

**LE *JUS COGENS* DANS LA JURISPRUDENCE
DE LA
COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME***

CATHERINE MAIA

I. LE FOISONNEMENT DES REFERENCES AU *JUS COGENS*
DANS
LA JURISPRUDENCE
DE LA COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME

- A. Les références indirectes**
- B. Les références directes**

II. LES SPECIFICITES DES REFERENCES AU *JUS COGENS*
DANS
LA JURISPRUDENCE
DE LA COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME

- A. La forte empreinte jusnaturaliste du juge Cançado Trindade dans la matérialisation des droits de l'homme impératifs**
- B. Vers une pénalisation de la responsabilité des Etats pour de graves violations des droits de l'homme ?**

L'année 2009 marque simultanément le 30^e anniversaire de l'entrée en fonction de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme¹ et le 40^e anniversaire de l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui a reconnu l'existence en droit positif de la notion de *jus cogens*. Cette convergence de dates anniversaires offre ainsi une occasion propice pour dresser le bilan de l'apport du juge interaméricain dans la matérialisation des normes impératives.

Nous savons que la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 s'est focalisée sur la fonction du *jus cogens* qui consiste à rendre nul tout traité en conflit avec l'une de ces normes. En revanche, elle a laissé de côté le problème délicat du contenu de telles normes en adoptant une définition qui semble au premier abord circulaire ou tautologique. De fait, en se bornant à affirmer l'indérogeabilité des règles impératives et à préciser qu'elles peuvent être modifiées exclusivement par des règles de même caractère, l'article 53² se contente de décrire la nature de telles règles sans fournir de critères d'identification. La formule retenue d'une « norme à laquelle aucune dérogation n'est permise » répond à la question par la question, l'indérogeabilité n'étant ni l'explication du caractère impératif, ni sa justification, tandis que le rapport d'interchangeabilité établi entre « normes impératives » et « normes indérogeables » tient davantage du cercle vicieux que d'une définition véritablement opérationnelle³.

* Les traductions de l'espagnol vers le français proposées dans la présente contribution ont été réalisées par l'auteur de ces lignes.

¹ Créée par la Convention américaine des droits de l'homme qui est en vigueur depuis 1978 après avoir été adoptée en 1969 par l'Organisation des Etats américains (O.E.A.), la Cour interaméricaine fut constituée dès 1979 avec l'élection de ses premiers juges. La ratification de la Convention américaine n'étant pas devenue, comme au sein du Conseil de l'Europe, une condition d'adhésion et de permanence au sein de l'O.E.A., seuls 24 Etats, sur les 35 que compte l'Organisation, ont ratifié ce traité. Parmi ceux-ci, 22 ont souscrit à la clause facultative de compétence contentieuse obligatoire de la Cour (Argentine, Barbade, Bolivie, Brésil, Colombie, Costa-Rica, Chili, Equateur, El Salvador, Grenade, Guatemala, Haïti, Honduras, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, République dominicaine, Suriname, Uruguay, Venezuela), une clause facultative qui rapproche le système interaméricain de la procédure appliquée en Europe avant l'entrée en vigueur, en 1998, du Protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'homme. A cette fonction contentieuse, s'ajoute une fonction consultative qui s'exerce à l'égard de tous les Etats de l'O.E.A., y compris ceux n'ayant pas ratifié la Convention.

Pour une analyse précise et détaillée de ce système régional de protection des droits de l'homme, voy. en particulier l'ouvrage de (L.) HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles : Bruylant, 737 pp.

² Article 53 – Traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) : « 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 Etats 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 ».

³ Nombreux sont les auteurs qui relèvent cette déficience de la définition conventionnelle du *jus cogens*. Voy. notamment : (M.) CHEMILLIER-GENDREAU, *Humanité et souverainetés. Essai sur la fonction*

LE PARTICULARISME INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME

Le risque de pétrifier une notion d'essence évolutive⁴ et de consacrer de graves omissions a finalement conduit la Commission du droit international à renoncer à l'élaboration d'une liste énumérative. Aussi ne trouve-t-on pas d'inventaire des normes impératives dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969⁵, pas davantage que dans les Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de 2001 qui consacrent pourtant un chapitre III aux « Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général ».

