droit international semble encore largement inachevé et peu précis¹¹. Ces échanges sont aussi promus par l'émergence de problématiques communes allant du respect de la vie privée à la peine de mort¹². Tel que le souligne le sociologue Ulrich Beck, l'existence d'une « réalité cosmopolitique »¹³ dans laquelle il faut faire face à l'échelle mondiale à des crises, des désaccords et des conflits conduit également à la recherche de solutions cosmopolitiques¹⁴.

Ce mémoire portera plus particulièrement sur le dialogue se déroulant entre la CIADH et la CEDH. Ces deux Cours semblent être, par la nature même de leurs juridictions, propices au dialogue, car il s'agit de deux organes régionaux indépendants protégeant les mêmes droits. Leurs juges partagent donc le même objectif, c'est-à-dire celui de protéger les individus contre les abus de l'État. Toutefois, il semble important de souligner qu'ils doivent également

⁸ JULIE ALLARD ET ARNAUD VAN WAEYENBERGE, «De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger», (2008) vol. 61 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, pp. 109-110.

⁹ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 86.

¹⁰ *Id.*, p. 86.

¹¹ *Id.*

¹² A.-M. SLAUGHTER, préc., note 3, p. 101.

¹³ U. BECK, préc., note 1, p. 41.

¹⁴ *Id.*, p. 49.

prendre en compte un certain nombre de facteurs relevant à la fois de domaines historique, culturel et politique distincts¹⁵.

Par ailleurs, il n'existe aucun lien hiérarchique et institutionnel entre les deux juridictions. Le système européen des droits fondamentaux repose principalement sur la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* (CESDH)¹⁶ qui garantit les droits fondamentaux, civils et politiques. Le Conseil de l'Europe siège à Strasbourg et rassemble 47¹⁷ États membres¹⁸. Il a été créé le 5 mai 1949 et vise l'établissement d'un espace démocratique et juridique commun qui se fonde sur la CESDH ainsi que sur d'autres textes relatifs aux droits fondamentaux tels que la *Charte sociale européenne* du 18 octobre 1961¹⁹. La *Convention européenne* a été adoptée le 4 novembre 1950 et est entrée en vigueur en 1953²⁰. La CEDH a été instituée par l'ancien article 56 de la *Convention européenne*. Aujourd'hui, le Titre II de cet instrument est entièrement consacré à son fonctionnement et à son organisation, tandis que l'article 19 garantit désormais son institution. La CEDH est une juridiction ancienne qui bénéficie d'une certaine légitimité historique puisqu'elle est un précurseur dans son domaine. De plus, elle a largement contribué à la construction du système d'intégration

¹⁵ A.-M. SLAUGHTER, préc., note 3, p. 79.

¹⁶ *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.C.E. 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) [CESDH] (ci-après *Convention européenne* ou CESDH).

¹⁷ Les pays membres du Conseil de l'Europe sont les suivants : Albanie, Allemagne, Andorre, Arménie, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Chypre, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, L'ex-République yougoslave de Macédoine, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, République de Moldova, Monaco, Monténégro, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Russie, Saint-Marin, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine.

¹⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, *Conseil de l'Europe* [Ressource électronique], en ligne: <http://www.coe.int/fr/web/about-us/who-we-are> (consulté le 8 septembre 2014)

¹⁹ *Charte sociale européenne*, 26 février 1965, STCE n°35 (entrée en vigueur le 26 février 1965).

²⁰ FREDERIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, Paris, 2011, p. 135.

européenne. De nos jours, elle représente une autorité incontestée aux yeux des juges du monde entier.

Le système interaméricain des droits de la personne repose quant à lui sur deux principaux textes²¹. Il s'agit de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*²² et la *Convention américaine des droits de l'homme* (CADH)²³. La Cour interaméricaine est une institution judiciaire autonome de l'organisation des États américains (OÉA). Cette organisation internationale rassemble 35 États membres et a été fondée en 1948 par la signature de la *Charte de l'Organisation des États américains*²⁴. Parmi ses membres, 25 États²⁵ ont ratifié la *Convention américaine* et 20 États²⁶ sont aujourd'hui soumis à la compétence de la CIADH, Trinité et Tobago et le Venezuela ayant retiré leur acceptation de sa compétence en dénonçant la CADH²⁷. Il faut préciser que les États-Unis et le Canada, ainsi que la plupart des États anglophones du continent, n'ont pas ratifié la CADH. La Cour interaméricaine siège à San José, au Costa Rica. Ludovic Hennebel, spécialiste de la Cour, la perçoit comme une « institution atypique » et relève la méconnaissance des Européens, mais aussi des Nord-

²¹ LUDOVIC HENNEBEL, «La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre particularisme et universalisme», dans LUDOVIC HENNEBEL ET HELENE TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Editons Pedone, 2009, pp. 76-119.

²² *Déclaration américaine sur les droits et devoirs de l'Homme*, avril 1948, Assemblée générale, 9^e sess, Doc. Off. O.E.A/Serv.L/V/II.23, doc. 21. rev. 6.

²³ *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, 22 novembre 1969, S.T.O.É.A. n°36, 1144 R.T.N.U. 123 (entrée en vigueur le 18 juillet 1978) [Pacte de San José]

²⁴ *Charte de l'Organisation des États Américains*, 30 avril 1948, 16/01/52 No. 1609 Vol. 119 (entrée en vigueur le 13 décembre 1951)

²⁵ Les États ayant ratifié la CADH sont les suivants: Argentine, Barbade, Bolivie, Brésil, Colombie, Costa Rica, Chili, Dominique, Équateur, Salvador, Grenade, Guatemala, Haïti, Honduras, Jamaïque, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, République Dominicaine, Suriname, Trinité et Tobago, Venezuela, Uruguay.

²⁶ Les États soumis à la compétence de la Cour interaméricaine sont les suivants : Argentine, Barbade, Bolivie, Brésil, Colombie, Costa Rica, Chili, Dominique, Équateur, Salvador, Grenade, Guatemala, Haïti, Honduras, Jamaïque, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, République Dominicaine, Suriname, Uruguay.

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Historia de la Corte IDH*, <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>> (consulté le 27 juin 2014)

Américains vis-à-vis de son travail²⁸. Sa doctrine est pourtant souvent considérée comme « avant-gardiste » et « originale »²⁹. La Cour a également su se démarquer des volontés politiques nationales comme le démontre l'invalidation des lois d'amnisties et d'auto-amnisties votées dans certains États, comme le Chili et l'Argentine, sous des régimes autoritaires, ou plus récemment les avertissements au gouvernement péruvien contre la grâce présidentielle d'Alberto Fujimori, ancien Président de la République³⁰. La CIADH véhicule une conception universaliste assumée³¹.

La doctrine utilise différentes expressions afin de définir le rapprochement des juges telles que « mondialisation judiciaire », « auditoire mondial », « commerce des juges »³². La notion retenue dans ce mémoire sera celle de « dialogue des juges », car elle permet de mieux s'adapter à l'étude des relations entre les deux Cours sélectionnées pour l'étude tout en intégrant une certaine flexibilité³³. Le dialogue permet ainsi d'étudier les relations entre ces Cours tel « un échange de vues » et « une discussion »³⁴. Il faut préciser que cette notion ne suppose pas nécessairement d'accord puisqu'elle peut également comprendre des contradictions ou des oppositions³⁵. Le dialogue des juges désigne alors « l'échange

²⁸ L. HENNEBEL, préc., note 21, p. 78.

²⁹ *Id.*

³⁰ M. DELMAS-MARTY, préc., note 4, p. 147.

³¹ L. HENNEBEL, préc., note 21, p. 78.

³² J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 7.

³³ JAVIER GARCIA ROCA, PABLO ANTONIO FERNANDEZ SANCHEZ, PABLO SANTOYALA MACHETTI ET RAUL CANOSA USERA (dir.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, 1er éd., Pamplona, Civitas, 2012, p. 75.

³⁴ LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges : missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », dans BRUNO GENEVOIS (dir.), *Le dialogue des juges: mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, 2009, p. 97.

³⁵ *Id.*, p. 95.

d'arguments, d'interprétations et de solutions juridiques entre magistrats »³⁶. De plus, il apparaît être multidimensionnel³⁷. En effet, celui-ci peut être vertical, horizontal et même parfois « croisé », lorsqu'il s'agit de Cours touchant à des domaines différents telles que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour pénale internationale³⁸. Dans le cas que nous voulons étudier, il s'agit d'un dialogue horizontal³⁹, car les deux sujets au dialogue sont des Cours régionales supranationales. Il faut ajouter qu'il ne s'agit pas d'un dialogue institutionnel car, tel qu'il l'a été précisé plus haut⁴⁰, ces Cours sont autonomes et ne disposent pas de liens institutionnellement définis puisqu'elles proviennent de systèmes juridiques distincts. Il s'agirait alors plutôt d'un dialogue « informel »⁴¹ ou « débridé »⁴² s'inscrivant dans un phénomène d'internationalisation du dialogue à travers son « décroisement territorial »⁴³. Cela signifie qu'institutionnellement, rien n'oblige les juges à dialoguer⁴⁴.

La question qui se pose alors est de savoir si le dialogue entre les juges de la CIADH et de la CEDH est créateur d'un droit commun ou à tout au moins d'une interprétation commune de certains droits fondamentaux protégés dans les deux juridictions. Nous tenterons de répondre à cette question dans ce projet de recherche par l'analyse des formes et des fonctions du dialogue des juges qui ressortent de l'étude de la jurisprudence de la CIADH et de la CEDH.

³⁶ JULIE ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », dans *Le dialogue des juges, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, p. 77.

³⁷ J. ALLARD ET A. VAN WAEYENBERGE, préc., note 8, p. 118.

³⁸ BENOIT FRYDMAN, « Conclusion: Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », (30 mars 2007) *Centre Perelman de Philosophie du Droit*, en ligne : <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B._FRYDMAN_-_Conclusion_-_Le_dialogue_international_des_juges_-_30_mars_2007.pdf> (consulté le 2 mai 2013), p. 6.

³⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 34, p. 23.

⁴⁰ Voir *infra*, p. 3.

⁴¹ B. FRYDMAN, préc., note 38, p. 3.

⁴² L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 34, p. 116.

⁴³ *Id.*, p. 97.

⁴⁴ *Id.*, p. 116.

Compte tenu de l'importance du contentieux dans les deux juridictions visées, l'analyse du dialogue sera restreinte à deux domaines juridiques. Le premier axe d'analyse se concentrera sur le contenu du contentieux lié à la notion de dignité, plus précisément à travers la question de la protection de l'intégrité de la personne humaine. Le second axe d'analyse portera sur les droits sociaux et économiques, qui doivent être considérés dans ce cadre comme des droits à l'obtention de prestations⁴⁵.

La dignité humaine est une notion souvent utilisée en droit et particulièrement en droit de la personne où elle jouit d'un certain consensus⁴⁶. Le mot dignité provient du latin *dignus* signifiant « ce qui mérite l'estime et l'honneur »⁴⁷. L'aspect universel de la dignité a été développé dans la philosophie kantienne⁴⁸. Cette notion ne dispose pas de définition claire en droit international, car il s'agit d'un concept abstrait et qui demeure fortement subjectif⁴⁹. Cependant, la dignité peut être désignée comme « la reconnaissance de droits inaliénables et juridiquement sanctionnés. Elle représente une notion ajuridique, insusceptible de judiciarisation. Il s'agit d'une valeur englobant tous les droits garantissant l'intégrité, l'intimité et la sécurité de la personne »⁵⁰. La dimension individuelle de la dignité de la personne inclut à la fois l'aspect moral et l'aspect physique⁵¹. La protection de l'intégrité

⁴⁵ F. SUDRE, préc., note 20, p. 41.

⁴⁶ ISABELLE MARTIN, *Reconnaissance, respect et sollicitude : vers une analyse intégrée des exigences de la dignité humaine*, 2010, *Lex electronica*, vol. 15. 2, p. 3.

⁴⁷ CHRISTELLE GUASTADINI, *Droit pénal et droit de l'homme: la dignité en prison genèse et avènement*, Paris, Buenos Books International, 2010, p. 32.

⁴⁸ IMMANUEL KANT, *Critique de la raison pratique*, Paris, Flammarion 2003.

⁴⁹ I. MARTIN, préc., note 46, p. 3.

⁵⁰ C. GUASTADINI, préc., note 47, p. 33.

⁵¹ I. MARTIN, préc., note 46, p. 12.

dérive directement de ce principe et se retrouve ainsi intimement liée à cette notion⁵². Cette proximité explique l'intérêt de cette étude pour la jurisprudence touchant au principe d'intégrité tel que le droit à la vie et l'interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains et dégradants. La protection de l'intégrité des personnes trouve ses fondements dans le *Bill of Rights* anglais de 1689 avec l'interdiction des pratiques cruelles et dégradantes. Ces principes ont par la suite été repris dans divers textes internationaux, dont l'article 5 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948⁵³ et l'article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966⁵⁴. Ce principe reste tout de même reconnu de manière très peu uniforme puisqu'il n'est pas toujours inscrit expressément dans certains grands textes, tels que la *Convention européenne des droits de l'homme*, malgré la présence de l'article 3 évoquant l'interdiction « à la torture » et « à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »⁵⁵. La *Convention américaine*, quant à elle, mentionne de manière explicite le droit au respect de l'intégrité des personnes dans son article 5.1 en précisant même que cette notion comprend l'aspect « physique, psychique et moral »⁵⁶.

Les droits économiques et sociaux quant à eux sont par leur nature particulièrement susceptibles d'évoluer. Ils sont souvent présentés comme des droits programmatoires, dont la réalisation impliquerait un certain seuil de développement économique. Leur domaine

⁵² EMINE EYLEM AKSOY, *La notion de dignité humaine dans la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus*, Politiques pénitentiaires et droits des détenus, Actes du Colloque de la FIPP, Stavern, Norvège, 25-28 juin 2008, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, Stavern, Norvège, Wolf Legals Publishers, 2008, pp. 45-51.

⁵³ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, 10 décembre 1948, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. A.G. N.U., 3^e sess., supp n°13, Doc. N.U. A/810 (1948) 71.

⁵⁴ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976).

⁵⁵ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 138.

⁵⁶ *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, préc., note 23.

d'action serait donc en constante évolution⁵⁷. Ainsi, la perception de l'homme qui se dégage des droits dits de première génération change avec les droits économiques et sociaux puisqu'il n'est plus perçu uniquement en tant qu'« entité individuelle », mais « comme la composante d'un ensemble au sein duquel il dispose de droits notamment au regard de sa condition matérielle et dans la relation qu'il entretient avec la société »⁵⁸. L'effectivité de ces droits semble donc dépendre de la situation économique du pays dans lequel l'individu se trouve. Pourtant, la distinction entre les droits civils et politiques et entre les droits économiques et sociaux doit être relativisée étant donné leur forte interdépendance⁵⁹. Ce qui distingue également ces droits des autres est leur portée normative, notamment dans les deux systèmes régionaux étudiés ici, puisque l'on constate que ceux-ci sont quasiment inexistant dans la *Convention européenne* et la *Convention américaine*⁶⁰. En revanche, ils sont développés dans des textes spécifiquement dédiés aux droits de deuxième génération. Ainsi, la *Convention européenne* évoque uniquement la liberté syndicale (article 11), l'interdiction du travail forcé et obligatoire (article 4) et le droit à l'instruction (article 2 du Protocole n°1)⁶¹. La *Charte sociale*⁶² vient alors compléter la *Convention* sur ces questions⁶³. Celle-ci a été adoptée en 1961, mais a véritablement pris de l'importance à partir des années 1990⁶⁴, notamment avec

⁵⁷ JEAN-MARC THOUVENIN ET ANNE TREBILCOCK, *Droit international social : droits économiques, sociaux et culturels*, Tome 1, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 65.

⁵⁸ *Id.*, p. 66.

⁵⁹ *Id.*, p. 67.

⁶⁰ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 273.

⁶¹ J.-M. THOUVENIN ET A. TREBILCOCK, préc., note 57, p. 74.

⁶² *Charte sociale européenne*, préc., note 19.

⁶³ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 274.

⁶⁴ OLIVIER DE SCHUTTER, *La Charte sociale européenne: Une constitution sociale pour l'Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2010 64, p. 11.

l'adoption du *Protocole additionnel* du 5 mai 1988⁶⁵, du *Protocole d'amendement*⁶⁶ du 21 octobre 1991 et du *Protocole additionnel*⁶⁷ du 9 novembre 1995⁶⁸. Ce dernier établit un droit de réclamation collective auprès du Conseil de l'Europe. Il faut tout de même souligner que la Cour ne dispose d'aucun contrôle sur la *Charte*⁶⁹ puisque son interprétation est laissée au Comité européen des droits sociaux⁷⁰. La perméabilité de la Convention aux droits de deuxième génération pallie cependant l'absence de force contraignante de la Charte. En effet, la CEDH a permis l'intégration de nouveaux droits sociaux grâce à une interprétation « constructive »⁷¹ de la *Convention européenne*⁷².

Concernant le système interaméricain, la CADH n'évoque les droits économiques et sociaux qu'à travers son article 26 relatif au développement progressif de ces droits par les États parties. La *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*⁷³ mentionne quant à elle le droit à la santé (article 11), le droit à l'éducation (article 12), le droit à la culture (article 13), le droit au travail (article 14), le droit à la sécurité sociale (article 16), mais elle n'a aucune valeur contraignante. Enfin, tout comme le système européen, il existe un texte spécifiquement consacré aux droits de deuxième génération. Il s'agit du *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et*

⁶⁵ *Protocole additionnel à la Charte sociale européenne*, 5 mai 1988, STCE n°128 (entré en vigueur le 4 septembre 1992).

⁶⁶ *Protocole portant amendement à la Charte sociale européenne*, 21 octobre 1991, STCE n°142.

⁶⁷ *Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives*, 9 novembre 1995, STCE n°158 (entré en vigueur le 1er juillet 1998).

⁶⁸ F. SUDRE, préc., note 20, p. 157.

⁶⁹ *Charte sociale européenne*, préc., note 19.

⁷⁰ O. DE SCHUTTER, préc., note 64, p. 158.

⁷¹ J.-M. THOUVENIN ET A. TREBILCOCK, préc., note 57, p. 75.

⁷² Voir *infra*, p. 102.

⁷³ *Déclaration américaine sur les droits et devoirs de l'Homme*, préc., note 22.

*culturels*⁷⁴, également appelé le « *Protocole de San Salvador* » de 1988⁷⁵. Son influence reste fortement limitée puisqu'il n'oblige les États qu'à présenter des rapports périodiques sur ces questions⁷⁶. Soulignons tout de même que son article 19 al. 6 prévoit que la violation de l'article 8 relatif aux droits syndicaux et de l'article 13 sur le droit à l'éducation peut faire l'objet d'un recours à la Commission interaméricaine des droits de l'homme et devant la Cour par le biais de requêtes individuelles⁷⁷.

Ce qui est frappant, c'est donc la faiblesse de la protection des droits de deuxième génération⁷⁸ en raison des carences des principaux instruments qui les encadrent dans les deux systèmes régionaux. Ce constat laisse percevoir à quel point la jurisprudence des Cours peut jouer un rôle clé pour renforcer l'effectivité des droits sociaux, notamment grâce à l'usage de principes d'interprétation évolutifs, ainsi qu'en s'appuyant sur le fondement des principes d'indivisibilité et d'unité des droits de l'homme. Le choix de s'intéresser à ces thèmes semble donc particulièrement pertinent dans le cadre du dialogue des juges, car il s'agit de droits appelés à évoluer. De plus, leur analyse dans la jurisprudence des Cours permettrait de mieux percevoir l'influence des réalités socio-économiques sur l'évolution de ces droits face au pouvoir d'interprétation des juges.

⁷⁴ *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels*, 17 novembre 1988, Série sur les Traités, OEA n° 69 [Protocole de San Salvador].

⁷⁵ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 274.

⁷⁶ CARLOS TEJO GARCIA, *La tutela de los derechos economicos, sociales y culturales (DESC) en el sistema interamericano: evolucion y tendencias*, Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica, España, p. 2328.

⁷⁷ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 274.

⁷⁸ Les droits dits de « deuxième génération » sont les droits économiques, sociaux et culturels.

S'agissant de sa problématique, ce mémoire vise finalement à démontrer empiriquement, grâce à l'analyse de la jurisprudence des deux Cours et à l'aide de la doctrine, l'existence et la construction d'un droit commun entre ces deux systèmes régionaux. Il s'agira d'abord de s'intéresser à l'émergence du dialogue. Cette première partie permettra de déterminer les caractéristiques exactes du dialogue entre la CEDH et la CIADH, tout en s'intéressant aux rapprochements, mais aussi aux distinctions qui doivent être faites entre les deux juridictions. Puis, il sera nécessaire de mettre en lumière les manifestations du dialogue, c'est-à-dire les formes sous lesquelles il se présente ainsi que le sens donné aux références introduites par les juges. La « partie consistera à analyser les ambitions et les failles du dialogue. Il s'agira de mettre en avant le renforcement du droit qui en découle, mais aussi certaines failles permettant de rendre compte de l'existence d'un rapprochement limité, mais certain, des deux juridictions. L'hypothèse de ce mémoire est finalement de prouver qu'il existe un véritable dialogue se concrétisant par la formation d'un droit commun qui s'avère cependant restreint en raison de réalités bien distinctes.

I- L'émergence et les manifestations d'un dialogue des juges entre la CIADH et la CEDH

Tels que le montrent les analyses d'Anne-Marie Slaughter⁷⁹, l'émergence d'une communication judiciaire au niveau international n'est pas nouvelle même si celle-ci semble s'être particulièrement développée dans le contexte de mondialisation actuel, notamment à travers les divers processus de régionalisation. Aujourd'hui, il est possible de constater de forts rapprochements entre juridictions laissant percevoir la formation de dialogues entre juges appartenant à des systèmes distincts. Ainsi, nous verrons dans une première sous-partie l'émergence de ce dialogue judiciaire. Puis, dans une deuxième sous-partie nous nous intéresserons aux origines communes de la CIADH et de la CEDH ainsi qu'aux contextes distincts auxquels elles se rattachent. Enfin, dans une troisième sous-partie nous examinerons les manifestations concrètes du dialogue entre les deux Cours.

A) L'émergence d'un dialogue judiciaire

Le dialogue a pu se développer grâce à l'émancipation des juges dans la régulation transgouvernementale. Ainsi, l'émergence du dialogue doit tout d'abord s'analyser à travers le développement d'une communication judiciaire entre les juges. Il faudra ensuite s'intéresser à la notion même de dialogue.

⁷⁹ ANNE-MARIE SLAUGHTER, «A Typology of Transjudicial Communication», (1994) 29 *University of Richmond Law Review*. p. 99.

1- Le développement d'une communication judiciaire

Les interdépendances accrues entre les États et les organisations internationales sont une des caractéristiques de la mondialisation⁸⁰. Ce phénomène engendre d'importantes répercussions sur la vie des individus, qui se perçoivent également dans le domaine juridique⁸¹. Les juges assistent au développement des contentieux transnationaux et à l'impact grandissant des normes internationales dans la résolution de ces litiges⁸². De plus, face à ces exigences accrues, ils se retrouvent parfois confrontés au silence du droit positif⁸³. Une collaboration allant au-delà des frontières nationales⁸⁴ semble alors s'imposer, ce qui donne lieu, selon Anne-Marie Slaughter, au développement d'une communication judiciaire⁸⁵. Selon elle, ce phénomène s'intègre dans un contexte marqué par une désagrégation de l'État laissant place à l'émergence de réseaux, tels que celui des juges, qui participeraient à la régulation transgouvernementale⁸⁶. Il semble alors que les juges ne se perçoivent plus seulement comme des représentants des États, mais aussi comme des acteurs autonomes appartenant à un même corps professionnel et devant jouer un rôle qui transcende les frontières étatiques⁸⁷. Par ailleurs, il faut rappeler qu'ils bénéficient d'un statut qui leur garantit l'inamovibilité et l'indépendance, ce qui renforce leur liberté d'échanger⁸⁸.

⁸⁰ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 89.

⁸¹ *Id.*, p. 89.

⁸² A.-M. SLAUGHTER, préc., note 3, p. 68.

⁸³ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 23.

⁸⁴ *Id.*, p. 84.

⁸⁵ A.-M. SLAUGHTER, préc., note 79.

⁸⁶ KARIM BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme: les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, Montréal, 2008, p. 735.

⁸⁷ A.-M. SLAUGHTER, préc., note 3, p. 71.

⁸⁸ M. DELMAS-MARTY, préc., note 4, p. 64.

Les juges participent ainsi au transgouvernementalisme dans la mesure où la « communauté des juges » serait une « communauté épistémique », c'est-à-dire un réseau de professionnels « aux compétences et à l'expertise reconnues dans un champ particulier et dont on convient de l'autorité » « dans la connaissance et l'élaboration de normes et de politiques propres à ce champ »⁸⁹.

Il est possible de relever plusieurs principes qui se dessinent dans l'organisation de cette communauté⁹⁰. Selon Anne-Marie Slaughter, le premier principe est l'idée d'un « *check and balances* » entre les juges qui se fait au niveau horizontal, mais aussi vertical. Cette idée rappelle que les juges se perçoivent avant tout comme une communauté devant coopérer⁹¹. Pour illustrer ce principe, l'auteure prend l'exemple du système européen qui demeure le système vertical le plus élaboré. En effet, les juges nationaux demeurent fortement attachés à leur État, tout en restant conscients du besoin de coopérer dans un système régional les rendant interdépendants. Le deuxième principe s'attache à l'idée selon laquelle les divergences quant aux solutions juridiques ne sont pas perçues comme des éléments négatifs, car le raisonnement suivi n'est pas celui d'un État unitaire traditionnel. Il n'est donc pas attendu des juges qu'ils apportent les mêmes réponses juridiques à des problèmes semblables. Ainsi, les différences sont légitimes et acceptées⁹². Enfin, pour le troisième principe elle note que c'est la persuasion plutôt que la coercition qui domine⁹³. En effet, elle constate que les citations relèvent plutôt de

⁸⁹ K. BENYEKHLEF, préc., note 86, p. 737.

⁹⁰ A.-M. SLAUGHTER, préc., note 3, p. 68.

⁹¹ *Id.*, p. 68.

⁹² *Id.*, pp. 68-69.

⁹³ *Id.*, p. 69.

la persuasion que de la contrainte⁹⁴, car une juridiction n'est pas obligée de suivre une décision issue d'une institution étrangère. Cette persuasion entraîne l'émergence d'un sentiment de communauté chez les juges qui est renforcé par la multiplication des rencontres entre juges à l'occasion de sommets et de conférences⁹⁵.

La prise en compte de la doctrine⁹⁶ et le retentissement médiatique de certaines décisions sont également des éléments participant aux « circuits informels »⁹⁷ permettant aux juges de prendre connaissance du droit étranger. Ainsi, la fonction judiciaire semble particulièrement apte à la collaboration, beaucoup plus que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Selon certains auteurs, le modèle de *common law* influence également ce phénomène. Dans cette culture juridique, la tradition de citations entre juges est « plus ancienne et plus répandue »⁹⁸. Les juges doivent motiver leur décision de manière élaborée et sont « habitués par nature à cet exercice rationnel d'interprétation »⁹⁹. Cette méthode représente une réelle volonté de trouver des réponses à des difficultés concrètes¹⁰⁰. De plus, le *comity*, qui en droit international désigne « une forme de civilité amicale entre égaux »¹⁰¹, se retrouve dans la *judicial comity*. Celle-ci représente en *common law* « un principe pratique de courtoisie internationale »¹⁰² impliquant le respect de toute institution judiciaire afin de favoriser une bonne entente entre les nations¹⁰³.

⁹⁴ *Id.*, p. 101.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ SOPHIE ROBIN-OLIVIER ET PATRICK REMY, «Les migrations jurisprudentielles, facteurs de développement du droit international du travail?», dans MARIE-ANGE MOREAU, HORATIA MUIR WATT ET PIERRE RODIERE (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail: du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Paris, Dalloz, 2010, p. p. 65, p. 69.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 64.

⁹⁹ *Id.*, p. 64.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*, p. 59.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Morgan Chase Bank v. Altos Hornos de Mexico, S.A. de C.V.* 412 F.3d 418, 423 (2d Cir. 2005).

La *comity* rend ainsi possible la reconnaissance d'actes juridiques étrangers sur un territoire national¹⁰⁴ même si ce principe reste dépourvu d'obligation. L'application de cette doctrine, bien que limitée dans la pratique par des interprétations restrictives de la part des juges dans la jurisprudence moderne, tend tout de même, selon la doctrine classique¹⁰⁵, vers l'ouverture d'une communication judiciaire sur la scène internationale.

Anne-Marie Slaughter a finalement baptisé ce phénomène de communication entre les organes judiciaires : « *transjudicial communication* »¹⁰⁶. Cependant, la doctrine plus récente souligne qu'à l'époque, le phénomène apparaissait encore comme un élément peu commun qui s'est finalement développé très rapidement¹⁰⁷. En effet, il n'est plus rare de trouver des références à des décisions étrangères dans les jugements, notamment lorsqu'il s'agit de se référer à des cours éminentes¹⁰⁸. Par ailleurs, les processus d'intégration initiés dans diverses régions du monde n'ont fait que renforcer ce mouvement, car il faut rappeler que le rapprochement de la législation reste un impératif à la régionalisation¹⁰⁹ notamment afin d'éviter des situations de blocages dues à des incompatibilités entre les systèmes¹¹⁰. Dans ce contexte, la question des droits fondamentaux représente un défi particulièrement important et symbolique. Le développement du dialogue entre les cours régionales permet ainsi d'éviter une « fragmentation du Droit International »¹¹¹ en rapprochant et en homogénéisant le droit. De

¹⁰⁴ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2.

¹⁰⁵ DONALD EARL CHILDRESS, «Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws», (2010-2011) 44 *U.C. Davis L. Rev.* 11 p. 11.

¹⁰⁶ A.-M. SLAUGHTER, préc., note 79.

¹⁰⁷ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33.

¹⁰⁸ *Id.*, p. 89.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*, p. 90.

¹¹¹ *Id.*

plus, Anne-Marie Slaughter souligne que ce phénomène a donné lieu à une *cross-fertilization*, c'est-à-dire à une fertilisation croisée¹¹² permettant d'enrichir les droits nationaux. Cette idée rappelle l'un des fondements du cosmopolitisme qui est la reconnaissance de l'altérité comme enrichissement¹¹³.

D'autres auteurs évoquent aujourd'hui ce phénomène à travers l'analyse des « migrations jurisprudentielles »¹¹⁴. Ils désignent cette notion comme « le franchissement des frontières d'un droit, par un élément de sa matière même. Elle suppose aussi une forme de réception dans le droit d'accueil, la prise en compte d'une jurisprudence « étrangère », dans le système de réception, particulier, autre qu'une simple application »¹¹⁵. Cette idée se rapproche de celle de « *legal transplant* », c'est-à-dire de « greffe juridique »¹¹⁶. Il faut noter que ces migrations jurisprudentielles semblent être dans une large mesure clandestines¹¹⁷. Ces mouvements souterrains sont alors plus difficiles à mesurer et parfois totalement invisibles¹¹⁸. D'autres apparaissent au contraire comme des citations expresses, clairement affirmées. Certaines sont plus implicites, c'est-à-dire que la source n'apparaît à aucun moment, mais il est tout de même facile de reconnaître des raisonnements ou des notions utilisés dans des systèmes étrangers¹¹⁹. Il faut également souligner que ces échanges se présentent souvent sous forme de « migrations

¹¹² A.-M. SLAUGHTER, préc., note 3, p. 69.

¹¹³ U. BECK, préc., note 1, p. 116.

¹¹⁴ S. ROBIN-OLIVIER ET P. REMY, préc., note 96.

¹¹⁵ *Id.*, p. 68.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Id.*, p. 81.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note, p. 90.

d'idées »¹²⁰ ce qui se retrouve d'ailleurs particulièrement dans les échanges des deux cours étudiées¹²¹. Par ailleurs, l'intensité des échanges peut aussi varier¹²².

La clandestinité de ces migrations laisse entrevoir une certaine méfiance face à ce phénomène. En effet, une partie de la doctrine ne le perçoit pas comme un enrichissement, mais au contraire comme un danger à la souveraineté des États¹²³. Ceci est entre autres illustré par la vision des représentants du Congrès des États-Unis qui ont adopté une position isolationniste en s'opposant à une quelconque perméabilité de leur système juridique, car selon eux, cela remettrait en cause la souveraineté de leur ordre juridique¹²⁴. Certains semblent donc craindre un envahissement ou une perversion de leur système¹²⁵. Dans le cas du système interaméricain, Gerald Neuman se montre également assez sceptique face à l'ouverture de la Cour et son importante prise en compte de la jurisprudence étrangère, notamment celle de la CEDH. Il critique également la volonté d'étendre ses décisions à l'étranger à travers l'extension du *jus cogens*¹²⁶, c'est-à-dire des normes impératives opposables à l'ensemble des sujets de droit international¹²⁷. Il met alors en garde la Cour interaméricaine sur la mise à l'écart des États de

¹²⁰ SUJIT CHOUDHRY, *The migration of constitutional ideas*, New York, Cambridge University Press, 2006

¹²¹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 91.

¹²² *Id.*

¹²³ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 13.

¹²⁴ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 90.

¹²⁵ S. ROBIN-OLIVIER ET P. REMY, préc., note 96, p. 81.

¹²⁶ L'article 53 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales* intitulé « Moyens complémentaires d'interprétations », 21 mars 1986, Doc. A/CONF.129/15 se lit comme suit :

« Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

¹²⁷ JEAN COMBACAU, SERGE SUR, *Droit international public*, Lextenso éditions, Paris, 2008, p. 51.

la région et les conséquences que cela pourrait occasionner sur l'effectivité de ses décisions¹²⁸. Ces réticences ne semblent toutefois pas contrevenir à l'émergence d'un véritable dialogue entre les juridictions internationales tel que celui apparu entre la CIADH et la CEDH.

2- La notion de « dialogue »

Le terme « dialogue » est une notion flexible à laquelle il est possible d'intégrer différents éléments¹²⁹. Ainsi, tel qu'il a été défini précédemment, le dialogue des juges doit être compris dans le cadre de cette étude comme « une discussion et un échange de vues »¹³⁰ entre les juges des deux cours. Le dialogue est pluriel, puisqu'il prend des formes diverses et s'opère sous une intensité différente selon la question posée¹³¹. Il faut rappeler que ce terme n'exclut pas les divergences, voire les discordes qui demeurent d'ailleurs importantes dans ces échanges. Il implique cependant une écoute attentive¹³². En droit international, il est possible de distinguer différents types de dialogues. Malgré la complexité des relations juridiques et l'émergence de la notion de « réseau »¹³³ dans les théories contemporaines du droit, on parle avant tout de dialogue « vertical » ou « horizontal »¹³⁴. Le dialogue vertical se déroule entre un juge

¹²⁸ GERALD L. NEUMAN, «Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights», (2008) Vol. 19 n°1 *The European Journal of International Law* p. 101.

¹²⁹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 75.

¹³⁰ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 34, p. 97.

¹³¹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 98.

¹³² *Id.*, p. 76.

¹³³ FRANÇOIS OST ET MICHEL VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

¹³⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 34, p. 98.

international et un juge interne¹³⁵ comme l'illustre les échanges entre la CEDH et les tribunaux nationaux des États membres du Conseil de l'Europe. Les citations verticales sont reprises avant tout du haut vers le bas. Cependant, elles peuvent également apparaître dans le sens contraire, notamment lorsqu'une cour supranationale cherche à établir une règle commune¹³⁶. Contrairement à ce qui se retrouve dans le dialogue horizontal, il existe souvent dans ce type d'échange, des dispositions procédurales contraignant le juge à dialoguer¹³⁷. Le dialogue se déroulant entre la CEDH et la CIADH est un dialogue horizontal, car les deux juridictions sont des Cours régionales supranationales. Le dialogue horizontal, tel que celui étudié ici, est plus ouvert, car il n'est pas soumis aux mêmes contraintes puisqu'il se déroule entre des juges issus de systèmes différents. Il faut noter que ce volontarisme apparent couvre tout de même de multiples intérêts¹³⁸. Le dialogue peut également être direct ou indirect, en fonction de l'existence d'institutions intermédiaires. Dans ce cas-ci, il peut être qualifié de direct puisqu'il n'existe pas d'intermédiaire¹³⁹.

La fonction de juger intègre le pouvoir de dire le droit, ce qui implique la nécessité de convaincre et donc l'obligation de garder une certaine cohérence¹⁴⁰. Les juges auraient donc intérêt à dialoguer, notamment pour renforcer leur propre décision tout en permettant de mieux définir le système auquel ils appartiennent, grâce à l'intégration d'éléments venus de systèmes

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ B. FRYDMAN, préc., note 38, p. 17.

¹³⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 34, p. 98.

¹³⁸ *Id.*, p. 99.

¹³⁹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 97.

¹⁴⁰ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 36.

étrangers¹⁴¹. Selon cette perspective, le dialogue serait « une forme de communication obligatoire entre plusieurs tribunaux agissant dans un contexte de pluralisme constitutionnel »¹⁴². Les Cours sont en quelque sorte des vitrines aux yeux du monde permettant d'exposer les droits en vigueur dans leur continent respectif, ce qui impose une cohérence commune et des définitions compatibles sur le plan épistémologique, notamment lorsqu'il s'agit de valeurs universelles telles que la dignité humaine¹⁴³. Il n'existe cependant aucune « marge d'appréciation continentale » possible, ce qui rend la tâche délicate¹⁴⁴. Le dialogue semble devenir obligatoire puisqu'il paraît indispensable de trouver des définitions communes aux valeurs dites universelles, sans quoi le raisonnement défendu par le juge perdrait une grande partie de sa force argumentative¹⁴⁵.

Nous pourrions néanmoins nous interroger sur la force du dialogue entre les juges de la CEDH et de la CIADH, puisqu'il ne repose pas sur des raisons institutionnelles, mais plutôt épistémologiques¹⁴⁶, c'est-à-dire fondées sur une rigueur scientifique, ce qui rendrait l'obligation de dialoguer moins importante. Cependant, il bénéficie d'une large légitimité qu'il puise dans la nature même du droit. En effet, le droit doit pouvoir subir des révisions et cela pour diverses raisons, liées aux évolutions de la modernité et par souci d'efficacité et de rationalité¹⁴⁷. Ces évolutions se produisent sous l'influence du droit international et de la jurisprudence étrangère et internationale. Ainsi, il est précisé dans certaines constitutions

¹⁴¹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 92.

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ *Id.*, p. 92.

¹⁴⁴ *Id.*, p. 96.

¹⁴⁵ *Id.*, p. 97.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Id.*, p. 67.

nationales que les droits fondamentaux doivent s'interpréter à la lumière du droit international¹⁴⁸ en vigueur telle que la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁴⁹. L'exemple sud-africain est particulièrement intéressant à ce sujet, car il va jusqu'à permettre aux tribunaux internes de considérer le droit étranger lorsqu'il s'agit de questions qui n'ont pas encore été véritablement analysées dû au manque d'expérience démocratique¹⁵⁰.

Concernant le système européen de protection des droits de l'homme, la Cour reconnaît également l'importance de faire évoluer le droit tout en s'inspirant d'autres juridictions. Ainsi, dans la décision *Tyrer c. Royaume-Uni* du 5 avril 1978, la CEDH affirme que « la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles »¹⁵¹. Dans le même sens, la décision *Young James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981 mentionne l'importance de créer des conditions permettant une protection effective des droits tout en insistant sur la notion de « société démocratique »¹⁵². Selon Jean-Paul Costa, Président de la CEDH du 19 janvier 2007 au 3 novembre 2011¹⁵³, il en résulte que la Cour « se sent libre de changer sa propre jurisprudence » et qu'elle suit de près les décisions des tribunaux internationaux, dont celles de la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹⁵⁴.

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, préc., note 53.

¹⁵⁰ *Id.*, p. 68.

¹⁵¹ *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, §31, série A n°26 (CEDH).

¹⁵² *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, §§62-63, série A n° 44 (CEDH).

¹⁵³ CONSEIL DE L'EUROPE, *Cour européenne des droits de l'Homme* [Ressource électronique], en ligne: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/formerpresidents&c=fra#n13735372829867202927939_poin ter> (consulté le 13 janvier 2014).

¹⁵⁴ JEAN-PAUL COSTA, «Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: de l'influence de différentes traditions nationales», (2004) *Rev. trim. dr. h.*, pp. 101-110.

