

TABLE RONDE INTERNATIONALE DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE
SEPTEMBRE 2023

GUERRE ET CONSTITUTION

Pré-rapport

Convention américaine relative aux droits de l'homme

Marie ROTA, MCF-HDR en droit public

Université de Lorraine, IRENEE

Précisions :

- Le terme de « guerre » sera, dans cette contribution, entendu dans le sens du droit international humanitaire, soit comme conflit armé international (voir considérations *infra*).
- La Convention américaine relative aux droits de l'homme sera ici étudiée en tant qu'instrument « constitutionnel », ce qualificatif étant ici compris « *dans son acception matérielle d'élément structurant* »¹. Il ne s'agira donc pas d'assimiler la Convention à une Constitution nationale, mais bien comme un traité international.

I. Le rôle de la guerre dans la construction du système interaméricain des droits de l'homme

(Atelier 1) Les interactions entre guerre et Constitution : approche historico-constitutionnelle

Si on a tendance en Occident à dater le début de la construction du droit international des droits de l'homme à partir de l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948, soit juste après la deuxième guerre mondiale, les travaux en la matière ont débuté bien auparavant sur le continent américain². L'existence d'une guerre, soit au niveau mondial, soit au niveau latino-américain, est néanmoins un élément contextuel qui a permis de les accélérer en vue d'institutionnaliser le système interaméricain de protection des droits de l'homme, qu'il s'agisse de la mise en place de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (ci-après « CADH » ou « Pacte de San José ») que de la Commission et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après « Commission IDH » et « Cour IDH » respectivement) qui sont chargées d'en assurer le respect (A). La guerre figure ensuite dans le texte de la Convention au sein d'une disposition permettant aux États de déroger aux droits consacrés en temps de crise : son article 27 (B).

A. La guerre : un élément contextuel accélérateur des travaux visant à une institutionnalisation du système interaméricain des droits de l'homme

¹ M. LEVINET, « Commentaire sous l'arrêt Loizidou c. Turquie », in F. SUDRE et al. (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2009, p. 9.

² Voir sur ce point M. ROTA, « La déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention Américaine des Droits de l'Homme : principale source des droits garantis ? », *Les Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux* n°7, 2009, pp. 63-71.

Les développements relatifs aux droits de l'homme au sein du panaméricanisme remontent bien avant la seconde guerre mondiale. Les origines du panaméricanisme remontent en effet au début du XIX^e siècle³. En 1945, la protection des droits de l'homme entre néanmoins dans les priorités du mouvement panaméricain⁴ en vue de faire des Amériques, et plus précisément de l'Amérique latine, « un acteur de poids sur la nouvelle scène internationale »⁵. Comme le démontre très bien Laurence Burgorgue Larsen dans son ouvrage *Les trois Cours régionales* in context. *La justice qui n'allait pas de soi*, le contexte de l'après 2^e guerre mondiale a été un élément déclencheur dans la concrétisation de ces idées⁶. Ainsi, lors de l'élaboration d'un projet de Charte en 1945⁷, il est déjà envisagé de l'accompagner d'une « *Déclaration des Droits et Devoirs de l'Homme* »⁸, dont la rédaction est confiée à un « *Comité Juridique Interaméricain* »⁹. Deux ans plus tard, un « *Projet de Déclaration des Droits et des Devoirs Internationaux de l'Homme* » est directement soumis à la neuvième Conférence internationale des États américains à Bogota, et le texte d'une « *Déclaration Américaine des Droits et des Devoirs de l'Homme* » est adopté en tant que

3 Déjà en 1815, le « Libérateur » Simon BOLIVAR, dans sa « *lettre prophétique* » du 6 septembre, s'imaginait pouvoir « *faire de tout le Nouveau Monde une seule Nation, avec un seul lien rattachant les parties entre elles et au tout* », Lettre citée par S. PLANAS SUAREZ, « L'extension de la doctrine de Monroe en Amérique du Sud », *RCADI*, tome 5, 1924, pp. 306-307. Pour un historique du panaméricanisme, voir également K. VASAK, *La Commission interaméricaine des droits de l'homme - La protection internationale des droits de l'homme sur le continent américain*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968, pp. 7-11. Voir aussi A. ALVAREZ, *Le panaméricanisme et la sixième Conférence panaméricaine tenue à la Havane en 1928. Communication à l'Académie des sciences morales et politiques (séance du 5 mai 1928)*, Les éditions internationales, Paris, 1928 ; R-J. DUPUY, *Le nouveau panaméricanisme. L'évolution du système interaméricain vers le fédéralisme*, Pedone, Paris, 1956 ; J.M. YEPES, *Le panaméricanisme au point de vue historique, juridique et politique. Cours professé à l'Institut des Hautes Études Internationales de l'Université de Paris*, Les éditions internationales, Paris, 1936.

4 Ce courant s'institutionnalise véritablement grâce à l'adoption de la Charte de l'OEA, signée le 30 avril 1948 et entrée en vigueur le 13 décembre 1951. Elle est considérée comme une véritable « *base conventionnelle* » du panaméricanisme, K. VASAK, *La Commission interaméricaine des droits de l'homme - La protection internationale des droits de l'homme sur le continent américain*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968, p. 11.

⁵ L. BURGORGUE LARSEN, *Les trois Cours régionales* in context. *La justice qui n'allait pas de soi*, Pedone, Paris, 2020, p. 24.

⁶ *Idem*.

⁷ Le projet de Charte est élaboré durant la Conférence Interaméricaine de Mexico relative « aux problèmes de guerre et de paix », réunie à Chapultepec (Mexico), du 21 février au 8 mars 1945 (se reporter à la compilation des traités, conventions, déclarations, résolutions, recommandations et motions adoptées par la Conférence américaine sur les problèmes de la guerre et la paix, la Conférence interaméricaine pour le maintien de la paix et de la sécurité sur le continent, la neuvième Conférence internationale américaine, la quatrième réunion de consultation des ministres des Affaires étrangères et de la dixième Conférence interaméricaine, *Conferencias Internacionales Americanas. Segundo suplemento 1945-1954*, Departamento Jurídico, Unión Panamericana, Washington, 1956 disponible sur le site de la Bibliothèque Digitale Daniel COSÍO VILLEGAS du Colegio de Mexico : <http://biblioteca.colmex.mx/>, ci après « *Segundo suplemento* ») ; voir aussi, à ce sujet, J.C. PUIG, *Les principes du Droit international public américain*, Pedone, Paris, 1954, pp. 23-25.

