

PROPOS CONCLUSIFS
LA LEGITIMITE
DU
« PARTICULARISME INTERAMERICAIN
DES DROITS DE L'HOMME »
EN QUESTION

HELENE TIGROUDJA

I. L'AUTOJUSTIFICATION DE LA LEGITIMITE
DE LA COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME

- A. Le discours normatif de la CourIADH fondé sur la protection de la personne humaine**
- B. Le discours normatif de la CourIADH fondé sur l'universalité**
- C. Le discours normatif de la CourIADH fondé sur le renouvellement des fonctions du droit international**

II. A LA RECHERCHE DE JUSTIFICATIONS EXTERNES
AU DISCOURS NORMATIF
DE LA COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME

- A. L'adhésion des Etats au système interaméricain des droits de l'homme**
- B. La justification du discours judiciaire interaméricain par les utilisateurs et bénéficiaires du système**
- C. La légitimation par les acteurs tiers au système interaméricain**

Ces propos clôturant un ouvrage consacré au particularisme du droit interaméricain des droits de l'homme et, plus spécifiquement, de la pratique judiciaire de la Cour de San José, il n'est pas nécessaire de revenir sur les traits saillants de ce particularisme, chacune des contributions l'ayant fort brillamment fait. La conclusion forte qui ressort de l'ensemble des réflexions livrées par les auteurs est que le Tribunal interaméricain est une juridiction à part, née dans un contexte extrêmement violent et ayant à faire face à des régimes autoritaires mais qui a su pourtant asseoir son autorité au moyen de raisonnements et d'interprétations pour partie ancrés en droit international et pour une autre partie, sans nul doute beaucoup plus importante, qui répond à une philosophie interaméricaine des droits de l'homme que le juge s'efforce, au fil de ses arrêts et avis consultatifs, de dessiner.

Il n'est donc pas nécessaire de reprendre ce que d'autres ont exposé avec rigueur et finesse. Cependant, tenant compte des réactions doctrinales – surtout européennes, qu'elles proviennent des juristes spécialisés en droit international des droits de l'homme ou des « internationalistes généralistes » –, il est temps à présent d'affronter la redoutable question de la légitimité de cet organe régional de droits de l'homme, à la figure si étrange lorsqu'on l'observe de ce côté-ci de l'Atlantique. Comme l'ont en effet souligné certains auteurs,

« Legitimacy provides courts authority ; it allows them the latitude necessary to make decisions contrary to the perceived immediate interests of their constituents »¹.

Ce questionnement sur la légitimité de la Cour interaméricaine des droits de l'homme est fondamental et doit être bien compris. Il ne s'agit évidemment pas de s'interroger, comme les Etats américains l'ont fait lors des discussions préparant l'adoption de la Convention américaine des droits de l'homme (CADH) sur la question de savoir si un organe *régional* était nécessaire du fait de l'existence de mécanismes universels de protection². Nous croyons fermement – et l'expérience le montre – que les ensembles régionaux, plus intégrés et plus homogènes, sont les plus à même d'assurer efficacement la protection des droits de l'homme.

¹ (J.) GIBSON & (G.) CALDEIRA, cité in (J.) JACKSON, « *Broniowski v. Poland* : A recipe for increased legitimacy of the European Court of Human Rights as a supranational Constitutional Court », *Connecticut Law Review* décembre 2006, vol. 39, pp. 791-792 (note 261).

² Pour un rappel de ces débats, reproduits et discutés, voy. la contribution de (L.) HENNEBEL au présent ouvrage.

LE PARTICULARISME INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME

L'interrogation porte donc non pas sur l'*existence* même de la Cour qui nous semble aller de soi³ mais sur l'office qui est le sien aujourd'hui, plus de trente ans après l'entrée en vigueur de la CADH.