Concernant la CIADH, celle-ci a reconnu dans un avis consultatif que l'interprétation de la *Convention américaine* doit se faire « à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui »¹⁵⁵. L'application de ce principe se perçoit par exemple sur la question de la peine de mort qui a évolué vers un régime restrictif sous l'influence des tendances européennes et internationales¹⁵⁶. Cet avis met de l'avant la nécessité de garantir une interprétation évolutive du droit en exigeant l'application d'un « raisonnement utilitaire » fondé sur le « partage des expériences juridiques communes »¹⁵⁷. En effet, la doctrine et les principes abstraits existants semblent insuffisants. L'expérience juridique représente alors une matière d'inspiration concrète essentielle afin de pouvoir garantir l'adaptation du droit aux évolutions culturelles, sociales et technologiques perpétuelles¹⁵⁸. L'établissement d'un dialogue met finalement en avant un idéal. Il y a d'une part l'« idéal systémique » c'est-à-dire le fait « d'assurer la cohérence de systèmes dont les principes de fonctionnement sont similaires » et l'« idéal humaniste » qui est l'idée de « faire prévaloir une vision commune des droits de la personne humaine voire de leur degré de protection »¹⁵⁹. La cohérence des différents systèmes et l'harmonisation du droit par rapprochement semblent alors essentielles pour garantir l'effectivité du droit.

La distinction classique de la fonction de juger se retrouve à travers la *jurisdictio*, le pouvoir de dire le droit impliquant la nécessité de convaincre et donc d'une certaine cohérence, ainsi

¹⁵⁵ *Droit à l'information sur l'assistance consulaire*, 1 octobre 1999, Avis consultatif OC-16/199, Série A n°16 (CIADH)

¹⁵⁶ LAURENCE BURGORGUE-LARSEN ET AMAYA UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme* Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 317.

¹⁵⁷ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 82.

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 34, p. 121.

que l'*imperium*, qui est le pouvoir d'imposer ses décisions par leur caractère contraignant¹⁶⁰. Cette distinction rappelle à quel point il est indispensable de prendre en compte cette double fonction pour comprendre non seulement la « coopération entre les démocraties », à laquelle participe le dialogue des juges, mais aussi pour déceler la « compétition » « entre les pouvoirs politiques »¹⁶¹. En effet, le dialogue des juges ne doit pas être uniquement perçu comme un échange entre esprits éclairés, car il peut également cacher une mise en concurrence, voire des relations conflictuelles, révélatrices d'une lutte d'influence¹⁶². Certains considèrent même le dialogue des juges comme « un facteur d'extension de la domination occidentale » ou comme un « instrument de *soft power* au service des États »¹⁶³. Il semble intéressant de souligner que dans ce cas précis il existerait un « dialogue asymétrique »¹⁶⁴, puisque c'est avant tout la CIADH qui a tendance à s'inspirer des décisions de la CEDH alors même que le dialogue suppose une certaine réciprocité¹⁶⁵. D'autres obstacles viennent troubler l'analyse du dialogue entre ces deux cours. En effet, celui-ci peut être difficile à percevoir, non seulement car chaque système correspond à une réalité différente, mais aussi, car il dispose de « ses propres mots » et expressions¹⁶⁶. Constaté l'existence d'un dialogue ne signifie donc pas la présence d'un espace juridique commun, mais il semblerait plus exact de parler d'un nouveau « *ius commune* »¹⁶⁷, c'est-à-dire d'un droit commun émergent.

¹⁶⁰ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 36.

¹⁶¹ *Id.*, p. 36.

¹⁶² *Id.*, p. 35.

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 97.

¹⁶⁵ *Id.*, p. 76.

¹⁶⁶ *Id.*, p. 78.

¹⁶⁷ *Id.*

B) Des origines communes dans des contextes distincts

Malgré un éloignement géographique certain, il est intéressant d'analyser à quel point la CEDH et la CIADH peuvent partager une multitude de points communs, notamment grâce à leur culture constitutionnelle commune. Il ne faut cependant pas oublier que ces juridictions s'intègrent dans des environnements très distincts entraînant des différences institutionnelles et jurisprudentielles majeures.

1- Les facteurs historiques favorables au dialogue

Au-delà du contexte international favorisant l'émergence d'un dialogue, la coopération entre la CEDH et la CIADH peut également s'expliquer par leurs liens historiques. En effet, les droits sur lesquels se fondent les deux cours relèvent de la même culture juridique¹⁶⁸. La dignité humaine en tant que valeur universelle fait partie de cette culture juridique commune. Cette notion apparaît être le principe même duquel découlent les droits fondamentaux¹⁶⁹ et qui permet alors de cimenter le dialogue. Il faut rappeler que les grandes valeurs sur lesquelles se fondent les Cours sont le fruit des révolutions libérales. Nous retrouvons par exemple l'influence de la *Déclaration d'indépendance des Etats-Unis* de 1776 et de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en France* de 1789¹⁷⁰. Ce sont donc les mêmes textes qui ont

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ I. MARTIN, préc., note 46, p. 5.

¹⁷⁰ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 72.

par la suite inspiré la CADH et la CESDH¹⁷¹. De plus, ces systèmes régionaux dérivent finalement tous deux de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁷². Par ailleurs, il existe des liens avec d'autres instruments internationaux tels que le *Pacte international des droits civils et politiques* ainsi que le *Pacte des droits économiques, sociaux et culturels*¹⁷³. Les ressemblances entre les deux Cours étant donc logiques et évidentes¹⁷⁴, il paraît alors naturel qu'elles collaborent entre elles¹⁷⁵.

Les premières réflexions pour l'adoption d'une convention régionale en Amérique latine révèlent que les États américains souhaitaient un texte compatible avec le système universel¹⁷⁶. Il faut aussi savoir que dès sa création, la Cour interaméricaine a plaidé pour la convergence des systèmes de protection des droits fondamentaux¹⁷⁷, comme le démontre son premier avis consultatif :

« The nature of the subject matter itself, however, militates against a strict distinction between universalism and regionalism. Mankind's universality and the universality of the rights and freedoms which are entitled to protection form the core of all international protective systems. In this context, it would be improper to make distinctions based on the regional or non-regional character of the international obligations assumed by States, and thus deny the existence of the common core of basic human rights standards. The Preamble of the Convention gives clear expression to that fact when it recognizes that the essential rights of man are based upon the attributes of the human personality and that they therefore justify international protection in the form of a convention.

¹⁷¹ *Id.*, p. 71.

¹⁷² *Id.*, p. 66.

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ *Id.*, p. 71.

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ L. HENNEBEL, préc., note 21, p. 110.

¹⁷⁷ *Id.*, p. 111.

A certain tendency to integrate the regional and universal systems for the protection of human rights can be perceived in the Convention »¹⁷⁸.

Ainsi, dès le départ, les juges se démarquent en insistant sur la convergence entre les droits fondamentaux défendus dans le système international et le système américain. Par ailleurs, tout en soulignant l'importance de la compatibilité avec les autres systèmes universels de protection des droits de l'homme, le système interaméricain va plus loin en consacrant par exemple dans son texte, le droit d'asile (article 22), la liberté d'expression (article 13) et le droit à un recours effectif (article 25)¹⁷⁹.

D'autre part, il faut rappeler que le système européen des droits de l'homme, pour sa part, a vu le jour dans le contexte d'après-guerre. Il a été poussé par les mouvements pro-européens¹⁸⁰, désireux de créer leur propre système régional de protection des droits de l'homme. Le projet d'une *Convention européenne des droits de l'homme* est né lors du Congrès de La Haye, en mai 1948¹⁸¹. Celle-ci incarne le « patrimoine commun » des démocraties occidentales et a pour but d'harmoniser le droit interne des États membres¹⁸². Rolv Ryssdal, ancien Président de la CEDH, a noté que « la gestation » de la *Convention européenne* « fut étonnamment courte, en raison du travail de fond effectué aux Nations Unies par René Cassin et Eleanor Roosevelt

¹⁷⁸ *Autres traités soumis à la juridiction consultative de la Cour (article 64 de la Convention américaine)*, 24 septembre 1982, Avis consultatif OC-1/82 (CIADH), §§40-41.

¹⁷⁹ L. HENNEBEL, préc., note 21, p. 110.

¹⁸⁰ CVCE, *Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe*, en ligne: <<http://www.cvce.eu/education/unit-content/-/unit/026961fe-0d57-4314-a40a-a4ac066a1801/13839cdf-3e7e-4985-995f-2b6d9b534633>> (consulté le 20 janvier 2014).

¹⁸¹ F. SUDRE, préc., note 20, p. 706.

¹⁸² *Id.*

pour la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁸³, adoptée deux ans auparavant»¹⁸⁴. La *Convention européenne* fut ouverte à la signature dès novembre 1950.

Pour plusieurs, la *Convention européenne* représente désormais le modèle de protection des droits de l'homme le plus achevé au monde¹⁸⁵. Au niveau régional, elle est perçue selon la jurisprudence de la Cour comme « un instrument constitutionnel » appartenant à « l'ordre public européen »¹⁸⁶. Il s'agit alors d'un accord minimum garantissant la protection des droits fondamentaux, ce qui selon certains experts serait la preuve de l'existence d'un *ius commune* dans ce domaine¹⁸⁷. Par ailleurs, les arrêts de la Cour tendent également à uniformiser la législation des États membres, car même si un seul État est jugé, ils ont tous intérêt à respecter la décision de la Cour sous peine d'être eux-mêmes condamnés¹⁸⁸.

D'autres textes et principes issus du droit international général, parfois communs aux deux systèmes sont pris en compte par les cours. Ainsi, Lucius Caflisch, juge de la Cour européenne des droits de l'homme de 1998 à 2006¹⁸⁹ et Antônio Cançado Trindade, Président de la Cour

¹⁸³ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, préc., note 53.

¹⁸⁴ ROLV RYSSDAL, «La méthode du juge européen des droits de l'homme: de la Cour actuelle à la nouvelle Cour», dans MOHAMED BEDJAOUI, BERTRAND FAVREAU, PIERRE-ALAIN GOURION, MONCEF KDHIR ET ROLV RYSSDAL (dir.), *La méthode de travail du juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 35.

¹⁸⁵ F. SUDRE, préc., note 20, p. 703.

¹⁸⁶ *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, §75, série A n° 310 (CEDH).

¹⁸⁷ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 89.

¹⁸⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, *La Cour européenne des droits de l'Homme: en faits et chiffres*, Strasbourg, Décembre 2010, p. 8.

¹⁸⁹ CENTRE SUISSE DE COMPETENCE POUR LES DROITS HUMAINS, *Plateforme d'information humanrights.ch*, en ligne: http://www.humanrights.ch/fr/Suisse/exterieure/Organisations-internat/ONU/idart_4685-content.html?zur=476 (consulté le 20 janvier 2014).

interaméricaine des droits de l'homme de 1999 à 2004¹⁹⁰ s'accordent pour dire que les deux systèmes régionaux « ne sont pas des ordres juridiques se suffisant à eux-mêmes » puisqu'ils dépendent également du droit international général¹⁹¹.

En premier lieu, il faut noter que certains instruments juridiques internationaux communs, c'est-à-dire n'appartenant pas au système régional de protection des droits de l'homme mais ayant été ratifiés par les États membres, semblent imposer l'établissement d'un dialogue¹⁹². Parmi ces instruments, se trouvent non seulement le *Pacte sur les droits civils et politiques*¹⁹³ et le *Pacte sur les droits sociaux, économiques et culturels*¹⁹⁴, mais aussi d'autres conventions adoptées par les Nations Unies¹⁹⁵ telles que la *Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes*¹⁹⁶ ou la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*¹⁹⁷. Ainsi, alors même que l'OÉA et le Conseil de l'Europe en tant qu'organisations internationales ne reconnaissent pas officiellement ces instruments, les juges des Cours régionales ne peuvent

¹⁹⁰ ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, «Une ère d'avancées jurisprudentielles et institutionnelles: souvenirs de la Cour interaméricaine des droits de l'homme», dans LUDOVIC HENNEBEL ET HELENE TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, A. Pedone, 2009, p. 8.

¹⁹¹ LUCIUS CAFLISCH ET ANTONIO CANÇADO TRINDADE, «Les Conventions américaines et européenne des droits de l'homme et le droit international général», (2004) n°1 *Revue générale de Droit International Public*, pp. 4-6.

¹⁹² J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 94.

¹⁹³ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 54.

¹⁹⁴ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* 16 décembre 1966, A.G. res. 2200A, XXI, 21 U.N. GAOR Supp. N°16, à 49, U.N. Doc. A/6316, 1966, 993 U.N.T.S. 3. (entré en vigueur le 3 janvier 1976).

¹⁹⁵ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 94.

¹⁹⁶ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, A.G. res.34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (N°46) à 193, U.N. Doc.A/34/46 (entrée en vigueur le 3 septembre 1981).

¹⁹⁷ *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, 1er juillet 2003, A.G. res. 45/158, annexe, 45 U.N. GAOR Supp. (n°49A) 262, U.N. Doc. A/45/49 (1990).

pas pour autant les ignorer¹⁹⁸. C'est pourquoi il est possible de parler d'une « incorporation *per saltum* », et donc même d'un « dialogue obligatoire » imposé par le besoin de posséder une interprétation commune sur le contenu de ces textes¹⁹⁹. Le dialogue peut donc parfois sembler indirect, puisqu'il se construit par l'intermédiaire de ces instruments communs²⁰⁰.

La décision OC 1/82²⁰¹ du 24 septembre 1982 de la CIADH renforce cette ouverture puisque les juges y ont clairement affirmé que, dans l'exercice de sa fonction consultative, la Cour devait prendre en considération tous les Traités touchants aux droits protégés par la *Convention interaméricaine*²⁰². De plus, la compétence de la CIADH s'est élargie puisqu'elle se considère compétente pour appliquer des conventions invoquées par la Commission ou par les représentants des victimes lorsque ces conventions lui attribuent une compétence juridictionnelle, même implicite, et qu'elles ont été ratifiées par l'État défendeur²⁰³. Ainsi, il n'est pas toujours nécessaire qu'une convention mentionne explicitement la compétence de la Cour pour que celle-ci puisse la prendre en considération. Elle a par exemple appliqué la *Convention pour la prévention et la répression de la torture*²⁰⁴ ainsi que la *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la*

¹⁹⁸ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 94.

¹⁹⁹ *Id.*

²⁰⁰ *Id.*, p. 95.

²⁰¹ *L'effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine des droits de l'homme*, 24 septembre 1982, série A n°2 (CIADH).

²⁰² J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 95.

²⁰³ MARIE ROTA, «Chronique de jurisprudence de la Cour interaméricaine des Droits de l'homme », (2009) n°7 *CRDF*, pp 189-191.

²⁰⁴ *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, 9 décembre 1985, O.A.S.T.S n°67 (entrée en vigueur le 28 février 1997)

*femme*²⁰⁵, alors même que ces textes ne mentionnent pas sa compétence²⁰⁶. Les juges de la CIADH ont alors tendance à faire prévaloir une interprétation téléologique plutôt que textuelle²⁰⁷, ce qui leur permet donc de s'intéresser davantage au but et à l'objet de la CADH²⁰⁸.

La position de la CEDH sur cette question est moins claire. Selon l'article 32 de la CESDH la compétence de la Cour « s'étend à toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles », et elle se prévaut de l'adage *jura novit curia*, c'est-à-dire « le droit ressortit au domaine de la connaissance judiciaire de la Cour »²⁰⁹, qui lui permet de requalifier le grief du requérant et de le réexaminer sous l'angle de la *Convention européenne* qu'elle juge le plus pertinent²¹⁰. Toute violation est alors restreinte à la CESDH, bien qu'elle puisse tenir compte de la ratification ou non d'un État à une Convention internationale pour en déduire une violation de la *Convention européenne*²¹¹, comme l'illustre l'affaire *Demir et Baykara*²¹². Cette affaire faisait référence à l'interdiction pour des fonctionnaires de former un syndicat et au droit à la négociation collective. L'une des méthodes utilisées par la Cour européenne lorsqu'il s'agit d'énumérer un certain nombre de références est alors de s'intéresser aux mouvements de convergence quant à la signification des droits protégés. En faisant valoir la pluralité des sources, elle s'autorise à ne pas

²⁰⁵ *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme* 9 juin 1994, 33 I.L.M. 1534 (entrée en vigueur le 5 mars 1995) [Convention de Belém do Pará].

²⁰⁶ M. ROTA, préc., note 203, p. 191.

²⁰⁷ *Id.*, p. 191.

²⁰⁸ L. CAFLISCH ET A.C. TRINDADE, préc., note 190, p. 11.

²⁰⁹ *Compétence en matière de pêche (Royaume-Uni c. Islande)*, 24 juillet 1974 C.I.J. Rec. 1974.

²¹⁰ F. SUDRE, préc., note 20, p. 722.

²¹¹ S. ROBIN-OLIVIER ET P. REMY, préc., note 96, p. 89.

²¹² *Demir et Baykara c. Turquie*, [GC], n° 34503/97, CEDH 2008 (CEDH).

s'intéresser à leur valeur juridique²¹³. Ainsi, faute de ne pouvoir recourir directement à des instruments internationaux autres que la *Convention européenne*, la Cour s'accorde le droit de les utiliser en tant qu'outil d'interprétation²¹⁴ comme l'illustre ce passage de l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* :

« La Cour, quand elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des États européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergeant des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des États contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention »²¹⁵.

Cela signifie que la Cour peut et aurait même le devoir de prendre en compte le droit et la jurisprudence d'autres systèmes lorsqu'elle se retrouve face à une incertitude liée à l'interprétation de la *Convention européenne*²¹⁶. De plus, la Cour va plus loin puisqu'elle ajoute qu'elle peut prendre en compte des instruments qui ne seraient pas ratifiés par l'État en cause :

« Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'État défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des États membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes »²¹⁷.

²¹³ S. ROBIN-OLIVIER ET P. REMY, préc., note 96, p. 88.

²¹⁴ GERARD COHEN-JONATHAN ET JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, «La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », dans *Annuaire français de droit international*, Paris, CNRS Éditions, 2008, pp.529-531.

²¹⁵ *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 212, §85.

²¹⁶ S. ROBIN-OLIVIER ET P. REMY, préc., note 96, p. 88.

²¹⁷ *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 212, §84.

La Cour se fonde sur l'article 32 relatif aux moyens complémentaires d'interprétation de la *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales*²¹⁸ pour justifier son écart par rapport à la méthodologie conventionnelle d'interprétation²¹⁹. Ce raisonnement démontre la capacité « créative » de la CEDH à utiliser des instruments multiples tout en exploitant l'interprétation de ces sources en dehors de sa propre jurisprudence²²⁰.

En second lieu, l'usage fréquent des mêmes critères et principes judiciaires s'avère être également un point de convergence. En effet, les deux Cours répondent à la définition d'une juridiction internationale²²¹ telle que l'entend la *Convention de Vienne*²²². Ainsi, selon l'article 31.3.c de cette *Convention*²²³ « toute règle pertinente de droit international » « applicable dans les relations entre les Parties » doit être prise en compte²²⁴. Dans ce contexte, les principes généraux du droit²²⁵ sont de plus en plus perçus comme une source formelle assurant la

²¹⁸ L'article 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales* intitulé « Moyens complémentaires d'interprétations », 21 mars 1986, Doc. A/CONF.129/15 se lit comme suit :

« Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

a) Laisse le sens ambigu ou obscur ; ou

b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable».

²¹⁹ G. COHEN-JONATHAN ET J.-F. FLAUSS, préc., note 214, p. 532.

²²⁰ S. ROBIN-OLIVIER ET P. REMY, préc., note 96, p. 88.

²²¹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 79.

²²² *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, préc., note 126.

²²³ *Id.*

²²⁴ L. CAFLISCH ET A.C. TRINDADE, préc., note 190, p. 14.

²²⁵ Article 38(1)c) du *Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n°7, en ligne : <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&lang=fr> (consulté le 14 novembre 2014)

protection internationale des droits de l'homme²²⁶. Ils sont utilisés à la fois par les juges de la CEDH et la CIADH, même si cela est rarement évoqué de manière explicite²²⁷. Les principes généraux du droit peuvent se définir comme « des propositions de bases ou « propositions premières », écrites ou non écrites, qui dominent les grands systèmes de droit contemporain par leur importance, leur généralité et leur caractère abstrait, ce qui leur permet, au prix d'un processus de transformation et d'adaptation, de fournir les éléments d'un régime juridique susceptible de s'appliquer à des situations concrètes de caractère interne ou international »²²⁸. La *Convention européenne* ainsi que les différents Protocoles s'y rattachant renferment de nombreuses règles relevant de principes généraux du droit²²⁹. L'arrêt *Golder* illustre cette idée puisque la Cour se réfère aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »²³⁰ en se fondant sur l'article 31.3.c de la *Convention de Vienne*²³¹.

Les rapprochements entre les deux cours se constatent également à travers l'utilisation de principes communs, tels que le principe de proportionnalité. Ce principe « traduit une exigence d'adéquation entre un objectif, par hypothèse légitime, et les moyens mis en œuvre pour l'atteindre »²³². Ce principe est particulièrement utilisé par la CEDH, mais on le retrouve également dans la jurisprudence de la CIADH²³³, tel que dans l'affaire *Kimel c. Argentine*²³⁴

²²⁶ *Id.*, p. 53.

²²⁷ *Id.*

²²⁸ MARCEL SINKONDO, *Droit international public*, Lonrai, Ellispes, 1999, p. 73.

²²⁹ L. CAFLISCH ET A.C. TRINDADE, préc., note 190, p. 54.

²³⁰ *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, §35, série A n°18 (CEDH).

²³¹ *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, préc., note 126.

²³² J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 79.

²³³ JEAN-PIERRE MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 2005, p. 52.

²³⁴ *Kimel c. Argentine*, 2 mai 2008, Fond et réparations, Série C n°177 (CIADH).

du 2 mai 2008 et dans l'affaire *Uson Ramirez c. Venezuela*²³⁵ du 20 novembre 2009. La proportionnalité se retrouve également dans la notion de marge d'appréciation nationale qui introduit une certaine souplesse dans la mise en œuvre des conventions par les États. Cette liberté est justifiée par les différences culturelles, économiques, juridiques et sociales des pays²³⁶. Il s'agit néanmoins d'une notion très critiquée²³⁷, synonyme pour une partie de la doctrine d'une « certaine retenue judiciaire »²³⁸. Cette notion est beaucoup moins utilisée par la CIADH. On la retrouve cependant pour la première fois dans l'avis du juge ad hoc Eduardo Ferre Mac-Gregor dans l'affaire *Cabrera Garcia y Montiel Flores c. Mexique*²³⁹ du 26 novembre 2010²⁴⁰. D'autres principes ont également été reconnus par les deux cours tels que le principe de « protection effective », qui comprend la protection de « droits réels, effectifs et non illusoires » telle que l'entend la CEDH²⁴¹, ainsi que l'interprétation du droit sous le « principe démocratique »²⁴². Il existe donc de nombreux points communs entre les deux Cours, toutefois certaines grandes distinctions doivent également être mises en évidence afin de relever les limites du dialogue.

²³⁵ *Uson Ramirez c. Venezuela*, 20 novembre 2009, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°207 (CIADH).

²³⁶ J.-P. MARGUENAUD, préc., note 233, pp. 48-49.

²³⁷ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 80.

²³⁸ J.-P. MARGUENAUD, préc., note 233, p. 48.

²³⁹ *Cabrera Garcia y Montiel Flores c. Mexique*, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n° 220 (CIADH)

²⁴⁰ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 81.

²⁴¹ *Id.*

²⁴² *Id.*

2- Les principales différences entre les deux systèmes juridictionnels

Le nombre de jugements produits par chacune des juridictions régionales montre un contraste flagrant puisque la CEDH a produit à peu près de 1800 décisions, alors que ce nombre oscille autour de 30 pour la CIADH²⁴³. Cela s'explique en grande partie par le fait que la CEDH est beaucoup plus ancienne, puisqu'elle a été instituée en 1950, alors que son homologue a été institué en 1979²⁴⁴, mais aussi, par le fait que ses sessions se déroulent de manière beaucoup plus régulière²⁴⁵. Rappelons également que la CEDH est responsable de faire respecter les droits inscrits dans la CESDH par les 47 États parties. La CIADH a quant à elle compétence uniquement sur 20 États²⁴⁶ parmi les 35 États membres de l'OÉA, tel que vu précédemment²⁴⁷. La Cour de Strasbourg a par exemple rendu 916 arrêts pendant l'année 2013²⁴⁸ alors que la Cour de San José n'en a rendu que 16²⁴⁹. Cependant, la CIADH donne plus d'importance à la fonction consultative²⁵⁰, puisqu'elle a rendu 21 avis consultatifs²⁵¹, alors que la CEDH n'en a rendu que deux²⁵². Par ailleurs, il faut prendre en considération les moyens plus conséquents

²⁴³ *Id.*, p. 88.

²⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, préc., note 27.

²⁴⁵ J. GARCÍA ROCA, P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 88.

²⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, préc., note 27.

²⁴⁷ Voir *infra*, p. 4.

²⁴⁸ UNITE DES RELATIONS PUBLIQUES DE LA COUR, *La Cour européenne des droits de l'homme en faits et chiffres 2013*, Strasbourg, janvier 2014 en ligne : <http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2013_FRA.pdf> (consulté le 15 mars 2014).

²⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Buscador de Jurisprudencia*, en ligne: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>> (consulté le 19 mai 2014).

²⁵⁰ La fonction consultative de la CIADH permet de répondre à des questions portées par les organes de l'OÉA ou par ses États membres relatives à l'interprétation et à l'application des instruments concernant la protection des droits de l'homme de l'OÉA. La Cour peut également émettre des avis sur la compatibilité d'une loi nationale de l'un des États membres avec la CADH. La fonction consultative, contrairement à la fonction contentieuse, ne permet donc pas à la CIADH de déterminer si un État a violé un droit mentionné dans la *Convention américaine* ou d'un autre Traité s'appliquant dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme.

²⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Buscador de Jurisprudencia*, préc., note 249.

²⁵² *Avis consultatif sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme* [GC], 12 février 2008 et *Avis consultatif sur*

du système européen. Ainsi, le budget de la CEDH pour l'année 2014 s'élève à près de 68 millions d'euros²⁵³ alors que celui de la CIADH n'est seulement que de 2,6 millions de dollars²⁵⁴.

Une autre distinction liée au fonctionnement des deux systèmes de protection est la place centrale donnée à la Commission interaméricaine des droits de l'homme dans le cadre interaméricain²⁵⁵, en vertu de l'article 106 de la Charte de l'OÉA²⁵⁶. En effet, cet organe, composé de 7 membres élus par l'Assemblée générale de l'OÉA, n'est pas seulement un organe consultatif de l'OÉA émettant des rapports sur la situation des droits de l'homme dans les pays membres de l'organisation. Il joue également le rôle de « filtre » et évite ainsi l'engorgement de la Cour²⁵⁷. De fait, selon l'article 61 de la CADH, seuls les États parties et la Commission ont qualité pour saisir la Cour. De plus, selon l'article 4 de la CADH, cette dernière peut recevoir de « tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue », « des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention » d'un État membre de l'OÉA²⁵⁸.

certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme (n° 2) [GC], 22 janvier 2010.

²⁵³ M. DELMAS-MARTY, préc., note, p. 19.

²⁵⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, *Cour européenne des droits de l'homme* [Ressource électronique], en ligne: <<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/howitworks&c=fra>> (consulté le 17 mai 2014).

²⁵⁵ G.L. NEUMAN, préc., note 128, p. 102.

²⁵⁶ L'article 106 de la *Charte de l'OÉA*, se lit comme suit :

« Il y aura une Commission interaméricaine des droits de l'homme, dont la principale fonction consistera à promouvoir le respect et la défense des droits de l'homme et à servir, dans ce domaine, d'organe consultatif à l'Organisation.

Une Convention interaméricaine sur les droits de l'homme déterminera la structure, la compétence et le fonctionnement de cette Commission, ainsi que des autres organes qui s'occupent de cette matière ».

²⁵⁷ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 84.

²⁵⁸ *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, préc., note 23.

Dans le système européen, la Commission a disparu, mais elle a longtemps occupé une place importante²⁵⁹. En effet, dans le système d'origine, un individu ne pouvait pas saisir directement la Cour, seule la Commission se prononçait sur la recevabilité des requêtes. Si la requête était acceptée, elle tentait de parvenir à un règlement amiable. En cas d'échec, elle transmettait un rapport au Comité des ministres en formulant un avis sur le fond. La Cour pouvait ensuite être saisie par l'État mis en cause ou par la Commission, mais pas directement par la victime. Ce mécanisme de contrôle restait donc complexe et peu accessible pour les requérants²⁶⁰. De plus, il demeurait en partie soumis au pouvoir politique en raison de l'implication du Comité des ministres dans le système de contrôle de la Cour puisque celui-ci était composé des ministres des Affaires étrangères des États membres incarnant donc l'intérêt des États²⁶¹. Cet organe politique intergouvernemental pouvait décider s'il y avait eu violation de la CESDH puisqu'il disposait d'une compétence subsidiaire pour trancher les affaires sur le fond, c'est-à-dire lorsque l'État partie n'avait pas accepté la compétence de la Cour ou lorsque celle-ci n'avait pas été saisie dans le délai prévu²⁶².

Aujourd'hui, les procédures de saisine des deux Cours sont bien distinctes puisque la CEDH peut être saisie directement par la victime selon l'article 34 de la *Convention européenne*, contrairement à la CIADH. Le *jus standi* aux victimes n'est donc pas reconnu dans le cas de la CIADH. Cependant, le mécanisme procédural de la Cour interaméricaine a peu à peu évolué afin de garantir un *locus standi*²⁶³ à la victime puisque désormais elle peut participer au procès

²⁵⁹ F. SUDRE, préc., note 20, p. 72.

²⁶⁰ *Id.*, p. 708.

²⁶¹ *Id.*, p. 707.

²⁶² *Id.*, p. 710.

²⁶³ L. HENNEBEL, préc., note 21, p. 110.

la concernant grâce à l'article 24 du *Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*²⁶⁴ qui précise que les délégués de la Commission « peuvent se faire assister par toute personne de leur choix »²⁶⁵.

Par ailleurs, la *Convention européenne* mentionne expressément la protection des personnes morales contrairement à la *Convention américaine*²⁶⁶. À ce sujet, il faut ajouter que la distinction ne s'arrête pas au texte. En effet, la CIADH se démarque en refusant de défendre des acteurs qui pourraient être considérés comme « puissants » tout en essayant de protéger les plus « vulnérables »²⁶⁷. Ludovic Hennebel parle de « subjectivisation du droit interaméricain »²⁶⁸. Cela se perçoit notamment par son interprétation de la notion « d'être humain » de l'article 1.2 de la *Convention américaine*. En effet, selon lui, la Cour interaméricaine interprète cette notion dans une « perspective sociologique »²⁶⁹. Cette interprétation des textes, excluant les personnes morales, est volontaire et ne relève pas d'une lecture stricte de la *Convention*²⁷⁰. Pour autant, la non-reconnaissance des personnes morales dans la *Convention* ne signifie pas le refus de protéger l'être humain se cachant sous cette fiction juridique²⁷¹. Dans l'affaire *Cantos c. Argentine*²⁷² du 7 septembre 2011, touchant notamment au droit à la propriété privée impliquant une personne morale, la CIADH explique

²⁶⁴ ORGANISATION DES ÉTATS AMERICAINS, *Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, San José, 24 novembre 2009, en ligne : <<https://www.cidh.oas.org/Basicos/French/w.reglement.cour.htm>> (consulté le 27 juin 2014).

²⁶⁵ Cette disposition a été établie dans le *deuxième Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme* adopté lors de sa XXIII Session ordinaire tenue du 9 au 18 janvier 1991.

²⁶⁶ Article 1^{er} du *Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 20 mars 1952, 20.III.1952 (entrée en vigueur le 1er novembre 1998).

²⁶⁷ L. HENNEBEL, préc., note 21, p. 78.

²⁶⁸ *Id.*, p. 79.

²⁶⁹ *Id.*, p. 80.

²⁷⁰ *Id.*, p. 78.

²⁷¹ *Id.*

²⁷² *Cantos c. Argentina*, Exceptions préliminaires, 7 septembre 2011, Série C n°85 (CIADH).

clairement ce point de vue en critiquant les effets néfastes qu'occasionnerait la position de l'État argentin et même de la Commission :

« According to the interpretation suggested by Argentina, which the Commission appears to share, if a landowner acquires a harvesting machine to work his fields and the Government confiscates it, he would be protected by Article 21. But if, instead of a landowner, it was a case of two poor farmers who formed a company to buy the same harvester and the Government confiscated it, they would not be able to invoke the American Convention because the harvester in question would be owned by a company. Now, if these same farmers, instead of constituting a company, bought the harvester in co-ownership, the Convention could protect them because, according to a principle that goes back to Roman law, co-ownership does not constitute a legal entity »²⁷³.

Elle expose par la suite son propre raisonnement tout en marquant sa différence avec le système européen de protection des droits:

« This Court considers that, although the figure of legal entities has not been expressly recognized by the American Convention, as it is in Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, this does not mean that, in specific circumstances, an individual may not resort to the inter-American system for the protection of human rights to enforce his fundamental rights, even when they are encompassed in a legal figure or fiction created by the same system of law »²⁷⁴.

Elle adopte ainsi la technique de « levée du voile corporatif »²⁷⁵ que la Cour internationale de Justice avait développée dans l'affaire *Barcelona Traction*²⁷⁶ pour des faits toutefois différents²⁷⁷.

²⁷³ *Id.*, §25.

²⁷⁴ *Id.*, §29.

²⁷⁵ L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 129.

²⁷⁶ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970 CIJ Rec.1970.

²⁷⁷ Dans l'affaire *Barcelona Traction* la Cour internationale de Justice avait envisagé la levée du voile corporatif afin qu'un État puisse assurer la protection de ses ressortissants, actionnaires d'une société ayant été victime

Les différences sur le plan organisationnel engendrent également des effets sur les décisions des deux cours régionales. À Strasbourg, la Cour se divise en sections, elles-mêmes divisées en chambres²⁷⁸. Il existe également une Grande Chambre, siégeant en appel²⁷⁹, comptant 17 juges dont le Président de la Cour, des vice-présidents, des présidents de sections et un juge national²⁸⁰. Les décisions peuvent alors différer fortement selon la composition de la Cour dans des cas précis et parfois donner lieu à des décisions contradictoires. Ces contradictions s'illustrent dans les arrêts rendus dans l'affaire *Refah Partisi*²⁸¹ du 31 juillet 2001 et du 13 février 2003²⁸² ainsi que dans les arrêts *Lautsi*²⁸³ du 3 avril 2009 et du 18 mars 2011²⁸⁴ relatifs à

d'une violation du droit international. Dans cette affaire, la CIJ ne s'était toutefois pas estimé compétente pour se prononcer sur ces faits.

²⁷⁸ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 85.

²⁷⁹ L'article 43 de la CESDH intitulé « *Renvoi devant la Grande Chambre* » se lit comme suit :

« 1. Dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt d'une chambre, toute partie à l'affaire peut, dans des cas exceptionnels, demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre.

2. Un collège de cinq juges de la Grande Chambre accepte la demande si l'affaire soulève une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses Protocoles, ou encore une question grave à caractère général.

3. Si le collège accepte la demande, la Grande Chambre se prononce sur l'affaire par un arrêt ».

²⁸⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, *Cour européenne des droits de l'Homme* [Ressource électronique], en ligne: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=fra#newComponent_1346152138668_pointer> (consulté le 18 mars 2014).

²⁸¹ *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, n°41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 31 juillet 2001 (CEDH).

²⁸² Dans l'affaire *Refah Partisi c. Turquie* la Cour constitutionnelle de Turquie avait décidé de dissoudre le parti politique *Refah Partisi* considérant qu'il était contraire au principe de laïcité. Les requérants soutenaient que cette dissolution constituait une violation de l'article 11 de la CEDH relatif à la liberté de réunion et d'association. La CEDH va finalement donner raison à l'Etat turc sur une légère majorité alors que l'arrêt rendu par la Grande Chambre rendra la même décision mais cette fois à une large majorité.

²⁸³ *Lautsi et autres c. Italie*, [GC], n° 30814/06, CEDH 2011 (extraits) (CEDH).

²⁸⁴ Dans les affaires *Lautsi c. Italie* la CEDH statue sur la présence de crucifix dans les salles de classes dans les écoles publiques. Dans la décision du 3 avril 2009, la CEDH considère que cela constitue une violation de l'article 2 du *Protocole additionnel à la CESDH* relatif au droit à l'instruction. Toutefois, suite à une forte mobilisation en Italie, la Grande Chambre de la Cour va opérer un revirement de jurisprudence en favorisant la marge d'appréciation des États et en considérant qu'il n'y a pas violation du droit à l'instruction.

la liberté religieuse. La CIADH, quant à elle, rend ses décisions en salle plénière, ce qui lui permet de préserver une ligne directrice dans sa jurisprudence²⁸⁵.

La CIADH et la CEDH se distinguent également par l'étendue de leur juridiction²⁸⁶. Tout d'abord, en ce qui concerne les obligations générales des États dans les deux systèmes qui sont prévues à l'article 1^{er} de la *Convention européenne* et aux articles 1.1 et 2 de la *Convention américaine*²⁸⁷. Pour le système européen, l'obligation des États se restreint au respect des droits présents dans le texte. Cependant, la Commission et la Cour ont œuvré dans leurs décisions pour renforcer l'application de ces droits en imposant des obligations positives aux États²⁸⁸, tel qu'il sera vu dans la seconde partie du mémoire²⁸⁹. À l'inverse, la *Convention américaine* va d'emblée plus loin que le texte européen puisque les articles 1.1 et 2 intègrent l'obligation pour les États non seulement de respecter les droits prévus à la *Convention américaine*, mais aussi de tout mettre en œuvre pour que le droit interne lui soit conforme²⁹⁰. Les obligations positives supposent donc l'établissement de mesures concrètes permettant d'appliquer le droit en vigueur. Le respect des droits présents dans la *Convention américaine* consiste donc à prévenir, enquêter, sanctionner et réparer toute violation²⁹¹. De plus, l'article 2 de la *Convention américaine* évoque l'obligation pour les États de mise en conformité du droit

²⁸⁵ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 86.

²⁸⁶ G.L. NEUMAN, préc., note 128, p. 102.

²⁸⁷ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 130.

²⁸⁸ *Id.*

²⁸⁹ Voir *infra*, p. 93.

²⁹⁰ M. ROTA, préc., note 203, p. 193.

²⁹¹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 130.

interne avec les dispositions énoncées dans le texte²⁹². Cet article 2 octroie indirectement des pouvoirs importants à la Cour, en lui permettant par exemple d'exiger une modification constitutionnelle²⁹³ comme l'illustre l'affaire *La última tentación de Cristo, Olmeo Busto c. Chili*²⁹⁴ du 5 février 2001²⁹⁵ relative à la censure d'un film. L'usage du « discours constitutionnel » est plus développé par la CIADH, c'est-à-dire que la Cour procède plus souvent à des contrôles de conventionalité de la loi et de la Constitution des États parties²⁹⁶. Cette idée s'illustre dans l'affaire *Almonacid Arellano et autres c. Chili*²⁹⁷ du 26 septembre 2006²⁹⁸ relative à une loi d'amnistie protégeant des responsables de l'exécution extrajudiciaire de M. Almonacid Arellano, sous la dictature de 1973 à 1990²⁹⁹. Par ailleurs, l'article 2 de la CADH implique que les juges internes se conforment non seulement au texte de la *Convention*, mais aussi à la jurisprudence de la Cour³⁰⁰. Il faut relever que les juges de la CIADH ont conscience du rôle central que joue la Cour dans la construction d'une culture

²⁹² *Id.*, p. 86.

²⁹³ M. ROTA, préc., note 203, p. 193.

²⁹⁴ *La última tentación de Cristo, Olmeo Busto c. Chili*, 5 février 2001, Fond et réparations, Série C n°73 (CIADH).

²⁹⁵ Dans l'affaire *La última tentación de Cristo, Olmeo Busto c. Chili* la CIADH a demandé à l'État la modification de sa législation afin d'interdire toute censure cinématographique. De fait, un projet de réforme constitutionnelle avait été approuvé à ce sujet par la Chambre des députés mais n'était finalement jamais entré en vigueur.

²⁹⁶ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 87.

²⁹⁷ *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, 26 septembre 2006, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°154 (CIADH).

²⁹⁸ Dans l'affaire *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, l'Etat chilien est mis en cause pour ne pas avoir engagé d'enquête et ne pas avoir sanctionné les responsables de l'exécution extrajudiciaire de Mr. Almonacid Arellano suite à l'application d'une loi d'amnistie adopté par Décret en 1978. La Commission souligne par ailleurs que le Chili n'a pas respecté l'article 2 de la CADH obligeant les États à adopter des mesures de droit interne se conformant aux droits protégés par la CADH.

²⁹⁹ *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, préc., note 297.

³⁰⁰ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 130.

juridique latino-américaine commune. En effet, celle-ci contribue au renforcement de l'État de droit notamment face aux faiblesses des traditions constitutionnelles nationales³⁰¹.

Enfin, il ne faut pas oublier que la Cour de San José peut appliquer non seulement la *Convention américaine*, mais aussi d'autres traités régionaux relatifs aux droits de l'homme³⁰², alors que dans le système européen, l'application d'instruments internationaux autres que la *Convention européenne* est beaucoup plus indirecte. Les différences entre les deux modèles ne se limitent cependant pas uniquement à l'aspect institutionnel et fonctionnel, puisqu'il faut également prendre en compte de nombreux éléments liés au contexte juridique et politique de chaque continent.