⁸ Conférence Interaméricaine de Mexico, *Résolution IX*, publiée dans *Conferencias Internacionales Americanas. Segundo suplemento 1945-1954*, Departamento Jurídico, Unión Panamericana, Washington, 1956, pp. 20-24, p. 23 Cette résolution prévoit également l'élaboration d'une « *Déclaration des Droits et Devoirs des États* », mais elle n'a jamais vu le jour.

⁹ Conférence Interaméricaine de Mexico, *Résolution XL*, publiée dans *Conferencias Internacionales Americanas. Segundo suplemento 1945-1954*, Departamento Jurídico, Unión Panamericana, Washington, 1956, pp. 52-53, p. 52.

résolution¹⁰. Le projet d'une Cour proprement américaine date également de cette époque¹¹, la résolution XXXI intitulée « *Cour interaméricaine pour la protection des droits de l'homme* » ayant été adoptée en même temps que la Déclaration¹².

Cette dernière est alors adoptée six mois avant la DUDH et, comme le souligne le professeur Karel Vasak, il est clair que, « *à la veille de son institutionnalisation, le panaméricanisme a été résolument engagé dans l'élaboration de solutions purement américaines pour la protection internationale des droits de l'homme* »¹³. L'auteur relève d'ailleurs que si les risques de conflit entre la CEDH et les travaux des Nations Unies ont été soulevés, « *aucune objection de même nature ne semble avoir effleuré l'esprit des dirigeants américains* »¹⁴. Ceci s'explique par le fait que « *le continent américain avait derrière lui une longue tradition de particularisme qu'il n'entendait nullement sacrifier sur l'autel des Nations Unies* »¹⁵. Bien au contraire, l'idée était que le « *régionalisme latino-américain ne soit pas dilué dans l'universalisme des Nations-Unies* »¹⁶.

Cette « période de grâce »¹⁷ a néanmoins très vite été interrompue par un contexte marqué par l'arrivée de nombreuses dictatures au sein de la région d'une part et la guerre froide d'autre part. Ce dernier explique l'hostilité des États de la région envers la protection des droits de l'homme, soit en vue d'éviter toute intervention dans leurs affaires intérieures pour ce qui est des États autoritaires, soit en vue de montrer son allégeance envers le bloc de l'Ouest. Suite à l'adoption de la résolution XXXI, le Comité Juridique Interaméricain a rendu un rapport, en date du 26 Septembre 1949, dans lequel il estime que « *l'absence d'un droit positif en la matière constitue un obstacle majeur à l'élaboration du Statut [de la Cour]* » qui « *impliquerait forcément une transformation radicale des systèmes constitutionnels en vigueur* » dans les États américains. En novembre 1953, le Conseil de l'OEA s'oppose alors à ce que la question de la création d'une Cour soit soumise à la X^e Conférence Américaine ; cette conférence s'est dès lors bornée à demander au Conseil de l'OEA de poursuivre l'étude des « *aspects juridictionnels de la protection des droits de l'homme* » afin que la question puisse être examinée à la XI^e Conférence de Quito (Équateur). Cette conférence n'a cependant jamais eu lieu pour des raisons politiques, le gouvernement équatorien ayant rompu ses relations diplomatiques avec de

10 Conférence Interaméricaine de Mexico, *Résolution XXX*, publiée dans *Conferencias Internacionales Americanas. Segundo suplemento 1945-1954*, Departamento Jurídico, Unión Panamericana, Washington, 1956, pp. 203-209. Au sujet de l'efficacité et la nature non-contraignante de la Déclaration, se reporter aux considérations de Carlos GARCÍA BAUER, *Los derechos humanos : preocupación universal*, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1960, p. 113 mais aussi de Gabino FRAGA, ancien président de la Commission interaméricaine, « *Protección internacional de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana en el ámbito americano* », in *Varios, Veinte años de evolución de los derechos humanos*, IJ, UNAM, Mexico, 1974, p. 59.

11 Il faut ici souligner qu'il existait déjà un organe juridictionnel sur le continent : la Cour de justice centre-américaine instituée par la convention du 20 décembre 1907 entre le Costa-Rica, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua et Le Salvador. Voir sur ce point A. MONTIEL ARGÜELLO, « *La Corte de Justicia Centroamericana y los derechos humanos* », in *Liber Amicorum. Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Dr. D. José Pérez Montero*, vol. 2, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1988, pp. 933-940.

12 Voir, au sujet de la création de la Cour, D. ZOVATTO, « *Antecedentes de la Creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* », in IIDH (dir.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos*, Publications de l'IIDH, San José, 1985, pp. 207-254 ou encore P. P. CAMARGO, *La protección jurídica de los derechos humanos y de la democracia en América: los derechos humanos y el derecho internacional*, éd. Excelsior, Mexico, 1960.

13 . VASAK, *La Commission interaméricaine des droits de l'homme - La protection internationale des droits de l'homme sur le continent américain*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968, p. 27.

14 *Ibidem*.

15 *Ibidem*.

16 L. BURGORGUE LARSEN, *Les trois Cours régionales in context. La justice qui n'allait pas de soi*, Pedone, Paris, 2020, p. 24.

17 *Idem*, p. 34.

nombreux États latino-américains. De ce fait, le Conseil de l'OEA a confié l'examen de la résolution XXIX à sa Commission des Affaires Juridiques et Administratives qui l'a renvoyée devant une sous-commission des Droits de l'Homme spécialement créée pour traiter de cette question¹⁸, sans réelle portée au regard des tensions au sein de la région.