Or, le problème de la légitimité de la Cour interaméricaine est fondamental dans la mesure où comme de nombreuses contributions l'ont montré dans cet ouvrage ou ailleurs⁴, ses prétentions à l'universalité sont extrêmement fortes ; les juges de la Cour eux-mêmes n'ont cessé de mettre en valeur sa jurisprudence en la qualifiant d'avant-gardiste ou d'historique ; le Tribunal adopte, à tous les stades de la procédure, un ton autoritaire et non conciliant à l'égard des Etats parties à la Convention et plus généralement, des membres de l'O.E.A. et le phénomène de « constitutionnalisation » (L. Hennebel) du droit interaméricain est très affirmé – sinon effectif –. Cela signifie que, malgré la faiblesse numérique des décisions rendues par la Cour interaméricaine en comparaison avec celles de la juridiction européenne et même du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, les ambitions morales, philosophiques, sociologiques affichées et « assumées »⁵ par la Cour sont fortes et clairement identifiables – beaucoup plus qu'en droit européen ou dans la pratique des Comités des Nations Unies. Néanmoins, il est évident aussi que le fait que ces prétentions soient posées et assumées par le Tribunal interaméricain, encore faut-il qu'elles soient légitimées.

Or, les débats et écrits portant sur la légitimité de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sont peu fréquents⁶, sans doute de prime abord parce que cette juridiction est très jeune et que ses activités sont encore peu connues des juristes francophones et même anglophones⁷.

³ Nous adoptons d'ailleurs la position du juge Cançado Trindade en faveur d'une amélioration du fonctionnement de la Cour et en particulier, de la reconnaissance de sa compétence contentieuse obligatoire. Nous sommes en revanche plus sceptique – sans doute du fait de la malheureuse expérience européenne – sur la question de l'accès direct de l'individu à la Cour. La littérature qui s'intéresse à la légitimité de la Cour européenne des droits de l'homme s'appuie d'ailleurs souvent sur l'engorgement de la Cour, les délais de procédure excessivement longs et la moindre qualité des arrêts pour parler d'une « crise de légitimité » de la juridiction strasbourgeoise. L'ouverture du prétoire est donc à double tranchant et peut avoir des conséquences paradoxales : il renforce la légitimité de l'organe en en faisant une véritable juridiction de protection des individus, avec les conséquences procédurales que cela implique, mais en même temps, victime de son succès, la juridiction peut finir par manquer son objectif premier, à savoir la protection effective des droits de la personne.

⁴ Nous n'allons pas énumérer de manière exhaustive les travaux publiés sur la Cour interaméricaine mais nous signalons quelques-uns d'entre eux qui viennent renforcer cette thèse du particularisme et qui doivent être lus à la lumière des propos qui sont tenus dans le présent article : (L.) HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles : Bruylant, coll. Publication de l'Institut international des droits de l'homme René Cassin, 2007, 737 p. ; (L.) HENNEBEL et (H.) TIGROUDJA, « La Convention américaine des droits de l'homme et la protection universelle des droits de l'homme, une filiation retrouvée », *L'Observateur des Nations Unies* 2009 (à paraître).

⁵ Ainsi que le souligne Ludovic HENNEBEL dans sa contribution d'ouverture au présent ouvrage.

⁶ Pour une rare – et notable – exception, voy. (M.) TAN, « Member State compliance with the judgements of the Interamerican Court of Human Rights », *International Journal of legal information* 2005 (winter), pp. 319 et ss.

⁷ La compétence contentieuse de la Cour étant essentiellement acceptée par des Etats latino-américains, la doctrine anglo-saxonne ne s'intéresse pas encore avec beaucoup d'attention aux décisions rendues par la Cour.

HELENE TIGROUDJA

Plus généralement, les débats doctrinaux portant sur la légitimité des tribunaux internationaux ont surtout intéressé les autres sciences sociales et humaines⁸ que le droit, ce dernier – dans la doctrine francophone à tout le moins – préférant se centrer sur la question de la légalité⁹. Pourtant, il n'est pas inintéressant, comme de nombreux écrits provenant de la philosophie ou de la science politique l'illustrent, de s'interroger sur cette légitimité de la *judicial review* provenant de l'extérieur et pesant sur les Etats, plus ou moins volontairement. Si cette interrogation n'est pas propre à la sphère des juridictions internationales – « *legitimacy is the single most important attribute for legal institutions* »¹⁰ –, elle prend un relief particulier dès lors que l'on la situe à un plan supranational, la littérature s'étant, pour l'heure, surtout concentrée sur la légitimité de la Cour de Strasbourg ou sur celle de Luxembourg¹¹ :