D'une part, certains auteurs soulèvent que l'hétérogénéité des cultures juridiques dans les pays membres du Conseil de l'Europe est plus importante que dans les pays latino-américains rattachés à la CIADH. Le contexte latino-américain semble alors être plus favorable au consensus, car le « minimum normatif commun » est dès le départ plus important³⁰³. D'autre part, il faut souligner que le travail des cours a un impact totalement différent selon la stabilité démocratique de la région³⁰⁴. En effet, les contextes politiques entre les deux continents ont longtemps été contrastés³⁰⁵. Si la démocratie semble profondément ancrée dans les institutions du continent européen, du moins pour les États membres de l'Union Européenne, les États d'Amérique latine ont été marqués par des régimes autoritaires et ont longtemps souffert « de

³⁰¹ *Id.*, p. 88.

³⁰² G.L. NEUMAN, préc., note 128, p. 102.

³⁰³ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 87.

³⁰⁴ *Id.*

³⁰⁵ *Id.*

violations massives et systématiques des droits de l'homme »³⁰⁶. Cette « violence institutionnalisée »³⁰⁷ a tout de même pu être révélée au grand jour grâce aux décisions de la Cour³⁰⁸, comme dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*³⁰⁹ qui a mis en évidence un cas de disparition forcée d'un étudiant commis par les autorités publiques honduriennes³¹⁰. La jurisprudence s'est donc construite autour de ce contexte politique, bien qu'aujourd'hui, les progrès démocratiques laissent émerger une jurisprudence dite plus « classique », au sens où elle est « l'apanage de n'importe quelle société démocratique »³¹¹. Ainsi, certains experts politiques constatent que l'émergence d'une « opposition politique crédible » et le « poids des opinions publiques nationales et internationales » rendent plus difficile l'établissement d'un régime « autoritaire »³¹². Par ailleurs, une certaine instabilité semble toucher l'Europe due notamment à l'adhésion d'anciens pays communistes au Conseil de l'Europe à la suite de la chute du mur de Berlin³¹³, et aux graves violations qui peuvent être constatées dans les affaires russes et turques³¹⁴. De plus, il semble y avoir une certaine stagnation vis-à-vis de la protection des droits sociaux, ce qui pourrait s'expliquer par la crise économique qui frappe le vieux

³⁰⁶ LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, «Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme», (2009) *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones y Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Universidad del País Vasco, en ligne: <http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIÉS/Contributions_en_ligne/L._BURGORGUE-LARSEN/CIDH-CURSOS_VITORIA.pdf> (consulté le 10 septembre 2013), p. 4.

³⁰⁷ *Id.*

³⁰⁸ *Id.*

³⁰⁹ *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, 17 août 1990, Interprétation de l'arrêt sur le fond et les réparations, Série C n°9 (CIADH).

³¹⁰ CLAUDIO GROSSMAN, «The Velásquez Rodríguez Case: The Development of the Inter-American Human Rights System», dans JOHN NOYERS, MARK JANIS ET LAURA DICKINSON (dir.), *International Law Stories*, New-York, Foundation Press, 2007, pp. 77-113.

³¹¹ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 306, p. 4.

³¹² GEORGES COUFFIGNAL, « Des démocraties pour les pauvres ? Réflexions sur l'évolution politique de l'Amérique latine » dans *Amérique latine les surprises de la démocratie* Paris, La documentation française, 2007, p. 17.

³¹³ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 87.

³¹⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 306, p. 3.

continent³¹⁵. Toutes ces distinctions témoignent finalement du fait que les deux systèmes, malgré leur tradition commune, se sont adaptés à leur réalité propre³¹⁶, tout en continuant à évoluer.

C) Les manifestations du dialogue des juges entre les deux cours

Afin de mieux percevoir le dialogue entre les juges de la CEDH et de la CIADH, il est indispensable de s'intéresser aux formes dans lesquelles il se manifeste. Cela doit passer par l'analyse du sens des références utilisées par les juges ainsi que celle des critères de persuasion pris en compte par ces derniers.

1- Les moyens et méthodes utilisés par les juges

Il existe différentes méthodes utilisées par les juges afin de dialoguer. L'analyse des manifestations du dialogue comprend non seulement la forme sous laquelle il se présente, mais aussi le sens donné à la référence. Concernant la forme, on retrouve la « référence expresse »³¹⁷, lorsqu'un juge cite explicitement une décision juridique issue de la jurisprudence étrangère. À l'opposé se trouve la « référence tacite »³¹⁸, voire « cachée »³¹⁹, dans laquelle

³¹⁵ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 303.

³¹⁶ *Id.*, p. 130.

³¹⁷ *Id.*, p. 90.

³¹⁸ *Id.*, pp. 90-91.

n'apparaît aucune mention explicite de la décision étrangère utilisée comme source, mais dans laquelle il est possible de reconnaître une influence jurisprudentielle étrangère. Nous verrons que les références peuvent également s'analyser sous l'angle de l'intensité. On peut citer la référence « *a fortiori* » qui sert à renforcer un raisonnement juridique lorsque la conclusion des juges va dans le même sens que la référence présentée³²⁰. La référence « *ad auctoritatis* » se présente comme une référence permettant de donner plus de légitimité à une décision en se fondant sur une juridiction bénéficiant d'une large autorité et permettant alors d'appuyer une position particulièrement délicate à argumenter³²¹. La référence « *ad exemplum* », a quant à elle, un poids peu important et peut servir dans un sens positif à appuyer la décision ou dans un sens négatif, pour mieux percevoir les failles d'une argumentation³²².

La référence expresse est donc la plus évidente puisqu'elle est clairement visible³²³. Elle peut d'ailleurs s'accompagner de citations pouvant représenter des paragraphes entiers ou de simples phrases. Dans les arrêts contentieux de la CIADH, tout comme dans ceux de la CEDH, ces *références expresses* se retrouvent souvent à travers l'utilisation du droit comparé, qui permet de faire le point sur la pratique extérieure³²⁴.

Concernant la CEDH, le droit comparé est souvent présenté dans une partie énoncée

³¹⁹ *Id.*, p. 91.

³²⁰ *Id.*

³²¹ *Id.*

³²² *Id.*

³²³ *Id.*, p. 90.

³²⁴ LUDOVIC HENNEBEL, «Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme», dans *Le dialogue des juges : Actes du colloque le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 5.

explicitement dans l'arrêt³²⁵ et contenant une multitude de références expresses, souvent accompagnées elles-mêmes de citations. Par exemple, dans l'arrêt *Opuz c. Turquie*³²⁶, du 9 juin 2009, la CEDH introduit des références aux jugements de la CIADH aux côtés de la position des Nations Unies³²⁷. Plus spécifiquement, les juges de la CEDH s'inspirent de la position de la Cour interaméricaine pour établir la responsabilité de l'État en cas de violation de l'intégrité de la personne, même lorsque cette violation ne lui est pas directement imputable. Ils reprennent ainsi l'interprétation que font les juges de la CIADH de l'article 1.1 de la *Convention américaine* relatif aux obligations positives de l'État. Ainsi, les juges de la CEDH citent expressément les motifs développés dans l'arrêt *Velásquez Rodríguez*³²⁸ du 29 juillet 1988, selon lesquels l'État est responsable « non parce qu'il a commis l'acte en question, mais parce qu'il n'a pas fait preuve de la célérité requise pour prévenir la violation ou y répondre conformément aux exigences de la Convention »³²⁹.

La CEDH utilise par la suite le même raisonnement que la CIADH lorsqu'elle précise dans son argumentation :

« L'obligation de l'État à cet égard implique le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations »³³⁰.

³²⁵ *Id.*

³²⁶ *Opuz c. Turquie*, n°33401/02, CEDH 2009 (CEDH).

³²⁷ *Id.*, §§72-79.

³²⁸ *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, préc., note 309.

³²⁹ L. HENNEBEL, préc., note 324.

³³⁰ *Opuz c. Turquie*, préc., note 326, §128.

Elle conclut finalement dans le même sens que la CIADH :

« *Il y a eu violation de l'article 3 de la Convention en raison du manquement des autorités à leur obligation de protéger la requérante contre les actes de violence domestique commis par son ex-mari* »³³¹.

La référence se présente alors comme une référence *a fortiori*³³², permettant d'ajouter du poids à l'argumentation de la Cour.

Certaines citations apparaissent plus distantes, comme que l'illustre l'affaire *Konstantin c. Russie*³³³ du 22 mars 2012, relative au congé parental. Les éléments de droit comparé mentionnés par la Cour sont restreints à la position des Nations Unies, du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne ainsi qu'à la législation interne des États membres. La jurisprudence interaméricaine est d'une moindre importance puisque l'affaire *Acevedo Buendía et al. c. Pérou*³³⁴ du 1^{er} juillet 2009, n'est citée que dans l'opinion en partie concordante du juge Pinto de Albuquerque³³⁵ et sur un aspect secondaire de l'affaire qui est celui du principe de justiciabilité des droits sociaux. La citation prend alors la forme d'une communication « *ad exemplum* »³³⁶.

³³¹ *Id.*

³³² J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 91.

³³³ *Konstantin Markin c. Russie* [GC], n° 30078/06, CEDH 2012 (extraits) (CEDH).

³³⁴ *Acevedo Buendía et al. c. Pérou*, 1er juillet 2009, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°198 (CIADH), §§102-103.

³³⁵ *Id.*

³³⁶ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 91.

Concernant la CIADH, il est clair que les citations expresses sont beaucoup plus nombreuses, notamment lorsqu'il s'agit de citer son homologue européen³³⁷. Les références au droit comparé et à la pratique extérieure sont directement intégrées dans l'appréciation de la Cour et non dans une partie spécifique propre à la pratique internationale, comme cela peut se retrouver pour la Cour de Strasbourg. La forme des jugements et des citations diffère donc légèrement, mais l'intérêt reste le même. L'arrêt *Caesar c. Trinidad et Tobago*³³⁸ du 11 mars 2005 est particulièrement révélateur de l'ouverture de la Cour vis-à-vis des instruments lui permettant d'interpréter la *Convention américaine*, plus précisément dans cette affaire, l'article 5 relatif au droit à l'intégrité de la personne. La requête visait la législation pénale particulièrement répressive de Trinité et Tobago concernant les peines de flagellation, en totale inadéquation avec la *Convention américaine*, mais aussi avec le droit international³³⁹. La méthode interprétative de la Cour est donc « délibérément décloisonnée » puisqu'elle s'intéresse autant aux instruments internationaux qu'aux tendances jurisprudentielles³⁴⁰ afin de prouver l'existence d'un « consensus international » sur ce sujet³⁴¹. La Cour cite alors un passage de l'arrêt *Tyler c. Royaume-Uni*³⁴² de la Cour européenne exposant l'argumentation relative aux circonstances aggravantes du fait que les violences ont été commises par des agents de l'État. Cet argument se trouve avec d'autres références provenant notamment du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. L'objectif est donc à la fois de conforter son analyse tout en s'inscrivant dans un courant jurisprudentiel homogène³⁴³. La citation reprise

³³⁷ L. HENNEBEL, préc., note 324, p. 16.

³³⁸ *Caesar c. Trinidad et Tobago*, 11 mars 2005 Fond et réparations, Série C n°123 (CIADH).

³³⁹ L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, pp. 412-413.

³⁴⁰ *Id.*, p. 415.

³⁴¹ B. FRYDMAN, préc., note 38, p. 9.

³⁴² *Tyler c. Royaume-Uni*, préc., note 151, §64.

³⁴³ L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 415.

par la Cour serait alors une référence *a fortiori* permettant de donner du poids au raisonnement des juges puisqu'il va dans le même sens que la jurisprudence internationale.

Dans l'affaire *Penal Miguel Castro Castro c. Pérou*³⁴⁴ du 25 novembre 2006³⁴⁵, concernant l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, la CIADH cite la CEDH en évoquant des questions sur lesquelles cette dernière avait déjà statué. Elle signale ainsi que la CEDH est allée dans le même sens puisque dans une situation similaire elle a considéré qu'une « isolation sociale et sensorielle totale » peut détruire la personnalité d'un individu, et constitue alors un traitement inhumain³⁴⁶, précisant que soumettre un détenu à des chocs électriques, à des coups et à une souffrance psychologique constitue de la torture³⁴⁷. La citation est alors présentée sous forme de citation *ad exemplum* puisqu'elle sert d'exemple commun à la CIADH.

La CIADH semble également s'inspirer de l'expérience de la CEDH sur l'interdiction à la torture, et aux traitements inhumains et dégradants, malgré des différences textuelles sur ce sujet³⁴⁸. Comme l'illustre l'affaire *Loayza Tamayo c. Pérou*³⁴⁹ du 17 septembre 1997³⁵⁰, la

³⁴⁴ *Penal Miguel Castro Castro c. Pérou* 25 novembre 2006 Fond et réparations, Série C n°160 (CIADH).

³⁴⁵ Dans l'affaire *Penal Miguel Castro Castro c. Pérou*, il s'agit du massacre et de plusieurs cas de maltraitements de détenus menés par les autorités pénitentiaires et la police péruvienne dans le cadre d'un plan antiterroriste décidé par le gouvernement.

³⁴⁶ *Penal Miguel Castro Castro c. Pérou* préc., note 344, §323.

³⁴⁷ *Id.*, §327.

³⁴⁸ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 146.

³⁴⁹ *Loayza Tamayo c. Pérou*, 17 septembre 1997, Série C n°33 (CIADH), §§57-58.

³⁵⁰ Dans l'affaire *Loayza Tamayo c. Pérou*, Maria Loayza Tamayo, professeure universitaire, a été arrêtée et emprisonnée pour avoir collaborer avec le groupe terroriste du Sentier Lumineux. Son arrestation et sa détention se sont déroulées sans respecter des règles de procédure pénale. Elle a également subi des traitements inhumains et dégradants lors de sa détention.

CIADH introduit une échelle de gravité³⁵¹ en s'appuyant sur une jurisprudence fondamentale de la CEDH : l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*³⁵² du 18 janvier 1978. Le juge interaméricain indique que la violation du droit à l'intégrité s'évalue selon divers grades, dépendant eux-mêmes des circonstances de l'espèce. Elle en déduit la qualification de traitements inhumains par les souffrances physiques, morales et psychiques de la victime³⁵³. Il s'agit donc de conforter par un nouvel exemple le raisonnement de la CEDH à travers une référence *ad exemplum*.

La CIADH a également cité la position de la Cour de Strasbourg dans des décisions éminemment délicates liées à la valeur juridique de la vie prénatale dans le cadre de la fécondation *in vitro*. Dans l'affaire *Artavia Murillo et autres (« fécondation in vitro ») c. Costa Rica*³⁵⁴, la Cour relève ainsi que selon la CEDH l'enfant à naître ne saurait se prévaloir du droit à la vie garanti par l'article 2 de la *Convention européenne*. Elle cite ainsi la position de la CEDH après avoir analysé celle du système universel de protection des droits de l'homme. Cette référence peut être assimilable à une communication *ad auctoritatis*, puisque la question de la fécondation *in vitro* est encore nouvelle et donc particulièrement délicate³⁵⁵.

Par ailleurs, il arrive que ce ne soit pas directement les juges qui participent au dialogue puisque des décisions extérieures peuvent également se retrouver dans les observations écrites

³⁵¹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 147.

³⁵² *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, §167, série A n° 25 (CEDH).

³⁵³ *Loayza Tamayo c. Pérou*, préc., note 349, §57.

³⁵⁴ *Artavia Murillo et autres (« fécondation in vitro ») c. Costa Rica*, 28 novembre 2012 Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n° 257 (CIADH).

³⁵⁵ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 91.

de tiers intervenants. Dans l'affaire *El-Masri c. « l'ex-République Yougoslave de Macédoine »* de la CEDH, c'est le Haut-Commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies (UNHCR) qui cite la position de la Cour interaméricaine sur la reconnaissance du droit à la vérité³⁵⁶ pour les victimes de torture³⁵⁷. Par ailleurs, l'opinion concordante des juges Tolkens, Spielmann, Sicilianos et Keller de ce même arrêt relève deux affaires emblématiques de la CIADH sur ce sujet : il s'agit de l'affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras*³⁵⁸ du 29 juillet 1988, ainsi que l'affaire *Contreras et al. c. Salvador*³⁵⁹ du 31 août 2011. L'influence de la jurisprudence de la CIADH n'est donc qu'implicite puisque ces références explicites ne se retrouvent pas dans le corps principal de l'arrêt mais uniquement dans une des opinions concordantes. Toujours concernant la question du droit à la vérité, la CEDH semble s'être inspirée de la jurisprudence de la CIADH sans pour autant la citer sur ce point, comme le démontre l'affaire *Gäfgen c. Allemagne* où elle fait référence à l'obligation pour les autorités de mener une « enquête approfondie et effective », c'est-à-dire une enquête qui « doit pouvoir mener à l'identification et à la punition des responsables »³⁶⁰ dans le cadre d'une violation de l'article 3 de la CESDH relatif à l'interdiction de la torture³⁶¹. Cette dernière décision rappelle également les obligations positives de l'État telles qu'interprétées par la Cour interaméricaine, c'est-à-dire

³⁵⁶ Le droit à la vérité est le droit pour les victimes, la famille mais aussi la société dans son ensemble de connaître l'exactitude des faits suite à une grave violation des droits fondamentaux. Il se fonde notamment sur les droits relatifs à la protection judiciaire ainsi que sur le droit à la liberté de pensée et d'expression.

³⁵⁷ *El Masri c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine »*, [GC], n° 39630/09, §175, CEDH 2012 (CEDH).

³⁵⁸ *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, préc., note 309.

³⁵⁹ *Contreras et al. c. Salvador* 31 août 2011, Fond et réparations, Série C n°232 (CIADH), §9.

³⁶⁰ *Gäfgen c. Allemagne*, [GC], n°22978/05, §117, CEDH 2010 (CEDH).

³⁶¹ SOPHIE CHEVALLIER, «Le particularisme de la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme en matière de mesures non pécuniaires de réparation et son influence sur l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme», (2012) *L'Etat de droit-Perspectives internes, internationales et européennes*

de prévenir, enquêter, sanctionner et réparer toute violation³⁶². Cette argumentation peut être alors perçue comme une référence tacite ou même cachée.

Les raisons expliquant que les emprunts jurisprudentiels n'apparaissent pas de manière explicite peuvent être liées à la forme de la décision, aux techniques ou aux méthodes interprétatives utilisées par les juges³⁶³. Par ailleurs, elles peuvent reposer sur des raisons politiques liées au manque de légitimité démocratique³⁶⁴. Pour éviter les critiques, il peut être décidé de ne pas écrire expressément l'apport de la décision étrangère. La référence au droit étranger est alors totalement invisible. Cela pose certaines difficultés puisque toute la force de la référence disparaît, notamment sa puissance rhétorique et « sa capacité à convaincre qu'une évolution est nécessaire »³⁶⁵.

Tous ces exemples démontrent finalement que le dialogue des juges peut se manifester sous différentes formes révélant l'importance relative donnée aux arrêts de l'autre cour. Toutefois, la forme de la citation n'explique pas les raisons pour lesquelles un juge choisit de reprendre des éléments issus d'une décision plutôt que d'une autre. Il semble alors également indispensable d'analyser les critères de persuasion pris en compte par les juges pour dialoguer.

³⁶² M. ROTA, préc., note 203, p. 197.

³⁶³ S. ROBIN-OLIVIER ET P. REMY, préc., note 96, p. 82.

³⁶⁴ *Id.*

³⁶⁵ *Id.*

2- Les critères de persuasion

L'analyse des critères de persuasion permet de mieux comprendre les raisons pour lesquelles les juges choisissent de se référer à une décision spécifique. Nous verrons que ces critères sont de différents ordres. Tout d'abord, il s'agira de s'intéresser au critère s'attachant à l'intérêt technique de la décision. Par ailleurs, nous verrons que le prestige des juges et du Tribunal est également un élément considéré par les juges. De plus, celui-ci ne se fonde pas uniquement sur la pertinence technique des décisions puisque d'autres facteurs, notamment d'ordre politique sont également pris en compte.

Il faut rappeler que le juge est un des garants de la démocratie puisqu'il participe au mécanisme de contrôle a posteriori de la norme³⁶⁶. Il est censé apporter une expertise approfondie sur une question juridique précise, ce qui permet de « poursuivre le débat public initié au Parlement »³⁶⁷. Ainsi, en testant la validité de la norme issue du processus législatif, il permet de réajuster constamment le cadre normatif établi³⁶⁸. De fait, la fonction de juger implique l'obligation d'interpréter le droit de manière convaincante et rationnelle³⁶⁹. Les raisons faisant qu'un juge cite une décision reposent donc en grande partie sur la qualité de l'argumentation de la décision³⁷⁰. Il s'agira alors pour le juge d'évaluer l'aptitude de son homologue à défendre son raisonnement. Toute référence devra passer à travers « le filtre

³⁶⁶ FRANÇOIS CREPEAU, «La multiplicité des forces judiciaires, condition de légitimité de la décision collective en droit international», dans OLIVIER DELAS, RENE COTE, FRANÇOIS CREPEAU ET PETER LEUPRECHT (dir.), *Les juridictions internationales complémentarité ou concurrence?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 169-172.

³⁶⁷ *Id.*

³⁶⁸ *Id.*

³⁶⁹ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 57.

³⁷⁰ MIREILLE DELMAS-MARTY, «Un pluralisme ordonné», (2004-2005) *Collège de France*, en ligne : <http://www.college-de-france.fr/media/mireille-delmas-marty/UPL12910_r_sum_cours0405.pdf> (consulté le 15 juin 2013), p. 47.

critique des juges interprètes »³⁷¹ avant de pouvoir s'imposer³⁷². Par ailleurs, les décisions extérieures peuvent représenter de véritables « boîtes à idées » pour les juges³⁷³ en leur permettant de tirer de nouveaux arguments pertinents pour orienter ou renforcer leur décision. La référence à des décisions étrangères se retrouve également lorsque les cas apparaissent particulièrement difficiles. Il s'agit par exemple de « *hard cases* », d'affaires touchant à de nouvelles problématiques ou à des sujets délicats³⁷⁴. On peut évoquer par exemple les nouvelles questions éthiques liées aux dernières avancées scientifiques, ou bien des sujets tels que l'euthanasie et l'avortement. Toutefois, il est intéressant de souligner que la force de ces arguments n'est pas nécessairement liée à leur pertinence technique ou juridique.

En effet, le prestige des juges et des cours ne relève pas uniquement de leur « légitimité technique », il peut également mêler des domaines relevant des relations internationales et de la diplomatie³⁷⁵. Ainsi, selon Anne-Marie Slaughter, le tribunal supranational le plus fréquemment cité est la CEDH³⁷⁶. Ses déclarations relatives aux droits de l'homme sont devenues une source d'autorité pour les cours nationales des États se trouvant sous sa juridiction, mais aussi une source d'inspiration pour d'autres tribunaux nationaux³⁷⁷. Les juridictions ayant cité la CEDH ne se comptent plus³⁷⁸. Tel que le souligne Anne-Marie Slaughter, ce qui est saisissant est que cette Cour ne dispose d'aucune autorité sur les juridictions extérieures au Conseil de l'Europe et pourtant elle exerce bien une influence

³⁷¹ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 65.

³⁷² J. ALLARD, préc., note 36.

³⁷³ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 18.

³⁷⁴ *Id.*

³⁷⁵ *Id.*, p. 73.

³⁷⁶ A.-M. SLAUGHTER, préc., note 3, p. 80.

³⁷⁷ *Id.*

³⁷⁸ *Id.*

importante au niveau mondial. L’auteure en déduit qu’elle dispose d’une « autorité persuasive »³⁷⁹. L’autorité persuasive représente « la considération particulière que l’on accorde à l’avis de quelqu’un, en raison de sa position, de l’expérience ou de la compétence qui lui est généralement reconnue »³⁸⁰. Le poids donné aux décisions de la CEDH repose donc non seulement sur la force argumentative de ses décisions, mais aussi sur le prestige acquis par son expérience³⁸¹.

Sous l’angle national, la légitimité peut également être issue de la reconnaissance dont jouit l’État auquel il est rattaché³⁸². Les États ayant une tradition juridique reconnue internationalement bénéficient de cette image tels que les États-Unis, la Grande-Bretagne et la France³⁸³. Nous relevons par exemple que Thomas Buergenthal, éminent expert en droit international des droits de l’homme, de nationalité états-unienne a siégé en tant que juge et président de la CIADH alors même que les États-Unis n’ont pas reconnu la compétence de la Cour. Selon cette perspective, le dialogue des juges ne paraît fructueux que s’il est issu de pays ou de régions respectant l’État de droit. Cela peut renforcer l’idée d’indépendance et de liberté des juges notamment lorsqu’il est clair que l’influence politique et économique peut jouer un rôle, même parmi ces juges. Néanmoins, cette idée est fortement discutable comme l’illustre l’exemple du juge chinois Liu Daqun nommé au Tribunal Pénal International pour l’ex-Yougoslavie (TPIY), ce qui démontre que l’exemplarité peut finalement apparaître

³⁷⁹ *Id.*

³⁸⁰ B. FRYDMAN, préc., note 38, pp. 7-8.

³⁸¹ A.-M. SLAUGHTER, préc., note 3, p. 81.

³⁸² J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 73.

³⁸³ *Id.*, p. 7.

partout³⁸⁴. De plus, la légitimité fondée sur le prestige est fragilisée par la dimension élitiste qu'elle renvoie aux citoyens. Cela peut avoir tendance à renforcer la rupture entre cette élite issue des hautes juridictions et la « réalité du terrain »³⁸⁵.

³⁸⁴ *Id.*, p. 73.

³⁸⁵ *Id.*, p. 76.

Conclusion

Malgré les différences institutionnelles et contextuelles, le dialogue des juges qui s'est établi entre la CEDH et la CIADH paraît naturel. En effet, non seulement le contexte actuel semble favoriser le développement du dialogue, mais également, les nombreux points communs entre les deux cours le renforcent. De fait, l'étude sur leurs origines a dévoilé qu'elles se sont bâties sur les mêmes fondements constitutionnels puisque les deux systèmes se sont inspirés des textes issus des révolutions libérales telles que la *Déclaration d'indépendance des États-Unis*³⁸⁶ et la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*³⁸⁷ en France. Par ailleurs, le dialogue se manifeste à travers de multiples formes notamment des citations expresses et des citations implicites. Les citations expresses peuvent servir de simples exemples pour renforcer le raisonnement des juges, mais elles peuvent être également déterminantes dans les orientations choisies par le juge. Les citations implicites révèlent quant à elles les réticences des juges à se fonder sur des éléments étrangers. De plus, l'analyse des critères de persuasion a permis de mettre en évidence l'intérêt politique et non seulement juridique des juges à dialoguer. Après avoir analysé l'émergence du dialogue des juges à travers la présentation des cours et les manifestations du dialogue, nous nous intéresserons désormais aux effets de ce dialogue sur les décisions des juges, mais aussi plus largement sur le droit lui-même. Cette analyse permettra de mettre en évidence les apports du dialogue tout en révélant ses limites.

³⁸⁶ *Déclaration unanime des treize États-Unis d'Amérique*, réunis en Congrès le 4 juillet 1776, Boston.

³⁸⁷ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 26 août 1789, en ligne: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=E884197C5AD1142DC46019B33932E3D0.tpdjo08v_1?cidTexte=LEGITEXT000006071192&dateTexte=20140716 (consulté le 10 juillet 2014).

II- Les ambitions et les failles du dialogue des juges

Le dialogue des juges a pour ambition de contribuer au renforcement du droit en participant à la consolidation des décisions judiciaires et en élargissant l'application des principes relatifs aux droits et libertés fondamentaux. Néanmoins, ces ambitions se trouvent limitées par divers facteurs. En effet, la prise en compte de décisions étrangères fait craindre l'éloignement du juge des réalités locales tout en engendrant le risque d'une perte de sa légitimité. L'asymétrie du dialogue révèle par ailleurs un jeu d'influence mettant en péril l'intérêt même du dialogue.

A) Le renforcement du droit

Le dialogue a plusieurs effets positifs notamment sur les juges eux-mêmes qui trouvent des intérêts à dialoguer. En effet, il renforce leurs décisions puisqu'il contribue à leur légitimation. De plus, il permet une sophistication et une harmonisation des droits protégés par la CEDH et la CIADH.

1- Le renforcement des décisions des juges

L'une des questions centrales que soulève le dialogue des juges est celle de la légitimité démocratique, puisque ces derniers ne sont pas élus par les citoyens. Il s'agit d'une des

principales critiques³⁸⁸. Pourtant, sur plusieurs points, le dialogue des juges semble respecter et même améliorer la qualité de la délibération démocratique³⁸⁹, ce qui tend à renforcer la légitimité des décisions judiciaires.

En réponse à la critique de leur faible légitimité démocratique, il faut rappeler que « le droit trouve son origine dans une décision souveraine » issue de la souveraineté même des États³⁹⁰. Ainsi, si les droits fondamentaux sont défendus par les cours c'est bien parce qu'ils sont présents dans « les instruments internationaux souscrits par les États »³⁹¹. De plus, il est important de préciser que la majorité de la doctrine s'entend pour admettre que la valeur et la nature d'une référence à une autre cour sont bien celles d'un « argument »³⁹². Elle n'a donc ni la valeur d'un précédent ni force obligatoire³⁹³.

Le dialogue des juges met en jeu la légitimité du juge puisqu'il entraîne l'évaluation de sa décision et stimule alors une « légitimité horizontale » qui relève à la fois du « relationnel » et du « rationnel », c'est-à-dire d'une légitimité « sociale » et « intellectuelle »³⁹⁴. En effet, la légitimité des juges n'est pas acquise puisqu'il s'agit d'une « prétention » à la légitimité³⁹⁵. Sur le plan social, les « décisions partagées » facilitent le respect de celles-ci par les États et leur diffusion. Si une juridiction particulièrement reconnue telle que la CEDH est en accord avec

³⁸⁸ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 10.

³⁸⁹ *Id.*, p. 10.

³⁹⁰ *Id.*, p. 83.

³⁹¹ *Id.*

³⁹² B. FRYDMAN, préc., note 38, p. 7.

³⁹³ S. ROBIN-OLIVIER ET P. REMY, préc., note 96, p. 86.

³⁹⁴ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 62.

³⁹⁵ *Id.*, p. 63.

une décision émise par la CIADH, celle-ci en sera donc renforcée³⁹⁶. Il est alors profitable pour les juges d'intégrer des éléments issus de Cours particulièrement prestigieuses, tandis que sur le plan intellectuel, le dialogue leur permet d'évaluer les systèmes juridiques et d'augmenter la rationalité de leurs décisions³⁹⁷.

Les juges de la CIADH et de la CEDH ont un rôle essentiel, puisqu'il leur incombe d'interpréter des textes consacrant des valeurs universelles, tout en se rattachant aux politiques et aux réalités internes. Selon Julie Allard et Antoine Garapon, il leur revient alors « d'acculturer » leur « propre système » au « nouveau contexte mondialisé »³⁹⁸. Le cas particulier jugé peut ainsi servir d'inspiration pour s'ériger en exemple. Le juge permet donc d'établir le lien entre le particulier et le général contribuant alors à créer le « droit mondial ». Ainsi, tel que le laissent entrevoir certaines décisions, les juges tendent à se percevoir comme une « communauté de principes »³⁹⁹. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Lawrence c. Texas* du 26 juin 2003⁴⁰⁰, la Cour Suprême des États-Unis s'était inspirée de l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*⁴⁰¹ du 22 octobre 1981 de la CEDH condamnant la répression pénale des relations homosexuelles⁴⁰². Les juges états-uniens avaient souligné la proximité culturelle avec les pays membres du Conseil de l'Europe pour justifier leur référence. Ils avaient alors repris les

³⁹⁶ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 77.

³⁹⁷ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 10.

³⁹⁸ *Id.*, p. 83.

³⁹⁹ *Id.*, p. 66.

⁴⁰⁰ *Lawrence c. Texas*, (02-102) 539 U.S. 558 (2003) 41 S. W. 3d 349.

⁴⁰¹ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45 (CEDH).

⁴⁰² J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2.

notions de « société démocratique » et de « civilisation occidentale » commune, rendant inconcevable la poursuite de la sodomie entre personnes de même sexe⁴⁰³.

Il est intéressant de relever que la référence aux valeurs d'une société démocratique se retrouve également dans la jurisprudence des deux Cours étudiées dans ce mémoire. On la retrouve par exemple sur la question de la peine de mort dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*⁴⁰⁴ du 7 juillet 1989 et dans l'affaire *Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinité et Tobago*⁴⁰⁵ de la CIADH. Ces références favorisent une interprétation évolutive du droit tout en apportant un « caractère universalisable »⁴⁰⁶, ce qui tend à accroître la force persuasive des décisions. Mireille Delmas Marty constate également qu'une argumentation fondée sur des valeurs à portée universelle donne un poids plus important à la décision en dépassant le pur raisonnement juridique⁴⁰⁷. En effet, l'utilisation de principes universels permet au juge de donner un plus large rayonnement à sa décision, car il semble clair que les valeurs universelles soient plus disposées à « voyager » puisqu'elles sont plus facilement identifiables. De plus, Julie Allard et Antoine Garapon soulignent que le juge traduit certains « drames individuels » en des « termes d'une expérience universalisable », il peut donc devenir un interprète culturel porteur d'un rôle politique majeur⁴⁰⁸.

⁴⁰³ MARINA EUDES, «Vingt ans après la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour suprême américaine condamne la répression pénale des relations homosexuelles», (2003) n°3 *Droits fondamentaux*, pp. 153-157

⁴⁰⁴ *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A n°161 (CEDH).

⁴⁰⁵ *Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinidad et Tobago*, 21 juin 2002 Fond et réparations, Série C n°94 (CIADH).

⁴⁰⁶ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 59.

⁴⁰⁷ M. DELMAS-MARTY, préc., note 4, p. 47.

⁴⁰⁸ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 75.

La CIADH s'intéresse particulièrement à cet aspect, tel que l'illustre son avis consultatif n°18 relatif aux travailleurs migrants clandestins du 17 septembre 2003⁴⁰⁹. Dans cette affaire, la saisine de la CIADH par le Mexique faisait suite à une décision rendue aux États-Unis, l'affaire *Hoffman Plastics Compounds Inc*⁴¹⁰ du 27 mars 2002, dans laquelle la Cour Suprême avait affirmé qu'un travailleur sans-papier licencié pour avoir distribué des informations d'ordre syndical n'avait pas le droit de toucher des indemnités étant donné sa situation irrégulière. Le Mexique a posé quatre questions à la CIADH, dont celle de savoir si le principe d'égalité et de non-discrimination avait une portée *erga omnes*⁴¹¹. La Cour fonde son argumentation sur le caractère inaliénable de l'individu et de la dignité humaine afin d'affirmer la portée *erga omnes* de ce principe⁴¹² tel que le révèle clairement ce passage relatif au caractère fondamental du principe d'égalité et de non-discrimination :

« In particular, when referring to the obligation to respect and ensure human rights, regardless of which of those rights are recognized by each State in domestic or international norms, the Court considers it clear that all States, as members of the international community, must comply with these obligations without any discrimination; this is intrinsically related to the right to equal protection before the law, which, in turn, derives “directly from the oneness of the human family and is linked to the essential dignity of the individual.” The principle of equality before the law and non-discrimination permeates every act of the powers of the State, in all their manifestations, related to respecting and ensuring human rights. Indeed, this principle may be considered preemptory under general international law, inasmuch as it applies to all States, whether or not they are party to a specific international treaty, and gives rise to effects with regard to third parties, including individuals »⁴¹³.

⁴⁰⁹ *La condition juridique et les droits des travailleurs migrants sans-papiers*, 17 septembre 2003, Avis consultatif OC-18/03, Série A n°18 (CIADH)

⁴¹⁰ *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. National Labor Relations Board*, (00-1595) 535 U.S. 137 (2002) 237 F.3d 639, reversed.

⁴¹¹ *La condition juridique et les droits des travailleurs migrants sans-papiers*, préc., note 409.

⁴¹² L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 479.

⁴¹³ *La condition juridique et les droits des travailleurs migrants sans-papiers*, préc., note 409, §100.

Dans cette argumentation la CIADH rompt avec l'approche positiviste du droit⁴¹⁴ et la perspective volontariste⁴¹⁵ du droit international⁴¹⁶ pour mettre en avant la conception *jus naturaliste*⁴¹⁷ des droits⁴¹⁸. Nous percevons ainsi clairement la vision de l'ancien président de la Cour, Antonio Cançado, qui est marquée par la volonté de créer un nouveau *jus gentium* centré sur les valeurs de l'humanité⁴¹⁹. Notons également que cette démarche s'attache à « l'humanisation du droit international »⁴²⁰. On devine finalement à travers cette méthode la volonté du juge de donner du poids à sa décision en se fondant sur des critères ayant une portée universelle.

Par ailleurs, l'un des avantages du dialogue des juges n'est pas seulement de pouvoir mettre en avant les similitudes et les intérêts communs entre les deux cultures. Il s'agit également de pouvoir comparer et comprendre les différences, voire les contradictions pour permettre une meilleure remise en cause de son propre système⁴²¹. Hanna Arendt explique que « la faculté de juger repose sur un accord potentiel avec autrui » puisque « c'est de cet accord potentiel que le jugement tire sa validité »⁴²². Elle rappelle ainsi que « le jugement, pour être valide réclame la

⁴¹⁴ K. ROBERT, *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013 : « L'approche positiviste postule que toute loi et/ou toute norme élaborées dans les formes prévues pour la production juridique sont nécessairement valables. De plus, tout le droit est dans la «loi» ; et toute loi est du droit. Le droit est ainsi identifié à l'État. Lui seul possède la compétence de l'édicter à travers sa volonté et ses procédures réglementées. », p. 145.

⁴¹⁵ Selon l'approche volontariste le droit international repose nécessairement sur la volonté des États puisque le droit prend sa source dans l'expression d'une volonté.

⁴¹⁶ LUDOVIC HENNEBEL, «L'"humanisation" du Droit international des droits de l'homme: commentaire sur l'avis consultatif n°18 de la cour interaméricaine relatif aux droits des migrants», (2004) 59 *Rev. trim. dr. h.* 747, p. 752.

⁴¹⁷ K. ROBERT, préc. note 414 : « Le droit naturel concerne les éléments du droit antérieurs et extérieurs à l'action volontaire et sociale de l'homme. Ces éléments s'opposent à son attention comme données ». p. 155.

⁴¹⁸ L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 479.

⁴¹⁹ L. HENNEBEL, préc., note 21, p. 118.

⁴²⁰ L. HENNEBEL, préc., note 416, p. 756.

⁴²¹ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 61.

⁴²² HANNAH ARENDT, *La crise de la culture*, Paris, Éditions Gallimard, 1972, p. 281.

présence d'autrui »⁴²³. Cette réflexion s'inspire de la notion de « mentalité élargie » développée par Kant signifiant « qu'il faut être capable de penser à la place de quelqu'un d'autre »⁴²⁴. Le juge doit alors pouvoir prendre de la distance avec sa propre pensée, ce qui implique une impartialité irréprochable de sa part⁴²⁵. De fait, on peut souligner que l'étude du droit étranger permet de nourrir de nouvelles réflexions et de prendre du recul sur le système juridique national. Il permet alors de développer une autocritique sur certains dogmes nationaux⁴²⁶. Le degré d'ouverture au dialogue semble alors être un bon indice de la qualité et de la profondeur de l'analyse⁴²⁷. Cette même idée s'illustre également dans l'affaire *Lawrence v. Texas*⁴²⁸ de la Cour suprême des Etats-Unis citée plus haut⁴²⁹ puisque le droit étranger est utilisé par le juge davantage comme un outil d'analyse que comme un précédent⁴³⁰.

Malgré le fait qu'il n'existe aucune obligation à dialoguer, il semble alors évident que les juges trouvent de multiples raisons leur donnant des intérêts à échanger. Le dialogue des juges n'est donc pas toujours désintéressé⁴³¹ puisqu'il tend à renforcer l'autorité de la jurisprudence.

⁴²³ *Id.*, p. 282.

⁴²⁴ *Id.*, p. 281.

⁴²⁵ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 62.

⁴²⁶ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note, p. 67.

⁴²⁷ *Id.*

⁴²⁸ *Lawrence c. Texas*, préc., note 400.

⁴²⁹ Voir *infra*, p. 62.

⁴³⁰ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 61.

⁴³¹ *Id.*, p. 29.