Ce n'est qu'en 1959 que le Conseil de l'OEA se ressaisit de la question de l'élaboration d'une Convention en raison à la fois de la révolution cubaine et du conflit entre la République dominicaine et le Venezuela, révélant « *qu'une atteinte aux droits de l'homme pouvait mettre en péril la sécurité de la région* »¹⁹. La guerre a alors été encore une fois un accélérateur dans le processus d'élaboration du système interaméricain de protection des droits de l'homme. Le projet est de fait relancé lors de la V^e Réunion des Ministres des Affaires Étrangères du mois d'août de la même année. Suite à cette réunion, la résolution VIII est adoptée à Santiago du Chili les 12-18 août 1959 (Résolution VIII intitulée « Droits de l'homme »). C'est cette résolution qui crée la Commission Interaméricaine²⁰ en vue de superviser la protection des droits de l'homme contenus dans la DADDH²¹. Il est demandé par la même occasion au Conseil Interaméricain de Jurisconsultes de créer un projet de Convention américaine relative aux droits de l'homme prévoyant une Cour, ce dernier présentant un projet de Convention dès septembre 1959²². Mais, là encore, le processus a été retardé par plusieurs événements tels que le débarquement d'exilés cubains dans la baie des Cochons (visant à renverser le régime de Fidel Castro à Cuba) ou l'adoption des Pactes onusiens de 1966, obligeant les rédacteurs de la Convention à s'interroger sur l'utilité de cette dernière. C'est en effet à cette même période qu'est discutée leur adoption et certains organes de l'OEA²³ soulignent alors le risque d'interférences entre la future Convention américaine et les Pactes, qui instituent des dispositions de fond et un mécanisme de protection similaires.

Plusieurs incertitudes apparaissaient alors, d'où les questions posées aux États membres par le Conseil de l'OEA²⁴ et à un groupe de travail dirigé par le rapporteur de la Commission Dunshee de Abranches. Ces premiers, ayant tous voté en faveur de l'adoption de ces Pactes²⁵, ont-ils eu par-là l'intention de n'établir qu'un système unique et universel de protection des droits ? Ont-ils, à l'inverse, envisagé la possibilité d'une coexistence du système international avec une Convention régionale portant sur les mêmes droits ? Et dans cette dernière hypothèse, la Convention doit-elle se contenter de créer un système institutionnel et procédural (composé d'une Commission et d'une Cour) chargé de faire respecter ces Pactes, ou fallait-il rédiger un

¹⁸ Voir sur ces questions K. VASAK, *La Commission interaméricaine des droits de l'homme - La protection internationale des droits de l'homme sur le continent américain*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968, p. 11.

¹⁹ L. BURGOGNE LARSEN, *Les trois Cours régionales in context. La justice qui n'allait pas de soi*, Pedone, Paris, 2020, p. 35.

²⁰ Les statuts de cette Commission sont approuvés par l'OEA le 25 mai 1960.

²¹ La Commission conserve encore aujourd'hui cette compétence et peut donc examiner des plaintes dirigées contre des États membres de l'OEA, mais non-parties à la Convention américaine, au regard de la Déclaration. Voir, au sujet de la Commission, B. SANTOSCOY, *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, PUF, Paris, 1995 ou encore C. SEPÚLVEDA, *Estudios sobre derecho internacional y derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Mexico, 2000.

²² Projet présenté lors de la IV^e réunion à Santiago du Chili.

²³ C'est notamment le cas de la Commission des Affaires Juridiques et Politiques de l'OEA, organe du Conseil de l'OEA chargé d'examiner l'avis de la Commission de l'OEA sur les différents projets de Convention préparés par le Conseil Américain de Jurisconsultes, le gouvernement du Chili, le gouvernement d'Uruguay mais aussi les procès verbaux des débats de la deuxième Conférence Interaméricaine Extraordinaire du 30 novembre 1965. Cette Commission des Affaires Juridiques rendra son rapport le 31 mai 1967, OEA/Ser.G./IV-C-i-787, pp. 1-6.

²⁴ A la suite de la réunion du Conseil de l'OEA du 7 juin 1967.

²⁵ A l'exception du Pérou, absent au moment du vote à l'Assemblée Générale.

nouveau texte ? Répondant à ces questions au travers d'un rapport²⁶, la plupart des États optent en faveur d'une reprise des travaux sur l'élaboration d'une Convention régionale de protection des droits, avec un contenu substantiel propre. Il en ressort également qu'une consécration régionale est possible, voire souhaitable²⁷, mais sous condition : qu'elle soit à la fois compatible et complémentaire avec le système universel²⁸. Le rapport fait d'ailleurs état, disposition par disposition, de la compatibilité du projet de Convention avec ces deux instruments internationaux. Sa rédaction est alors adaptée en vue de mettre en adéquation la Convention avec les Pactes²⁹. La Convention ne sera alors signée à San José du Costa Rica que le 22 novembre 1969 par les États de l'Organisation des États Américains et elle n'entrera en vigueur qu'en 1978³⁰. La Cour, quant à elle, entrera enfin en fonction le 3 septembre 1979 à San José du Costa Rica.

B. L'introduction de la guerre dans le texte de la CADH : l'article 27

La CEDH a longtemps été l'unique texte protecteur des droits de l'homme de nature véritablement conventionnelle existant sur la scène internationale. Les travaux de rédaction de la CADH, ayant pris beaucoup plus de temps du fait de diverses crises politiques traversées par l'OEA, ont dès lors été directement influencés par cet équivalent régional. Comme le constate le professeur Karel Vasak, le texte anglais du projet initial de Convention, adopté à Santiago du Chili en août 1959 par le Conseil de Jurisconsultes (base de la future Convention américaine) reprend, bien souvent, purement et simplement le texte français de la Convention européenne³¹. Ce n'est cependant pas le cas de l'article 27 de la CADH, dont la rédaction diffère beaucoup de celle de l'article 15 de la CEDH, beaucoup plus laconique (voir *infra*).

Ceci s'explique par l'influence qu'a eu un autre texte sur les rédacteurs de la CADH, à savoir le Pacte international sur les droits civils et politiques. Il faut ici rappeler que le projet d'élaboration d'une convention et d'une Cour proprement régionales remonte à 1945, mais que la situation de crise qu'a connue l'OEA a ralenti ce processus. Son Conseil ne sera alors ressaisi

²⁶ Rapport DUNSHEE DE ABRANCHES, *Estudio comparativo entre los pactos de las naciones unidas sobre derechos civiles, politicos, economicos, sociales y culturales y lors proyectos de convencion interamericana sobre derechos humanos*, OEA/Ser.L./V/II.19, Doc. 18 du 24 juin 1968, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1968, pp. 168-213 ; les réponses des États y sont d'ailleurs retranscrites.

²⁷ Cette option permettrait, en effet de mettre en place des mécanismes de protection adaptés aux conditions particulières du continent Américain : *idem*, p. 211.

²⁸ *Idem*, p. 207 et 211.