« For courts such as the ECHR, which lack a direct mechanism of coercion through which to ensure the enforcement of judgments, legitimacy is considered essential. A Contracting State may arguably have little incentive to enforce a judgment issued by a tribunal that the European or international community perceives to be illegitimate. »¹²

A l'aune de ces discussions doctrinales aux prolongements pratiques évidents¹³, il n'est pourtant pas inutile d'affronter la redoutable question de la légitimité de ce « particularisme interaméricain » essentiellement forgé par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ce qui en réalité nous conduira à centrer ces propos conclusifs sur la légitimité du Tribunal lui-même, plus que sur celle de la philosophie sous-jacente. Or, en posant une telle question, il est évident – et cela doit être d'emblée reconnu –, que l'on prend un risque épistémologique fondamental : en effet, si au terme de cette étude, il apparaît que la juridiction interaméricaine souffre d'un déficit de légitimité (la critique philosophique ou sociologique ne serait pas nouvelle, et a déjà été adressée à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour de Justice de l'Union européenne, pourtant plus anciennes et qui s'appuient sur des ensembles régionaux plus homogènes), c'est

⁸ Selon (J.) JACKSON (op. cit., p. 792) qui se fait l'écho d'autres auteurs américains, ce relatif désintérêt de la doctrine juridique pour les questions liées à la légitimité serait en partie dû à l'absence de définition claire et précise de la notion : « *the absence of legitimacy studies in the legal academic literature may be due in part to the recognition of legitimacy as being an elusive concept, difficult to both define and measure with any degree of certainty* ».

⁹ Les présentes réflexions ont d'ailleurs pour point de départ celles menées lors d'un séminaire co-organisé par l'UMR de droit comparé de l'Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) et le *Center of Human Rights* de l'Université d'Oslo (Norvège) en novembre 2008 sur le thème « *Legitimacy of International Tribunals* » et en particulier, de l'étude de la question appliquée à la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁰ (J.) GIBSON et (G.) CALDEIRA cité in (J.) JACKSON, op. cit., p. 791.

¹¹ Voy. en particulier et parmi de nombreux auteurs (M.) KOSKENNIEMI, « *Legitimacy, Rights and ideology* », *Associations* 7(2) 2003, Berlin : Dunckler & Humbolt, pp. 349-373 ; (M.) LASSER, « *Anticipating three models of judicial control, debate and legitimacy : the European Court of Justice, the Cour de Cassation and the United States Supreme Court* », *Jean Monnet Working Paper (NYU School of Law)* 1/03, 2003, 56 p.

¹² (J.) JACKSON, « *Broniowski v. Poland : (...)* », *Connecticut Law Review* décembre 2006, vol. 39, p. 792 (nous soulignons).

¹³ Concernant, en particulier, le comportement des Etats parties au système ou des Etats qui y sont tiers mais membres de l'O.E.A.

LE PARTICULARISME INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME

l'ensemble de ce « particularisme interaméricain des droits de l'homme » qui perd, en conséquence, une grande partie de sa légitimité, dans la mesure où cet exceptionnalisme est moins fondé sur les textes régionaux que leur interprétation judiciaire.

Pourtant, en dépit de ce risque, la question doit être posée et affrontée. La Cour de San José est une juridiction très jeune, comparativement aux Cours européennes et à la Cour internationale de Justice. Et même si ses décisions sont encore peu connues de la doctrine francophone comme, du reste, de la doctrine anglophone et hispanophone, voire même des Etats directement concernés, ceux qui s'y intéressent ne peuvent plus se contenter d'en relever le caractère « original », « précurseur », ou « peu orthodoxe » (L. Hennebel).