2- Le renforcement des droits fondamentaux

L'utilisation d'éléments juridiques étrangers permet d'apporter de nouveaux outils et de nouvelles sources favorables à la sophistication du droit⁴³². Cela contribue, si ce n'est à une protection accrue des droits fondamentaux, du moins à une harmonisation du droit.

a) Des avancées jurisprudentielles majeures

Pour illustrer les avancées jurisprudentielles liées à la protection de l'intégrité des personnes et à l'application des droits sociaux, nous avons retenu la question de la peine de mort, des disparitions forcées ainsi que l'application des droits sociaux minimaux aux migrants. Ces différents thèmes permettront d'illustrer les effets concrets du dialogue entre les juges de la CEDH et de la CIADH.

i - La restriction de la peine de mort : un renforcement mutuel

La question de la peine de mort représente une bonne illustration de la contribution du dialogue des juges sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH, mais aussi de la CIADH, même si elle demeure plus faible.

⁴³² A.-M. SLAUGHTER, préc., note 3, p. 65.

La *Convention européenne* n'interdit pas expressément cette pratique, cependant la jurisprudence de la Cour précise qu'elle doit s'appliquer sous certaines conditions⁴³³. Dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*⁴³⁴ du 7 juillet 1989, la Cour de Strasbourg avait conclu dans le cadre d'une demande d'extradition d'un détenu que le « syndrome du couloir de la mort » constituait une violation de l'article 3 de la CESDH relatif à l'interdiction de la torture, eu égard à « l'angoisse omniprésente et croissante de l'exécution » et « à la situation personnelle du requérant, en particulier son âge et son état mental à l'époque de l'infraction »⁴³⁵. Cette affaire marque un premier pas vers une restriction de la peine de mort dans la jurisprudence européenne. Il faut toutefois noter que la CEDH ne cite à aucun moment la jurisprudence internationale y compris celle de la CIADH.

Dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*⁴³⁶ du 12 mars 2003, la CEDH a précisé et renforcé ces conditions. À la lecture du jugement, on sent notamment l'influence de la jurisprudence de la CIADH⁴³⁷, plus précisément de l'avis consultatif OC-16/99 du 1^{er} octobre 1999 relatif au « droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'un procès équitable »⁴³⁸ et de l'arrêt *Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinidad et Tobago*⁴³⁹ du 21 juin 2002 relatif à la peine de mort. En effet, la CIADH avait, dans ces affaires, insisté sur le caractère irréversible de la peine capitale pour justifier l'importance du respect des

⁴³³ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 157.

⁴³⁴ *Soering c. Royaume-Uni*, préc., note 404.

⁴³⁵ *Id.*, §111.

⁴³⁶ *Öcalan c. Turquie*, n° 46221/99, §203, 12 mars 2003 (CEDH).

⁴³⁷ FREDERIC SUDRE, JEAN-PIERRE MARGUENAUD, JOËL ANDRIANTSIMBAZOVINA, ADELIN GOUTTENOIRE ET MICHEL LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 5e éd., coll. «Thémis», Paris, Presses universitaires de France, 2009, p. 138.

⁴³⁸ *Droit à l'information sur l'assistance consulaire*, préc., note 155, §§135-136.

⁴³⁹ *Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinidad et Tobago*, préc., note 405, §§146-148.

règles du procès équitable. La CEDH⁴⁴⁰ s'est ainsi orientée vers le renforcement de l'exigence d'un procès équitable lors de la procédure pénale en reprenant l'un des arguments de la CIADH relatif à l'irréversibilité des faits⁴⁴¹.

Il est intéressant de noter qu'il s'agit bien d'un renforcement mutuel, puisque la CIADH avait dans son arrêt *Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinidad et Tobago*⁴⁴² également eu recours à la jurisprudence de la CEDH, et notamment à l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*⁴⁴³ afin d'appuyer sa propre décision⁴⁴⁴ tel que l'illustre ce passage de l'arrêt de la CIADH :

*“Likewise, in Soering v. United Kingdom, the European Court found that the "death row phenomenon" is a cruel, inhuman and degrading treatment, and is characterized by a prolonged period of detention while awaiting execution, during which prisoners sentenced to death suffer severe mental anxiety in addition to other circumstances, including, among others: the way in which the sentence was imposed; lack of consideration of the personal characteristics of the accused; the disproportionality between the punishment and the crime committed; the detention conditions while awaiting execution; delays in the appeal process or in reviewing the death sentence during which time the individual experiences extreme psychological tension and trauma; the fact that the judge does not take into consideration the age or mental state of the condemned person; as well as continuous anticipation about what practices their execution may entail”*⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ *Öcalan c. Turquie*, préc., note 427, §§63-64.

⁴⁴¹ Dans l'affaire *Öcalan c. Turquie* du 12 mars 2003 la CEDH mentionne au §203 :

« [L]es normes d'équité les plus strictes et les plus rigoureuses doivent être observées dans la procédure pénale tant en première instance qu'en appel. L'exécution de la peine capitale étant irréversible, ce n'est que par l'application de telles normes qu'une mort arbitraire et illégale peut être évitée ».

⁴⁴² *Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinidad et Tobago*, préc., note 405, §27, §29 et §167.

⁴⁴³ *Soering c. Royaume-Uni*, préc., note 404.

⁴⁴⁴ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 158.

⁴⁴⁵ *Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinidad et Tobago*, préc., note 405, §167.

La CIADH s'appuie alors sur l'argumentation développée par la CEDH relative à l'intensité de la souffrance occasionnée par le syndrome du « couloir de la mort » pour en déduire une violation de l'article 5 de la CADH relatif à la protection du droit à l'intégrité de la personne⁴⁴⁶. De plus, dans l'arrêt *Boyce et autres c. Barbade*⁴⁴⁷ du 20 novembre 2007⁴⁴⁸, relatif à l'application obligatoire de la peine de mort, la Cour de San José s'était également inspirée de la jurisprudence de sa consœur⁴⁴⁹ afin de préciser que la privation totale du détenu de tout contact avec sa famille constituait une violation de l'article 5 de la CADH relatif à la protection du droit à l'intégrité de la personne⁴⁵⁰. La CEDH a finalement consacré l'interdiction de la peine de mort « en toutes circonstances », dans l'arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*⁴⁵¹, du 2 mars 2010⁴⁵² avant même la ratification par tous les États membres du *Protocole n°13*⁴⁵³ prévoyant l'abolition universelle de la peine de mort. Le dialogue des juges a donc permis aux deux Cours d'adopter une interprétation « extensive » et « dynamique » du droit existant sur la question de la peine de mort⁴⁵⁴.

⁴⁴⁶ *Id.*, § 172.

⁴⁴⁷ *Boyce et autres c. Barbade*, 20 novembre 2007, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°169 (CIADH).

⁴⁴⁸ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33.

⁴⁴⁹ *Bagiński c. Pologne*, n°37444/97, §89, 11 octobre 2005 (CEDH).

⁴⁵⁰ *Boyce et autres c. Barbade*, préc., note 447, §97 et §102.

⁴⁵¹ *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, §120, CEDH 2010 (CEDH).

⁴⁵² *Boyce et autres c. Barbade*, préc., note 447, §97 et §102.

⁴⁵³ *Protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances*, 3 mai 2002, STCE n° 187 (entré en vigueur le 1er juillet 2003).

⁴⁵⁴ COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *L'abolition de la peine de mort*, Strasbourg, Unité de la Presse, août 2013, p. 7.

ii - Les disparitions forcées : l'apport de la CIADH

La CIADH a permis quant à elle de véritables avancées à travers sa jurisprudence liée aux disparitions forcées. Il faut savoir que les disparitions forcées sont des traces de l'héritage des régimes autoritaires latino-américains ainsi que des carences démocratiques encore présentes de nos jours⁴⁵⁵. La Cour a particulièrement œuvré en renforçant continuellement sa jurisprudence sur cette question, afin d'éviter l'impunité⁴⁵⁶.

L'affaire *Velásquez Rodríguez*⁴⁵⁷ du 29 juillet 1988⁴⁵⁸, reconnaît pour la première fois la mise en cause de la responsabilité directe d'un État dans un cas de disparition forcée⁴⁵⁹. Les juges se fondent notamment sur l'article 1.1 de la CADH sur l'obligation des États à respecter les droits garantis par ladite Convention⁴⁶⁰ afin de constater les multiples violations des droits de la CADH que constituent les disparitions forcées⁴⁶¹. Ils concluent qu'il y a eu violation du droit à la liberté de la personne (article 7), violation du droit à l'intégrité de la personne (article

⁴⁵⁵ L. HENNEBEL, préc., note 324.

⁴⁵⁶ CARLOS F. LUSVERTI, *La persistencia de las desapariciones forzadas en América Latina*, en ligne: <<http://amnistia.me/profiles/blogs/la-persistencia-de-las-desapariciones-forzadas-en-am-rica-latina>> (consulté le 14 février 2014).

⁴⁵⁷ *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, préc., note 309.

⁴⁵⁸ Dans l'affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras* la disparition de Manfredo Velásquez se déroule au Honduras (de 1981 à 1984) dans un contexte historique caractérisé par de multiples disparitions estimées entre 100 et 150 personnes. Ces disparitions se déroulaient la plupart du temps de la même manière, c'est-à-dire par des enlèvements commis par des hommes armés, vêtus en civil, mais dont il était connu de tous qu'il s'agissait d'agents militaires ou des forces de police. Manfredo Velásquez était étudiant lorsqu'il fut séquestré le 12 septembre 1981. De plus, les tribunaux honduriens n'ont effectué aucune enquête pour retrouver le disparu malgré les multiples requêtes de la famille.

⁴⁵⁹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, pp. 165-166.

⁴⁶⁰ L'article 1. 1 de la CADH se lit comme suit :

« Les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale ».

⁴⁶¹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 164.

5) et violation du droit à la vie (article 4)⁴⁶². Une théorie de la présomption de décès a également été développée dans cette affaire en se fondant sur la méthode du faisceau d'indices⁴⁶³. Ainsi, les juges constatent une violation du droit à la vie en raison du contexte dans lequel s'est produite la disparition combiné aux faits de l'espèce⁴⁶⁴.

Par ailleurs, faute de preuve, il est arrivé que la CIADH ne reconnaisse pas la violation de l'article 5 de la *Convention américaine*⁴⁶⁵ relatif au droit à l'intégrité de la personne malgré la reconnaissance de la violation du droit à la vie, tel que l'illustre l'affaire *Caballero Delgado et Santana c. Colombie*⁴⁶⁶ du 8 décembre 1995. Toutefois, elle a souligné dans différents arrêts⁴⁶⁷ que les disparitions étaient commises sous la complicité de l'État lui-même et qu'il y avait une volonté d'effacer toute trace de ces disparitions⁴⁶⁸. Dans ces circonstances, la Cour souligne que l'obtention de preuve s'avère particulièrement difficile. Pour surmonter cet obstacle et face à la gravité des faits, elle a donc considéré que de simples présomptions ou qu'un faisceau d'indices pouvait avoir valeur de preuve pour constater la violation du droit à la vie et du droit à l'intégrité⁴⁶⁹.

La jurisprudence de la CIADH s'est inspirée des travaux préparatoires du groupe de travail des Nations Unies visant l'élaboration de la *Convention internationale pour la protection de toutes*

⁴⁶² *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, préc., note 23.

⁴⁶³ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 164.

⁴⁶⁴ *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, préc., note 309, §§59-63.

⁴⁶⁵ *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, préc., note 23.

⁴⁶⁶ *Caballero Delgado et Santana c. Colombie*, 8 décembre 1995, Fond, Série C n° 22 (CIADH).

⁴⁶⁷ *Benavides c. Pérou*, 18 août 2000, Fond, Série C n°69 (CIADH); *Gangaram Panday c. Surinam*, 21 janvier 1994, Fonds et réparations, Série C n° 16 (CIADH); *Godínez Cruz c. Honduras*, 20 janvier 1989, Fond, Série C n°5 (CIADH).

⁴⁶⁸ *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, préc., note 309, §124.

⁴⁶⁹ *Id.*, §131.

les personnes contre les disparitions forcées⁴⁷⁰ en rappelant les caractéristiques des disparitions forcées⁴⁷¹, qui sont « la privation de liberté », « l'intervention directe des agents de l'État ou de leur acquiescement », et « le refus étatique de reconnaître cette détention et de révéler le sort de la personne concernée ou le lieu où elle se trouve »⁴⁷². Dans l'affaire *Ticona Estrada et autres c. Bolivie* du 27 novembre 2008, les faits avaient trait à la disparition de deux frères, Renato Ticona et Hugo Ticona, séquestrés par des agents de l'État bolivien et torturés par ces mêmes agents. Seul, Hugo Ticona fut retrouvé vivant. En effet, plus de 28 ans après les faits, Renato Ticona reste disparu⁴⁷³. Dans cet arrêt, la CIADH rappelle que la disparition forcée est « une violation multiple et complexe »⁴⁷⁴, car elle se prolonge dans le temps et implique diverses atteintes aux droits fondamentaux⁴⁷⁵. De plus, elle est souvent suivie de torture et d'exécutions extrajudiciaires⁴⁷⁶. Considérant les circonstances et le caractère systématique des disparitions forcées, la CIADH conclut que l'État est responsable de la violation du droit à l'intégrité personnelle et du droit à la vie malgré l'absence de preuves directes⁴⁷⁷.

La CIADH a également reconnu les caractères « continu » et « permanent » des disparitions forcées en se fondant notamment sur l'article III de la *Convention interaméricaine sur la*

⁴⁷⁰ *Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, 20 décembre 2006, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 2715, Doc.A/61/448 (entrée en vigueur le 23 décembre 2010).

⁴⁷¹ *Gómez Palomino c. Pérou*, 22 novembre 2005, Fond et réparations, Série C n°136 (CIADH) ; *Heliodoro Portugal c. Panama*, 12 août 2008, Exceptions préliminaires, Fond et réparations, Série C n°186 (CADH) ; *Ticona Estrada et autres c. Bolivie*, 27 novembre 2008, Fond et réparations, Série C n°191 (CADH).

⁴⁷² J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 165.

⁴⁷³ *Ticona Estrada et autres c. Bolivie* 27 novembre 2008, Fond et réparations, Série C n°191 (CIADH).

⁴⁷⁴ M. ROTA, préc., note 203, p. 195.

⁴⁷⁵ *Ticona Estrada et autres c. Bolivie* préc., note 473, §56.

⁴⁷⁶ *Id.*, §59.

⁴⁷⁷ *Id.*, §§62-63.

*disparition forcée des personnes*⁴⁷⁸ et l'article 17.1 de la *Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*⁴⁷⁹ de 1992⁴⁸⁰. Cela a permis à la Cour d'étudier certaines affaires alors même que l'État en cause n'avait pas encore reconnu sa compétence à l'époque des faits⁴⁸¹. De plus, la CIADH a souligné que les disparitions forcées équivalaient à une grave atteinte de la CADH puisqu'elles se trouvent en totale opposition avec les valeurs émanant du texte, tel que le respect de la dignité humaine⁴⁸². Elle a finalement reconnu l'interdiction des disparitions forcées, et le devoir d'enquête et de sanction de l'État comme ayant une valeur de *jus cogens*⁴⁸³, c'est-à-dire de norme impérative.

Malgré les grands apports de la jurisprudence de la CIADH sur la question des disparitions forcées, la CEDH, n'a suivi que timidement sa consœur⁴⁸⁴. Ainsi, dans différentes affaires de disparitions sur le vieux continent telles que *Kurt c. Turquie*⁴⁸⁵ du 25 mai 1998, la CEDH n'avait reconnu qu'une atteinte au droit à la liberté et à la sûreté protégé par l'article 5 de la CESDH⁴⁸⁶. Toutefois, dans l'affaire *Timurtas c. Turquie*⁴⁸⁷ du 13 juin 2000 la position de la CEDH évolue. Il s'agissait dans les faits de l'enlèvement par des soldats turcs d'Abdolvahap Timurtas, un homme soupçonné d'appartenir au Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK). Le

⁴⁷⁸ *Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes*, 9 juin 1994, 33 I.L.M. 1429, (A-60) (entrée en vigueur le 28 mars 1996).

⁴⁷⁹ *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, 18 décembre 1992, A.G. res. 47/133, 47 U.N. GAOR Supp. (No. 49) 207, U.N. Doc. A/47/49 (1992).

⁴⁸⁰ M. ROTA, préc., note 203, p. 195.

⁴⁸¹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 165.

⁴⁸² *Godínez Cruz c. Honduras*, 20 janvier 1989, Fond, Série C n°5 (CIADH).

⁴⁸³ *Goiburú et autres c. Paraguay*, 22 septembre 2006, Fond et réparations, Série C n°153 (CIADH).

⁴⁸⁴ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 166.

⁴⁸⁵ *Kurt c. Turquie*, 25 mai 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-III

⁴⁸⁶ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 167.

⁴⁸⁷ *Timurtas c. Turquie*, n°23531/94, CEDH 2000-VI (CEDH).

père du disparu affirmait avoir été averti par un appel anonyme de l'arrestation de son fils le 14 août 1993. Précisons que les faits sont controversés et, dans son jugement, la CEDH note la réticence particulière de la part du gouvernement turc à fournir « toutes les facilités nécessaires à la Commission » chargée de l'enquête afin « d'établir les faits de l'espèce »⁴⁸⁸. Le premier élément intéressant est le fait que la CEDH constate dans cet arrêt non seulement la violation de l'article 5 relatif au droit à la liberté et à la sûreté, mais aussi les violations de l'article 2 relatif au droit à la vie, de l'article 13 relatif au droit à un recours effectif et de l'article 3 relatif à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Cela rappelle la jurisprudence de la CIADH, puisque celle-ci considère qu'une disparition forcée constitue une violation multiple des droits⁴⁸⁹ tel que nous l'avons vu plus haut⁴⁹⁰.

Le second point commun avec la CIADH est de retenir plus spécifiquement la transgression du droit à la vie en se fondant sur un faisceau d'indices. En effet, les juges de la CEDH notent finalement que le temps écoulé depuis la disparition et d'autres éléments circonstanciels permettent de constater une violation de l'article 2 de la *Convention européenne* relatif au droit à la vie tel que l'illustre ce passage :

« Le laps de temps écoulé depuis le placement en détention de l'intéressé, bien que non déterminant en soi, est un facteur à prendre en compte. Il convient d'admettre que plus le temps passe sans que l'on ait de nouvelles de la personne détenue, plus il est probable qu'elle est décédée. Ainsi, l'écoulement du temps peut avoir une certaine incidence sur l'importance à accorder à d'autres éléments de preuve circonstanciels avant que l'on puisse conclure que l'intéressé doit être présumé mort. Selon la Cour, cette situation soulève des questions qui dépassent le cadre d'une simple détention irrégulière emportant violation de

⁴⁸⁸ *Id.*, §39.

⁴⁸⁹ Voir *infra*, p. 74.

⁴⁹⁰ *Ticona Estrada et autres c. Bolivie* préc., note 473.

l'article 5. Une telle interprétation est conforme à la protection effective du droit à la vie garanti par l'article 2, l'une des dispositions essentielles de la Convention »⁴⁹¹.

La CEDH déduit donc que lorsqu'une personne se trouve entre les mains des autorités alors même qu'elle est en bonne santé et qu'elle est par la suite présumée morte, l'absence d'explications des autorités combinée au temps écoulé suffit à constater la violation du droit à la vie.

De plus, l'idée selon laquelle ce raisonnement serait bien l'influence de la CIADH est renforcée par les observations écrites du Centre pour la Justice et le Droit international (CEJIL) qui rappelle dans ses observations écrites en tant qu'*amicus curiae* la jurisprudence de la CIADH pour appuyer sa prétention à l'effet qu'il y avait eu violation du droit à la vie. Le CEJIL précise ainsi que selon la jurisprudence de la CIADH, la violation du droit à la vie garanti par l'article 4 de la CADH peut être constaté à la fois par « un phénomène de disparition se soldant par le décès des victimes » ou par « les faits constitutifs d'un cas isolé de disparition forcée ayant eu une issue fatale, indépendamment de toute pratique officielle » ; ces deux éléments étant combinés à « l'écoulement du temps »⁴⁹². Nous pouvons donc affirmer que la CEDH s'inspire fortement du raisonnement de la CIADH même si cela n'apparaît pas de manière explicite et directe dans son argumentation⁴⁹³. Il faut noter que ce même raisonnement est repris par les juges dans l'affaire *Bazorkina c. Russie*⁴⁹⁴ du 27 juillet 2006.

⁴⁹¹ *Timurtaş c. Turquie*, préc., note 487, §83.

⁴⁹² *Id.*

⁴⁹³ JEROME BENZIMRA-HAZAN, «En marge de l'arrêt Timurtaş contre la Turquie: vers l'homogénéisation des approches du phénomène des disparitions forcées de personnes», (2001) *Rev. trim. dr. h.* p. 983

⁴⁹⁴ *Bazorkina c. Russie*, n°69481/01, 27 juillet 2006 (CEDH)

En effet, ceux-ci retiennent une « présomption de causalité » sur le décès de la victime suite à une garde à vue, due à l'« absence d'explications plausibles » par les autorités. Toutefois, la CEDH reste plus prudente que la CIADH puisqu'elle ne fait qu'assouplir les conditions permettant de constater la violation du droit à la vie dans des cas isolés de disparitions, alors que pour la CIADH il suffit de mettre en relation « les faits de la cause » avec la « pratique officielle caractérisée par de multiples disparitions »⁴⁹⁵ pour constater une telle violation.

Dans les affaires *Blake c. Guatemala*⁴⁹⁶ du 24 janvier 1998 et *Bamaca Velásquez*⁴⁹⁷ du 25 novembre 2000, la CIADH a précisé que la douleur des membres de la famille des victimes de disparitions forcées équivalait à un traitement inhumain et dégradant et donc à une violation de leur intégrité personnelle garantie par l'article 5 de la CADH. La Cour de San José a ainsi contribué à étendre l'application et le respect du droit à l'intégrité personnelle⁴⁹⁸. De même, dans les affaires *Valle Jaramillo et autres c. Colombie*⁴⁹⁹, et *Ticona Estrada et autres c. Bolivie*⁵⁰⁰ évoquée précédemment⁵⁰¹, les juges ont reconnu que certains faits tels que les cas de massacres, disparitions forcées, ou exécutions extrajudiciaires, pouvaient porter atteinte à l'intégrité des proches de la victime. La Cour de San José a alors reconnu une présomption simple de cette violation pour la « famille immédiate » renversant ainsi la charge de la preuve⁵⁰². D'après elle, la disparition suffit donc à considérer qu'il y a bien violation au droit à

⁴⁹⁵ J. BENZIMRA-HAZAN, préc., note 493, p. 986.

⁴⁹⁶ *Blake c. Guatemala*, 24 janvier 1998, Fond, Série C n°36 (CIADH).

⁴⁹⁷ *Bamaca Velásquez*, 25 novembre 2000, Fond, Série C n°70 (CIADH).

⁴⁹⁸ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 167.

⁴⁹⁹ *Valle Jaramillo c. Colombie*, 27 novembre 2008, Fond et réparations, Série C n°192 (CIADH), §119.

⁵⁰⁰ *Ticona Estrada et autres c. Bolivie* préc., note 473, §58.

⁵⁰¹ Voir *infra*, p. 74.

⁵⁰² M. ROTA, préc., note 203, p. 194.

l'intégrité de la famille proche de la victime. Ce raisonnement va plus loin que l'interprétation retenue par la CEDH tel que l'illustre l'affaire *Çakici c. Turquie* du 8 juillet 1999 :

« la Cour souligne que l'essence d'une telle violation ne résidait pas tant dans le fait de la «disparition» du membre de la famille que dans les réactions et le comportement des autorités face à la situation qui leur a été signalé. C'est notamment au regard de ce dernier élément qu'un parent peut se prétendre directement victime du comportement des autorités »⁵⁰³.

Ainsi, la CEDH considère dans cet arrêt que lorsqu'il n'y a pas d'enquête effective de la part des autorités de l'État, il y a violation au droit à l'intégrité des proches, alors que pour la CIADH, cela ne constitue pas l'élément essentiel puisqu'elle se fonde avant tout sur la disparition elle-même pour constater une telle violation⁵⁰⁴. Soulignons tout de même que dans l'affaire *Timurtas c. Turquie*⁵⁰⁵ la CEDH insiste non seulement sur l'indifférence des autorités pour considérer la transgression de l'article 3 de la CESDH relatif à l'interdiction de la torture concernant le père du disparu, mais aussi sur « l'angoisse du requérant » occasionnée par la disparition de son fils⁵⁰⁶. La question des disparitions forcées illustre finalement l'influence que peut avoir la CIADH sur la CEDH, ce qui est moins le cas pour l'application des droits sociaux aux migrants.

⁵⁰³ *Çakici c. Turquie*, [GC], n°23657/94, §98, CEDH 1999-IV (CEDH).

⁵⁰⁴ M. ROTA, préc., note 203, p. 194.

⁵⁰⁵ *Timurtas c. Turquie*, préc., note 487.

⁵⁰⁶ *Id.*, §96.

iii- L'application des droits sociaux aux migrants : vers une influence mutuelle des Cours ?

Concernant les droits sociaux, la CIADH dans un avis consultatif de 2003 a lancé un véritable débat sur la question de « *la condition juridique et les droits des travailleurs migrants sans-papiers* »⁵⁰⁷ en posant les bases d'un statut universel pour la protection des travailleurs migrants irréguliers⁵⁰⁸. Cet avis consultatif, tel que vu plus haut⁵⁰⁹, a été donné en réponse à une demande du Mexique à la suite d'une décision de 2002 de la Cour Suprême des États-Unis⁵¹⁰. La CIADH s'inspire de plusieurs instruments internationaux pour rendre cet arrêt. Ainsi, elle définit la notion de travailleur migrant en se fondant sur l'article 11 de la *Convention n° 97 sur les travailleurs migrants* (1949) de l'OIT précisant que « le terme *travailleur migrant* désigne une personne qui émigre d'un pays vers un autre pays en vue d'occuper un emploi autrement que pour son propre compte; il inclut toute personne admise régulièrement en qualité de travailleur migrant »⁵¹¹. Sa définition lui permet d'inclure les travailleurs irréguliers puisqu'ils ne sont pas exclus explicitement. Elle en déduit par conséquent le devoir de garantir leur accès aux droits fondamentaux sans aucune discrimination⁵¹². De plus, elle se fonde sur des instruments propres au système interaméricain pour évoquer le principe d'égalité et de non-discrimination⁵¹³. Elle relève ainsi l'universalité du principe⁵¹⁴ et précise qu'il est garanti par l'article 26 du *Pacte sur les droits civils et*

⁵⁰⁷ *La condition juridique et les droits des travailleurs migrants sans-papiers*, préc., note 409.

⁵⁰⁸ *Çakıcı c. Turquie*, préc., note 503.

⁵⁰⁹ Voir *infra*, p. 64.

⁵¹⁰ *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. National Labor Relations Board*, préc., note 410.

⁵¹¹ *Convention (n° 97) sur les travailleurs migrants (révisée)*, 1er juillet 1949, C097 (entrée en vigueur le 22 janvier 1952).

⁵¹² L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 478.

⁵¹³ *La condition juridique et les droits des travailleurs migrants sans-papiers*, préc., note 409.

⁵¹⁴ *Id.*, §86.

*politiques*⁵¹⁵. Elle ajoute qu'il s'agit d'un principe garanti par de multiples instruments interaméricains puisqu'il est mentionné à l'article 3§1 et 17 de la *Charte de la OÉA*⁵¹⁶, à l'article 24 de la CADH et à l'article II de la *Déclaration américaine*⁵¹⁷. Notons par ailleurs que ce principe occupe une place essentielle dans son argumentation puisqu'il va permettre de dégager les obligations positives qui en découlent.

Ainsi, après avoir relevé l'importance du principe de non-discrimination en droit international la CIADH cite également la jurisprudence internationale et supranationale pour renforcer sa position, notamment celle de la CEDH⁵¹⁸ précisant le devoir des États de prévenir et de réparer toute violation des droits fondamentaux⁵¹⁹. De plus, elle reconnaît la valeur de *jus cogens* au principe d'égalité devant la loi et de non-discrimination en se fondant notamment sur les liens étroits entre ce principe et le respect de la dignité humaine⁵²⁰. Elle reconnaît finalement au migrant entrant dans une relation d'emploi la reconnaissance des droits fondamentaux au travail⁵²¹, en accord avec la *Convention internationale sur la protection des droits des travailleurs migrants*⁵²² de 1990 et tous les instruments de l'OIT, puisque ceux-ci s'appliquent à tous les travailleurs y compris les migrants irréguliers, sauf mention contraire⁵²³. Cette affirmation ne représente cependant qu'un simple avis, ce qui relativise ses effets et son

⁵¹⁵ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 54.

⁵¹⁶ *Charte de l'Organisation des États Américains*, préc., note 24.

⁵¹⁷ *Déclaration américaine sur les droits et devoirs de l'Homme*, préc., note 22.

⁵¹⁸ *Irlande c. Royaume-Uni*, préc., note 352.

⁵¹⁹ *Id.*, §80.

⁵²⁰ *La condition juridique et les droits des travailleurs migrants sans-papiers*, préc., note 409, §100.

⁵²¹ *Id.*, §§133-134.

⁵²² *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille* 18 décembre 1990, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 2220, p. 3; Doc.A/RES/45/158. (entrée en vigueur le 1er juillet 2003).

⁵²³ ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Résolution concernant une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*, La Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, réunie en sa 92^e session, 16 juin 2004, §28.

influence potentiels notamment lorsque l'on sait qu'il n'existe pas encore de jurisprudence de la CIADH relative à la distinction entre nationaux et étrangers⁵²⁴, contrairement à la CEDH.

Concernant le système européen, la CESDH s'applique à « toute personne relevant de la juridiction des parties contractantes » ce qui n'exclut donc pas les migrants irréguliers. Toutefois, la *Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant*⁵²⁵ l'exclut elle d'office, par sa définition donnée à l'article 1.1⁵²⁶. La CEDH ne s'est pas directement prononcée sur cette question⁵²⁷. Cependant, elle l'a évoquée dans plusieurs arrêts, comme dans l'affaire *Gaygusuz c. Autriche*⁵²⁸ relative à la question de l'attribution de prestations sociales contributives à des non-nationaux. Dans les faits, les autorités autrichiennes avaient refusé d'allouer une allocation d'urgence à un ressortissant turc ayant travaillé en tant que salarié en Autriche pour le seul motif de la nationalité. Il s'agissait d'un migrant régulier. La CEDH a conclu que la différence de traitement fondée exclusivement sur la nationalité est discriminatoire puisque, même s'il est laissé une marge d'appréciation aux États à ce sujet, ceux-ci doivent avancer des « considérations très fortes » pour justifier une telle différence⁵²⁹.

⁵²⁴ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 293.

⁵²⁵ *Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant*, 24 novembre 1977, STCE n°093 (entrée en vigueur le 1er mai 1983).

⁵²⁶ L'article 1.1 de la *Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant* se lit comme suit : « aux fins de la présente Convention, le terme «travailleur migrant» désigne le ressortissant d'une Partie contractante qui a été autorisé par une autre Partie contractante à séjourner sur son territoire pour y occuper un emploi salarié ».

⁵²⁷ RYSZARD CHOLEWINSKI, *Migrants irréguliers: l'accès aux droits sociaux minimaux*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 61.

⁵²⁸ *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV (CEDH).

⁵²⁹ *Id.*, §42.

Concernant le critère du statut de séjour pour justifier d'une différence de traitement, la CEDH distingue le migrant qui se trouve dans une situation de séjour « subie » et ceux qui se trouvent dans une situation de séjour « choisie », ⁵³⁰ c'est-à-dire s'ils bénéficient par exemple du statut de réfugié ⁵³¹. Dans l'affaire *Bah c. Royaume-Uni* ⁵³² du 27 septembre 2011, une ressortissante de la Sierra Leone avait fait la demande d'un statut prioritaire pour l'obtention d'un logement social ce qui lui avait été refusé par les autorités britanniques au motif que son fils ne disposait que d'un droit de séjour limité. À cet égard, la CEDH précise qu'en « ayant fait venir son fils au Royaume-Uni tout en étant parfaitement consciente de la condition attachée au permis de séjour de celui-ci, la requérante avait accepté cette condition et a bel et bien consenti à ne pas recourir aux deniers publics pour subvenir aux besoins de son enfant ». Elle estime alors « qu'il est justifiable d'opérer une distinction entre les individus dont le besoin prioritaire reposerait sur une personne séjournant au Royaume-Uni de manière irrégulière ou à la condition qu'elle ne recourt pas aux fonds publics, et les personnes dont le besoin prioritaire reposerait sur autre chose » ⁵³³. La Cour accepte donc la différence de traitement puisqu'elle se trouvait dans une situation de séjour « choisie » dans le sens où les autorités avaient accepté d'accorder un permis de séjour temporaire à l'enfant à condition que la famille n'ait pas recours à une aide sociale.

Ces trois thèmes illustrent, grâce au dialogue judiciaire, les avancées jurisprudentielles de la CEDH et de la CIADH qui ont participé au renforcement des droits fondamentaux à travers

⁵³⁰ CENTRE POUR L'EGALITE DES CHANCES ET LA LUTTE CONTRE LE RACISME, *Différences de traitement en fonction de la nationalité ou du statut de séjour: justifiées ou non?* [Ressource électronique], en ligne: <http://www.diversite.be/sites/default/files/documents/publication/differences_de_traitement.pdf> (consulté le 21 avril 2014), p. 16.

⁵³¹ *Bah c. Royaume-Uni*, n° 56328/07, CEDH 2011 (CEDH).

⁵³² *Id.*

⁵³³ *Id.*, §50.

l'harmonisation de ces droits. Toutefois, nous constatons que l'influence que les opinions jurisprudentielles des Cours exercent l'une sur l'autre doit être relativisée selon la question évoquée.

b) L'harmonisation des droits

Les différences textuelles existant sur le droit à l'intégrité de la personne humaine ne semblent pas empêcher une vision convergente des juges sur cette question. De plus, la protection des droits économiques et sociaux par les juges de la CEDH et de la CIADH se caractérise par des méthodes communes, telles que celles des obligations positives et d'une protection par ricochet des droits sociaux à travers l'utilisation des droits civils et politiques.

i- Une vision commune de la protection de l'intégrité de la personne humaine

Il est possible de constater d'importantes différences entre la formulation de l'article 3 de la CESDH⁵³⁴ et son pendant, l'article 5 de la CADH, tous deux relatifs à la protection de

⁵³⁴ L'article 3 de la CESDH intitulé « *Interdiction de la torture* » se lit comme suit : « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des traitements inhumains et dégradants* ».

l'intégrité de la personne⁵³⁵. En effet, dans la CESDH, il est fait une simple mention de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants à l'article 3, alors que l'article 5 de la CADH⁵³⁶ donne une portée positive au principe en précisant que « toute personne a droit au respect de son intégrité physique, psychique et morale » et en mentionnant l'obligation de respecter la « dignité inhérente à la personne humaine »⁵³⁷.

De plus, l'article 3 de la *Convention européenne* évoque l'interdiction de « la torture » et des « traitements inhumains et dégradants » sans jamais mentionner l'« intégrité » de la personne, contrairement à l'article 5 de la CADH. Ainsi, toute violation du principe d'interdiction de la torture dans le système interaméricain s'assimile également à une violation de l'intégrité⁵³⁸. Il faut également souligner que dans chaque région il existe un instrument spécifique, soit la *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*⁵³⁹ de 1985 et la *Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements*

⁵³⁵ LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, «Les équivalents de l'article 3 de la Convention européenne dans le système interaméricain des droits de l'homme», dans CATHERINE-AMELIE CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 23.

⁵³⁶ L'article 5 de la CADH intitulé « *Droit à l'intégrité de la personne* » se lit comme suit :

« 1. *Toute personne a droit au respect de son intégrité physique, psychique et moral.*

2. *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Toute personne privée de sa liberté sera traitée avec le respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine.*

3. *La peine est personnelle et ne peut frapper que le délinquant.*

4. *Les prévenus doivent être, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés, et soumis à un régime approprié à leur condition de personnes non condamnées.*

5. *Lorsque le prévenu est dans sa minorité, il doit être séparé des adultes et traduit, avec toute la célérité possible, devant un tribunal spécialisé où il recevra un traitement approprié à son statut.*

6. *Les peines privatives de liberté doivent avoir pour but essentiel l'amendement et le reclassement social des condamnés ».*

⁵³⁷ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 146.

⁵³⁸ *Id.*, p. 145.

⁵³⁹ *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, préc., note 204.

*inhumains et dégradants*⁵⁴⁰ de 1987. La force de ces instruments diffère puisque cette dernière Convention se limite à la création d'un Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants sans établir d'autres mesures⁵⁴¹. En revanche, la *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture* énonce clairement les mesures devant être mises en place par les États dans leur droit interne. Par exemple, selon l'article 9 « les États parties s'engagent à prévoir dans leurs législations nationales des dispositions garantissant qu'une compensation adéquate sera versée aux victimes du crime de torture »⁵⁴².

Les juges de la CIADH adoptent plutôt une approche « globalisante » et « indiscriminée »⁵⁴³ des traitements cruels, inhumains ou dégradants, c'est-à-dire sans réellement les distinguer⁵⁴⁴, alors que la CEDH insiste davantage sur leur différence quant au degré de gravité. Néanmoins, dans les deux cas, la distinction entre les traitements inhumains et dégradants reste floue⁵⁴⁵. De plus, il existe un point d'accord important qui est celui de considérer les faits de tortures comme les plus sévères sur l'échelle de gravité⁵⁴⁶. Ainsi, malgré les importantes différences quant à la formulation des articles relatifs à la violation de l'intégrité de la personne humaine

⁵⁴⁰ *Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*, 26 novembre 1987, STCE no. : 126 (entrée en vigueur le 1er février 1989) en ligne: <<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/126.htm>> (site consulté le 25 avril 2014).

⁵⁴¹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 146.

⁵⁴² *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, préc., note 200.

⁵⁴³ L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 426.

⁵⁴⁴ M. ROTA, préc., note 203, p. 194.

⁵⁴⁵ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 147.

⁵⁴⁶ *Id.*, p. 146.

dans les *Conventions* respectives, les interprétations des juges tendent à se rapprocher sur les points essentiels⁵⁴⁷.

Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*⁵⁴⁸ du 18 janvier 1978, la CEDH a dû statuer sur les mesures exceptionnelles de maintien de l'ordre prises par le Royaume-Uni ayant eu pour conséquence la pratique de traitements inhumains et dégradants en Irlande du Nord, dans un contexte conflictuel. Pour évaluer la gravité des traitements, les juges européens retiennent, certains facteurs liés à la durée et aux effets physiques et mentaux des traitements endurés ainsi que les éléments jouant sur la vulnérabilité de la victime tels que le sexe et l'âge⁵⁴⁹. Dans l'affaire *Loayza Tamayo c. Pérou*⁵⁵⁰ relative à la détention d'une femme accusée de terrorisme ayant subi des traitements cruels, inhumains et dégradants, les juges de la CIADH citent expressément la position de la CEDH afin d'en déduire également les divers degrés de gravité entre la torture et les traitements cruels, inhumains et dégradants. Par ailleurs, tout comme la CEDH⁵⁵¹, la CIADH a élevé l'interdiction de la torture au rang de norme de *jus cogens*⁵⁵² en se fondant sur la jurisprudence internationale telle que l'affaire *A. Furundzija*⁵⁵³ rendue par le Tribunal Pénal ad-hoc pour l'Ex-Yougoslavie le 10 décembre 1998.

⁵⁴⁷ *Id.*, p. 139.

⁵⁴⁸ *Irlande c. Royaume-Uni*, préc., note 352.

⁵⁴⁹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 147.

⁵⁵⁰ *Loayza Tamayo c. Pérou*, préc., note 349, §57.

⁵⁵¹ *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, [GC], n°35763/97, §61, CEDH 2001-XI. (CEDH).

⁵⁵² L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 417.

⁵⁵³ *Le Procureur c. Furundzija*, affaire n°IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998.

L'arrêt *Bueno Alves c. Argentine*⁵⁵⁴ du 11 mai 2007, relatif à des actes de tortures commis par les autorités argentines, marque également un rapprochement avec la CEDH, notamment sur l'importance d'adopter une interprétation évolutive de la notion de torture, bien que cela avait déjà été précisé dans l'affaire *Cantoral Benavides*⁵⁵⁵ en citant expressément l'arrêt *Selmouni c. France*⁵⁵⁶ du 28 juillet 1999⁵⁵⁷. En effet, dans cette dernière affaire la CEDH insiste d'une part sur les obligations positives incombant à l'État grâce à la combinaison de l'article 3 relatif à l'interdiction de la torture et de l'article 1 de la CESDH relatif à l'obligation pour les États de respecter les droits de l'homme. D'autre part, la CEDH relève l'importance d'adopter une interprétation évolutive de la notion de torture en précisant que « le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique » « une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »⁵⁵⁸.

En outre de l'interdiction de la torture, il existe également d'autres domaines communs liés à la question de l'intégrité tel que le droit d'accès à la santé pour les personnes privées de liberté. La jurisprudence de la CEDH a évolué sur cette question puisqu'elle présupposait que les traitements médicaux administrés aux détenus étaient conformes à l'article 3 de la CESDH relatif à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants telle que l'illustre l'affaire *Herczegfalvy c. Autriche*⁵⁵⁹ du 24 septembre 1992⁵⁶⁰. En effet, dans cette

⁵⁵⁴ *Bueno Alves c. Argentine*, 11 mai 2007, Fond et réparations, Série C n°164 (CIADH), §79.