²⁹ De nombreux droits ont ainsi été intégrés suite aux recommandations faites au sein du rapport DUNSHEE DE ABRANCHES, en vue de mettre en adéquation la Convention avec le PIDCP. Voir, sur ce point, l'annexe 3 de la version dactylographiée de notre thèse (la version publiée ne la reproduisant pas), M. ROTA, *L'interprétation des Conventions américaine et européenne des droits de l'homme. Analyse comparée de la jurisprudence des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, Université de Caen Normandie, 2013.

³⁰ Convention approuvée par la Résolution II de la Conférence Interaméricaine Extraordinaire, et entrée en vigueur le 18 juillet 1978. Sont parties à cette Convention l'Argentine, Barbade, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, Dominique, l'Équateur, le Salvador, Grenade, le Guatemala, Haïti, Honduras, la Jamaïque, le Mexique, le Nicaragua, le Panama, le Paraguay, le Pérou, la République Dominicaine, Saint-Christophe-et-Nièves, l'Uruguay et le Venezuela.

³¹ K. . VASAK, *La Commission interaméricaine des droits de l'homme - La protection internationale des droits de l'homme sur le continent américain*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1968., p. 176 ; le projet de Santiago du Chili est reproduit dans cet ouvrage en annexe VI, p. 234. L'article 10 relatif au droit de toute personne d'être indemnisée, conformément à la loi, lorsqu'une erreur judiciaire a été commise fait exception. Ce droit, qui n'a pas d'équivalent en droit européen, a en effet été inspiré par l'article 5§ 5 de la Convention européenne qui consacre le droit à la réparation en cas d'arrestation ou de détention illégale, H. GROS ESPIELL, *La Convención Americana y La Convención Europea de Derechos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 98 (ci-après : « *Análisis Comparativo* »).

de la question de l'élaboration d'une convention qu'en 1959 et le projet est relancé lors de la V^e réunion des ministres des Affaires Étrangères du mois d'août de la même année³². Or, c'est à cette période qu'est discutée l'adoption des deux pactes onusiens. C'est pourquoi il a été choisi de conditionner la création d'une convention régionale à sa compatibilité et à sa complémentarité avec ces derniers³³. Sa rédaction est alors adaptée en vue de la mettre en adéquation avec les Pactes³⁴ et on retrouve par conséquent une clause dérogatoire dans son texte dès l'origine, présentant beaucoup moins de différences rédactionnelles entre la CADH et le PIDCP qu'entre la CEDH et le PIDCP. La formulation de l'article 15 de la CEDH est en effet beaucoup plus restrictive, surtout lorsqu'on la compare à celle de l'article 4 du PIDCP. Le rapport du Comité d'experts en matière de droits de l'homme chargé en octobre 1967 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe d'étudier la question de l'articulation entre les deux textes le souligne d'ailleurs³⁵. Le premier paragraphe de l'article 15 contient à ce titre plusieurs lacunes, certaines plus importantes que d'autres³⁶, parmi lesquelles on trouve l'absence de deux mentions : l'obligation de proclamer « *par un acte officiel* » le danger public en cause et l'exigence de non-discrimination³⁷. Le paragraphe 2 de l'article 15 énumère ensuite beaucoup moins de droits indérogeables puisque « *l'interdiction de l'emprisonnement pour dettes civiles* », le « *droit à la reconnaissance de la personnalité juridique* » et « *la liberté de pensée, de conscience et de religion* »³⁸ ne sont pas visés. Il prévoit en outre que le droit à la vie puisse faire l'objet de dérogations en cas de « *décès résultant d'actes licites de guerre* »³⁹. Enfin, le dernier paragraphe ne prévoit pas d'obligation de signaler « *aussitôt* » l'adoption de dérogations sur son fondement. Le texte conventionnel européen est donc moins protecteur.

Néanmoins, le contexte dictatorial auquel ont eu à faire face la plupart des États d'Amérique du Sud a amené ses rédacteurs à être beaucoup plus précis s'agissant de la liste des droits

32 Suite à cette réunion, la résolution VIII est adoptée et il est demandé au Conseil Interaméricain de Jurisconsultes de créer un projet de Convention américaine relative aux droits de l'homme prévoyant une Cour et une Commission. Le texte de cette résolution est reproduit en Annexe II de l'ouvrage de Karel VASAK, *La Commission interaméricaine des droits de l'homme. La protection internationale des droits de l'homme sur le continent américain*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968, p. 214.

33 Commission interaméricaine des droits de l'homme, « Estudio comparativo entre los pactos de las naciones unidas sobre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y los proyectos de convención interamericana sobre derechos humanos », OEA/Ser.L./V/II.19, Doc. 18 du 24 juin 1968, Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968, n° 58, p. 207 et 211, aussi appelé « rapport Dunshee De Abranches » du nom du Président du groupe de travail de la Commission chargé d'élaborer ce rapport.

34 *Idem*, pp. 168-213.

35 Comité d'experts en matière de droits de l'homme, *Rapport portant sur les Problèmes relatifs à la coexistence entre les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et la Convention européenne des droits de l'homme*, 1^{er} août 1970, Doc. H (70) 7, disponible sur <http://echr.coe.int/library/digdoc/DG2/HDOCS/COE-1970-FR-H%2870%297.pdf>. Ce document est en outre cité dans le rapport explicatif du Protocole n° 7 à la CEDH, adopté suite à la recommandation faite par l'Assemblée Parlementaire « *de s'efforcer d'insérer le plus grand nombre possible de dispositions positives du Pacte des Nations Unies dans la Convention européenne des Droits de l'Homme* », article 12-c-ii de la *Recommandation 791 (1976) relative à la protection des droits de l'homme en Europe*, adoptée par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe le 17 septembre 1976, disponible sur <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta76/FREC791.htm#1>.

36 Le Comité d'expert souligne que si l'article 4§1 du Pacte ne permet pas de dérogations « *en cas de guerre* », ce que fait l'article 15 de la CEDH, cette hypothèse peut être incluse dans l'expression consacrée : « *danger public exceptionnel [qui] menace l'existence de la nation* Comité d'experts en matière de droits de l'homme, », *idem*, p. 18. De même, la différence existante entre les deux versions françaises de ces textes (danger public *exceptionnel* ou non et menaçant « *la vie de la nation* » ou la nation elle-même) disparaissant en anglais, elle ne semble pas non plus décisive, *idem*, p. 19.

37 *Ibidem*.

38 *Idem*, p. 20.