A la faveur de cet anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme, il nous semble en effet temps de prendre cette Cour au sérieux pour reprendre la formule dworkinienne, et de rechercher, au-delà de l'étonnement, l'agacement ou l'éblouissement premier que suscitent ses avis et arrêts, la cohérence et les fondements du discours judiciaire interaméricain, comme la doctrine s'est efforcée de le faire pour le discours judiciaire européen. Il en va d'ailleurs de la crédibilité et de la légitimité de la Cour de San José, « *the idea of legitimacy (having) a greater role to play precisely at those moments when the legal grounds appears least secure, or possibly in flux* »¹⁴.

En effet, les risques actuels que nous semble encourir la légitimité de la Cour interaméricaine ou les enjeux auxquels elle va devoir faire face sont nombreux et de nature variable : certains sont d'ordre conjoncturel et, en conséquence, pourraient être aisément parés, d'autres sont plus structurels et difficiles à relever. Parmi eux, on peut en effet mentionner les critiques auxquelles ses méthodes de raisonnement ou la manière dont la justice est rendue font l'objet. L'on verra que ces éléments ne doivent pas être sous-estimés car dans les indices permettant de mesurer la légitimité d'un organe – ce que la doctrine anglo-saxonne nomme les « *yardsticks* » –, la qualité de la justice est une composante de la légitimité de l'organe. La motivation des jugements ou plus généralement le respect du principe du *fair trial* participe de la légitimation de la Cour interaméricaine comme de n'importe quel autre tribunal, interne ou international¹⁵. Ces éléments qui font parfois défaut à la Cour de San José nous semblent être des points assez faciles à améliorer.

En revanche, un autre défi lié à la légitimité est constitué par l'adhésion des Etats au système et à la pratique judiciaire identifiée. Comme on aura l'occasion de le noter, cette adhésion revêt plusieurs dimensions et prend des sens différents : au plan juridique, le système conventionnel interaméricain souffre assurément de l'absence de certains Etats tels que les Etats-Unis et le Canada par exemple. Cependant, l'adhésion revêt aussi un sens sociologique qui renvoie, on y reviendra,

¹⁴ CLARK, cité in (J.) JACKSON, op. cit., p. 792.

¹⁵ Comme le souligne par exemple Thomas FRANCK (*The power of legitimacy among Nations*, 1990, p. 24), « *legitimacy is a property of a rule or rule-making institution which itself exerts a pull towards compliance on those addressed normatively because those addressed believe that the rule or institution has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process* ».

HELENE TIGROUDJA

à la question de la « *compliance* »¹⁶ des Etats parties et qui ont reconnu la juridiction obligation de la Cour interaméricaine¹⁷. Cette dernière ne peut en effet que souffrir de ne pas être un organe continental comme l'est la Cour européenne des droits de l'homme, dotée de la juridiction obligatoire depuis l'adoption du Protocole n°11 à la CEDH et toute la question sera de savoir comment cette caractéristique du système va jouer sur le discours interaméricain et va entrer dans les « *problematics* » de la juridiction de San José. Comment va être appréhendé l'échelon interne ? Le principe de subsidiarité a-t-il une place dans ce système comme dans le système européen ? Autant de questions qui, là encore, nourrissent celle plus générale de la légitimité du mécanisme régional.

Il y a aussi à l'évidence un déficit non pas simplement quand on analyse le mécanisme à travers le prisme de l'adhésion des Etats, mais également à travers celui de la personne. En effet, un double défi se pose à la juridiction interaméricaine des droits de l'homme et va aussi constituer l'une de ses « *problematics* » : l'absence de droit de recours individuel direct devant elle et l'exclusion des personnes morales parmi les bénéficiaires potentiel de la protection de la Convention¹⁸.

*

Ces questions fondamentales ne peuvent être ignorées par la Cour interaméricaine, jeune Tribunal, et la doctrine qui analyse ses activités et elles obligent donc à un retour à ces interrogations de base : lorsque la Cour condamne un Etat, par quel « miracle » peut-on expliquer qu'en dehors de tout risque de sanction réelle, il s'y conforme ? Il importe, avant de tenter de répondre à la question – si tant est qu'il est y une réponse –, de partir d'abord d'une définition de la légitimité, parmi les nombreuses que l'on trouve proposées par les philosophes ou les politologues.