⁵⁵⁵ *Cantoral Benavides c. Pérou*, 18 août 2000, Fond, Série C n°69 (CIADH).

⁵⁵⁶ *Selmouni c. France*, [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V (CEDH).

⁵⁵⁷ L'affaire *Selmouni c. France* de la CEDH se rapporte à des actes de tortures, des traitements inhumains ou dégradants commis par les forces de police françaises sur M. Selmouni durant sa garde à vue.

⁵⁵⁸ *Selmouni c. France*, préc., note 556, §101.

⁵⁵⁹ *Herczegfalvy c. Autriche*, 24 septembre 1992, série A n° 244 (CEDH).

cause la Cour adopte une position particulièrement réservée⁵⁶¹, puisque malgré la gravité des faits elle refuse de conclure à une violation de l'article 3 en considérant que le traitement du détenu était justifié par un « impératif médical »⁵⁶². En revanche, l'affaire *Keenan c. Royaume-Uni*⁵⁶³ du 3 avril 2001⁵⁶⁴ marque une avancée puisque la Cour insiste sur la vulnérabilité des malades mentaux et constate la violation de l'article 3 de la CESDH « s'agissant de la protection de la dignité humaine »⁵⁶⁵. Elle remet en cause les « graves lacunes »⁵⁶⁶ de la prescription des soins médicaux et le caractère inapproprié de la sanction disciplinaire déterminée par l'établissement étant donné l'état mental du détenu⁵⁶⁷. Par la suite, elle a statué dans l'affaire *McGlinchey et autres c. Royaume-Uni*⁵⁶⁸ du 29 avril 2003 qu'une personne héroïnomane doit recevoir un traitement approprié lors de sa détention.

Notons que la CIADH suit la jurisprudence de la CEDH dans ce domaine. Les juges ont ainsi reconnu l'obligation pour les États de porter une assistance médicale régulière aux détenus⁵⁶⁹. Dans l'affaire *Tibi c. Équateur*⁵⁷⁰ du 7 septembre 2004, portant sur des actes de tortures commis par des policiers sur un détenu, le juge interaméricain cite à de multiples reprises la

⁵⁶⁰ Dans l'affaire *Herczegfalvy c. Autriche* de la CEDH M. Herczegfalvy se plaint de la thérapie suivie lors de sa détention en prison. Cette thérapie consistait notamment à lui administrer de force de la nourriture et des neuroleptiques et à être attaché à un lit à l'aide de menottes pendant plusieurs semaines consécutives.

⁵⁶¹ FREDERIC SUDRE, JEAN-PIERRE MARGUENAUD, JOËL ANDRIANTSIMBAZOVINA, ADELIN GOUTTENOIRE, MICHEL LEVINET ET GERARD GONZALEZ (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6e éd., coll. «Thémis», Paris, Presses universitaires de France, 2011, p. 175.

⁵⁶² *Herczegfalvy c. Autriche*, préc., note 559, §83.

⁵⁶³ L'affaire *Keenan c. Royaume-Uni* se rapporte au suicide d'un détenu souffrant d'un trouble mental chronique et ayant des tendances suicidaires. Le suicide eu lieu pendant que le détenu se trouvait en cellule d'isolement pour des raisons disciplinaires.

⁵⁶⁴ *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95, CEDH 2001-III (CEDH).

⁵⁶⁵ *Id.*, § 113.

⁵⁶⁶ *Id.*, § 115.

⁵⁶⁷ F. SUDRE et al. (dir.), préc., note 561, p. 175.

⁵⁶⁸ *McGlinchey et autres c. Royaume-Uni*, n°50390/99, CEDH 2003-V.

⁵⁶⁹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 156.

⁵⁷⁰ *Tibi c. Equateur*, 7 septembre 2004 Fond et réparations, Série C n°114 (CIADH).

jurisprudence de la CEDH. Il reprend notamment expressément l'affirmation du juge européen selon laquelle les conditions d'un détenu doivent respecter la dignité humaine et l'obligation d'apporter une assistance médicale si cela s'avère nécessaire⁵⁷¹. La CIADH a également condamné l'État péruvien dans l'affaire *García Asto y Ramírez Rojas c. Pérou*⁵⁷² du 25 novembre 2005 pour ne pas avoir offert les soins à un détenu ayant une maladie de la prostate⁵⁷³. Cet arrêt ne s'accompagne toutefois d'aucune référence à la jurisprudence de la CEDH.

Sur un autre point, la CEDH considère que le recours à la force par les autorités publiques envers les personnes détenues doit uniquement s'appliquer lorsqu'elle est absolument nécessaire, sans quoi cela porterait atteinte au respect de la dignité humaine et constituerait une violation de l'article 3 de la CESDH⁵⁷⁴. De plus, la jurisprudence de la CEDH a évolué en reconnaissant que le critère pour constater une violation de l'article 3 de la CESDH n'est plus celui de l'intensité des souffrances⁵⁷⁵, mais plutôt de savoir si la force utilisée reste proportionnelle en tenant compte du contexte⁵⁷⁶. La CIADH s'est également prononcée sur cette question en adoptant la même ligne de raisonnement que la CEDH pour les personnes

⁵⁷¹ *Id.*, §155.

⁵⁷² *García Asto y Ramírez Rojas c. Pérou*, 25 novembre 2005 Série C n°137 (CIADH).

⁵⁷³ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 156.

⁵⁷⁴ *Ribitsch c. Autriche*, 4 décembre 1995, §38, série A n° 336 (CEDH).

⁵⁷⁵ F. SUDRE et al. (dir.), préc., note 20, pp. 159-160.

⁵⁷⁶ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 158.

détenues⁵⁷⁷ telle que l'illustre l'affaire *Loayza Tamayo c. Pérou*⁵⁷⁸ du 17 septembre 1997 dans laquelle nous retrouvons l'affaire *Ribitsch*⁵⁷⁹ de la CEDH explicitement citée.

La CEDH, tout comme la CIADH, a également déduit de l'obligation positive découlant du droit à la vie que les États pouvaient être condamnés pour des agissements criminels ayant lieu entre des particuliers⁵⁸⁰. La CEDH a par exemple évoqué la responsabilité des autorités publiques dans des cas de violences domestiques particulièrement graves⁵⁸¹ tels que l'illustre l'affaire *Opuz c. Turquie*⁵⁸² du 9 juin 2009. Il s'agissait en l'espèce de l'agression pendant des années de la requérante et de sa mère par son mari. Ce dernier avait notamment poignardé sa femme à sept reprises et n'avait été condamné qu'à une simple amende. Les faits culminent par le meurtre de la belle-mère et la condamnation à perpétuité du mari pour homicide. Toutefois, celui-ci fut remis en liberté par les autorités dans l'attente de l'examen de son recours en appel malgré le danger que celui-ci représentait pour la requérante. Il faut noter que la CEDH cite expressément la jurisprudence de la CIADH et plus particulièrement l'arrêt *Velásquez Rodríguez c. Honduras*⁵⁸³ pour faire valoir l'argument de la Cour interaméricaine selon lequel « l'État n'avait pas fait preuve de la célérité requise pour prévenir la violation ou y répondre conformément aux exigences de la Convention »⁵⁸⁴. En accord avec la jurisprudence de la CIADH, le juge européen considère finalement que l'État est responsable de la violation de l'article 3 le CEDH relatif à l'interdiction de la torture et des traitements

⁵⁷⁷ *Id.*, p. 158

⁵⁷⁸ *Loayza Tamayo c. Pérou*, préc., note 349, §57.

⁵⁷⁹ *Ribitsch c. Autriche*, préc., note 574.

⁵⁸⁰ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 159.

⁵⁸¹ *Id.*

⁵⁸² *Opuz c. Turquie*, préc., note 326.

⁵⁸³ *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, préc., note 309.

⁵⁸⁴ *Opuz c. Turquie*, préc., note 326, §83.

inhumains et dégradants du fait de la passivité des pouvoirs publics turcs face aux actes de violence⁵⁸⁵. Cette même approche réapparaît également dans la jurisprudence de la CIADH, notamment dans des affaires se déroulant dans le cadre d'un conflit armé dû à l'inaction des agents de l'État⁵⁸⁶. Les deux Cours nuancent cependant leur position. La CEDH précise ainsi que l'on peut seulement reprocher aux autorités de ne pas avoir « fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance »⁵⁸⁷. Ce même raisonnement exprimé par la Cour de Strasbourg est repris par les juges de la CIADH. Celle-ci cite en effet expressément la jurisprudence de la CEDH dans l'affaire *Valle Jaramillo et autres c. Colombie*⁵⁸⁸ du 27 novembre 2008.

Notons, par ailleurs, que dans les deux principaux instruments, il est précisé que même en cas de guerre ou de danger public les États ne peuvent déroger aux obligations prévues par la Convention à l'article 15. 2 de la CESDH et à l'article 27.2 de la CADH⁵⁸⁹. De plus, autant la jurisprudence européenne qu'interaméricaine ont confirmé qu'aucune raison, même si elle semble légitime, ne justifie la violation de l'intégrité de la personne humaine⁵⁹⁰. Dans le système européen, l'affaire *Gäfgen c. Allemagne*⁵⁹¹ du 1^{er} juin 2010 illustre bien cette idée. Il s'agissait dans les faits de policiers ayant commis des traitements inhumains à l'encontre du ravisseur d'un enfant dans le but de lui faire révéler le lieu où se trouvait le mineur. Le juge

⁵⁸⁵ *Id.*, §173.

⁵⁸⁶ « *Masacre Mapiripán* » c. *Colombie*, 15 septembre 2005 Série C n°134 (CIADH).

⁵⁸⁷ *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, §116, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII (CEDH) .

⁵⁸⁸ *Valle Jaramillo c. Colombie*, préc., note 499, §79.

⁵⁸⁹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, pp. 143-144.

⁵⁹⁰ *Id.*, pp. 144-145.

⁵⁹¹ *Gäfgen c. Allemagne*, préc., note 360.

européen a ainsi condamné l'Allemagne pour violation de l'article 3 de la CESDH. Concernant le continent américain, le terrorisme a souvent légitimé la violence étatique aux yeux des populations⁵⁹². La CIADH a signalé dans plusieurs affaires que même ce contexte ne pouvait justifier des actes de tortures et de traitements inhumains ou dégradants. La Cour de San José a par exemple souligné dans l'affaire *Loayza Tamayo c. Pérou*⁵⁹³ du 17 septembre 1997 que « les nécessités d'enquête et les difficultés inégalables de lutte contre le terrorisme ne doivent restreindre la protection de l'intégrité physique des personnes »⁵⁹⁴.

Finalement, il est clair qu'il existe d'importantes différences textuelles quant à la garantie de l'intégrité de la personne humaine dans les deux systèmes régionaux. Néanmoins, l'analyse de la jurisprudence des deux Cours démontre l'existence d'un dialogue sur cette question. De fait, ces échanges révèlent une vision commune de ce principe contribuant alors à une « harmonisation » du droit par « rapprochement »⁵⁹⁵.

ii - Les droits économiques et sociaux : l'utilisation de méthodes communes

Il est intéressant de remarquer que les juges de la CEDH et de la CIADH utilisent des outils communs d'interprétation pour mieux garantir la protection des droits économiques et sociaux. L'une des méthodes utilisées par la CEDH et la CIADH est la protection par ricochet de ces droits. Ce mécanisme consiste à élargir l'applicabilité des droits civils et politiques afin de

⁵⁹² PAUL TAVERNIER, «Terrorisme et droits de l'Homme», (2010) n°1054 *Revue politique et parlementaire*, p. 89.

⁵⁹³ *Loayza Tamayo c. Pérou*, préc., note 349, §57.

⁵⁹⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 526, p. 26.

⁵⁹⁵ M. DELMAS-MARTY, préc., note 4.

mieux garantir la protection des droits de deuxième génération⁵⁹⁶. Cette méthode s'appuie sur l'importance donnée à l'effectivité et l'indivisibilité des droits de l'homme. En outre, la protection « par ricochet » des droits économiques et sociaux se combine au principe des obligations positives⁵⁹⁷. Cette méthode d'interprétation a pour objet de favoriser l'effectivité des droits à travers une lecture dynamique des droits garantis dans les instruments des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme⁵⁹⁸.

La protection des droits économiques et sociaux souffre de nombreuses carences dans les systèmes européen et interaméricain. Les standards relatifs aux droits de deuxième et troisième⁵⁹⁹ générations inclus dans la CESDH sont par exemple moins élevés que ceux évoqués dans le *Pacte sur les droits civils et politiques*⁶⁰⁰. De plus, la *Charte sociale européenne*⁶⁰¹ n'est pas directement opposable aux États puisque la Cour n'est pas compétente pour statuer sur celle-ci. La *Convention américaine* dispose quant à elle à l'article 26 d'une « référence directe aux droits économiques et sociaux »⁶⁰², mais celle-ci est peu précise et reste

⁵⁹⁶ FREDERIC SUDRE, «La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », (2003) n°55 *Rev. trim. dr. h.*, pp. 755-759.

⁵⁹⁷ Les obligations positives impliquent des prestations positives de la part de l'État afin de donner les moyens aux droits individuels de s'exercer.

⁵⁹⁸ FREDERIC SUDRE, «Les "obligations positives" dans la jurisprudence des droits de l'homme», (1995) *Rev. trim. dr. h.*, pp. 363-365.

⁵⁹⁹ Les droits de troisième génération sont également appelés « droit de solidarité ». Ils s'attachent aux préoccupations liées à la paix, au développement et à l'environnement. Ils sont également qualifiés de droits mixtes, car ils touchent autant aux droits civils et politiques, qu'aux droits économiques et sociaux.

⁶⁰⁰ FRANÇOIS SERRES, «Responsabilité sociale des entreprises : L'entreprise entre développement durable et droit au développement ou comment sortir de l' « éthique en toc » ? », *Centre de recherche sur les droits fondamentaux, Université Paris Ouest*, 7 juillet 2011, en ligne : <http://www.droits-libertes.org/article.php?id_article=159> (consulté le 20 juillet 2013).

⁶⁰¹ *Charte sociale européenne*, préc., note 19.

⁶⁰² AMAYA ÚBEDA DE TORRES, «CourIDH, Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou, 7 février 2006 : L'émergence d'une protection juridictionnelle des droits économiques, sociaux et culturels dans le cadre du système interaméricain des droits de l'homme», en ligne : <http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=223&id_rubrique=41> (consulté le 20 août 2013).

limitée⁶⁰³ puisque selon ses propres termes l'engagement ne se produit que dans le cadre « des ressources disponibles »⁶⁰⁴. Le *Protocole de San Salvador*⁶⁰⁵ tente de pallier ces lacunes, toutefois, la Cour ne peut se prononcer sur ce texte que sur le droit à l'éducation et sur les droits syndicaux mentionnés dans ce Protocole. De plus, il faut qu'il y ait eu ratification de l'État partie⁶⁰⁶.

Il faut tout de même souligner que l'application de l'article 26 de la CADH joue un rôle déterminant dans la protection des droits économiques et sociaux, ce qui semble inattendu compte tenu de sa formulation. En effet, cet article est intéressant puisque paradoxalement son imprécision permet de s'appuyer sur le principe d'indivisibilité des droits afin de faire valoir l'effectivité des droits civils et politiques⁶⁰⁷. Ainsi, dans la décision du 19 novembre 1999 la *Villagran Morales et autres c. Guatemala (Les enfants des rues)*⁶⁰⁸ l'opinion concordante des juges Cançado Trindade et A. Abreu-Burreli mentionne l'importance d'élargir le droit à la vie au droit à une vie digne. Dans l'espèce, trois enfants et deux jeunes adultes vivant dans les rues de la ville de Guatemala avaient été assassinés par des agents de l'État dans le cadre d'un plan radical de lutte contre la délinquance et le vagabondage juvéniles⁶⁰⁹. Les deux juges précisent que le droit à la vie implique le droit de mener une vie digne et notent que l'État n'a

⁶⁰³ *Id.*

⁶⁰⁴ L'article 26 de la CADH intitulé « *Développement progressif* » se lit comme suit :

« *Les Etats parties s'engagent, tant sur le plan intérieur que par la coopération internationale - notamment économique et technique - à prendre des mesures visant à assurer progressivement la pleine jouissance des droits qui découlent des normes économiques et sociales et de celles relatives à l'éducation, la science et la culture, énoncées dans la Charte de l'Organisation des Etats Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, ce, dans le cadre des ressources disponibles, et par l'adoption de dispositions législatives ou par tous autres moyens appropriés* ».

⁶⁰⁵ *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels*, préc., note 74..

⁶⁰⁶ A. ÚBEDA DE TORRES, préc., note 602.

⁶⁰⁷ *Id.*

⁶⁰⁸ *Villagran Morales et autres c. Guatemala (Les enfants des rues)*, 19 novembre 1999, Fond, Série C n°63 (CIADH).

⁶⁰⁹ L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 445.

pas répondu à ses obligations positives puisque ces enfants ne disposaient pas des moyens leur permettant de construire un projet de vie. Ils insistent ainsi sur l'interrelation et l'indivisibilité des droits fondamentaux et soulignent que le droit à la vie doit être perçu dans une perspective intégrant la protection des droits économiques, sociaux et culturels⁶¹⁰. Par ailleurs, ils justifient cette position en précisant que les instruments internationaux doivent être interprétés à la lumière de l'évolution « des conditions de vie actuelles » ce qui contribue aux avancées du droit international des droits de l'homme⁶¹¹.

Dans la décision du 7 février 2006 *Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou*⁶¹², les juges interaméricains adoptent également un raisonnement favorable à la protection des droits économiques et sociaux, mais cette fois à travers l'utilisation de l'article 25 de la CADH⁶¹³ relatif à la protection judiciaire. Dans cette affaire, les requérants se plaignaient principalement de la non-exécution des décisions de la Cour supérieure de justice de Lima et du Tribunal constitutionnel du Pérou ordonnant la réintégration d'employés municipaux ayant fait l'objet de licenciements abusifs. La Cour ne se prononce pas sur la violation de l'article 26 de la CADH relatif au développement progressif des droits économiques et sociaux. Cependant, les juges reconnaissent la violation du droit à un recours effectif tout en insistant sur la gravité des

⁶¹⁰ *Villagran Morales et autres c. Guatemala (Les enfants des rues)*, préc., note 608, §4.

⁶¹¹ *Id.*, §5.

⁶¹² *Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou*, 7 février 2006, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°144 (CIADH).

⁶¹³ L'article 25 de la CADH intitulé « *Protection judiciaire* » se lit comme suit :

« 1. Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger contre tous actes violant ses droits fondamentaux reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, alors même que ces violations auraient été commises par des personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles.

2. Les États parties s'engagent:

a. à garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'État statuera sur les droits de toute personne qui introduit un tel recours; »

b. à accroître les possibilités de recours judiciaire;

c. à garantir que les autorités compétentes exécuteront toute décision prononcée sur le recours ».

violations du droit du travail tout au long de leur argumentation. L'intérêt particulier porté par la Cour vis-à-vis des violations au droit du travail se perçoit de manière très claire dans les réparations accordées⁶¹⁴ puisque celle-ci ordonne notamment la réintégration des salariés ou, dans le cas où cela s'avérait impossible, d'offrir des « alternatives d'emplois qui respectent les conditions, les salaires, et les rémunérations qu'ils avaient avant leur licenciement »⁶¹⁵. Elle exige également le paiement d'indemnités dans le cas où il ne serait pas possible de répondre aux exigences évoquées précédemment⁶¹⁶. La Cour applique ainsi le principe *restitutio integrum*⁶¹⁷ déjà retenu dans l'affaire *Baena c. Panama*⁶¹⁸ relative au renvoi de 270 employés publics et dirigeants syndicaux par l'État panaméen.

Par ailleurs, nous constatons que la CEDH utilise la même méthode que la CIADH pour garantir une meilleure protection des droits économiques et sociaux, c'est-à-dire une protection par ricochet grâce à une interprétation extensive des droits civils et politiques. Les juges de la Cour de Strasbourg ont par exemple adopté une lecture sociale du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la CESDH⁶¹⁹, profitant ainsi de son « caractère imprécis »⁶²⁰. L'affaire *Slivenko c. Lettonie*⁶²¹ du 9 octobre 2003 est

⁶¹⁴ A. ÚBEDA DE TORRES, préc., note 602.

⁶¹⁵ *Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou*, préc., note 612, §300.

⁶¹⁶ *Id.*, §299.

⁶¹⁷ MIGUEL F. CANESSA MONTEJO, «Les derechos humanos en el Derecho internacional», (2009) 63 *Revista Derecho PUCP* p. 349, pp. 362-363.

⁶¹⁸ *Baena Ricardo et autre c. Panama*, 2 février 2001, Fond et réparations, Série C n°72 (CIADH).

⁶¹⁹ L'article 8 de la CESDH intitulé « *Droit au respect de la vie privée et familiale* » se lit comme suit:

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

⁶²⁰ F. SUDRE et al. (dir.), préc., note 561, p. 21.

⁶²¹ *Slivenko c. Lettonie*, [GC], n° 48321/99, CEDH 2003-X (CEDH).

emblématique puisqu'elle a marqué un tournant dans la jurisprudence en reconnaissant que « les relations personnelles, sociales et économiques sont constitutives de la vie privée de tout être humain »⁶²². Il s'agissait dans cette affaire de deux résidentes lettones ayant été victimes d'un arrêté d'expulsion dans le cadre du Traité russo-letton de 1994 sur le retrait des troupes russes car leur proche famille avait servi dans l'armée soviétique ou dans l'armée russe. Le juge européen a considéré que l'activité professionnelle⁶²³ et « la question des conditions de vie »⁶²⁴ appartenaient au domaine de la vie privée⁶²⁵.

Toujours concernant la jurisprudence européenne, il est important de citer les *affaires Bigaeva c. Grèce*⁶²⁶ du 28 mai 2009 et *Ozpinar c. Turquie*⁶²⁷ du 19 octobre 2010 qui ont également contribué à une protection accrue des droits sociaux en utilisant une protection par ricochet du droit à la vie privée. Dans la première affaire, il s'agissait d'une étrangère ayant été empêchée d'accéder à la profession d'avocat alors qu'elle était diplômée, tandis que la dernière affaire concernait la révocation d'une juge de son poste de magistrat en raison de son mode d'habillement. Dans ces deux affaires, le juge européen a opéré un renforcement des liens entre la vie privée et la vie professionnelle en consacrant le « droit à la vie privée sociale »⁶²⁸. Il a ainsi considéré que la vie privée ne pouvait se réduire à un « cercle intime » puisque la vie professionnelle pouvait également avoir d'importantes conséquences sur le développement de « l'identité sociale » d'un individu⁶²⁹. En outre, la Cour a souligné que le respect de la vie

⁶²² F. SUDRE, préc., note 20, p. 521.

⁶²³ *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, n° 55480/00 et 59330/00, CEDH 2004-VIII.

⁶²⁴ *Moldovan et autres c. Roumanie*, (n° 2), nos 41138/98 et 64320/01, CEDH 2005-VII (extraits) (CEDH).

⁶²⁵ F. SUDRE, préc., note 20, p. 522.

⁶²⁶ *Bigaeva c. Grèce*, n° 26713/05, 28 mai 2009 (CEDH).

⁶²⁷ *Özpinar c. Turquie*, n°20999/04, 19 octobre 2010 (CEDH).

⁶²⁸ F. SUDRE, préc., note 20, p. 521.

⁶²⁹ *Özpinar c. Turquie*, préc., note 627, §§45-46.

privée du salarié sur le lieu de travail était garanti par l'article 8 de la CESDH⁶³⁰ tel que l'illustre l'affaire *Copland c. Royaume-Uni*⁶³¹ du 3 avril 2007 relatif à la surveillance par l'employeur d'une de ses employées. La CEDH a considéré que « la collecte et la conservation, à l'insu de la requérante, de données à caractère personnel se rapportant à l'usage qu'elle faisait du téléphone, du courrier électronique et de l'Internet ont constitué une ingérence dans l'exercice du droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et de sa correspondance, au sens de l'article 8 »⁶³². Ce dernier arrêt représente également une grande avancée pour la reconnaissance des droits fondamentaux au travail dans le système européen.

Tout comme la CEDH, la CIADH effectue une protection par ricochet des droits économiques et sociaux. En effet, la Cour de San José puise également dans les différentes techniques d'interprétation afin d'élargir la protection des droits sociaux. La CIADH insiste par exemple sur le lien entre le droit au domicile et la vie privée en se fondant notamment sur la jurisprudence de la CEDH tel que l'illustre l'affaire *Massacres d'Ituango c. Colombie*⁶³³ du 1^{er} juillet 2006. Il s'agissait en l'espèce de massacres de civils opérés par des forces paramilitaires entraînant le déplacement forcé de ces populations⁶³⁴. La CIADH affirme dans cette affaire que le domicile est intrinsèquement lié à la vie privée puisqu'il s'agit d'un lieu dans lequel celle-ci peut se développer librement⁶³⁵. Elle renforce ce raisonnement en citant plusieurs arrêts de la CEDH⁶³⁶ qui précisent que la destruction du domicile familial accompagnée d'un

⁶³⁰ F. SUDRE, préc., note 20.

⁶³¹ *Copland c. Royaume-Uni*, n° 6261700, CEDH 2007-I (CEDH).

⁶³² *Id.*, §44.

⁶³³ *Massacres d'Ituango c. Colombie*, 1er juillet 2006, Série C n° 148 (CIADH), §197.

⁶³⁴ L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 131.

⁶³⁵ *Ayder et autres c. Turquie*, n°23656/94, §119, 8 janvier 2004 ; *Bilgin c. Turquie*, n°23819/94, §108, 16 novembre 2000 ; *Selçuk et Asker c. Turquie*, 24 avril 1998, §86, Recueil des arrêts et décisions 1998-II (CEDH).

⁶³⁶ *Massacres d'Ituango c. Colombie*, préc., note 633, §194.

déplacement forcé de la famille constitue une atteinte importante à la vie privée⁶³⁷. Elle note ainsi les avancées de la jurisprudence internationale en la matière.

En outre, cette « protection par ricochet »⁶³⁸ se conjugue à « la théorie des obligations positives » afin de faire valoir non seulement « une obligation d'abstention ou de non ingérence » dans l'exercice des droits civils et politiques, mais désormais également le « droit d'exiger de l'État une prestation positive »⁶³⁹. Il faut relever que cette « obligation de faire » est traditionnellement associée aux droits économiques et sociaux⁶⁴⁰. Elle avait été développée dans la jurisprudence européenne dans l'affaire *Airey c. Irlande*⁶⁴¹ du 9 octobre 1979 relative au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la CESDH. Les juges avaient alors précisé que le but de la Convention était bien celui de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »⁶⁴². Cette évolution jurisprudentielle est donc encouragée par un souci d'effectivité du droit.

Dans le même sens, l'affaire *Lopez Ostra c. Espagne*⁶⁴³ du 9 décembre 1994, consacre l'« effet horizontal » de la CESDH, c'est-à-dire le fait que l'État puisse être reconnu responsable de l'action d'un tiers, à la suite, dans ce cas, de sa non-intervention⁶⁴⁴. Cette affaire relative aux nuisances d'une station d'épuration d'eau et de déchets va permettre au juge européen d'intégrer le droit à un environnement sain dans le cadre de l'article 8 de la CESDH portant

⁶³⁷ *Id.*, §196.

⁶³⁸ F. SUDRE, préc., note 20, p. 523.

⁶³⁹ F. SUDRE et al. (dir.), préc., note 561, p. 21.

⁶⁴⁰ *Id.*

⁶⁴¹ *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, §24, série A n° 32 (CEDH).

⁶⁴² *Id.*

⁶⁴³ *López Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, série A n°303-C (CEDH).

⁶⁴⁴ GREGOIRE NUSS, «Note de jurisprudence sur la notion de "droit à la sécurité"», (2003) *Centre International de Recherche en Droits Humains*, p. 2.

sur le respect de la vie privée. De même, dans une affaire du 18 juin 2002, *Öneryildiz c. Turquie*⁶⁴⁵, le requérant avait perdu neuf membres de sa famille à la suite de l'explosion d'une déchèterie près du lieu où il s'était établi illégalement. Il accusait l'État turc de ne pas avoir pris les mesures préventives nécessaires afin d'éviter l'explosion. Dans cette décision, le juge européen va étendre l'application du droit à la vie sous un angle environnemental⁶⁴⁶ et social en insistant sur les obligations positives incombant à l'État. Il considère ainsi que l'article 2 relatif au droit à la vie peut également faire peser sur les États « l'obligation de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes » notamment lorsque les autorités auraient dû savoir qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de mort⁶⁴⁷. La CEDH a ainsi affirmé que les obligations positives étaient inhérentes au respect effectif de certains droits protégés par la CESDH, tels que le droit à la vie (article 2), l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (article 3), le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8), la liberté d'expression (article 10) et la liberté de réunion et d'association (article 11)⁶⁴⁸.

La jurisprudence de la CIADH a également utilisé la « théorie des obligations positives » afin de faire valoir le droit à l'information en matière environnementale à travers l'article 13 de la CADH relatif à la liberté de penser et d'expression⁶⁴⁹. Il s'agit de l'affaire *Claude Reyes et autres c. Chili*⁶⁵⁰ en date du 19 septembre 2006. En l'espèce, différents acteurs de la société civile avaient fait la demande de documents d'informations auprès des autorités chiliennes

⁶⁴⁵ *Öneryildiz c. Turquie* n°48939/99, 18 juin 2002 (CEDH).

⁶⁴⁶ F. SUDRE et al. (dir.), préc., note 561, p. 732.

⁶⁴⁷ *Öneryildiz c. Turquie* préc., note 645, §63.

⁶⁴⁸ *Id.*, §144.

⁶⁴⁹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 284.

⁶⁵⁰ *Claude Reyes et autres c. Chili*, 19 septembre 2006, Fond et réparations, Série C n°151 (CIADH).

relatives aux conséquences d'un projet d'exploitation forestière. L'ensemble des informations n'avait pas été obtenu. Le juge interaméricain se fonde sur la formulation même de l'article 13 de la CADH pour justifier l'obligation positive incombant à l'État partie. Il précise ainsi que « ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce », ce qui implique un devoir d'action de la part de l'État⁶⁵¹. La Cour a également évoqué indirectement le droit à la protection de l'environnement dans l'arrêt *Pueblo Saramaka c. Surinam*⁶⁵² du 28 novembre 2007. Cette affaire concernait notamment les effets environnementaux de l'exploitation minière et forestière sur le territoire d'une communauté indigène⁶⁵³. La Cour interaméricaine s'est appuyée sur le droit à la propriété privée garanti par l'article 21 de la CADH en reconnaissant ce droit pour l'ensemble de la communauté tout en insistant sur la symbolique culturelle de ces terres et de leur importance pour la survie de ce peuple⁶⁵⁴.

Dans le système européen de protection des droits de l'homme, la liberté syndicale n'est pas reconnue comme un droit indépendant puisque sa reconnaissance passe à travers l'article 11.1 de la CESDH relatif à la liberté de réunion et d'association⁶⁵⁵. Elle est cependant reconnue comme un droit autonome grâce à l'article 5 de la *Charte sociale*. En effet, les articles 5 et 6 de la *Charte sociale* garantissant la liberté syndicale et le droit à la négociation collective ont permis grâce une interprétation évolutive de la Cour de préciser la portée de l'article 11 de la

⁶⁵¹ *Id.*, §73.

⁶⁵² *Pueblo Saramaka c. Surinam*, 28 novembre 2007, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°172 (CIADH).

⁶⁵³ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 284.

⁶⁵⁴ *Pueblo Saramaka c. Surinam*, préc., note 641, §87.

⁶⁵⁵ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 278.

CESDH relatif à la liberté de réunion et d'association et de mieux affirmer le respect du droit du travail. De plus, la Cour s'est inspirée des décisions rendues par le Comité européen des droits sociaux⁶⁵⁶ notamment quant à son interprétation de l'article 5 de la CESDH relatif à la liberté syndicale. De fait, le Comité européen des droits sociaux avait précisé que cet article devait également s'appliquer aux fonctionnaires⁶⁵⁷. La CEDH affirme alors qu'elle « ne peut que souscrire à cette interprétation émanant d'un comité particulièrement qualifié »⁶⁵⁸. De plus, la Cour de Strasbourg a intégré le droit négatif d'association à l'article 11 de la CESDH, dans l'affaire *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*⁶⁵⁹ du 23 juin 1981 relative au refus d'adhésion d'un chauffeur de taxi à l'Association des conducteurs de véhicules automobiles. Dans cette affaire la CEDH se fonde sur l'émergence d'un consensus international et des pays membres du Conseil de l'Europe pour faire valoir le volet négatif de la liberté d'association, c'est-à-dire le droit de ne pas adhérer à une association ou à un syndicat⁶⁶⁰. De plus, elle justifie cette évolution en rappelant que « la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui »⁶⁶¹. L'interprétation de la liberté syndicale par les juges de la CEDH illustre donc également la lecture dynamique de l'article 11 de la CESDH grâce à une protection par ricochet du droit à la liberté d'association. Par ailleurs, cette interprétation s'appuie sur la nécessité de garder une certaine cohérence au regard de l'évolution de la jurisprudence internationale et des États membres du Conseil de l'Europe tout en favorisant l'effectivité des droits fondamentaux.

⁶⁵⁶ F. SUDRE, préc., note 20, p. 142.

⁶⁵⁷ *Tiim Haber Sen et Çinar c. Turquie*, n° 28602/95, §39, CEDH 2006-II.

⁶⁵⁸ *Id.*

⁶⁵⁹ *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993, §35, série A n°264 (CEDH).

⁶⁶⁰ *Id.*

⁶⁶¹ *Id.*

Tout comme dans le système européen, il n'y a pas d'affirmation directe du droit à la liberté syndicale dans la CADH. Cependant, il se retrouve explicitement dans l'article 8.1.a du *Protocole de San Salvador*⁶⁶². De plus, tout comme le juge européen, la Cour de San José reconnaît le droit à la liberté syndicale à travers celui du droit d'association⁶⁶³ comme l'illustre l'affaire *Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou*⁶⁶⁴ du 7 février 2006, citée précédemment⁶⁶⁵, ainsi que la décision *Baena Ricardo et autres c. Panama*⁶⁶⁶ du 2 février 2001 qui traite du renvoi de 270 employés publics par l'État panaméen pour avoir participé à une manifestation dans le but d'améliorer leurs conditions de travail. La CIADH utilise ainsi, dans ces deux affaires, la même méthode d'interprétation que la CEDH pour garantir la liberté syndicale, c'est-à-dire la protection par ricochet. L'affaire *Baena Ricardo et autres c. Panama* est aussi particulièrement intéressante puisque la Cour de San José reconnaît à la fois les versants positif et négatif de cette liberté⁶⁶⁷. Elle suit ainsi les pas de la CEDH, ce qui démontre encore une fois une cohérence jurisprudentielle entre les deux Cours⁶⁶⁸.

La théorie des obligations positives est également une méthode d'interprétation utilisée par la

⁶⁶² *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels*, préc., note 74.

⁶⁶³ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 279.

⁶⁶⁴ *Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou*, préc., note 612.

⁶⁶⁵ Voir *infra*, p. 96.

⁶⁶⁶ *Baena Ricardo et autre c. Panama*, préc., note 618.

⁶⁶⁷ Dans l'affaire *Baena Ricardo et autre c. Panama*, 2 février 2001, Fond et réparations, Série C n°72 (CIADH), §156, la Cour interaméricaine définit la liberté syndicales en ces termes : « *In labour union matters, freedom of association consists basically of the ability to constitute labour union organisations, and to set into motion their internal structure, activities and action programme, without any intervention by the public authorities that could limit or impair the exercise of the respective right. On the other hand, under such freedom it is possible to assume that each person may determine, without any pressure, whether or not she or he wishes to form part of the association. This matter, therefore, is about the basic right to constitute a group for the pursuit of a lawful goal, without pressure or interference that may alter or denature its objective* ».

⁶⁶⁸ L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 486.

CIADH comme l'illustre la décision *Huilca Tecse c. Pérou*⁶⁶⁹ du 3 mars 2005 relative à la liberté syndicale. Il faut tout de même relever que les faits dans cette affaire sont particulièrement graves puisqu'il s'agit de l'exécution d'un leader syndical par un groupe paramilitaire relié au service d'intelligence péruvien. Les juges ont affirmé que l'État a une obligation positive de respecter cette liberté tout en se référant explicitement à la position de la Cour européenne émise dans l'affaire *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*⁶⁷⁰ du 21 juin 1988. Par ailleurs, la Cour a précisé que la liberté syndicale ne se résume pas à la liberté de créer un syndicat, mais comprend « n'importe quel autre moyen approprié pour exercer cette liberté »⁶⁷¹.

Dans les deux systèmes régionaux étudiés, les droits civils et politiques sont ainsi utilisés pour appuyer la défense de droits économiques et sociaux. Il est alors intéressant de constater comment la CIADH et la CEDH, grâce à l'utilisation de principes communs d'interprétation, rapprochent leur jurisprudence tout en renforçant la protection de ces droits. Il faut toutefois souligner que ces méthodes d'interprétation restent soumises à la discrétion du juge⁶⁷² et révèlent la précarité du contrôle juridictionnel des droits économiques, sociaux et culturels.

⁶⁶⁹ *Huilca Tecse c. Pérou*, 3 mars 2005, Fond et réparations, Série c n°121 (CIADH), §76.

⁶⁷⁰ *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, 21 juin 1988, §32, série A n°139.

⁶⁷¹ *Id.*

⁶⁷² F. SUDRE et al. (dir.), préc., note 561, p. 2.

B) Les failles et les limites du dialogue

Le dialogue des juges est perçu selon certains comme de nouvelles forces de pénétration sur des territoires étrangers ne détenant aucune légitimité démocratique et révélant l'opportunisme à la fois des juges et des États. Par ailleurs, le dialogue entre les juges de la CIADH et de la CEDH semble inégalitaire, car les références à la Cour de Strasbourg paraissent être largement dominantes.

1- Des décisions critiquées

Les principales critiques contre le dialogue des juges se concentrent souvent autour de l'affranchissement des juges vis-à-vis des élus politiques⁶⁷³. Ces critiques se fondent sur « le déficit démocratique de ce nouveau mode de production du droit »⁶⁷⁴. En outre, certains perçoivent dans ce phénomène une volonté d'introduire des éléments étrangers et donc dépourvus de légitimité démocratique dans un cadre national⁶⁷⁵. Le juge de la Cour suprême des États-Unis, Antonin Scalia, dans l'arrêt *Lawrence c. Texas*⁶⁷⁶, avait par exemple rendu une opinion dissidente particulièrement révélatrice de cette crainte, précisant que cette décision était dangereuse, car elle imposait une vision étrangère aux États-Uniens puisque les juges s'étaient inspirés de la jurisprudence de la CEDH telle que discuté précédemment⁶⁷⁷. Cela suscita également une réaction du parlementaire Tom Feeney qui proposa une motion visant à

⁶⁷³ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 71.

⁶⁷⁴ *Id.*, p. 72.

⁶⁷⁵ *Id.*, p. 77.

⁶⁷⁶ *Lawrence c. Texas*, préc., note 400.

⁶⁷⁷ Voir *infra*, p. 62.

limiter le pouvoir des juges d'interpréter des lois en se fondant sur des décisions émanant d'institutions étrangères⁶⁷⁸. Cela illustre le conservatisme de certaines nations vis-à-vis de ce dialogue⁶⁷⁹. Il faut noter que selon la conception états-unienne de l'État de droit, « le pouvoir judiciaire reste strictement limité dans l'interprétation des normes internationales par les pouvoirs politiques (législatif et exécutif) »⁶⁸⁰.

Il faut noter que plusieurs auteurs favorables au dialogue des juges critiquent également malgré tout le manque de pertinence de certains échanges. Ainsi, ils relèvent l'absence de critères juridiques objectifs sous-tendant l'utilisation de références⁶⁸¹. La Cour de San José tend, par exemple, à se référer à la CEDH alors même que c'est elle qui a initié une tendance jurisprudentielle, ou sans nécessairement prendre en compte ses revirements⁶⁸². Malgré certaines décisions reconnues comme marquant des avancées importantes pour la protection des droits fondamentaux, certains auteurs relèvent plus largement des failles importantes de la part de la CIADH lorsqu'elle s'appuie sur des éléments extérieurs aux instruments régionaux. Ainsi, Gerald Neuman note d'importantes lacunes dans l'argumentation des juges dans l'avis consultatif sur « *La condition juridique et les droits des travailleurs migrants sans-papiers* »⁶⁸³ lorsque la Cour affirme que les notions d'égalité devant la loi, d'égale protection devant la loi, et de non-discrimination sont indissociables du respect des droits fondamentaux⁶⁸⁴. Il souligne qu'elle prend appui sur de nombreux instruments internationaux, mais sans analyser leur réelle valeur juridique. Par exemple, chercher à savoir s'il s'agit d'instruments obligatoires ou dans

⁶⁷⁸ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 13.