39 *Idem*, p. 8.

indérogeables. Il faut avoir à l'esprit que la théorie des circonstances exceptionnelles a été, dans la plupart de ces États, déviée en vue de justifier la mise en place de régimes autoritaires⁴⁰. Le but des rédacteurs du Pacte de San José a donc été d'encadrer davantage les États, en prévoyant davantage de droits indérogeables. En plus des droits à la reconnaissance de la personnalité juridique, à la vie, à l'intégrité de la personne, de l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, du principe de légalité et de non-rétroactivité de la loi pénale, de la liberté de conscience et de religion – droits indérogeables qu'on retrouve aussi dans le PIDCP – ils y ajoutent la protection de la famille, le droit à un nom, le droit de l'enfant, le droit à une nationalité et les droits politiques. L'article 27 § 2 précise en outre que « *les garanties indispensables à la protection des droits susvisés* » sont insusceptibles de dérogation.

Notons enfin que le passé colonial des États parties à ce texte est sans doute à l'origine d'une ouverture des circonstances visées. Alors que le texte du Pacte autorise les dérogations « *[d]ans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation* », la CADH se réfère aussi à d'autres « *situations de crise* » et, au lieu de viser uniquement « *la vie de la nation* », il envisage aussi la menace à « *l'indépendance et à la sécurité de l'État* » ainsi, pour ce qui nous intéresse, l'existence d'une « *guerre* ».

L'absence du terme de guerre au sein du Pacte a cependant ses raisons. Comme le constate Rusen Erge, elle trouve son origine dans le « souci des auteurs du Pacte de ne pas mentionner, dans un instrument adopté sous les auspices de l'O.N.U., un fléau dont le bannissement figure au rang des fins premières de l'organisation »⁴¹, qu'on ne retrouve pas parmi ceux de la CADH. Notons néanmoins qu'on ne trouve, dans ce texte, aucune définition du terme « guerre » tel qu'entendu à l'article 27. Il faudra alors s'en remettre à la jurisprudence de la Cour pour en savoir davantage, cette dernière encadrant très strictement l'usage de cette disposition.

II. L'encadrement supposément strict de l'utilisation de l'article 27 de la Convention en cas de guerre

(Atelier II - La gestion de la guerre par les Constitutions : approches institutionnelles et juridictionnelles)

Même en l'absence de jurisprudence de la Cour interaméricaine portant précisément sur l'utilisation de l'article 27 de la Convention en cas de guerre, on peut supposer un encadrement strict de celle-ci, se manifestant d'une part par l'absence de marge nationale d'appréciation dans la détermination de l'existence d'une guerre au sens de l'article 27 (A) et par la nécessité, pour les États, de garantir un accès aux juridictions interne sans que ce droit ne soit entravé, y compris en temps de guerre (B).

A. L'absence de marge d'appréciation de l'Etat dans la détermination de l'existence d'une « guerre » au sens de l'article 27

La principale critique adressée à la jurisprudence de la Cour européenne concernant l'article 15 est le caractère trop limité de son contrôle du fait de la large marge d'appréciation qu'elle laisse aux États en la matière. C'est d'ailleurs à l'occasion d'une affaire relative à cette disposition⁴²

40 C'est pour faire face à la menace communiste que la prise de pouvoir par les militaires a été autorisée. Voir Vincent SOUTY, *La constitutionnalisation...*, *op. cit.*, pp. 47-49.

41 Rusen ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 25. Telle est également l'opinion défendue par Daniel O'DONNELL, dans son article « Legitimidad de los estados de excepcion, a la luz de los instrumentos de derechos humanos », *Derecho PUCP*, n°38, p. 165-231, disponible à l'adresse suivante : <https://doi.org/10.18800/derechopucp.198401.006>, consulté le 12 avril 2023

42 Commission EDH, *Grèce c. Royaume-Uni*, 26 septembre 1958, requête n° 176/56.

que l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a créé la « *notion toute prétorienne de marge d'appréciation* »⁴³, manifestation la plus directe de son caractère subsidiaire mais signe aussi de son autolimitation⁴⁴. Or, la Cour concède aux États une telle marge, qui plus est étendue, tant dans le cadre de la qualification des circonstances que dans celui de l'étendue des dérogations adoptées. Selon elle en effet, « *il incombe d'abord à chaque État contractant, responsable de "la vie de (sa) nation", de déterminer si un "danger public" la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper* »⁴⁵. Elle poursuit en affirmant que dans la mesure où les autorités nationales sont « *en contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment* », elles « *se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la présence de pareil danger comme sur la nature et l'étendue de dérogations nécessaires pour le conjurer* »⁴⁶.

C'est pourquoi ils peuvent bénéficier d'une telle marge, qui va cependant « *de pair avec un contrôle européen* », pour reprendre l'expression consacrée par la suite⁴⁷. Les États « *ne jouissent pas pour autant d'un pouvoir illimité en ce domaine* »⁴⁸ et la Cour va donc pallier tout risque d'arbitraire dans la qualification des circonstances. Elle le fait aussi en vérifiant que les mesures adoptées n'ont pas « *excédé la "stricte mesure" des exigences de la crise* »⁴⁹, condition fixée par l'article 15. Le juge européen conserve alors le pouvoir d'apprécier la stricte proportionnalité des mesures adoptées par rapport au but poursuivi. Aussi, l'État devra « *démontrer le caractère indispensable, inévitable de l'atteinte, ce qui signifie notamment que le danger ne peut être écarté par d'autres moyens moins attentatoires aux droits et libertés* »⁵⁰.

La Cour interaméricaine n'adopte pas la même démarche. Elle affirme certes que les autorités nationales doivent au premier chef évaluer si la situation exige le déclenchement de l'état d'exception dans l'ordre interne et la conformité des mesures prises au regard de la Convention⁵¹, mais elle fait fi de toute référence à l'existence d'une marge d'appréciation. Elle opère alors un contrôle entier sur les deux aspects – qualification des circonstances et proportionnalité des mesures adoptées – dont l'examen est d'ailleurs entremêlé⁵². Cette jurisprudence peut s'expliquer par le passé dictatorial des États sud-américains. Il faut en effet

43 Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2012 p. 231. Pour une critique de ce caractère prétorien, se reporter à Javier GARCÍA ROCA, « La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos », *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, n° 20, 2007, pp. 117-143.