A ces deux moments-clés de son œuvre de codification, dans lesquels la Commission a précisé les effets du *jus cogens* dans le droit des traités d'abord, dans le droit de la responsabilité internationale des Etats ensuite, celle-ci a néanmoins exprimé le souhait que l'exact contenu des règles impératives soit fixé par la pratique étatique et par la jurisprudence des tribunaux internationaux. Elle nourrissait l'espoir que les normes impératives, en tant qu'expression juridique de la conscience de la communauté internationale dans son ensemble, s'imposent d'elles-mêmes aux Etats comme au juge dans un cas particulier.

La doctrine, qui remplit une fonction auxiliaire dans la détermination des règles de droit⁶, s'est très largement emparée du *jus cogens*, à tel point que l'idée d'une hiérarchie normative en droit international, dans laquelle les droits de la personne occupent le premier plan, est de nos jours largement acceptée⁷.

du droit international, Paris : La Découverte, 1995, pp. 93-94 ; (F.R.) TESÓN, *A philosophy of international law*, Boulder : Westview, 1998, p. 93 ; (A.P.) PAULUS, « *Jus cogens* in a time of hegemony and fragmentation : an attempt at a re-appraisal », *Nordic Journal of International Law*, 2005-III/IV, vol. 74, pp. 297-334, p. 302 ; (M.S.) McDOUGAL, (H.D.) LASSWELL, (L.-C.) CHEN, *Human rights and world public order. The basic policies of an international law of human dignity*, New Haven/Londres : Yale University Press, 1980, p. 343 ; (R.) PUCEIRO RIPOLL, « Las normas de *jus cogens* : ¿ fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente regional ? », in O.E.A., *XXVII Curso de derecho internacional*, Washington, D.C. : Secretaría General, Subsecretaría de asuntos jurídicos, 2001, pp. 377-419, p. 389 ; (D.) CARREAU, *Droit international*, Paris : Pedone, 2004, p. 76 (l'auteur regrette cette « tendance – fâcheuse – du droit international contemporain qui s'abstient de définir certains concepts nouveaux tout en leur donnant un régime juridique précis ») ; (Ch.) DE VISSCHER, « Positivism et *jus cogens* », *RGDIP* 1971, vol. 75, pp. 5-11, p. 7. Patrick DAILLIER et Alain PELLET font cependant remarquer que, s'il est vrai que la définition n'est guère précise, elle ne l'est pas moins, par exemple, que celle de la coutume définie comme une « pratique générale acceptée comme étant le droit » qui, si elle ne va pas sans poser de difficiles problèmes pratiques, est cependant considérée comme intellectuellement satisfaisante (*Droit international public*, Paris : LGDJ, 2002, p. 202). Cette opinion est également partagée par Robert KOLB (*Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, Paris : PUF, 2001, p. 86 : « ce ne peut pas être le rôle d'une définition générale du ius cogens de livrer des critères détaillés, voire un aperçu complet à cet égard »).

⁴ Article 64 – Survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*) : « Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

⁵ La seule norme expressément identifiée comme entraînant la nullité absolue des traités contraires est l'interdiction des conventions conclues sous la contrainte exercée sur l'Etat, contrainte comprise comme la menace ou l'emploi de la force. Encore relève-t-elle d'une disposition séparée, l'article 52, qui dispose qu'« est nul tout traité dont la conclusion a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies ».

⁶ Article 38 § 1 d) du Statut de la Cour internationale de justice.

⁷ Il est intéressant de remarquer que, dès 1969, c'est précisément « le principe de la primauté des droits de l'homme, principe auquel les Nations Unies ont apporté une consécration universelle », que

CATHERINE MAIA

A l'inverse, ce n'est qu'exceptionnellement que les Etats, dans leurs prises de position officielle, notamment au sein des forums internationaux, se prononcent expressément sur le caractère *juris cogentis* ou *juris dispositivi* des normes auxquelles ils sont liés. De peur sans doute que le régime attaché à la violation du droit impératif leur soit un jour appliqué, ils préfèrent souligner l'importance d'une norme par d'autres qualificatifs que celui de l'impérativité.