⁶⁷⁹ M. DELMAS-MARTY, préc., note 4, p. 64.

⁶⁸⁰ *Id.*, p. 62.

⁶⁸¹ K. BENYEKHLEF, préc., note 85, p. 204.

⁶⁸² L. HENNEBEL, préc., note 324, p. 28.

⁶⁸³ *La condition juridique et les droits des travailleurs migrants sans-papiers*, préc., note 409.

⁶⁸⁴ G.L. NEUMAN, préc., note 128, p. 119.

quels contextes ils s'appliquent et à qui ils s'adressent⁶⁸⁵. Il considère finalement que l'argumentation juridique de la Cour sur l'élévation de l'interdiction de la discrimination au rang de *jus cogens* est extrêmement fragile⁶⁸⁶. Cette méthode pourrait s'assimiler au « cherry picking » signifiant que les juges choisissent la décision avant tout selon ce qui leur convient à travers l'utilisation de « références multiples, désordonnées, sélectionnées sans rigueur et parfois sans objectivité »⁶⁸⁷. Cette méthode tendrait alors à favoriser l'échange d'information, mais sans permettre une réelle homogénéisation pour l'interprétation des principes communs et sans garantir le respect des normes obligatoires⁶⁸⁸.

Concernant le statut juridique des références à des jugements extérieurs, il faut également rappeler qu'elles n'ont pas valeur de précédent, ni force obligatoire et que leur utilisation reste soumise au bon vouloir des juges. Elles ne représentent alors qu'uniquement un appui à la décision dans l'argumentation présentée, sans être déterminantes⁶⁸⁹. Cela tendrait donc à complexifier le processus de décision, souvent déjà long⁶⁹⁰. De plus, la convergence peut être uniquement superficielle puisqu'elle n'est pas toujours certaine, ni définitive, particulièrement lorsqu'il s'agit de décisions rendues par des juridictions internationales⁶⁹¹. Finalement, il faudrait également analyser ce que deviennent les jugements de Cours supranationales lors de leur application sur le plan national. En effet, on peut s'interroger à savoir si par la suite les

⁶⁸⁵ *Id.*, p. 119.

⁶⁸⁶ *Id.*, p. 121.

⁶⁸⁷ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 77.

⁶⁸⁸ M. DELMAS-MARTY, préc., note 4, p. 65.

⁶⁸⁹ S. ROBIN-OLIVIER ET P. REMY, préc., note 96, p. 86.

⁶⁹⁰ K. BENYEKHLEF, préc., note 85, p. 204.

⁶⁹¹ S. ROBIN-OLIVIER ET P. REMY, préc., note 96, p. 90.

normes internationales vont elles-mêmes être interprétées de manière différente, notamment afin de permettre leur adaptation dans l'ordre interne⁶⁹².

Sur le plan étatique, certains auteurs perçoivent dans le dialogue des juges l'établissement d'un jeu politique. Ainsi, d'un côté ces échanges représenteraient une opportunité pour des États puissants d'étendre leur influence, notamment dans un contexte dans lequel il semble de plus en plus difficile de faire appliquer des normes étatiques face au phénomène de déterritorialisation. Les juges seraient alors un bon moyen pour permettre de mettre en œuvre de nouvelles stratégies élaborées par les États⁶⁹³. Selon cette perspective, il ne faudrait donc pas sous-estimer le rattachement des juges à leur propre nation et à la défense de leurs valeurs et de leurs intérêts⁶⁹⁴. D'un autre côté, il semblerait exister des cours complexées qui chercheraient l'approbation de nouvelles juridictions⁶⁹⁵. Cette idée peut largement être mise en lien avec l'analyse du dialogue entre la CIADH et la CEDH puisque l'une semble être dominante sur l'autre. Cela fait également écho à l'idée d'hégémonie occidentale soulevée par Mirelle Delmas-Marty⁶⁹⁶.

Les failles du dialogue ne se perçoivent toutefois pas seulement à travers les critiques d'une partie de la doctrine vis-à-vis des méthodes utilisées par les juges. En effet, l'une des principales failles du dialogue entre les juges de la CEDH et de la CIADH reste celle de l'asymétrie des échanges.

⁶⁹² *Id.*, p. 90.

⁶⁹³ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 37.

⁶⁹⁴ *Id.* pp. 38-40.

⁶⁹⁵ K. BENYEKHLEF, préc., note 85, p. 203.

⁶⁹⁶ M. DELMAS-MARTY, préc., note 4, p. 19.

2- Un dialogue asymétrique

Tout d'abord, quelques chiffres afin de mieux percevoir l'asymétrie du dialogue. La CEDH nomme expressément la Cour interaméricaine dans 37 arrêts⁶⁹⁷, selon les résultats d'une recherche sur la base de données HUDOC⁶⁹⁸. En revanche, pour la CIADH, en effectuant une recherche utilisant les termes « *Corte Europea* » sur la base de données BJDH (*Buscador juridico de derechos humanos*), ces termes apparaissent dans 121 affaires contentieuses et 11 avis consultatifs, tandis que les termes « *Tribunal europeo* » apparaissent dans 37 arrêts⁶⁹⁹. La recherche en utilisant les termes « *Tribunal Europeo* » donne 86 résultats⁷⁰⁰. Ces chiffres permettent d'avoir une idée de la grande fréquence des citations de la CEDH sachant que le nombre d'arrêts émis par la CIADH est nettement inférieur au nombre d'arrêts produits par la Cour de Strasbourg.

L'un des intérêts perçus de la création d'un système régional de protection des droits fondamentaux est l'effectivité accrue des droits protégés notamment en raison du rapprochement entre l'organe juridictionnel de protection des droits de l'homme des États de la région⁷⁰¹. La création d'un tel organe offre également de nouveaux moyens de sanctionner les violations des droits fondamentaux. Par ailleurs, une institution régionale est censée adopter une approche plus adaptée aux réalités juridique, politique et sociale locales

⁶⁹⁷ Ce résultat est obtenu suite à la recherche des termes « CIADH », « CIDH » et « Cour interaméricaine », en retirant les arrêts faisant référence au Comité des Droits de l'homme.

⁶⁹⁸ CONSEIL DE L'EUROPE, HUDOC [Ressource électronique], en ligne: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#>> (consulté le 20 février 2014).

⁶⁹⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, BJDH [Ressource électronique], en ligne: <<http://www.bjdh.org.mx/BJDH/>> (consulté le 21 février 2014).

⁷⁰⁰ *Id.*

⁷⁰¹ G.L. NEUMAN, préc., note 128, p. 106.

puisqu'elle permet une interprétation du droit plus précise que la version universelle en s'adaptant aux rapprochements culturels et idéologiques des pays de la région⁷⁰².

Le juge Cassese, ancien Président du TPIY⁷⁰³, a fait valoir qu'une « importation mécanique » de notions tirées d'un seul système de droit » risque « d'altérer ou de fausser » ses spécificités⁷⁰⁴. Dans le même sens, Gerald Neuman soutient que la Cour interaméricaine accorde, pour l'interprétation de la *Convention interaméricaine*, plus d'importance au droit européen et au droit international qu'à son propre droit régional⁷⁰⁵, c'est-à-dire celui des États parties. L'origine politique et culturelle⁷⁰⁶ du droit, garante d'une partie de sa légitimité, semble alors oubliée au profit d'un droit éloigné des réalités locales.

Par ailleurs, l'auteur souligne les effets nocifs de la forte utilisation par la CIADH des normes de *jus cogens*, car rappelons qu'elle est le tribunal international de l'ère contemporaine à avoir le plus contribué à son extension⁷⁰⁷. Or, cette notion entre en contradiction avec le volontarisme des États puisqu'elle impose le respect de la règle sans considérer la volonté étatique de l'appliquer⁷⁰⁸. L'implication des États a pourtant un rôle fondamental à la fois pour la légitimité et l'effectivité des décisions⁷⁰⁹. En effet, ce sont essentiellement eux qui contribueront à rapprocher le droit de la réalité en l'adaptant au contexte local afin de faciliter

⁷⁰² *Id.*

⁷⁰³ *Le Procureur contre Dražen Erdemović*, Affaire n°IT-96-22, arrêt 7 octobre 1997 (TPIY- Chambre d'appel) en ligne: <<http://www.tpiy.org/x/cases/erdemovic/acjug/fr/erd-aj971007f.pdf>> (consulté le 10 février 2014).

⁷⁰⁴ M. DELMAS-MARTY, préc., note 4, p. 118.

⁷⁰⁵ G.L. NEUMAN, préc., note 128, p. 101.

⁷⁰⁶ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 77.

⁷⁰⁷ G.L. NEUMAN, préc., note 128, p. 118.

⁷⁰⁸ *Id.*, p. 117.

⁷⁰⁹ *Id.*, p. 115.

son implantation⁷¹⁰. De plus, une fois que le droit est intégré au système national, il semble plus probable que d'autres États soient encouragés à faire de même⁷¹¹.

Gerald Neuman note également que la CIADH se fonde sur de nombreux instruments internationaux⁷¹² et s'inspire en grande partie de sources issues de la *soft law*. Ainsi, elle participe largement à convertir la *soft law* en *hard law*⁷¹³. L'auteur précise cependant que le passage prématuré de *soft law* à de la *hard law* peut être défavorable, car le droit n'a pas encore été adapté au contexte local, le rendant alors moins effectif. Le même phénomène se produit pour l'intégration de la doctrine européenne⁷¹⁴ qui semble elle aussi éloignée des réalités nationales latino-américaines. Selon l'auteur, cela risque de mettre en cause non seulement l'effectivité du droit en affaiblissant le support régional de la Cour, mais également son rôle en tant que créateur de droit⁷¹⁵. Cependant, il ne s'oppose pas totalement à ces pratiques, mais précise qu'elles doivent être utilisées avec davantage de prudence⁷¹⁶.

Toujours selon Gerald Neuman, l'appui particulier de la CIADH à des institutions externes s'expliquerait entre autres par le manque de soutien des États de la région. Soulignons en effet qu'une des principales failles du système interaméricain de protection des droits fondamentaux est le manque de volonté étatique qui se remarque notamment dans les difficultés à adapter les politiques publiques nationales aux recommandations et aux

⁷¹⁰ *Id.*

⁷¹¹ *Id.*, p. 115

⁷¹² *Id.*, p. 110.

⁷¹³ *Id.*, p. 111.

⁷¹⁴ *Id.*, p. 116.

⁷¹⁵ *Id.*, p. 102.

⁷¹⁶ *Id.*, p. 116.

résolutions émises par les organes de contrôle du système interaméricain⁷¹⁷. Notons également que la CIADH souffre d'un sous-financement chronique⁷¹⁸. De plus, l'auteur signale le manque de support de l'OÉA qui n'exerce pas de pressions assez fortes sur les États afin de permettre le renforcement de l'exécution des décisions de la Cour⁷¹⁹ et ne participe pas assez à l'établissement de standards communs permettant de mieux définir les droits fondamentaux⁷²⁰. Par ailleurs, la Cour aurait plutôt tendance à négliger le rôle de la Commission puisqu'elle n'adopte pas toujours la même position, notamment sur l'interprétation de l'amplitude de ses propres pouvoirs⁷²¹. De plus, il existe encore une certaine rivalité entre ces deux organes étant donné leur proximité. Cette réalité contraste avec celle du continent européen, où il existe une coopération avancée entre les divers organes⁷²².

Cette prédominance d'un système sur un autre est révélatrice d'« un affrontement entre les cultures judiciaires » et des « luttes d'influence entre États sur la scène mondiale »⁷²³. Le *soft power* judiciaire semble alors devenir un nouvel instrument permettant d'accroître le rayonnement international des États⁷²⁴. Dans ce contexte, la constitution de réseaux et d'alliances devient un atout, tel que l'illustre l'exemple du système européen⁷²⁵. En effet, il semble être en bonne position puisqu'il abrite une multitude de traditions juridiques ce qui le fait rayonner sur la scène internationale. La Cour de Strasbourg apparaît comme un nouveau

⁷¹⁷ MIGUEL F. CANESSA MONTEJO, «Los derechos laborales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos», (2008) *Los Recursos Humanos*, p. 15.

⁷¹⁸ G.L. NEUMAN, préc., note 128, p. 105.

⁷¹⁹ *Id.*

⁷²⁰ *Id.*, p. 107.

⁷²¹ *Id.*, p. 108.

⁷²² *Id.*, p. 107.

⁷²³ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 9.

⁷²⁴ *Id.*, p. 54.

⁷²⁵ *Id.*

laboratoire capable de présenter un modèle différent mélangeant les diverses cultures juridiques, notamment issues du droit civil et de la *common law*⁷²⁶. La CEDH se retrouve ainsi souvent citée, notamment par les juristes états-unien⁷²⁷.

Par ailleurs, certains perçoivent une vision expansionniste du modèle national états-unien fondé sur la *common law*⁷²⁸. De ce point de vue, il apparaîtrait alors souhaitable du point de vue européen de contrebalancer cette influence en renforçant l'intégration judiciaire européenne⁷²⁹. La question de l'unification du droit pose néanmoins le problème du respect de la diversité culturelle, et celle du respect des contraintes socioculturelles⁷³⁰. L'« unification hégémonique » est celle qui pose problème, et non « l'unification pluraliste »⁷³¹. Une partie de la doctrine met ainsi en garde contre le risque « d'expansion hégémonique d'un système »⁷³². Mireille Delmas-Marty précise qu'il est important de ne pas confondre pluralité et pluralisme, car contrairement à la pluralité, le pluralisme induit un lien entre les systèmes⁷³³. Elle insiste sur l'idée d'« unification par hybridation »⁷³⁴ qui implique un échange réciproque⁷³⁵, alors que les pratiques hégémoniques imposent des « transplantations » non pluralistes⁷³⁶. Le risque du dialogue asymétrique entre la CEDH et la CIADH serait alors d'évoluer vers un système hégémonique européen qui ne prendrait plus en compte les spécificités régionales telles qu'elles peuvent apparaître sur le continent latino-américain.

⁷²⁶ *Id.*

⁷²⁷ A.-M. SLAUGHTER, préc., note 3, p. 155.

⁷²⁸ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 55.

⁷²⁹ *Id.*

⁷³⁰ M. DELMAS-MARTY, préc., note 4, p. 110.

⁷³¹ *Id.*, p. 112.

⁷³² *Id.*, p. 19.

⁷³³ *Id.*, p. 18.

⁷³⁴ *Id.*

⁷³⁵ *Id.*, p. 108.

⁷³⁶ *Id.*, p. 112.

Malgré les failles du dialogue, il semble toutefois indéniable de constater un rapprochement entre le système européen des droits de l'homme et le système interaméricain des droits de l'homme. Ce rapprochement est donc certain, mais semble limité par différents facteurs.

C) Un rapprochement limité, mais certain

Le dialogue se retrouve limité par des facteurs contextuels influant sur la jurisprudence des cours. Toutefois, ces différences ne semblent pas nécessairement être un obstacle, et peuvent même apparaître comme un avantage permettant d'enrichir le droit existant. Finalement, nous pouvons affirmer que le dialogue contribue à travers le rapprochement des jurisprudences de la CIADH et de la CEDH, à la création d'un espace euro-américain commun des droits de l'homme.

1- Les limites liées aux facteurs contextuels

La consécration d'un droit est souvent le fruit d'une lutte s'inscrivant dans un contexte historique particulier⁷³⁷. Il paraît alors normal que l'imitation et l'emprunt d'un ensemble à l'autre ne suffisent pas à faire évoluer en profondeur les modèles conceptuels forgés au fil du

⁷³⁷ J. ALLARD ET A. VAN WAEYENBERGE, préc., note 8, p. 77.

temps⁷³⁸. Concernant le dialogue des juges se déroulant entre la CEDH et la CIADH, il est intéressant de voir que la Cour de Strasbourg dispose d'une avance jurisprudentielle considérable tandis que la Cour de San José se démarque par ses particularités.

a) L'avance prise par la CEDH

Jusqu'à maintenant certains sujets ont été traités uniquement par la CEDH, ce qui illustre l'écart persistant entre les deux systèmes de protection des droits de l'homme. Néanmoins, il est très probable que certaines questions se retrouvent à l'avenir devant la CIADH et lorsque cela arrivera, la jurisprudence de la CEDH sera sûrement suivie avec grand intérêt⁷³⁹. Cela explique pourquoi il est pertinent de s'y intéresser dès maintenant⁷⁴⁰.

La question des condamnations perpétuelles est l'un des sujets traités exclusivement par la CEDH. Elle a limité l'imposition de ce type de condamnation en se fondant sur l'article 3 de la CESDH relatif à l'interdiction de la torture⁷⁴¹. Dans un jugement sur la question, le juge européen précise « que nul ne peut être détenu si aucun motif légitime d'ordre pénologique ne le justifie »⁷⁴². Ainsi, « une peine perpétuelle doit offrir à la fois une chance d'élargissement et

⁷³⁸ M. DELMAS-MARTY, préc., note 4, p. 42.

⁷³⁹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 161.

⁷⁴⁰ *Id.*

⁷⁴¹ *Id.*

⁷⁴² *Vinter et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, §111, CEDH 2013 (extraits) (CEDH).

une possibilité de réexamen »⁷⁴³. La CEDH est également la seule des deux Cours sous étude à s'être prononcée sur la question des extraditions, expulsions et négations d'asile. Elle considère que l'extradition, l'expulsion et la négation de l'asile constituent une violation de l'article 3 de la Convention relatif à l'interdiction de la torture, s'il y a un risque réel que la personne endure des actes de tortures ou des traitements inhumains ou dégradants dans le pays vers lequel l'individu risque d'être déporté⁷⁴⁴. Elle a ainsi estimé dans *l'affaire Soering c. Royaume-Uni*⁷⁴⁵ du 7 juillet 1989 que l'extradition d'une personne condamnée à mort constituait une violation de cet article. En outre, dans l'affaire *D c. Royaume-Uni*⁷⁴⁶ du 2 mai 1997, la CEDH a considéré que l'expulsion d'une personne atteinte du sida constituait également une violation de l'article 3 relatif à l'interdiction de la torture, lorsque le malade ne pouvait recevoir dans le pays de retour les traitements adaptés à sa maladie⁷⁴⁷. Ce courant jurisprudentiel tend finalement à élargir l'application de l'article 3 de la CESDH⁷⁴⁸. L'intégrité ne se résume toutefois pas à la torture et aux traitements inhumains et dégradants et donc à l'application de l'article 3 de la CESDH. La CADH, quant à elle, mentionne explicitement le devoir de respecter l'intégrité à son article 5, en plus de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. La CADH semble donc bénéficier d'une protection plus large.

⁷⁴³ *Id.*, § 110.

⁷⁴⁴ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 162.

⁷⁴⁵ *Soering c. Royaume-Uni*, préc., note 404.

⁷⁴⁶ *D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-II (CEDH).

⁷⁴⁷ J. GARCÍA ROCA, P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 163.

⁷⁴⁸ *Id.*

Cependant, dans la pratique, l'absence de mention explicite de la notion d'intégrité à l'article 3 de la CESDH a permis à la CEDH de l'associer à des cas beaucoup plus diversifiés que n'a pu le faire la CIADH⁷⁴⁹. En effet, les juges européens ont développé une jurisprudence permettant d'associer cette notion à l'article 8 de la CESDH relatif au respect de la vie privée et familiale ce qui ne se retrouve pas dans le système interaméricain⁷⁵⁰. La première décision à établir ce lien est celle relative à l'affaire *X et Y c. Pays-Bas*⁷⁵¹ du 26 mars 1985 qui évoque des abus sexuels commis sur une mineure souffrant d'une déficience mentale dans l'institution dans laquelle elle était gardée⁷⁵². Ainsi, la CEDH relève la thèse de la Commission précisant que « les faits à l'origine de la requête relèvent de la « vie privée », qui recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle »⁷⁵³. La CEDH a par la suite évoqué la notion d'intégrité dans des domaines variés, même si cela n'a pas toujours abouti à la reconnaissance de nouveaux droits.

Ainsi, sur la question sensible de l'avortement thérapeutique, la CEDH a considéré que la protection de la vie privée peut, dans certains cas, justifier une telle intervention⁷⁵⁴ en précisant que le droit à la vie de l'enfant « s'il existe, se trouve implicitement limité par les droits et intérêts de la mère »⁷⁵⁵. Dans l'affaire *Tysiac c. Pologne* du 20 mars 2007, la requérante souffrait d'une myopie sévère qui risquait de s'aggraver si elle menait sa grossesse à terme.

⁷⁴⁹ *Id.*, p. 168.

⁷⁵⁰ *Id.*

⁷⁵¹ *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, série A n° 91 (CEDH).

⁷⁵² J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 169.

⁷⁵³ *X et Y c. Pays-Bas*, préc., note 741, §22.

⁷⁵⁴ JEAN-MANUEL LARRALDE, «La Cour européenne des droits de l'Homme et la promotion des droits des femmes: Cour européenne du droits de l'homme (4è section) *Tysiac c. Pologne*, 20 mars 2007», (2007) vol. 71 *Rev. trim. dr. h.*, pp. 855-862.

⁷⁵⁵ *Vo c. France*, [GC], n°53924/00, §80, CEDH 2004-VIII (CEDH).

Elle se vit refuser de recourir à un avortement thérapeutique malgré le risque de souffrir d'une invalidité importante. Soulignons par ailleurs que la législation en Pologne n'autorise l'avortement qu'en cas de viol ou de danger pour la mère et l'enfant⁷⁵⁶. La CEDH a précisé dans cette affaire que si « la réglementation de l'État sur l'avortement implique de procéder à l'exercice habituel de mise en balance de la vie privée et de l'intérêt public, il faut aussi – en cas d'avortement thérapeutique – l'examiner au regard de l'obligation positive qui incombe à l'État de reconnaître aux futures mères le droit au respect de leur intégrité physique »⁷⁵⁷. En rattachant la protection de l'intégrité de la personne humaine au droit à la vie privée, la CEDH renforce la protection du droit garanti par l'article 8 de la CESDH puisqu'elle lui permet d'insister sur l'obligation positive des États parties que la protection de l'intégrité implique. Ainsi, la Pologne se voit condamner pour ne pas avoir prévu dans sa législation de mécanismes effectifs permettant d'évaluer si les conditions étaient réunies pour bénéficier d'un avortement légal⁷⁵⁸. Dans l'arrêt *A. B. et C. c. Irlande* du 16 décembre 2010, le juge européen ajoute qu'une grossesse occasionnant un risque pour la vie de la mère « touchait aux valeurs fondamentales et à des aspects essentiels de son droit à sa vie privée »⁷⁵⁹. Cette jurisprudence a donc permis une avancée majeure puisqu'elle permet de renforcer les obligations positives des États de respecter le droit à la vie privée garanti par l'article 8 de la CESDH⁷⁶⁰.

⁷⁵⁶ IEB, *Institut Européen de Bioéthique* [Ressource électronique], en ligne : <<http://www.ieb-eib.org/en/document/affaire-tysiac-c-pologne-ivg-therapeutique-133.html>> (consulté le 20 juillet 2014).

⁷⁵⁷ *Tysiac c. Pologne*, n°5410/03, §107, CEDH 2007-I (CEDH).

⁷⁵⁸ *Id.*, § 124.

⁷⁵⁹ *A, B et C c. Irlande*, [GC], n°25259/05, §250, CEDH 2010 (CEDH).

⁷⁶⁰ J.-M. LARRALDE, préc., note 754, p. 870.

De son côté, la CIADH s'est également prononcée sur une affaire touchant à la question de l'avortement thérapeutique engageant la vie de la future mère dans une résolution concernant le Salvador⁷⁶¹. Dans cette affaire une femme risquait la mort si elle n'avait pas recours à un avortement thérapeutique d'urgence. Par ailleurs, le fœtus n'avait aucune chance de survie⁷⁶². A la différence de la CEDH, la Cour se fonde sur la protection de l'intégrité physique et mentale, mais sans y rattacher la protection de la vie privée. Elle mentionne ainsi l'extrême gravité des faits, l'urgence de la situation ainsi que les dommages irréparables que risque de subir la future mère⁷⁶³. Les mesures conservatoires prises par la Cour énoncent finalement l'obligation de procéder de manière urgente à un avortement thérapeutique. On note toutefois que le cadre juridique national était différent. En effet, concernant le droit à l'avortement, la législation en vigueur au Salvador est l'une des plus restrictives au monde, puisque contrairement à l'Irlande et à la Pologne, elle n'autorise en aucun cas une telle intervention, même lorsque la vie de la future mère se trouve en danger⁷⁶⁴.

L'analyse comparée de la jurisprudence de la CEDH et de la CIADH témoigne finalement de l'avancée de la CEDH, dans certains domaines, sur la question de l'intégrité de la personne humaine malgré l'absence de cette notion dans la CESDH. Cette avancée peut s'expliquer par les différences existant entre les législations des États membres du Conseil de l'Europe et des États sous la compétence de la Cour interaméricaine comme l'illustre la question délicate de l'avortement.

⁷⁶¹ *Affaire B.*, 29 mai 2013, Résolution sur Mesures Provisoires de Protection (CIADH). La CIADH peut émettre des mesures provisoires à travers des résolutions en cas d'urgence et afin d'éviter des dommages irréversibles.

⁷⁶² *Id.*, §8.

⁷⁶³ *Id.*, §11.

⁷⁶⁴ COMITE DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Reporte de las violaciones de los derechos de la mujer debido a la penalizacion absoluta del aborto*, Genève, 2010.

b) Les particularités de la jurisprudence de la CIADH

Aujourd'hui, la Cour interaméricaine n'est pas simplement importatrice d'interprétations étrangères des droits fondamentaux. Elle est désormais également innovatrice et aspire à devenir elle-même exportatrice⁷⁶⁵. Une partie de la doctrine reconnaît ainsi que « le corpus jurisprudentiel de la Cour est aujourd'hui particulièrement foisonnant et original »⁷⁶⁶. De plus, « son activité juridictionnelle est en croissance exponentielle »⁷⁶⁷. Le discours universalisant des droits de l'homme de la CIADH révèle d'ailleurs la volonté de s'imposer en tant que « juge naturel »⁷⁶⁸, soit un juge défendant un droit universel applicable à tous. La CIADH s'inspire des réalités sociale, politique et culturelle pour s'ériger en modèle sur certains sujets spécifiques tels que les questions des disparitions forcées et des groupes vulnérables. Les attentions particulières de la CIADH illustrent par ailleurs le processus de contextualisation des droits de l'homme participant à leur diffusion⁷⁶⁹.

Tout d'abord, il faut souligner que la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* adoptée le 2 mai 1948⁷⁷⁰, bien que pionnière, n'a pu suffire à empêcher l'instauration de dictatures militaires dans divers États latino-américains⁷⁷¹. L'histoire récente de la région, marquée par des conflits internes confrontant les autorités publiques à des groupes

⁷⁶⁵ G.L. NEUMAN, préc., note 128, p. 116.

⁷⁶⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 306, p. 3.

⁷⁶⁷ *Id.*

⁷⁶⁸ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 48.

⁷⁶⁹ U. BECK, préc., note 1, p. 872.

⁷⁷⁰ *Déclaration américaine sur les droits et devoirs de l'Homme*, préc., note 22.

⁷⁷¹ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 306, p. 1.

paramilitaires, explique d'ailleurs le réel intérêt de la Cour envers certaines questions telles que les disparitions forcées et les détentions illégales⁷⁷².

En effet, le continent a souffert de « violations massives et systématiques des droits de l'homme ». Cette « violence institutionnalisée »⁷⁷³ a profondément marqué la jurisprudence de la Cour. Ainsi, on découvre que la violence étatique au nom du combat contre le terrorisme a souvent méconnu les contraintes « légales » et c'est ainsi que la lutte antiterroriste, dont les populations civiles sont souvent devenues les principales victimes, a pu devenir un véritable terrain de guerre où la torture, les exécutions et les disparitions sont devenues monnaie courante⁷⁷⁴. Ce contexte conflictuel a transformé le cadre juridique national en conduisant les gouvernements à mettre en place des procédures nationales d'exception limitant les droits fondamentaux⁷⁷⁵. Il faut également noter que le droit international a souvent été réticent à établir un cadre juridique clair faisant référence au respect des droits de l'homme dans la lutte antiterroriste⁷⁷⁶. Par ailleurs, les difficultés s'accroissent lorsque la conscience démocratique de la société est faible et les institutions encore fragiles. C'est dans ce contexte que l'on perçoit toute l'importance du rôle de la CIADH comme moyen de contrôle supranational.

Les disparitions forcées, qui sont un sujet récurrent de la jurisprudence de la CIADH, témoignent de l'importance donnée à la compréhension historique des faits. En effet, sa

⁷⁷² J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 139.

⁷⁷³ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 306, p. 4.

⁷⁷⁴ ALAIN ROUQUIE, *À l'ombre des dictatures, la démocratie en Amérique latine*, Albin Michel, Paris, 2010, p. 171.

⁷⁷⁵ AUBREY SYDNEY ADOUA MBONGO, «Le droit international face au terrorisme», (2010) n°1054 *Revue politique et parlementaire*, pp. 96-113.

⁷⁷⁶ HENRY LENRENS ET MIREILLE DELMAS-MARTY, *Terrorismes, histoire et droit*, Paris, CNRS Éditions, 2010, p. 310.

méthodologie, consistant à « prendre le soin de situer les évènements à l’origine des violations massives des droits de l’homme » érige la Cour non seulement en « chaînon majeur » de la « garantie juridictionnelle des droits de l’homme », mais également « en référence quasi sociale dans la préservation de la mémoire collective » des pays et même du continent⁷⁷⁷. L’opinion séparée du président de la Cour, Sergio García Ramírez, dans l’affaire *la Cantuta*⁷⁷⁸ en témoigne. Il s’agissait dans ce cas de la séquestration d’un enseignant et d’un groupe d’étudiants ainsi que de leurs proches par l’armée péruvienne. Ces faits ont été perpétrés le 18 juillet 1992 dans le contexte du conflit armé interne confrontant les forces armées étatiques au Sentier Lumineux. L’éminent juge mexicain note que la Cour ne prend pas seulement en compte les faits, mais analyse également les circonstances qui les entourent. Cette analyse approfondie permet de mieux comprendre comment les violations ont pu se perpétrer en déterminant « leur apparition, leurs caractéristiques, leurs significations et leurs racines »⁷⁷⁹. Tout cela contribue finalement à déterminer la solution judiciaire, « tant en ce qui concerne l’appréciation des faits qu’en ce qui concerne les réparations et les garanties de non répétition »⁷⁸⁰. Le juge explique que cette analyse sociologique et historique est indispensable à une décision qui prétend « faire la lumière sur les violations » perpétrées et « prévenir de prochaines atteintes » aux droits fondamentaux⁷⁸¹. Le juge justifie l’usage de cette méthode par les fonctions qu’implique le rôle de juge des droits fondamentaux :

« However, court decisions on human rights seek to “set an example” and “be instructive.” They contribute to the “uncovering of the truth” and “political and social rectification.” Put differently, they are not limited to or satisfied by a brief

⁷⁷⁷ L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 360.

⁷⁷⁸ *Slivenko c. Lettonie*, préc., note 621.

⁷⁷⁹ *Id.*, §17.

⁷⁸⁰ *Id.*

⁷⁸¹ *Id.*, §18.

decision on the specific dispute –which, by the way, has already come to an end–, but seek to instruct on the factors that breach fundamental rights, breaching practices, the suffering of victims, the requirements of a reparation that extends beyond compensation or monetary redress, the general knowledge of the violations committed. In this sense, it has a more pronounced social, historical, moral, and pedagogic nature than other expressions of public justice »⁷⁸².

Ainsi, selon la conception du juge interaméricain, le rôle du juge international recouvre une importance majeure impliquant le devoir de procéder à une analyse particulièrement approfondie des faits ainsi que du contexte sociopolitique dans lequel ils se sont déroulés.

Ce contexte sociopolitique a poussé la Cour de San José à développer une doctrine contre l'impunité des violations perpétrées par les États⁷⁸³. À maintes reprises, la CIADH s'est vivement opposée aux lois d'amnisties. Dans l'affaire *Barrios Altos*⁷⁸⁴ du 14 mars 2001⁷⁸⁵, elle a déclaré que les dispositions prises par l'État péruvien, visant à empêcher l'enquête et la sanction des responsables ayant commis de graves violations des droits de l'homme, étaient incompatibles avec le droit international et la *Convention américaine* comme le précisent ces passages de l'arrêt :

« Cette Cour considère inadmissibles les dispositions d'amnistie, les dispositions de prescription et l'établissement de dispositions visant l'exclusion de responsabilité ayant pour objet d'empêcher l'enquête et la sanction des responsables des violations graves des droits de l'homme telles que la torture, les exécutions sommaires, extrajudiciaires ou arbitraires ainsi que les disparitions

⁷⁸² *Id.*, §20.

⁷⁸³ G.L. NEUMAN, préc., note 128, p. 108.

⁷⁸⁴ *Barrios Altos c. Pérou*, 14 mars 2001, Fond, Série C n°75 (CIADH).

⁷⁸⁵ Dans l'affaire *Barrios Altos*, la CIADH s'intéresse à des exécutions extrajudiciaires commises par le « *Grupo Colina* », composé de membres de l'armée péruvienne, ayant tué 15 personnes et fait 4 blessés graves. À la suite de ces faits, le Congrès péruvien sanctionna une loi d'amnistie exonérant tous les militaires, policiers et civils ayant commis des violations aux droits de la personne entre 1980 et 1995.

forcées, qui sont toutes interdites car elles contreviennent des droits indérogeables reconnus par le droit international des droits humains »⁷⁸⁶.

(...)

« [l]a Cour considère que les lois d'amnistie adoptées par le Pérou ont empêché que les familles des victimes et les victimes survivantes dans la présente affaire soient entendues par un juge, conformément à l'article 8.1 de la Convention ; ces lois ont violé le droit à la protection judiciaire consacré à l'article 25 de la Convention, empêché l'investigation, la poursuite, la capture, la mise en accusation et la sanction des responsables des faits survenus à Barrios Altos, contrevenant ainsi à l'article 1.1 de la Convention, et ont empêché l'éclaircissement des faits en l'espèce. Enfin, l'adoption des lois d'autoamnistie incompatibles avec la Convention constitue un manquement à l'obligation d'adopter des mesures de droit interne prévue à l'article 2 de cet instrument »⁷⁸⁷.

La CIADH invalide ainsi totalement les lois d'amnisties adoptées par l'État. Il faut également noter que la Cour insiste dans son argumentation sur l'importance du « droit à la vérité » et des « garanties judiciaires dans un État de droit », en accord avec ce qui avait été plaidé par le délégué de la Commission interaméricaine⁷⁸⁸. Ainsi, nous percevons l'importance pour la Cour de rétablir une vérité historique et d'éviter toute impunité face à ce type de violations. Ces préoccupations semblent s'inscrire dans la conscience que revêtent les spécificités de la justice en matière de droits de l'homme selon la conception de la CIADH.

L'argumentation de la Cour fut réutilisée non seulement par la Cour Suprême et le Tribunal constitutionnel péruvien⁷⁸⁹, mais aussi par d'autres tribunaux nationaux en Colombie et au

⁷⁸⁶ *Barrios Altos c. Pérou*, préc., note 784, §41.

⁷⁸⁷ *Id.*, §42.

⁷⁸⁸ *Id.*, §36.

⁷⁸⁹ JAVIER CIURLIZZA, «Pérou : la défaite juridique de l'amnistie et l'agenda politique en suspens », (2008) 53 *Mouvements*, p. 95, en ligne :

Brésil⁷⁹⁰. De plus, elle fut reprise dans d'autres affaires de la Cour, par exemple pour invalider la loi d'amnistie promulguée par Pinochet⁷⁹¹ dans l'affaire *Almonacid Arellano*⁷⁹². Cette dernière décision inaugure par ailleurs la nécessité pour les juges nationaux d'exercer un « contrôle de conventionalité » entre le droit interne et la *Convention américaine*⁷⁹³. En effet, la Cour y mentionne expressément l'obligation pour les juges nationaux de veiller à ce que les normes juridiques internes respectent les principes de la CADH tout en se référant à l'interprétation émise par la CIADH⁷⁹⁴.

Sur un autre point, il faut souligner que la CEDH et la CIADH suivent toutes deux la logique de la protection particulière des groupes les plus vulnérables⁷⁹⁵. Cette notion fait en sorte que la « charge de la preuve » est inversée, l'État devenant celui qui est obligé de démontrer qu'il a entrepris toutes les mesures nécessaires pour éviter les atteintes aux droits des personnes les plus vulnérables⁷⁹⁶. Il faut noter que la CIADH est particulièrement sensible à cette question.

<<http://www.cairn.info/article.php?REVUE=mouvements&ANNEE=2008&NUMERO=1&PP=95>> Cairn.info, (consulté le 28 mars 2014), §21.

⁷⁹⁰ *Id.*, §22.

⁷⁹¹ *Id.*

⁷⁹² *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, préc., note 297, §124.

⁷⁹³ L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 292.

⁷⁹⁴ Dans l'affaire *Almonocidad Arrellano* (§124), préc., note 783, la CIADH évoque l'obligation pour les juges nationaux d'effectuer un contrôle de conventionalité en ces termes : « *The Court is aware that domestic judges and courts are bound to respect the rule of law, and therefore, they are bound to apply the provisions in force within the legal system. But when a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges, as part of the State, are also bound by such Convention. This forces them to see that all the effects of the provisions embodied in the Convention are not adversely affected by the enforcement of laws which are contrary to its purpose and that have not had any legal effects since their inception. In other words, the Judiciary must exercise a sort of « conventionality » control between the domestic legal provisions which are applied to specific cases and the American Convention on Human Rights. To perform this task, the Judiciary has to take into account not only the treaty, but also the interpretation thereof made by the Inter-American Court, which is the ultimate interpreter of the American Convention* ».

⁷⁹⁵ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 287.

⁷⁹⁶ *Id.*, p. 303.

La Cour s'appuie ainsi « quasi systématiquement »⁷⁹⁷ sur cette notion dans les affaires liées à la protection des peuples indigènes, une problématique qui par ailleurs revient souvent dans sa jurisprudence étant donné le contexte particulier de la région⁷⁹⁸. En effet, il faut rappeler que ces populations ont souffert sous la colonisation espagnole et portugaise de « massacres, évangélisation forcée, déracinement, extorsion de terres, acculturation »⁷⁹⁹. De plus, leur persécution a continué malgré les déclarations d'indépendance des États latino-américains, puisque les peuples indigènes ont fait l'objet de « constantes discriminations, spoliations, déplacements forcés par ceux-là mêmes qui auraient dû assurer leur protection : les États »⁸⁰⁰. Ainsi, même s'il n'existe plus « de système de discrimination officielle et légale », les sociétés latino-américaines portent encore « les stigmates du fait colonial »⁸⁰¹. La persistance des violences est alors révélatrice des fragilités institutionnelles dans la région, mais doit aussi se percevoir dans un contexte sociologique et historique plus profond.

Ainsi, nous constatons aujourd'hui un intérêt renforcé envers la question indigène, notamment sous l'impulsion d'ONG et d'organisations internationales⁸⁰². De plus, l'Amérique latine a été marquée ces dernières années par une « montée des revendications ethniques » et par leur politisation⁸⁰³. De fait, le particularisme indigène a fini par être « constitutionnalisé » dans

⁷⁹⁷ M. ROTA, préc., note 203, p. 156.

⁷⁹⁸ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 300.

⁷⁹⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 34, p. 12.

⁸⁰⁰ *Id.*

⁸⁰¹ A. ROUQUIÉ, préc., note 763, p. 74.

⁸⁰² SABINE KRADOLFER, «The transnationalisation of indigenous peoples' movements and the emergence of new indigenous elites», (2011) 202 *International Social Science Journal*, pp. 377-388.

⁸⁰³ CHRISTIAN GROS, «Métissage et identité. La mosaïque des populations et les nouvelles demandes ethniques», (2001) n°98 *Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, p. 147, en ligne: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs98.pdf>> (consulté le 15 mars 2014).

divers États⁸⁰⁴ promouvant une vision multiculturelle de la nation⁸⁰⁵.