44 Comme le constatent les professeures Mireille DELMAS-MARTY et Marie-Laure IZORCHE, cette « *marge concédée par le juge lui-même [est] une sorte d'autolimitation de ses propres pouvoirs normatifs* », Mireille DELMAS-MARTY et Marie-Laure IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, vol. 52, n° 4, 2000, pp. 753-780, p. 754. C'est là sans doute pourquoi la Cour interaméricaine refuse de la consacrer de manière explicite. Notons toutefois que même si l'expression n'est volontairement pas employée, la Cour consacre tout de même, selon nous, une telle marge aux États dans certains domaines, Marie ROTA, *op. cit.*, pp. 265-277.

45 Cour EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, requête n° 5310/71, §207.

46 *Ibidem*.

47 Cour EDH, Cour Pl., *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, requête n° 5493/72, § 49.

48 Cour EDH, *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, requête n° 5310/71, § 207.

49 *Ibidem*.

50 Françoise TULKENS, « Dérogations », in Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, pp. 267-271, p. 269. Dans ce cadre, le juge doit « *attacher le poids qui convient à des facteurs pertinents tels que la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé* », Cour EDH, 2^e section, *A. c. Royaume-Uni*, 17 décembre 2002, requête n° 35373/97, § 173.

51 Cour IDH, *J. c. Pérou*, exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens, 27 novembre 2013, série C n° 275, § 137.

52 *Idem*, §§ 137-147.

avoir en tête que la prise de pouvoir par les militaires a été « *systématiquement justifiée par la nécessité de faire face à une menace pour l'État* »⁵³. Le principal but poursuivi par la Cour est donc d'éviter que les États ne se saisissent de ces clauses pour en abuser. Elle affirme aussi qu'elle « *ne peut faire abstraction des abus auxquels peuvent donner lieu et auxquels, de fait, ont donné lieu dans notre hémisphère, l'application de mesures d'exception lorsqu'elles ne sont pas strictement justifiées au regard des critères qui orientent l'article 27* »⁵⁴. Ce mécanisme ne saurait en outre ni comporter « *la suspension temporaire de l'État de droit* » ni « *autoriser les gouvernants à agir en marge de la légalité, à laquelle ils doivent à tout moment se soumettre* »⁵⁵.

Si la clause dérogatoire n'a jamais été pour l'heure invoquée dans le cadre d'une guerre entendue au sens du droit international humanitaire⁵⁶, on peut déduire de cette jurisprudence concernant les autres situations de crise plusieurs aspects. Cette absence de marge d'appréciation laissée aux États laisse tout d'abord penser qu'il y aurait peu de chance qu'un État agresseur puisse l'invoquer. Rappelons ici que concernant cette question, la doctrine est partagée. Pour certains, le principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* s'y opposerait : « *surely it would offend against the very principles on which human rights law is built if such a State could get away with limiting the substantive protection which it has undertaken in the Convention to protect* »⁵⁷. Pour d'autres, à l'inverse, dans la mesure où le but des clauses dérogatoires est un retour rapide à la légalité normale et une protection des droits humains, ces considérations n'auraient pas lieu d'être⁵⁸. Néanmoins, et dans la mesure où la Cour interaméricaine fait preuve d'une véritable allégeance vis-à-vis du droit international public et cherche en outre systématiquement articuler harmonieusement sa jurisprudence avec le droit international humanitaire⁵⁹, on peut douter qu'elle accepte qu'un État agresseur fasse jouer cette clause. On peut d'ailleurs supposer, pour cette même raison que la Cour interaméricaine entende une situation de guerre dans le même sens que dans cette branche du droit, qui préfère

53 V. SOUTY, *La constitutionnalisation des pouvoirs de crise – Essai de droit comparé*, thèse dactylographiée, Université Paris 3 – Sorbonne nouvelle, 2015, p. 47.

54 Cour IDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinion consultative n° OC-8/87, 30 janvier 1987, série A, n° 8, § 20.

55 *Idem*, §24, repris au contentieux, Cour IDH, *J. c. Pérou*, exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens, 27 novembre 2013, série C n° 275, § 125.

56 Dans le cadre du système interaméricain, les notifications de dérogation des États sont essentiellement relatives aux conflits internes. Voir, sur ce point, Laurence BURGORGUE-LARSEN et Amaya UBEDA DE TORRES, « 'War' in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights », *H.R.Q.*, 2011, pp. 148-174.

57 Peter M. KEMPEES *'Hard power' and the European Convention on Human Rights*, *International Studies in Human Rights*, Vol. 134, Brill Nijhoff, 2020, p.76.

58 Voir par exemple l'opinion dissidente du juge PETTITI sous l'affaire Cour EDH, Cour Pl., *Brannigan et Mc Bride c/ Royaume-Uni*, 26 mai 1993, (14553/89 14554/89).

59 Sur ce point, voir Juana María IBÁÑEZ RIVAS, « Le droit international humanitaire au sein de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 11 | 2017, mis en ligne le 23 décembre 2016, consulté le 14 septembre 2023. Voir aussi Yulia DYUKOVA, *L'utilisation du droit international humanitaire par les organes chargés de la protection des droits de l'homme*, Pedone, 2021 706 p. Voir, au sujet de l'alléger de la Cour au regard du droit international humanitaire, l'affaire Cour IDH, *Vásquez Durand et autres c. Équateur*, exceptions préliminaires, fond, réparations et frais, 15 février 2017, série C, n° 332 (l'une des rares dont les faits s'inscrivent dans un contexte de conflit armé international), dans laquelle la Cour « *considera útil y apropiado interpretar el alcance de las obligaciones convencionales en forma complementaria con la normativa del derecho internacional humanitario, habida consideración de su especificidad en la materia, en particular los Convenios de Ginebra de 1949/132 y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977 (en adelante "Protocolo Adicional I")* », de los cuales ambos Estados en conflicto son parte, así como el derecho internacional consuetudinario », *idem*, § 104.

l'expression « *conflit armé international* »⁶⁰. De la même façon, une approche concrète, « *fondé[e] sur des faits, c'est-à-dire défini dans son sens matériel plutôt que juridique* », seulement conditionnée par « *la volonté déclarée des États* »⁶¹, ne sera sans doute pas privilégiée par la Cour interaméricaine.