Quant à la Cour internationale de justice (CIJ) – pourtant placée par la Convention de Vienne de 1969 au cœur du mécanisme de reconnaissance des normes impératives et d'annulation des traités⁸ – elle est demeurée très timorée dans son œuvre de matérialisation du droit impératif. Suivant une « véritable stratégie globale d'évitement du *jus cogens* »⁹, longtemps, elle a préféré user de périphrases ou de notions voisines pour reconnaître l'existence de normes fondamentales pour la communauté internationale plutôt que d'utiliser l'expression *expressis verbis*¹⁰. Il a fallu attendre 2006 pour la voir admettre explicitement pour la première fois l'existence du droit impératif en reconnaissant un tel caractère à l'interdiction du génocide¹¹, ce qui lui a ainsi permis de rejoindre le mouvement entamé par d'autres tribunaux¹².

le professeur René-Jean Dupuy, en sa qualité de représentant du Saint-Siège, proposa pendant la Conférence de Vienne de retenir comme formant le cœur même du droit impératif : « *En ce qui concerne l'article 50 [53], le représentant du Saint-Siège se demande s'il ne serait pas possible, même si l'on renonce à dresser une énumération des normes qui composent le ius cogens, de dégager un principe d'interprétation donnant à cette notion une valeur plus concrète. Pour le Saint-Siège, ce dénominateur commun se trouve dans le principe de la primauté des droits de l'homme, principe auquel les Nations Unies ont apporté une consécration universelle (...). La Convention sur le droit des traités offre l'occasion de développer cette promotion des droits de l'homme dans l'ordre international conventionnel. Pourquoi ne pas interpréter l'article 50 [53] comme se référant essentiellement aux droits de l'homme ? En effet, le droit international actuel tend à répudier les pratiques inspirées par l'esprit de discrimination et de domination et à y substituer des solutions fondées sur la compréhension mutuelle et la collaboration. Une telle interprétation se rapprocherait de l'idéal commun de justice qui rassemble, par-delà toutes leurs divergences, tous les hommes de bonne volonté* » (A/CONF.39/11, p. 280).

⁸ Article 66 – Procédure de règlement judiciaire, d'arbitrage et de conciliation : « *Si dans les douze mois qui ont suivi la date à laquelle l'objection a été soulevée, il n'a pas été possible de parvenir à une solution conformément au paragraphe 3 de l'article 65, les procédures ci-après seront appliquées : a) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 53 ou 64 peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de justice, à moins que les parties ne décident d'un commun accord de soumettre le différend à l'arbitrage (...)* ». L'article 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (de même que la Convention sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales de 1986) confie ainsi à la CIJ le soin de trancher les questions touchant au *jus cogens*. Les Etats parties à la Convention de 1969 ont également la faculté de soumettre la question à l'arbitrage, une faculté omise par la Convention de 1986 qui prévoit néanmoins la possibilité d'activer la procédure consultative, l'avis émis par la Cour étant alors « décisif » pour les parties au différend (article 66 § 2 e)).

⁹ L'expression est empruntée à Raphaële RIVIER, *Droit impératif et juridiction internationale*, thèse en droit, Université de Paris II, 2001, p. 379.

¹⁰ Sur cette question, voy. (C.) MAIA, « Le juge international au cœur du dévoilement du droit impératif : entre nécessité et prudence », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* 2005-I, vol. 83, pp. 1-36.

¹¹ CIJ, arrêt du 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)*, compétence et recevabilité, *Rec.* 2006, p. 27, §65 (le cas de l'interdiction du génocide présente

LE PARTICULARISME INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME

De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer sur le droit impératif mais, à l'instar de la CIJ, sa reconnaissance est à la fois tardive et limitée, pour l'heure, à une seule norme. En effet, ce n'est qu'en 2001 que la Cour de Strasbourg a admis que la prohibition de la torture est une norme impérative du droit international¹³, réitérant cette affirmation en 2008¹⁴.