La CIADH occupe une place « pionnière » sur la question des droits spécifiques aux peuples indigènes en contribuant à la construction d'un véritable « *corpus juris* indigène »⁸⁰⁶. Elle tend à assurer une protection effective de ces populations en insistant sur la nécessité de s'adapter à leur particularisme culturel. Le « fait indigène »⁸⁰⁷ a fait irruption dans le contentieux interaméricain le 31 août 2001 à travers l'affaire de la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni*⁸⁰⁸ du 31 août 2001 relative à la concession des terres de la Communauté Mayagna à une compagnie privée au Nicaragua. Dans cet arrêt, la Cour a adapté le droit à la propriété en prenant en compte les spécificités culturelles du peuple indigène⁸⁰⁹. Elle a ainsi reconnu un droit « à la propriété communautaire » grâce à une interprétation évolutive du droit à la propriété⁸¹⁰. Les juges interaméricains ont renforcé cette protection dans l'affaire *Comunauté Moiwana c. Surinam*⁸¹¹ du 15 juin 2005, en reconnaissant non seulement leur droit de propriété, mais aussi en soulignant le droit de retour sur ces terres même si celles-ci ne se trouvent plus entre leurs mains⁸¹². Ils constatent ainsi que le déplacement forcé des populations indigènes constitue une violation du droit à la libre circulation garanti par l'article 22 de la CADH, même si en l'espèce la violation de ce droit n'avait pas été expressément soulevée par

⁸⁰⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 306, p. 12.

⁸⁰⁵ PIERRE BON, «L'État en Amérique latine», (2001) 98 *Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, p. 17, en ligne: <http://www.revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/98Pouvoirs_p18-36_etat_AmLat.pdf> (consulté le 1er avril 2014), p. 25.

⁸⁰⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 306, p. 13.

⁸⁰⁷ *Id.*, p. 1.

⁸⁰⁸ *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, 31 août 2001, Fond et réparations, Série C n°79 (CIADH).

⁸⁰⁹ *Id.*, §149.

⁸¹⁰ *Id.*, §148.

⁸¹¹ *Communauté Moiwana c. Surinam*, 15 juin 2005, Exceptions préliminaires, fond et réparation, Série C n°124 (CIADH).

⁸¹² J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 301.

les requérants⁸¹³. Dans leurs motifs, les juges se fondent notamment sur la prise en compte des traditions spirituelles et culturelles de la communauté pour constater une violation du droit à la libre circulation. Ils appliquent alors judicieusement le droit à la liberté de circulation, puisque celui-ci est perçu dans l'arrêt comme un droit collectif, alors qu'il représente traditionnellement un droit individuel⁸¹⁴.

La Cour a également utilisé la théorie des obligations positives afin de mieux protéger le droit de ces minorités⁸¹⁵. Elle constate dans l'affaire *Communauté indigène Sawhoyamaxa c. Paraguay*⁸¹⁶ du 29 mars 2006, une violation de l'article 4 de la CADH relatif au droit à la vie, qui inclut le droit de vivre dans des conditions dignes, en raison des nombreuses carences institutionnelles dans le domaine de l'éducation et de la santé⁸¹⁷. La Cour procède donc encore une fois à une protection par ricochet des droits économiques et sociaux. De même, dans l'affaire *Communauté indigène Xákmok Kásek c. Paraguay*⁸¹⁸ du 24 août 2010, la Cour reconnaît une atteinte au droit à la vie en raison de la précarité dans laquelle se trouvait la communauté⁸¹⁹. Elle dénonce ainsi une violation du droit à une vie digne en se fondant

⁸¹³ *Communauté Moiwana c. Surinam*, préc., note 811, §107.

⁸¹⁴ L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 547.

⁸¹⁵ *Id.*, p. 552.

⁸¹⁶ *Communauté indigène Sawhoyamaxa c. Paraguay*, 29 mars 2006, Fond et réparations, Série C n°146 (CIADH).

⁸¹⁷ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 301.

⁸¹⁸ *Communauté Xákmok Kásek c. Paraguay*, 24 août 2010, Fond et réparations, Série C n°214 (CIADH).

⁸¹⁹ Dans l'affaire *Communauté Xákmok Kásek c. Paraguay* (§190) la CIADH reprend les conclusions d'un rapport émis par le ministère public évoquant les conditions de vie particulièrement précaires de la communauté : « *The Prosecutor for labor matters inspected the Salazar, Cora-i, and Maroma Ranches. He recorded "the precarious situation in which [the members of the Community live] [...] without minimum conditions of hygiene, clothing, and space sufficient for the number of inhabitants; and also [the] houses [...] do not have impermeable walls or tile roofs and were built in such a way that they endangered the safety and health of the indigenous people; the floors [were] of earth."*201 In addition, he said report indicated "that they received very limited rations."202 During the visit, irregularities were also verified with regard to the labor exploitation suffered by the members of the Community ».

notamment sur les carences concernant l'accès à l'eau⁸²⁰, aux services de santé⁸²¹ et à l'éducation⁸²². De plus, la Cour conclut que la faiblesse des services d'assistance publique offerts à ces personnes crée une discrimination de facto⁸²³. Par ailleurs, la Cour évoque la violation à l'intégrité physique et morale des membres de la communauté en prenant en compte les particularités culturelles liées à la mort de leurs proches⁸²⁴.

Le contexte régional peut également expliquer l'émergence d'un droit à l'« identité culturelle », perceptible dans l'affaire *Yakye Axa c. Paraguay* du 17 juin 2005 et énoncé explicitement dans l'opinion partiellement dissidente du juge Abreu Burelli⁸²⁵. Cette affaire faisait référence à la vulnérabilité particulière d'une communauté indigène du Paraguay soumise à la confiscation de ses terres. Le juge définit la culture en ces termes : « *the set of distinctive spiritual and material, intellectual and emotional traits of a society, a social group or an individual and which, in addition to arts, includes ways of life and of living together, value systems, traditions, and beliefs* »⁸²⁶. Il l'associe ainsi à divers articles de la CADH en adoptant une interprétation évolutive de celle-ci tout en se fondant sur l'article XIII de la *Déclaration américaine des droits de l'homme*⁸²⁷ et l'article 14 du *Protocole de San*

⁸²⁰ *Communauté Xákmok Kásek c. Paraguay*, préc., note 818, §§194-196.

⁸²¹ *Id.*, §§203-208.

⁸²² *Id.*, §§209-213.

⁸²³ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 301.

⁸²⁴ *Communauté Xákmok Kásek c. Paraguay*, préc., note 818, §265.

⁸²⁵ *Yakye Axa c. Paraguay*, 17 juin 2005, Fond et réparations, Série C n°125 (CIADH), §19.

⁸²⁶ *Id.*, §20.

⁸²⁷ L'article XIII de la *Déclaration américaine des droits de l'homme* intitulé « *Droits aux bienfaits de la culture* » se lit comme suit :

« *Toute personne a le droit de prendre part à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de bénéficier des résultats du progrès intellectuel et notamment des découvertes scientifiques.*

De même elle a droit à la protection des intérêts moraux et matériels qui découlent des inventions ou des œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques, dont elle est l'auteur ».

*Salvador*⁸²⁸. Par exemple, le droit à l'intégrité de la personne garanti par l'article 5 de la CADH combiné au droit à la santé garanti par l'article 10 du *Protocole de San Salvador*⁸²⁹ comprennent, selon l'interprétation du juge, le droit aux membres de communautés ethniques et culturelles de conserver les pratiques issues de la médecine traditionnelle tout en ayant accès aux établissements publics de santé⁸³⁰. Il faut relever qu'il s'agit d'une construction jurisprudentielle totalement « novatrice » puisque le droit à l'identité culturelle n'existe « ni dans la Convention américaine, ni dans la Convention européenne, ni dans les Pactes internationaux des Nations Unies »⁸³¹. Cet arrêt illustre les particularités de la jurisprudence de la CIADH, notamment à travers l'attention spécifique que celle-ci porte envers les problématiques distinctives de sa région.

⁸²⁸ L'article 14 du *Protocole de San Salvador* intitulé « Droits aux bienfaits de la culture » se lit comme suit :

- « 1. Les Etats parties au présent Protocole reconnaissent à chacun le droit :
- a. de participer à la vie culturelle et artistique de la collectivité;
 - b. de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications;
 - c. de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.
2. Les mesures que les Etats parties au présent Protocole prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer la préservation, le développement et la diffusion de la science, de la culture et de l'art.
3. Les Etats parties au présent Protocole s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices.
4. Les Etats parties au présent Protocole reconnaissent les bienfaits qui doivent résulter de la stimulation et du développement de la coopération et des relations internationales dans le domaine de la science, de l'art et de la culture. Ils s'engagent par conséquent à encourager une plus large coopération internationale en la matière ».

⁸²⁹ L'article 10 du *Protocole de San Salvador* intitulé « Droit à la santé » se lit comme suit :

- « 1. Toute personne a droit à la santé qui est considérée comme le droit de jouir du meilleur état de santé physique, mentale et sociale.
2. Afin d'assurer le plein exercice du droit à la santé, les Etats parties s'engagent à reconnaître ce droit comme un bienfait public et notamment à adopter pour garantir l'exercice de ce droit les mesures suivantes :
- a. l'octroi des soins primaires de santé, autrement dit, la mise à la disposition de tous les individus et de toutes les familles de la communauté de l'aide médicale essentielle;
 - b. l'extension des services de santé à tous les individus relevant de la juridiction de l'Etat;
 - c. l'immunisation complète contre les principales maladies infectieuses;
 - d. La prophylaxie et le traitement des maladies endémiques, professionnelles et autres;
 - e. L'information de la population sur la prévention et le traitement des problèmes de santé;
 - f. La solution des problèmes de santé des groupes à plus haut risque et qui sont plus vulnérables à cause de leur pauvreté ».

⁸³⁰ *Yakye Axa c. Paraguay*, préc., note 825, §25.

⁸³¹ L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 661.

La CEDH a également reconnu l'existence d'un certain nombre de groupes vulnérables, tels que les groupes « victimes de différence de traitement en raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur race ou de leur origine ethnique, de leurs facultés intellectuelles, ou encore de leur handicap »⁸³². Ce concept a été particulièrement utilisé pour la protection de la minorité rom. Soulignons que les Roms ont connu tout au long de leur histoire une série de persécutions allant jusqu'au génocide de ces populations durant la Seconde Guerre mondiale⁸³³. Il s'agit aujourd'hui la « minorité la plus persécutée d'Europe »⁸³⁴. La Cour a ainsi reconnu le besoin d'une « protection spéciale » du fait que les Roms constituaient une « minorité défavorisée et vulnérable »⁸³⁵. Cette protection spéciale doit se traduire par une « attention particulière » quant aux « besoins » et au « mode de vie » propres de ces minorités dans le « cadre règlementaire concerné » ainsi que lors de « la prise de décision s'agissant de cas particuliers »⁸³⁶. Toutefois, la jurisprudence de la CEDH a longtemps privilégié une approche individualiste de la Convention défavorable à la reconnaissance de droits collectifs⁸³⁷. Laurence Burgorgue-Larsen souligne ainsi que la Cour de Strasbourg « découvre à peine les vertus de la protection des groupes « vulnérables » », contrairement à la CIADH⁸³⁸.

⁸³² *Kiyutin c. Russie*, n°2700/10, §63, CEDH 2011 (CEDH).

⁸³³ CONSEIL DE L'EUROPE, *Le Conseil de l'Europe: Protéger les droits des Roms*, Strasbourg, DIVISION DES RELATIONS AVEC LES MEDIAS ET LA DIVISION DES RELATIONS PUBLIQUES ET DE L'IDENTITE, 2011, en ligne : <http://www.coe.int/AboutCoe/media/interface/publications/roms_fr.pdf> (consulté le 4 avril 2014), p. 2.

⁸³⁴ *Id.*, p. 6.

⁸³⁵ *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n°57325/00, §182, CEDH 2007-IV (CEDH).

⁸³⁶ *Id.*, §181.

⁸³⁷ FLORENCE BENOIT-ROHMER, «La Cour européenne des droits de l'Homme et la défense des droits des minorités nationales», (2002) *Rev. trim. dr. h.*, pp. 563-564.

⁸³⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 306, p. 14.

La question des Roms a été évoquée à plusieurs reprises également sous l'angle de l'interdiction de toute discrimination reposant sur des raisons raciales⁸³⁹.

La CIADH est également particulièrement sensible à la question de la protection des mineurs. Contrairement à la CEDH, sa jurisprudence sur leur protection s'est développée autour du droit à la vie garanti par l'article 4 de la CADH, alors que la CEDH s'est davantage centrée sur la protection de la vie familiale des enfants⁸⁴⁰ à travers l'article 3 de la CESDH relatif à l'interdiction de la torture et à travers l'article 8 de la CESDH relatif au droit au respect de la vie privée et familiale. Concernant la Cour de San José, l'affaire emblématique est celle des *Enfants des rues*⁸⁴¹ du 19 novembre 1999, dans laquelle elle reconnaît l'importante gravité des faits. Il s'agissait dans cette affaire de séquestration, actes de torture et meurtres d'enfants par l'action d'escadrons paramilitaires et de la police au Guatemala tel que mentionné précédemment⁸⁴². Par ailleurs, la Cour a rendu un avis consultatif portant sur « *la condition juridique et les droits humains de l'enfant* »⁸⁴³. Dans cet avis, elle insiste sur l'obligation positive des États d'entreprendre les mesures nécessaires pour assurer la totale protection de ces droits⁸⁴⁴. De plus, elle souligne l'importance d'y inclure les droits économiques, sociaux et culturels⁸⁴⁵, tels que les droits à l'éducation et à la santé.

⁸³⁹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 298.

⁸⁴⁰ L. BURGORGUE-LARSEN ET A. UBEDA DE TORRES, préc., note 156, p. 449.

⁸⁴¹ *Villagran Morales et autres c. Guatemala (Les enfants des rues)*, préc., note 568.

⁸⁴² Voir *infra*, p. 95.

⁸⁴³ *La condition juridique et les droits humains de l'enfant*, 28 août 2002, Avis consultatif OC-17/02 Série A n°17 (CIADH).

⁸⁴⁴ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 290.

⁸⁴⁵ *La condition juridique et les droits humains de l'enfant*, préc., note 843, §81.

Concernant le système européen de protection des droits de l'homme, l'obligation positive pour l'État de protéger les mineurs a été affirmée dans l'affaire *Z c. Royaume-Uni*⁸⁴⁶ du 10 mai 2001 concernant les négligences des services sociaux dans un cas de mauvais traitements d'enfants par leurs parents. Cette obligation positive consiste à obliger l'État à mettre en place des mesures permettant que ces personnes particulièrement vulnérables ne puissent pas être soumises à des traitements inhumains et dégradants y compris dans le cadre familial⁸⁴⁷. Ces exemples illustrent finalement l'application distincte des cours sur la question de la protection des mineurs, ces différences pouvant s'expliquer par des réalités sociales contrastées.

En ce qui concerne le droit des femmes, le système interaméricain s'est doté de la *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence faite aux femmes*⁸⁴⁸ qui est directement applicable par les organes du système interaméricain de protection des droits de l'homme⁸⁴⁹. La jurisprudence de la CIADH relative à la question des droits des femmes est très récente, mais déjà particulièrement avancée⁸⁵⁰. Dans l'affaire *González et autres (« Campo algodonero ») c. Mexique*⁸⁵¹ du 16 novembre 2009, la CIADH évoque plusieurs atteintes à la Convention, dont la violation du droit à la vie et à l'intégrité personnelle par l'État mexicain. Dans cette affaire, la Cour s'intéressait à la disparition et à la mort de deux jeunes filles, toutes deux mineures. Les juges constatent l'absence de mesures

⁸⁴⁶ *Z et autres c. Royaume-Uni*, [GC], n°29392/95, CEDH 2001-V (CEDH).

⁸⁴⁷ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 289.

⁸⁴⁸ *Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme* préc., note 205.

⁸⁴⁹ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 295.

⁸⁵⁰ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 306, p. 15.

⁸⁵¹ *González et autres (« Campo algodonero ») c. Mexique*, 16 novembre 2009, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°205 (CIADH).

prises par les autorités pour prévenir ces crimes dans une réalité pourtant entâchée par les violences de genre. En effet, plusieurs centaines de femmes et de jeunes filles avaient déjà été assassinées dans ce même contexte. La Cour constate que ces crimes ont été influencés par la culture discriminante contre les femmes⁸⁵², ainsi que l'indifférence des pouvoirs publics menant les enquêtes criminelles⁸⁵³. La CIADH a également relevé la violence particulière contre les femmes dans des contextes de conflits armés dans l'affaire *Rosendo Cantu et autre c. Mexique*⁸⁵⁴ du 31 août 2010⁸⁵⁵.

La CEDH a, quant à elle, reconnu que des mesures mises sur pied par les États pour éviter une inégalité factuelle ne sont pas considérées comme violant le principe de discrimination selon le sexe⁸⁵⁶. Il faut souligner qu'en matière économique et sociale, une large marge d'appréciation est laissée aux États⁸⁵⁷. Ainsi, remédier aux inégalités hommes-femmes consiste également pour les pouvoirs publics à établir des mesures positives⁸⁵⁸, telle qu'en témoigne l'affaire *Stec et autres c. Royaume-Uni*⁸⁵⁹ du 12 avril 2006 relative à la variation du montant d'une prestation selon le sexe de la personne. En effet, dans cette affaire les juges de la CEDH refusent d'admettre une violation de l'article 14 de la CESDH relatif à l'interdiction de la discrimination. Leur raisonnement se fonde sur l'idée selon laquelle « une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et

⁸⁵² *Id.*, §399.

⁸⁵³ *Id.*, §388.

⁸⁵⁴ *Rosendo Cantu et autre c. Mexique*, 31 août 2010, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°216 (CIADH).

⁸⁵⁵ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, pp. 295-296.

⁸⁵⁶ *Id.*, p. 294.

⁸⁵⁷ F. SUDRE et al. (dir.), préc., note 561, p. 108.

⁸⁵⁸ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 294.

⁸⁵⁹ *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], n°65731/01 et 65900/01, CEDH 2006-VI.

raisonnable », mais pas nécessairement lorsqu'il s'agit de corriger une inégalité factuelle⁸⁶⁰. Par ailleurs, ils soulignent que les États disposent d'une marge d'appréciation plus ample pour prendre des mesures d'ordre général en matière économique et sociale puisqu'ils se trouvent mieux placés que les juges internationaux pour connaître les besoins de leur société dans ces domaines⁸⁶¹.

La jurisprudence relative aux droits économiques, sociaux et culturels permet également d'illustrer les différences contextuelles entre les deux systèmes régionaux de protection des droits fondamentaux. Cela se traduit notamment par des interprétations distinctes de certains principes communs. Ainsi, l'interdiction de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé et obligatoire figure à la fois dans la CESDH (article 4 §1) et dans la CADH (article 6 §1). Dans le système européen, ce principe est longtemps apparu en « état d'hibernation » ou « obsolète »⁸⁶² vu la nature des affaires portées devant la Cour. Toutefois, l'interprétation des juges dans l'arrêt *Siliadin c. France*⁸⁶³ du 26 juillet 2005, va permettre de réactualiser ce principe en l'appliquant dans une affaire de travail forcé domestique et en l'érigant au rang de « valeur fondamentale des sociétés démocratiques »⁸⁶⁴ aux côtés du droit à la vie et de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants⁸⁶⁵. Le juge européen s'est intéressé dans cette affaire à la situation d'une ressortissante togolaise mineure, sans-papier ayant travaillé plus de trois ans en France, sans être payée ni scolarisée, dans des conditions contraires au respect de la dignité humaine. Grâce à une interprétation évolutive, la CEDH a

⁸⁶⁰ *Id.*, §51.

⁸⁶¹ *Id.*, §52.

⁸⁶² F. SUDRE, préc., note 20, p. 351.

⁸⁶³ *Siliadin c. France*, n°73316/01, CEDH 2005-VII (CEDH).

⁸⁶⁴ F. SUDRE, préc., note 20, p. 351.

⁸⁶⁵ F. SUDRE et al. (dir.), préc., note 561, p. 197.

renouvelé la notion de « servitude » mentionnée à l'article 4 al. 1 de la CESDH, en l'adaptant à une « forme moderne d'esclavage »⁸⁶⁶.

Concernant la Cour de San José, l'article 6 de la CADH relatif à l'interdiction de l'esclavage et de la servitude n'a également été cité que rarement. En revanche, on retrouve l'application de cet article dans un contexte particulièrement différent puisqu'il s'agit uniquement d'affaires contentieuses dont la toile de fond est celle d'un conflit armé tel que l'illustre l'affaire *Massacres de Ituango c. Colombie*⁸⁶⁷ du 1^{er} juillet 2006 et l'affaire *Massacres de Río Negro c. Guatemala*⁸⁶⁸ du 4 septembre 2012. Cette dernière affaire avait trait à des enfants soumis à l'esclavage après avoir été détenus par des groupes d'autodéfense avec l'accord des autorités guatémaltèques⁸⁶⁹. L'interdiction du travail forcé et de la servitude ne s'applique donc qu'à des contextes complexes caractérisés par de multiples violations des droits fondamentaux. Pourtant, l'innovante jurisprudence de la CEDH pourrait s'appliquer dans le système régional américain sachant que le travail domestique représentait 11,9% de l'emploi salarié en 2010 en Amérique latine et dans les Caraïbes, ce qui représente le taux régional le plus élevé au monde⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ *Id.*, pp. 197-198.

⁸⁶⁷ *Massacres d'Ituango c. Colombie*, préc., note 633.

⁸⁶⁸ *Massacres de Río Negro c. Guatemala*, 4 septembre 2012 Exception préliminaire, fond et réparations (CIADH).

⁸⁶⁹ *Id.*, §§136-137.

⁸⁷⁰ ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Bureau International du travail, PROGRAMME DES CONDITIONS DE TRAVAIL ET D'EMPLOI (TRAVAIL) SECTEUR DE LA PROTECTION SOCIALE, *Estimations mondiales et régionales concernant les travailleurs domestiques*, Note d'information, Genève, 1er juillet 2013, en ligne : <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_159558.pdf> (site consulté le 11 avril 2014).

Par ailleurs, l'application de l'article 6 de la CADH par la CIADH illustre le contraste persistant entre les deux régions, notamment en ce qui concerne les priorités découlant de réalités différentes. De fait, on remarque que la Cour de San José ne s'est que peu prononcée sur les questions touchant au droit du travail. Cet état de fait n'est évidemment pas lié à l'idée qu'il y aurait peu de violations de ces droits dans la région, mais peut s'expliquer par la gravité et les types de violations des droits fondamentaux qui sont soulevées dans les litiges soumis à la Cour et provenant des États membres latino-américains, notamment celles liées au droit à la vie et au droit à l'intégrité⁸⁷¹. La priorité est donc donnée à ces graves violations, ne laissant alors que peu de place aux affaires liées au droit du travail⁸⁷². On peut également considérer les plus faibles moyens de la CIADH et le fait que la procédure de saisine concernant les requêtes individuelles demeure indirecte dans le système interaméricain⁸⁷³. On remarque aussi que la majorité des cas présentés devant la Cour sur la question des droits sociaux et notamment du droit du travail touche le plus souvent des situations particulièrement graves, telles que la détention et la disparition de dirigeants syndicaux, bien que cela semble changer⁸⁷⁴.

Concernant la liberté syndicale, la CEDH a initialement fait preuve d'une grande prudence dans son interprétation de l'article 11 de la CESDH relatif à la liberté de réunion et d'association⁸⁷⁵, mais sa jurisprudence témoigne aujourd'hui d'un élargissement progressif de son contenu⁸⁷⁶ plus développé que la jurisprudence de la CIADH. La CEDH a par exemple reconnu expressément le droit de négociation collective en affirmant que celui-ci constituait «

⁸⁷¹ M.F. CANESSA MONTEJO, préc., note 717, p. 14.

⁸⁷² *Id.*

⁸⁷³ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 302.

⁸⁷⁴ M.F. CANESSA MONTEJO, préc., note 717, pp. 10-11.

⁸⁷⁵ F. SUDRE, préc., note 20, p. 619.

⁸⁷⁶ *Id.*, p. 620.

un des éléments inhérents au droit de mener des activités syndicales »⁸⁷⁷. Cette consécration représente un revirement dans sa jurisprudence qu'elle justifie par « l'évolution perceptible en la matière tant en droit international que dans les systèmes juridiques nationaux »⁸⁷⁸. Par ailleurs, même si elle n'a pas encore expressément affirmé que le droit de grève était lui aussi un élément essentiel au droit syndical, sa jurisprudence récente évolue vers sa reconnaissance⁸⁷⁹. Dans l'affaire *Kaya et Seyhan c. Turquie*⁸⁸⁰ du 15 septembre 2009, des enseignants avaient été sanctionnés pour avoir participé à une grève organisée par leur syndicat pour protester contre un projet de loi sur l'organisation de la fonction publique. Les juges de la CEDH ont constaté une violation de l'article 11 de la CESDH relatif à la liberté de réunion et d'association en précisant que ce principe occupe une « place éminente »⁸⁸¹ dans la société et ont souligné que les sanctions infligées ne correspondaient pas à un « besoin social impérieux » s'avérant « nécessaires dans une société démocratique »⁸⁸².

Pour ce qui touche aux droits sociaux, la plus grande avancée de la jurisprudence de la CEDH peut également s'illustrer à travers l'exemple du droit à l'éducation. Dans le système européen, le droit à l'instruction est garanti par l'article 2 du *Protocole additionnel n°1*⁸⁸³, toutefois uniquement dans son sens négatif. Il précise ainsi que « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction »⁸⁸⁴. En revanche, selon l'article 17.1 de la *Charte sociale européenne* les parties s'engagent « à assurer aux enfants et aux adolescents, compte tenu des droits et des

⁸⁷⁷ *Demir et Baykara c. Turquie*, préc., note 212, §155.

⁸⁷⁸ *Id.*, §153.

⁸⁷⁹ F. SUDRE et al. (dir.), préc., note 561, pp. 714-715.

⁸⁸⁰ *Kaya et Seyhan c. Turquie*, n°30946/04, 15 septembre 2009 (CEDH).

⁸⁸¹ *Id.*, §30.

⁸⁸² *Id.*, §31.

⁸⁸³ *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 20 mars 1952, STCE n°009 (entré en vigueur le 18 mai 1954).

⁸⁸⁴ *Id.*

devoirs des parents, les soins, l'assistance, l'éducation et la formation dont ils ont besoin, notamment en prévoyant la création ou le maintien d'institutions ou de services adéquats et suffisants à cette fin »⁸⁸⁵. De plus, la jurisprudence de la CEDH a développé ce droit dans un sens positif comme l'illustre l'affaire *Chypre c. Turquie*⁸⁸⁶ du 10 mai 2001, dans laquelle les juges imposent clairement aux autorités turques la création d'institutions permettant l'éducation en langue grecque pour les enfants d'origine grecque⁸⁸⁷. De plus, elle a affirmé dans cet arrêt que le droit à l'instruction « occupe une place si fondamentale » dans une société démocratique « qu'une interprétation restrictive de la première phrase de l'article 2⁸⁸⁸ ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition »⁸⁸⁹, adoptant alors une interprétation téléologique de la CEDH. Par ailleurs, même si une priorité est donnée à l'enseignement primaire et secondaire, la Cour précise que « nulle cloison étanche ne sépare l'enseignement supérieur du domaine de l'instruction »⁸⁹⁰. La CEDH va donc ainsi particulièrement loin dans la reconnaissance du droit à l'instruction.

Concernant les instruments du système interaméricain, le droit à l'éducation n'est mentionné qu'indirectement dans la CADH, soit à travers l'article 12 relatif à la liberté de conscience et de religion et l'article 26 relatif au développement progressif des droits économiques et

⁸⁸⁵ *Charte sociale européenne*, préc., note 19.

⁸⁸⁶ *Chypre c. Turquie*, [GC], n°25781/94, CEDH 2001-IV (CEDH).

⁸⁸⁷ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 276.

⁸⁸⁸ L'article 2 du *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* intitulé « droit à l'instruction » se lit comme suit :

« Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques ».

⁸⁸⁹ *Leyla Şahin c. Turquie*, [GC], n°44774/98, §137, CEDH 2005-XI (CEDH).

⁸⁹⁰ *Chypre c. Turquie*, préc., note 886, §14.

sociaux. La *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*⁸⁹¹ à l'article XII énonce également le droit à l'éducation. Néanmoins, le *Protocole de San Salvador*⁸⁹² est le seul instrument à donner une valeur contraignante à ce droit, tout en le présentant dans sa dimension positive. Par ailleurs, contrairement au juge européen, la CIADH n'a pas encore reconnu la violation directe du droit à l'éducation même si elle a évoqué à plusieurs reprises la volonté de garantir son effectivité⁸⁹³. En effet, il n'est pas rare que la Cour s'appuie sur d'autres droits pour faire valoir son application. Ainsi dans l'avis n°17/2002 relatif à « *la condition juridique et les droits humains de l'enfant* » elle se fonde sur le droit à la vie pour affirmer la dimension positive du droit à l'éducation⁸⁹⁴. Dans l'affaire *Yean et Bosico c. République Dominicaine*⁸⁹⁵ du 8 septembre 2005 relative au refus de l'État dominicain de délivrer le certificat de naissance de deux enfants d'origine haïtienne entraînant leur renvoi de l'école, la CIADH adopte le même raisonnement. Elle s'appuie notamment sur l'article 19 de la CADH relatif au droit de l'enfant et sur l'article 26 relatif au développement progressif des droits économiques et sociaux⁸⁹⁶ afin de rappeler les obligations positives de l'État sur cette question.

Enfin, l'analyse de ce dialogue des juges permet de mieux percevoir comment les cultures régionales tendent à se réapproprier les valeurs rattachées aux droits de l'homme et à

⁸⁹¹ *Déclaration américaine sur les droits et devoirs de l'Homme*, préc., note 22.

⁸⁹² *Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels*, préc., note 74.

⁸⁹³ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 277.

⁸⁹⁴ *La condition juridique et les droits humains de l'enfant*, préc., note 843, §80.

⁸⁹⁵ *Yean et Bosico c. República Dominicana*, 8 septembre 2005, Série C n°130 (CIADH).

⁸⁹⁶ *Id.*, §187.

les interpréter selon leurs propres traditions et réalités culturelles et politiques⁸⁹⁷. Le dialogue des juges entre la CEDH et la CIADH illustre donc bien la vision cosmopolitique des droits de l'homme selon laquelle il existe une contextualisation de ces droits, permettant leur diffusion au monde entier⁸⁹⁸. Dans cette perspective, les droits de l'homme reposent à la fois sur l'appréciation de la diversité humaine et sur la garantie de jouir des mêmes droits malgré les différences⁸⁹⁹.

2- Perspectives

Cette étude a permis de déceler plusieurs limites au dialogue des juges, qui restreignent ses perspectives de développement. La première limite repose sur le poids inégal des deux régions sur la scène internationale, le système européen bénéficiant d'un rayonnement plus important pouvant s'expliquer par un riche héritage attaché aux valeurs démocratiques. La seconde limite au développement du dialogue et à l'émergence d'un droit commun est celle de l'absence de projet politique commun⁹⁰⁰. De fait, rappelons qu'il n'existe aucun lien institutionnel entre ces deux systèmes.

Quant à l'avenir du dialogue, certains auteurs notent une baisse des références effectuées par la CIADH aux jugements de la CEDH, ce qui serait le signe d'une plus grande reconnaissance internationale poussant les juges de la CIADH à moins rechercher l'appui de la juridiction

⁸⁹⁷ U. BECK, préc., note 1, pp. 121-122.

⁸⁹⁸ *Id.*, p. 276.

⁸⁹⁹ *Id.*, p. 275.

⁹⁰⁰ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 55.

européenne. Cela pourrait également s'expliquer par la fin de l'« ère Cançado Trindade », ancien président de la CIADH, connu pour défendre une conception « universaliste » du droit international⁹⁰¹. En effet, l'une des raisons expliquant le recours au transjudicialisme⁹⁰² est « la volonté de promouvoir l'universalité des droits »⁹⁰³, soit le fait de mettre de l'avant des principes universels valables pour tous indépendamment du temps et du lieu⁹⁰⁴. Cette perception semble particulièrement s'appliquer à la CIADH comme l'illustre l'avis juridique portant sur « *La condition juridique et les droits des travailleurs migrants sans-papiers* »⁹⁰⁵, analysé précédemment⁹⁰⁶. Ce qui ressort également de cet état de fait est l'influence des écoles de pensées auxquelles appartiennent les juges et donc l'importance de leurs convictions personnelles dans la construction des jugements et, par là même, dans la jurisprudence des cours.

Par ailleurs, l'intégration des décisions des cours régionales dans les ordres juridiques nationaux et les différences contextuelles entre les deux systèmes poussent également à réfléchir sur les limites de ce dialogue. En effet, rappelons que selon Mireille Delmas-Marty qui souhaite la construction d'un « pluralisme ordonné », la « synchronisation » des différents systèmes normatifs doit se faire par une plus forte perméabilité des systèmes juridiques qui pourrait être rendue possible par une intégration plus systématique d'éléments étrangers⁹⁰⁷. Il

⁹⁰¹ HÉLÈNE TIGROUDJA, «La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de "l'humanisation du droit international public". Propos autour des récents arrêts et avis», (2006) vol. 52 *Annuaire français de droit international*, pp. 617-618.

⁹⁰² K. BENYEKHLIF, préc., note 86, p. 676.

⁹⁰³ *Id.*, p. 202.

⁹⁰⁴ *Id.*

⁹⁰⁵ Voir *infra*, p. 64 et p. 80.

⁹⁰⁶ *La condition juridique et les droits des travailleurs migrants sans-papiers*, préc., note 409.

⁹⁰⁷ M. DELMAS-MARTY, préc., note 4, p. 225.

s'agit alors de favoriser l'internormativité⁹⁰⁸. Toutefois, elle note qu'il est impossible de prétendre imposer le même rythme à tous les États⁹⁰⁹, ce qui concorde avec la trajectoire des systèmes régionaux étudiés car, tel qu'il a été vu, les différents systèmes normatifs n'évoluent pas à la même vitesse⁹¹⁰ et possèdent leurs propres particularités. La synchronisation doit alors respecter un « tempo national »⁹¹¹. Finalement, il semble normal de trouver des différences significatives entre les décisions des deux juridictions et d'admettre qu'il est indispensable de laisser une marge d'appréciation aux juges afin de prendre en compte l'hétérogénéité des réalités régionales et nationales. Dans cette perspective, il serait contre-productif pour les juges régionaux d'imposer un rythme qui ne pourrait pas être suivi⁹¹² par les tribunaux nationaux.

Cependant, tel qu'a pu le démontrer l'étude de la jurisprudence des deux cours, les différences entre les systèmes, notamment sur le plan contextuel se sont également avérées enrichissantes puisqu'elles ont pu inspirer leur vis-à-vis. Ainsi, sur la question des disparitions forcées, certains auteurs perçoivent l'émergence d'une « homogénéisation croissante » voire « sans doute l'esquisse de principes généraux du droit international » sur cette question⁹¹³. Cela prouve que l'apparition de domaines de spécialisation sur certaines questions de droit peut représenter des atouts pour renforcer et faire avancer les protections existantes.

⁹⁰⁸ *Id.*, p. 226.

⁹⁰⁹ *Id.*

⁹¹⁰ *Id.*, p. 265.

⁹¹¹ *Id.*, p. 227.

⁹¹² *Id.*, p. 228.

⁹¹³ J. BENZIMRA-HAZAN, préc., note 493, p. 988.

Sans surestimer le dialogue des juges, nous avons pu constater qu'il existe une interdépendance de fait qui rend nécessaire la prise en compte de systèmes étrangers⁹¹⁴, notamment sur la définition de principes fondamentaux communs⁹¹⁵. De plus, tel qu'il a été vu, on remarque que le dialogue se développe en se fondant sur des textes communs ayant une dimension universelle, mais aussi plus largement sur le fondement de valeurs partagées entre les deux cours qui sont l'héritage d'influences historiques communes. Par ailleurs, il a été démontré que, même s'il existe des différences textuelles importantes entre les deux conventions, cela n'a pas empêché les juges de développer des protections similaires, comme l'illustre la jurisprudence relative au principe d'intégrité de la personne humaine⁹¹⁶.

Toutefois, aucun « pluralisme ordonné »⁹¹⁷ capable d'établir un équilibre entre les différents modèles n'est encore perceptible. De plus, les contraintes politiques sont encore fortes comme le laisse entrevoir la réticence des juges européens à faire évoluer les droits sociaux. L'autonomie du pouvoir judiciaire revendiquée par Anne-Marie Slaughter est donc discutable. Le dialogue n'est en effet pas censé incarner une volonté politique⁹¹⁸. Il ne peut donc pas être le signe de l'émergence d'un nouvel ordre mondial inspiré des systèmes juridiques nationaux⁹¹⁹.

⁹¹⁴ M. DELMAS-MARTY, préc., note 370, p. 264.

⁹¹⁵ J. GARCÍA ROCA, P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 99.

⁹¹⁶ *Id.*, p. 176.

⁹¹⁷ M. DELMAS-MARTY, préc., note 4.

⁹¹⁸ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 93.

⁹¹⁹ *Id.*, p. 9.

Ce dialogue semblerait donc se diriger davantage vers l'émergence d'un noyau commun pour l'interprétation et l'application des droits fondamentaux entre l'Europe et l'Amérique⁹²⁰. Ces convergences entre les deux systèmes pourraient alors contribuer à la création d'un « système euro-américain » perçu non comme un « espace euro-américain commun » institutionnalisé, mais plutôt comme un « réseau informel » d'échanges⁹²¹.

Conclusion

Tout d'abord, le dialogue des juges permet de renforcer le droit à travers les propres décisions des juges puisqu'il participe à la légitimation de la décision ainsi qu'à la sophistication de son argumentation. De plus, il permet de consolider des droits fondamentaux protégés par les cours tel qu'ont pu le démontrer certaines avancées jurisprudentielles relatives à la protection de l'intégrité de la personne humaine et de la protection des droits sociaux. À cela s'ajoute une harmonisation du droit qui s'illustre à travers la vision commune de grands principes fondamentaux et l'utilisation des mêmes méthodes juridiques comme a pu l'illustrer la jurisprudence relative à la protection des droits sociaux.

Le dialogue se déroulant entre les juges de la CEDH et de la CIADH a cependant plusieurs failles qui viennent limiter ses ambitions. En effet, son asymétrie dévoile un rapport d'influence inégale limitant l'enrichissement mutuel et laissant entrevoir une domination du

⁹²⁰ J. GARCÍA ROCA, P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 99.

⁹²¹ *Id.*, p. 97.

modèle européen. De même, la recherche permanente de la CIADH d'établir sa reconnaissance internationale aurait tendance à fragiliser son ancrage régional.

La CEDH dispose d'une avance jurisprudentielle considérable qui peut s'expliquer par le contexte juridico-politique auquel elle se rattache. Dans le cadre du dialogue des juges, cette avancée peut aussi être perçue comme une chance pour la CIADH de faire progresser sa jurisprudence au regard du modèle européen. Concernant la CIADH, les différences contextuelles aboutissent à l'établissement de priorités laissant place à une certaine forme de spécialisation comme le laisse entrevoir la question des disparitions forcées. Cette expertise permet à la CIADH d'exporter ses décisions malgré sa courte expérience. Cette spécialisation se produit néanmoins au détriment d'autres questions comme le prouve la mince jurisprudence touchant à la protection des droits fondamentaux relatifs au travail.

Finalement, le dialogue des juges n'a pas simplement pour objectif de répondre à des problèmes communs, il s'agit également de rapprocher les différents systèmes juridiques notamment par la création d'un espace euro-américain conjoint dans le domaine des droits fondamentaux permettant le renforcement de ces droits.

Conclusion

Dans un contexte où les relations entre juges tendent à être de plus en plus soutenues et empreintes de confiance⁹²², nous remarquons de nombreux rapprochements jurisprudentiels entre la CEDH et la CIADH. Pourtant, ces deux cours sont indépendantes et opèrent dans des contextes très distincts. Toutefois, les droits auxquels s'intéressent ces cours régionales, c'est-à-dire les droits fondamentaux, sont particulièrement favorables au dialogue puisqu'ils bénéficient d'un caractère universalisant.

Comme il a été souligné, il n'existe pas d'obligations institutionnelles à échanger. Ce dialogue horizontal entre les deux cours étudiées est donc plus ouvert et révèle un certain volontarisme. Cette volonté des juges à dialoguer s'explique en réalité par des intérêts variés⁹²³. En effet, n'oublions pas que la fonction de juger intègre le pouvoir de dire le droit, ce qui implique la nécessité de convaincre et donc l'obligation de garder une certaine cohérence⁹²⁴, d'autant plus que les juges sont observés par leurs homologues étrangers. Par ailleurs, la nature même du droit légitime le dialogue puisqu'il doit savoir évoluer pour garantir son effectivité. Rappelons que le juge soumet la norme à une expertise juridique approfondie lui permettant de la réajuster si cela s'avère nécessaire et ainsi-même de préserver sa légitimité⁹²⁵.

⁹²² J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 6.

⁹²³ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 34, p. 99.

⁹²⁴ J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 99.

⁹²⁵ F. CREPEAU, préc., note 366, p. 172.