B. Le rôle particulier conféré au juge interne en période de crise

La théorie de l'État de droit attribue au juge un rôle fondamental. Selon elle « *c'est moins l'organisation politique caractérisée par la suprématie du législateur que la perfection de l'ordre juridique assurée par le juge qui constitue désormais la garantie principale de la liberté des administrés* »⁶². Dans la mesure où le juge « *constate le droit et rétablit l'ordre perturbé par l'illégalité ou l'agissement dommageable* »⁶³, c'est à lui que revient la tâche de préserver la cohérence et l'intégrité de l'ordre juridique. Ce rôle fondamental serait en revanche illusoire si les justiciables n'avaient pas accès au juge pour lui signifier l'existence d'une telle illégalité ou d'un tel acte dommageable. C'est pourquoi la Cour interaméricaine – tout comme la Cour européenne par ailleurs – *via* l'utilisation du principe de respect de l'État de droit, l'importance de l'accès au juge, particulièrement fondamental aux yeux de la Cour interaméricaine.

Celle-ci considère en effet que l'article 25.1 de la Convention, qui protège le droit au recours, « *constitue un des piliers de base, non seulement de la Convention américaine, mais aussi de l'État de droit dans une société démocratique au sens de la Convention* »⁶⁴. Elle va d'ailleurs beaucoup plus loin dans l'affaire *Goiburú et autres c. Paraguay*, puisqu'elle affirme que « *l'accès à la justice est une norme impérative du droit international* »⁶⁵. Même si cette affaire est intimement liée à la prohibition des disparitions forcées, elle révèle que le droit d'accès à un tribunal est interprété de manière très extensive. La Cour est, de plus, en présence d'un texte conventionnel dont les termes sont bien plus larges que ceux de son équivalent européen. L'article 25 prévoit en effet que ce droit est applicable concernant « *toute accusation dirigée contre [la victime] en matière pénale, [...] ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine* ». Le droit d'accès est donc *de facto* applicable à toute matière.

Sa fondamentalité l'amène surtout à le rendre applicable en période de circonstances exceptionnelles, y compris donc, en temps de guerre, cette situation étant visée par l'article 27.

⁶⁰ D'après le Paragraphe 209 du Commentaire de 1952 de la première Convention de Genève, en effet, « En l'absence d'une définition plus objective des conditions déclenchant l'application du droit humanitaire, le seul recours à la notion de guerre déclarée et la subjectivité qui en découle, pourraient contrecarrer les objectifs humanitaires des Conventions de Genève. Par conséquent, en 1949, on a estimé qu'il était absolument nécessaire de renoncer à la subjectivité et au formalisme liés à la notion de guerre déclarée, et de plutôt veiller à ce que l'applicabilité du droit humanitaire repose principalement sur des critères objectifs et factuels. Dans ce contexte, les Conventions de Genève ont introduit le concept de conflit armé fondé sur des faits, c'est-à-dire défini dans son sens matériel plutôt que juridique, afin de compléter la notion de guerre déclarée. Par cette évolution sémantique, les rédacteurs des Conventions de Genève se sont éloignés du principe selon lequel l'applicabilité des Conventions de Genève était subordonnée au seul concept juridique de guerre. L'applicabilité du droit humanitaire serait donc désormais liée non seulement à la volonté déclarée des États, mais dépendrait aussi de critères objectifs et factuels résultant de la notion de conflit armé introduite par l'alinéa 1 de l'article 2, de sorte à le rendre applicable dès qu'un État engage une ou des action(s) hostile(s) militaire(s) contre un autre État. ».

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² M-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française. 1879-1914*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, p. 294.

⁶³ *Idem*, p. 270.

⁶⁴ Cour IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*, fond, réparations et frais, 24 août 2010, série C, n° 214, § 139.

⁶⁵ Cour IDH, *Goiburú et autres c. Paraguay*, fond, réparations et frais, 22 septembre 2006, série C, n° 153, § 131.

La Cour fait en effet entrer les articles 7§6 et 25§1 de la Convention⁶⁶ parmi les droits dits « indérogeables »⁶⁷. Pour ce faire, elle se fonde sur l'article 8 relatif aux garanties judiciaires, qui, lui, est explicitement visé par l'article 27§2 fixant la liste des droits indérogeables, en affirmant que ces deux autres dispositions entrent « *dans le cadre et le respect des principes énoncés à l'article 8* »⁶⁸. En effet, les « *garanties judiciaires [...] s'avèrent indispensables au contrôle de légalité des mesures adoptées en période d'état d'urgence, de façon à ce que l'État de droit soit préservé* »⁶⁹. Le contrôle du juge est alors si fondamental qu'il faut préserver sa compétence et dès lors son accès, en toutes circonstances⁷⁰. Elle est arrivée à cette même conclusion plus récemment s'agissant de l'article 7.3 qui prohibe les détentions et arrestations arbitraires⁷¹.

Au regard de cette jurisprudence, particulièrement protectrice du « droit au juge » laisse supposer qu'en cas d'activation de l'article 27 sur le fondement de l'existence d'une guerre ce dernier pourra toujours être invoqué (puisqu'indérogeable) et que le juge interne devra être particulièrement regardant quant aux dérogations apportés par les droits protégés par la Convention. Pour le comprendre il faut rappeler que ce rôle particulier conféré aux juges nationaux ne l'est que parce qu'ils doivent se conformer strictement se conformer à la jurisprudence de la Cour interaméricaine. Ceci s'explique notamment par la promotion que font ces derniers des idées du néo-constitutionnalisme latino-américain, basées sur le modèle social de l'État de droit. Il faut le rappeler : la plupart des États latino-américains – dont les juges interaméricains sont issus – sont très influencés par cette école de pensée qui insiste sur « *le rôle joué par les droits fondamentaux dans la construction de l'ordre politique, visible au*

66 D'après l'article 7§ 6, « *Toute personne privée de sa liberté a le droit d'introduire un recours devant un juge ou un tribunal compétent pour voir celui-ci statuer sans délai sur la légalité de son arrestation ou de sa détention et ordonner sa libération si l'arrestation ou la détention est illégale. Dans les États parties à la présente Convention où toute personne qui se trouve menacée d'être privée de sa liberté a le droit d'introduire un recours devant un juge ou un tribunal compétent pour voir statuer sur la légalité de la menace, un tel recours ne peut être ni restreint ni aboli. Le recours peut être exercé par l'intéressé lui-même ou par toute autre personne* ». L'article 25§ 1 prévoit quant à lui que « *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* ».