« assurément » le caractère d'une norme impérative). Si l'on peut regretter que la CIJ n'ait pas franchi plus tôt le pas d'une nette qualification de la prohibition du génocide comme norme impérative, il n'en reste pas moins vrai qu'en qualifiant le génocide de contraire à la morale, dont la condamnation a une portée universelle et dont la violation est constitutive d'un crime de droit des gens, la nature *juris cogentis* de cette prohibition transparaissait déjà en filigrane dans sa jurisprudence antérieure.

¹² Voy., par ex., en ce qui concerne la reconnaissance du caractère impératif de la prohibition du génocide, le Tribunal pénal pour le Rwanda dans l'affaire *Kayishema et Ruzindana* (ICTR-95-1-T, Chambre de première instance II, arrêt du 21 mai 1999, §§ 88-89), de même que le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie dans les affaires *Jelusic* (IT-95-10-T, Chambre de première instance I, arrêt du 14 décembre 1999, §60) et *Krstic* (IT-98-33, Chambre de première instance I, arrêt du 2 août 2001, §541).

¹³ CourEDH, arrêt du 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, requête n°35763/97, §§60-61.

¹⁴ CourEDH, arrêt du 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, requête n°34503/97, § 73 : « la Cour, dans son arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, a constaté, à partir de textes universels (l'article 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les articles 2 et 4 de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) et de leur interprétation par des juridictions pénales internationales (le jugement du 10 décembre 1998 rendu par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en l'affaire *Furundzija*) ou nationales (l'arrêt de la Chambre des Lords dans l'affaire *ex parte Pinochet* (No. 3)), l'existence d'une norme impérative de droit international ou *jus cogens* quant à l'interdiction de la torture, qu'elle a incorporée à sa jurisprudence dans ce domaine ».

Si la Cour n'a utilisé qu'à deux reprises l'expression « *jus cogens* », on la retrouve sous la plume des juges dans cinq opinions individuelles, dont la première date de deux ans seulement après la consécration du droit impératif dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Voy. l'opinion séparée du juge VERDROSS jointe à l'arrêt du 16 juillet 1971, *Ringeisen c. Autriche*, requête n°2614/65 (« les règles du droit international général concernant l'épuisement des voies de recours internes ne font pas partie du *jus cogens* ») ; l'opinion concordante du juge DE MEYER jointe à l'arrêt du 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, requête n°10328/83 (la Convention européenne des droits de l'homme ayant « pour objet et pour but, non pas de créer, mais de reconnaître des droits dont le respect et la protection s'imposent même à défaut de tout texte de droit positif », « on conçoit mal que des réserves puissent être admises en ce qui concerne des dispositions reconnaissant des droits de ce genre. On peut même penser que de telles réserves, ainsi que les dispositions qui les autorisent, sont incompatibles avec le *jus cogens* et, dès lors, nulles, à moins qu'elles ne se rapportent qu'à des modalités de mise en œuvre, sans toucher à la substance même des droits dont il s'agit ») ; l'opinion concordante des juges CAFLISCH, COSTA et VAJIC jointe à l'arrêt du 21 novembre 2001, *Fogarty c. Royaume-Uni*, requête n°37112/97 (l'immunité doit s'appliquer au cas d'espèce « parce que cette règle n'empêche pas d'appliquer toute disposition de la Convention [européenne] ayant valeur de *jus cogens* ») ; l'opinion dissidente du juge LOUCAIDES jointe à l'arrêt du 21 novembre 2001, *McElhinney c. Irlande*, requête n°31253/96 (« Dans une affaire comme celle dont la Cour se trouve ici saisie, la *lex specialis* est la Convention européenne des droits de l'homme. Les principes généraux du droit international ne sont pas consacrés par la Convention sauf lorsqu'elle y fait expressément référence (voy., par exemple, les articles 15, 35(1) et 53 de la Convention et l'article I du Protocole n°1). On devrait dès lors hésiter à accepter des restrictions aux droits de la Convention qui découleraient de principes du droit international comme ceux établissant des immunités qui ne figurent même pas parmi les normes du *jus cogens* »).