Il a été vu à quel point les cours possèdent de forts liens, mais aussi des différences non négligeables. En effet, d'une part, l'analyse des origines des deux systèmes régionaux a rappelé que les grandes valeurs sur lesquelles se fondent les Cours sont le fruit d'une histoire commune. Ainsi, ce sont les mêmes instruments juridiques qui ont inspiré la CESDH et la CADH⁹²⁶. De plus, les États membres de l'OÉA et du Conseil de l'Europe ont ratifié des textes communs tels que le *Pacte relatif aux droits civils et politiques*⁹²⁷. Bien que les juges ne soient pas compétents pour veiller à l'application de ces instruments internationaux, ils ne peuvent pas pour autant les ignorer puisqu'ils doivent garder une certaine cohérence sur l'interprétation du contenu des droits fondamentaux énoncés dans divers instruments⁹²⁸. Les rapprochements entre les deux cours se constatent également à travers l'utilisation de principes communs servant notamment à interpréter les droits garantis dans chacune des conventions. Le développement de la théorie des obligations positives et la protection par ricochet dans la jurisprudence des cours en sont des exemples.

Concernant les différences entre les deux systèmes de protection des droits de l'homme, il faut noter l'importance quantitative des arrêts de la CEDH par rapport aux arrêts produits par la CIADH. Rappelons également que seuls la Commission et les États peuvent saisir la Cour de San José, contrairement à la CEDH qui peut être saisie directement par la victime. Par ailleurs, la CADH octroie un large domaine de compétence à la Cour de San José puisque cette dernière peut appliquer non seulement la *Convention américaine*, mais aussi d'autres traités

⁹²⁶ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 71.

⁹²⁷ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 54.

⁹²⁸ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 94.

régionaux relatifs aux droits de l'homme⁹²⁹. La CEDH, quant à elle, ne s'octroie la possibilité d'utiliser de tels instruments qu'en tant que simples outils d'interprétation. Aussi, dans le système européen, l'obligation des États se restreint à la reconnaissance des droits présents dans le texte de la *Convention européenne* bien que la Commission et la Cour aient fait par la suite émerger certaines obligations positives⁹³⁰. Dans le système interaméricain, c'est la Convention elle-même qui intègre les obligations positives des États quant aux droits énoncés.

Enfin, il faut relever les différences liées aux facteurs contextuels, puisque les deux Cours s'intègrent à des réalités juridiques, politiques et sociales distinctes⁹³¹. En effet, si la démocratie semble profondément ancrée dans les institutions de la plupart des États européens, les pays d'Amérique latine ont longtemps été marqués par des violations massives et systématiques des droits de l'homme perpétrés par des régimes autoritaires⁹³². Dans ce contexte, le juge interaméricain est conscient qu'il contribue à consolider ces jeunes démocraties en dégagant et réaffirmant des principes clés qui seront repris dans les différents tribunaux nationaux⁹³³.

Par ailleurs, les affaires auxquelles les cours s'intéressent semblent actuellement moins éloignées qu'elles ont pu l'être auparavant; signe des progrès démocratiques accomplis en Amérique latine. Cette évolution a des répercussions sur la jurisprudence de la CIADH qui a vu émerger de nouvelles affaires semblant plus proches de celles se présentant devant la

⁹²⁹ G.L. NEUMAN, préc., note 128, p.102.

⁹³⁰ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p.102.

⁹³¹ *Id.*, p. 88.

⁹³² L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 306, p. 88.

⁹³³ *Id.*, p. 9

CEDH⁹³⁴ comme ont pu l'illustrer certains jugements touchant aux droits sociaux et particulièrement au droit du travail. En effet, les affaires *Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou*⁹³⁵ et *Baena Ricardo et autres c. Panama*⁹³⁶ de la CIADH ont mis en lumière des interprétations particulièrement pertinentes de la part des juges contribuant à la protection du droit du travail. Par ailleurs, les différences entre les deux cours semblent s'atténuer par la constatation de violations particulièrement graves dans des affaires impliquant notamment la Turquie et la Russie, membres du Conseil de l'Europe⁹³⁷. De plus, la crise économique et sociale touchant le continent européen semble rendre les juges plus méfiants vis-à-vis du renforcement des droits sociaux⁹³⁸.

Le dialogue des juges se manifeste sous des formes diverses. En effet, on a pu déceler différentes formes de citations expresses ou implicites. Toutefois, il est intéressant de voir que certaines sont totalement camouflées et sont alors difficiles à mettre en évidence, ce qui révèle une certaine méfiance envers ces échanges. En effet, une partie de la doctrine et certains hommes politiques critiquent leur manque de légitimité puisque ces références sont issues de l'étranger. Ils y perçoivent alors un danger pour la souveraineté nationale. Ainsi, pour une partie de la doctrine, la CIADH semble abuser de cette méthode en imposant des principes se heurtant à la volonté des États de la région. Ce phénomène contribuerait alors à sa décrédibilisation, voire sa délégitimisation, et l'éloignerait des réalités nationales, alors même

⁹³⁴ *Id.*, p. 4

⁹³⁵ *Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou*, préc., note 612.

⁹³⁶ *Baena Ricardo et autre c. Panama*, préc., note 618.

⁹³⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, préc., note 306, p. 3.

⁹³⁸ J. GARCIA ROCA, P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), préc., note 33, p. 303.

que ces cours régionales sont censées adopter une approche locale qui leur serait mieux adaptée⁹³⁹.

Concernant la valeur juridique de ces références, la majorité de la doctrine s'entend pour admettre une valeur de simple « argument », ce qui ne leur donne donc aucune force obligatoire⁹⁴⁰. De fait, ces références sont avant tout utilisées pour renforcer un raisonnement ou une argumentation juridique. Elles sont appréciées selon leur qualité technique, mais aussi et surtout par l'« autorité persuasive » de la juridiction dont la référence est issue. Cette autorité persuasive s'apprécie selon divers facteurs liés à l'expérience et au prestige du tribunal⁹⁴¹. Ces citations participent donc au renforcement de la décision des juges et révèlent ainsi leur intérêt à dialoguer.

Le dialogue contribue au renforcement du droit principalement à travers deux processus : son harmonisation et sa sophistication. En effet, en cherchant une cohérence et des points d'accord avec des décisions issues de leurs homologues, les juges renforcent la cohérence des droits existants et contribuent ainsi à une harmonisation par rapprochement. La question du droit syndical illustre bien cette idée puisque la CIADH a suivi les pas de la CEDH en reconnaissant l'aspect non seulement positif, mais également négatif de ce droit. En outre, l'échange d'outils et de raisonnements pertinents apporte de nouvelles réflexions et permet une introspection approfondie sur le droit applicable, ce qui contribue à sa sophistication. Ainsi, l'analyse du dialogue a permis de mettre en évidence l'utilisation de méthodes communes permettant de

⁹³⁹ G.L. NEUMAN, préc., note 128, p. 106.

⁹⁴⁰ B. FRYDMAN, préc., note 38, p. 7.

⁹⁴¹ A.-M. SLAUGHTER, préc., note 3, p. 81.

renforcer la protection des droits économiques, sociaux et culturels, comme l'utilisation de la théorie des obligations positives.

Par ailleurs, l'étude du dialogue des juges permet de déceler une mise en concurrence des systèmes révélatrice d'une lutte d'influence⁹⁴². Notons ainsi que le dialogue se déroulant entre les juges de la CIADH et de la CEDH est asymétrique. Ce déséquilibre pourrait être le reflet d'une hégémonie juridique favorable au modèle occidental incarné par la Cour européenne. En effet, ce modèle a pu s'enrichir grâce au mélange des traditions juridiques dans lesquelles il a puisé pour se construire et par sa longue expérience⁹⁴³. Néanmoins, ce travail a permis de démontrer que même si les juges sont davantage tournés vers la CEDH, la jurisprudence de la CIADH n'en reste pas moins intéressante. En effet, même si sa jurisprudence n'est pas aussi abondante, la CIADH a su se démarquer sur diverses questions telles que les disparitions forcées, mais aussi sur d'autres thèmes, tels que la protection des groupes vulnérables. En outre, il faut souligner que la jurisprudence de la CIADH a été suivie par la CEDH, bien que ces « migrations d'idées » ont été souvent reprises de manière camouflée.

Ce dialogue révèle un rapprochement certain permettant de déceler l'émergence d'un espace euro-américain des droits fondamentaux constitué d'échanges informels. Ce phénomène est source d'enrichissement non seulement par la proximité des cours, mais aussi paradoxalement par leurs différences. Néanmoins, il semble limité par les réalités contrastées auxquelles les cours se rattachent. Sous les jeux de pouvoir et d'influence, apparaît une nouvelle manière de

⁹⁴² J. ALLARD ET A. GARAPON (dir.), préc., note 2, p. 35.

⁹⁴³ *Id.*, p. 35.

concevoir les rapports entre droit et politique ce qui révèle l'émergence d'un patrimoine démocratique commun⁹⁴⁴ ne semblant toutefois pas s'arrêter à la seule volonté des juges.

Finalement, si le dialogue entre les juridictions internationales permet de construire de véritables passerelles entre les différents systèmes de protection des droits de l'homme, l'effectivité de ces droits ne pourra toutefois être garantie sans l'implication des juridictions nationales. Il pourrait être alors particulièrement intéressant d'intégrer ces cours dans l'analyse du dialogue puisque celles-ci ne peuvent prendre le risque de s'enfermer dans un dialogue de sourds sous peine de réduire à néant les apports de ce phénomène⁹⁴⁵.

⁹⁴⁴ *Id.*

⁹⁴⁵ PETER LEUPRECHT, «Rapport de synthèse», dans OLIVIER DELAS, RENE COTE, FRANÇOIS CREPEAU ET PETER LEUPRECHT (dir.), *Les juridictions internationales complémentarité ou concurrence?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 179-184.

Bibliographie

TABLE DE DES TEXTES INTERNATIONAUX

Textes internationaux

Charte de l'Organisation des États Américains, 30 avril 1948, 16/01/52 No. 1609 Vol. 119 (entrée en vigueur le 13 décembre 1951)

Charte sociale européenne, 26 février 1965, STCE n°35 (entrée en vigueur le 26 février 1965)

Convention (n° 97) sur les travailleurs migrants (révisée), 1er juillet 1949, C097 (entrée en vigueur le 22 janvier 1952)

Convention américaine relative aux droits de l'Homme, 22 novembre 1969, S.T.O.É.A. n°36, 1144 R.T.N.U. 123 (entrée en vigueur le 18 juillet 1978) [Pacte de San José]

Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, 21 mars 1986, Doc. A/CONF.129/15.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) [CESDH]

Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, 26 novembre 1987, STCE no. : 126 (entrée en vigueur le 1er février 1989) en ligne: <<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/126.htm>> (site consulté le 25 avril 2014)

Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant, 24 novembre 1977, STCE n°093 (entrée en vigueur le 1er mai 1983)

Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture, 9 décembre 1985, O.A.S.T.S n°67 (entrée en vigueur le 28 février 1997)

Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, 9 juin 1994, 33 I.L.M. 1429, (A-60) (entrée en vigueur le 28 mars 1996)

Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme 9 juin 1994, 33 I.L.M. 1534 (entrée en vigueur le 5 mars 1995) [Convention de Belém do Pará]

Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, 20 décembre 2006, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 2715, Doc.A/61/448 (entrée en vigueur le 23 décembre 2010)

Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille 18 décembre 1990, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 2220, p. 3; Doc.A/RES/45/158. (entrée en vigueur le 1er juillet 2003)

Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, 1er juillet 2003, A.G. res. 45/158, annexe, 45 U.N. GAOR Supp. (n°49A) 262, U.N. Doc. A/45/49 (1990)

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 décembre 1979, A.G. res.34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (N°46) à 193, U.N. Doc.A/34/46 (entrée en vigueur le 3 septembre 1981)

Déclaration américaine sur les droits et devoirs de l'Homme, avril 1948, Assemblée générale, 9^e sess, Doc. Off. O.E.A/Serv.L/V/II.23, doc. 21. rev. 6

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 26 août 1789, en ligne:
http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=E884197C5AD1142DC46019B33932E3D0.tpdjo08v_1?cidTexte=LEGITEXT000006071192&dateTexte=20140716
(consulté le 10 juillet 2014)

Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, 18 décembre 1992, A.G. res. 47/133, 47 U.N. GAOR Supp. (No. 49) 207, U.N. Doc. A/47/49 (1992)

Déclaration unanime des treize États unis d'Amérique, réunis en Congrès le 4 juillet 1776, Boston

Déclaration universelle des droits de l'Homme, 10 décembre 1948, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. A.G. N.U., 3^e sess., supp n°13, Doc. N.U. A/810 (1948) 71

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976)

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels 16 décembre 1966, A.G. res 2200A, XXI, 21 U.N. GAOR Supp. N°16, à 49, U.N. Doc. A/6316, 1966, 993 U.N.T.S. 3. (entré en vigueur le 3 janvier 1976)

Protocole additionnel à la Charte sociale européenne, 5 mai 1988, STCE n°128 (entré en vigueur le 4 septembre 1992)

Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, 9 novembre 1995, STCE n°158 (entré en vigueur le 1er juillet 1998)

Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels, 17 novembre 1988, Série sur les Traités, OEA n° 69 [Protocole de San Salvador]

Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 20 mars 1952, STCE n°009 (entré en vigueur le 18 mai 1954)

Protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, 3 mai 2002, STCE n° 187 (entré en vigueur le 1er juillet 2003)

Protocole portant amendement à la Charte sociale européenne, 21 octobre 1991, STCE n°142

Résolution concernant une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée, La Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, réunie en sa 92^e session, 16 juin 2004

Statut de la Cour internationale de Justice, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n°7, en ligne : <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&lang=fr> (consulté le 14 novembre 2014)

Instruments juridiques d'organisations internationales

ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, *Règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, San José, 24 novembre 2009, en ligne : <https://http://www.cidh.oas.org/Basicos/French/w.reglement.cour.htm> (consulté le 27 juin 2014).

TABLE DES JUGEMENTS

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

- Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A n° 32 (CEDH)
- Al-Adsani c. Royaume-Uni*, [GC], n°35763/97, CEDH 2001-XI. (CEDH)
- Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, n° 61498/08, CEDH 2010 (CEDH)
- A, B et C c. Irlande*, [GC], n°25259/05, CEDH 2010 (CEDH)
- Avis consultatif sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme* [GC], 12 février 2008 (CEDH)
- Avis consultatif sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme (n°2)* [GC], 22 janvier 2010 (CEDH)
- Bagiński c. Pologne*, , n°37444/97, 11 octobre 2005 (CEDH)
- Bah c. Royaume-Uni*, n° 56328/07, CEDH 2011 (CEDH)
- Bazorkina c. Russie*, n°69481/01, 27 juillet 2006 (CEDH)
- Bigaeva c. Grèce*, n° 26713/05, 28 mai 2009 (CEDH)
- Çakıcı c. Turquie*, [GC], n°23657/94, CEDH 1999-IV (CEDH)
- Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, [GC], n°28957/95, CEDH-VI (CEDH)
- Chypre c. Turquie*, [GC], n°25781/94, CEDH 2001-IV (CEDH)
- Copland c. Royaume-Uni*, n° 6261700, CEDH 2007-I (CEDH)
- D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-II (CEDH)
- D.H. et autres c. République tchèque* [GC], n°57325/00, CEDH 2007-IV (CEDH)
- Demir et Baykara c. Turquie*, [GC], n° 34503/97, CEDH 2008 (CEDH)
- Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45 (CEDH)

El Masri c. « l'ex-République yougoslave de Macédoine », [GC], n° 39630/09, CEDH 2012 (CEDH)

Gäfgen c. Allemagne, [GC], n°22978/05, CEDH 2010 (CEDH)

Gaygusuz c. Autriche, 16 septembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV (CEDH)

Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, série A n°18 (CEDH)

Herczegfalvy c. Autriche, 24 septembre 1992, série A n° 244 (CEDH)

Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, série A n° 25 (CEDH)

Janowiec et autres c. Russie, [GC], n° 55508/07 et 29520/09, CEDH 2013 (CEDH)

Kaya et Seyhan c. Turquie, n°30946/04, 15 septembre 2009 (CEDH)

Keenan c. Royaume-Uni, n° 27229/95, CEDH 2001-III (CEDH)

Kiyutin c. Russie, , n°2700/10, CEDH 2011 (CEDH)

Konstantin Markin c. Russie [GC], n° 30078/06, CEDH 2012 (extraits) (CEDH)

Kurt c. Turquie, 25 mai 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-III (CEDH)

Lautsi et autres c. Italie, [GC], n° 30814/06, CEDH 2011 (extraits) (CEDH)

Leyla Şahin c. Turquie, [GC], n°44774/98, CEDH 2005-XI (CEDH)

Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, série A n° 310 (CEDH)

López Ostra c. Espagne, 9 décembre 1994, série A n°303-C (CEDH)

McGlinchey et autres c. Royaume-Uni, n°50390/99, CEDH 2003-V (CEDH)

Moldovan et autres c. Roumanie, (n° 2), nos 41138/98 et 64320/01, CEDH 2005-VII (extraits) (CEDH)

Öcalan c. Turquie, n° 46221/99, 12 mars 2003 (CEDH)

Öneryıldız c. Turquie n°48939/99, 18 juin 2002 (CEDH)

Opuz c. Turquie, n°33401/02, CEDH 2009 (CEDH)

Osman c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII (CEDH)

Özpinar c. Turquie, n°20999/04, 19 octobre 2010 (CEDH)

Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche, 21 juin 1988, série A n°139 (CEDH)

Pretty c. Royaume-Uni, n°2346/02, CEDH 2002-III (CEDH)

Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie, n°41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 31 juillet 2001 (CEDH)

Ribitsch c. Autriche, 4 décembre 1995, série A n° 336 (CEDH)

Selmouni c. France, [GC], n° 25803/94, CEDH 1999-V (CEDH)

Sidabras et Džiautas c. Lituanie, n° 55480/00 et 59330/00, CEDH 2004-VIII (CEDH)

Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande, 30 juin 1993, série A n°264 (CEDH)

Siliadin c. France, n°73316/01, CEDH 2005-VII (CEDH)

Slivenko c. Lettonie, [GC], n° 48321/99, CEDH 2003-X (CEDH)

Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A n°161 (CEDH)

Stec et autres c. Royaume-Uni [GC], n°65731/01 et 65900/01, CEDH 2006-VI (CEDH)

Timurtaş c. Turquie, n°23531/94, CEDH 2000-VI (CEDH)

Tüm Haber Sen et Çinar c. Turquie, n° 28602/95, CEDH 2006-II (CEDH)

Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, série A n°26 (CEDH)

Tysiac c. Pologne, n°5410/03, CEDH 2007-I (CEDH)

Vinter et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 66069/09, 130/10 et 3896/10, CEDH 2013 (extraits) (CEDH)

Vo c. France, [GC], n°53924/00, CEDH 2004-VIII (CEDH)

X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, série A n° 91 (CEDH)

Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981, série A n° 44 (CEDH)

Z et autres c. Royaume-Uni, [GC], n°29392/95, CEDH 2001-V (CEDH)

Jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

Acevedo Buendía et al. c. Pérou, 1er juillet 2009, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°198 (CIADH)

Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou, 7 février 2006, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°144 (CIADH)

Almonacid Arellano et autres c. Chili, 26 septembre 2006, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°154 (CIADH)

Artavia Murillo et autres (« fécondation in vitro ») c. Costa Rica, 28 novembre 2012
Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n° 257 (CIADH)

Autres traités soumis à la juridiction consultative de la Cour (article 64 de la Convention américaine), 24 septembre 1982, Avis consultatif OC-1/82 (CIADH)

Affaire B., 29 mai 2013, Résolution sur Mesures Provisoires de Protection (CIADH)

Baena Ricardo et autre c. Panama, 2 février 2001, Fond et réparations, Série C n°72 (CIADH)

Bamaca Velásquez, 25 novembre 2000, Fond, Série C n°70 (CIADH)

Barrios Altos c. Pérou, 14 mars 2001, Fond, Série C n°75 (CIADH)

Blake c. Guatemala, 24 janvier 1998, Fond, Série C n°36 (CIADH)

Boyce et autres c. Barbade, 20 novembre 2007, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°169 (CIADH)

Bueno Alves c. Argentine, 11 mai 2007, Fond et réparations, Série C n°164 (CIADH)

Caballero Delgado et Santana c. Colombie, 8 décembre 1995, Fond, Série C n° 22 (CIADH)

Cabrera Garcia y Montiel Flores c. Mexique, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n° 220 (CIADH)

Caesar c. Trinidad et Tobago, 11 mars 2005 Fond et réparations, Série C n°123 (CIADH)

Cantoral Benavides c. Pérou, 18 août 2000, Fond, Série C n°69 (CIADH)

Cantos c. Argentina, Exceptions préliminaires, 7 septembre 2001, Série C n°85 (CIADH)

Claude Reyes et autres c. Chili, 19 septembre 2006, Fond et réparations, Série C n°151 (CIADH)

Communauté indigène Sawhoyamaxa c. Paraguay, 29 mars 2006, Fond et réparations, Série C n°146 (CIADH)

Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tigni c. Nicaragua, 31 août 2001, Fond et réparations, Série C n°79 (CIADH)

Communauté Moiwana c. Surinam, 15 juin 2005, Exceptions préliminaires, fond et réparation, Série C n°124 (CIADH)

Communauté Xákmok Kásek c. Paraguay, 24 août 2010, Fond et réparations, Série C n°214 (CIADH)

Contreras et al. c. Salvador 31 août 2011, Fond et réparations, Série C n°232 (CIADH)

Droit à l'information sur l'assistance consulaire, 1 octobre 1999, Avis consultatif OC-16/199, Série A n°16 (CIADH)

García Asto y Ramírez Rojas c. Pérou, 25 novembre 2005 Série C n°137 (CIADH)

Godínez Cruz c. Honduras, 20 janvier 1989, Fond, Série C n°5 (CIADH)

Goiburú et autres c. Paraguay, 22 septembre 2006, Fond et réparations, Série C n°153 (CIADH)

González et autres (« Campo algodonero ») c. Mexique, 16 novembre 2009, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°205 (CIADH)

Hilaire, Constantine et Benjamin et autres c. Trinidad et Tobago, 21 juin 2002 Fond et réparations, Série C n°94 (CIADH)

Huilca Tecse c. Pérou, 3 mars 2005, Fond et réparations, Série c n°121 (CIADH)

Kimel c. Argentine, 2 mai 2008, Fond et réparations, Série C n°177 (CIADH)

La condition juridique et les droits des travailleurs migrants sans-papiers, 17 septembre 2003, Avis consultatif OC-18/03, Série A n°18 (CIADH)

La condition juridique et les droits humains de l'enfant, 28 août 2002, Avis consultatif OC-17/02 Série A n°17 (CIADH)

Loayza Tamayo c. Pérou, 17 septembre 1997, Série C n°33 (CIADH)

La última tentación de Cristo, Olmeo Busto c. Chili, 5 février 2001, Fond et réparations, Série C n°73 (CIADH)

Massacres de Río Negro c. Guatemala, 4 septembre 2012 Exception préliminaire, fond et réparations (CIADH)

Massacres d'Ituango c. Colombie, 1er juillet 2006, Série C n° 148 (CIADH)

« *Masacre Mapiripán* » *c. Colombie*, 15 septembre 2005 Série C n°134 (CIADH)

Penal Miguel Castro Castro c. Pérou 25 novembre 2006 Fond et réparations, Série C n°160 (CIADH)

Pueblo Saramaka c. Surinam, 28 novembre 2007, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°172 (CIADH)

Rosendo Cantu et autre c. Mexique, 31 août 2010, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°216 (CIADH)

Ticona Estrada et autres c. Bolivie 27 novembre 2008, Fond et réparations, Série C n°191 (CIADH)

Ticona Estrada et autres c. Bolivie, 1er juillet 2009, Interprétation de l'arrêt sur le fond et les réparations, Série C n°199 (CIADH)

Tibi c. Equateur, 7 septembre 2004 Fond et réparations, Série C n°114 (CIADH)

Uson Ramirez c. Venezuela, 20 novembre 2009, Exceptions préliminaires, fond et réparations, Série C n°207 (CIADH)

Valle Jaramillo c. Colombie, 27 novembre 2008, Fond et réparations, Série C n°192 (CIADH)

Velásquez Rodriguez c. Honduras, 17 août 1990, Interprétation de l'arrêt sur le fond et les réparations, Série C n°9 (CIADH)

Villagran Morales et autres c. Guatemala (Les enfants des rues), 19 novembre 1999, Fond, Série C n°63 (CIADH)

Yean et Bosico c. République Dominicana, 8 septembre 2005, Série C n°130 (CIADH)

Yakye Axa c. Paraguay, 17 juin 2005, Fond et réparations, Série C n°125 (CIADH)

Jurisprudence internationale

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgique c. Espagne), 5 février 1970 CIJ Rec.1970

Compétence en matière de pêche (Royaume-Uni c. Islande), 24 juillet 1974 C.I.J. Rec. 1974

Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. National Labor Relations Board, (00-1595) 535 U.S. 137 (2002) 237 F.3d 639, reversed.

Le Procureur c. Furundzija, affaire n°IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998.

Le Procureur contre Dražen Erdemović, Affaire n°IT-96-22, arrêt 7 octobre 1997 (TPIY-Chambre d'appel) en ligne: <<http://www.tpiy.org/x/cases/erdemovic/acjug/fr/erd-aj971007f.pdf>> (consulté le 10 février 2014)

Jurisprudence états-unienne

Lawrence c. Texas, (02-102) 539 U.S. 558 (2003) 41 S. W. 3d 349

Morgan Chase Bank v. Altos Hornos de Mexico, S.A. de C.V. 412 F.3d 418, 423 (2d Cir. 2005)

TABLE DE LA DOCTRINE

Monographies et ouvrages collectifs

ALLARD, J. ET A. GARAPON (dir.), *Les juges dans la mondialisation, La nouvelle révolution du droit*, Condé-sur-Noireau, Seuil, 2005

- ARENDR, H., *La crise de la culture*, Paris, Éditions Gallimard, 1972.
- BECK, U., *Qu'est-ce que le cosmopolitisme?* , coll. «Alto», Paris, Éditions Flammarion, 2006
- BENYEKHEF, K., *Une possible histoire de la norme: les normativités émergentes de la mondialisation*, Thémis, Montréal, 2008
- BURGORGUE-LARSEN, L. ET A. UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme* Bruxelles, Bruylant, 2008.
- CHOLEWINSKI, R., *Migrants irréguliers: l'accès aux droits sociaux minimaux*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005
- CHOUDHRY, S., *The migration of constitutional ideas*, New York, Cambridge University Press, 2006
- COMBACAU, J. ET S. SUR, *Droit international public*, Lextenso éditions, Paris, 2008
- COUFFIGNAL, G., *Des démocraties pour les pauvres ? Réflexions sur l'évolution politique de l'Amérique latine »* dans « *Amérique latine les surprises de la démocratie* Paris, La documentation française, 2007
- DE SCHUTTER, O., *La Charte sociale européenne: Une constitution sociale pour l'Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2010
- DELMAS-MARTY, M., *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Éditions du Seuil, Paris, 2006
- GARCIA ROCA, J., P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, P. SANTOYALA MACHETTI ET R. CANOSA USERA (dir.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, 1er éd., Pamplona, Civitas, 2012
- GUASTADINI, C., *Droit pénal et droit de l'homme: la dignité en prison genèse et avènement*, Paris, Buenos Books International, 2010
- KANT, I., *Critique de la raison pratique*, Paris, Flammarion, 2003
- KOLB ROBERT, *Théorie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013
- LENRENS, H. ET M. DELMAS-MARTY, *Terrorismes, histoire et droit*, Paris, CNRS Éditions, 2010
- MARGUENAUD, J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 2005

- MARTIN, I., *Reconnaissance, respect et sollicitude : vers une analyse intégrée des exigences de la dignité humaine*, 2010
- OST, F. ET MICHEL VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002
- ROUQUIE, A., *À l'ombre des dictatures, la démocratie en Amérique latine*, Albin Michel, Paris, 2010
- SINKONDO, M., *Droit international public*, Lonrai, Ellispes, 1999
- SLAUGHTER, A.-M., *A New World Order*, Oxford, Princeton University Press, 2005
- SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, Paris, 2011
- SUDRE, F., J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE ET M. LEVINET (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 5e éd., coll. «Thémis», Paris, Presses universitaires de France, 2009
- SUDRE, F., J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET ET G. GONZALEZ (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6e éd., coll. «Thémis», Paris, Presses universitaires de France, 2011
- THOUVENIN, J.-M. ET A. TREBILCOCK, *Droit international social : droits économiques, sociaux et culturels*, Tome 1, Bruxelles, Bruylant, 2013

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

- ADOUA MBONGO, A.S., «Le droit international face au terrorisme», (2010) n°1054 *Revue Politique et parlementaire*, p. 96
- ALLARD, J., « Le dialogue des juges dans la mondialisation », dans *Le dialogue des juges, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, p. 77
- ALLARD, J. ET A. VAN WAEYENBERGE, «De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger», (2008) vol. 61 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, p.109

BENOIT-ROHMER, F., «La Cour européenne des droits de l'Homme et la défense des droits des minorités nationales», (2002) *Rev. trim. dr. h.*, p. 563

BENZIMRA-HAZAN, J., «En marge de l'arrêt Timurtas contre la Turquie: vers l'homogénéisation des approches du phénomène des disparitions forcées de personnes», (2001) *Rev. trim. dr. h.*, p. 983

BON, P., «L'État en Amérique latine», (2001) 98 *Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, p. 17, en ligne: <http://www.revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/98Pouvoirs_p18-36_etat_AmLat.pdf> (consulté le 1er avril 2014)

BURGORGUE-LARSEN, L., «De l'internationalisation du dialogue des juges : missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois » dans GENEVOIS, B. (dir.), *Le dialogue des juges: mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, 2009, p. 95

BURGORGUE-LARSEN, L., «Les équivalents de l'article 3 de la Convention européenne dans le système interaméricain des droits de l'homme» dans CHASSIN, C.-A. (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 23

BURGORGUE-LARSEN, L., «Les nouvelles tendances dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme», (2009) *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones y Internacionales de Vitoria- Gasteiz 2008, Universidad del Pais Vasco*, p. 149, en ligne: <http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDI/Contributions_en_ligne/L._BURGORGUE-LARSEN/CIDH-CURSOS_VITORIA.pdf> (consulté le 10 septembre 2013)

CAFLISCH, L. ET A.C. TRINDADE, «Les Conventions américaines et européenne des droits de l'homme et le droit international général», (2004) n°1 *Revue générale de Droit International Public*, p. 5

CANÇADO TRINDADE, A.A., «Une ère d'avancées jurisprudentielles et institutionnelles: souvenirs de la Cour interaméricaine des droits de l'homme» dans HENNEBEL, L. ET H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*, Paris, A. Pedone, 2009, p. 8

CANESSA MONTEJO, M.F., «Los derechos laborales en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos», (2008) *Los Recursos Humanos*, p. 183

CANESSA MONTEJO, M.F., «Les derechos humanos en el Derecho internacional», (2009) 63 *Revista Derecho PUCP*, p. 349

CHEVALLIER, S., «Le particularisme de la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme en matière de mesures non pécuniaires de réparation et son influence sur l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme», (2012) *L'Etat de droit-Perspectives internes, internationales et européennes*.

COHEN-JONATHAN, G. ET J.-F. FLAUSS, «La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international » dans *Annuaire français de droit international*, Paris, CNRS Éditions, 2008, p. 529

COSTA, J.-P., «Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: de l'influence de différentes traditions nationales», (2004) *Rev. trim. dr. h.*, p. 101

CREPEAU, F., «La multiplicité des forces judiciaires, condition de légitimité de la décision collective en droit international» dans DELAS, O., R. COTE, F. CREPEAU ET P. LEUPRECHT (dir.), *Les juridictions internationales complémentarité ou concurrence?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 169

CIURLIZZA, J., «Pérou : la défaite juridique de l'amnistie et l'agenda politique en suspens », (2008) 53 *Mouvements*, p. 95, en ligne: <<http://www.cairn.info/article.php?REVUE=mouvements&ANNEE=2008&NUMERO=1&PP=95>> Cairn.info, (consulté le 28 mars 2014)

DELMAS-MARTY, M., «Un pluralisme ordonné», (2004-2005) *Collège de France*, en ligne: <http://www.college-de-france.fr/media/mireille-delmas-marty/UPL12910_r_sum_cours0405.pdf> (consulté le 15 juin 2013)

DELMAS-MARTY, M., «La mondialisation et montée en puissance des juges» dans INSTITUT D'ETUDES SUR LA JUSTICE ET FONDATION BERNHEIM (dir.), *Le dialogue des juges: actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Institut d'études sur la justice, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 95

EARL CHILDRESS, D., «Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws», (2010-2011) 44 *U.C. Davis L. Rev.*, p. 11

EUDES, M., «Vingt ans après la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour suprême américaine condamne la répression pénale des relations homosexuelles», (2003) n°3 *Droits fondamentaux*, p. 154

FRYDMAN, B., «Conclusion: Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle», (30 mars 2007) *Centre Perelman de Philosophie du Droit*, en ligne : <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B._FRYDMAN_-_Conclusion_-_Le_dialogue_international_des_juges_-_30_mars_2007.pdf> (consulté le 2 mai 2013)

GARCIA, C.T., *La tutela de los derechos economicos, sociales y culturales (DESC) en el sistema interamericano: evolucion y tendencias*, Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica, España, p. 2321

GROS, C., «Métissage et identité. La mosaïque des populations et les nouvelles demandes ethniques», (2001) n°98 *Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, p. 147,

en ligne: <<http://www.revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs98.pdf>> (consulté le 15 mars 2014)

GROSSMAN, C., «The Velásquez Rodríguez Case: The Development of the Inter-American Human Rights System» dans NOYERS, J., M. JANIS ET L. DICKINSON (dir.), *International Law Stories*, New-York, Foundation Press, 2007, p. 77

HENNEBEL, L., «La Cour interaméricaine des droits de l'homme: entre particularisme et universalisme» dans HENNEBEL, L. ET H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Paris, Editons Pedone, 2009, p. 76

HENNEBEL, L., «Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme», dans *Le dialogue des juges : Actes du colloque le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 31

HENNEBEL, L., «L'"humanisation" du Droit international des droits de l'homme: commentaire sur l'avis consultatif n°18 de la cour interaméricaine relatif aux droits des migrants», (2004) 59 *Rev. trim. dr. h.*, p. 747

KRADOLFER, S., «The transnationalisation of indigenous peoples' movements and the emergence of new indigenous elites», (2011) 202 *International Social Science Journal*, p. 377

LARRALDE, J.-M., «La Cour européenne des droits de l'Homme et la promotion des droits des femmes: Cour européenne du droits de l'homme (4è section) Tysiac c. Pologne, 20 mars 2007», (2007) vol. 71 *Rev. trim. dr. h.*, p. 855

LUSVERTI, C.F., *La persistencia de las desapariciones forzadas en América Latina*, en ligne: <<http://amnistia.me/profiles/blogs/la-persistencia-de-las-desapariciones-forzadas-en-am-rica-latina>> (consulté le 14 février 2014)

NEUMAN, G.L., «Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights», (2008) Vol. 19 n°1 *The European Journal of International Law*, p. 101

NUSS, G., «Note de jurisprudence sur la notion de "droit à la sécurité"», (2003) *Centre International de Recherche en Droits Humains*, p. 1

ROBIN-OLIVIER, S. ET P. REMY, «Les migrations jurisprudentielles, facteurs de développement du droit international du travail?» dans MOREAU, M.-A., H.M. "WATT" ET P. RODIERE (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail: du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Paris, Dalloz, 2010, p. 65

ROTA, M., «Chronique de jurisprudence de la Cour interaméricaine des Droits de l'homme », (2009) n°7 *CRDF*, p. 163

RYSSDAL, R., «La méthode du juge européen des droits de l'homme: de la Cour actuelle à la nouvelle Cour» dans BEDJAOU, M., B. FAVREAU, P.-A. GOURION, M. KDHIR ET R. RYSDDAL (dir.), *La méthode de travail du juge international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 42

SERRES, F., «Responsabilité sociale des entreprises : L'entreprise entre développement durable et droit au développement ou comment sortir de l' « éthique en toc » ? », *Centre de recherche sur les droits fondamentaux, Université Paris Ouest*, 7 juillet 2011, en ligne: <http://www.droits-libertes.org/article.php?id_article=159> (consulté le 20 juillet 2013)

SLAUGHTER, A.-M., «A Typology of Transjudicial Communication», (1994) 29 *University of Richmond Law Review*, p. 99

SUDRE, F., «La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », (2003) n°55 *Rev. trim. dr. h.*, p. 755

SUDRE, F., «Les "obligations positives" dans la jurisprudence des droits de l'homme», (1995) *Rev. trim. dr. h.*, p. 363

TAVERNIER, P., «Terrorisme et droits de l'Homme», (2010) n°1054 *Revue politique et parlementaire*, p. 90

TIGROUDJA, H., «La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de "l'humanisation du droit international public". Propos autour de récents arrêts et avis», (2006) vol. 52 *Annuaire français de droit international*, p. 617

ÚBEDA DE TORRES, A., «Cour IDH, Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou, 7 février 2006 : L'émergence d'une protection juridictionnelle des droits économiques, sociaux et culturels dans le cadre du système interaméricain des droits de l'homme», en ligne : <http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=223&id_rubrique=41> (consulté le 20 août 2013)

UNITE DES RELATIONS PUBLIQUES DE LA COUR, *La Cour européenne des droits de l'homme en faits et chiffres 2013*, Strasbourg, janvier 2014 en ligne : <http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2013_FRA.pdf> (consulté le 15 mars 2014)

Rapports d'organisations internationales

COMITE DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Reporte de las violaciones de los derechos de la mujer debido a la penalizacion absoluta del aborto*, Genève, 2010.

CONSEIL DE L'EUROPE, *La Cour européenne des droits de l'Homme: en faits et chiffres*, Strasbourg, Décembre 2010

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *L'abolition de la peine de mort*, Strasbourg, Unité de la Presse, août 2013

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, Bureau International du travail, PROGRAMME DES CONDITIONS DE TRAVAIL ET D'EMPLOI (TRAVAIL) SECTEUR DE LA PROTECTION SOCIALE, *Estimations mondiales et régionales concernant les travailleurs domestiques*, Note d'information, Genève, 1er juillet 2013, en ligne : <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_159558.pdf> (site consulté le 11 avril 2014).

SITES INTERNET

CENTRE POUR L'EGALITE DES CHANCES ET LA LUTTE CONTRE LE RACISME, *Différences de traitement en fonction de la nationalité ou du statut de séjour: justifiées ou non?* [Ressource électronique], en ligne : <http://www.diversite.be/sites/default/files/documents/publication/differences_de_traitement.pdf> (consulté le 21 avril 2014)

CENTRE SUISSE DE COMPETENCE POUR LES DROITS HUMAINS, *Plateforme d'information humanrights.ch* [Ressource électronique], en ligne : <http://www.humanrights.ch/fr/Suisse/exterieure/Organisations-internat/ONU/idart_4685-content.html?zur=476> (consulté le 20 janvier 2014)

CONSEIL DE L'EUROPE, *Le Conseil de l'Europe: Protéger les droits des Roms*, Strasbourg, DIVISION DES RELATIONS AVEC LES MEDIAS ET LA DIVISION DES RELATIONS PUBLIQUES ET DE L'IDENTITE, 2011 [Ressource électronique], en ligne : <http://www.coe.int/AboutCoe/media/interface/publications/roms_fr.pdf> (consulté le 4 avril 2014)

CONSEIL DE L'EUROPE, *Cour européenne des droits de l'Homme* [Ressource électronique], en ligne : <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/formerpresidents&c=fran13735372829867202927939_pointer> (consulté le 13 janvier 2014)

CONSEIL DE L'EUROPE, *Cour européenne des droits de l'homme* [Ressource électronique], en ligne : <<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/howitworks&c=fran>> (consulté le 17 mai 2014)

CONSEIL DE L'EUROPE, *HUDOC* [Ressource électronique], en ligne : <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx>> (consulté le 20 février 2014)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Buscador de Jurisprudencia*, [Ressource électronique], en ligne : <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>> (consulté le 19 mai 2014)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Historia de la Corte IDH* [Ressource électronique], en ligne : <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>> (consulté le 27 juin 2014)

CVCE, *Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe* [Ressource électronique], en ligne : <<http://www.cvce.eu/education/unit-content/-/unit/026961fe-0d57-4314-a40a-a4ac066a1801/13839cdf-3e7e-4985-995f-2b6d9b534633>> (consulté le 20 janvier 2014)

IEB, *Institut Européen de Bioéthique* [Ressource électronique], en ligne : <<http://www.ieb-eib.org/en/document/affaire-tysiac-c-pologne-ivg-therapeutique-133.htm>> (consulté le 20 juillet 2014)

CONSEIL DE L'EUROPE, *Cour européenne des droits de l'Homme* [Ressource électronique], en ligne : <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=fra-newComponent_1346152138668_pointer> (consulté le 18 mars 2014)

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *BJDH* [Ressource électronique], en ligne : <<http://www.bjdj.org.mx/BJDH/>> (consulté le 21 février 2014)