Tous les écrits convergent et s'accordent sur au moins un point : l'extrême difficulté qu'il y a à donner une définition claire et précise du concept et ces propos conclusifs n'ont pas pour ambition d'apporter une énième théorie de la légitimité. Pour les besoins de cette étude, nous nous en tiendrons plutôt aux travaux déjà réalisés sur la notion et partirons en particulier de la même grille d'analyse que celle retenue par Joshua Jackson, dans son article précité consacré à la Cour européenne des droits de l'homme. Il analyse en particulier la légitimité de la juridiction strasbourgeoise à travers cinq modèles (« *models* ») de légitimité :

¹⁶ Nous reviendrons dans la suite de ces développements sur cette question, voy. *infra*, Partie II.

¹⁷ En vertu de l'article 62 de la CADH.

¹⁸ Comme le rappelle en effet Ludovic Hennebel dans sa contribution au présent ouvrage, les organes interaméricains, la Commission comme la Cour, refusent de considérer que les personnes morales puissent se considérer victimes des violations de la CADH, même si elles ont en principe qualité pour agir au nom de personnes physiques. Pour une description et une explication de cette position, voy. la contribution précitée de Ludovic Hennebel au présent ouvrage.

LE PARTICULARISME INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME

ce qu'il nomme la « *formal legitimacy* », la « *procedural legitimacy* », la « *social legitimacy* », la « *normative legitimacy* » et la « *legal legitimacy* »¹⁹ :

« **Formal legitimacy** is concerned with the extent to which all applicable legal requirements were satisfied when the entity in question was set up. Legitimacy is thus conferred on an institution based upon what has been referred to as its 'legal pedigree';²⁰

(...)

Procedural legitimacy focuses on the quality of the jurisgenerative process, and whether an institution is procedurally legitimate depends upon its function being perceived as 'legalistic';

(...)

Social legitimacy is gauged by an institution's ability to command acceptance and consent, as well as by the ability to generate compliance with the decisions of the institution;

(...)

Normative legitimacy can be seen as conferring legitimacy through the institutionalization and protection of 'higher order' or constitutional norms;

(...)

Legal legitimacy is the synthesis of the formal, procedural, social, and normative models. In order for an institution to have legal legitimacy, it must be 'enacted and exercised in accordance with constitutional rules and appropriate procedures. (...) »²¹

*

A l'aide de ces éléments de définition, il est intéressant d'analyser d'abord comment la juridiction interaméricaine des droits de l'homme « auto-légitime » si l'on peut dire ou « auto-justifie » son propre discours (I). Il est néanmoins évident que cette auto-justification ne saurait suffire à répondre à notre interrogation et que ce sont plutôt vers des sources externes et objectives de légitimité que la Cour doit se tourner pour fonder avec fermeté l'autorité de son discours (II).

¹⁹ (J.) JACKSON, « *Broniowski v. Poland* (...) », *Connecticut Law Review* décembre 2006, vol. 39, pp. 794 et ss. Pour établir cette grille d'analyse, Jackson s'appuie sur une abondante littérature anglo-saxonne à laquelle nous nous permettons de renvoyer le lecteur. Cela alourdirait en effet la présentation de sa thèse, si l'on renvoyait dans ses propres citations aux auteurs auxquels il se réfère. Les références plus précises seront donc aisément trouvables dans son article.

²⁰ Nous ne discuterons pas de cet aspect de la légitimité de la Cour interaméricaine, cette exigence étant *a priori* remplie en l'espèce puisque la Cour a bien été instituée par voie conventionnelle et sa fonction de surveillance de la Convention américaine trouve son assise dans ce Traité de 1969. Par ailleurs, les Etats l'ont doté d'un certain nombre de compétences énoncées d'ailleurs en des termes plus contraignants que ne le sont celles de la Cour européenne (voy. par exemple la manière dont est rédigé l'article 63 de la CADH concernant à la fois les mesures provisoires et la réparation à accorder en cas de violation des droits et libertés).

²¹ Id., pp. 794- 799 (nous soulignons).