Une référence au *jus cogens*, mais interne cette fois, se retrouve également dans l'opinion dissidente du juge CASADEVALL, à laquelle s'est ralliée la juge STRAZNICKA, jointe à l'arrêt du 15 octobre 2002, *Cañete de Goñi c. Espagne*, requête n°55782/00, (« les règles de procédure sont de *jus cogens* ; elles relèvent de l'ordre public et les justiciables doivent pouvoir s'attendre à ce que ces règles soient respectées et appliquées »).

CATHERINE MAIA

Avant elle, une telle qualification avait déjà été opérée en 1998 dans l'arrêt *Furundzija*¹⁵ rendu par le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie qui, le premier, s'est emparé du pouvoir d'identifier des normes de *jus cogens*. Bien que la doctrine majoritaire ait longtemps considéré – et continue à penser – qu'un tel pouvoir relève de la compétence exclusive de la Cour internationale de justice en raison de sa position d'unique juridiction de caractère universel dotée d'une compétence générale théoriquement illimitée, le Tribunal de première instance des Communautés européennes s'est également récemment illustré en la matière¹⁶.

La Cour interaméricaine des droits de l'homme¹⁷ s'est volontiers inscrite dans ce mouvement qui participe de la « décentralisation » de l'identification des normes impératives¹⁸. Bien qu'assez peu connue, sa jurisprudence en matière de

¹⁵ TPIY, IT-95-17/1-T, Chambre de première instance II, arrêt du 10 décembre 1998, *Procureur c. Furundzija*, §§ 137-139, 144 et 160. Qualifiée de « droit absolu auquel il ne peut être dérogé, même en situation de crise », le Tribunal reconnaît que l'interdiction de la torture génère des obligations *erga omnes* et s'impose au rang le plus élevé du système normatif international en raison de la « répulsion universelle » que de tels actes inspirent (id., respectivement §§144 et 147).

¹⁶ TPICE : arrêt du 21 septembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, affaire T-306/01, *Rec.* 2005, p. II-3533 ; arrêt du 21 septembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, affaire T-315/01, *Rec.* 2005, p. II-3649. A la suite du pourvoi des requérants, ces arrêts ont été annulés le 3 septembre 2008 par la Cour de justice des Communautés européennes qui non seulement a tranché en faveur de la compétence des juridictions communautaires pour contrôler les mesures adoptées par la Communauté en vue d'appliquer des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies mais a estimé que l'exercice de cette compétence conduit à considérer que le règlement en cause viole les droits fondamentaux que M. Kadi et Al Barakaat tirent du droit communautaire (affaires jointes C-402/05 et C-415/05 P).

¹⁷ Pour une analyse approfondie du système interaméricain des droits de l'homme, voy. à nouveau l'ouvrage précité de Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*.

¹⁸ Contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme, qui tend à élaborer un ordre juridique autonome en appliquant essentiellement un droit régional fondé sur la Convention européenne et en ne se référant que très occasionnellement à la jurisprudence des autres juridictions internationales, la Cour interaméricaine se considère comme un tribunal régional chargé d'appliquer le droit universel ou, pour reprendre l'expression de Ludovic HENNEBEL, « comme le relais régional du système universel » (*La Convention américaine des droits de l'homme...*, op. cit., p. 620). Voy. également, du même auteur, sa contribution au présent ouvrage. Sans doute parce qu'il s'agit d'une juridiction récente qui n'est pas encore parvenue à imposer aux Etats parties à la Convention américaine la légitimité de sa compétence, la Cour interaméricaine prend effectivement soin d'inscrire l'interprétation du texte de 1969 dans le droit international général. Ainsi, dès son premier avis consultatif en date de 1982, qui portait sur l'étendue de sa compétence consultative, le juge interaméricain a indiqué la nécessité qu'il y a à rejeter une vision régionaliste des droits de l'homme, en rappelant que la Convention ne fait que reprendre et intégrer les principes de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (CourIADH, avis du 24 septembre 1982, « *Otros tratados* » *objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención americana sobre derechos humanos)*, série A n°1, §40). Par la suite, dans un avis consultatif de 1999, la Cour interaméricaine a décidé que sa compétence contentieuse s'étendrait à tout traité qui « concerne » les droits de l'homme, quand bien même l'objet principal d'un traité ne serait pas la protection de tels droits (CourIADH, avis du 1^{er} octobre 1999, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, série A n°16, §§57-65). La jurisprudence contentieuse de la Cour interaméricaine confirme cette conception qui fait de la Convention de San José l'élément de l'ensemble plus vaste qu'est le système international de protection des droits de l'homme. Cette absence d'imperméabilité du traité régional américain par rapport au contexte juridique international dans lequel il s'inscrit a entraîné une multiplication des titres de compétence contentieuse du juge interaméricain. Aussi, comme l'indique