67 Elle estime par conséquent que la Convention « *n'autorise pas non plus la suspension des garanties indispensables à la protection des droits susvisés* », Cour IDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinion consultative n° OC-9/87, 16 octobre 1987, série A, n° 9, § 37. Voir, sur ce point, L. BURGORGUE-LARSEN et A. ÚBEDADE TORRES « La "guerre" dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in J-P. MARGUÉNAUD et H. PAULIAT (dir), *D'Oradour à Srebrenica : les droits de l'homme face à la guerre*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 103-124.

68 Cour IDH, Cour IDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinion consultative n° OC-9/87, 16 octobre 1987, série A, n° 9, § 37.

69 *Ibidem*. Voir aussi Cour IDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinion consultative n° OC-8/87, 30 janvier 1987, série A, n° 8, § 24 et Cour IDH, *Neira Alegria et autres c. Pérou*, fond, 19 janvier 1995, série C, n° 20, §§ 82-84.

70 Elle affirme en effet que « *les garanties judiciaires indispensables pour la protection des droits de l'homme insusceptibles de suspension en vertu de l'article 27§ 2 de la Convention, sont celles auxquelles la Convention se réfère de façon expresse aux articles 7§ 6 et 25§ 1, dans le cadre et le respect des principes énoncés à l'article 8, ainsi que les garanties inhérentes à la préservation de l'État de droit, y compris dans le cadre de légalité exceptionnelle qui découle de la suspension de garanties* », *idem*, § 38. Dans un avis antérieur, elle avait déjà affirmé l'importance « *dans un État de droit* » de l'organe judiciaire pour vérifier la légalité des atteintes aux libertés dans le cadre de l'enclenchement de l'État d'exception, Cour IDH, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinion consultative n° OC-8/87, 30 janvier 1987, série A, n° 8, § 40.

71 Cour IDH, *Osorio Rivera y Familiares c. Pérou*, exception préliminaires, fond, réparations et dépens, 26 du novembre 2013, série C, n° 274, § 120.

niveau institutionnel de par la création de Cours constitutionnelles »⁷² et par une intégration des droits de l'homme au sein même de la norme fondamentale⁷³. Cette conception matérielle de la Constitution aboutit à ce que l'ordre juridique, y compris la loi, y soit assujéti.

C'est pourquoi la Cour interaméricaine impose aux juges de se livrer à un véritable contrôle de conventionnalité *ex officio*. Celui-ci s'accompagne d'un pouvoir créateur, la Cour interaméricaine n'hésitant pas à consacrer les idées du constitutionnalisme social. On le rappelle, selon ses tenants, « *les constituants entendent promouvoir un État social de droit, qu'il revient aux juges constitutionnels de parfaire* »⁷⁴. Le pouvoir du juge en ressort renforcé puisque c'est à lui qu'il revient d'assurer la justiciabilité des droits mais aussi leur mise en œuvre, y compris des droits sociaux, leur légitimité en la matière étant reconnue⁷⁵.

Cette compétence est en revanche directement soumise à celle du juge interaméricain. La Cour se pose comme interprète ultime de la Convention et les juges nationaux doivent se plier à sa jurisprudence. Elle va même jusqu'à préciser comment ce contrôle s'organise concrètement : les juges inférieurs doivent s'en remettre aux juges supérieurs censés mieux connaître et comprendre la jurisprudence de la Cour interaméricaine⁷⁶. C'est dans ce cadre précis qu'un dialogue des juges, alors « orchestré » par la Cour de San José, peut émerger⁷⁷. Le dialogue tel qu'envisagé par la Cour interaméricaine suit cependant un mouvement inverse à l'euro péen. La norme provient au premier chef de la Cour interaméricaine et les juges nationaux, qui voient ainsi leur office élargi, doivent mettre en conformité le droit interne avec la norme régionale. En droit euro péen, à l'inverse, c'est la Cour euro péenne qui, en partant des droits nationaux, et de l'existence d'un « *consensus* » entre les États parties, va élaborer un standard minimal autour duquel les États, dont les juges, vont pouvoir « *harmoniser* » leur droit interne.

Paradoxalement, le rapport entretenu entre les juges qui ressort de ce schéma apparaît beaucoup moins frontal en Amérique qu'il n'a pu l'être en Europe. Les États américains semblent, en effet, attachés à une « *nouvelle conception démocratique constitutionnelle qui incorpore des éléments tant du constitutionnalisme national que du droit international des droits de l'homme* »⁷⁸. On observe aussi une nouvelle relation entre les systèmes normatifs nationaux et internationaux : le système international est devenu « *complémentaire et plus uniquement subsidiaire* » par rapport droit interne⁷⁹. Les juges nationaux doivent par conséquent rechercher

72 E. GÓNGORA MERA, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, Publications de l'IIDH, San José, 2011, p. 5.

73 *Idem*, p. 5.

74 V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Rapport de synthèse », in *La doctrine et les droits sociaux*, Working Papers, Rapport scientifique, p. 13.

75 Voir sur ce point M. G. MONROY CABRA, « Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de derecho », *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tome 1, 2004, pp. 15-39.

76 Voir l'opinion du juge *ad hoc* mexicain Eduardo FERRER MAC-GREGOR POISOT sous l'affaire *Cabrera García et Montiel Flores c. Mexique*, exceptions préliminaires, fond, réparations et frais, 26 novembre 2010, série C, n° 220, pp. 4-24 et E. FERRER MAC-GREGOR POISOT, « Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, année XLIV, n° 131, 2011, pp. 917-967 ou encore Néstor Pedro SAGÜÉS, « El "control de convencionalidad", en particular sobre las constituciones nacionales », *La Ley – Revista Jurídica Argentina*, vol. 2009-B, année LXXIII, n° 352009, 2009, pp. 1-4.

77 Cette expression de « *dialogue orchestré* » est empruntée à Laurence BURGORGUE-LARSEN, qui l'employait alors essentiellement à l'égard de celui existant entre la CJUE et les juridictions internes des États membres de l'Union Européenne, L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue. Missive doctrinale à l'attention de Bruno GENEVOIS », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2009, p. 99.

78 NASH ROJAS Claudio, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción: aciertos y desafíos*, Porrúa, Mexico, 2009, p. 111.

79 *Ibidem*.

la « *meilleure réponse* » dans les normes nationales et internationales face à une violation ou à une violation potentielle de la Convention⁸⁰, et ce, sous l'égide de la Cour interaméricaine.

80 *Idem*, p. 112.