LE PARTICULARISME INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME

droit impératif est abondante, ce qui marque ici très nettement sa singularité. En effet, faisant preuve d'un avant-gardisme certain, la juridiction interaméricaine a multiplié les références au *jus cogens*, aussi bien dans sa fonction contentieuse que dans sa fonction consultative, élaborant ainsi une jurisprudence chatoyante qui contraste fortement avec la frilosité de son homologue européenne.

Ce dynamisme dans l'identification des droits de l'homme impératifs est d'autant plus remarquable que, à partir de textes au contenu similaire, la jurisprudence développée par la Cour de San José est à la fois moins abondante et moins variée que celle de la Cour de Strasbourg. Moins abondante, car le flux des affaires portées à la connaissance de la Cour interaméricaine est sans commune mesure avec celui du système européen. Moins variée également, car le juge interaméricain s'est principalement prononcé sur des cas de disparitions forcées, de détentions et d'exécutions arbitraires à une vaste échelle à laquelle le juge européen n'est pas accoutumé. Ces violations, particulièrement visibles durant les diverses périodes de dictatures et de régimes autoritaires dont ont souffert plusieurs pays d'Amérique latine, n'ont pas complètement disparu avec l'avènement de la démocratie, tant il est indéniable que la liquidation du passé demeure encore un problème crucial¹⁹.

Or, ces deux caractéristiques expliquent sans doute en partie pourquoi la Cour interaméricaine des droits de l'homme s'est montrée plus audacieuse. Saisie moins fréquemment mais de violations graves et systématiques dont certaines sont constitutives de crimes d'Etat²⁰, chaque affaire est pour elle une opportunité de rappeler avec fermeté aux gouvernements l'importance du respect de la dignité et des droits de la personne humaine. Dans cette perspective, le recours au *jus cogens* peut être vu comme la traduction de la volonté du juge interaméricain de tenir en échec les arbitraires des Etats et de lutter contre l'impunité, ce fléau qui gangrène les sociétés latino-américaines et contre lequel la Cour entend lutter avec détermination²¹.

Il est d'ailleurs intéressant de noter à cet égard que si la Cour interaméricaine a longtemps abondamment renvoyé à la jurisprudence de son homologue européenne,

Hélène TIGROUDJA, « *il serait donc bon que les Etats membres de l'Organisation des Etats américains acceptent de ratifier cette évolution dans le Statut de la Cour de manière à en faire non plus l'organe de surveillance et de contrôle de la Convention interaméricaine mais, plus généralement, des obligations des Etats membres de l'Organisation des Etats américains contractées en matière de droits de l'homme* » (« L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : en marge d'arrêtés et avis consultatifs récents », *Rev. trim. dr. h.* 2002, n. 49, pp. 71-72).

¹⁹ De manière significative, dans presque tous les cas présentés devant la Cour, les Etats ont reconnu leur responsabilité internationale pour les faits illicites qui leur étaient reprochés, un phénomène singulier au sein des tribunaux internationaux contemporains.

²⁰ Pour une analyse fine et stimulante de la notion de « crime d'Etat » dans la pratique judiciaire interaméricaine, voy. la contribution de (F.) MEGRET au présent ouvrage.

²¹ La Cour signale régulièrement que l'Etat a l'obligation de combattre l'impunité par tous les moyens possibles, dans la mesure où celle-ci ne peut que favoriser la répétition chronique des violations des droits de l'homme. Voy. notamment CourIADH : arrêt du 7 juin 2003, *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens, série C n°99, §143 ; arrêt du 27 novembre 2003, *Maritza Urrutia c. Guatemala*, (fond, réparations et dépens), série C n°103, §126 ; arrêt du 5 juillet 2004, *19 comerciantes c. Colombie*, (fond, réparations et dépens), série C n°109, §175.

CATHERINE MAIA

les références à la pratique de cette dernière se sont faites plus rares depuis le début des années 2000. Et pour cause, alors que les reconnaissances de droits de l'homme impératifs sont allées *crescendo* dans la jurisprudence de la Cour de San José, la Cour de Strasbourg n'a identifié à ce jour qu'un seul droit doté de ce caractère²².

D'un point de vue quantitatif, force est de constater un véritable foisonnement des références au *jus cogens* dans les arrêts comme dans les avis de la Cour interaméricaine, à tel point que l'on peut avancer que c'est certainement le tribunal qui a le plus fait pour la consolidation de cette notion dans le droit international²³ (I). D'un point de vue qualitatif, cette jurisprudence accuse certains traits spécifiques, non seulement en raison de la forte empreinte du juge Cançado Trindade, mais également en raison de la réhabilitation de la notion de crime d'Etat qui semble l'orienter vers une pénalisation de la responsabilité étatique pour les graves violations des droits de l'homme (II).

I. LE FOISONNEMENT DES REFERENCES AU *JUS COGENS* DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME

De manière indirecte (A) et/ou directe (B), dans le cadre de sa fonction contentieuse comme dans le cadre de sa fonction consultative²⁴, l'organe

²² La première référence par la Cour européenne des droits de l'homme à une affaire de la juridiction interaméricaine a été faite dans l'arrêt *Akdivar et autres c. Turquie* du 16 septembre 1996, requête n°21893/93, § 68. Depuis, nous assistons à un revirement de tendance remarquable quant à la réception de la jurisprudence interaméricaine dans la pratique de son homologue européenne avec des références à la Commission ou à la Cour interaméricaine de plus en plus fréquentes dès la fin des années 1990.

²³ Cour IADH, arrêt du 11 mars 2005, *Caesar c. Trinidad y Tobago*, fond, réparations et dépens, série C n°123, opinion individuelle du juge CANÇADO TRINDADE, §92 : « *Es probable que la Corte interamericana haya hecho más en la identificación de la expansión del jus cogens que cualquier otro tribunal internacional contemporáneo* ».

²⁴ L'ensemble de la jurisprudence contentieuse et consultative citée est disponible, en anglais et en espagnol, sur le site de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : <http://www.oas.org/OASpage/humanrights.htm>. Pour une analyse de cette jurisprudence, voy. (H.) TIGROUDJA et (I.K.) PANOUSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles : Bruylant, 2003, XXV-330 pp. ; (L.) HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme*, op. cit. ; (L.) BURGORGUE-LARSEN et (A.) UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, LXXXVI-996 pp.

Notons qu'au cours de ses premières années d'activité juridictionnelle, la Cour interaméricaine s'est essentiellement chargée de répondre aux demandes d'avis présentées par les Etats ou les organes de l'O.E.A.. Ainsi, entre 1982 et 1987, l'exercice de la compétence consultative a même été son unique activité. Afin de compenser l'absence de saisine directe par les victimes et la politique de renvoi restrictive de la Commission, la Cour a néanmoins rendu 19 avis sur des questions juridiques fort importantes, en prenant soin de développer des positions qui servent de base, à de nombreux égards, aux décisions adoptées dans le cadre contentieux. Sur ce point, le système interaméricain se différencie nettement du système européen, puisque la Cour de Strasbourg a donné son premier avis consultatif le 12 février 2008, déclarant incompatible avec la Convention européenne des droits de l'homme le rejet d'une liste de candidats à la fonction de juge à la Cour, sur la seule base de considérations tenant au sexe des candidats.

Sur la compétence consultative de la Cour interaméricaine, voy. en particulier la contribution de (M.-C.) RUNAVOT au présent ouvrage.